



大会

Distr.: Limited
9 August 2011
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十届会议
2011年10月31日至11月4日，维也纳

破产法

破产和破产前案件中公司董事的责任和赔偿责任

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-4	2
一. 有待推进的工作	5-11	2
A. 可能制订的原则或准则的形式	8-10	3
B. 有待述及的问题	11	3
二. 确定义务主体	12-14	4
A. 将正式任命的董事作为出发点	13	4
B. 其他人	14	4
三. 明确义务产生的时间	15-16	4
四. 确定义务客体	17-19	4
五. 义务的性质或应予涵盖的不当行为类型	20	5
六. 确定可动用救济办法	21-22	5
七. 跨国界问题	23	5



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建议（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讨论了这些建议（见 A/CN.9/691，第 99-107 段）并就可能议题向委员会提出了一项建议（A/CN.9/691，第 104 段）。在第五工作组该届会议之后提交的一份补充文件（A/CN.9/709）载有对 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载类似建议的补充材料。
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，及启动关于两项破产议题的活动，这两项议题目前均有其重要意义，各国在这方面的做法更加协调统一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专题，由联合王国（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4）、国际破产协会（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3）和美国国际破产学院（A/CN.9/582/Add.6）提出，涉及破产和破产前案件中企业董事和高管的责任和赔偿责任。¹根据广泛讨论中提出的关切，委员会商定，关于该议题的工作重点应当仅仅放在破产时产生的那些责任和赔偿责任上，并且无意涵盖刑事责任领域或涉及公司法的核心领域。
4. 本文件借鉴了为工作组第三十九届会议准备的文件（A/CN.9/WG.V/WP.96），着重说明工作组第三十九届会议所作结论（见 A/CN.9/715）并提出了更多值得考虑的问题。

一、有待推进的工作

5. A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 15 段注意到与协调统一有关在破产情况下董事所负责任和赔偿责任的法律的种种困难。工作组对这些困难表示承认，并且认为在审议该专题时需要避免与公司法及其他民法或刑法产生抵触（A/CN.9/715，第 66 段）。然而，工作组商定，似宜就该专题提供指导（A/CN.9/715，第 67 段）。目的是确保，如果即将破产，董事就应当有必要动力及时采取适当行动保全公司价值，而不只是等待破产程序的启动。这些动力必须与未采取这类行动所造成的个人赔偿责任等后果相平衡。
6. A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件所回应的建议称，应当可以从高效破产制度中提炼出一些基本原则或准则，在破产时高管和董事所负义务中予以反映。工作组注意到（A/CN.9/715，第 62 段），应当提供的那一类指导需要是描述性的，而不是规范性或指定性的，对原则的表述应当避免与公司法问题发生抵触。
7. 应当讨论的问题可以包括：任何原则或准则可能采取的形式以及这些原则或准则可能述及的专题。

¹ 第一个议题涉及主要利益中心及相关问题，在 A/CN.9/WG.V/WP.95 和 Add.1 及 A/CN.9/WG.V/WP.99 中予以讨论。

A. 可能制订的原则或准则的形式

8. 在考虑这些原则或准则可能采取的形式时，工作组似宜回顾《贸易法委员会破产法立法指南》（立法指南）所持做法，即在评注中略为详细地讨论与逐步建立有效和高效破产制度有关的许多问题，然后酌情从中得出有关主要问题的一套立法建议。评注中讨论的所有问题并非都要在建议中予以涉及。在笼统的层面上，有关董事义务的评注可以就导致董事所负个人赔偿责任的情形向各国提供指导，同时又承认过于苛刻的规则可能给企业创新带来意想不到的困难和威胁。如同工作组所注意到的（A/CN.9/715，第 108 段），一个关键要素是，需要在倡导适当的行为与避免过早破产之间取得平衡。

9. 关于原则或准则本身的范围，工作组似宜回顾立法指南所持做法繁多不一，即最为基本的建议是指明破产法应予涉及的专题，而较为具体的建议则是载述破产法述及特定问题的详细方式。有关董事所负义务的原则或准则不妨采取前一种较为笼统的做法，阐明应当处理的问题和一般的处理方式，包括酌情列入各种备选做法。所附评述可以采用与《立法指南》基本相同的方式载述有关该特定问题的背景和更多详细信息。

10. 如同 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 15 段所述，这种做法将与《经合组织原则》所持做法类似，可以为该专题的展开奠定切实可行的基础：

“没有一种唯一的良好公司治理模式。但是，[……]开展的工作确定了良好公司治理的一些基本共同要素。《原则》以这些共同要素为基础，是为了包容现行各种模式而拟订的。

“《原则》不具有约束力，并非旨在为国内立法加以详细规定。相反，《原则》力求确定目标，并提出达到目标的各种方法。其目的是作为一个参照点。决策者们可使用《原则》审查和制定公司治理的法律和监管框架，反映本国经济、社会、法律和文化国情，市场参与者也可用其形成自己的做法。”²

