

困境企业董事的破产申请义务

于 晗*

内容提要：对于董事在企业陷入财务困境后放任持续经营或实施冒险的商业决策，致使企业财产损失不断扩大，进而损害债权人受偿份额的现象，《企业破产法》缺乏行之有效的规范。尽管域外国家采用了看似目标一致的规制模式，但其制度逻辑存在本质区别，不可贸然采用。结合我国立法现实与破产实务，我国的制度设计应遵循“帕累托改进”路径，对困境企业董事课以破产申请义务，在防止债务膨胀、公平保护不特定债权人整体利益的同时保护企业免受非破产程序的随意侵扰，激励董事勤勉尽责；董事违反破产申请义务致债权人利益间接受损的责任性质宜认定为不作为侵权；在归责原则中适用过错推定，对外部债权人予以倾斜保护；在制度设计上采取柔性的缓和措施豁免尽职董事之责，避免因担忧责任过重或认识不清而造成制度流于形式。

关键词：董事义务 破产申请 债权人保护 企业再生

一、问题的提出

破产法的立法旨趣在于当债务人面临“公共鱼塘”（common pool）^{〔1〕}困境时，规避个别债权人可能实施的随意钓鱼风险，解决在债务人丧失偿债能力时对全体债权人的公平清偿问题，以期最大化债权人的团体利益。“公共鱼塘”代表债务人的所有财产，当债务人陷入财务困境时，无论采取何种类型的分配方式，债务人最终都将处于两手空空之境地。加之有限责任本身对继续

* 于晗，中国社会科学院大学法学院博士研究生。

〔1〕 破产法应被看作“解决‘公共鱼塘（common pool）’问题而实现多数债权的一种方式”。对债权人而言，破产财产可看作是公共所有者的共同财产而为全体债权人共同所有，债权人之间彼此合作可实现多方共赢，而个别债权人钓鱼的不合作行为将形成“所有人对所有人的战争”，从而损害全部债权人的利益。为了避免破产债权的实现受到个人随意钓鱼的威胁，破产法需要在公共鱼塘中制定统一的规则和程序。See Baird & Jackson, *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy* (Law School Casebook Series), Little, Brown and Company, 1985, p. 23; Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986, pp. 11, 13 - 19.

冒险经营的诱惑，导致实践中存在大量企业陷入财务困境时，董事为了内部人的利益而拖延债务继续经营，或实施机会主义行为，追求净现值为负的项目而放任企业亏损扩大，迫使债权人在企业最终破产时获得极低的清偿率甚至无资产可清偿。在破产治理层面，《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第 125 条与第 128 条虽部分回应了董事对债权人的责任配置，但并未涵盖企业陷入财务困境时的破产申请义务，对相应的行为规则与问责机制未有清晰的规范指引；在企业治理层面，《中华人民共和国公司法》（2023 年修订，以下简称《公司法》）第 191 条系企业正常经营状态下的原则性规定，且该条款因其内容的笼统与模糊，无法在企业陷入财务困境时为债权人提供更周全的保护。目前，出清“僵尸企业”、激发市场活力、优化资源再配置的重要程度日益凸显，^{〔2〕}在《企业破产法》修订之际，本文力图在考察企业陷入财务困境时董事承担破产申请义务之理论正当性的基础上，探究符合我国立法现实与破产实务的本土化制度建设，以期更好保护不特定债权人的整体利益及债务人的自身利益。

二、困境企业董事破产申请义务的正当性

根据传统的公司法理论，债权人属于企业的外部人，董事代表企业与债权人进行交际，其自身与外部债权人之间并不存在企业治理层面的法律关系，遑论对债权人承担义务。然而，当企业陷入财务困境时，董事义务发生转化，由对企业及股东的一般义务延伸至对债权人的特殊义务，即破产申请义务，这种权利义务结构上的变化有充分的理论正当性。

首先，偿债能力不足导致经营风险转移。在企业法人控制权层面，与企业保持风险收益一致的参与人是最后监督人，以便最小化企业参与人基于理性最大化而实施的不利于企业的外部性行为，这类参与人通常对企业资产及现金流量享有最后请求权，因而被称为剩余索取权人（residual claimant），其所有权财富随企业价值变动而发生增减。^{〔3〕}在企业正常经营时，股东是剩余索取权人，享有对企业财产的剩余控制权并承担企业的经营风险；但当企业陷入财务困境时，股东对企业财产的分配请求权益被弱化，其对企业剩余价值的索取权已然为零或接近为零，债权人团体取代股东团体成为企业财产价值的剩余索取权人并由此成为企业剩余风险承担者。

其次，经营风险转移引起利益冲突加剧。当企业财务状况不断恶化甚至处于濒临破产状态时，债权人与股东之间的利益冲突加剧，理性且自利的股东易被引诱实施高风险的商业决策，以提高股票价值，产生更多的净利润来补偿现有债务、留作剩余利润，但有限责任使其不会承担决策失败的全部责任从而将个人资产置于危险之中。换言之，股东易实施“无本万利”的机会主义行为，如稀释资产、稀释债权、资产置换等，^{〔4〕}在获得无限上行潜力的同时承受最小的下行损

〔2〕 参见俞秋玮：《营商环境建设背景下看破产法实施和修订——从司法实践视角》，载《上海法学研究》第 17 卷，上海人民出版社 2023 年版，第 132 页。

〔3〕 参见张维迎：《所有制、治理结构及委托—代理关系——兼评崔之元和周其仁的一些观点》，载《经济研究》1996 年第 9 期；Andrew Keay & Hao Zhang, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and a Director's Duty to Creditors*, 32 Melbourne University Law Review 141, 160 (2008)。

〔4〕 参见〔美〕莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等：《公司法剖析：比较与功能的视角》，罗培新译，法律出版社 2012 年版，第 119—121 页。

失，利用债权人的资金实施赌博行为却将风险外化给债权人；与之相对应，债权人希望采取更保守的策略，以避免风险投资、减少所欠债务。作为固定索赔人，债务合同的固定回报意味着债权人并不能与股东分享投资所得的收益，更多利润对债权人并不具有吸引力，但新债却会实实在在降低旧债权人的清偿比例，淡化现有债权人对企业现金流量的权利，增加的债务最终会对财务困境的企业产生不利影响，进而损害债权人的合法权益。^{〔5〕}对于董事而言，其收入多寡及职业计划通常与企业的生存状况紧密相连，只要企业尚未破产清算，其职位及相应的收入就可获得保障。纵使企业出现资不抵债或明显缺乏偿债能力的情形，董事也没有动力向法院提起破产申请，遑论考虑债权人利益。

最后，利益冲突加剧催生债权人自力救济。当企业处于财务困境时，债权人与股东的利益冲突进一步激化，任何更深层次的损失都可能导致企业陷入真正的破产状态。为了避免由此引发的利益受损，债权人通常选择合同作为预先保护的自力救济手段。但是，囿于信息不对称、实力不对等、合同不完备性等因素，合同在杜绝股东机会主义行为方面发挥的效用有限。机会主义行为是微妙的，通常难以发现，且可能披上合法的外衣，其结果是越来越高的监督和执行成本。换言之，外部债权人仅仰仗债权契约和其他支持性条款难以维护其权益，必须通过董事的破产申请义务来防范危机来临时股东与董事的机会主义行为，避免企业内部理性自治在保护外部债权人方面的功能失灵及治理成本外化，为债权人提供更有效的保护机制。

