



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十二届会议
2012年11月26日至30日，维也纳

破产法

临近破产期间高管人员的义务

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-5	3
一. 临近破产期间高管人员的义务	6-51	3
A. 导言	6-19	3
B. 确定承担义务的当事方	20-23	5
C. 义务产生的时间：临近破产期	24-27	5
D. 义务的性质	28-33	5
E. 应当达到的标准	34-37	7
F. 在破产程序启动之时强制执行高管人员的义务	38-51	7
1. 抗辩	38-40	7
2. 救济办法	41-47	7
3. 可提起诉讼的当事方	48-50	8



4. 程序耗资的供给.....	51	9
建议草案 1-10		9
二. 与企业集团成员高管人员相关的问题.....	52-60	15
A. 概述.....	52-59	15
B. 需考虑的问题.....	60	17
三. 跨国界问题	61	17

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 以及 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）。第五工作组该届会议之后提交的一份补充文件（A/CN.9/709），载列了对瑞士在 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载提议的补充材料。
2. 经讨论后，委员会核可了第五工作组载于 A/CN.9/691 号文件第 104 段的建议，其内容是应当就两项破产议题启动相关活动，这两项议题都具有重大现实意义，在这方面进一步协调统一各国的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项议题，该议题由英国（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4）、国际破产协会（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3）和国际破产学会（A/CN.9/582/Add.6）提出，内容涉及企业高管人员在企业破产和破产前案件中所负的职责和责任。¹鉴于在广泛讨论期间提出的各种关切，委员会商定，该项议题的工作重点应当仅放在破产时产生的那些职责责任上，而不是意在涵盖刑事责任领域，或涉及公司法核心领域。
4. 关于本议题的讨论始于工作组第三十九届会议（2010 年 12 月，维也纳），第四十届和第四十一届会议继续讨论（2011 年 10 月至 11 月，维也纳和 2012 年 4 月 30 日至 5 月 4 日，纽约）。工作组的审议情况和结论载于这几届会议的报告（分别是 A/CN.9/715、A/CN.9/738 和 A/CN.9/742）。
5. 根据工作组第四十一届会议通过的工作设想（A/CN.9/742，第 74 段），工作成果将构成《破产法立法指南》的一部分，因此本说明包括评注草案（第一部分，第 6-51 段）和建议 1-10，以及关于企业集团高管人员义务（第二部分）和涉及跨国界问题时高管人员义务（第三部分）的一些总体论述。以下所列材料建立在 A/CN.9/WG.V/WP.96、100 和 104 号文件以及工作组第三十九届、四十届和第四十一届会议所作决定的基础上。A/CN.9/WG.V/WP.104 号文件所载的评注草案中凡未作修订或不包含修订案文的段落，不包括在本说明中，并因而以如下方式表示——“6. [……]”。为便于参阅，本说明保留 A/CN.9/WG.V/WP.104 号文件中使用的段落编号。在增加新段落的情况下，采用其上一段的同样编号但附加一个英文字母。通过与 A/CN.9/WG.V/WP.104 号文件相对照，读者可方便地理解本文件中所提出的更改。

一. 临近破产期间高管人员的义务

A. 导言

6. [……]

