

# 破产法 立法指南

第四部分：临近破产期间董事的义务  
(包括企业集团的董事在内)

第二版





联合国国际贸易法委员会

# 破产法 立法指南

第四部分：临近破产期间董事的义务  
(包括企业集团的董事在内)

第二版



联合国  
2020，维也纳

## 注

联合国文件都用英文字母加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

联合国出版物  
e-ISBN 978-92-1-005446-1

©联合国，2020年2月。版权所有。

本出版物所用名称及其材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对于任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位或对于其边界或界限的划分表示任何意见。

出版：联合国维也纳办事处英文、出版和图书科。

# 目录

	段次	页次
导言和第四部分目的 .....		1
第一节		
企业临近破产期间企业董事的义务		
导言和第一节目的.....	1-3	3
一. 背景 .....	1-15	5
二. 临近破产期间董事义务的要素.....	1-44	11
A. 义务的性质.....	1-7	11
建议255-256 .....		14
B. 义务产生的时间：临近破产期.....	8-12	15
建议257 .....		16
C. 确定负有义务的当事方 .....	13-16	16
建议258 .....		17
D. 责任 .....	17-35	17
建议259-261 .....		22
E. 董事责任的强制执行.....	36-44	22
建议262-266 .....		25
第二节		
临近破产期间企业集团公司董事的义务		
导言和第二节目的.....	1-3	27
术语表 .....	4	28
一. 背景 .....	1-11	29
二. 临近破产期间企业集团成员董事义务的要素...	1-13	33
A. 义务的性质.....	1-4	33

建议267-268 .....		34
B. 确定负有义务的人 .....	5-8	36
C. 义务冲突 .....	9-13	36
建议269-270 .....		38
附件五. 联合国国际贸易法委员会2013年7月18日 和2019年7月15日通过的决定及大会 第68/107 B号决议 .....		39

# 破产法立法指南

## 第四部分：临近破产期间董事的义务 （包括企业集团的董事在内）

### 第二版

#### 导言和第四部分目的

第四部分的目的是确定应在法律中反映的关于临近破产期间董事义务的基本原则。在目前的第二版中，新增加了一节，讨论企业集团破产背景下涉及的问题。第一节论述临近破产期间董事义务的要素。讨论的背景是单个公司濒临破产或者其破产不可避免时的情形。第二节在第一节基础上，论述了可如何修订第一节所载的一些建议，以便适用于企业集团破产情形下的董事。本节指明在临近破产期间企业集团成员的董事可以在何种程度上考虑到超出其任职所在企业集团成员以外的因素，以及应当适用的保障措施。文中还包括其他一些建议，处理董事履行对企业集团不同成员的义务时遇到的利益冲突情况。





# 第一节

## 企业临近破产期间企业董事的义务

### 引言和第一节目的

1. 本节的重点是规定企业濒临破产或者破产不可避免时那些负责就企业的管理作出决定的人可能要承担的义务。规定此类在破产程序一旦启动时即可强制执行的义务，目的是保护债权人和其他利益关系人的合法利益，并为及时采取行动提供激励，以最大限度地降低企业所遭遇的财务困境影响。
2. 文中讨论了规定这些义务的条文关键要素，包括：*(a)*义务的性质和范围，*(b)*义务产生的时间，*(c)*哪些人负有义务，*(d)*违背义务时承担的责任，*(e)*义务的强制执行，*(f)*适用的抗辩，*(g)*救济办法，*(h)*哪些人可提起诉讼以强制执行义务，以及*(i)*这些诉讼的费用来自何处。
3. 本节使用了《指南》其他部分以及由贸易法委员会编拟的其他破产法规<sup>1</sup>所共有的术语。为给读者提供指引，本节应结合《指南》引言所载术语表列入的术语和解释一并阅读<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup>可查阅：[uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)，“法规及其状况”。

<sup>2</sup>联合国出版物，出售品编号:C.05.V.10。



## 一. 背景

1. 公司治理框架规范公司管理层、董事会、股东及其他利益关系人之间的一系列关系，不仅提供了据以确定和实现公司目标的组织架构，而且还提供了用以监测业绩情况的标准。良好的公司治理应当鼓励董事会和管理层追求符合公司及其股东利益的目标，并提升推动企业投资和发展所必需的信心。国际层面为制定广泛采纳的公司治理原则做了很多工作，其中包括企业破产时那些负责就企业的管理作出决定的人（本部分称作“董事”<sup>3</sup>）的义务。

2. 许多破产法承认，一旦破产程序启动，董事所负义务在实质内容及重点上，都将有别于这些程序启动之前适用的义务，重点是优先实现价值最大化和保全破产财产以便向债权人进行分配。破产管理人通常会令董事脱离对公司事务的日常参与，但有些破产法规定董事仍可继续发挥作用，尤其在重整方面。《指南》第二部分第三章述及债务人可在企业继续运营中发挥作用的几种可能性，其中包括保留全面控制权、有限度的撤换和完全撤换（建议112和第10-18段）。该章还述及一旦启动破产程序后董事负有的义务（建议108-114和第22-34段）。建议110较详细地指明在破产程序启动之时根据破产法产生的并在这些程序的整个持续期间持续存在的义务，包括：与破产管理人进行合作并协助其履行职责；提供与公司财务状况和商业事务有关的准确、可靠和完整信息；与破产管理人合作并协助其有效控制破产财产，为追回资产和业务记录提供便利。还述及债务人未履行这些职责时给予的制裁（建议114和第32-33段）。

3. 有效的破产法除了为化解身处困境的企业的财务困难提供可预见的法律程序并为这些企业的高效重整或有序清算提供必要的框架外，还应当允许对造成破产的种种情况，尤其是破产程序启动前一段时期内此类企业董事的行为进行审查。然而，对如何协调统一各国法律中可能便利审查此种行为的各种做法，国际层面做的工作很少，仍然存在巨大分歧。在企业可能遭遇财务困境但尚未破产或尚未进入破产程序的这段时期，董事可能负有的义务性质和范围这些问题并未明确规定，但正在日益成为广泛讨论的主题，特别是因为2008年全球金融危机之后大面积出现的破产现象。

---

<sup>3</sup>关于谁可被视为本部分所指的董事，这一问题在下文本节第二章第13-16段中讨论。虽然该术语并无一个普遍接受的定义，但为称呼方便，本部分统一称为“董事”。

4. 已经无力或即将无力履行到期债务的企业需要强化管理，因为常常要作出对公司存亡至关重要的艰难决定和判断，并可随后为公司所有者、债权人、客户、雇员和其他人带来利益。胜任的董事应当了解公司的财务状况，并且掌握所有可合理获得的必要信息，以便能够采取适当步骤，化解财务困境和避免进一步下滑。在这些时候，董事需要在权衡具体情况下相关利益关系人的利益之后，选择最符合企业整体利益的行动方针。在一些法律中，这些利益关系人将是公司本身和公司的股东。在另一些法律中，则可能涉及包括债权人在内的更广泛的利益群体。董事如果担心个人责任，以及在这些情形下作出艰难决定后可能产生的财务影响，可能会过早地关闭企业，而不是力图通过经营摆脱困境，或者有可能会从事不当行为，包括不公平地处分资产或财产，或者也可能想辞职，这些往往增加公司所面临的困难。

5. 利益关系人的不同利益和动机并非董事和管理人员容易平衡的，有可能会引起冲突。举例说，企业的股东通常不可能在破产程序进行的任何分配中分一杯羹，他们感兴趣的是力图通过经营摆脱破产，以实现自身利益最大化，或者对任何可能的变卖加以隐瞒，以期得到更好的回报，特别是变卖的价格仅顾及债权人的债权而让股东一无所得的话。这类行动方针可能涉及采取高风险战略以为股东保值或增值，而与此同时将债权人的利益置于危险之中。这些行动也可能反映出对成功与否不太关心，因为如果行动方针失败，有限责任或董事责任保险将提供保护。

6. 虽然作出适当的商业决定可能涉及各种困难，但在公司遇到财务困境时，仍然应当尽早采取行动。财务状况下滑之快通常超出许多当事方的想象。随着企业财务状况恶化，实现可行解决办法可加利用的选项也迅速减少。为方便尽早采取行动，必须能够顺利利用相关程序；如果该行动不能导致利用相关、有效的程序，敦促董事尽早采取行动也就益处不大。<sup>4</sup>此外，规定董事对自愿重组谈判等非正式程序进行期间的交易承担责任（在第一部分第二章第2-18段中讨论）的法律，可能会阻碍尽早采取行动。虽然许多国家已适当调整破产法的重点，转而给尽早采取行动提供更多选项，以便利企业的拯救和重整，但仍然很不重视制定适当激励办法让董事使用这些选项。通常是由于董事未及时采取行动，而任由债权人决定究竟是采取这些选项还是启动正式破产程序。

7. 有些法域在处理鼓励尽早采取行动这一问题上的做法是，规定债务人有义务在破产发生后一段指明的时期内申请启动正式破产程序，以避免在破产情况下仍然进行交易。另一些法域处理该问题的做法是，重点强调董事在启动破产程序前阶段负有的义务，规定董事对破产无法避免已很清楚或本可预见的情况下仍然继续进行交易而造成的损害负有责任。作出这类规定的理由是适当地鼓励通过利用重组谈判或重整而尽早

<sup>4</sup>据称在一个国家，依破产交易立法处理的案件为数很少是由于利用自愿程序较为方便，只有无望生还的破产公司最终才被清算。

采取行动，并制止董事将公司财务困境所造成的费用外部化以及让债权人承担进一步交易的所有风险。

8. 是否规定此类义务一直以来都是辩论不休的主题。承认该做法有其长处者指出，这些义务可能有助于鼓励董事审慎行事，尽早采取步骤扭转公司颓势，以便防止现有债权人遭受更大损失，并避免未来债权人卷入公司的财务困境。换言之，这些义务还可能起到制约和约束董事的效果，阻止其采取风险过大的行动方针，或被动地默认其他董事提出的风险过大的行动，因为不履行义务将带来各种制裁。一个关联的好处可能是，这些义务激励董事在出现财务困境时征求称职专业人员的咨询意见。