然而，需要注意的是，将董事义务的对象扩大至债权人并非意味着正常经营状态下“股东利益至上”到财务困境状态下“债权人利益至上”的绝对转变，而是着眼于当企业处于此种境地时，债权人利益构成董事需考虑的广泛“利益池”的一部分而非唯一。^{〔6〕}这是董事对企业一般义务的衍生，与董事直接对债权人负有信义义务是两码事。原因在于，第一，债权人在企业濒临破产时成为剩余索取权人并未排除股东的存在。除剩余索取权外，股东因其出资身份而享有广泛的经济权利、表决权、质询权、知情权、因董事违反信义义务而起诉董事等固有权利，即使企业陷入财务困境，上述其他固有权利促使董事依然要为股东利益行事。而信义义务转化理论假定在企业濒临破产时，股东即失去了在该企业享有的任何经济利益，混淆了股东作为剩余索取权人享有的“静态经济权利”与作为所有权人享有的“动态经济权利”，^{〔7〕}忽视了股东的其他固有权利。第二，债权人与董事的对抗关系冲击了信义义务的理论根基。信义义务源于委托人与受托人之间的高度信任，受托人需采取行动以促进受益人的最佳利益，而债权人与企业之间系对抗性的债权债务关系，企业仅对债权人负担偿还债务的合同义务，董事作为企业的经营管理人，自然不存在与债权人利益一致的情形，无法出于信义义务而采取促进债权人利益的行动。第三，“债权

〔5〕 See Justin Wood, *Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan*, 26 Penn State International Law Review 139 (2007); David M. W. Harvey, *Bondholders' Rights and the Case for a Fiduciary Duty*, 65 St. John's Law Review 1023, 1030 (1991).

〔6〕 See Philip Gavin, *A Rejection of Absolutist Duties as a Barrier to Creditor Protection: Facilitating Directorial Decisiveness Surrounding Insolvency through the Business Judgment Rule*, 15 Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 313, 324 (2021).

〔7〕 股东的经济权利不仅包括作为清算时剩余索取权人的“静态经济权利”，也包括作为所有者的与未来现金流相关的“动态经济权利”，这些动态权利类似于看涨期权，在企业被宣告破产前始终存在。See Henry T. C. Hu & Jay Lawrence Westbrook, *Abolition of the Corporate Duty to Creditors*, 107 Columbia Law Review 1321, 1403 (2007).

人至上”的信义义务转化理论将造成债权人对企业管理不适当的干预，导致董事无法协调其新义务与对股东的现有义务，增加对股东和债权人相互冲突的责任。事实上，在英澳法律史中，有关董事有义务考虑债权人利益的规定可以追溯至 1976 年的沃克案。自 20 世纪 80 年代以来，澳大利亚、英国和其他英联邦法院的判例均接受了这样一个事实，即当一家企业处于某种形式的财务困境时，董事有义务考虑债权人利益，但董事对债权人不负有直接责任，其承担的义务是对债权人的“不完全义务”。〔8〕

三、困境企业董事破产申请义务的比较法镜鉴

为了推动濒临破产状态下的企业尽快停止冒险经营行为，实现债权人可获分配财产的最大化与公平清偿，域外立法均从不同角度规定了董事对债权人的特殊义务。

（一）欧陆国家的直接规制模式

在以德国为代表的欧陆国家，对董事课以破产申请义务是普遍采用的立法模式。在德国法上，该义务被称为“破产申请迟延责任”，最早规定在《有限责任公司法》第 64 条第 1 款及《股份法》第 92 条第 2 款。2008 年底，德国改革《有限责任公司法》，删除了所有公司法规中的破产申请义务，统一纳入德国《支付不能法》第 15a 条第 1 款中。依照该条款，法人支付不能或资不抵债后，法人的代表机关成员（董事）有义务申请破产，申请不得因过错而迟延，且最迟应在支付不能发生后 3 周内。当董事违反上述义务时，除刑事责任外，还将构成德国《民法典》第 832 条第 2 款所称的因“违反保护性法律”而产生的侵权行为，债权人可据此要求董事承担损害赔偿赔偿责任。此外，困境企业债权人的损害赔偿范围因在企业破产条件成就前后成为债权人而有所区分，旧债权人的赔偿范围系其因董事迟延申请破产而导致的清偿比例缩小部分，新债权人的赔偿范围则为其不知企业财务困境的信赖利益损失。〔9〕

除德国外，法国、日本、中国台湾省等大陆法系国家或地区均对向董事课以了及时申请破产的义务以及违反这一义务的赔偿责任。如台湾省“公司法”第 211 条第 1 款、“民法典”第 35 条第 1 款均规定当企业法人处于不能清偿债务的破产边缘时，董事应立即无迟延地向法院申请破产；法国《商法典》第 6 卷第 621 条、日本《商法典》第 266 条第 3 款则分别明确了董事怠于宣告企业破产或在企业资不抵债状态下仍放任企业发生债务而致债权人受损时应对债权人承担的赔偿责任。

（二）英美国家的间接规制模式

在英国，董事对企业债权人承担特殊义务的法律规则被称为“防止不当交易”。依照《1986 年破产法》第 214 条，当企业进入破产清算后，有权提起不当交易诉讼的主体系清算人，且仅企业董事受不当交易规则的约束。如果董事在企业解散清算程序开始之前的某个时点即知道或者理

〔8〕 See Andrew Keay & Hao Zhang, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and a Director's Duty to Creditors*, 32 Melbourne University Law Review 141, 146–147 (2008).

〔9〕 See Thomas Bachner, *Wrongful Trading—A New European Model for Creditor Protection?*, 5 European Business Organization Law Review 293, 307, 316 (2004).

