



大会

Distr.: Limited
27 August 2010
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十九届会议
2010年12月6日至10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.....	1-7	2
一. 可能工作的特征.....	8-17	3
A. 背景.....	8-15	3
B. 需审议的问题.....	16-17	5
二. 在财务困难或破产发生之前.....	18-33	5
A. 关于管理和监督公司的职责.....	18-23	5
B. 职责的性质.....	24-32	6
C. 对谁负有职责.....	33	8
三. 发生财务困难或破产.....	34-73	8
A. 破产程序启动时产生的职责.....	35-36	8
B. 破产时和临近破产期间产生的职责.....	37-73	9
四. 可能制定的准则的范围和内容.....	74	16



导言

1. 委员会在 2010 年第四十三届会议上收到一系列关于破产法方面今后工作的建议（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），并向委员会提出了一项关于可能的议题的建议（A/CN.9/691，第 104 段）。在第五工作组该届会议之前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 号文件所载瑞士建议的补充材料。
2. 经讨论后，委员会核准了载于 A/CN.9/691 号文件第 104 段的第五工作组建议，这就是启动关于两项破产议题的活动，这两项议题具有现实重要意义，加强各国做法在这方面的协调程度将有助于提供确定性和可预见性。
3. 本说明的主题是第二个议题，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，工作的本意并不涵盖刑事责任领域或涉及公司法的核心领域。
4. 有效的破产法所带来的益处受到广泛承认，并为大多数国家所接受，《贸易法委员会破产法立法指南》（《立法指南》）和近年来许多国家努力更新其破产法以考虑到现代融资和商务需要，就是这方面例证。除提供一个可预见的法律程序来解决困境中的公司所遇到的财务困难和这些公司高效率进行重整或有序清算的必要框架之外，有效的破产法还允许对发生破产的原因进行审查，特别是审查公司董事和高管的行为，从而有可能揭露造成公司破产的责任人的不当行为，包括有可能收回的对资产或财产的不公平处分。关于公司接近破产时董事和高管的义务的准则，如果效率低下，过时以及不一致，则有可能破坏《立法指南》意图产生的效益。
5. 在早期阶段启动程序的重要性怎么估计也不过分。财务上的下滑一般比许多当事方所相信的速度更快，并且随着企业财务状况的恶化，可用于进行可行的重整的选择办法也迅速减少。虽然许多国家的破产法都适当调整了重点，以增加企业重整和拯救的选择办法，但却很少足够重视为董事和高管制定适当的鼓励措施，以便他们采用这些不同的选择办法。情况往往是由债权人启动这些程序，因为董事们未能及时采取行动。虽然许多破产法的意图都是规定董事有义务在破产开始后的一定期限内启动破产程序，但这些义务很少得到履行。这经常是因为需要证明董事的行为是欺诈行为。
6. 为此，一些法域将“欺诈交易”的检验标准改为“错误交易”的检验标准，规定如果董事们继续交易，超过他们知道或应当知道公司将不可避免破产清算的限度，则可能需承担赔偿责任。

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 中讨论。

7. 除鼓励尽早启动破产程序外，对董事和高管职责和义务的有效规定将可促进良好的公司管理。认清董事和高管的赔偿责任还可形成可预见性更明确的董事法律地位，减少破产从业人员对他们提起诉讼的可能性。责任规定得越明确，法律地位就越可以预见。另外，富有经验的管理人员可能因为与破产相关的风险而不情愿参加管理层，责任明确则可能鼓励这些管理人员参加管理层。

一. 可能工作的特征

A. 背景

8. 不同国家在不同法律中规定高管和董事的职责和赔偿责任，包括公司法、民法和破产法。在一些国家，可能包括在不仅一项法律中。例如在一些法域，破产和濒临破产时董事的职责仅被视为破产法或公司法的事项；有些法律则同时在这两项法律中包括相关的规定。这些法律一般由民事侵权法或刑事法的补充内容进一步加强（非本文件的主题）。在英美法系中，可能因为普通法而适用，以及依照相关的立法加以适用。

9. 适用关于高管和董事职责和赔偿责任的法律与关于公司治理的其他法律规则和法定条文密切相关，并与之相互作用。在一些法域，这些法律构成政策框架的一个关键部分，比如那些保护金融机构存款客户、便于收取税款、处理某些类别债权人比其他类别优先（例如员工）的情况，以及当地国情中的相关法律、商业和文化框架。

10. 面临破产的公司需要强有力的管理，因为经常需要作出困难的决定和判断。公司董事害怕作出这些商务决定后而可能产生财务影响的，可能会过早关闭公司，而不是力求通过经营走出困境。因此，这一领域的有效监管应努力平衡这些经常是相互竞争的目标和不同利害关系人的利益：努力维护董事和高管承担义务和适当行使判断能力的自由，同时鼓励负责任的行为，抑制不合理的冒险，促进创业活动，并鼓励在早期阶段对濒临破产的公司进行重新融资或重整。

11. 虽然经济合作与发展组织（经合组织）为制订获得广泛采纳的公司治理原则作了大量的工作，其中包括在破产之外公司董事的各项职责²（见下文，第 29 段），但在国际上关于协调破产案件国内法各种处理方面问题方面所做的工作则很少。

12. 欧洲联盟的经验突出表明了其中一些困难。2002 年，欧盟委员会设立的公司法专家高级别小组（专家组）建议，应在欧洲联盟（欧盟）级别实行一项关于错误交易的规则。该规则规定，在应当预见到公司无支付债务能力时，公司董事（包括影子董事）如果让公司继续经营，将对此负有责任。³专家组注意

