



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十一届会议
2012年4月30日至5月4日，纽约

破产法

董事在临近破产期间所负义务

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-5	2
一. 董事在临近破产期间所负义务	6-51	2
A. 导言	6-19	2
B. 确定作为义务主体的当事方	20-23	6
C. 义务产生的时间：临近破产期	24-27	7
D. 义务的性质	28-33	8
E. 应当达到的标准	34-37	10
F. 在破产程序启动之时落实董事的义务	38-51	11
1. 抗辩	38-40	11
2. 救济办法	41-47	12
3. 可提起诉讼的当事方	48-50	13
4. 程序进行的供资	51	13



导言

1. 委员会 2010 年第四十三届会议收到了关于破产法今后工作的一系列提议（A/CN.9/WG.V/WP.93 和 Add.1-6 及 A/CN.9/582/Add.6）。第五工作组第三十八届会议对这些提议进行了讨论（见 A/CN.9/691，第 99-107 段），并就可能的议题向委员会提出建议（A/CN.9/691，第 104 段）。在第五工作组该届会议以后提交了一份补充文件（A/CN.9/709），载述了 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载瑞士提议的补充材料。
2. 委员会经讨论后可 A/CN.9/691 号文件第 104 段所载第五工作组的建议，即应当就破产两议题启动相关活动，这两个议题目前均很重要，就此进一步协调统一各国所持做法将有助于提高确定性和可预见性。
3. 本说明的主题是第二个议题，该议题由联合王国（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4）、重组和破产管理专业人员国际协会（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3）以及国际破产协会（A/CN.9/582/Add.6）提出，内容涉及企业董事和高管在破产和破产前案件中所负责任和赔偿义务。¹鉴于在广泛讨论期间提出的各种关切，委员会商定，有关该议题的工作应当完全侧重于在破产方面产生的责任和赔偿义务，而无意涵盖刑事责任诸方面，也不涉及公司法核心内容。
4. 工作组第三十九届会议（2010 年 12 月，维也纳）着手讨论该议题，其第四十届会议（2011 年 10 月至 11 月，维也纳）继续就此展开讨论。工作组的审议情况及其所作结论载于这些届会的报告（分别是 A/CN.9/715 和 A/CN.9/738）。
5. 根据工作组第四十届会议所作决定（A/CN.9/738，第 38 段），本说明采用了破产法立法指南的形式，其中载有相关问题评述草稿和一系列建议草案。该说明的编拟，无论在文体还是在《指南》评述和建议的相互参照上，如果工作组决定采取立法指南的形式最为可取，该说明即可构成立法指南的一部分（第四部分）。下文所述材料立足于 A/CN.9/WG.V/WP.96 和 100 号文件以及工作组第三十九届和第四十届会议所作决定。

一. 董事在临近破产期间所负义务

A. 导言

6. 公司治理框架规范公司管理层、董事会、股东及其他利益攸关方之间的一系列关系，不仅提供了据以确定和实现公司目标的组织架构，而且还提供了籍此监督业绩情况的标准。良好的公司治理应当让董事会和管理层有动力追求符合公司及其股东利益的目标，并能提升为推动企业投资和发展所必需的信心。国际上为完善广获采纳的包括在公司破产时董事所负义务等公司治理原则已经作了大量工作。²

¹ 内容涉及主要利益中心及相关问题的第一个议题载述于 A/CN.9/WG.V/WP.103 和 Add.1。

² 例如见 2004 年经合发组织公司治理原则。

7. 许多破产法均承认，一旦破产程序启动，董事所负义务在实质内容及其重点上，都将大大有别于这些程序启动之前所可适用的义务，重点是优先实现价值最大化，保全破产财产以便分配给债权人。破产管理人通常会让董事脱离对公司业务的日常参与，但有些破产法规定董事仍可继续发挥作用，尤其在重组方面。上文建议 108-114 和第二部分第三章第 22-34 段的评述部分述及在一旦启动破产程序后董事所持义务。建议 110 较为详细地指明了在启动破产程序之时并在这些程序的整个持续期间根据破产法而应承担的义务，包括与破产管理人进行合作并协助其履行职责的义务；提供与公司财务状况及其业务情况有关的准确可靠的完备信息；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方便。还述及债务人未履行这些职责时应当予以的制裁（建议 114 以及评述部分第 34 段）。在某些制度中，如果未履行这些职责，董事可能要负刑事责任，而在另一些制度中，董事对违反这些职责而造成的任何损害可能负有个人责任。