应得出结论，已经没有“合理的希望”避免企业进入破产清算，那么该董事必须对不当交易行为承担责任，除非董事自上述时点采取了“他认为应当采取的、可以使债权人的潜在损失最小化的每一个措施”^{〔10〕}。如果董事被认定从事了不当交易，其主要责任形式系“对企业财产作出法院认为合适的分摊”，此时企业清算人有权将归属董事的赔偿款项及企业其他现有资产一起用作对债权人的清偿。此外，英国 2006 年《公司法》第 172 条第 3 款也是判断企业处于财务困境时董事是否应对债权人负担相应特殊义务可得援引的法律依据。该款规定董事对企业需负担“善意促进其成功的义务”，但该义务在某些特定情形下受到限制，财务困境正是特殊情形之一，此时的董事不再受“应当为了维护股东权益而促进企业成功”的义务禁锢，转而应为债权人利益行事。

受英国法影响，澳大利亚在 1992 年《公司法修改法》中第一次确立了破产交易防止义务，^{〔11〕}意在防止董事在企业面临财务困境时仍从事高度冒险的交易行为，并为那些在企业破产前仍勤勉尽责的诚信董事提供额外的保护。根据澳大利亚《公司法》第 588G 条以及第 588J（1）条，当存在合理事项足够怀疑“某项交易发生时企业已处于破产状态或因该交易而导致企业陷入破产状态”时，董事即有义务阻止企业从事该项交易，否则应赔偿债权人损失，或者负担刑事责任。

作为曾经英属殖民地的美国，其在独立前基本无条件适用英国破产法，即使在 1776 年成立美利坚合众国后发展了适合本国国情的破产法，其法律术语及制度原则仍继受了英国法律传统。^{〔12〕}但与英国在法条中明确董事对债权人负担特殊义务不同，美国采典型的“胡萝卜”模式，无论是联邦破产法还是独属各州的破产规则，几乎没有涉及董事对破产债权人的相关义务，法律对债权人的利益保护主要体现为在企业破产时赋予债权人就董事违反信义义务行为提起代表诉讼的救济权。近些年来，联邦法院在司法实践中发展出了“加深破产”原则，即在企业濒临破产或实际破产时未及时向法院提出申请而是继续经营，导致企业所有者的权益受损、加重企业财产困境，董事、高管及控制股东必须对因加深破产而对企业财产或债权人造成的损害承担赔偿责任或采取补救办法。尽管该原则后为多家法院的判决引用，但其作为单独的诉讼理由一直饱受争议，比如不同法院对于“加深破产”原则的主观适用要件是否包括过失采不同态度，部分学者认为“加深破产”与现有的诉讼原因（如证券欺诈）相冲突，且该原则因创造了“清算公司的绝对责任”而违背了《破产法》第 11 章的价值理念。^{〔13〕}

（三）规制模式存在本质区别

欧陆国家奉行浓厚的债权人主义，债权人本位严重，破产法的立法基点是对债权人受偿利益的优先保护，对董事课以破产申请义务的规范意旨在于防止或者延缓企业债务继续膨胀而扩大债权人损失，将财务困境控制在合理范围内。以德国为例，从 1855 年普鲁士《破产法》到 1877 年

〔10〕 Thomas Bachner, *Wrongful Trading-A New European Model for Creditor Protection?*, 5 *European Business Organization Law Review* 293, 298 (2004).

〔11〕 See Jacob S. Ziegel, *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford Clarendon Press, 1994, p. 317.

〔12〕 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 35、37 页。

〔13〕 See Michael Schillig, *The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance-Convergence of German and US law?*, 1 *European Company & Financial Law Review* 116, 144 (2010).

《帝国破产法》再到 1999 年《破产法》，债权人主义在德国均得到了充分且彻底的贯彻。与后世其他许多带有社会因素或政治因素的法典不同，普鲁士《破产法》由商人和新兴资产阶级等专业人士参与制定，政治层面的考量并不明显，体现了显著的自由经济属性；^{〔14〕}之后，《帝国破产法》延续了普鲁士《破产法》的债权人主义色彩，并在 1999 年《破产法》中将之进一步发展，该法第 1 条即开宗明义，“破产法是为实现债权人之债权而设”，换言之，无须考虑债务人利益。正因如此，德国破产法中并未规定董事在违反破产申请义务时可以援引的抗辩事由，当企业出现财务困境时，董事控制下的任何一项交易都是违法的，正如最高法院所指出的，“破产申请义务的最终目的是让破产的企业远离商业活动”^{〔15〕}。此外，由于破产法规主要由专业人士参与制定且破产清算案件大多依靠专业人士的私力救济，德国更加注重企业无产可破时的个别债权人救济而非破产程序对全体债权人的公平清偿，^{〔16〕}这也解释了为何德国以企业破产条件成就前后区分新旧债权人的损害赔偿范围并赋予新债权人对侵权董事的单独诉权。

与欧陆国家不同，英美国家破产法在注重保护债权人利益的同时也致力于维护债务人利益，其规范意旨并不在于惩戒债务人，而是激励董事在企业陷入财务困境时为一定积极行为，更好履行董事对企业的信义义务，解决董事在企业濒临破产时的动机问题。^{〔17〕}在英国，职业经理人市场相对成熟，董事被赋予了帮助企业不断发展的职权及信义义务，社会及企业所有者亦尊重并信赖董事在经营活动中所作的决策，即使企业处于濒临破产的困境状态，若董事基于合理理由相信其决策或措施能够帮助企业“起死回生”，采取继续经营的激进措施亦获允许。美国重视企业效率并倡导重整文化，通常在提升企业效率与维护债权人利益之间选择前者，且美国公司法严格区分企业及其背后的剩余索取权人，无论企业处于正常经营还是财务困境状态，债权人对董事均没有独立诉权，其提起代表诉讼的损害赔偿亦归企业所有，即使债权人确因董事行为而受损。换言之，在英美法的价值理念中，债权人因企业破产而不能实现其债权属于市场经济条件下的正常经营风险，只要董事勤勉尽责，即使企业出现破产状况，决定继续经营或提起破产申请均不受刑事责任或民事侵权的责备。

总体来看，英美国家采取的行为标准策略富有弹性，给予法官更多的自由裁量权，规则的执行效果在相当大的程度上依赖于法官的整体素质。但也正是囿于其规则的灵活性与模糊性，导致其在具体适用过程中存在诸多困难，尤其是英国的“防止不当交易”规定，实践中依据第 214 条提起的诉讼寥寥无几，少有债权人能够借助该规则获得应有的补偿。第 214 条规定只有清算人享有提起不当交易索赔的权利，意味着清算人需承担提起诉讼的相关费用且该费用不在破产费用之列，一旦败诉，清算人将无法就该笔费用获得补偿，加之诉讼成本本身十分昂贵，极大降低了相关主体追究董事赔偿责任的意愿或动力；同时，法条的弱操作性提高了法院偏向董事一方的可能性，董事需承担的最大赔偿额通常受限于企业在不当交易期间的净资产状况，董事可以根据该限

〔14〕 参见许德风：《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 41-45 页。

〔15〕 See Paul L. Davies, *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, 7 European Business Organization Law Review 301, 325 (2006).

〔16〕 See Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2009, p. 205.

〔17〕 See Paul L. Davies, *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, 7 European Business Organization Law Review 301, 314-315 (2006).