9. 认为此种做法存在严重弊端的评述者列举以下的事例。规则如果仅仅根据财务困境的现实来推定管理不善，则常常造成本来知识丰富和能力较强的董事离公司而去，从而使公司重整和恢复盈利的机会被错过。寻求避免承担责任的董事有可能会过早地关闭一家本可存活的仍有生命力的企业，而不是力图通过经营摆脱公司困境。起草得当的条文可阻止过分仓促地关闭企业，并且在继续经营是尽量减少债权人损失的最适当方式和更可能平衡所有利益关系人的权利及合法期望时，鼓励董事继续运营下去，同时区分行为过错的情况与那些涉及运气不佳或其他外部因素的情况。提到的另一个弊端是，这些义务可被视为对注册公司带来的法律地位造成损害，虽然也可以争辩说，应当将有限责任视为一种特权，而且法院对滥用有限责任而给债权人造成损害的可能性十分清楚。这类义务还可能被视为削弱了企业的积极性，因为风险过高可能会让董事望而却步。然而，起草得当的条文不会将重点过多地放在造成困境的原因上，而是放在出现困境之后董事的行为（或不作为）上。在法律中规定了这类义务的法域提供的实例表明，只有很明显不负责任的董事才被认定为负有责任。

10. 另据称，由于是否要负责任取决于每个案件的具体情形以及法院今后的态度，所以这类义务可能会增加不可预见性。据称，许多法院缺乏在事件发生之后对商业行为加以审视的经验，而是倾向于对董事在相关期间作出的决定进行猜测。然而，在强制执行这些义务方面有经验的法域，法院通常尊重董事所采取的行动，尤其是在这些董事根据独立咨询意见行事时。另一种意见认为，尤其是在破产之时，银行和由于涉足公司事务而可能被视为董事的其他人承担意外责任的风险增加。相关立法似宜为与债务人公平交易并以商业上合理方式诚信行事的当事方提供适当的保护。<sup>5</sup>还据称，规定这类义务会给债权人提供过多补偿，而债权人本来是能够通过其合同实现自我保护的，从而使得监管成为多余。不过，这种态度的预设前提是，例如，所有债权人都与债务人订有合同，他们能够通过商谈获得涵盖多种意外事件的适当保护，并且他们有资源、有意愿并有能力监测公司的事务。并非所有债权人都享有这种地位。

<sup>5</sup>见下文，本节第二章，第14段。

11. 在不同国家，有不同的法律对董事义务和责任作具体规定，其中包括：公司法、民法、刑法和破产法，在某些情况下，这类义务和责任可能包括在不止一项法律中，或者分散在这些法律中。在英美法系中，可依据判例法以及根据相关法规适用这些义务。此外，对于董事所负义务和责任适合由破产法处理还是由公司法处理，存在不同的看法。这些看法围绕的核心是公司的状态，即公司要么是有偿付能力的，要么是应当接受破产程序处理的，前者通常由公司法等法律管辖，后者由破产法处理（尽管也有不能作此明确区分的实例）。<sup>6</sup>在破产程序启动之前的阶段，债务人可能事实上处于破产状态，目前公司法或破产法可能均未适当谈及这个阶段造成的问题。不过，规定在破产程序启动之后可追溯执行的义务可能会造成不同法律下适用的义务有所重叠，为了确保透明和清晰并避免潜在的冲突，应当对这些义务加以协调统一。

12. 不仅规定这些义务的法律不同，而且义务本身也不尽相同：如上所述，在破产程序启动前适用的义务通常有别于一旦这些程序启动后而可适用的义务（见第二部分，第三章，第22-33段）。董事在履行职责时需要遵守的标准通常也会根据商业实体的性质和类型（例如公开上市公司有别于有限型公司、封闭型公司或私有型公司或家庭型企业）以及实体运营所在的法域而有所不同，还取决于董事是独立的局外人士还是内部董事。

13. 述及董事义务和责任的法律在适用上与有关公司治理的其他法律规则和法定条文密切相关，相互作用。在有些法域，这些法律是政策框架的关键部分，例如向金融机构的存款人提供保护、便利征税、述及让某些类别债权人优先于其他人（例如雇员）以及相关的地方性法律、企业和文化框架等的政策框架。

14. 这一领域的有效监管应当力求在不同利益关系人经常彼此竞争的目标和利益之间取得平衡：保护董事适当履行义务并行使判断的自由，鼓励负责任的行为，阻止错误行为和过分冒险，促进创业活动并鼓励面临财务困境或破产的企业尽早进行再融资或重整。这类监管可以提升债权人与公司进行业务往来的信心和意愿，鼓励那些不然就可能由于与破产有关的风险而不愿意参与的更有经验的管理人员参与进来，推进良好的公司治理，使董事的法律地位更有可预见性，并且限制一旦启动破产程序后破产从业人员对董事提起诉讼的风险。企业临近破产时负责就企业的管理作出决定者须承担一定的义务，这方面的准则如果效率低下、不够明确、陈旧过时和前后不一，就有可能损害一部有效和高效的破产法所意图提供的种种益处，并加剧其意图化解的财务困难。

15. 本节目的是确定应在法律中反映的关于公司濒临破产或破产不可避免时董事义务的基本原则。这些原则可作为参考，政策制定者在审查

<sup>6</sup>认识到这个问题，所以本部分的建议采取灵活做法，称之为“关于破产的法律”。

和拟订适当的法律和监管框架时可予以使用。尽管承认应当通过董事的及早行动和适当行为实现破产法的目标（上文第一部分第一章第1-14段和建议1就此作了扼要阐述），但同时也承认，规则过于苛刻有可能给创业活动带来威胁和潜在的困难。本节并不述及在刑法、公司法或侵权行为法下规定的董事责任，仅侧重于可列入破产相关法律并且一旦破产程序启动后即可强制执行的那些义务。





## 二. 临近破产期间董事义务的要素

### A. 义务的性质

1. 尽管不同法域考虑破产临近时董事义务的基本依据可能类似，但在拟订此类义务并确定应当达到的标准时采取了不同的做法。然而，一般而言，法律往往侧重于两个方面——首先，规定董事对造成破产或在破产临近时未采取适当行动而须承担的民事责任（根据有些法律，其中可能包括根据国内法所规定的义务启动破产程序——见下文第2段）；其次，破产程序一旦启动，在临近破产时董事采取的行动宣告无效，其中包括可能已达成的交易。

#### 1. 启动破产程序的义务

2. 如上所述，有些国内法规定董事有义务在公司事实上破产之日以后一段明确规定的时间内（通常很短，例如三个星期内）申请启动破产程序，其中包括重整或清算。未履行这类义务可能导致对公司及其债权人由此而遭受的任何损失承担全部或部分个人责任，在某些情况下，如果公司继续经营，还可能承担刑事责任。这项义务在第二部分第一章第35-36段进行讨论。

#### 2. 民事责任

3. 董事在破产临近时的民事责任通常基于作为责任人的以下行为：造成破产，或未能采取适当行动监测公司财务状况、避免公司出现财务困境或使这种困境得到改善、尽量减少对债权人可能造成的损失并避免破产。如果董事订立交易的目的并非为了改善财务困境和保全公司的价值（例如高风险交易或处分公司破产财产中的资产从而毫无理由地造成债权人风险敞口显著增加），则可能产生这种责任。如果董事知道破产无法避免或公司无法履行到期债务，但仍然继续开展涉及赊账获取物品和服务等的业务，既无希望付款，也没有向这些债权人披露公司的财务状况，也可能产生此种责任。有些法律规定，董事未履行各种义务，如报告无能力支付税款和社会保险金等某些款项或正式宣布破产，都可能产生此种责任。

4. 在上文所述的情况下，一般可以指望董事将合理行事，并且采取充分、适当的步骤对局势加以监测，以便始终了解情况，从而能够采取行动尽量减少债权人和公司（包括公司股东）遭受的损失，避免采取会使局面恶化的行动，并采取适当的行动避免公司陷入破产。

5. 依实际情况而定，充分、适当的步骤可能包括下述一些或所有步骤：

(a) 董事可确保将保持适当的账目并对其内容不断加以更新。如果未做到，则应确保这种情况得到纠正；

(b) 董事可确保其及时获得准确、相关的信息，特别是独立地（而不是单单依赖管理层的建议）了解公司财务状况；债权人压力的大小；债权人提起的任何诉讼或采取的任何追偿行动或与债权人的纠纷。在这种时候，董事可能需要比公司处于正常状态时对公司事务投入更多的时间和注意力；

(c) 可定期召集董事会会议，以对情况进行监测，保存关于商业决定（包括不同意见）以及作出这些决定的理由的全面记录，包括如果有关的话保留允许公司继续经营的理由和认为可以合理地指望能够避免破产清算的原因。需要采取的步骤可能涉及继续经营，因为可能存在这样的情况，即即使已得出清算可能无法避免的结论，还是应当继续运营，因为，例如，公司拥有的资产如果作为经营中企业变卖，实现的价值要高得多。如果继续经营需要进一步的借款或新的借款（在破产法允许的情况下），则应当把获取借款并从而进一步负债的合理理由记录在案，以便确保如果事后需要，董事行动所持依据有案可查；

(d) 可以征求专家意见或协助，包括专家对破产问题的意见。尽管此时法律意见可能对董事有重要意义，但涉及公司财务状况的关键问题通常是商业性问题，而并非法律问题。董事应当亲自审视公司的财务状况，并对可能出现的结果加以评估，而且还应当征求意见，以确保所作的任何决定都能经得起客观、独立的检查。在这种情况下，董事，不管是作为一个整体的内部董事还是外部董事，可聘请独立会计师、重组专家或顾问，就董事会可以采用的选项提出单独的建议，以便确定管理层提出的任何建议是否可行；

(e) 可以尽早同审计人员展开讨论，如有必要，还可编拟外部审计报告；

(f) 董事可以对企业的结构和职能进行研究，以便了解企业生存下去的可能性并减少支出。可以研究进行重组谈判或启动重整工作的可能性，并编拟一份报告。董事还可审查目前管理层的能力，以便确定予以保留还是更换；

(g) 董事可以确保对管理做法加以更正，将一系列相关当事方以及在某些情况下将环境问题作为工作重点，以便确定应当采取的适当行动，相关当事方可能包括债权人、雇员、供应商、客户、政府、股东。

在破产临近或不可避免的时期内，将重点从为了股东的利益实现价值最大化，转向同时考虑债权人的利益，这样将使董事有动力尽量减少行为风险过高、轻率鲁莽或玩忽职守而可能给债权人造成的损害（破产程序一旦启动，债权人将成为关键的利益关系人）。与相关债权人群体举行会议可能是对这些利益进行评估的适当机制；