¹ 第一项议题关于主要利益中心及相关问题，在 A/CN.9/WG.V/WP.107 中讨论。

7. [……]
8. 在第一句最后，增添“在破产程序启动前期间”等词语。在第三句，删除从“但是”开始到“问题”的这些词语，并插入如下词语：“在企业可能遭遇财务困境但尚未破产的这段时期，高管人员所负责任的性质和范围并未明确确定，但”。
9. 在第一句末尾添加“，这些决定和判断对公司的生存至关重要，可随后为公司股东、债权人、客户、受雇人员和其他人带来利益。”。在第三句，在“利益攸关方”一词前添加“相关”二字。插入如下新的第四句和第五句：“根据一些法律，这些利益攸关方将是公司本身和公司的股东。根据其他一些法律，则可能涉及包括债权人在内的更广泛的利益共同体。”最后一句改为：“高管人员担心在这些情形下作出艰难决定后可能产生的财务影响的，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，或者也可能想辞职，这往往可能增加公司所面临的困难。”
- 9A. 第一句改为：“利益攸关方的不同利益和动机并不容易平衡，是发生冲突的一个潜在来源。”在第二句，前几行改为：“例如，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，使他们自己的投资股本达到最大化”，这句话的最后是：“而让股东一无所有”。
10. 在第四句，将“来自经营”改为“对经营”。在最后一句，中文译文“及时采取行动”不变。
11. 在最后一句，中间部分改为：“通过利用重整谈判或重组而给及早采取行动创造必要的动力，并制止高管人员将……向外推”。
12. 在第三句，中文译文“这些义务”不变，在第三和第四句，将“管理层”改为“高管人员”。
13. 插入新的第二句如下：“如果规则仅仅根据财务困境的现实来推定管理不善，则常常造成知识丰富和工作胜任的高管人员别离而去，从而错过公司重整和恢复盈利的机会。”在第四句末尾，添加如下词语：“并更可能平衡所有利益攸关方的权利和合法期望，区分行为过错的情况与那些涉及运气不佳或外部因素影响的情况。”
14. 在第二句，在“进行事后批评”之前加上“会倾向于”等词语。在第三句，将“法院通常”改为“法院从来都通常”。在倒数第二句，在“债权人”一词前加上“所有”二字。
15. 在倒数第二句，在“未加以述及”等词语之前加上“目前”二字。在最后一句句首，加上“但是”二字。
16. 在第一句，句首加上“如上所述，”等词语。
17. [……]。

18. 在第一句，将“寻求保护”改为“保护”二字，在“不鼓励”之后加上“错误行为和”等词语。在最后一句，在“欠缺效率”之后添加“不明确”等字样，并在最后一句末尾，添加“，并加剧其意在化解的财务困难。”

19. 在最后一句，将“可加以执行的”改为“变成可加以执行的”等词语。

B. 确定承担义务的当事方

20. [……]

21. [……]

22. 在第二句，在“或”和“或应当能够做出”等词语前后加上方括号。

23. [删除]

C. 义务产生的时间：临近破产期

24. 前两句合并起来，行文如下：本[部分]着重阐述在破产程序启动前某一时刻可能产生的以及一旦这些程序启动并作为这种启动的一种后果而成为可加以强制执行的义务，这些义务的适用可以追溯既往，与撤销权条文相似（见第二部分第二章第 148-150 段和第 152 段的讨论）。以“尽管”二字作为起句的这段话改为：“尽管这一概念可能并不确切，但它意在描述公司财务稳定性日益恶化的一段时期，这种恶化如果仍不加处理和采取补救行动，那么破产近在眼前（即公司总体上将无力支付其到期债务）《立法指南》建议 15(a)或将不可避免。”再另外增加两句如下：“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高管人员是一个十分关键的问题。另外，没有一个明确的参照点，高管人员将难以满怀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哪一个时间点。”

25. 第一句改为：“确定破产程序启动前这段时期高管人员义务可能产生的时间，有各种可能性。”在第二句，中文译文不变。在本段末尾，加上“从鼓励高管人员尽早采取行动的角度来看”。

26. 在第四句，将“有些国家将其用作”改为“在有些国家，其构成”。最后一句改为：“根据这些检验破产的标准规定高管人员义务的理由是鼓励他们采取行动避免破产，或在破产不可避免的情况下，采取步骤尽量减轻破产造成的影响，包括在适当情况下，启动正式的破产程序。”

27. 插入新的第四句如下：“从根本上说，采用的标准要求以合理的高管人员在这种情形下应当或理应明知来评估高管人员的判断。”

D. 义务的性质

28. 在本段末尾，将括号之后的词语改为：“并在破产程序中宣布在临近破产时高管人员采取的行动无效，其中包括所达成的交易。”

(a) 启动破产程序的义务

29. [……]

(b) 民事责任

30. [……]

31. 在“尽量减少对公司……的损失”中间加上“（包括对公司股东）”等词语。

32. [……]

(a) [……]

(b) 在本分段末尾增添如下一句：“在这种时刻，高管人员可能需要比在公司正常状态时对公司事务投入更多的时间和注意力。”

(c)-(f) [……]

(g) 将“环境”二字改为“以及环境考虑”。在本分段最后一句中，在“给债权人造成的”之前加上“的结果而可能”等词语。

(h) 在第一句，“高管人员可确保”词语后加上“公司的资产得到保全，以及”。插入新的第二句如下：“在某些情形下，并非所有资产都将需要保全，例如，那些价值低于担保额、累赘、无价值或难以变现的资产（见第二部分，第二章，第 88 段）。”在本段末尾，插入如下一句：“对那些持有大量股份或代表大股东利益的高管人员，不得将其视作毫无利益关系或行为客观，在临近破产期间就交易进行表决时，可能需加以特别注意；”。