定而最大限度地获得折扣。^{〔18〕}可以说，英美国家的立法旨意决定了其需要以部分牺牲债权人利益为代价来换取董事对企业的忠实勤勉，因而无法满足债权人的利益期待。同样，受制于外部人身份与信息不对称，债权人在破产程序中适用“加深破产”原则来追究董事责任的难度较大，通常难以获得相关证据材料支持其诉讼主张。美国模式的逻辑起点在于降低董事在经营管理中的决策风险，对董事的鼓励与保护势必会部分损害债权人利益。

与之相比，欧陆国家的“破产申请义务”规则更加明确清晰，具有稳定性与可预测性，债权人能够基于董事的侵权行为直接主张赔偿。更重要的是，该模式下法院只需审查企业是否达到了破产界限以及董事申请破产是否满足了及时性要求，更加符合我国的立法现实与破产实务。英法赋予法官在司法适用上的较大自由裁量权，法院需要评判董事对企业将无法避免进入破产清算是否处于明知或应知状态，探究董事行为是否尽可能最小化债权人损失、是否有益于企业生存，因此必须具备极强的专业水准与高度的独立性与体系完备性。而我国的破产法庭自2019年始才在全国范围内陆续设立，“很多破产法庭的法官是从其他审判庭抽调而来，有的从未接触过破产案件，缺少审判经验”^{〔19〕}，且部分地方政府容易因政治体制、“面子工程”等因素的影响而指挥法院按地方利益裁判，对破产司法干预较大，难以保持应有的独立性。可以说，无论是考虑债权人的损害救济，抑或我国破产审判有限的专业与中立，欧陆国家的行为标准都更适合我国土壤。当然，我国董事破产申请义务的本土化架构并非对他国法律的完全照搬，需要结合当下的经济形态状况与破产现实需求，将之有效嵌入当前的企业治理与破产法改革中。

四、董事破产申请义务的本土化架构

当企业陷入财务困境时，董事义务的内容建构需充分考量其基本目标，避免企业内部理性自治在保护外部债权人方面的功能失灵及治理成本外化，为债权人提供更有效的保护机制。而及时申请破产是董事义务的核心环节，是企业治理下债权人保护机制向破产治理下债权人保护机制过渡的枢纽，^{〔20〕}能够实现两种治理机制的有效联动与衔接。

（一）破产申请义务符合“帕累托改进”路径

作为市场经济中的“宪法性”法律，破产法以其对困境企业剩余产权归属界定的威慑机制以及对债权人与债务人市场交易的约束规则，^{〔21〕}在各利益方的利益博弈中予以权衡，重构失效的生产要素，促进市场出清的有序、规范与高效。当企业陷入濒临破产的财务困境状态时，董事的破产申请义务能够促进企业及时进入团体债权人保护机制，规避企业财产发生不应有的减损流失，在不损害各主体当前福利水平的基础上，以群体规则的理性决策实现困境企业资产价值与社

〔18〕 See Thomas Bachner, *Wrongful Trading-A New European Model for Creditor Protection?*, 5 *European Business Organization Law Review* 293, 310-311 (2004).

〔19〕 李曙光：《破产法二十讲》，法律出版社2024年版，第124页。

〔20〕 See Michael Schillig, *The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance-Convergence of German and US law?*, 1 *European Company & Financial Law Review* 116, 120 (2010).

〔21〕 参见李曙光：《破产法二十讲》，法律出版社2024年版，第2页。

会效益的“帕累托改进”。

第一，以集体清偿代替个别清偿，公平保护不特定债权人的整体利益并增进效率。当企业出现财务困境时，破产法则对债权人、债务人追求自身利益最大化的冲动提供了一种预防、禁止和限制性规定，借以破产程序对资源的重新配置，在各利益方之间寻求一种兼顾公平与效率的商业安排。^{〔22〕}在法经济学的视域中，破产法的效益在于减少时间成本、不确定性等交易费用，通过有效率的激励设计，力求给市场主体带来的产出增加大于其投入的成本，最大限度实现各主体的利益一致。每个债权人均与企业存在独立的债权债务关系，由于不同的法律优先事项和彼此间的利益冲突，不同的债权人可能拥有不同的权利束。当企业出现财务困境时，囿于“天然分散性、信息弱势、专业知识欠缺和搭便车倾向等缺点”^{〔23〕}，债权人往往呈现出连带的被动状态，为了实现自身债权价值最大化，其通常罔顾债务企业已经濒临破产的事实，采取“竞相诉诸法院”或不规范的手段追索破产损失，带来债权清偿的“囚徒困境”和“公地悲剧”。此种因权衡自身的成本与收益而产生的负外部性激励行为仅对个别债权人有利，却增加了困境企业拯救或市场出清的时间成本。与之相比，对董事课以破产申请义务能够以破产程序中的债权人集体清偿取代非破产程序中的个人主义清偿，“公平满足所有债权人的清偿要求，防止对债务人的财产为个别的民事执行”^{〔24〕}，克服债权人与债务企业之间以及债权人内部之间因信息不对称而产生的资源浪费，节约债务人与不同债权人之间的谈判成本，进而提高效率。同时，根据《企业破产法》第 13 条以及第三章的规定，破产程序中的管理人作为债权人利益的“代言人”，能够以其专业度和经验帮助债权人集体了解债务企业的财产情况，厘清债权人内部的清偿顺位与份额占比，以社会权力的公共理性消解不同债权人之间的个体冲突，以团体行动公平保护不特定债权人的整体利益，促进债权人福利水平的最大化。可以说，当困境企业出现破产原因时，如果继续举债经营、拖延破产申请的成本为 X ，收益为 $E1$ ，及时进入破产程序的成本为 Y ，收益为 $E2$ ，那么集体清偿的公平机制对交易成本的降低，以及通过制止破坏性的个别追偿而带来的收益提升，产生的结果一定是 $X \geq Y$ 且 $E1 \leq E2$ ，能够以更少的成本助力债权人获得更多的收益，证明对董事课以破产申请义务是有效益的制度选择。

第二，保护债务人财产免受非破产程序的侵扰或随意处置，最大限度保有其剩余价值。经济学家斯蒂格利茨认为，具有不完备信息的竞争性市场难以出现极高的经济效率，为规避风险或防止被欺诈，位于信息劣势的一方通常拒绝与信息优势方交易或在交易时采取各种可能的措施，而这些措施都是需要付出成本的。换句话说，当市场不完备、信息不对称等现象存在时，市场机制无法单凭自己的力量达到帕累托最优，需要公权力介入以弥补市场失灵，实现经济效率。^{〔25〕}就破产程序而言，其制度设计与机制安排均围绕市场经济展开，而市场经济的法治化要求国家运用公权力对市场的干预应从行政手段转化为法律手段，以立法的规定性、程序性克服市场经济的盲

〔22〕 参见李曙光：《论我国〈企业破产法〉修法的理念、原则与修改重点》，载《中国法律评论》2021 年第 6 期。

〔23〕 张凌云：《论破产审判裁判思维的运用》，载《人民法院报》2017 年 8 月 2 日，第 5 版。

〔24〕 邹海林：《我国企业再生程序的制度分析和适用》，载《政法论坛》2007 年第 1 期，第 55 页。

〔25〕 See Greenwald B. & J. E. Stiglitz, *Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets*, 101 Quarterly Journal of Economics 229, 254 (1986).