(h) 董事可确保公司资产受到保护，<sup>7</sup>且公司不致采取导致关键雇员流失的行动，也不会采取订立建议87提到的那类事后可能会宣布无效的交易行动，例如低价贱卖而将资产转出公司。并非此时作出的所有付款或订立的所有交易都一定令人生疑；举例说，如果付款的目的是争取企业生存下去，则为确保关键用品或服务的继续而作出的付款可能就不构成优惠性清偿。应当将付款的理由明确记录在案，以备交易在事后受到质疑。那些持有大量股份或代表大股东利益的董事可能不被视为无利害关系或立场客观，在临近破产期间就交易进行表决时可能需要加以特别注意；

(i) 如果资产负债表显示规定比例的股份资本已被损失掉（一般在法律中有资本保值要求的情况下适用），可以为了公司的根本利益在没有不当拖延的情况下召集股东大会；

(j) 可对董事会的构成进行审查，以确定其中是否有足够人数的独立董事。

### 3. 宣布交易无效

6. 建议87至99述及宣布低价贱卖交易、给予优惠的交易以及旨在挫败、耽搁或妨碍债权人的交易无效（见第二部分，第二章，第170-185段）。这些建议将适用于宣布在破产临近时公司订立的交易无效。交易可否宣布无效本身并非是让董事承担个人责任的依据。

7. 不过，某些可宣布无效的交易也可能有其他情况。有些法律根据不当交易规定或欺诈交易规定等而将董事的某些行动视为非法行动，或者视为造成公司经济状况更加恶化或导致公司破产的行动，如在没有充分的商业理由的情况下进行新的借款或提供新的担保。除了宣布此类交易无效外，有些法律规定，如果董事允许公司订立此种欺诈性或因其他原因而不适当的交易，则可认定其负有个人责任。此类条款下的责任通常仅适用于同意该交易的董事；明确表示异议的或所持异议已经适当记录在案的董事有可能免于承担责任。

<sup>7</sup>并非所有资产在所有情形下都必须得到保护。有些类别的资产可能不需要在所有情形下都得到保护，例如，那些价值低于担保额、累赘、无价值或难以变现的资产（这一点在第二部分第二章第88段中有更详细的讨论）。

### 建议255-256

#### 立法条文的目的

条文述及在破产临近或不可避免时那些负责就公司的管理作出决定的人的义务，目的是为了：

- (a) 保护债权人和其他利害关系人的合法利益；
- (b) 确保那些负责就公司的管理作出决定的人知道其在这些情形中的作用和职责；及
- (c) 对于违背这些义务的情形提供适当的救济办法，这些救济办法可在破产程序启动后强制执行。

(a)-(c)款的实施方式不得：

- (a) 对成功的企业重整造成不利影响；
- (b) 抑制参加公司的管理，特别是那些遭遇财务困难的公司；
- (c) 阻碍作出合理的商业判断或承担合理的商业风险。

#### 立法条文的内容

##### 义务

255. 关于破产的法律应当指明，从建议257所述时间点开始，根据建议258所指明的人员将有义务适当顾及债权人和其他利害关系人的利益，并且采取合理的步骤：

- (a) 避免破产；
- (b) 破产不可避免时，尽量缩小破产的范围。

建议255所指的合理步骤

256. 为建议255之目的，合理的步骤可包括：

(a) 评审公司目前的财务状况，确保保持适当的账目并对其内容不断加以更新；独立地了解公司目前和正在发展中的财务状况；定期举行董事会以对情况进行监测；寻求专业咨询意见，包括破产或法律方面的咨询意见；与审计员进行讨论；召集股东会议；变更管理做法，以顾及债权人和其他利害关系人的利益；保护公司的资产，以便实现价值最大化，并避免关键资产的损失；考虑企业的结构和职能，审查企业生存下去的可能性并减少支出；除非有正当的商业理由，否则不使公司对可能会被撤销的那些类型的交易持有承诺；在适宜继续经营的情况下继续进行经营，以便作为经营中企业实现价值最大化；

与债权人进行谈判或启动其他非正式程序，如自愿重组谈判；<sup>8</sup>

(b) 启动或请求启动正式的重整或清算程序。

## B. 义务产生的时间：临近破产期

8. 上文讨论的义务可能产生的时间点有各种说法，如“模糊区段”、“破产区段”或“临近破产期”。尽管这一概念可能并不确切，但其意在描述公司财务稳定性日益恶化以致濒临破产（即公司总体上将无能力支付其到期债务）（建议15(a)）或破产不可避免的一段时期。确定这些义务产生的准确时间对那些力求以符合这些义务的方式及时作出决定的董事而言是一个十分关键的问题。另外，没有一个明确的参照点，董事将难以有信心地预测法院在考虑某一行动是否违反这些义务时将参照破产程序启动前这段时期的时间点。

9. 确定破产程序启动前这段时期董事义务可能产生的时间有各种可能性，采用的办法各不相同。一种可能性是提出破产程序启动申请的时间点，这种可能性可以说是确定性最强的一种可能性。但如果破产法规定，在申请提出之后自动启动相关程序，或如果申请与启动之间的间隔很短（见建议18），就鼓励董事尽早采取行动而言，这一选项的效果就很小。

10. 另一种可能性侧重于在公司事实上破产之时产生的各种义务，有些法律规定，这类义务可在提出破产程序启动申请很早之前产生。如果采取《指南》的一般性做法，可以说当公司无力支付到期债务时或当公司负债超过其资产价值之时，破产实际上已经发生（建议15）。还有一种可能性是破产临近之时，即公司总体上将无力支付其到期债务之时（建议15(a)）。不过，破产法日益将这些检验标准用作启动标准，有些国家将其用作规定董事有义务在公司破产之后的一段明确规定的时间内申请启动破产程序的依据，这段时间通常很短。因此，这些检验标准也不可能鼓励足够早地采取适当的行动。

11. 一种略有不同的做法是，审查董事在破产程序启动之前某个时间点掌握的信息，举例说，董事何时知悉或应当知悉公司已经破产或临近破产，知悉已无合理的希望可以预期公司避免启动破产程序，或知悉继续运营受到威胁。采取这种做法的理由是让没有道理地运营正在经历财务困难的公司的董事承担责任并鼓励在最佳时间点采取适当行动。对这类标准持有的一种关切是，或许难以有把握地确定可推断董事了解必要情况的确切时间点，尽管如此，假如公司账目得到适当保持并且准确无误，董事应当能够推断出公司出现困难的时间以及其有可能符合这些破

<sup>8</sup>见第一部分，第二章，第2-18段。

产检验标准的时间。或者，可以假定董事了解只要公司遵守保持适当账目并编拟年度账目的义务就会披露的信息。从根本上说，采用的标准要求根据基本称职的董事在这种情形下应当或理应了解的情况来评估董事的判断。这类标准要求更加广泛地考虑相关情况和背景，例如，包括全盘审查公司账目及其财务状况。这类标准可能包括审查收入流、既有债务和意外情况，包括筹集资金的能力。一般来说，仅仅流动性暂时短缺的证据还不够。

12. 这些建议并不妨碍各国在由于缺乏负担程序费用的资产而无法启动破产程序之时给董事规定可在破产程序之外加以强制执行的相关责任。

### 建议257

#### 立法条文的目的

与时间有关的条文的目的是确定在破产程序启动之前一段时间内何时产生义务。

#### 立法条文的内容

##### 义务产生的时间

257. 关于破产的法律应当指明，建议255的义务在根据建议258指明的人员知悉或正常情况下应当知悉破产临近或不可避免的时间点产生。

## C. 确定负有义务的当事方

13. 在多数国家，与公司有关联的一些人负有管理和监督公司运营的义务。这些人可以是公司的所有人、正式任命的董事（可以是独立的外部人士或担任执行董事的高管或管理人员，后者称作“内部董事”）以及非任命的个人和实体，包括担任事实上的董事<sup>9</sup>或“影子”董事<sup>10</sup>的第三方，以及由董事委托而行使董事权力或职责的人。

<sup>9</sup>一般认为，事实上的董事是虽作为董事行事但未经正式任命或在其任命上存在技术缺陷的人。一人如果履行了相关职责，即可被认定为事实上的董事，而不论给其的正式职称如何。事实上的董事可包括在某一阶段参加公司组建、推动成长或管理的任何人。在家庭拥有的小型公司中，事实上的董事可包括家庭成员、前任董事、顾问，甚至资深雇员。通常来讲，如被视为事实上的董事，将要求不仅单纯参与公司的管理，还可能需综合多种行为才能确定，例如：签署支票；作为“董事”签署公司信函；让客户、债权人、供应商和雇员意识到某人是董事或“决策者”；与公司的开户银行或会计师共同作出有关公司未来的财务决定。

<sup>10</sup>影子董事是虽未经正式任命为董事，但公司的董事们习惯于按其指示行事的人。一般来说，专业顾问以此种身份行事者，不属于影子董事。被视为影子董事可能要求具有影响整个董事会或其中大多数成员的能力，能够作出对公司具有约束力的财务和商务决定，并且在有些情况下（见第二节），公司向影子董事转让某些或所有管理权。在企业集团情形中，集团的一个成员可以是集团另一成员的影子董事。在考虑可能让某人资格成为影子董事的行为时，可能有必要考虑到该行为的频繁程度以及是否实际上行使了该影响。

14. 广义的定义还可包括就如何化解公司财务困境向公司提供咨询意见的特别顾问，在某些情况下，还包括银行和其他出借人。在一些情况下，该“咨询意见”可等同于确定公司有待采取的确切行动方针，并将采取特定的行动方针当作提供贷款的一项条件。然而，假如公司的董事保留拒绝采取该行动方针的自由裁量权，即便由于拒绝将会导致清算，也事实上可以认为董事的选择余地很小，并且假如外部顾问在公平、善意并以商业上适当的方式行事，就不应当将这类顾问视为属于负有此类义务的一类人。

15. 就何谓“董事”而言，并没有普遍接受的定义。然而，作为一般性指导意见，负责作出或事实上作出或应当作出公司管理相关关键决定的人可被视为董事，其中包括下述职能：<sup>11</sup>确定公司战略、风险政策、年度预算和运营计划；监测公司运营情况；监督主要的资本支出；监测公司治理做法；选择和任命首席执行官并支持其工作；确保提供充足的财政资源；处理潜在的利益冲突；确保会计核算和财务报告制度的完整性；并就本组织的运营情况对利益关系人负责。

