



大会

Distr.: Limited
13 April 2010
Chinese
Original: English

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

国际破产协会的建议：破产和破产前案件中董事和高级管理人员的职责和责任*

1. 破产程序的高效率运作有赖于破产程序的及时启动。无论破产程序的性质是清算债务人的资产还是重整程序的启动的目标是恢复债务人的偿付能力，也都是如此。这些程序往往是由债权人启动的，因为董事未能及时采取行动，尽管许多破产法意在规定董事有义务在开始破产的一段特定时期启动破产程序。
2. 这样的义务很少得到强制履行，即使研究可能表明此种义务受到违反的情形多于得到遵守的情形。这些义务未得到强制履行有诸多原因，但往往有必要证明董事的行动是欺诈性的。之所以不存在此类未得到强制履行的理论性义务，是因为缺少迫使董事及时启动程序的令人可信的威胁。
3. 在早期阶段启动程序的重要性之高怎么估计也不过分。财务下滑的速度一般比许多当事人认为的要快，随着一个企业的财务状况恶化，在可行的重组上的现有选项也迅速减少。因此，虽然许多国家适当地重新突出破产法的重点以增加企业的重组和挽救上的选项，但董事和高级管理人员没有使用这些程序的动机。由于这些原因，以清算作为唯一选项的企业比例在世界许多地方仍然极高。结果是造成企业毁灭、工作岗位丧失、投资浪费以及经济复苏的速度慢于预期。
4. 这不一定是注定失败的事情。在有些法域，重整程序的使用受到鼓励，方法是采用权宜之计，即把旧的“欺诈性交易”测验替换为更为现代的“不法交

* 本文件是一收到建议后即予以提交的。



易”测验，依据后者，董事如果明知或本应已知公司无力避免破产清算而继续进行交易，就会容易受到批评和财务处罚。

5. 关于董事和高级管理人员的作用和职责的有效规定除了鼓励尽早启动破产程序外，还将促进实行良好的企业治理。在许多国家，尚无对董事的看管责任和技能的标准加以规定的法定条文，尽管一些国家的法院遵循以下普通法规则，即董事和高级管理人员有义务在履行职责时做到合理的谨慎。法律中关于疏忽、违约、不法行为和失职或失信的问责制规定不足够。国际破产协会广泛研究了董事和高级管理人员在财务崩溃之前的时期内的作用和职责，这项工作可提供给贸易法委员会的一个工作组。

6. 关于董事和高级管理人员的责任的明确观点还可促成此类董事具有更加可预测的法律地位，从而限制董事受到破产从业人员诉讼的风险。对职责界定得越明确，法律地位就越具有可预测性。此外，更有经验的管理人员即使由于一旦破产就会有与其地位有关的风险而不希望参与管理公司，也将更可能愿意参与这一管理。因此也可以说，好船长会加入船队的。