目性、无序性。^{〔26〕} 前已言之，囿于债权人与债务人之间以及债权人内部之间的信息不对称，在企业陷入濒临破产境地时，每个债权人均有动机通过扣押或起诉等各种手段维护自身权益，弥补因信息劣势的滞后性而带来的债权损失，大量讼争势必拖累企业的正常经营，进而造成企业资产的不正当减损。破产程序启动后的自动中止制度恰是破产法则对上述市场失灵的公权力介入，能够为债务企业创设喘息空间，有效破解不同债权人之间的竞争困局。为了更加直观体现破产申请义务对债务人的价值，我们可以假设困境企业在出现破产原因时的存量资产为 A ，资产的增值速度为 R_1 ，存量资产因负债或诉讼程序而消耗的速度为 R_2 ，资产全部消耗完毕的时间为 T ，那么企业陷入财务困境状态意味着资产增值速度 R_1 小于消耗速度 R_2 ， $A = (R_2 - R_1) \times T$ 。也就是说，债权人的追偿竞赛实际促进了 R_2 的增长， R_2 数值越大， T 数值越小，存量资产消耗掉的时间越短；如果对董事课以破产申请义务，促使企业在出现破产原因时及时进入破产程序，企业资产的消耗速度 R_2 就会因自动中止制度的约束而暂停，从而最大限度保有 A 的价值，保护其免受不受控制的非破产程序的随意处置和分配。

第三，保证企业的独立申请人地位，激励董事勤勉尽责。根据《公司法》第 172 条，国有独资公司提出破产申请需由履行出资人职责的机构决定，未经上级主管部门同意不得向法院申请破产，意味着当困境企业为国有企业时，其破产申请人的适格地位需首先获得出资人的认可。但困境企业申请破产是法律赋予债务人的特权，“是企业成为独立法人而能够自主处分企业财产的重要标志”^{〔27〕}，国家行政机关不宜直接干预。当企业出现持续性不能清偿到期债务的财务困境时，为保护不特定债权人的整体利益，对董事课以及时申请破产的义务，恰好能够排斥出资人对企业是否申请破产所不应享有的决定权，在一定程度上维护困境企业独立且适格的破产申请人地位。此外，根据《公司法》第 180 条第 2 款，董事应以企业最大利益为行为导向，既包括在股东出资不实时催缴股东出资之注意义务，也包括在企业出现偿债危机时采取合理措施维持企业的清偿能力，这是董事维护企业资本充实义务的应有之义。^{〔28〕} 将债务人的破产申请由权利转化为义务，借助该责任机制的威慑作用，能够让董事因头顶上的“达摩克利斯之剑”而及时避免企业损失的扩大化，引导董事在企业出现财务困境时更加勤勉地关注企业运营状况与资本充实，在一定程度上固化董事的勤勉尽责。同时，及时进入破产程序的事前激励效应能够为尚未出现财务危机的企业提供制度预期，强化企业董事等管理层的信息收集与感知能力，倒逼企业谨慎经营、规范发展。

第四，促进僵尸企业及时出清，优化资源合理配置，提升社会效率。市场经济强调优胜劣汰与信用交易，前者是自由竞争的必然结果，后者则是资源配置的重要方式。破产法既通过市场出清体现优胜劣汰的底层逻辑，又通过规制信用经济来保护各主体的合法权益，其所具有的效率价值使得债权债务关系得以迅速了结，债务人能够从债务负担与多重诉累的浑浊状态中解脱出来，进而促进社会资源向高效的领域流动。^{〔29〕} 大量应破未破企业以负债状态继续赤字经营，实际上

〔26〕 参见陈婉玲：《经济法调整：从“权力干预”到“法律治理”》，载《政法论坛》2014 年第 1 期。

〔27〕 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 78-79 页。

〔28〕 参见邹海林：《公司资本充实原则：逻辑和制度发展》，载《比较法研究》2024 年第 5 期。

〔29〕 参见王欣新：《论破产法在市场资源配置中的重要作用》，载《中共杭州市委党校学报》2014 年第 6 期；李曙光：《通过破产制度实现“僵尸企业”的破产出清》，载《人民论坛》2018 年 8 月中。

是以债权人利益与市场流通秩序为代价,容易为其他市场主体提供虚假信息,损害市场经济运行的信用根基。囿于债权清偿率低的前车之鉴,债权人可能更加谨慎,需要在债权投资时投入更多的信用考量成本,或者以缩短借贷时间、提高借贷利率等方式保障自己的投资回报,一定程度上提高了正常企业尤其是无担保中小企业的融资困难程度。同时,企业之间通常出于资金借贷等原因发生相互关联的担保关系,僵尸企业的存在容易导致破产危机通过担保链条的传导作用不断蔓延,进而诱发系统性的金融风险。董事破产申请义务的确立,既能够促使企业在出现破产原因时及时进入破产程序,加快僵尸企业有序、快速地完成市场出清,真正实现市场经济的优胜劣汰与社会资源的优化配置,激发经济发展活力,又能够制止债务雪球越滚越大与债务风险的不断累积,及时防范企业资金链、担保链断裂引发的流动性财务危机。尽管企业在申请破产之后会面临财产暂时冻结、治理结构暂时停摆,但企业依然可以继续营业,尤其是《企业破产法》关于共益债务随时清偿的内容更是大幅提高了企业获得融资的机会,有益于债权投资市场的稳步发展。

值得讨论的是,部分学者所主张的庭外重组、预重整等庭外机制^[30]是否能够在企业陷入财务困境时达到兼顾债权人与债务人利益之目的。庭外重组是主债权人与债务人自愿在非司法层面开展的自力救济,以当事人一致同意为原则,其谈判与协议不受破产法等规则的约束,具有灵活便捷、成本低廉的优势。然而,正是由于缺乏清晰明确的规则指引与控制,债务人与主债权人之间因信息不对称而难以在双方之间建立信任关系,^[31]债权人之间因不同的权利束而产生的利益冲突难以调和。一旦遭遇个别债权人的“利益钳制”,庭外重组将会因协议未达成一致而失败,此时在谈判中持有异议的债权人可能寻求个别诉讼或执行,又可能引发潜在的“囚徒困境”。理想状态下,当企业丧失偿债能力时,应当及时进入破产程序冻结此时的债权债务格局,为之后的公平清偿债权或实现企业再生做准备,而放任主债权人与债务人滞留在破产程序之外的自立磋商阶段,可能降低弱势债权人的分配比例或低估企业的再生价值,使本该存在的公平分配秩序消失殆尽,甚至在缺少司法冻结等机制的保护下诱发企业财产损失的不断扩大。另一方面,预重整可能反噬破产程序的规则与效应。我国《企业破产法》并未对预重整作出具体规定,预重整的实际样态及处理模式散见于各地法院的审判指引中,引发了司法实践对预重整操作的千人千面。在法律定位尚未清晰的情形下,贸然将预重整嵌入董事对债权人的特殊义务之中,易使其承受“不能承受之重”,引发其对破产程序规则与效应的反噬,带来体系上的矛盾与混乱。

除此之外,亦有学者担心该义务与企业重整文化相冲突,^[32]不利于企业拯救以及债权人保护,^[33]这实际上混淆了破产申请与破产清算的区别,错误地认为二者等同。我国企业破产法的制度设计包含破产清算、重整、和解三项破产程序,整个制度构造都是围绕企业再生而展开,其创设和应用能够给予债务企业回归市场的机会,在公平保护不特定债权人的整体利益与维护债务人应有权益之间取得良好的平衡。法院受理董事提出的破产申请标志着破产程序的开始,至债务