16. 上文讨论的义务随附于在企业实际破产或临近破产之时担任董事的任何人，这类人可能包括随后辞职的董事（见下文第27段），但不包括在破产程序启动后任命的董事。

### 建议258

#### 立法条文的目的

条文的目的是确定建议255中负有义务的人。

#### 立法条文的内容

负有义务的人

258. 关于破产的法律应当指明建议255中负有义务的人，其中可包括经正式任命为董事的任何人，以及行使实际控制权和履行董事职能的任何其他人。

## D. 责任

### 1. 应当达到的标准

17. 述及在破产临近时董事义务的法律通常按照各种标准来判断董事在此期间的行为，以便确定其是否履行了义务。一般来讲，这些义务仅在

<sup>11</sup>所举这些例子仅供参考，并非按某种重要性的顺序排列。

破产程序启动之后并且作为这种启动的一种后果才变得可强制执行，这些义务的适用可以追溯既往，在很大程度上与撤销权条文类似（见第二部分第二章第148-150段和第152段的讨论）。

18. 有些法律规定，对于董事或高管知道或本来应当知道公司已经破产或有可能破产的问题，应当按照可能有理由指望对公司履行同董事相同职责的人所具备的一般性知识、技能和经验来判断。对于会计核算制度和程序内容复杂的大型公司的董事，可以有更多的期望。如果董事的技能和经验超出了这项工作的要求，则可按照实际拥有的而非这项工作所要求的技能和经验来判断。相反，从事这项工作的技能和经验不足可能无法成为原谅董事的理由，应当按照这项工作所要求的技能和经验来对他们作出判断。

19. 另一种做法要求，在破产之前举债或订立交易之时已有合理理由怀疑公司已经破产或将要破产。怀疑破产的合理理由要求不只是猜测，董事必须对公司破产有真实的担心。这比预期或知道公司破产的门槛要低。根据这种做法，检验标准针对对公司财务状况有基本了解的能力普通的董事，评估是依据这类董事本可掌握的知识作出的，而非依赖事后可能变得明显的信息作出的。订有这类条文的法域提供的实际证据表明，在审查所发生的情况时，通常在审查开始前的一段时间，法院能够很好地理解董事所处的境况，能够认真分析他们面临的情况并且理解所遇到的商务问题。

20. 一些法律为董事提供了避风港，例如通过商业判断规则，该规则确立了这样的假设，即董事例如是在善意行事，并且有合理的理由认为他们是在最符合公司利益的方式行事，他们并没有任何重大的个人利益，而且他们对情况已有适当的了解。在董事善意、足够谨慎并在董事权限范围内行事的前提下，董事将受到保护，不用承担责任。要依赖该规则，董事自己必须通过获得、研究和依赖一般人在类似情形下认为有说服力的信息对有待决定的事项有所了解，并且就这些事项而言没有任何利益冲突。

21. 其他的法律可能要求在管理不善行为与由此造成的债务之间存在因果联系，或者管理不善是导致公司破产的一个重要原因。这种做法要求按照通常考虑周密的董事的标准来判断一名董事管理有误。在这些法律下可能导致承担责任的行为或行动的实例包括：处事不慎、能力低下、缺乏注意、不作为、从事不公平或非商业性交易、超出公司能力的不当放贷，而最为常见的失职涉及董事允许公司在明显资不抵债的情况下运营，并允许其超出财务能力实施并不符合其最佳利益的项目。管理不善的其他实例包括：董事在订立合同之前没有对企业伙伴的财务健康状况或其他重要因素展开充分研究；董事未提供能够让监事会对管理工作实施监督的足够信息；董事未获管理账户或对管理账户未作研究；董



事忽视了对公司进行适当的财务管理；董事还忽视采取预防措施以防范显然可以预见的风险；董事对人事工作管理不善造成动乱和罢工。根据采取这种做法的法律，管理不善的结论并不需要董事积极参与公司管理；消极默认也足以得出这类结论。

## 2. 责任的性质

22. 确定某一董事是否违背其义务需要考虑启动对债务人的破产程序之前该董事在这期间的行为事实。一旦根据相关证据标准确定违背了义务，可以几种方式分摊责任。一种做法是，按照董事具体参与所审查决定或行为的比例将责任分摊至各个董事，要求结合全部情况考虑此种参与。董事会的组成是处理这些问题的一个重要因素。公司有独立董事的，并且这些董事所拥有的股份占比不大，而且并不代表股份所有人的，这些董事掌握的信息范围可能不及内部董事所知悉或掌握的信息程度。取决于实际情况，内部董事和独立董事所负担的责任可能有所差异。

23. 其他一些法律确立的一般规则是，各董事对未履行义务承担共同连带责任。即使并非每一董事都对履行相关义务负有责任，也可能是这种情况。不过，其中一些法律规定，法院仍享有自由裁量权，可根据具体案情，包括过错的不同程度，在董事之间划分责任限度。例如，法院可命令几名董事中的一人承担全部责任（例如，该董事当时曾被指定由其个人单独履行与所审查的损害有关的具体义务），或者命令一名董事承担较多分担额，例如在认定就所造成损害而言过错程度并不相等的情况下。有一项法律规定，只有在确定董事故意从事欺诈或不诚实行为时，董事才负有共同连带责任；在所有其他情况下，责任与一名董事的行为在多大程度上促成公司所受损失成正比。另一项法律采取的做法略有不同，由法院根据过错的严重程度和因果关系的强弱程度确定被认定负有责任的人是否必须向公司支付损害赔偿，但损害赔偿的评估不一定与责任或过错的程度成正比。在一些法律中，责任是共同连带责任还是具体分摊至对有关行为负有责任的董事（行为可包括不作为或未能确保其他董事履行自身的义务），取决于导致责任的行为。

## 3. 抗辩

24. 根据有些法律，董事在破产临近之时确实负有义务的，仍然可以依赖某些抗辩，如商业判断规则，以证明他们已经合理行事。略有不同的一种做法是对可疑情况无把握时不对董事作不利判定，以以下假设为基础，即商业风险不可避免，并且是管理工作的附带组成部分。法院对董事是否履行谨慎、忠心的义务不愿加以猜测，也不愿凭借后见之明作出裁定。也可能有这样的情况，即商业判断规则仅针对法律规定的其中一些义务但并非所有义务提供抗辩。

25. 根据有些法律，董事需要证明，在董事得出公司难以避免清算的结论之后，就立即采取了适当步骤，以尽量减少可能对债权人造成的损失。如果董事能够证明他们已经根据准确的财务信息和适当的专业咨询意见作出合理、客观的商业决定，他们就有可能能够依赖这一抗辩，即便事实证明这些决定从商业上讲是错误的。

26. 有些法律还规定，董事可以采取某些程序或形式上的步骤，以避免或减轻对于随后遭受质疑的决定或行动的责任，例如在会议记录中记录不同意见；在会议休会之前向会议秘书递交一份书面的不同意见；或在休会后迅速向公司的注册办公室或国内法规定的其他当局递交或发送一份书面的不同意见。缺席作出这种决定的会议的董事可能被视为表示同意，除非他们遵循适用的程序，例如在得知相关决定后的某个规定时限内采取步骤记录其不同意见。

27. 董事对公司事务并不知情的事实通常不能作为未履行义务的借口。此外，在破产临近之时的辞职不一定能够让董事免除责任，因为根据某些法律，董事可能被指称其辞职与破产有关，他们已经意识到或理应已意识到破产即将发生，以及他们未采取合理步骤尽量减少债权人的损失并使情况得到改善。董事已对后来所审查的决定表示异议的，通常需要将该异议记录在案，董事才能依赖该异议。一名董事对于拟采取的行动与其他董事有不同意见，并且尽管采取了合理步骤以说服他们但未能奏效的，这种情况下该董事的辞职可能是适当的，但前提是其所做努力和所提意见已作备案。

28. 可通过公司可能为其董事购买的特定保险或使用补偿金尽量减轻责任。在可利用保险的情况下，主要界限一般是故意欺诈行为和自我交易行为，对于违背此处所述义务的行为，董事通常会得到保险，除非保险覆盖范围不充足，破产中可能会发生这种情况。一旦对董事提出索赔，根据一些法律可以通过与破产管理人谈判而达成和解；在一些法域，这是通常的做法。

#### 4. 救济办法

29. 民法对违背董事义务采取不同的救济办法或综合采取多种救济办法。救济办法侧重于对违背义务和由此造成的损害提供补偿，但衡量补偿数量的方式有所不同。一般来说，没有惩罚性损害赔偿因素。有些法律还规定可以取消董事作为董事行事的资格或取消其参与公司经营和管理的资格。

### (a) 损害赔偿和补偿

30. 在认定董事对破产临近之时的作为或不作为负有责任的情况下，该责任的程度不尽相同。有些法律规定，债权人和雇员个人以及公司本身遭受的损失或损害如果是因为董事的行为或不作为而直接造成的话，则董事可能对此负有责任。他们还可能对造成破产财产减少和公司资产缩减的付款负有责任。有些法律允许法院对责任数额作出调整，以便同管理不善的性质和严重性或导致责任的其他行为相称。有些法律规定，董事可以被认定对公司应当停止经营之时与公司实际停止经营之时公司资产价值的差额负有责任。另一种计算是违反义务之后债权人和公司的状况与假如没有违反义务时债权人和公司的状况之间的差别。

31. 有些法律规定在发生资本损失时有义务申请启动破产程序或举行股东大会，这些法律同时还就裁定给予损害赔偿作出规定。

32. 如果认定董事负有责任，则可指明用来补偿破产财产的追偿数额，其根据是，追究董事的主要理由是为了追回因董事行为而造成的其中部分价值损失，以补偿破产财产。因此，这是有利于全体而不是个别债权人的。有些法律规定，如果公司以整个企业作为抵押，则追偿的任何损害赔偿金将归无担保债权人。支持该做法的论点是，补偿不应当归有担保债权人，因为诉讼事由在破产程序启动之前并未产生，因而不能受制于公司在这之前创设的担保权益。此外，与撤销权程序不同，所追求的并非是追回公司资产，而是由董事出资对债权人遭受的损害作出补救。但是，如果破产法允许债权人追究董事（见下文本章第36-42段），那么可能有理由建议首先将支付的任何补偿用于承担债权人启动诉讼的费用。