8. 破产法如果要行之有效，则除了为化解身处困境的债务人的财务困难提供一个可预见的法律程序并且为这些债务人的有效重组或有序清算提供一个必要框架外，还应当能够对造成破产的种种情况加以认真审视，尤其是企业董事的行为。然而，对如何协调统一各国法律所持的可能便利审视此种行为的各种做法，国际上作的很少，并且仍然存在巨大分歧。但是，在申请或启动破产程序前期间公司董事所负职责和责任的问题正日益成为辩论的主题，这主要是因为在全球金融危机发生之后破产十分普遍。

9. 现时无力或即将无力履行其到期债务的企业需要有强有力的管理，因为在这种情况下，常常要作出艰难的决定和判断。主管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，摆脱财务困境，并避免业务的进一步下滑。在这些时候，董事所面临的抉择是，根据具体情况，权衡不同利益攸关方的利益，选择最能符合企业整体利益的行动方针。担心作出这类决定可能影响到财务的董事或许会过早地关闭企业，而不是力图通过经营摆脱困境，或者可能会从事不当行为，包括不公平地处置资产或财产。然而，平衡利益攸关方的不同利益和动机远非易事，有可能会引起冲突。举例说，董事如果也是企业的股东，则他们可能就有动力尽量为自己谋利，为此而鲁莽行事以求避免破产，或拒不退让，由于指望更好的回报，而对任何变卖的可能性不予理睬，特别是变卖的价格只能顾到债权人的债权而让股东一无所有的话。这类行动方针可能会包括采取高风险战略，为股东保值或增值，而与此同时使债权人的利益受到威胁。这些行动还可能反映出，因为既有行动方针如果失败还可得到有限责任的保护或董事享有责任保险，因而对成功与否不太关心。

10. 采取适当的商业决定可能会遇到各种困难，尽管如此，公司遇到财务困境时，仍然应当尽早采取行动。企业财务状况下滑之快通常远非许多当事人所能相信。随着企业财务状况的恶化，取得可行解决办法所可利用的各种选项也迅速减少。为方便尽早采取行动，利用相关程序必须顺利无碍；如果通过行动并

不能诉诸相关的有效程序，敦促董事尽早采取行动也就益处不大。³规定在重组谈判等非正式程序进行期间董事对企业的经营免于承担责任（在第一部分第二章第 2-18 段中予以讨论）的法律的实施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组，但仍然很不重视给董事使用这些选项提供适当的动力，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程序。

11. 有些法域在处理鼓励尽早采取行动这一问题上的做法是，规定债务人在破产发生后一段指明的时期内有义务申请启动正式程序，以避免在破产时仍然运营。另有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所持义务，规定董事对破产无法避免已很清楚或本可预见到的情况下仍然继续运营所造成的损害负有责任。对作出这类规定所作的合理解释是，目的是给尽早采取行动创造必要的动力，对重整谈判或重组加以利用，并制止董事将公司财务困境所造成的费用外部化，避免让债权人承担进一步运营所造成的所有风险。

12. 围绕规定这类义务的主题的辩论还在继续。承认该做法有其长处者⁴指出，这些义务可能有助于鼓励董事审慎行事，尽早采取扭转公司颓势的步骤，以便防止现有债权人遭受更大损失，并避免未来债权人被纠缠到公司的财务困境中。换言之，这些义务还可以产生对管理层有所控制和约束的效果。由于对未履行义务施加了各种制裁，能制止其采取风险过大的行动或被动地默认由其他董事提出的风险过大的行动。与此种做法可能有关的一个好处是，这些义务让管理层有动力在出现财务困境时征求称职专业人员的意见。

13. 认为此种做法存在众多不利之处的评述者引述了以下实例。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，而不是力图通过运营摆脱公司困境。然而，只要条文起草得当，便可制止过分仓促地关闭企业，并且在继续运营是尽量减少债权人损失的最为适当的方式时鼓励董事继续运营。还有人认为，可以将这些义务视为经由合并而导致法律地位受损，但也可以争辩说，应当把有限责任视为一种特权，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。这类义务还可被视为削弱了企业奋发的动力，其依据是，风险过高可能会让董事灰心丧气。草拟得当的条文将不会把重点放在造成困境的原因上，而是侧重于在形成困境之后董事的作为或不作为。规定了这类义务的法域所提供的实例表明，只有显然最不负责的董事将被认定为负有责任。

14. 另据称，由于是否要负责任取决于每个案件的特定情形以及法院今后的态度，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认真审视的经验，而是对董事在所涉期间采取的决定进行猜测。