[30] 参见金春:《破产企业董事对债权人责任的制度建构》,载《法律适用》2020年第17期;王佐发:《论困境公司董事信义义务的转化——以公司法与破产法的衔接为视角》,载《社会科学》2022年第1期。

[31] 参见王欣新:《建立市场化法治化的预重整制度》,载《政法论丛》2021年第6期。

[32] 参见李小宁:《涉债权人团体利益保护之董事义务与责任法律制度研究》,法律出版社2018年版,第172页。

[33] 参见邢海宝:《公司债权人保护:以不当交易的规制为中心》,载《比较法研究》2023年第1期。

人被法院宣告破产清算之前，若债务人或债权人具备企业再生的意愿，可以向法院申请启动企业再生程序，也可以通过“自行和解”的形式终结破产程序，避免可能出现的破产清算。^{〔34〕} 申言之，申请破产并非对债务人的限制，在当下以企业再生为价值理念和主要目的的破产制度下，及时申请破产是对债务人最有利的保护，于企业拯救有益而无害。更重要的是，对于董事破产申请义务这一解决方案的效益而言，我们不应局限于对短期利润的关注。“作为当事人自治主导型的债务清理程序”^{〔35〕}，破产程序中存在着债权人与债务人通力合作、互利共赢，通过灵活的制度安排化危为机，实现企业起死回生的协同空间。集体解决方案可能在短期内给部分债权人造成一些金钱损失，但在中长期内能够最大限度地兼顾私人利益与社会利益，直接或间接地使债权人和其他利益相关者（如职工、企业股东与高管、国家税收等）受益，发挥破产程序在市场出清、债务清理、资源配置、企业拯救等方面的公平价值与效率优势，在增强责任分配均衡化的同时优化营商环境，符合“帕累托改进”路径。

（二）董事破产申请义务的制度实现

1. 破产申请义务的适用条件

前文已述，企业陷入财务困境是董事向法院提起破产申请的条件，而财务困境的重要表征是企业偿债能力不足，在我国破产法中的判断标准为不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部，或者不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力。不能清偿亦称支付不能，通常采取现金流量的判断标准，即企业已全面停止支付到期债务，且缺乏充足的现金流量清偿到期的现有债务，着眼点是债权债务关系能否得到正常维系。^{〔36〕} 与之相对应，资不抵债（债务超过）表明企业法人所持有的积极财产已经无法清偿全部债权，通常采取资产负债表标准，着眼点是债务人的资债比例关系是否失衡。但该标准仅考虑债务人的财务资产，未将市场信用、融资渠道、品牌效应等因素纳入考量范围，存在其自身无法克服的局限性，因而资不抵债并不意味着一定丧失偿债能力，尤其对于许多具有良好声誉与较高市场估值的企业或新兴企业而言，比如星巴克的资产负债率已连续五年大于100%，但其依然表现出良好的盈利能力。^{〔37〕} 同样，有些企业法人虽然账面资产数额大于负债，但其资产主要是土地、厂房、设备等固定资产，将之用于偿债将导致企业丧失经营能力进而陷入现金流危机式的财务困境。因而资不抵债不能单独作为董事是否需要提起破产申请的判断条件。

从理论上讲，无论是现金流量表标准抑或资产负债表标准，将其作为破产原因之一的逻辑起点在于防止债务企业在出现上述情形时仍然采取放任企业亏损扩大或机会主义行为，进一步损害债权人利益。毕竟当企业法人发生现金流危机或资债比危机时，“已然对一般债权人的利益构成不能受足额清偿的潜在危险，增加了市场流通秩序的不安全因素”^{〔38〕}。然而，上述判断标准主要依靠企业的财务会计报告等信息，存在滞后性、片段性、短期性等缺点，这些固有缺陷意味着其并不总是能够完整、真实反映企业的即时财产状况，可能导致企业的营运价值与偿债能力被低

〔34〕 参见《企业破产法》第95条、第105条。

〔35〕 邹海林：《我国企业再生程序的制度分析和适用》，载《政法论坛》2007年第1期，第51页。

〔36〕 参见王欣新：《破产法》（第3版），中国人民大学出版社2011年版，第36页。

〔37〕 参见星巴克的年度报告，载 <https://investor.starbucks.com/financials/annual-reports/default.aspx>，最后访问时间：2024年10月12日。

〔38〕 邹海林：《破产法——程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社2016年版，第63页。

估,因而董事破产申请义务的适用条件除考虑财务因素外,也要结合经济环境因素、企业规模因素、企业经济类型等变量。^[39] 企业法人的偿债能力是不断变化的动态参数,法院需结合企业财产多寡、信用高低、技术力量优劣等多种因素,多方面考察之后作出综合评价。只有竭尽所有手段,凭借其拥有的财产、信用、产品前景、知识产权等多种方法仍不能偿还到期债务时,才可构成丧失偿债能力。可以说,不能清偿到期债务是董事破产申请义务触发条件的最低标准,同时需附加一些特殊情形,除《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》第 4 条所规定的情形外,不限于:(1) 企业所在行业出现巨大亏损,其核心业务被迫暂停或急剧缩减经营规模;(2) 核心资产被迫出售,变现能力出现严重危机;(3) 企业已停止营业或处于解散状态,资产不断贬值;(4) 账目上呈现资不抵债且缺乏足够的融资能力;(5) 满足特定行业的危机监管标准。^[40] 此外,考虑到判定企业陷入财务困境之条件复杂性以及兼顾债权人利益与企业拯救之价值取向,应当为破产申请义务履行设置一定的观察期,该观察期的时长应结合企业类型与规模,比如中小型企业为 15 天,大型企业为 30 天。在该观察期内董事可以审慎分析企业当前的财务状况与拯救价值,判断企业能否通过与债权人磋商延长债务履行时间、获取专业机构的咨询意见、再融资等方案消除目前的破产原因,从而在一定程度上弥补破产申请义务僵化、封闭的缺点。如果董事未能成功在观察期内挽救败局,意味着企业无法通过自力救济的方式化解危机,董事需要在观察期结束时向法院提出破产申请。

2. 董事违反破产申请义务的问责制

“课以责任的目的在于使他们的行动比他们在不具责任的情况下更具有理性。”^[41] 科学、合理、恰如其分的问责机制是实现董事破产申请义务的有机前提,也是董事对债权人之特殊义务在责任层面的转化。参考欧陆国家的立法例,结合我国的立法现实及破产实务,董事违反破产申请义务的责任框架可从以下三个方面予以细化:

首先,对申请主体作扩大解释。通常而言,企业法人的内部董事享有对企业经营计划及解散方案的决定权与制订权,但现实中越来越多的企业不断呈现董事决策权被架空使董事成为傀儡董事、控股股东与实控人以事实董事或影子董事身份掌握实质性控制权的趋势。为了强化对上述主体的约束,《公司法》第 180 条第 3 款、第 192 条分别将事实董事与影子董事涵摄进董事责任规制体系,强调权责同行的一致性。从体系解释角度与功能主义路径出发,在企业陷入财务困境时,“双控人”亦应与名义董事承担相同的破产申请义务,从而对所有对企业享有实质管理权或影响、控制董事行使职权的主体适用统一的监管与约束,防止幕后的非董事主体逃避法律责任与义务承担,进一步优化困境企业的债权人保护与企业拯救目的。

