



## 联合国国际贸易法委员会

## 第五十二届会议

2019年7月8日至26日，维也纳

## 最后审定并通过破产法领域的案文

## 关于临近破产期间企业集团公司董事义务的案文草案

## 秘书处的说明

1. 在本说明的附件中，秘书处按照第五工作组（破产法）第五十四届会议（2018年12月10日至14日，维也纳）的要求（[A/CN.9/966](#)，第113段），转交关于临近破产期间企业集团公司董事义务的案文草案，供委员会2019年第五十二届会议最后审定和通过。案文草案纳入了工作组在该届会议上商定对 [A/CN.9/WG.V/WP.153](#) 号文件作出的修改（[A/CN.9/966](#)，第112段）。
2. 工作组关于这一专题的工作继续在秘书处编写的若干草案（[A/CN.9/WG.V/WP.125](#)、[A/CN.9/WG.V/WP.129](#)、[A/CN.9/WG.V/WP.139](#) 和 [A/CN.9/WG.V/WP.153](#)）基础上与关于企业集团破产立法案文的工作并行进行。<sup>1</sup>进行这项工作是因为意识到，对于在企业集团一个或多个成员中担任董事职能的任职者，不论是《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分关于破产企业集团处理办法的论述（2010年），<sup>2</sup>还是该《立法指南》第四部分关于临近破产期间董事义务的论述（2013年），<sup>3</sup>都没有处理可能影响其义务的具体问题（例如，董事对其本公司的义务与公司所属企业集团的利益之间发生的冲突）。工作组第四十四届会议（2013年12月16日至20日，维也纳）一致认为，必须处理这些问题，审查如何可将《立法指南》第四部分适用于企业集团情形，并指出，需要仔细审议可能的解决方案，以免这些方案妨碍公司复苏，造成董事难以继续着力促成这种复苏，或促使董事过早启

<sup>1</sup> 见工作组第四十六届、四十七届、四十九届、五十二届和五十四届会议工作报告（[A/CN.9/829](#)、[A/CN.9/835](#)、[A/CN.9/870](#)、[A/CN.9/931](#) 和 [A/CN.9/966](#)）。

<sup>2</sup> 查阅网址：<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/leg-guide-insol-part3-ebook-e.pdf>。

<sup>3</sup> 查阅网址：<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/leg-guide-insol-part4-ebook-e.pdf>。



动破产程序（[A/CN.9/798](#)，第 23 段）。

3. 在 2015-2017 年分别举行的第四十八届至第五十届会议上，委员会注意到，虽然关于这一专题的工作已充分展开，但在关于企业集团破产的工作取得充分进展从而能够确保相关案文之间做法一致之前，案文不会提交委员会最后审定及核准。<sup>4</sup>委员会 2018 年第五十一届会议注意到，已编写完成了关于临近破产期间企业集团公司董事义务的评注和建议草案，案文很可能与企业集团破产示范法和颁布指南草案同时审定和通过。<sup>5</sup>

4. 在编写本说明附件所载的案文草案时，依据的谅解是，案文将成为《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分关于临近破产期间董事义务论述的新增一节。案文草案中条文编号的互见指引反映了这一做法。放在方括号内的部分案文草案将在委员会通过企业集团破产示范法及其颁布指南草案后完成。

---

<sup>4</sup> 《大会正式记录，第七十届会议，补编第 17 号》（[A/70/17](#)），第 235 段；同上，《第七十一届会议，补编第 17 号》（[A/71/17](#)），第 243 段；以及同上，《第七十二届会议，补编第 17 号》（[A/72/17](#)），第 269 段。

<sup>5</sup> 同上，《第七十三届会议，补编第 17 号》（[A/73/17](#)），第 132 段。

## 附件

## 关于临近破产期间企业集团公司董事义务的案文草案

## 目录

	页次
导言和本节的目的 .....	4
术语表 .....	4
一. 背景 .....	5
二. 临近破产期间企业集团公司成员董事义务的要素 .....	7
A. 义务的性质 .....	7
建议 267-268 .....	8
B. 确定负有义务的人 .....	9
C. 义务冲突 .....	10
建议 269-270 .....	11

## 导言和本节目的

1. 本节以第一节建议 255-266 为基础，该节论述临近破产期间单个公司董事的义务。本节侧重于义务的性质和履行这些义务时可采取的步骤（按建议 255 和 256 的规定），提出如何可修订这些建议从而适用于企业集团情形下的董事。<sup>1</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，应结合第一节以及还有《立法指南》第三部分。[此外，2019 年，贸易法委员会通过了一项立法案文，“《贸易法委员会企业集团破产示范法》”，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。]

## 术语表

4. 本节使用的术语与《立法指南》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《立法指南》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；

<sup>1</sup> 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，本节统称为“董事”。

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

5. 第一节讨论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>2</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旧重视不够。<sup>3</sup>第一节鼓励制定适当的激励措施，查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。

6. 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及或广泛阐述。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。

7. 《立法指南》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。但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>4</sup>

8. 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，这可能接受

<sup>2</sup> 见第一节第一章，第 8-10 段。

<sup>3</sup> 同上，第 6 段。

<sup>4</sup> 《立法指南》，第三部分，第一章。

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。

9. 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，这方面一些情形的示例可包括：企业集团某一成员是本企业集团另一成员的关键供应商，或为其提供融资，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作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。

10. 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。

11. 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。

12. 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间接的商业利益，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。

13. 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。

14. 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（《立法指南》第一部分第一章第 1-14 段和建议 1 作了扼要阐述），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。

15. 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的义务。

## 二. 临近破产期间企业集团成员董事义务的要素

### A. 义务的性质

16. 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《立法指南》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。

17. 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。

18. 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。

19. 在破产不可避免且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《立法指南》第三部分所论述。<sup>5</sup>

#### 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的公司的管理；或者

(c) 阻碍作出合理的商业判断或承担合理的商业风险。

<sup>5</sup> 同上，建议 202-210。



## 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>6</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>7</sup>以及破产程序是否应当在程序上加以协调。<sup>8</sup>

## B. 确定负有义务的人

20. 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作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

<sup>6</sup> 同上，第一部分，第二章，第 2-18 段。

<sup>7</sup> 同上，建议 202-210。

<sup>8</sup> 同上，第三部分，建议 199-201。

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。

21. 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。

22. 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>9</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。

23. 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

24. 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>10</sup>无论出于什么原因，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。

25. 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

<sup>9</sup> 这一术语在第一节第二章脚注 11-13 段中作了解释。

<sup>10</sup> 《立法指南》，第三部分，第一章，第 6-15 段。

并最终拯救附属公司本身。

26. 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，即可能足已，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。

27. 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，记作一种故意而做的做法，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。

28. 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担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在企业集团另一个或另外若干个成员中担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。