

论公司债权人的体系保护

许德风

[摘要] 公司债权人首先享有其他个人债权人所能获得的全部法律保护。除此以外,公司法上还有很多特殊规则围绕保护公司债权人这一任务展开,如注册资本制度、出资及资本维持制度、董事高管对债权人的责任制度、股东对债权人的连带责任制度(刺破公司面纱)等。在理解这些制度时,一个体系化的思考框架至为重要。事实上,在上述公司法规则之外,合同、侵权和破产制度也承担着重要的债权人保护功能,在对公司法上的传统规则进行规划与解释时,须认真对待这些相互关联的制度安排。

[关键词] 公司债权人保护;侵权法保护;刺破公司面纱;公司资本;资本维持原则

[作者简介] 许德风:法学博士,北京大学法学院副教授(北京 100871)

目前,尽管作为私法基础的民法是商法中相关制度的重要参照,但对民法规则是否适合被用于商法(尤其是公司法)争议的解决,很多学者持谨慎的态度。^①较有代表性的观点认为,一百余年来,随着资本市场的发展与经济的全球化,公司法经历了重大变迁,而民法总体上仍沿着罗马法的基本原理,其能否满足解决具有特殊性的公司法争议的需求值得商榷。以侵权法在公司债权人保护中的作用为例,相比公司法上的细致规则,侵权法通常都或多或少地采用“一般条款”的方式,要件模糊^[1](P1014-1015)]且缺乏可预见性^[2](P174-175)],故不适合作为公司债权人保护的依据。这一观点有一定道理,

但忽略了民法规范和商法/公司法的内在关联及民法本身的演进及发展。

从成本收益的角度观察,公司这一法律形式的功能在于降低获取资本、劳动力、原材料及消费者等要素的市场交易成本。^②实现这一功能的内在机制则是公司通过法律所确立的在组织、人格、财产及责任方面的独立性及相关制度。但是,与物质世界的建筑不同,法律“架构”的有效性,要么系于当事人的守约,要么系于违约或侵权时执法的强制力及其他外部监管,因此,在分析讨论有关公司法问题时,不能将其孤立起来而忽略其他相关的制度。具体而言,除了公司资

^① 我国有学者批评现行立法及司法实践过度强调用民法的思维处理公司法问题。以《公司法司法解释三》(法释[2014]2号)为例,其主要的问题在于该理论来源上的错误,进而导致其“恪守僵化的法定资本制,用静态集合财产的观念去对待公司,从股东出资的角度去界定股东和公司的关系,用物权方法去界定股东间的财产共有关系,用集合财产作为担保去向债权人提供保护”。参见邓峰:《物权式的股东间纠纷解决方案》,载《法律科学》2015(1)。还有学者指出,在公司股权转让的问题上仅适用民法的一般财产转让规则是不够的,这样做“忽视了股权和股权转让的团体法特性……将股权转让视为转让双方当事人之间的合同关系,公司只是股权转让的效果承受者,而失去了主动干预股权转让的能力,不仅无法反映公司介入的正当性和合理性,也无法说明股权转让关系的复合性”。参见叶林:《公司在股权转让中的法律地位》,载《当代法学》,2013(2)。无独有偶,德国也有学者反对过度扩张民法的适用范围。Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, München: C. H. Beck, 2006, S. 203.

^② 正如有学者所指出的:“如果一个企业完全由与其没有任何业务往来的人所有,则该企业所有涉及投入产出的交易都要通过市场合约来完成。这在理论上是可行的,但在实践中却可能导致无效率的结果。”亨利·汉斯曼:《企业所有权论》,27页,北京,中国政法大学出版社,2001。

本制度外，（有调节能力的合同）债权人还可通过利息、担保等制度安排寻求保护（公司债权人的合同保护），可通过侵权法主张公司股东及董事高管等实际运营者承担责任（公司债权人的侵权法保护），也可通过破产法的制度安排实现债务人财产的统一管理与债权的统一清偿（公司债权人破产法保护）。另外，从公司法的发展历史来看，人们从公司制度存在之初就意识到以补偿损害为中心的民事责任的局限，并就滥用公司形式的问题规定了周全的刑法规范（公司债权人的刑法保护）。

公司债权人的法律保护应通过一套相互协作的制度体系来实现。在这一过程中，公司法固然要发挥作用，但其他法律，包括合同法、侵权法乃至刑法，也都有发挥作用的空间。实际上，相当多写在公司法中的债权人保护规范在性质上并不属于公司法，不过是民法（合同、侵权）、行政法和刑法的规定而已，或者即便被定性为公司法上的特殊规定，其法理基础也依然植根于其他法律部门。在这一背景下，体系化的分析有助于澄清公司债权人保护的内在原理，同时使具体的债权人保护制度各得其所，与各自的制度本源建立起联系，最终促成法律的体系化与科学化。只有了解这些制度间的相互关系，才能更好地理解每一项具体制度的运转机制及其边界；只有整体看待这些制度，才能让每一项制度的定位更为精准。以下从私法层面讨论公司债权人的体系保护问题。

一、公司债权人的合同保护

借债（债权融资）和发行股票（股权融资）是公司获取资本的两种基本形式。对于有调节能力的债权人^{[3](P124)[4](P52)}而言，利息、债的担保、债的保全（代位权与撤销权）等合同安排或合同救济都是可用于自我保护的制度：利息的保险功