33. 除上述救济办法外，公司应当对董事偿付的到期债务或负债可延后支付或排序退后，董事可被要求结清其从公司获取或私自占用的任何财产或违背义务获取的任何收益。

### (b) 取消资格

34. 有些法律规定，启动破产程序所造成的一个后果是，取消董事担任董事或参与公司运营和管理的资格。这类措施通常被视为保护性措施，目的是撤销这类董事的职务，使其无法在同一个公司或不同的公司继续行使管理职能和董事职能，从而避免造成进一步损害。有一项法律规定，如果认定个人“不适合”担任董事，可下令取消资格2至15年。与作出这一裁定有关的因素包括：违背诚信义务；挪用资金；制作误导性财务报表和非财务报表；未能保持适当账目和进行申报。还可包括与公司破产有关的行为，例如个人在以下情况下所负的责任：公司订立的交易由于同建议87所述类似的理由而可能宣布无效，或在董事知道或本应知道公司破产的情况下公司继续经营。在某一具体情况下确定不合适

担任董事时通常累积考虑各种因素。在规定取消资格的法域，被认定不合适者通常但并非总是缺乏商业诚信、有重大过失或者严重不称职。

35. 取消资格的做法可以同上文所述的其他救济办法和制裁并行采用，也可在个人作为董事实施的总体行为应当受到此种制裁时单独采用。如果可以采取取消资格的做法，则可寻求采取这种做法的人可由此局限于规定的机构或官员、破产管理人以及有些情况下的债权人。

### 建议259-261

#### 立法条文的目的

关于责任的条文目的是：

- (a) 就建议255所述义务的责任人在破产程序启动之前发生的、可能被视为造成损害因而被视为违背这类义务的行为情形提供规则；
- (b) 确定对关于违背义务的指控提出的抗辩；及
- (c) 确定违背这类义务的后果。

#### 立法条文的内容

##### 责任

259. 关于破产的法律应当指明，违背建议255中的义务造成债权人遭受损失或损害的，负有义务的人可能承担责任。

260. 关于破产的法律应当规定，对违背建议255中的义务所导致的责任范围局限于此种违背义务所造成损失或损害的程度。

##### 责任的要素和抗辩

261. 关于破产的法律应当指明为确立建议255中的义务被违背以及债权人因此遭受了损失或损害而需要证明的要素；负责证明这些要素的当事方；以及对关于违背义务的指控提出的具体抗辩。这些抗辩可包括负有义务的人已采取建议256所述的那类合理步骤。

## E. 董事责任的强制执行

### 1. 可提起诉讼的当事人

36. 有些法律参照诉讼的性质和有权提起诉讼的人而就针对董事提起诉讼的权利作了限制。与适用于建议87下述及的行使撤销权的考虑（见第二部分，第二章，第192-195段）类似的考虑可能适用。

37. 一些法律规定，在破产程序启动之后，只有破产管理人经过审查董事在破产之前的行为，才有权对董事进行起诉，以便就为公司造成的损失而为债权人寻求补偿。举例说，不当交易法可能允许破产管理人在董事的行为促成公司破产或构成管理不善行为的情况下向董事提起诉讼，要求其为破产财产出资。有些法律还允许检察官或法院自行提出起诉。

38. 虽然规定董事在临近破产时的义务的一个主要理由是保护债权人的利益，但并非所有法律都允许债权人起诉董事违背这些义务。根据一些法律，当破产管理人没有采取行动时，债权人以及有时还有股东，可能享有提起诉讼的衍生权利（见第二部分，第二章，第192-195段）。如果评定后任何损害赔偿的收益归入破产财产而使债权人受益，则股东可能没有什么积极性去提起此类诉讼。另一些法律仅允许债权人对某些类别的行动或交易予以追究，如不法行为或压价贱卖交易。根据其他一些法律，如果债权人没有进行索赔的独立权利，则单独的债权人只能经多数债权人或债权人委员会同意后才可追究董事，或者债权人可请求债权人代表或债权人委员会或法院进行任何这类诉讼。

39. 在法律允许债权人起诉董事这种做法被认为适当的情况下，有可能对两类债权人加以区分，一类是债务作为所审查行为的直接结果发生在临近破产期间的债权人，一类是债务发生在该段时期之前的债权人。取决于破产相关可适用法律，如果获得授权，破产管理人可以为破产财产的利益而对董事提起诉讼。如果破产相关法律允许，破产管理人未提起诉讼的，债权人可以为破产财产的利益而对董事提起诉讼。在某些国家，破产相关法律允许的话，债权人可以为自身的利益而对董事提起诉讼。所有这类诉讼都将基于待审行为发生于破产临近之时。根据一些法律，债权人的这种个别权利局限于相关异常行为针对某个特定债权人的情况。如果认为允许债权人起诉董事是可取的，那么破产法适用于撤销权程序的部分可提供一个实用的示例，来说明应当遵循的程序步骤（见第二部分，第二章，第192-195段）。例如，法律可要求有破产管理人的事先同意，以确保他们知道债权人提议什么内容，以及有机会不予准许，从而避免这类诉讼对破产财产的管理可能造成的任何负面影响。

40. 在要求有但并未获得破产管理人或债权人的同意或被拒绝的情况下，破产法可允许债权人寻求法院批准起诉董事。破产管理人应有权在随后安排的任何法院审理中陈述理由，解释为什么认为不应当进行这种诉讼。在进行这种审理时，法院可允许启动诉讼，也可决定根据案件本身的实质进行审理。这种做法可有助于减少不同当事方之间进行任何私下交易的可能性。在允许由债权人启动撤销权诉讼的情况下，一些法律要求债权人支付这些诉讼的费用，或允许对债权人施加制裁，以阻止可能对这些诉讼的滥用；对于债权人对董事提起的诉讼，也可采用同样的做法。

41. 根据那些规定董事有义务启动破产程序的法律，如果发生违背该义务的情况，公司本身、其股东和债权人可索要损害赔偿。如果董事违反启动破产程序义务所附带的延期偿付权而进行付款，公司本身可索要损害赔偿。有些法律规定发生资本损失时有义务举行股东会议，公司也可根据这些法律进行索赔。破产法似宜确保协调有可能由这些不同的当事方启动的任何诉讼。

42. 就董事违背其义务而对其提起的诉讼可以是破产财产的一项重要资产，并且可以增加对债权人的回报。然而，在许多法域，这类诉讼未妨碍了仲裁程序的终结以及收益的最后分配。因此，在启动对董事的诉讼之前，破产管理人就应当对该程序获胜的可能性及其他情况加以认真考虑，例如董事对有关损害赔偿的裁决作出回应的能力、董事所可利用的承保范围以及诉讼对破产程序持续期间的的影响。

## 2. 诉讼的费用来源

43. 一些法域允许破产管理人针对违背这类义务的情形提起诉讼，这些法域可能出现的一个难题则是涉及诉讼不成功时费用如何支付。起诉违背这类义务的案件之所以较少，经常提到的一个关键理由是缺乏可使用的资金。虽然在资产充足的情况下可以从破产财产中提供这些费用，例如撤销权程序往往如此，但破产管理人可能并不愿意动用这些资产进行起诉，除非胜诉的机会非常大（见第二部分，第二章，第196段）。然而，在许多情况下，破产财产中没有足够的资金可用于起诉董事，即使胜诉的可能性很大。

44. 设计此种情形下的备选供资办法在适当情况下可提供一种有效的手段，以便恢复因董事的行为而丧失的破产财产价值，解决滥用问题，调查不公平行为，并进一步推动良好治理。关于破产的法律按照与建议95中提供的撤销权程序供资办法大体相同的方式纳入适当的授权，将有助于此类备选供资办法的实现。启动这种程序的权利或如果胜诉后程序的预期收益，可以有偿转让给第三方，包括债权人，或者也可联系贷款人提供资金。如果诉讼是由破产管理人以外的一方为了债权人的集体利益而进行的，则这种程序的启动费用可从得到的任何补偿中收回。根据一些法律，对董事提出的索赔可通过与破产管理人谈判而达成和解，从而不必寻找资金。在一些法域，这种情况不经常发生，而在另一些法域，这是通常的做法，破产管理人一般都“请”董事出资。作为另一个问题，还似宜考虑可在哪家法院启动这类程序；这个问题在上文第二部分第一章第19段作了讨论。

## 建议262-266

### 立法条文的目的

关于董事责任的强制执行条文目的是确立对违背义务的适当救济办法，并便利启动和进行诉讼，以追收对这种违背义务的补偿。

### 立法条文的内容

#### 救济办法

262. 关于破产的法律应当指明，法院认定由于违背建议255中的义务而须承担的责任的救济办法应包括向破产财产全额偿付法院评估的任何损害赔偿。

#### 对违背义务进行诉讼

263. 关于破产的法律应当指明，关于建议255中义务被违背所导致损失或损害的诉讼理由归于破产财产，破产管理人负有针对违背此类义务启动诉讼的主要责任。关于破产的法律还可允许债权人或具有利益关系的任何其他当事方经破产管理人同意启动这种诉讼。在破产管理人不同意的情况下，债权人或具有利益关系的其他当事方可寻求法院准许启动这种诉讼。

#### 对违背义务进行诉讼时的费用来源

264. 关于破产的法律应当指明，对负有义务的人进行诉讼的费用作为管理费支出<sup>12</sup>。

265. 关于破产的法律可规定其他备选方法处理如何进行这类诉讼及其费用来源问题。

#### 补充措施

266. 为阻止导致建议259所述责任的那类行为，关于破产的法律可在建议262所述支付补偿之外列入附加救济办法。<sup>13</sup>

<sup>12</sup>关于对“行政支出”的解释，见《指南》导言中的术语表，第12(a)段。

<sup>13</sup>可采用的附加救济办法取决于在特定法域可以采用哪几类救济办法，以及除支付补偿之外，哪种救济办法可能与相关行为相称并适合特定案例的情形。此类救济办法的示例在本章第33-35段中讨论。





## 第二节

# 临近破产期间企业集团 公司董事的义务

### 导言和第二节目的

1. 本节以第一节建议255-266为基础，这些建议论述临近破产期间单个公司董事的义务。本节则侧重于（建议255和256规定的）那些义务的性质和履行义务时可采取的步骤，提出可如何改拟这些建议从而适用于企业集团情形下的董事。<sup>14</sup>第一节的建议257-266继续适用于企业集团情形，但就新增的本节而言，这些建议中凡提及建议255和256之处应理解为提及本节所载的建议267和268。