(i) [……]

共同连带责任

32A. 一般而言，高管人员违反义务承担共同连带责任，不过根据一些法律，法院可酌情命令其中一名高管人员承担所有责任，或命令一名高管人员负有更大的赔偿责任，例如，如果认定造成损失的过失并非均等。以共同连带责任作为起点可提高规定这种义务产生的威慑性，因为企业高管人员之间将有动力相互监督彼此的行为，以避免为其他高管人员的行为担负责任。

32B. 高管人员可能会采取步骤，以避免或减少其为随后遭受质疑的决定承担的责任。这可能要求他们遵守某些形式上的要求，例如在会议记录中载录不同意见；在会议休会之前向会议秘书递交一份书面不同意见；或在休会后迅速向公司的注册办公室递交或发送一份书面不同意见。在作出这种决定的会议上缺席的高管人员可能被视为已表示同意，除非他们遵循适用的程序，例如在得知相关的决定后某个规定的时限内采取步骤载录其不同意见。

32C. 可通过保险或采用补偿办法尽可能减少赔偿责任。一旦对高管人员提出索赔，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。

(c) 宣布交易无效

33. 在第二句，在“此外”之后插入“一些法律规定”等词语，并对本句作相应调整。在第四句，“责任”二字前插入“根据这些规定”等词语。

E. 应当达到的标准

34. 删除“通常”二字。

35. [……]。

36. 在第一句，在“债务”二字之后插入“或定义的交易”等词语。在第二句，将“对破产”改为“对公司破产”。在第四句，将“occurs”改为“takes place”（中文译文不变）。

37. 在第三句，句首加上“根据这些法律”等词语。在最后一句的句首，加上“根据采用这种做法的一些法律”。

F. 在破产程序启动之时强制执行高管人员的义务

1. 抗辩

38. 在最后一句，将“职责”二字改为“义务”。

39. 在第二句，在“抗辩”二字前加上“作为”。

40. [……]

2. 救济办法

41. 在第一句句首，删除“许多法律规定”等词语，“高管人员的义务”等中文译文不变。增加一个新的倒数第二句如下：“通常没有惩罚性的损失赔偿成分。”

(a) 损害赔偿和补偿

42. 第三句改为：“一般来说，如上所述，董事会成员的责任可能是共同连带的，但在有些情况下，可能由特定的高管人员担负责任。”

43. 将最后一些词语改为：“还就判给损害赔偿作出了规定。”

44. 前两句改为：“如果认定高管人员负有责任，则可为破产财产指明追偿数额，其根据是，追究高管人员的主要理由是为了以补偿破产财产的形式追回一

些因高管人员的行为而造成的价值损失。因此，这是有利于全体而不是个别债权人的。”在第二句，“存在……的贷款”改为“公司以……为抵押”。第三句，“这些情况下”等词语改为“作为对这种做法的支持”。在本段末尾，增加如下一句：“但是，如果破产法允许债权人追究高管人员（见下文），那么可能有理由建议实行补偿，首先是承担债权人启动程序的费用，然后是偿付债权人的债权索赔，或更改其优先顺序。²”

45. 最后的词语改为：“违背义务。”

(b) 取消资格

46. [……]

47. [……]

3. 可提起诉讼的当事方

48. 在第一句，“诉讼的时间”等词语之后添加“（及破产程序启动之前或之后）”。第二句改为：“适用于建议 87 下述及的行使撤销权的类似考虑（见第二部分，第二章，第 192-195 段）也可能适用。”

49. 在第一句，删除“寻求撤销某一特定交易，或”等词语。

49A. 虽然对高管人员规定临近破产前的义务的一个主要理由是保护债权人的利益，但并非所有法律允许债权人起诉高管人员违背这些义务。根据一些法律，在有些情况下，例如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）。根据其他一些法律，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起诉高管人员，或者是债权人可请求债权人的代表或委员会或法院进行任何这类诉讼，因为债权人没有诉讼追偿的独立权利。