能有助于分散债权人所面临的个别债务人破产的风险；担保可确保债权（在债务人破产时）的优先受偿，降低债权的实现成本与执行成本；代位权、撤销权等债的保全措施则可以在破产程序之外保障债权的实现。^①除此之外，债权人还可以通过控制债务人实现自我保护，如在银行借贷和债券市场中普遍应用的“限制性条款”（covenants）。运用这些限制性条款，债权人可以控制债务人企业的财务政策、管理策略、股利发放和进一步负债等事项，并在企业违反这些条款时提前终止合同，收取债权。^[5]

当然，并不能因为存在公司债权人的合同保护，便完全将保护债权人的“责任”推给债权人自己。的确，任何债权人在与公司交易时都应预见到公司因破产而不能偿债的可能性，但这种预期的前提是公司合理地使用了有关借款而未从事投机或其他转移财产行为。然而，在长期而复杂的公司经营实践中，这一前提常常被破坏。如股东本应如实缴纳出资而未能履行该义务，又如股东侵占公司财产（或将个人的侵占和浪费包装成公司的正常亏损）而获得非法利益。股东从事上述行为的动因，一方面在于借款合同双方存在“委托—代理”式的利益冲突，另一方面也在于有限责任制度在技术上对股东个人责任的阻隔。^②也正是出于这样的原因，现实中并不存在100%债权融资的公司。^{[6](P192)}在这个意义上，在合同法之外规定强制性的公司债权人保护规则，有助于约束股东的机会主义行为，降低债权人和股东之间的“委托—代理”成本，弥补公司债权人合同保护制度的不足：其一，某些债权人与公司所进行的交易规模太小，额外进行协商的成本与收益不成比例。其二，某些债权人太“幼稚”，缺乏必要的协商能力或协商经验；某些债权人甚至对债权的发生与否都完全没有选择的余地。^[7]其三，在公司有多个债权人时，会出现所谓“搭便车”的现象：大家都没有动力去推动与债务人

① 如果把公司的本质看做是合同束，则债权人也是这个合同体系中一类重要成员，包括银行、公司职工、供货商等等。在这种情境下，若可以通过合同规则保护债权人，则无须公司法介入。Armen Alchian et al. "Production, Information Cost, and Economic Organization". *American Economic Review*, 1972 (62).

② 如果不对股东的这些行为进行限制，会产生对各方均不利的后果：投资者不敢向公司放贷，公司经营者无法获得债权融资，社会经济整体活力降低。从这个意义上说，法律保护公司债权人，一方面出于正义理念，另一方面也是社会经济有效率发展的客观需要。Hertig et al. "Creditor Protection". In R. Kraakman et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 71-99.

达成那些有利于所有债权人的条款，如强制要求债务人公开必要信息的条款或者登记/披露某些大宗公司债权的条款。^[8]下文所述的关于公司资本制度的法律规定，便是此类规则。

二、保护债权人的公司资本制度

法律上，债权人与股东之间显然并无直接关联：债权人不过是和公司进行交易，而股东只是公司的成员，并未与债权人订立合同。不过，鉴于公司不过是拟制而成的法律实体，在一些特殊场合，有必要透过交易形式来探究其实质。对这一问题，本文持如下观点：债权融资不过是企业所有者融资的方式之一，虽然在法律上、交易形式上体现为债权人将有关款项出借给公司，但其经济实质还是出借给企业所有者，在债权人与所有者的关系上，除了借款合同条款以外，还包括与有限责任有关的“交易”内容。具体而言，有限责任可以被理解为企业所有者与债权人之间的（默示）合同约定，债权人“自愿”放弃要求企业所有者承担相应债务的权利，“赋予”股东有限责任保护；股东则承诺遵守公司资本制度，放弃（企业清算时的）优先受偿权，确保个人财产与公司财产的区分，维护公司财产的独立性，即所谓“分离原则”（Trennungsprinzip）。股东任何背离公司资本制度的行为都构成对债权人的“违约”，也足以正当化债权人对股东的直接追责。^①换言之，如实出资原则（Grundsatz der realen Kapitalaufbringung）和资本维持原则（Grundsatz der Kapitalerhaltung）^[9]是股东享有有限责任的“对价”。^②

对于出资制度，与1993年和2005年的《公司法》相比，2014年《公司法》进行了重大调整，采

“认缴登记制”：公司发起人或创始股东可以自由设定出资额、出资期限、出资比例，在认缴（而非实缴）全部出资后即可向公司登记机关申请设立公司，并取消了法定最低注册资本的要求。这一改革的目的在于放松管制、促进创业^{[10](P51)}，同时也暗合了世界公司法放松注册资本管制的潮流。^[11]对于这一宽松的注册资本制度，有学者担忧公司债权人保护的问题。^{[12](P509-510)}本文认为，如果能准确、严格适用既有的法律规范，这种担心是不必要的：一方面，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；另一方面，若将《公司法司法解释三》第13条的规定（股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充责任）理解为不要求履行期限届至，则对公司债权人的保护很可能是加强了。^{[13](P35)}