2. 本节还添加了新增的建议（建议269和270），述及董事被任命在企业集团不止一个成员中任职或担任其中管理层或执行官职务但履行对不同成员所负义务时发生冲突的情形。

3. 在阅读本节时，应结合第一节，还有《指南》第三部分。此外，2019年，贸易法委员会通过了一项立法文本——《贸易法委员会企业集团破产示范法》，<sup>15</sup>力求为企业集团的破产程序提供便利。该案文及其《颁布指南》提供了一个框架，目的是对进行此种程序实行精简，并协助制定集团破产解决方案，包括提供一种跨国界承认集团破产解决方案的制度，以及为支持制定这些方案而可能需要的救济。该《示范法》及随附的《颁布指南》提供了将可证明对董事和其他任职高管人员有用的信息，这些人员是本节的讨论重点。

---

<sup>14</sup>关于谁可被视为本节所指的董事，这个问题在第一节第二章第13-16段中讨论。虽然这个术语并无一个普遍接受的定义，但为方便起见，本节统称之为“董事”。

<sup>15</sup>《大会正式记录，第七十四届会议，补编第17号》（A/74/17），附件二。

## 术语表

4. 本节使用的术语与《指南》其他部分相同。新增的下列术语是专门针对本节的，在解读时应结合主要术语表和《指南》第三部分随附术语表中所列的术语和解释。

(a) “企业集团成员”指构成企业集团组成部分的某一企业；

(b) “集团代表”指被授权担任计划程序代表的人或机构，包括临时任命的人或机构；

(c) “集团破产解决方案”指为重整、变卖或清算企业集团一个或多个成员的一些或全部资产和业务而在计划程序中拟定的一项建议或成套建议，目的是为了保全、维护、变现或提升企业集团那些成员的总体合计价值；

(d) “主要程序”指在企业集团成员作为债务人设有主要利益中心的当地国家进行的破产程序；以及

(e) “计划程序”指对企业集团某一成员启动的一项主要程序，其中须符合下列条件：

- (一) 企业集团一个或多个其他成员参与该项主要程序，目的是为了制定和实施一套集团破产解决方案；
- (二) 进入该项主要程序的企业集团成员很可能是这一集团破产解决方案的一个必要和组成整体的参与者；以及
- (三) 其中任命了一名集团代表；

在符合以上(一)至(三)项要求的情况下，为了制定《贸易法委员会企业集团破产示范法》所指的集团破产解决方案，法院可以承认对企业集团成员的主要程序拥有管辖权的法院所批准的程序为计划程序。

## 一. 背景

1. 第一节审议临近破产期间单个公司的董事义务，介绍当前法律下是如何处理这些义务的。虽然一些法域制定了条款，规定临近破产期间董事的义务，但这些制度的相对利弊仍是人们争论的话题。<sup>16</sup>第一节强调，当经营面临财务困境时需要及早采取行动，以避免快速下滑，并为拯救和重整提供便利。其中还指出，虽然许多国家的破产法已将重点适当转向增加及早采取行动时可选用的办法，但对于制定适当的措施激励董事使用这些办法则仍然重视不够。<sup>17</sup>第一节鼓励制定适当的激励措施，阐明了临近破产期间企业董事可能应承担的基本义务，以及履行这些义务时可采取的步骤，以便纳入关于破产的法律。这些义务只有在破产程序启动后才可以强制执行。

2. 在企业集团情形下，关于临近破产期间董事义务的问题，各国立法似乎并未明确阐述或广泛阐述。虽然许多法域考虑并制定了企业集团概念，但此类企业集团一个或多个成员董事义务的问题仍然不太确定。

3. 《指南》第三部分阐述对破产企业集团的解决办法，其中指出，企业集团往往具有经济上不同程度一体化（从高度集中到相对独立）和不同类型组织结构（纵向与横向）等特征，造成企业集团成员之间关系复杂，并可能涉及不同层次的所有权和控制权。这些因素，加上遵守分立实体处理方式，以及适用于企业集团单个成员的立法中普遍缺乏对企业集团现实的任何明确承认，因而给企业集团成员的董事带来不少问题。遵守分立实体处理方式一般要求董事力促其任职所在的公司获得成功，以及要求董事谋求其本公司的利益，尊重本公司的有限责任，并确保不为企业集团的利益而牺牲本公司的利益。实现这一目标时不必考虑整个企业集团的利益、董事本公司在企业集团结构中的地位、企业集团成员之间的独立程度或一体化程度，以及所有权和控制权的影响。然而，在公司的业务是企业集团的组成部分并至少在某种程度上依赖企业集团其他成员提供重要功能（例如融资、会计核算、法律服务、供应、市场、管理指导和决策或知识产权）的情况下，孤立地处理该公司的财务困境可能比较困难，甚至在有些情况下是不可能的。不了解董事义务的复杂性可能导致所希望避免的失败。第三部分较详细地讨论了企业集团当下的经济现实，以及破产情形下

---

<sup>16</sup>见第一节，第一章，第8-10段。

<sup>17</sup>同上，第6段。

将企业集团成员作为互不关联的实体处理对解决企业集团某些成员或更大范围的企业集团的财务困境而造成的影响。<sup>18</sup>

4. 若企业集团某一成员的董事在企业集团另一个或多个成员公司履行董事职能或担任管理层或执行官职务，则身为董事为其所在公司的利益行事这一要求在企业集团情形下可能变得更加复杂。在此情形下，该董事可能难以截然划清企业集团这些成员中每个成员的利益并孤立加以处理。另外，企业集团这些成员的利益可能因企业集团其他成员和企业集团整体的有可能与之相竞争的经济目标或需要而受到影响。可能需要评估对企业集团不同成员利益的短期和长期影响，这可能需接受对企业集团单个成员利益的某些损害，即使只是短期的，以便为这些单个成员所属的企业集团实现更长远的收益。在实行集团破产解决方案的情况下，适用某些保障措施是合情合理的，以保护企业集团中受影响成员的债权人和其他利益关系方的利益。

5. 企业集团单个成员的利益可能受到企业集团大局利益的影响，这方面情形的示例可包括：企业集团某一成员是本企业集团另一成员的关键供应商，或是为其提供融资的，或作为担保人为外部放贷人向本企业集团另一成员提供的融资作保，以期使整个企业集团包括该成员自身的业务维持下去；企业集团某一成员同意按照不能被视为具有商业可行性的条件向本企业集团另一成员转让其业务或资产，或让出业务机会，或者与该成员订立合同，但这样做可能最终使同意如此转让、如此让出或如此合同的企业集团该成员业务受益；或企业集团一成员与本企业集团其他成员订立相互担保，以有助于整个企业集团更有效地利用其资产为企业集团的运作提供资金。

6. 此类考虑可能在临近破产期间具有关系，在此期间，可能需要对企业集团的活动实行更大程度的控制和协调，以实现效率最大化，并设计集团破产解决方案，化解整个集团或其某些部分的财务困境。此时，也可能有更多的机会利用企业集团中较脆弱和依赖性较大的成员为其他成员带来惠益，例如通过转让资产、转移业务机会和利用企业集团这些成员进行风险更大的交易或活动，或利用其承受损失和不良资产。

7. 董事在判定其身为董事所在的企业集团成员最大利益时，可以权衡和考虑各种利益。这些利益还可以包括本企业集团其他成员或整个企业集团的利益，如果这些利益也符合其身为董事所在的企业集团成员的利益的话。如果董事在此类情形下选择的行动方法是合理的，并且其目标是为了避免其身为董事所在的企业集团成员发生破产，或尽可能将破产后对该成员的影响减至最低，则其不应当承担违背义务的责任。在权衡

<sup>18</sup> 见第三部分，第一章。

了身为董事所在的企业集团成员之间互为竞争的利益情况下，如果所选行动方法引起董事对企业集团这些不同成员所负义务之间发生冲突，则应向所涉及的企业集团成员披露这一冲突。解决这一冲突可能需要就相互对立的利益进行调解或协商。

8. 如上所述，很少有法律述及企业集团情形下的董事义务，不过，不同法域的法院对企业集团运作方式的实际现实给予不同程度的承认。虽然注意力重点仍然放在董事为其任职所在的企业集团成员的利益行使权力上，但一些法域允许董事顾及例如为企业集团其他成员采取特定行动方法给董事所在企业集团成员带来的直接或衍生的商业利益，以及董事任职所在企业集团成员的兴旺或持续存活对整个企业集团正常运作的依赖程度。不过，一般来说，对于行为上被判定有损于债权人的情况，集体利益本身并不是一个充分的理由。另外，可能还要求董事考虑到行动方法的结果可能对其身为董事所在企业集团成员带来的任何可合理预见的损害，并考虑其所在企业集团成员的无担保债权人的处境，尤其是当有可能影响到该成员的清偿能力时。如果交易是为企业集团另一成员的贷款提供担保或保证，则后面这种考虑尤其重要，特别是在企业集团该另一成员存活与否对提供担保或保证的企业集团成员的清偿能力并无重大关系的情况下。

9. 其他法域允许企业集团各成员的董事在符合某些条件的情况下为整个企业集团的利益行事，例如企业集团在结构设置上允许企业集团成员对整体的决定有一定的影响；企业集团成员参与长期和协调统一的企业集团政策；以及诚信良好的董事合理认定其所在企业集团成员遭受的任何损害将会在适当时通过其他利益得到弥补。另一种办法是允许企业集团成员的董事为总公司的利益行事，但条件是这样做无损于企业集团该成员向自己的债权人进行偿付的能力，并且董事经由企业集团成员的组织章程授权或经由股东授权而可以这样做。按照这些法律，董事如要避免责任，则必须是在董事采取行动时企业集团该成员不应处于破产状态，也不应当由于该项行动而发生破产。

10. 本节指明在临近破产期间企业集团成员的董事可以考虑的超出其任职所在企业集团成员以外的因素，以及应当适用的保障措施。这些考虑因素将或多或少反映企业集团经济现实的一些方面。本节提出一些原则，供纳入关于临近破产期间企业集团成员董事义务的法律。这些原则可作为参考，政策制定者在审查和拟订适当的法律和监管框架时可加以使用。尽管承认应当通过董事的及早行动和适当行为实现破产法的目标（如第一部分第一章第1-14段和建议1所作阐述），但同时也承认，规则过于苛刻有可能给企业经营人带来威胁和潜在的困难。