49B. 在法律允许债权人起诉高管人员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，一种是作为所审查的行为直接结果的债务发生在临近破产期间的债权人，一种是债务发生在该段时期之前的债权人。前者除有权为破产财产的利益启动程序外，还可能享有一种个人权利，根据所审查的行为系发生在灰色模糊时期从而加剧了债务人的财务困境而以此为由对高管人员提出损害赔偿的索赔。根据另一些法律，这种个别权利的限制条件是所发生的异常行为是针对某个特定债权人的。如果认为允许债权人起诉高管人员是可取的，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，来说明拟遵循的程序步骤（见第二部分，第 192-195 段）。例如，法律可要求有破产管理人的事先同意，以确保知道债权人提议什么内容，以及有机会对请求的允许加以拒绝，从而避免这些程序对破产财产的管理可能造成的任何负面影响。

² 工作组注意。工作组似宜考虑评注中是否应当谈及高管人员是否有能力支付所下令要求支付的任何补偿，以及缺乏这种能力的后果。

[49C. 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高管人员。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程序。在这种审理时，法院可允许程序启动，也可决定根据案件本身的实质问题进行审理。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程序的费用，或允许对债权人施加制裁，以阻止可能对这些程序的滥用；关于债权人对高管人员提起的诉讼，也可采用同样的做法。]³

50. 第一句改为：“根据那些规定高管人员有义务启动破产程序的法律（见第 29 段），如果发生违背该义务的情况，公司本身、其股东和债权人可提出损害赔偿的索赔。”在本段末尾，增添如下一句：“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程序。”

4. 程序耗资的供给

51. 本段修改如下：“一些法域允许破产管理人提起诉讼，这种情况下可能出现的一个难题涉及对高管人员提出的诉讼如果不成功时程序的费用如何支付。起诉违背这类义务的案件之所以较少，通常所列举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种资金，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高管人员，即使胜诉的可能很大。在这种情况下设计不同的供资备选办法可对适当的情形提供一种有效的手段，恢复因高管人员的行为而丧失的财产价值，解决滥用资产问题，调查不公平的行为，并进一步推动良好治理。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，或者也可联系贷人提供资金。如果诉讼案件是由破产管理人以外的一方进行的，则这种程序的启动费用可从所支付的任何补偿中收回。根据一些法律，对高管人员提出的索赔可通过与破产管理人谈判加以解决，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，这是一种通常的惯例，破产管理人一般都“请”高管人员作出贡献。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。”

建议草案 1-10

立法条文的目的

本条文述及在破产可能发生[临近]或不可避免时[那些负责就公司的管理作

³ 工作组注意。本段文字以《立法指南》所载关于撤销权程序的材料为基础（具体是第二部分，第二章，第 193 段）。工作组似宜考虑是否应将本段列于此处，或是否在文中提及《立法指南》相应段落即已足够。

出决定的人[[高管人员]产生的义务，目的是为了：

- (a) 保护债权人和其他一些利益关系人的合法利益；
 - (b) 确保[那些负责就公司的管理作出决定的人][高管人员]知道其在这些情形中的作用和职责；
 - (c) 在发生违背这些义务时提供适当的救济措施，这些措施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。

评注

1. 根据工作组第四十一届会议的决定（A/CN.9/742，第 99 段）对目的条款增加了(b)款，以便包括另一个目的——作为一个教育工具，使高管人员了解其在公司临近破产期间的作用和职责。增添了新的(c)款第二部分是為了澄清，这些义务只有在破产程序启动时才成为可强制执行的。原先的(c)款现列入作为第二句。

立法条文的内容

建议 1[原先的建议 4、6]

义务

1(1) [破产法][关于破产的法律]应当指明，从建议 2 所述时间点开始，建议 3 所指明的人员将有义务适当顾及债权人和其他一些利益关系人的利益，并做到：

- (a) 采取合理的步骤避免破产；
 - (b) 破产不可避免的，尽量减少破产的影响。
- (2) 合理的步骤可包括：确保[其]对公司的事务完全知情；在适当情况下寻求专业咨询意见；[以及]确保公司资产得到保护；[不使公司承诺也不允许公司订立可能根据[第二部分，第二章][建议 87]被撤消的那些类型的交易。

评述

2. 对建议草案的先后顺序作了修改，首先着重论述义务，然后是义务产生的时间和由谁承担义务。但工作组因而似宜考虑的一个起草措词上的问题涉及在目的条款和建议 1 和 2 中使用的“高管人员”一词。由于承担义务方是一项实