对于资本维持制度，《公司法》第36条以及此后的《公司法司法解释三》规定了以限制“抽逃出资”为中心的具体规则。正如有学者所指出的，“抽逃出资”并非严格意义上的法律概念，其既包括股东侵夺公司财产的行为，也包括公司向股东输送利益而使股本受侵蚀的行为。^{[14][15][16]}具体而言，依据《公司法司法解释三》第12条的规定和学者的总结，“抽逃出资”是一种源自股东视角的概念（股东为主体，公司为相对方或客体），包括减少公司资产和增加公司负债两种形式，有直接抽逃和间接抽逃两种类型。直接抽逃多指“账实不符”，如公司账面记载不完全或公司捏造债权掩盖股东抽逃出资的事实（第2项规定的“通过虚构债权债务关系将其出资转出”）；而间接抽逃则借助股东与公司间商业交易来实现公司向股东返还出资的效果（第3项规

^① “商法起源于无限责任，除非法律有特别的规定。因此，当事人在享有有限责任的同时，必须同时付出相应的代价，遵守有关的资本管制规则。” BGHZ 117, 323, 331 = BGH WM 1992, 870; BGH WM 2003, 348 (349); Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S 515; BGHZ 142, 315, 319, 322 = BGH WM 1999, 2071.

^② “Permitting individuals to organize their enterprise as distinct legal entities, thereby separating assets devoted to particular businesses from the shareholders’ personal assets or assets devoted to other business, and shielding these personal or other business assets from the risk of the enterprise.” “The separate personality of the corporation will be disregarded or the corporate veil pierced whenever the separateness of the corporate form is employed to evade an existing obligation, circumvent a statute, perpetrate fraud or crime or generally commit an injustice or gain an unfair advantage.” O’Neal and Thompson’s Close Corporation and LLCs, Volume 1, § 1: 11. 高旭军：《论“公司人格否认制度”中之“法人人格否认”》，载《比较法研究》，2012（6）。类似地，英国 Rickford 报告中将保护债权人看做是对公司享有有限责任的“合理平衡或协调分配的问题”（a question of reasonable balance, or proportionality），在理论上也是基于一种公平或常识的观念。“Rickford Report”. European Business Law Review, 2004（15）：919-967.

定的“利用关联交易将出资转出”)^[17]。如果从公司的视角看待抽逃出资(公司为主体,股东为相对方),抽逃出资也可以理解为是导致公司财产无对价流向股东的一种“分配”^[18]。

对于“抽逃出资”的定性,较有影响力的观点认为,“侵权责任路径已经失去了法理基础与现实支撑”。理由是“侵权责任作为民事责任的基本类型之一,是一个非常宽泛的概念。在社会生活的不同领域,侵害他人合法权益所应承担的具体责任形式可能是不同的,这些由专门立法规定的民事责任与侵权责任法之间是特别法与一般法的关系,应优先适用”^{[19](P190-192)}。这是值得商榷的。从文义上看,《公司法司法解释三》恰恰是有意回避了对债权人追究股东抽逃出资责任的定性。退一步讲,将规则定性为“公司法的专门规定”仅仅是第一步,只有将其与私法的其他规范相对接,该规则才真正与既有的法教义学建立起关联,进而获得更强的解释力和确定性。

三、公司债权人的侵权法保护

通说认为,在以下情况中,公司(在股东、董事高管控制之下)从事不当行为,进而损害债权人利益的可能性较大,此时法律强行规定债权人保护制度的收益通常要大于其成本:其一,公司接近破产时,此时股东更容易选择无效率的投资(主要是高风险的投机性项目)或者更有动力非法转移公司财产;其二,债务人是从属于某个公司集团的子公司时,因受到总公司的直接控制,在经营和财务上缺乏独立性,更容易从事损害公司债权人利益的行为;其三,债权人是非自愿债权人时,此类债权人完全没有选择权,更容易受到损害。^{[20](P52-60)}

针对上述情形,各国通常都在公司法或相关法律(如破产法)中制定保护债权人的特殊规则,既包括特定的行为规范,也包括具体的事后救济规则。前者如公司董事高管在公司陷入困境时的破产申请义务制度^[21],公司在破产前特定时间内不得无偿转移财产或偏颇清偿个别债权人的制度(我国《破产法》第31条、32条);后者主要是在已经造成债权人的损害时,债权人如何寻求救济的制度。对此,在比较法上,侵权法

的适用并未被简单地排除。以下结合德国法及我国现行法对相关制度的解释与选择做出分析。

(一) 类推适用公司法上的实质合并规则

就公司债权人保护的机制选择而言,德国1993年裁判的TBB案(BGH NJW 1993, 1200)非常具有典型性:被告与其妻子是A有限责任公司(GmbH)的股东,同时也是B两合公司(KG)的无限责任股东。被告的妻子同时还是TBB有限责任公司的股东。被告是以上三家公司的执行董事即“经营人”(Geschäftsführer)。因经营不善,所有三家公司都陷入破产境地,其中前两家先后于1986年、1987年被注销。原告对TBB等公司享有总额为166 000马克的债权,但因TBB公司的资产几近为零,故要求被告以个人财产承担责任。本案中的焦点问题是:原告与TBB公司订有合同,但TBB公司的唯一股东是被告的妻子,而原告不仅要求TBB公司及其股东承担责任,也试图要求公司经营人及其所控制的其他公司共同承担责任。原告的主张在公平观念下虽然不无道理,但从公司法理上看,被告并不是TBB公司的股东,要求其个人及其所控股的其他公司承担责任显然超越了传统“穿透”制度的适用范围(足见德国法对该制度的保守态度,未考虑诸如“反向刺破”的可能性)。于是,德国联邦最高法院在其判决中认为原告的损害虽应给予救济,但在具体规则上选择了类推适用的解释路径:在企业以公司集团的形式运作时,实际控制人最终利益的实现并不取决于个别子公司的收益,而是公司集团的利益最大化,因此,个别子公司的利益有可能被忽视或被放弃。基于此种考虑,德国《股份公司法》(AktG)第302条、303条规定,母公司在行使其控制与管理公司集团的权力时,应对子公司的利益给予关注,并对给子公司造成的损害负责。类比这一规范,德国联邦最高法院进一步推理认为:自然人控股多家公司与公司控股多家公司的情形并无本质区别,当某一自然人同时控制多家公司时,完全可能为了其个人的最大利益而在不同公司间进行取舍,因此,可以类比适用上述规定。在本案中,被告及其妻子作为一个整体客观上共同控制了多家公司,因此,应共同对利用子公司给债权人造成的损失负责。