11. 本节并不涉及在刑法、公司法或侵权行为法下规定的董事责任。本节仅侧重于那些可列入关于破产的法律并且一旦破产程序启动即可强制执行义务。

## 二. 临近破产期间企业集团 成员董事义务的要害

### A. 义务的性质

1. 规定董事在临近破产期间负有义务的基本理由已在第一节（第一章，第1-7段）讨论，这些理由同样适用于企业集团情形。企业集团成员董事的义务继续是建议255所确定的同样的基本义务，但是可以作出规定，允许在确定董事应当采取哪些步骤避免因违背义务而承担责任时，考虑到企业集团经济现实的更广泛背景。应当考虑的相关因素可能包括企业集团该成员在企业集团中的地位、企业集团各成员之间的一体化程度（如第三部分建议217所述），以及通过制定包括整个企业集团或其某些部分的对企业集团财务困境的解决方案而实现企业集团价值最大化的可能性。集团破产解决方案可能要求处于财务困境中的企业集团成员的董事采取一些步骤，这些步骤可能初看之下对企业集团该成员有损害，但最终实现的结果可能对该成员更好，并确保其业务继续下去和价值最大化。在这些步骤不可能使处于财务困境的企业集团该成员受益的情况下，采取同样这些步骤则可能使董事承担对未能合理履行其义务的责任。

2. 董事在评价其为处理企业集团该成员的财务困境而采取的步骤时，一个考虑因素是这些步骤对企业集团该成员的债权人造成的影响，特别是在要顾及集团的大局利益时。建议255要求董事适当考虑企业集团该成员的债权人的利益以及其他利益关系人的利益。债权人的利益可通过确立“不差于”标准得到保障——即采取这些步骤之后，债权人的境况不差于如果不采取这些步骤时的结果。

3. 第一节（第二章，第5段）讨论可以合理预期董事可采取哪几类步骤，以处理财务困境，避免破产的发生，或在不可避免时，尽量减少破产的影响。这些步骤继续适用于集团情形，并且视实际情况而定，可以其他步骤作为补充，这些其他步骤可能切实需要与企业集团其他成员某种程度的相互协助与合作。这些其他步骤可能受企业集团该成员在企业集团地位的影响，并需要考虑，如果协助实施整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案，那么与采取仅与企业集团单个成员有关的步骤相比较而言，是否可保全或创造更多的价值。可能要考虑下列因素：评估董事所在的企业集团成员对企业集团其他成员的财务和法律义务；应

当（或不应当）与企业集团其他成员达成交易；（临近破产期间和一旦正式程序启动之后）融资可能的来源和能否获得，包括董事所在企业集团成员向企业集团其他成员提供融资；以及不论是局限于董事所在的企业集团成员，还是涉及更大范围的企业集团，可能的解决方案对于董事所在企业集团成员的债权人和其他利益关系人的影响。董事也可考虑采取步骤，组织与债权人的非正式谈判，如自愿重组谈判，以便在整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案将会使董事所在企业集团成员受益的情况下，制定这种解决方案。

4. 在破产不可避免而将要启动正式程序时，董事可考虑应当在哪个法院启动程序，特别是有可能与企业集团其他成员联合申请以及在程序上协调这些程序时，如《指南》第三部分（建议202-210）所述。

#### 建议267-268

##### 立法条文的目的

这些条文述及在破产临近或不可避免时那些负责就企业集团一个成员的管理作出决定的责任人的义务，条文的目的是为了：

- (a) 保护企业集团成员债权人和其他利益关系人的合法利益；
- (b) 确保那些负责就企业集团一个成员的管理作出决定的责任人知道其在这些情形中的作用和职责；
- (c) 承认企业集团成员在企业集团中的地位影响到企业集团该成员应当如何加以管理以应对其即将临近的或不可避免的破产，并承认那些负责就企业集团该成员的管理作出决定的责任人的义务，包括在他们还负责就企业集团其他成员的管理作出决定的情形下；以及
- (d) 使企业集团成员能够酌情以一种方式加以管理，通过促进为整个企业集团或其某些部分实行的破产解决办法而将可实现企业集团的价值最大化，同时采取合理步骤，确保企业集团该成员的债权人和其他利益关系人的境况不差于如果不以促进此类解决办法为目的对企业集团该成员实行管理时的结果。

在实施(a)-(d)项时，采用的方式：

- (a) 不得对企业集团该成员经营业务的成功重整造成不必要的负面影响，其中考虑到实现企业集团价值最大化和促进整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案而可能带来的益处；企业集团该成员在企业集团中的地位；以及企业集团成员之间的一体化程度；
- (b) 不得抑制参与对公司的管理，特别是对那些陷入财务困境公司的管理；或者



(c) 阻碍作出合理的商业判断或承担合理的商业风险。

## 立法条文的内容

### 义务

267. (a) 关于破产的法律应当指明，对于企业集团成员，建议255所规定的义务将适用于按建议258所指明的人：

(b) 在不违背这些义务的情况下，(a)项所称人员可以采取合理步骤，促进集团破产解决方案，处理整个企业集团或其某些部分的破产。在这样做时，该人员可考虑到实现整个企业集团价值最大化可能带来的益处，同时采取合理步骤，确保企业集团该成员的债权人和其他利益关系人的境况不差于如果不以促进此类集团破产解决方案为目的的对企业集团该成员实行管理时的结果。

### 建议267所指的合理步骤

268. 就建议255和267而言，并在不违背建议267(a)项所称人员对其任职所在企业集团成员的义务限度内，企业集团情形下的合理步骤除建议256所述步骤之外，还可以包括：

1. (a) 评估企业集团该成员和企业集团目前的财务状况，以便考虑如果设想采用整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案是否可保全或创造更大的价值；

(b) 考虑企业集团该成员对企业集团其他成员的财务和其他义务，是否应当与企业集团其他成员达成交易，以及融资的可能来源和能否获得；

(c) 评估企业集团该成员的债权人和其他利益关系人的境况在整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案中是否结果更好些；

(d) 协助实施整个企业集团或其某些部分的集团破产解决方案；

(e) 举行和参加为整个企业集团或其某些部分举行的与债权人的非正式谈判，例如自愿重组谈；<sup>19</sup>以及

(f) 考虑是否应当启动正式破产程序。

2. 如启动正式破产程序，则考虑应当在哪个法院启动程序，是否可以或是否适宜与企业集团其他相关成员联合申请，<sup>20</sup>以及破产程序是否应当在程序上加以协调。<sup>21</sup>

<sup>19</sup>见第一部分，第二章，第2-18段。

<sup>20</sup>见建议199-201。

<sup>21</sup>见建议202-210。

## B. 确定负有义务的人

5. 在企业集团情形下，识别对管理决定负有责任者可能比单个公司情形下复杂。各个层面的管理和影响力可能影响到企业集团任何单个成员的事务及其开展业务的方式，特别是在临近破产时。这种影响可能损害企业集团成员董事采取适当步骤应对其身为董事所在成员的财务困境的能力，或使该成员受到企业集团其他成员财务困境的拖累，损害其身为董事所在企业集团成员的债权人的利益。这种情况可在多种情形下出现，例如企业集团两个成员的董事会基本上由同样的人员组成；企业集团一个成员董事会中的大多数成员由处于控制地位的企业集团另一成员提名；企业集团一个成员掌控着整个企业集团的管理和财务决策；或企业集团一个成员以持久和无处不在的方式干预企业集团另一成员的管理，总公司与下辖的集团成员之间的情况往往如此。

6. 可能还有些企业集团，很难确定企业集团成员之间的确切界限，因为不同董事会之间的管理责任模糊不清。此外，相关执行官和决策者可能是由与其任职所在企业集团成员相距若干层的企业集团成员所聘任，其任职所在企业集团成员的单独地位和责任可能通常在企业集团的日常业务中忽略不计。在此情况下，此类人员对任职所在企业集团成员开展实际业务的义务和对聘任他们的企业集团成员的义务之间可能产生严重问题。

7. 企业集团情形下可被视为董事的人可以包括企业集团另一成员，或企业集团另一成员的董事，包括企业集团该另一成员的影子董事。<sup>22</sup>虽然一些法律不允许企业集团一个成员被正式指定为企业集团另一成员的董事，但这种企业集团一个成员对另一成员的活动施加影响或发号施令时可被视作该另一成员的影子董事。

8. 第一节（第二章，第13-16段）讨论负有上述义务的人。建议258采用广义措词，其中规定，应当包括被正式任命为董事或者行使实际控制权和履行董事职责的任何人。该项建议的评注第15段指出了可预期由此类人员履行的职责类别。这些考虑也将适用于本节讨论的企业集团情形。

## C. 义务冲突

9. 在企业集团情形下，可能常常是董事在企业集团不止一个成员中任职或担任管理层的职位或执行官职务，不论是由于企业集团的所有权和控制权结构、企业集团成员之间的结盟、整个企业集团的家族纽带，还是企业集团业务经营组织方式上的一些其他方面。<sup>23</sup>无论出于什么原

<sup>22</sup>这一术语在第一节第二章第13段中作了解释。

<sup>23</sup>见第三部分，第一章，第6-15段。

因，在临近破产期间，任职于企业集团数个不同成员董事会或担任企业集团数个不同成员管理责任的董事，在试图确定最有可能保全价值同时又为企业集团每个成员的财务困境提供最佳解决办法的行动方法时，可能会面临着对企业集团这些不同成员所负义务之间的潜在冲突。这种冲突的性质和复杂性可能与董事任职所在企业集团成员在企业集团层级结构中的地位、企业集团成员之间相关的一体化程度以及控制权和所有权的影响有关。例如，董事任职于总公司董事会和受控企业集团成员董事会的，需要能够证明涉及总公司的任何交易都已考虑到受控企业集团成员，并且对该成员是公平合理的。

10. 此外，董事任职所在企业集团成员的利益可能与更大范围的企业集团交织在一起，从而要求考虑到整个企业集团的经济现实。在此情形下，有些步骤可能被视为有损于作为独立实体运营的公司，但放在这一更大的背景下考虑则可能是合理的。例如，一个附属公司的业务可能总体上依赖更大范围的企业集团业务，该附属公司可能应当在短期为企业集团其他成员提供资金，以使更大范围的业务得以持续进行并最终拯救附属公司本身。