³ 据称，在某一国家，破产交易法所涉案件为数很少是由于利用自愿程序较为方便，唯有生还无望只能破产的公司才会最后遭到清算。

⁴ 例如，模糊区域三中的董事（2009 年），重组和破产管理专业人员国际协会，概述，第 5 页。

然而，在落实这些义务上有些经验的法域，法院通常尊重董事所采取的行动，尤其在那些董事根据独立提出的建议而行事的话。另一种意见认为，尤其在破产之时，银行和由于其卷入公司事务而可能被视为董事的其他人承担始料不及的责任的风险增加。如果当事方善意行事，与董事保持一定的距离，并且使用了在商业上合理的方式，相关法律就应当给这类当事方提供适当的保护。还据称，规定这类义务会给债权人提供过多的补偿，而债权人本来是能够通过其合同进行自我保护的，这种做法使得监管成为多余，其预设前提包括：债权人与债务人订有合同，能够通过商谈获得涵盖多种意外事件的适当保护，并且其有资源、意愿和能力监督公司事务。并非所有债权人都享有这种地位。

15. 对于董事所负义务和责任的具体规定，在不同国家有着不同的法律，其中包括：公司法、民法、刑法和破产法，在某些情况下，这类规定列入了其中不仅一项法律，或由这些法律分别予以规定。在普通法系中，可经由普通法以及依照相关法规适用这些义务。此外，对于董事所负义务和责任成为破产法或公司法的主体是否适当存在不同的看法。这些看法所争论的焦点是，相关公司所处地位如何，究竟是有偿付能力的公司（通常由并不述及破产事务的法律例如公司法涵盖），还是受制于破产程序的公司（由破产法处理）。启动破产程序前的阶段，债务人从技术上讲可能处于破产状况，对于它所引起的关切，公司法或破产法均未加以适当述及。在破产程序启动之后以述及既往的方式规定可强制执行的义务可能会造成不同法律下所适用的义务有所重叠，为了确保透明无误并避免潜在的冲突，应当对这些义务加以协调统一。

16. 不仅载述这些义务的法律不同，而且义务本身也有所不同：在破产程序启动之前可予适用的义务通常有别于一旦这些程序启动而可予以适用的义务（见第二部分第三章第 22-33 段）。董事在履行其职责时而拟遵行的标准通常也会根据商业实体的性质和类型（例如国营公司有别于有限型公司、封闭型公司或私营公司或家庭型企业）以及这类实体运营活动所在法域而有所不同。对于国营公司来说，其所持义务通常比其他类型的公司更为严格和复杂。

17. 述及董事义务和责任的法律的适用与有关公司治理的其他法律规则和法定条文有着密切的联系和互动。在有些法域，这些法律是政策框架的一个关键部分，例如金融机构向存款人提供保护、便利征收税务、述及让某些种类的债权人享有高于其他人（例如雇员）的优先权问题以及相关的地方性法律、企业和文化框架等政策框架。

18. 该领域的有效监管应当寻求在不同利益攸关方之间经常彼此竞争的目标和利益之间取得平衡：寻求保护董事适当履行其义务并行使其判断的自由，鼓励负责任的行为，对过份冒险不予鼓励，推动创业活动并鼓励面临破产的企业尽早进行再融资或进行重组。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同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，从而为董事争取更具有预见性的法律地位，并且把一旦启动破产程序破产问题从业人员将会对其提出的诉讼风险限制在一定范围内。在企业临近破产时，针对负责企业管理者所持义务的准则如果已经失效、陈旧过时并且前后不一，则有可能损害一个高效的破产法意在提供的种种好处。

19. 这一[部分]的目的是，在公司现时破产或即将破产时，确定拟在破产法之中得到反映的涉及董事所持义务的基本原则。这些原则可作为一种参照，政策制定者在审视和拟订适当的法律与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所力求达到的目标（上文第一部分、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创业活动造成威胁并形成隐患。该[部分]并不述及在刑法、公司法或侵权行为法之下所可适用的董事所持义务，而仅仅侧重于可列入破产法并且一旦启动破产程序即可加以强制执行的那些义务。

B. 确定作为义务主体的当事方

20. 在多数国家，与公司有联系的一些人负有管理和监督公司业务的义务。这些人可以是公司的所有人、公司里获得正式任命的董事、高管或管理人员（后者可作为执行董事）以及未得到任命的个人和实体，包括担任事实上的董事⁵或“影子”董事，⁶以及董事委托其行使董事权限或职责的人。尽管有些法律可能会规定，不得把一名企业集团成员任命为另一名集团成员的董事，但根据关于“董事”的宽泛定义，一名集团成员可被视为其他集团成员的董事。一名集团成员（或其董事）行使与管理 and 监督其他集团成员相关的职责时，通常情况就是如此。对于受到控制的母集团成员，该问题最为相关，因为母集团以持续普遍的方式干预了对受控制集团成员的管理。然而，一名受控制的集团成员在符合其利益而并非由于母集团干预的情况下作出支持母集团的决定并不会导致母集团成为其他集团成员的董事。