在本案中，如何证明 TBB 公司被被告所控制并因此损害了公司债权人的利益，是原告诉讼请求能够被支持的关键。原告提出了这样一项证据：被告曾以其所控制的其中一家公司的名义向银行借款，在借款合同中约定，各公司均对该笔借款的偿还承担连带责任，并同时为 TBB 公司的机器设备等动产、应收账款等债权上为该银行设定了担保。对此，德国联邦最高法院认为，即使有上述这些行为，如果 TBB 公司的利益在这些安排下并未遭受损害，也仍不足以要求被告及其控股的公司向 TBB 公司的债权人承担赔偿责任。而且，即使被告及其所控股的公司应当向 TBB 的债权人承担责任，如果 TBB 与被告及其他公司之间的资金往来有清晰明了的会计记载，原告也不应整体性地要求被告及其所控股的公司承担连带责任。从本案的现有证据来看，被告公司集团内部并无清晰的财务记载，因此，要求其承担整体性的连带责任是合理的。至于责任的具体范围，原则上应当由原告举证，但是，德国联邦最高法院强调 (BGHZ 122, 123)：“不应忽视的是，对于外部债权人而言，其通常无法准确了解公司集团内部的运作情况，要求其就公司应当承担的责任提供全面的证据是非常苛刻的，因此，应减轻其举证责任上的负担。在原告提出请求后，如果被告确实了解有关的事实并且举证对其而言不构成过分的负担，应该由被告承担举证责任。如果被告无法满足该项举证责任的要求，则应在原告请求的范围内赔偿原告损失。”^{[22](P11)} 德国联邦最高法院认为，本案中原告符合该项原则的要求，而被告能否完成证明责任仍是有待查明的问题，因此将该案发回原审法院重新审理。此案的裁判得到了学界的广泛肯定，有学者对该案评论说，在涉及有限责任公司的法律关系中，适用德国《股份公司法》第 302 条、303 条关于公司集团的规定是合理的。另外，德国联邦最高法院要求实际控制人及其关联公司承担整体性责任的前提是集团内部缺乏清晰具体的资金往来记录，也让公司集团责任不至于过分扩张。^{[23](P1204-1205)} 比较而言，我国最高人民法院公布的指导案例 15（徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案）的裁判思路与本案相似。

（二）内部责任与外部责任

在此后的 KBV 案 (BGHZ 151, 181) 中，

原告是 K 公司的债权人，被告有三位，分别是 K 公司的两位股东甲（持有 40% 的股份）、乙（持有 60% 的股份）以及股东甲所控股的公司丙。原告对 K 公司享有 8 万马克的债权，在原告主张权利时，K 公司陷入不能履行债务的境地，原告根据缺席判决进行强制执行，未果。后 K 公司进入破产程序，但破产程序因破产财产不足以清偿破产费用而被终止。经查，在 K 公司进入破产程序前，曾将价值 21.5 万马克的存货和价值 99 万马克的应收账款转让给丙，丙为此承担了 K 公司 82.3 万马克的债务，而原告的债务不在该范围之内。在该交易中，K 公司的代表人为甲，丙公司的代表人为乙。

在这个案件中，德国联邦最高法院认为债权人获得救济的基础有两个。其一，内部责任，即股东行为减损公司财产，毁灭公司之存在，成立“毁灭公司责任”。其二，外部责任，即鉴于股东计划性地造成了债务人一般财产的减少，损害了债权人利益（纯粹经济损失），构成基于故意违背善良风俗而损害他人的侵权责任 (BGH NJW 2002, 3024, 3025)。就本案而言，德国联邦最高法院的论证是，从现有证据看，两位被告的确从事了有计划地从公司中转移财产的行为，虽然在这个过程中——正如被告乙的陈述——甲是主要的执行者，但乙作为持有多数股份的股东，有纠正和阻止甲从事此种行为的义务，而其对此持放任的态度，违背善良风俗和故意这两个要素都难谓不成立 (BGH NJW 2002, 3024, 3026)。这是德国联邦最高法院第一次在这类案件中提及适用《民法典》第 826 条保护债权人的可能性，即允许债权人直接向股东或公司董事提起诉讼。当然，鉴于案件还有一些事实问题未被澄清，德国联邦最高法院未在裁判中做出选择。