11. 面临此种冲突的董事可能被预期应当合理行事，并采取充足和适当的步骤处理这种情况。这可能要求董事依实际情况，按照适用的法律查明冲突的性质和范围，并决定如何处理这种冲突。在某些情形下，董事只要向受影响的董事会披露关于这种冲突的相关信息，包括冲突的性质和范围，即可能足够，而在另一些情形下，向债权人和其他利害关系人，包括向企业集团其他成员的董事会作更广泛的披露，则可能是合情合理的。此种披露可能足以支持该董事的持续秉公廉正，其中是否缺乏必要的公正性或独立性，可以根据所披露的情形加以评估。

12. 在有些情形下，董事可能应加以回避，不参与受影响的董事会关于该项冲突而将作出的任何决定，或不出席将讨论相关问题的会议，并将此备案，记作一种故意而为之的做法，而不是行为上的不作为。在有些情况下，可能可以指定董事会的增补或替代成员，如果冲突无法解决，那么作为最后的手段，董事可考虑从受影响的这个或那个董事会中辞职。这也许可能包括从企业集团一个破产或非破产成员的董事会中辞职。虽然这种辞职办法可使董事摆脱两难困境，但与此同时，如果这样做使受影响的企业集团成员丧失处理财务困境所必需的专门知识的话，则是置更大的问题于不顾，并可能使情况恶化，特别是在临近破产期间。正如第一节（第二章，第27段）所述，从董事会中辞职并不使董事由此豁免于应负的责任，因为根据一些法律规定，董事这样做可能会被猜测，意味着辞职可能与破产有关系，或在面临迫近的破产时董事未能采取合理步骤尽量减少对债权人造成的损失。

13. 公司的良好治理方法支持分析企业集团相应成员引起此种冲突的情形，并对所采取行动的理由加以备案，这种做法对于董事履行发生冲突

时的义务可能关系重大。但是，关于公司治理的政策并不能取代或限制董事对企业集团成员所负的义务。这种政策指明的是哪些步骤被认为是处理冲突的合理步骤。企业集团成员之间不同的公司治理政策和标准也会导致相互冲突的解决办法和结果，董事需对此加以认真审查和评估。

### 建议269-270

#### 立法条文的目的

关于义务冲突的条文，目的是处理企业集团一个成员的董事同时还在企业集团另一个或另外若干个成员中兼任该职务或管理层或执行官职务的情形，无论后者是总公司还是受控制的企业集团成员。这种情形在临近破产期间可能引起对企业集团不同成员所负义务之间的冲突，而这又可能对采取步骤履行这些义务产生影响。

#### 立法条文的内容

##### 义务冲突

269. 关于破产的法律应当处理企业集团一个成员的董事同时还在企业集团另一个或另外若干个成员中兼任该职务或管理层或执行官职务而从建议257所述的时间点开始该董事对企业集团这些不同成员的债权人和其他利益关系人所负义务之间发生冲突的情形。

##### 义务冲突时合理的处理步骤

270. 破产法可指明，董事面临义务冲突时应当采取合理步骤处理此种冲突。合理的步骤可包括：

- (a) 获得咨询意见以确定不同义务的性质和范围；
- (b) 确定必须向哪些人披露义务冲突，并披露相关信息，包括特别是冲突的性质和范围；
- (c) 确定何时董事不应当(一)参加企业集团任何相关成员董事会就引起义务冲突的事项作出的任何决定，或(二)出席将对此类事项进行审议的任何董事会会议；
- (d) 在义务冲突不能协调时，寻求指定一名增补董事；以及
- (e) 作为最后的手段，在无任何其他可供选择的行动方法情况下，从相关的（若干）董事会辞去职务。

## 附件五

# 联合国国际贸易法委员会 2013年7月18日和2019年7月15日 通过的決定及大会第68/107B号决议

### A. 委员会的決定

1. 委员会在2013年7月18日第973次会议上通过了下述決定：

联合国国际贸易法委员会，

认识到有效的破产制度越来越多地被視為鼓励经济发展和投资以及促进创业活动和保持就业的一种手段，

认为有效的破产制度除了为化解陷入困境的企业财务困难提供可预见的法律程序并为这些企业的高效重整或有序清算提供必要的框架外，还应当允许审视造成破产的情节，尤其是破产程序启动之前的一段时期此类企业董事的行为，

注意到《贸易法委员会破产法立法指南》<sup>1</sup>虽然述及破产程序一旦启动后企业董事的责任，但并未述及临近破产期企业董事的行为和这段时期可能对企业董事适用的义务，

考虑到激励董事及时采取行动化解企业遭遇的财务困境的影响可能是成功重整或清算的关键，此类激励应是有效破产制度的组成部分，

赞赏活跃于破产法改革领域的国际政府间组织和非政府组织对增编《立法指南》关于临近破产期企业董事义务的部分给予的支持和参与，

表示赞赏第五工作组（破产法）为编写《立法指南》关于临近破产期企业董事义务的第四部分所做的工作，

---

<sup>1</sup>联合国出版物，出售品编号：C.05.V.10。

1. 通过《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分，该部分由经工作组第四十三届会议（见A/CN.9/766号文件）和委员会本届会议（见委员会第四十六届会议报告（A/68/17），第202段）修订的A/CN.9/WG.V/WP.113号文件所载案文构成；并授权秘书处按照这些修订意见编辑和审定《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分的案文；

2. 请秘书长发布包括以电子形式发布《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分的案文，将其分送各国政府和相关机构，并考虑合并《立法指南》第一至第四部分，在今后某个时候予以发布，包括以电子形式发布；以及

3. 建议所有国家利用《贸易法委员会破产法立法指南》评估本国破产法制度的经济效率，在修订或通过破产相关的立法时积极考虑到该《立法指南》，并请已采用该《指南》的国家相应通报委员会。

2. 委员会在其2019年7月15日第1099次会议上通过了下述决定：

联合国国际贸易法委员会，

回顾大会1966年12月17日第2205 (XXI)号决议，该决议设立了联合国国际贸易法委员会，目的是为各国人民的利益，特别是为发展中国家人民的利益而促进国际贸易法的逐渐协调和统一，

认识到有效的破产制度越来越被视为鼓励经济发展和投资并促进创业活动和保持就业的一种手段，

认为有效的破产制度应当为化解陷入困境的企业的财务困难提供可预测的法律程序，并为这些企业的高效重整或有序清算提供必要的框架，还应当允许调查造成破产的情节，尤其是临近破产期间此类企业的董事的行为，

回顾已通过《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分（2013年），<sup>1</sup>其中述及临近破产期间单个公司的董事的义务，

注意到在日益全球化的世界经济中，无论是在国内还是在国际上组建的企业集团都对国际贸易和商业具有重要意义，

<sup>1</sup>《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》（A/68/17），第204段。

回顾已通过述及破产企业集团对待办法的《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分（2010年）<sup>2</sup>以及《贸易法委员会企业集团破产示范法》（2019年），<sup>3</sup>

回顾认识到《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分和该《立法指南》第四部分均未述及由于董事被任命在集团不止一个成员中任职或担任其中管理层或执行官职务、但履行对不同成员所负义务而发生冲突的情形，第五工作组（破产法）关于临近破产期间企业集团董事义务的工作是与关于企业集团破产示范法的工作平行开展的，

表示赞赏工作组在编拟《立法指南》第四部分新增一节方面所做的工作，其中述及临近破产期间企业集团董事义务，重点是董事履行对企业集团不同成员所负的义务，

赞赏活跃于破产法改革领域的国际政府间组织和非政府组织对这项工作的参与，

深信在适当考虑其他因素特别是业务恢复的情况下，关于对企业集团不同成员的债权人和其他利益关系人所负义务相互冲突的法律框架应当是有效的破产制度的组成部分，

1. 通过A/CN.9/990号文件所载《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》第四部分述及临近破产期间企业集团董事义务的新增一节；

2. 请秘书长以联合国六种正式语文发布，包括以电子方式发布已纳入关于临近破产期间企业集团董事义务的新增一节的《破产法立法指南》第四部分，并向各国政府及其他有关机构广泛传播；

3. 建议所有国家利用《贸易法委员会破产法立法指南》评估本国破产法制度的经济效率，在修订或通过破产相关的立法时积极考虑《立法指南》，并请已采用《指南》的国家向委员会通报相关事宜。

<sup>2</sup>同上，《第六十五届会议，补编第17号》（A/65/17），第233段。

<sup>3</sup>同上，《第七十四届会议，补编第17号》（A/74/17），第110段和附件二。

## B. 大会第68/107 B号决议

大会2013年12月16日通过了下述决议：

### 《破产法立法指南》第四部分

大会，

回顾其1966年12月17日第2205 (XXI)号决议设立了联合国国际贸易法委员会，其任务是促进国际贸易法之逐渐协调与统一，并在这方面念及所有人民，尤其是发展中国家人民，在国际贸易扩大发展中之利益，

又回顾其2004年12月2日第59/40号决议建议采用联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》，<sup>1</sup>并回顾其2010年12月6日第65/24号决议建议采用《指南》关于破产企业集团处理办法的第三部分，

认为有效的破产制度除了为化解陷入困境的企业的财务困难提供可预见的法律程序并为这些企业的高效重组或有序清算确立必要的框架外，还应当允许审视造成破产的情形，尤其是破产程序启动之前的一段时期此类企业董事的行为，

注意到《立法指南》虽然述及破产程序一旦启动后企业董事的义务，但并未述及临近破产期企业董事的行为和这段时期可能对企业董事适用的义务，

考虑到成功重组或清算的关键可能在于鼓励董事及时采取行动化解企业遭遇的财务困境的影响，此类鼓励措施应是有效破产制度的组成部分，

1. 赞赏联合国国际贸易法委员会为编写和通过《破产法立法指南》关于临近破产期间企业董事义务的第四部分所做的工作；<sup>2</sup>

2. 请秘书长发布《立法指南》第四部分案文，包括以电子形式予以发布，并将其分送各国政府和相关机构；

3. 建议所有国家采用《立法指南》评估本国破产法制度的经济效率，在修订或通过与破产相关的立法时积极考虑到该《指南》，并请已采用该《指南》的国家相应通报委员会。

<sup>1</sup>联合国出版物，出售品编号：C.05.V.10。

<sup>2</sup>《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》（A/68/17），第五章，B节。



进一步详情可向联合国贸易法委员会秘书处查询：

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre  
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话: (+43-1) 26060-4060  
互联网: [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)

传真: (+43-1) 26060-5813  
电子邮件: [uncitral@un.org](mailto:uncitral@un.org)