21. 涉面宽泛的定义还可列入就如何化解公司财务困境而向公司提供咨询意见的特别顾问。在某些情况下又可列入银行和其他贷款人。在某些情况下，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，即便事实上由于该行动方针将会导致清算而可以将他们视

⁵ 事实上的董事一般被视为虽然担任了董事但并没有得到正式任命或在其正式任命上存在技术缺陷的人。一人如果履行了相关的职责，则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、宣传或管理的任何人。在小型家庭制公司，事实上的董事可以包括家人、以前的董事、顾问及甚至资深雇员。通常来讲，为了被视为事实上的董事就需要不仅只是单纯参与公司的管理，可否被视为董事或许要综合多种行为加以确定，例如：签支票；作为“董事”在公司来往函件上签名；能够让客户、债权人、供应商和雇员将某人视为董事或“决策者”；与公司的银行家或会计一起作出有关公司未来的财务决定。

⁶ 影子董事可以是公司董事习惯于根据其指示行事的一个人，尽管并没有被正式任命为董事。一般而言，影子董事将不包括以此种身份行事的专业顾问。被认为是影子董事的条件是，有能力影响董事会的每一个人或多数人，能够作出对公司具有约束力的财务和商业决定，并且在某些情况下，公司向影子董事转让其有些或所有管理职权。在企业集团内，一名集团成员可以是另一名集团成员的影子董事。在考虑有可能让某人有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。

为选择余地很小，并且假如外部顾问在保持一定距离的情况下善意使用商业适当方式行事，就不应当将这类顾问视为属于应当受义务约束的一类人。

22. 在构成“董事”的内容上并没有普遍接受的定义。然而，作为一条一般性指导意见，负责作出、事实上作出或应当能够作出以下职能相关关键决定的人可被视为董事：确定公司战略、风险政策、年度预算和运营计划；监督公司运营情况；管理主要的资本支出；监督公司治理做法；选择和任命首席执行官并对其工作予以支持；确保提供充足的财政资源；述及潜在的利益冲突；确保会计核算和财务报告制度的完整性；并就组织的工作情况向利益攸关者负责。为便于参考，在本[部分]将使用“董事”的一般性术语来指称这类人士。下文讨论的义务属于在企业现时破产或即将破产之时对董事的任何人所承担的义务，其中可包括随后辞职的董事（见下文第 40 段），但将不包括在启动破产程序后任命的董事。

给工作组的说明

23. 工作组似宜考虑使用“负责人士”之类更为一般的术语。

C. 义务产生的时间：临近破产期

24. 本[部分]着重阐述董事在破产程序启动前某一点可能承担的义务。虽然这些义务可能产生于这类程序启动之前，但这类义务可能只有一旦启动这些程序并作为该启动的一种结果而可加以强制执行，并且可以追溯既往予以适用，一如撤销权条文（见第二部分第二章第 148-150 段和 152 段的讨论）。对义务产生的那一点有各种表述，包括：“模糊界线”、“破产界线”或“破产临近”。尽管这一概念有可能并不确切，但它意在描述公司财务日趋不稳的各种情况，这种情况如果仍然不加处理，就有可能导致破产和启动破产程序。

25. 如果董事想要在破产临近时承担更多义务，则在确定义务可能产生的时间上有着各种可能性。一种可能性即为申请启动破产程序的时间点，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差别很小（见建议 18），这一选项的效果也就很小。

26. 其他可能性侧重于在公司事实上或技术上破产之时产生的各种义务，有些法律规定，这类义务可早在申请启动破产程序之前发生。如果采取《立法指南》的一般性做法，则可以说，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）。另一种可能性是，公司基本无力支付其到期债务之时等即为破产临近之时（建议 15(a)）。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在明确规定的时期内有义务申请启动破产程序的依据，这一明确规定的时期通常很短，期满公司即为破产。之所以从相同的时间点出发规定董事所持义务，是为了鼓励其为避免破产采取行动，或采取各种步骤尽量减少破产造成的影响，包括在适当时启动正式破产程序。

27. 另一种略有不同的作法是，对董事在启动破产程序以前那一个时间点所了解的情况加以认真审视，举例说，查明董事当时是否了解或是否本来应当了解以下情况：公司已经破产；公司有可能破产；公司避免启动破产程序基本无望或继续运营受到威胁，但还没有达到财务困境不可扭转的境地，破产也并非不可避免。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其了解必要情况的确切时间点。但仍然可以称，假如公司账户准确可靠，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产检验标准的时间，或如果能够假设董事本来应当了解只要公司遵行其保留适当往来账户和编拟年度账目的义务也就应当披露的信息。这类检验标准将要求对各种情况和背景加以更加广泛地考虑，包括全盘审查公司账目及其财务状况等，其中可包括了解收入变化、既有债务和意外情况，包括筹集资金的能力。一般来说，仅有流动性暂时短缺的证据还不够。