正如德国联邦最高法院在该案的权衡中所触及的，在相当长时间内，内部责任与外部责任一直是公司债权人保护制度构建中的困难选择。两者在保护债权人的效果上或许类似，但在制度理念上有重大差异。关于内部责任，英国法上的相关规定可为一例。根据英国 1986 年《破产法》的规定，在企业蓄意欺诈而进行交易时，相关的人员要负损害赔偿赔偿责任。具体而言，“在对公司进行清算的过程中，如果发现公司的任何一项交

易是带有蓄意违约的目的 (with intent to default), 或为了任何欺诈目的, 经清算人申请, 在认为合适的情况下, 法院可以要求以前述方式进行交易的任何知情人对公司做出充实资产的支付”^{[24](P95)}。与此后确立的不当交易^{[25](P369)} 制度类似, 在法律后果上, 如果董事从事了不当交易或欺诈交易, 则应负补充公司资产的责任 (make contribution to the company's assets)。与此种内部责任不同, 在董事高管违反德国《破产法》第 15a 条所确立的破产申请义务时, 将构成德国《民法典》第 823 条第 2 款所称的因“违反保护性法律”而产生的侵权行为, 即德国《破产法》第 15a 条所保护的债权人可以对董事高管提起侵权损害赔偿之诉。这是一种外部责任安排。概言之, 内部责任将其规范的逻辑建立在董事高管与公司之间的关系上, 即这是董事高管对公司而不是对债权人所承担的责任, 在理论上仍坚持公司的独立人格, 坚持由公司而不是债权人向有关董事主张损害赔偿。而外部责任则“穿透”了债权人与公司内部经营管理人员之间的隔离, 赋予债权人请求直接救济的权利。

(三) 毁灭公司责任

就公司债权人保护问题, 真正确立德国联邦最高法院外部责任立场的是在 Trihotel 案中的裁判。在该案中, 原告是 A 有限责任公司的破产管理人, 被告是该公司的股东。原告认为被告的一系列经营管理行为导致了公司的毁灭 (公司最后仅存 55 欧元的资产), 要求赔偿总额约 714 000 欧元的损失。A 公司成立于 1991 年, 当时的注册资本是 30 万马克。1993 年 9 月 1 日, A 公司与被告签订了长期土地租赁合同 (Pachtvertrag)。此时, 被告持有公司 52% 的股份, 其妻子持有公司 48% 的股份, 直到 1999 年以前, 被告是公司唯一的执行董事即经营人, 另一股东即其妻子于 1996 年给予他总括的代理授权。1996 年, 被告的母亲取得了控股公司 J 有限责任公司的全部股权, 同时任命被告为 J 公司的唯一执行董事即经营人。被告此后又收回了长期出租给 A 公司的土地, 利用自己或其母亲成立的 J 公司和 W 公司, 与 A 公司签订了酒店管理合同 (签约时两家公司都由被告代理), 约定了高额管理费。至 1998 年度结束时, A 公司有累计 25 万

马克的亏损。1999 年, A 公司亏损 67 万马克。后来 A 公司于 2000 年 4 月 25 日提出破产申请并于 5 月 15 日被启动破产程序。本案一审判决被告对公司的损失承担个人责任, 二审判决驳回了被告的上诉。三审德国联邦最高法院经过审理支持了被告的上诉主张, 并将案件发回二审法院重组合议庭审理。

德国联邦最高法院在判决中首先承认德国《有限责任公司法》第 30 条、31 条在保护债权人利益方面存在漏洞, 仅限于要求股东如实出资或返还其所撤回的出资 (“维持股本所必要的公司财产, 不得支付给股东”, “违背该规定给付的款项须归还给公司”), 该规则在内容上与我国《公司法司法解释三》第 13 条第 2 款类似, 认为对于因撤回出资引起“多米诺骨牌”效应而造成的公司财产损失以及进而造成的债权人的损失, 《有限责任公司法》并未提供任何救济, 因此, 有必要确立一项新制度以保护债权人的相应权利。在权衡了公司法规则与民法上的其他制度后, 德国联邦最高法院认为用侵权法上的相关规则 (《民法典》第 826 条) 进行调整在法理上更为合适。

总的来看, 2007 年德国联邦最高法院在 Trihotel 一案中论证了“毁灭公司责任” (Existenzvernichtungshaftung) 的法理基础, 用侵权法的相关规范为公司债权人提供救济, 结束了多年来在外部责任与内部责任之间取舍不定的状态, 明晰了公司债权人保护的法律体系。这项制度强调公司的股东因毁灭公司的行为致公司破产时, 应当对公司 (而不是直接对公司的债权人) 承担损害赔偿责任。在请求权的基础上, 重新回到德国《民法典》第 826 条上; 在规则的理念上, 尊重了既有法律制度与教义框架, 避免过分扩张的“刺破公司面纱”责任破坏有限责任制度的基础, 使有限责任公司彻底丧失其存在的必要性。德国法上的这项安排, 没有采用英美法上的刺破公司面纱责任的单一救济方式, 在教义基础上相当牢固, 具有良好的可预见性, 同时也维护了有限责任的基本制度价值。

(四) 毁灭责任的构成要件

根据学者的总结, 毁灭公司责任在构成上应满足以下要件:

在行为要件上，公司的股东应从事了侵夺公司财产的行为，并导致或加速了公司的破产，如忽视对公司偿债能力的维持、追求与公司经营无关的目的、损害公司用于偿债之必要财产的价值、从公司中攫取现金流或侵夺公司机会等。在此，德国联邦最高法院特别强调，责任的构成无须股东从其侵权行为中直接获益（BGH NJW 2007, 2689, 2691）。但是，经理人的经营管理失误，如忽视或放弃特定的赢利机会，并不构成毁灭公司的行为，因为这种管理失误并不是追求与公司经营无关的目的，这使得毁灭公司责任与德国《有限责任公司法》第43条第2款规定的经理人责任区别开来。此外，该责任类型与出资不足时股东的补缴责任也是不同的，后者仍可通过第30条、31条救济。

在主观构成要件上，股东毁灭公司须出于故意，即在行为时明知公司的财产会因其行为或附和投票而遭受损害。根据德国联邦最高法院民事第二分庭的意见，对于该故意，权利人无须直接加以证明，而只需证明有能够反映该故意客观存在的事实即可，如股东应当了解有关行为将导致对债权人的持续性损害而仍然继续行为或放弃减少损害的措施。总体而言，在毁灭公司责任被长期的司法实践类型化以后，学界所担心的故意难以被证明的问题在实践中并不突出。^{[26](P492)}在Trihotel 案件中，德国联邦最高法院指出，假如在长期土地租赁合同解除的同时，股东对A公司进行了适当的补偿，便不应认为构成毁灭公司的行为。德国联邦最高法院在这里特别强调，不能认为任何没有对价的行为都会导致毁灭公司责任。在确定是否存在毁灭公司的行为时，法官的任务并不在于判断某一经营行为是否妥当（即通过商业判断规则加以检验），而主要在于判断某一行为是否超出了公司经营管理所必要的限度。另外，毁灭

公司行为是违反商业判断规则中较为严重的类型，若某一行为不违反商业判断规则，通常也就不会构成毁灭公司的行为。

就否定要件而言，毁灭公司责任的成立要求有关损害无法通过适用《有限责任公司法》第30条、31条关于公司资本保护的规定获得补偿（BGH NZG 2005, 177）。也就是说，毁灭公司责任只是这些规定的有益补充，并非用来取代这些规则。

毁灭公司行为的直接受害人是公司本身，因此，应由公司而不是债权人提出相应的救济请求。从这个意义上说，毁灭公司行为所引发的是前文所述的内部责任。也就是说，债权人无法直接对股东提起毁灭公司责任之诉。正如有学者所指出的，这样的安排并不会对债权人的利益造成本质上的影响，因为在适用毁灭公司责任时，公司通常都已陷入破产境地，破产管理人虽然名义上是以公司代理人的身份对股东提起诉讼，但因其客观上主要代表公司债权人的利益，因而债权人的利益仍然可以得到充分保障。当然，在公司资产不足以清偿破产费用而导致无法开始破产程序时，债权人还可以通过诉讼取得强制执行的名义，进而取得代替公司起诉公司股东与经理人的资格代位权。^[27]鉴于现行法上对公司现有资产不足以至于无法支付破产费用的情形还有关于（债权人乃至破产管理人）垫付破产费用的规定，因此，若破产法制度能够周全地与公司法共同作用，将不存在明显的债权人保护不足的问题。^{[28](P906)}

最后，在举证责任问题上，虽然对于是否实行举证责任转移，德国联邦最高法院仍未最终下定论，但是从证据规则上看，只要破产管理人证明股东有毁灭公司的行为和公司陷入破产的情形即可，至于其间的因果关系，则应由掌握更多信息的公司经营者或股东承担举证责任。^①

① 德国联邦最高法院（BGH NJW 1999, 2887, 2888）驳回了前审法院的裁判意见并将案件发回前审法院的另一个民事分庭重新审理，提出了以下三项理由：首先，在借款和让与担保的过程中，仅仅借款合同的签订和让与担保的设定并不必然导致公司陷入破产的境地，因为让与担保权可能并未被行使，公司仍可继续使用有关担保物。当然，担保可能会导致公司借款能力的下降，但是对于有限责任公司而言，这种借款能力的降低造成多少损害也是很难证明的。本案中，A公司在设置了让与担保后，仍然通过股东保证的方式获得了借款，可以证明该让与担保并未达到毁灭公司的程度。其次，前审法院认为提前解除长期土地租赁合同构成了毁灭公司的行为，也是错误的。该合同本来也应于8月31日到期，提前5个月并不会对公司造成毁灭性的损害。即便在终止了土地租赁合同以后，A公司仍然在该土地上继续经营活动，其经营基础并未受到该合同的影响被剥夺。第三，在最高法院看来，如果该管理费过高的话，本案中的管理合同可能对公司利益带来毁灭性的侵害。但是，前审法院并未提出程序法上毫无争议的证据——权威性的专家意见。因此，最高法院决定将该案发回重审，要求二审法院进一步查明有关事实，确定有关管理费在多大程度上超出了正常的范围和导致了公司的破产。