质性建议（建议 3）的主题内容，所以似宜在其他建议中提及建议 3 所指明的人，或以更为广义的方式提及该人，例如负责就公司的管理作出决定或对公司的管理负责的人。

3. 工作组第四十一届会议请秘书处重新考虑建议 1、4、5 和 6（A/CN.9/742，第 93 段）。建议 1 目前的草案合并了原先的建议草案 4 和 6。第 1 款述及义务的内容，第 2 款对什么可构成根据第 1 款要求采取的合理步骤作了进一步阐述。

4. 提及破产法（或关于破产的法律）意在表明，建议 1 的义务仅根据该法才适用，并且虽然违背义务必须是根据建议 2 在启动破产程序之前发生的，但赔偿责任只能是在这些程序启动后才产生。如果这一点不够明确，则似宜在建议的正文中重复目的条款(c)的第二部分。

5. 建议 1 中的第二重义务要求采取合理步骤避免破产，或在破产不可避免之时，尽可能减少破产的影响。这意味着该义务可能发生在有可能是各种不同的时间点。但在实际上，这两个时间点可能取决于事件的先后顺序，而且可能只有在事件之后才能清楚看见。例如，一个灾难性事件或外来冲击可能导致破产成为不可避免，而不经任何可采取纠正行动的阶段。或者，因为外在因素，例如某个特定事件或市场瞬间低迷，进而可能发生破产，但因为这些外在因素的好转或因为采取步骤避免后果，最终没有发生破产。

6. 工作组似宜考虑时间问题是否引起需要在起草建议（特别是建议 1 和 2）时加以处理的问题，或是否目前的措词已经足够明确。

建议 2[原先的建议 3]

义务产生的时间

2. [破产法][关于破产的法律]应当指明，建议 1 的义务在建议 3 指明的人员知道或应当有理由知道破产可能发生[在即]或不可避免的时刻产生。

评述

7. 在第四十一届会议上曾一致认为，建议 3 应当按草案措词的原样保留（A/CN.9/142，第 82 段）。但是也表示了某种关切，担心目前的措词是否涵盖两个方面：一方面是债务人财务状况事实（即事实上在该时刻破产“可能发生[在即]或不可避免”），另一方面是高管人员知道该事实。按目前的草案措词，这个问题应由建议草案中的“可能发生[在即]或不可避免”等词语涵盖，因为知道只能是指已经发生的一个事实或情况。然而，工作组似宜考虑是否需要进一步的措词加以说明。

8. 工作组还似宜考虑上文第 5 段提出的时间问题是否需要在建议 2 中阐明，或者目前的措词是否已足够灵活而涵盖各种可能性。

建议 3[原先的建议 2]

承担义务的人

3. [破产法][关于破产的法律]应当指明，承担义务的[人]，其中可包括本国法律所界定的履行高管人员职责的任何人*，例如经正式任命的高管人员和[行使实际控制权][及履行高管人员[职责][承担高管人员责任]的任何其他人]。

* 见上文第 20-22 段关于谁可有资格作为高管人员的解释。

评注

9. 第四十一届会议上对本建议提出了各种提议（A/CN.9/742，第 79-80 段）。广泛一致的意见是应当适用于按本国法律界定为履行高管人员职责的人员。例如，提议（第 79 段）本建议应适用于可不受约束地履行管理职能或作出管理决定的人员，包括那些应当作出这类决定但不一定这样做的人。为了更详细地说明这一定义中应当包括的人员类别，增添了方括号内的措词和述及评注相关段落的脚注。

建议 4[原先的建议 1、5、7]

责任

4(1) [破产法][关于破产的法律]应当指明，[在建议 2 所述时期内发生的]违背建议 1 的义务后果造成[债权人利益受损][债权人遭受损失或损害]的，[负有义务的人][高管人员]可能承担责任。

4(2) [破产法][关于破产的法律]应当规定，对违背建议 1 义务所负的责任范围局限于违背义务后所造成的损失或损害。

评注

10. 建议草案 4 合并了原先载于建议 1、5 和建议 7 起首句的观点，即如果违背建议 1 的义务并且债权人遭受损失或损害或利益受损的，身负义务的人可能负有责任。原先建议草案 7 的其余部分（即(a)-(d)款）现并入建议草案 6。建议草案 4 第(2)款阐述了原先包括在建议草案 7 起首句中的一项要求，即责任与所造成的损害相称，或换句话说，责任范围局限于违背义务所造成的损害。

11. 第四十一届会议上曾提议（A/CN.9/742，第 77 段），应当在原先的建议 1 中添加“在破产程序启动前期间发生的”等词语，以澄清违背义务必须是发生在破产程序启动之前的时期内。由于建议草案 1 提及建议 2，所有似宜仅保留文字上对建议草案 1 的提及，避免增加复杂性而重复建议 4 中关于违背义务时间的条件。