D. 义务的性质

28. 尽管不同法域考虑破产临近时董事所持义务的基本依据可能类似，但仍然采取了不同的做法，以便拟定这些义务并确定有待达到的标准。然而，一般而言，法律侧重于两个方面——对造成破产或在破产临近时未采取适当行动规定民事责任（其中可能包括启动破产程序的义务）并宣布在破产临近时董事所采取的行动无效。

(a) 启动破产程序的义务

29. 如同第 26 段所述，有些法律规定董事有义务在明确规定的一段时期内申请启动破产程序，其中可包括重组或清算，该段时期通常很短，例如三个星期，在该期限期满后公司即为在技术上破产。未履行这类义务可能导致对公司及其债权人随之遭受的任何损失全部或部分承担个人责任，在某些情况下，如果公司继续运营还可能承担刑事责任。第二部分第一章第 35-36 段对该义务进行了讨论。在有些法域，对董事的行动属于欺诈目的是为了背弃这一义务的说法有必要提出举证，在这些法域，这些义务的确难以执行。出于这个原因，有些法域使用“不当交易”检验标准来取代“欺诈交易”的检验标准，或作为该检验标准的补充，它规定，董事如果知道或本应知道公司无力避免破产清算却还未采取适当步骤以保护债权人的利益，相反他们却继续运营的话，则可能就要承担责任。

(b) 民事责任

30. 在破产临近时给董事规定的民事责任通常以对下述行为承担责任为依据：造成公司破产或未采取适当行动以监督公司财务状况；未能避免公司财务出现困境，也未能使这种困境得到改善；未能尽量减少对债权人可能造成的损失并避免破产。如果董事进行交易的目的并非是为了改善财务困境并保全公司的价值（例如高风险交易或处置公司破产财产中的资产从而毫无理由地造成公司风

险敞口显著增加), 则也可能产生这种责任。如果董事知道破产无法避免或公司无法履行其到期债务但仍然继续开展包括赊账获取物品和服务等业务, 既无希望支付贷款, 也没有向债权人披露公司财务状况, 则也可能产生此种责任。根据有些法律, 如果董事未履行报告其无力支付税务和社会保险金等某些款项或正式宣布破产等各种义务, 则也可能产生此种责任。

31. 除法律要求董事报告上述情况或正式宣布破产的规定外, 在上文所述的情况下, 一般可以期望董事将合理行事, 并且采取充足的适当步骤密切注意事态发展, 以便继续了解情况, 从而能够采取行动尽量减少对公司和债权人所造成的损失, 避免采取将会使情况有所恶化的行动, 并采取任何合理行动以避免公司走向破产。

32. 根据实际情况, 充足适当的步骤可能包括以下某些或全部情况:

(a) 董事可确保将保存适当的账目并对其内容不断加以更新。如果尚未做到, 则应确保这种情况得到改正;

(b) 董事可确保其及时获得准确可靠的相关信息, 特别是自行独立地(而不是纯粹依赖管理层的建议)了解公司财务状况; 债权人所受压力的大小; 法院采取的任何行动或债权人采取的追偿损失的行动或与债权人之间的纠纷;

(c) 可定期召集董事会的会议, 以便密切注意事态发展, 保存关于商业决定(包括不同意见)以及作出这些决定所持理由的全面记录, 包括如果有关的话保留允许公司继续运营的理由和之所以认为避免破产清算基本有望的原因。有待采取的步骤可能涉及继续运营, 因为在有些情况下, 可能似宜继续运营, 即便已经得出的结论是, 由于公司拥有的资产如果在企业运营期限无法正确预见的前提下予以变卖则可实现高许多的价值等原因, 可能无法避免清算。如果继续运营需要进一步的或新的借款(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。尽管此时法律意见对董事有其重要意义, 但涉及公司财务状况的关键问题通常是商业性问题, 而并非法律性质的问题。董事应当亲自认真审视公司财务状况, 对可能造成的结果加以评估, 而且还应当征求意见, 以便确保所作的任何决定都能经受住客观独立的检查;

(e) 可以尽早同审计人员展开讨论, 并且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加以认真研究, 以便详细了解企业生存下去的可能性, 并减少支出。可以认真了解举行重整谈判或开始重组工作的可能性, 并编拟相关报告;