（五）侵权法与公司法关系的一般法理

以上的分析表明，从 Trihotel 案开始，德国法院正式开始运用侵权责任来处理（部分类型的）公司债权人保护问题。不过，这种做法也还是难以跳出构成要件模糊的困境。那么，为什么会选择适用侵权法来解决问题？或许是觉得既然公司法的论理也不过是模糊权衡，索性不如直接适用模糊推理制度之王——侵权法上的一般条款？但侵权法与公司法相比有何优势？从德国的情况来看，法官和支持适用侵权法解决公司法问题的学者从来没有试图用侵权法取代公司法。在他们看来，侵权法的规范，尤其是一般条款色彩最为浓厚的第 826 条，主要被用作公司法特别规则的补充，被作为“兜底条款”，在公司法规则欠缺或不完全时，为当事人提供救济。^{[29](P302-303)[30](P26)}实际上，在人们将公司法标识为“特别法”的同时，就不得不接受这样的判断：越是具体的规范，其调整范围越是有限，越可能不适应社会、经济的发展。而相对灵活的侵权法“一般条款”恰恰具有在具体规则不充分情况下弥补现行法不足的功能。

以侵权法还是公司法解决债权人保护问题，在具体性或可预见性上并无差异。但用侵权法保护债权人，有一些其他制度无法替代的好处。其一，维护了公司法的体系完整。任何保护债权人的制度都是有成本的：若公司法自身的债权人保护制度过于复杂，会损害公司法的清晰性及其保护股东的效率，降低公司这种投资形式的吸引力。与“毁灭公司”侵权责任不同，“刺破公司面纱”或“穿透责任”制度意味着股东要对公司债权人承担无限连带责任，很可能失之过严，而侵权责任强调行为与损害之间的因果关联，强调责任与损害的相当性，故可以更好地确定责任的范围，维护公司制度，尤其是有限责任制度的可预期性。其二，为股东、董事高管等公司经营者提供了明确而简明的指引。无论采取怎样的形式，只要是通过滥用公司的组织形式造成债权人损害的，均要承担相应责任。

四、公司债权人的破产法保护

从文义上看，“公司债权人的保护”所关注的主要是要求债权的受益人（相对人）承担义

务，包括直接受益人公司，也包括其他间接的、经济意义上的受益人（如股东、董事高管等主体），以实现债权的受偿。相比较而言，破产法所“针对”的并不是交易相对人，而是其他债权人。这也意味着破产法债权人保护机制的重心更多地在于利益趋同的多方协调，而不在于利益对立的双边博弈。破产法对“集体清偿”和“平等保护”原则的强调，就产生于这一背景之下。

（一）从股东控制到债权人控制的转换

债权的实现是一个复杂的过程，需要债权人主张权利及债务人的配合履行。若债务人不认可债权人的主张，债权人还需要提起诉讼并凭生效判决申请强制执行。这一过程短则数月，长可经年，并且在整个过程中，债务人都掌握着有关财产的控制权，债权人除了要承担债权得不到裁判支持的风险外，还要承受债务人财产变动的风险。比较而言，破产则是在肯定债务人存在破产原因后，先指定破产管理人接管或监督（在债务人自我管理的情况下）债务人的财产，之后再确定债权的具体数额与财产的变现方式及分配安排。其与债权实现一般过程的一个关键差别，便是财产控制权的移转：法院做出破产开始裁定的时点（有些国家甚至是当事人提出申请的时点），是股东在法律上丧失控制权，管理人（主要代表债权人利益，同时兼顾股东利益）取得控制权的转换时点。尽管控制权的转换并不意味着财产权的变动，但与债权人相比，就债务人企业的财产，股东原本便处于后顺位，在控制权转换之后，股东财产权的实现自然也要受到限制。

（二）交易的撤销与组织的撤销

破产法强调债权人的整体保护，但其制度设计与公司法上的组织安排仍有所不同。以破产撤销为例，其与公司法上其他的债权人保护制度如“刺破公司面纱”和“实质合并”（substantive consolidation）等的区别是：前者强调通过撤销权的行使，制约债务人个别的危害债权行为而维持债务人的责任财产；“刺破公司面纱”则是将债务人（公司）与其股东的财产视为一体；“实质合并”是将债务人与其股东（母公司）及其股东控制的其他公司或商事组织的财产视为一体，将公司、股东、股东所控制的其他公司之间全部的财产移转乃至整个组织“一揽子”地“撤

销”。^① 比较而言，破产撤销所影响的仍是单项交易的效力，而“刺破公司面纱”与实质合并则产生组织法上的效果。另外，破产撤销的潜在对象及于债务人所有的交易当事人，而公司法上的债权人保护制度所涉及的主体范围则限制在公司股东、实际控制人、公司股东所控制的其他公司等特定的交易主体上。

（三）债权统一行使

“债权统一行使”也充分体现了破产中债权平等与集体清偿的特征。破产程序开始后，对于本应由破产债务人向第三人主张的债权，交由破产管理人行使也较为妥当。首先，破产管理人可代表全体债权人的利益，由其行使债权有助于避免债权人之间的协调难题，如个别债权人可能在针对第三人的代位权诉讼中采取妥协政策，宽待第三人而损害破产债务人即全体债权人的利益。其次，由破产管理人统一行使债务人对第三人的债权，有助于保障债权人平等受偿，避免个别清偿，如向债务人的债务人请求返还财产，或要求股东补缴出资或返还抽逃的出资等。第三，在债务人董事高管、发起人、公司股东等的行为构成对债权人个人的侵权时，对于这类直接债权，参阅《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）〉》第22条规定交由破产管理人统一行使，也具有一定的合理性。一方面，债务人董事高管、发起人、公司股