其次,责任性质为不作为侵权。当董事怠于履行破产申请义务致企业财产不当减损或企业债务恶意增加时,损害的是债权人对企业剩余资产的受偿利益,^[42] 请求权基础是债法上的损害赔偿

[39] 参见郭斌等:《我国企业危机预警模型研究——以财务与非财务因素构建》,载《金融研究》2006 年第 2 期。

[40] 参见陈学辉:《我国破产原因解释的类型化进路》,载《西南交通大学学报(社会科学版)》2018 年第 3 期;吴亦伟:《破产重整原因的重构与制度配给》,人民法院出版社 2023 年版,第 108 页。

[41] [英] 弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上册),邓正来译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 184 页。

[42] 参见苏喜平、任慧星:《公司临界破产时董事的破产申请义务》,载《法治论坛》第 57 辑,中国法制出版社 2020 年版,第 190 页。

偿请求权。结合《中华人民共和国民法典》第 1165 条第 1 款、《公司法》第 232 条第 3 款及第 238 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（2020 年修正）第 18 条，董事故意或重大过失违反破产申请义务给债权人造成损失的，应当对债权人承担不作为的侵权责任，以保持董事责任性质的统一与协调。同时，考虑到名义董事与影子董事、事实董事的过错程度不同，可对不同董事实行差异化问责，由掌握绝对控制权的董事承担无限责任，由名义董事承担比例责任，具体比例需综合考量董事行为的危害程度与原因力。

再次，对于董事违反破产申请义务时的赔偿范围，有学者主张借鉴德国法的相关规定，对新旧债权人予以区分并赋予新债权人对董事之单独诉权。^{〔43〕}因二者的损失范围不同而予以区分似有其合理性，但任何一项事物具备合理性的同时，也要考虑与现实的匹配性。探其本质，无论是旧债权人的“共同损失”抑或新债权人的“个人损失”，均为董事未及时申请破产而造成的损害，偿付比例减少或信赖利益损失乃是同一结果的不同表现形式。再者，前文已述，德国破产法上区分新旧债权人的根源在于德国更加注重企业无产可破时的个别债权人救济而非破产程序中的公平清偿，与我国破产法注重维护不特定债权人的整体利益之价值理念大相径庭，区分不同债权人且赋予新债权人单独诉权不仅与集体利益高于个人利益的立法意旨背道而驰，也易造成个别强势债权人获得完全清偿而置弱势债权人于不利地位之局面。此外，赋予董事对债权人的直接诉权意味着董事需要支出大量的时间成本与精力成本来应对重复的诉讼，容易在履职风险之上额外增加董事的压力。结合《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 118 条第 4 款的规定，将侵权责任诉权赋予破产管理人，为债权人团体利益追究董事违反破产申请义务的损害赔偿，将损害赔偿列入破产财产后再行分配更为适宜。为缓释董事责任，赔偿范围应限定为企业财产的贬损数额，而非债权人的所有未受清偿部分，在破产管理人未向董事主张上述赔偿时，个别债权人有权代表债权人集体提起派生诉讼。

最后，归责原则中适用过错推定。通常而言，遵照“谁主张，谁举证”的原则，被侵权人（债权人）负有对侵权行为构成要件的举证责任，自然应举证证明侵权人（董事）在主观上存在故意或重大过失。然而，囿于债权人的外部人定位，其对公司内部经营状况缺乏知情权与监督权，对企业财产及企业处于何种生命周期的信息掌握处于弱势地位，意欲证明董事在违反破产申请义务时的主观过错存在相当大的困难。基于对外部债权人予以倾斜保护之价值取向，只要债权人能够证明董事未适当履行破产申请义务使自己债权受损即可，董事则应证明自己在主观上不存在故意或重大过失，否则需要对债权人承担损害赔偿赔偿责任。

3. 董事责任的豁免规则

企业法人作为组织体，其运作通过法人机关来实现，决议则是法人机关作出团体意思表示的基本形式，按照资本多数决原则对全体成员产生法律约束力。作为内部治理事项，是否申请破产乃由董事会决议决定自不待言。然而，企业的决议行为之目的在于平衡组织体成员之间的法律关系，防止法人机关或个别成员实施可能损害企业利益的不当行为，其实质为法人自治的自我约束机制，^{〔44〕}

〔43〕 参见胡晓静：《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。

〔44〕 参见邹海林：《〈公司法〉修订的制度创新：回顾与展望——以〈公司法〉修订草案二次审议稿为蓝本》，载《法律适用》2023 年第 8 期。

无法在企业与债权人之间产生法律关系。换言之，债权人权益受损的诱发因素不是董事会决议，而是实施该决议之行为，担责主体系个体层面的董事而非团体层面的董事会。就结构而言，董事会决议既具有资本多数决形成的团体法效力，也包括董事作为自然人行使表决权的个体意愿，董事可对待表决议案作出赞成、反对或弃权的意思表示。当企业陷入财务困境，董事会经多数决作出不予申请破产的决议并继续经营甚至实施机会主义行为而致债权人受损时，要求全体董事为该决议的实施行为之后果买单不免有“连坐”之虞。鉴于此，为了避免过度强调董事会决议的团体法效力而漠视董事作为自然人的个体意思表示，防止对勤勉尽责的董事课以本不应由其承担的责任，解除其后顾之忧，可以在制度设计上采取柔性的缓和措施，豁免尽职董事之责，比如董事在得知企业陷入财务困境之时即在董事会上提出了向法院申请破产的动议，或者在表决是否不予申请破产之提案时曾表明异议，或者以书面形式提醒债务企业及时申请破产等。需要注意的是，上述动议或异议并不完全意味着董事的破产申请义务为完成状态，实践中可能出现部分董事为了个人免于责罚而罔顾企业挽救前景，贸然提出申请动议或对不予申请表达反对意见的情形。因而需要考察董事提出相关动议或异议的依据与理由，只有董事勤勉审慎地对企业财务信息与业务状况进行了充分的了解与调查，并基于相关分析结果在董事会决策中提出动议或发表意见，其方可据此提出免责抗辩。

除此之外，向独立、合格的专家主体提供充足信息并合理信赖对方的专业建议亦可发挥类似的“安全港”功能。前文已述，囿于财务信息的滞后性、片段性、短期性等固有缺陷，董事以一般合理人的理性标准作出商业决策时并不总是能够准确判断企业是否陷入财务困境，此时可以寻求第三方专业人士的帮助。第三方主体需具备相应的专业资质、一定的公信力以及识别企业财务危机的专业能力，董事向该类主体披露的信息需满足准确、全面、真实的要求，并与相关主体保持良好的沟通，以确保获得的破产咨询建议切实可行。但是，求助于外部专家不等于董事拿到了“免死金牌”，董事仍需定期进行业务审查，密切关注企业的财务状况、市场经济环境等变量，如果董事以自己不具备相应专业知识为由，全程依靠第三方主体的意见作出商业决策，或在外部意见存在明显错误、与企业状况明显不适配时仍予以采用，则董事不能将其作为豁免责任的援引依据。