(g) 董事可确保其对管理做法加以更正, 以便侧重于多个相关当事方, 其中可包括: 雇员、债权人、供应商、客户、政府、股东和环境, 目的是确定应当采取的适当行动。在破产成为可能或难以避免的时期内, 改变原先争取让股东价值最大化的重点, 转而考虑债权人的利益, 这样就让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给债权人造成的伤害，因为破产程序一旦启动债权人就将成为关键的利益攸关者；

(h) 董事可确保公司将不致采取会导致关键雇员流失的行动，也不会采取将订立建议 87 所述那类事后可能会宣布无效的交易行动，例如低价把资产转出公司。此时作出的付款或订立的交易并非都一定令人生疑；举例说，如果付款的目的是争取企业生存下去，则为确保关键供应品或服务的继续而作出的付款可能就不构成优先。应当把付款的理由明确记录在案，以防备交易事后遭到质疑；

(i) 如果资产负债表显示，股份资本中规定的比例有所减少（在法律列入资本维护要求的情况下一般予以适用），为了公司的根本利益可以在没有不当延迟的情况下召集股东大会。

(c) 宣布交易无效

33. 建议 87 述及宣布价值低估的交易无效、赋予优先权的交易以及意在击败债权人、使其遭到耽搁或受阻的交易（见第二部分第二章第 170-185 段）。该建议将适用于宣布在破产临近时公司订立的交易无效。此外，一旦公司根据不当交易规定或欺诈交易规定等而予以破产，则可宣布董事的某些行动为非法行动，也可将其在没有充分合理理由的情况下进行新的借款或提供新的担保等行动宣布为造成公司经济状况更形恶化或导致公司破产的行动。除了宣布交易无效外，有些法律规定，如果董事允许公司订立这种交易，则可认定其负有个人责任。责任通常将只适用于同意相关交易的董事；明确表示异议的或其所持异议已经适当记录在案的董事都有可能避免承担责任。

E. 应当达到的标准

34. 述及在破产临近时董事所持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。

35. 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期望对公司履行同董事相同职责的人所具备的一般性知识、技能和经验来加以判断。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该项工作所要求的技能和经验来作出判断。相反，从事该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加以判断。

36. 另一种做法要求，在所承受的债务导致破产之时怀疑公司已经破产或将要破产应当有合理的理由。怀疑破产所持的合理理由要求不只是猜测，董事必须对破产有真实的担心。这比预期或知道公司破产的门槛要低。所持的标准是，能力平平的董事也能对公司财务状况有一个基本的了解，评估是依据这类董事本可掌握的知识作出的，而非依赖事后可能清楚的信息。订有这类条文的法域所提供的实际证据表明，在审查过往的情况时，通常在审查开始前的一段时

间内，法院已经对董事所处境况有了大量的了解，能够对这些情况加以认真分析，并且能够对遇到的商务问题有所认知。法院并不愿意对董事的商业交易加以猜测，这就表示，认为实际发生的总是必然发生或当时就一定显现无疑均不合适。

37. 还有一种做法侧重于管理不善问题。这就可能要求确定在管理不善的行动与由此造成的债务之间存在因果联系，或确定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所持标准来判断一董事管理有误。可能会引起责任问题的行为或行动的实例包括：处事不慎、能力低下、缺乏注意、行为消极、与从事的交易未保持一定距离或从事的交易为商业性交易、超出公司的能力不当放贷，而最为常见的破产涉及董事允许公司在已经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根本利益的相关项目。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的研究；董事未提供能够让监督委员会对管理工作实施监督的充分信息；董事忽视了对公司进行适当的财务管理；董事也忽视采取预防措施以防范显然可以预见的风险；董事人事管理不善造成不稳和罢工。对管理不善所作结论并不以董事积极参与公司管理为前提；根据董事的消极默认便可足以作出这类结论。

F. 在破产程序启动之时落实董事的义务

1. 抗辩

38. 有些法律规定，董事在破产临近之时并不负有义务，但其仍然可以依据商业裁决规则之类某些抗辩来证明其已经合理行事。商业裁决规则所确定的推断是，董事已经善意行事，并且有合理的理由相信他们的行为符合公司的根本利益，并且他们并没有任何重大的个人利益，而且他们对情况已经有了适当的了解。略有不同的一种做法在没有相反证据之前首先对董事作出肯定的判断，其所持的假设是，管理工作必然难免存在商业风险。如同上文所述，法院对董事是否尽忠守职不愿加以猜测，也不愿作出具有后见之明的裁定。情况也有可能是，关于法律所规定的职责，商业裁决规则所提供的抗辩只是针对其中一些但并非所有职责。