建议 5[新建议，取代建议 6]

责任的要素条件和抗辩

5. [破产法][关于破产的法律]应当指明为确定已违背建议 1 义务并因而[债权人遭受损失或损害][债权人的利益受损]所需加以证明的要素条件；负责证明这些要素条件的当事方；以及对指控违背义务提出的具体抗辩。这些抗辩可包括[承担义务的人][高管人员]采取了建议 1(2)所述的那种合理步骤。法律还可确立假定，并允许举证责任转换，以便利进行针对违背义务的程序。

评注

12. 对于建议草案 6 以何种方式处理如何证明已违背建议 1 义务的问题以及可能的抗辩，一些与会者在第四十一届会议上表示了关切。

13. 《立法指南》建议 97 是如何处理关于撤消权所进行的程序的，本建议草案现也以同样的方式处理针对未能履行建议 1 的义务而进行的程序。也就是，在指出法律需要述及抗辩、需加以证明的要素条件、采用推定和举证责任等问题的同时，本建议草案留待国内法确定和指明准确的要求。

建议 6[原先的建议 7]

救济办法

6. [破产法][关于破产的法律]应当指明，责任救济办法[可][应]包括向破产财产全额偿付就违背建议 1 义务的后果所评估的任何损害。如果对这些损害未作全额偿付，那么[在偿付依然未兑现时期][直至全额偿付为止]限制[负有义务的人][高管人员]对破产财产行使任何权利或提出索偿要求。

评注

14. 工作组第四十一届会议决定，本建议草案应当着重论述因为违背建议 1 义务而造成的损害和对这种损害提供补偿。修订后的建议明确指出，损害赔偿款应记在破产财产上（建议草案 7 指明，对高管人员进行起诉的能力或权利是破产财产中的一笔资产）。第二句以原先建议草案 7(c)款和(d)款为基础。

15. 要求全额支付后高管人员才能对破产财产提出索偿是为了解决是否将允许抵消的问题。但是根据一些法律，如果规则阻止负有义务的人对破产财产行使任何权利或提出索偿要求，可能会造成困难，因为这类规定与财产事项密切相关。例如，这样做可被视为抵消了债权人的财产权索偿要求。建议草案 6 的用意是鼓励作出偿付，在损害赔偿仍未偿付时阻止经认定对损害负有责任的高管人员通过其对破产财产提出的索偿要求而从任何分配中获益。本建议可澄清，这样做的用意是只要未作全额偿付，即推延对破产财产的索偿权或行使的权

利，而不是取消这种权利。关于高管人员对评估的任何损害进行偿付的能力，见上文第 44 段的脚注。

建议 7[原先的建议 8]

针对违背义务进行的程序

7. [破产法][关于破产的法律]应当指明，就违背建议 1 义务[造成的损害][的结果所受到的损失或损害]提起诉讼，归属破产财产，破产管理人针对违背该义务负有启动程序的主要责任。[破产法][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在破产管理人同意的情况下启动这种程序，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程序。

评注

16. 建议草案 7 根据工作组第四十一届会议的决定（A/CN.9/742，第 96 段）作了修订，该项决定是，应当规定由债权人或具有利益关系的其他当事方对违背建议 1 的义务启动程序。因为“具有利益关系的当事方”一词在《立法指南》的术语表中作了界定（导言，第 12 段(dd)项），所以在修订后的建议中使用该词，以确定将股东和其他相关的当事方包括在内。

17. 由于不同的法域可允许债权人和其他人提出诉讼，所以在建议中包括这种可能性作为一个选项。启动这种诉讼的权利应当属于破产财产或作为其中一部分，以便就违背义务后果所评估的任何损害提供一项明确的偿付原则和一个明确的偿付方向（见建议草案 6）。

18. 根据一些法律，在可指定一名单独的债权人之前，大多数债权人或债权人委员会必须放弃追诉高管人员违背义务的权利。虽然评注中注明了这种可能性（第 49A-B 段），但这样做对建议草案又将增加一层复杂性，其中规定(a)提起诉讼归属破产财产，(b)破产管理人有权进行起诉，(c)债权人和经破产管理人（或法院）批准后进行起诉，以及(d)个别债权人只有经破产管理人加上大多数债权人批准后才可这样做。

