



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第三十八届会议  
2010年4月19日至23日，纽约

## 破产法：今后可能开展的工作

### 增编

联合王国代表团关于拟订在破产和破产前（包括在进入公司处于“模糊状态”的正式破产程序以前）案件中董事和高管所负责任和赔偿责任准则的提议\*

[国际破产协会为第三十八届会议准备的论文（A/CN.9/582/Add.6）介绍了本提议背景情况]

1. 关于拟订《示范法》和《立法指南》的问题，贸易法委员会提供了一个符合现代需要并且协调统一的公平框架，既尊重各国在法律上的区别，同时又能有效处理跨界破产案件。为了对这项工作做进一步的补充，联合王国代表团建议第五工作组在今后的工作中应当审议并拟订在破产和破产前情况下公司董事和高管所负责任和赔偿责任的相关准则。
2. 《示范法》基于一些关键性原则，其中包括：在跨界破产案件的执行上做到公平有效，目的是保全所有债权人和包括债务人等其他相关人的利益，保全债务人的资产并实现其价值最大化。为了协助履行这些原则，联合王国认为，应当在指南中明确已经破产或接近破产的公司的董事和高管的责任。为进一步落实《示范法》和《立法指南》，这类准则应当就董事和高管所负义务基本原则的具体内容、究竟向谁承担这类义务以及在董事或高管未履行这些义务时国家可能会考虑给予何者惩罚等问题加以明确。

\* 本文件是在收到该提议后尽快提交的。



3. 联合王国承认，在构建这些准则时需要做到，这些准则既是基本准则，又能涉面广泛。公司高管和董事已经受到内容广泛的国内法的约束，这些法律对其个别和集体承担的义务均有规定，就公司接近破产将如何影响董事或高管所持义务而拟订的任何准则都需要与有关这一主题的既有法律或政策互为补充。同时，这些准则不应妨碍董事和高管自由履行其义务并作出适当的判断，也不应有碍企业活动。准则应当做到平衡兼顾，既鼓励董事和高管采取负责任的行为，又不阻碍承担合理的风险，或采取步骤对临近破产的公司进行再融资或对其予以重组。

## 一. 拟议准则的特征

4. 如同提议三（A/CN.9/582/Add.6）所述，一套这类准则需要载列有关各种问题的指导意见，各国可以从中加以择取或修改以适应具体情况。下文列举了第五工作组似宜考虑用作其工作出发点的一些方面，但所列内容无意详尽完备。

### A. 董事和高管

5. 在确定指导意见打算涉及的个人或一些个人时，关于董事和高管的定义属于应当考虑的重要内容。这些准则应当十分宽泛，足以涵盖公司所有各类正式和非指定的控权个人和实体。

### B. 董事和高管的义务和责任

6. 许多会员国都在本国法律或政策的范围内以某种方式提及有关董事和高管的标准和义务。举例说，在联合王国，2006年公司法对董事所持的一般义务作了规定。这些义务包括董事应当有义务持有合理关切、技能和谨慎。受托义务的共同原则是持有关切的义务和善意行事以推动公司取得成功（在多数情况下为其成员谋利）的义务。但根据联合王国的法律，该义务的生效需遵守董事在某些情况下为公司债权人利益考虑或行事的任何法律规则。破产公司的董事或高管所持的最为重要的受托义务是对该公司债权人所持的义务。在公司临近破产时，其成员的利益将日益被债权人的利益所替代。在联合王国，1986年破产法关于不当交易的条文等条文对此做了进一步确认，宣布一旦公司破产董事的某些行为即为非法。联合王国相信，准则有关受托义务的规定将对各国很有帮助。

### C. 临近期和破产

#### 1. 模糊状态

7. 如同上文所述，公司董事或高管所持义务受公司破产或其临近破产的影响。国际破产法协会编制了有关这一主题的报告，在报告中该临近期被称作

“模糊状态”。根据公司一生中这一阶段的情况，准则应当述及董事或高管的行为和行动，并且准则似宜考虑该阶段究竟从何开始。

8. 该阶段开始时间的确定受到很多变量的影响——其中包括公司的性质及其所处环境以及公司董事和高管的技能和知识。基本的做法可能是，确定董事或高管知悉或应当知悉公司已经破产或有可能破产的具体时间。除此之外，便是公司实际何时破产的问题。根据联合王国的法律，公司无法支付到期债务之时或公司负债超过其资产价值之时公司即被视为破产。这两种依据均有其主观性，需要从更广的角度考虑所处的情况和背景。