39. 根据规定不当交易负有责任的法律，一旦董事得出公司难以避免清算的结论，就需要他们举证表明其已经采取适当步骤尽量减少对公司债权人所可能造成的任何损失。如果董事能够证明他们已经根据准确可靠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，他们也就有可能能够依赖这一抗辩，即便这些决定最后从商业上讲是错误的。

40. 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，在破产临近之时辞职并不一定能够让董事免除责任，因为根据某些法律他们可能乐于接受所谓辞职与破产有关的说法，而且他们已经意识到或本来应当意识到破产即将发生，而且他们未采取合理步骤以便尽量减少对债权人的损失并使情况得以改善。董事对后来得到认真审视的决定表示异议的，如果董事想有所

依据的话，通常就需要将其所持异议记录下来。如果一名董事与其他董事同行就应当采取的行动有不同意见的，并且尽管采取合理步骤以便说服他们，但仍然未能奏效，该董事辞职可能是合适的，但必须将其所做努力和所提意见记录下来。

2. 救济办法

41. 许多法律对违背董事所持义务规定采取不同的救济办法或综合采取多种救济办法，包括民法和刑法所规定的这类救济。就民法而言，救济办法侧重于对违背义务和由此造成的损失提供赔偿，但衡量赔偿数量的方式有所不同。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

42. 如果认定董事对破产临近之时的作为或不作为负有责任，该责任的范围会有所不同。有些法律规定，董事可能对债权人和雇员个人遭受的损失或损害以及公司本身遭受的损失和损害（如果这类损失是因为其作为或不作为而直接造成）负有责任。他们还可能对造成破产财产和公司资产减少的付款负有责任。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造成责任的其他行为相称。在有些情况下，可认定具体董事的责任，而在其他一些情况下，董事会成员可承担共同连带责任。对于公司应当停止运营之时与公司实际停止运营之时公司资产价值上的差额，应当认定董事所负责任。另一种说法是，对于在违反义务之后和没有违反义务这两种情况下债权人和公司地位之间的差别，应当认定董事负有责任。一种稍有不同的做法是，允许向董事追偿现有资产与公司清偿债务所必需的资金之间的差额。

43. 有些法律列有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，这些法律同时还列有裁定损害赔偿金的规定。

44. 如果认定负有责任，则可为破产财产指明追偿数额。有些法律规定，如果存在以整个企业作为抵押的贷款，所追偿的任何损害赔偿金将归无担保债权人（如同第 12 段所述）。在这类情况下可以称，不应向有担保债权人提供补偿，其原因是，在破产程序启动之前诉讼理由并不存在，因此，在这之前不能受制于由公司创设的担保权益。此外，与撤销权程序不同，所追求的并非是对公司资产的追偿，而是由董事出资清偿所有债权人的债权。

45. 除上述救济办法外，公司对董事的到期债务或负债可延后支付或将其置于从属地位，可要求董事结清其向公司获取或私自占用的任何财产或违职获取的任何收益。

(b) 取消资格

46. 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，从而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：违反诚信义务；挪用资金；制作令人误导的财务报表和非财务报表；记账和申报不当。它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 所述类似的理由而被宣布无效，或在董事知道或本应知道公司破产的情况下公司继续运营。通常累积考虑在某一具体情况下据以确定不合适的各种因素。在规定取消资格的法域，被认定不适合者通常但并非总是缺乏商业德行、玩忽职守或毫不称职。

47. 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，也可根据个人作为董事实施的总体行为而应当予以此种制裁时单独采用。

3. 可提起诉讼的当事方

48. 有些法律参照诉讼性质、有权提起诉讼者以及提起诉讼的时间而对向董事提起诉讼的权利作了限制。类似考虑也适用于根据建议 87 而述及的行使撤销权（见第二部分第二章第 192-195 段）。

49. 一些法律规定，在启动破产程序之时，只有破产管理人经过对在破产之前董事的诉讼加以认真审视才有权对董事进行起诉，以便寻求撤销某一特定交易，或就对公司造成的任何损失为债权人寻求补偿等。举例说，不当交易法可允许破产管理人在董事的行为间接造成公司破产或构成管理不善情况下向董事提出起诉，要求其为破产财产出资。有些法律还允许公共检察官或法院自行提出起诉。有些法律规定，在有些情况下，例如在破产管理人未采取任何行动的情况下，债权人可能享有派生权利（见第二部分第二章第 92-195 段）。

50. 根据规定了启动破产程序义务的法律，公司和债权人可享有提出损害赔偿的请求权。如果董事违反启动破产程序义务所附带的延期履行权而进行这类付款，公司本身可能享有提出损害赔偿的请求权。公司还可在发生资本损失时订有举行股东大会的义务的法律下享有请求权。