B. 有待述及的问题

11. 原则或准则可述及以下问题：

- (a) 确定义务主体；
- (b) 明确义务产生的时间；
- (c) 确定义务客体；
- (d) 应予涵盖的义务性质或不当行为类型；
- (e) 确定可动用救济办法；
- (f) 跨国界问题。

² 《经合组织原则》第 13 页。

二. 确定义务主体

12. 工作组商定，开始时应当列入正式任命的董事，而不论其为自然人还是法人。关于其他人，例如事实董事或影子董事及各种其他有影响人士（列举了一些可能性），会议一致认为，采取目的性做法而不是使用“事实”或“影子董事”之类用语可能更为合适（A/CN.9/715，第 69 段）。工作组商定，需要进一步考虑是否应当拓展所涉人士的范围，除董事外还列入其他有影响的人士（A/CN.9/715，第 72 段）。

A. 将正式任命的董事作为出发点

13. 鉴于上述情况，关于这一问题的任何原则或准则的出发点可以是，义务主体为正式任命的董事，而不论其是自然人还是法人。《原则》可就此作出类似的一般性说明，或作为一种备选办法，可以采用与《经合组织原则》类似的做法，即规定义务主体是负责行使领导企业并监督管理工作职能的任何机构得到正式任命的成员。如有必要列举这些职能的实例，不妨引用进一步说明这些职能的《经合组织原则》之类其他案文。

B. 其他人

14. 工作组似宜考虑是否应当将其他人列入以 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 19-23 段所述讨论情况以及第三十九届会议讨论情况（A/CN.9/715，第 69-71 段）为基础的任何原则范围内的问题。为处理该问题，不妨利用 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 19-21 段等在评注而不是在原则说明中指明也可能是这类义务主体的其他类型的人。

三. 明确义务产生的时间

15. 工作组商定，义务产生于债务人已经或即将破产之时，称作“濒临破产”，但只有一旦启动破产程序方可加以强制执行。据指出，义务产生之时应当是董事意识到按常理避免破产已无可能之时（A/CN.9/715，第 81 段）。

16. 由于工作组的商定承认义务可能在启动破产程序之前产生，就需要明确义务产生的必要时间点的构成要素，为此或许可参照“破产”的必要状态。《立法指南》，例如其第二部分第一章第 23-30 段与建议 15 和 16（述及启动破产程序包括濒临破产所需要满足的各项标准）可以为今后的讨论提供一个出发点（还见 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 49-53 段）。

四. 确定义务客体

17. 工作组提出了一些问题，包括究竟应当考虑把何时作为义务发生时（例如究竟是在破产开始时还是在破产程序启动之后）；究竟是对所有债权人还是对破产财产本身负有该义务（这种做法据说与《立法指南》相一致并且将涉及与

确定任何追回行动潜在受益人为基础的实际做法)；以及在企业集团方面究竟如何处理该问题。

18. 上文三所述有关义务发生时间的决定表明，义务客体可能并不局限于破产财产本身，因为破产财产只有在启动破产程序之时方可成立。然而，如果只能在启动后执行该义务，破产财产可能就是相关的受益人，而破产管理人则是最有可能强制执行这些义务的人。A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 33 段对各种备选案文作了讨论。

19. 工作组商定将根据其第三十九届会议讨论情况而在今后的一届会议上继续其审议工作（A/CN.9/715，第 73-79 段）。

五. 义务的性质或应予涵盖的不当行为类型

20. 工作组商定将在确定解除不当交易义务所需步骤的基础上进行其今后的审议（A/CN.9/715，第 91 段）。对不当交易立法所作介绍载于 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 58-60 段。

六. 确定可动用救济办法

21. 普遍认为，破产管理人通常有权强制执行相关义务（A/CN.9/715，第 97 段）；其他人对这类侵权提出诉讼的权利如果产生于其他法律体系（民法、公司法或侵权法）之下，则有关破产的条文就不应否定这些权利（A/CN.9/715，第 98 段）。

22. 工作组似宜考虑，鉴于其就义务强制执行时间和其他人对这类侵权提起诉讼的权利所作的结论，已提供的任何指导是否应当述及在破产管理人等未照此行事的情况下究竟有哪些其他当事方可能有权对侵权提起诉讼。工作组还似宜考虑这类指导意见是否应当述及在破产管理人的确提起诉讼但却败诉的情况下的支付费用等问题。

七. 跨国界问题

23. 工作组商定将在今后的一届会议上审议所提出的一些问题（适用法律、在外国法域提起赔偿责任诉讼的条件、在一法域提出的抗辩可否在另一法域的程序中予以适用）（A/CN.9/715，第 109 段）。