（三）《破产法》修订下的董事破产申请义务

破产法是发挥市场新陈代谢功能的关键支撑，亦是推进法治化营商环境建设、赋能经济高质量发展的重要推手。一部好的破产法不仅能够最大限度地降低破产所产生的社会成本现值，而且可以刺激市场经济并预防金融灾难。^{〔45〕}数十年来，伴随商业贸易在不同国家与区域间的方兴未艾，各国为规范商事法律规则、对接国际破产体系，纷纷对包括破产法在内的商业立法予以了变革与完善，“我们所处的时代见证了一个世纪以来的破产法的首次全球性变革”^{〔46〕}。

自 1986 年《中华人民共和国企业破产法（试行）》颁布，至今已逾 30 年，但由于经济发展形势的巨大变化，相应的立法规则与实践需求出现了严重脱节，破产法并未达到人们对该制度

〔45〕 参见张善斌、钱宁：《论破产法修订应考量的几个重要关系》，载《宁夏社会科学》2022 年第 4 期。

〔46〕 〔美〕杰伊·劳伦斯·韦斯特布鲁克等：《商事破产：全球视野下的比较分析》，王之洲译，中国政法大学出版社 2018 年版，第 1 页。

“三十而立”的期待效果，破产程序的及时启动仍然是难以应对的问题与堵点，普通债权清偿率低、僵尸企业大量存在仍是当下最棘手的顽瘴痼疾。在立法层面，我国目前的法律体系并未涵盖企业陷入财务困境时的破产申请义务，对相应的行为规则与问责机制亦缺乏清晰的规范指引。《企业破产法》第125条第1款的立法意旨与《公司法》第180条一脉相通，更多被理解为确立董事违反信义义务进而诱发企业破产时的责任规范，而非聚焦于企业已经破产或濒临破产时董事的破产申请义务及对债权人的责任行为。尽管《企业破产法》起草组主张该款可以扩大适用，^{〔47〕}但在司法实践中的裁判意见并未统一。^{〔48〕}第128条虽体现了立法者通过追究董事责任以保护债权人的用意，但该款仅针对董事不得从事的特定性行为，无法涵盖企业陷入财务困境时董事实施的放任企业财产状况持续恶化等损害债权人利益的一般性行为，且该条款中“其他直接责任人员”是否包括全体董事抑或仅指部分有责的董事，赔偿责任指对债权人的直接赔偿责任还是间接赔偿责任，皆存在模糊之处。此外，《公司法》第191条规定了董事在执行职务过程中对第三人的责任，但该责任系企业正常经营状态下的原则性规定，未明确企业处于破产临界期这一特殊情境时董事义务如何考量适用，且该条款存在责任性质不明、规范定位不清、逻辑法理欠缺等争议，是否能够在企业陷入财务困境时为债权人提供更周全的保护、指引监督董事的经营决策行为颇值怀疑。

基于我国目前的立法缺憾与现实需求，结合前述的适用条件、问责制及豁免规则，本文建议在《企业破产法》修订中引入董事的破产申请义务，同时强化董事的信息披露义务，提高企业财务状况的透明度与信息真实性，缓解债权人与债务企业之间的信息不对称，提高债权清偿率。具体而言，《企业破产法》可以在现有规范基础上引入以下内容：

债务人有下列本法第二条第一款规定的情形，企业的董事、高级管理人员应当自知道或应当知道上述情形后及时向股东和债权人披露企业的财务状况，并及时向人民法院提出破产申请。

董事、高级管理人员因故意或重大过失违反前款规定，给债权人造成损失的，应当依法向债权人承担赔偿责任。

若董事、高级管理人员能够证明其在知道或应当知道企业出现本法第二条第一款规定情形后，尽力采取了合理必要的危机干预措施，或经证明在表决损害债权人的决议时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

五、结 语

债权人利益的各种保护措施需要依赖董事的履职行为，尤其是在企业陷入财务困境时，债权

〔47〕 参见《中华人民共和国企业破产法》起草组主编：《〈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。

〔48〕 如在“北京市蟹岛绿色生态农庄有限公司与张某某等与公司有关的纠纷案”中，法院虽未否定债权人的主体资格，但认为债权人不能在破产程序中向债务人董事直接主张赔偿责任，只能代表债权人提出该种诉求。参见北京市海淀区人民法院（2022）京0108民初38221号民事判决书。在“尚某合与何某瑞合同纠纷案”中，法院亦主张《企业破产法》第125条的责任对象为公司而非债权人，因而债权人不能直接要求公司法定代表人对其担责。参见山西省运城市中级人民法院（2018）晋08民终1476号民事判决书。

人实际上取代股东成为企业财产的剩余索取权人，也成为事实上的风险承担者。如果股东、董事等因对企业丧失实际权益而进行过度冒险经营、侵害企业财产等行为，必然导致债权人的利益受损。此时，正常经营状态下以股东利益为中心的企业治理秩序已发生改变，为防止董事放任企业损失扩大或从事机会主义行为，应对董事课以企业陷入财务困境时的破产申请义务。但破产申请并不意味着最终会被破产清算，破产程序也非对债务人的限制，在一个以企业再生为价值理念及主要目的的破产制度下，及时提起破产申请是对债务人最有利的保护，符合“帕累托改进”路径。在《公司法》第 191 条已明确董事对第三人责任之原则性规定基础上，在破产法领域中对董事课以破产申请义务，亦能够优化《企业破产法》与其他法律在体系上的一致性与衔接性，消弭相近法律规则在不同适用场景中的潜在冲突。

Abstract: The Enterprise Bankruptcy Law lacks effective regulations regarding the phenomenon of directors indulging in continuing operations or implementing risky business decisions after the enterprise falls into financial difficulties, which continuously expands the property losses of the enterprise and thereby damages the creditors' share of compensation. Although countries outside the region have adopted regulatory models with seemingly consistent goals, their institutional logic is fundamentally different and should not be adopted rashly. Combined with the legislative reality and bankruptcy practice in China, the system design should follow the path of "Pareto improvement", impose bankruptcy application obligations on directors of distressed enterprises, prevent debt inflation, fairly protect the overall interests of unspecified creditors, and protect enterprises from arbitrary intrusion of non-bankruptcy proceedings, encouraging directors to be diligent and responsible. The nature of the liability for indirect damage to the interests of creditors caused by directors' breach of bankruptcy application obligations should be recognized as tort of omission. Should apply the presumption of fault in the principle of attribution and provide preferential protection to external creditors. In terms of institutional design, flexible mitigation measures should be taken to exempt due diligence directors from their responsibilities, in order to avoid the system becoming a mere formality due to concerns about excessive responsibility or unclear understanding.

Key Words: director obligations, bankruptcy application, creditor protection, enterprise regeneration

(责任编辑: 周 游)