建议 8 和 9[原先的建议 9 和 10]

针对违背义务进行程序的耗资供给

8. [破产法][关于破产的法律]应当指明，对高管人员进行的程序，费用作为管理费支出。

9. [破产法][关于破产的法律]可规定其他备选方法，处理这类程序的进行和耗资的供给问题。

评注

19. 原先建议草案 9 和 10 的实质内容已获得工作组第四十一届会议的通过（A/CN.9/742，第 97 段）。

建议 10[原先的建议 11]

采取额外措施

10. [破产法][关于破产的法律]可在建议 6 所述的救济办法之外包括附加措施，以阻止将可能导致建议 4 所述责任的那种行为。[这类措施可包括，在一段规定的时期内限制[负有该义务的人][高管人员]作为高管人员行事的[能力]。]

评注

20. 在第四十一届会议上，与会者曾对建议草案的第二句表示关切，因为这样做无异于一项惩罚性措施，因而是合适的（A/CN.9/742，第 98 段）。鉴于最终没有就这一点达成一致，因此商定第二句应当保留在方括号内，留待进一步审议。

二. 与企业集团成员高管人员相关的问题

A. 概述

52. 《立法指南》第三部分指出，企业集团的特征往往是集团成员之间具有不同程度（从高度集中到相对独立）和不同类型（纵向与横向）的一体化和复杂的关系，可能涉及不同级别的所有权和控制权。这些因素连同适用的法律对这类集团进行规范时往往采用的方式（即与一个单独的企业相对应，作为分别的实体），引起了对集团成员高管人员的一系列问题。以下讨论考虑的是集团高管人员义务方面的两个问题。第一个问题涉及单一实体原则的普遍性，以及当高管人员为其所属集团成员的利益行事和为整个集团的利益行事这两者之间发生相互牵扯时该原则对高管人员的影响。第二个问题涉及谁可被视作“高管人员”这个术语的定义（见上文第 20-22 段），以及集团其他成员在哪些情形下可归划于该定义内，特别是当涉及上级公司与完整拥有或控制的子公司关系时。

(a) 企业集团结构对高管人员义务的影响

53. 通常，高管人员对其公司负有义务，必须为公司的福利或利益行事。在集团情况下，应当尊重分别实体原则，根据大多数法律，这些同样的义务一律适用，对集团的利益和高管人员所在公司在集团结构中的地位概不考虑。在为了整个集团的利益达成任何交易之后该集团成员的偿债能力可能是一个问题或成为一个问题时，这种以个别集团成员利益为重的做法就具有特别重要性。但是，作为一种实际现实，集团结构可能使高管人员必须为整个集团的利益行

事，要求他们考虑到集团集体可能与本集团成员相竞争的经济目标和需要而平衡其所在的集团成员的利益。可能发生这种潜在冲突的实例包括集团一个成员为集团另一个成员提供贷款，或作为外部出贷人对集团另一成员提供贷款这一行为的担保人；集团一个成员与集团另一个成员订立协议，向集团该另一成员转让其生意或资产或将生意机会交给该另一成员，或在不可能认为具有商业可行性的条款基础上与该成员订立合约；或集团一成员与集团其他成员订立相互担保，以有助于整个集团更有效地利用其资产为集团的运作提供资金。这些交易有可能产生问题，因为：交易方之间的关系（即所有权和控制权关系）或它们在集团中的地位（即上级公司或子公司），以及交易的性质涉及利益和损失的分配有别于可能一般认为具有商业可行性的原则。例如，查明上级公司向全资拥有的一个子公司出贷或与其订立其他交易（下游交易）而对上级公司形成的利益，可能比相反方向（上游交易）更为容易，特别是如果该子公司并非为全资拥有时，或子公司之间的集团内交易（平级交易）形成利益时。

54. 集团成员在一定的组织结构范围内运作，因而要求集团成员的高管人员忽视这一组织结构在商业上看来可能是不切实际的，但上述考虑所引起的困难是如何评估个别集团成员通过进行只有从整个集团角度来看才是明智的交易而从中获得的益处。在一些情况下，这种益处可能是直截了当和比较容易查明的；在另一些情况下，则可能不是立竿见影和显而易见，并可能甚至要求个别成员作出某种牺牲，即使仅仅是短期的牺牲。另外，这种评估还涉及与建议 217（第三部分）所列相类似的多重因素，例如交易各方之间的关系及其相互融合的程度、交易的目的、交易是否给集团成员或其他相关人带来通常非相关当事方之间交易而不可能带来的益处，以及交易的性质是否为上游、下游或平级的。