## 2. 正式破产

9. 确定模糊状态何时结束以及正式破产何时开始较为容易。《立法指南》对此已有论及。

10. 此外，《指南》在建议 108-114 中述及公司董事和高管在破产时所持的义务，《指南》提及债务人与破产高管合作并向其提供协助的义务（建议 110）以及在债务人未遵守其义务时对其实施制裁（建议 114）。

## D. 董事和高管的不当行为

11. 准则似宜考虑与破产公司董事或高管联系最多的几类不当行为。如能对这几类不当行为加以详细说明，准则即可有效规定据以评判董事或高管行为的一系列准则。世界银行“关于有效破产和债权人权利制度的原则”的报告建议，“这些标准至少应述及以明知或根本无视给债权人造成的不利后果为基础的行为。”

12. 我们建议，作为一种初始立场，第五工作组在拟订准则时似宜考虑以下事项：

(a) 欺诈交易——董事或高管在破产企业的经营方面不诚实或不计后果，以至企业经营的目的就是为了对债权人进行诈骗或出于欺诈的目的；

(b) 对债权人进行诈骗的交易——公司董事或高管通过欺诈造成公司财产的转移和处分；

(c) 不当交易——董事或高管本应明知破产不可避免而未采取合理步骤最大限度地减少债权人的损失；

(d) 违反义务/行为不当——由于董事或高管挪用或占用公司资金或财产或由于行为不当、或违反受托义务或其他义务而造成资产挪用或公司损失；

(e) 涉及公司资金或财产的不当行为——董事或高管促成或允许对债权人不利的价值低估的优先权或交易；

(f) 董事或高管未遵守法定义务；

(g) 涉及公司记录的不当行为——伪造、未保存或未交出公司记录；

(h) 未交纳税负。

13. 此外，与破产后行为有关的事项可能包括：

(i) 重新使用公司名称——破产公司的董事或高管未经许可或在未获得免除承担义务的情况下重新使用公司名称；

(j) 虽遭禁止但仍作为公司董事或高管行事。

## E. 犯罪行为、个人赔偿责任与取消资格

14. 对于破产或临近破产的公司的董事或高管从事欺诈行为或欺诈交易，一国国内法可能已有处理这类犯罪行为的适当规定。联合王国破产法中有几处均已规定，破产情况下的高管持有将这类事项提请检察机关注意的法定义务，负责董事或高管可能因此而承担个人赔偿责任，在证据确凿的犯罪行为与董事或高管的个人赔偿责任之间经常存在重叠关系。同样，董事或高管如果未采取合理步骤以限制债权人所受损失则可能会被下令对破产公司的资产提供捐助。但有关董事或高管个人赔偿责任的任何准则均应考虑求得平衡兼顾的需要。面临破产的公司需要认真管理，因而常常要作出一些艰难的决定和判断。董事如果对作出这类商业决定而可能造成的财务影响有所顾虑，便会选择过早地关闭公司，而不是寻求通过经营摆脱困境。准则似宜寻求就可能导致个人赔偿责任的情形向各国提供指导，同时又要承认规则过于苛刻而可能给企业活动造成意想不到的困难和威胁。

15. 工作组还似宜审议取消董事资格的议题，为防止出现无赖董事，不妨规定关于取消董事资格或禁止其参与公司管理的期限。在联合王国，1986年取消公司董事资格法规定在董事明显‘不称职’时可取消其资格2-15年。取消资格可与上文所述的其他制裁和个人赔偿责任同时并存，或在根据个人作为董事或高管的总体行为而需要给予这类制裁的情况下单独提出。作为该工作的一部分，工作组还似宜审议各国不同法域有关取消资格的制裁予以承认的问题，例如澳大利亚法律业已规定的这类制裁。

## 二. 提议

16. 本代表团兹提议：

第五工作组考虑建议委员会下届会议审议这类提议，以便核准第五工作组享有就董事和高管在发生破产时包括在正式进入破产程序之前所负责任和赔偿责任拟订相关准则的任务授权。

17. 谨此希望工作组审议该提议。