东等的侵权行为所损害的对象，不是个别债权人，而是全体债权人；另一方面，这些人之所以要对债权人承担责任，根源还在于其侵吞公司财产或未能妥善保管公司财产，法律即便赋予债权人以直接请求权，也不能改变行为人损害破产企业利益的性质。^② 上述理由不仅在拥有有限责任保护的公司制企业中适用，对普通合伙、有限合伙等合伙企业的破产，也都有适用的余地。例如，对于合伙债权人向普通合伙人的追偿权，由破产管理人统一行使也很必要。^{[31](P1021)}

公司债权人的保护课题历久弥新，本文综述了各种可能的债权人保护制度，主要有以下结论：（1）放贷也是一种投资方式，债权人尤其是有调节能力的债权人要承受因此可能遭遇的破产风险，因此，合同保护是债权人首先应考虑到的救济手段；（2）从公司法层面言，应当从有限责任与公司资本制度内在的“对价”关系角度理解在股东一方违约时债权人的追索权；（3）就债权人保护而言，侵权法亦有用武之地，这一制度一方面可以维系公司财产的独立性，另一方面又有助于更好地实现债权人的集体与平等受偿；（4）破产法是私法中债权人的最后保障，这一制度强调债权平等、整体受偿和债权统一行使，以期实现破产财产的最大化和对全体债权人的最优保护。

参考文献

- [1] Zöllner, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH. In Barbara Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, 2006.
- [2] Mertens, Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979).
- [3] 莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等：《公司法剖析》，北京，法律出版社，2012。
- [4] [20] 弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法的经济结构》，北京，北京大学出版社，2014。
- [5] Smith et al., “On Financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants”. *Journal of Financial Economics*, 1979 (7).
- [6] 罗曼诺：《公司法基础》，北京，北京大学出版社，2013。
- [7] LoPucki, “The Politics of Article 9: The Unsecured Creditor’s Bargain”. *Virginia Law Review*, 1994 (8).
- [8] Armour, “Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law”. *Modern Law*

① 在一些国家（如美国）的破产法理论中，也将“刺破面纱”与实质合并等制度纳入到破产撤销制度（欺诈性转让）之中。

② 类似地，德国《破产法》第92条规定，债权人因在破产程序开始之前或之后由于属于破产财产的财产减少而共同遭受损害（共同损害，Gesamtschaden）所产生的损害赔偿请求权，在破产程序进行期间，只能由破产管理人主张。请求权系针对破产管理人的，只能由新任命的破产管理人主张。

Review, 2000 (63).

- [9] 白江:《论资本维持原则和公司资产的保护》,载《社会科学》,2007(12)。
- [10] 刘燕:《公司法资本制度改革的逻辑与路径》,载《法学研究》,2014(5)。
- [11] 高旭军、白江:《论德国〈有限责任公司法改革法〉》,载《环球法律评论》,2009(1)。
- [12] 甘培忠:《论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救》,载《科技与法律》,2014(3)。
- [13] 冯果、南玉梅:《论股东补充赔偿责任及发起人的资本充实责任》,载《人民司法·应用》,2016(4)。
- [14] 马胜军:《股东抽逃出资的民事法律后果》,载《人民司法》,2013(2)。
- [15] 樊云慧:《从“抽逃出资”到“侵占公司财产”》,载《法商研究》,2014(1)。
- [16] [18] 张保华:《分配概念解析》,载《政治与法律》,2011(8)。
- [17] [19] 刘燕:《重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础》,载《中国法学》,2015(4)。
- [21] 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(6)。
- [22] Sarah Röck. *Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- [23] Kübler. Anmerkung zu TBB-Fall, NJW 1993, 1204.
- [24] Paul Davies. *An Introduction to Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- [25] 费奥娜·托米:《英国公司与个人破产法》,北京,北京大学出版社,2010。
- [26] Wagner. Existenzvernichtungs als Deliktstatbestand In Heldrich et al. (Hrsg.), FS Canaris, Bd 2, 2007, 473.
- [27] Christian Förster. Der Schwarze Ritter-§ 826 BGB im Gesellschaftsrecht, AcP 209, 398.
- [28] Theiselmann. Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel. GmbHR 2007, 904.
- [29] Kleindiek. Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte “Firmenbestattung”, ZGR 2007, 276.
- [30] Kort. Die Haftung des Einflussnehmers auf Kapitalgesellschaften in ausländischen Rechtsordnungen, AG 2005, 21.
- [31] Bork. “Gesamt (schadens) liquidation im Insolvenzverfahren”. In *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*. Köln: ZAP Verlag, 2010.

Protection of Corporate Creditors: A Systematic Approach

XU De-feng

(School of Law, Peking University, Beijing 100871)

Abstract: The corporate creditor has primarily all of the safeguards provided by law for creditor of individual. In addition to these “general” rules, there are also a great number of “special” provisions in corporate law dealing with corporate creditor protection, such as rules concerning legal capital, permanent capital, fiduciary duty of directors and corporate officer and liability of shareholders towards creditors (piercing corporate veil). For a better understanding of the relationship and interaction between these different mechanisms, a systematic framework is of great importance. Apart from the traditional mechanism of creditor protection in corporate law, this paper also discussed the feasibility and necessity of the creditor protection by contract, tort and bankruptcy, and the interaction with the traditional mechanism.

Key words: protection of corporate creditor; tort liability; piercing corporate veil; legal capital; maintenance of share capital

(责任编辑 李 理)