55. 不同法域的法院对企业集团运用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为本身所在集团成员的利益行使权利的高管人员身上，但在一些法域，高管人员可能仍必须顾及例如与集团其他成员的某项特定交易而给其所在集团成员带来的直接或衍生的商业利益，以及其本身所在集团成员的兴旺或持续存活对整个集团正常运作的依赖程度。一般来说，集团利益本身并不是一个充分的理由。另外，可能还要求高管人员考虑到交易的结果对其所在集团成员可能带来的任何可合理预见的损害，并考虑其所在集团成员的无担保债权人的处境，尤其是当有关交易可能影响所在集团成员的偿债能力时。如果交易是就集团利益成员的贷款给予的担保或保证，则后面这种考虑就具有特别的重要性。⁴

56. 其他法域允许集团公司高管人员在符合某些条件的情况下为整个集团的利益行事，这些条件包括例如该集团拥有一个平衡和坚实固定的结构；该集团成员参与长期和协调统一的集团政策；以及诚信良好的高管人员合理认定其本身所在集团成员遭受的任何损害将会在适当的时候通过其他利益得到补偿。另一种方式也允许集团成员高管人员为上级公司的利益行事，但条件是这样做无损于该集团成员向自己的债权人进行偿付的能力，并且依据该集团成员为全资拥有还是部分所属而定，高管人员要么是经由集团成员的组织章程授权，要么是

⁴ 这些考虑与建议 212 所述关于在集团情形下提供启动后融资的那些考虑相类似。

经由股东的授权。该集团成员在高管人员这样做时不应是处于破产状态，也不应当是由于这种行为而发生破产。

57. 如第三部分（第 75-80 段）所述，可能发现一些集团内交易是相关人交易，在破产时需加以撤消。根据一些法律，如果该集团成员已经破产或因为交易的结果而发生破产，则这些交易还可能使高管人员面临个人责任。其他交易或行为将不涵盖在相关当事方条款内，例如不采取行动的决定（例如不与集团另一成员竞争某个特定的机会），或者不改变公司角色的决定（例如通过对外出售所在集团成员的资产，以缩减其规模或将之转换为集团的一个“钱箱”）。相关当事方条款不要求考虑到债权人的利益。

(b) 集团情形下“高管人员”的定义

58. 上文第 20 段讨论了第二个问题，关于在何种情形下一个集团成员或一个集团成员的高管人员（例如控股公司的高管人员）可视为集团另一成员的高管人员，包括影子高管人员（脚注 6）。一些法律不允许集团一个成员被指定作为集团另一成员的高管者，但集团一个成员可被视作另一成员的影子高管者。这种情况的出现可以有多种方式，例如两个成员的董事会基本上由同样的人员组成，集团一个成员董事会中的大多数由处于控制地位的集团另一成员提名，一个成员掌控着整个集团的管理和财务决策，以及集团一个成员以持久和普遍深入的方式干预集团另一成员的管理，特别是在一个上级公司与受控制的集团成员之间的情况下。

59. 《立法指南》第三部分讨论在集团情形下扩大对外债务的责任范围，其中（第 99 段）指出，在责任可以扩大到上级公司的一些实例中，该责任可能包括上级公司董事会成员的个人责任（他们可能是经正式任命的高管人员、事实上的高管人员或影子高管人员）。扩大责任范围在这种情况下所带来的其中一个主要困难是如何证明相关的行为，以表明上级公司是作为该集团另一成员事实上的高管者或影子高管者行事的。

B. 需考虑的问题

60. 工作组似宜考虑是否需要增加一些建议阐述以上提出的问题。例如，在临近破产时让公司高管人员能够除考虑其本身所在集团成员的利益之外还考虑整个集团的利益这样做是否可取，或者是否应完全以其本身所在集团为重；其次，工作组已商定，就这部文书而言，“高管人员”的定义应按照国内法确定（见建议草案……）。该定义是否足够广泛而可包含与企业集团相关的一些考虑？

三. 跨国界问题

61. 在第三十九届和第四十届会议上，工作组商定，跨国界问题应当在未来的一届会议上审议（A/CN.9/715，第 109 段和 A/CN.9/738，第 52 段）。工作组似

宜考虑在目前的工作中应当进一步审议其中哪些问题以及这些问题可如何加以处理。