4. 对程序的供资

51. 在有些情况下，如果对董事提出的起诉未获成功，破产管理人可以就其费用的支付而提出相关起诉，在这些情况下，可能会出现一个难题。通常认为，起诉违背这类义务的案件之所以相对较少，缺乏可用资金是一个关键的原因。如同撤销权程序，破产管理人通常并不愿意动用破产财产的资产来进行诉讼，除非胜诉的把握很大（见第二部分第二章第 196 段）。在给这类程序供资问题上可以采取不同的做法。如果有充足的资产则可动用破产财产供资；启动这类程序的权利或胜诉程序的预期收益可有偿提供给第三方，包括债权人；或在任何可能的追偿中扣除启动这类程序的费用。在有些情况下，对董事提出的支付请求权可能会得到解决，从而避免了寻求资金的需要。应当做到对这类程序可随时加以利用并确定提供资金的适当手段。似宜考虑到可启动这类程序的法院；上文第二部分第一章第 19 段对该问题展开了讨论。

建议草案 1-11

立法条文的目的

述及在企业现时无力或即将无力支付到期债务之时负责管理公司者（“董事”）作为或不作为的条文的目的：

(a) 确保破产法保护债权人的合法利益不致应董事当时的不当行为或不作为而受到损害；

(b) 在董事的不当行为或不作为造成破产或扩大破产规模及由此给债权人带来的损失之时就这些行为或不作为提供合乎比例的救济；及

(c) 提供这类救济的方式应当尽量减少这类救济将会带来的风险：

(一) 对商业重组的成功造成不利影响；

(二) 使得人们尤其在企业出现财务困境之时不愿意担任董事的职务；或

(三) 妨碍董事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

1. 破产法应当指明，如果启动破产程序并且确定公司债权人的利益可能因董事行为不当或不作为而受到损害，该董事可能要就其行为对公司负责。

负有义务的当事方

2. 破产法应当指明负有义务者，其中可包括由本国法律所确定的履行董事职责的任何人[见上文第 20-22 段对有资格作为董事的人所作的解释]。

义务产生的时间

3. 破产法应当指明建议 4 所述义务产生于董事知道或应当有理由知道破产可能发生或无法避免的时间点。

义务

4. 破产法应当指明，从建议 3 所述时间点开始，董事应当负有以下义务：

(a) 采取避免破产或在破产无法避免之时尽量缩小破产规模的合理步骤；

(b) 适当顾及债权人的利益；

(c) 确保其对公司事务完全知情，包括为此在适当时寻求专业咨询意见；

及

(d) 确保公司资产得到保护，不会让公司承诺也不会允许公司订立建议 87 所述类型的交易。

责任

5. 破产法应当就董事未履行建议 4 所述义务并从而直接或间接造成破产或增加债权人损失的情况规定救济办法
6. 破产法应当规定，按照对合格董事的期望行使应有注意的董事不应对未履行建议 4 所述义务负有责任。

救济办法

7. 破产法应当规定，董事就违反建议 4 所述义务而承担的责任应当合乎比例，并且应当限于此种 追责个别或集体造成损失或使损失增加的规模。救济办法可包括：

- (a) 为支付公司的债务适当出资；
- (b) 补偿由公司订立的建议 87 所述任何交易所造成的损失；
- (c) 就公司对董事的任何欠债限制行使抵销权；

(d) 如果董事属于债权人，则要求公司对董事的全部欠债或其中任何一部分欠债的优先次序应当排在公司欠付的其他任何债务之后。

针对董事的程序的进行

8. 破产法应当指明，破产管理人负有就违反建议 4 所述义务而对董事启动程序的主要责任。破产法还可允许任何债权人在破产管理人同意的情况下启动这类程序，如果破产管理人未予同意，债权人可寻求法院中止启动这类程序。

关于针对董事的程序的供资

9. 破产法应当指明，针对董事的这类程序的费用应当作为行政支出予以支付。
10. 破产法可就如何处理这类程序的进行和供资问题规定备选做法。

补充措施

11. 破产法可列入建议 7 所述救济办法的补充措施，以便制止导致建议 5 所述董事责任的那类行为。这类措施可包括对董事在规定的一段时期内作为董事行事的能力加以限制。

给工作组的说明

52. 如果本材料构成《立法指南》第四部分，这些建议的编号就应当是 255-266。建议 8-10 以《立法指南》建议 93-95 为基础，列入这些建议的依据是，这些建议也适宜于就违反在破产临近时所适用的义务而对董事提出起诉的程序的进行。