² 经合组织《公司治理原则》，2004 年第六节（《经合组织原则》）。

³ 公司法专家高级别小组关于欧洲公司法现代监管框架的报告，2002 年 11 月 4 日，布鲁塞尔。该小组是欧盟委员会于 2001 年成立的（专家组报告），第 3 章，第 4 节，第 68-69 页。

到，各国的规则差别很大。一些成员国没有具体的规定，但通过关于董事赔偿责任的一般规则，有时通过民事侵权法来达到类似的效果。在有一般职责要求在实际发生破产时申请启动破产程序的情况下，通常适用这一职责的时间太晚，难以达到效果。专家组建议，所建议实行的规则只要在尚不能预见到破产的情况下，将不会干扰公司董事的日常经营决策。这一规则将提高债权人的信心，使他们更愿意与公司开展业务，并实行一种对欧盟各公司债权人同等的保护水平。还可避免必须协调所有成员国的整套董事赔偿责任规则，这项活动可能将证明极为困难。所涉及的问题之一是这一规则是公司法还是破产法的一部分。专家组认为，董事是否负责的问题最多在破产前具有重要性，因此是公司治理计划而不是破产制度的一个关键内容。欧盟委员会随后支持关于错误交易规则和取消董事资格的建议。⁴

13. 但是在 2006 年，进行了一次关于《2003 年公司法和公司治理现代化行动计划》今后优先重点（其中包括制订董事责任规定）的公共协商，在现有的国家条例详细规定基础上，大多数答复者都反对制订这种协调统一的规定。⁵ 据建议，欧盟共同的规则将会因为各国条例的重叠而导致法律上的不确定性，潜在的费用和与其相关的困难将超过协调统一带来的益处。另外，由于这一问题与私法密切相关，特别是破产法、刑事法和程序法，一些答复者称，不能在欧盟级别作为一个公司法问题来处理。

14. 尽管有公共协商所查明的各种困难，但本说明所回应的建议表明，应当可以从有效的破产制度中凝炼出基本原则反映在发生破产时高管和董事的职责上。这些原则可以概述一些特点，以最佳方式实现通过这些制度所力求达到的公共和国际政策目标，并就可能导致董事个人赔偿责任的问题向各国提供指导。同时，还应认识到过于严酷的规则对创业积极性可能产生的意外困难和威胁。

15. 《经合组织原则》序言提出了避开协调统一国内法的另一种方法，工作组在讨论下述问题时可加以考虑：

“没有一种唯一的良好公司治理模式。但是，[……]开展的工作查明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，是为了包含现存的各种模式而拟订的。

“《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》力求查明目标，并提出达到目标的各种方法。目的是作为一个参照点。决策者们可使用这些《原则》审查和制订公司治理的法律和监管框架，反映本国的经济、社会、法律和文化国情，市场参与者也可用其发展自己的做法。”⁶

⁴ 委员会致理事会和欧洲议会的信函：欧洲联盟公司法现代化和加强公司治理——一项前行计划，2003 年 5 月 21 日，布鲁塞尔，欧盟委员会（2003 年），284 结尾，第 3.1.3 节。

⁵ 内部市场和服务事务总局，关于欧洲联盟公司法现代化和加强公司治理的行动计划今后优先重点事项的协商和听审，2006 年（2006 年欧盟报告）。

⁶ 《经合组织原则》，第 13 页。

B. 需审议的问题

16. 本说明概要列出一些相关的问题，在制订关于发生破产时董事的职责和赔偿责任的准则或原则时可加以考虑，其中包括：

- (a) 为决定应当由谁承担各种职责而查明谁可被视为公司的董事或高管，包括正式任命的董事和其他人员；
- (b) 董事职责的性质和在破产之外他们应向谁负责；
- (c) 这些职责的性质和应向谁负责这个问题在濒临破产时是否发生改变以及何时发生改变；
- (d) 违背职责和对违背职责的责任性质，本说明的重点放在民事而不是刑事责任上；
- (e) 关于违背职责可以进行的抗辩；
- (f) 对违背职责的强制执行，包括哪一方可追究违背职责的责任和违背职责的可能后果，包括罚款，支付损害赔偿金和取消董事资格。

17. 不同国家对这些问题采取不同的做法。以下讨论概略指明其中一些不同的方法，以便利工作组的讨论，但肯定是带有选择性的。

二. 在财务困难或破产发生之前

A. 关于管理和监督公司的职责

1. 查明谁负有职责：可被视为“董事”的人

18. 在大多数国家，与公司相关的一些不同人员负有对管理和监督公司运营的职责。他们可能是公司所有权人、经正式指定的董事、高管人员或经理人员（可能担任执行董事）以及非指定的个人和实体，包括担任事实上的董事或“影子”董事的第三方。

19. 一般认为，事实上的董事是作为董事行事但未经正式指定为董事的人。可以包括在某一阶段参与成立、推广或管理公司的任何人。在小型的家庭公司中，可能包括家庭成员、前任董事、顾问以及甚至高级职员。一般而言，被视为事实上的董事将要求不仅仅是参与公司的管理，还可能由综合在一起的一些行为决定的，例如签署支票；作为“董事”签署公司信函、让顾客、债权人、供应商和雇员感觉到某人是董事或“决策者”；以及与公司的开户银行和会计师共同作出关于公司未来的财务决定。

20. 影子董事是虽未经正式指定为董事，但公司的董事们习惯上按其指示行事的人。一般来说，将不包括以这种身份行事的专业顾问。被视作影子董事可能要求具有影响整个董事会或其中大多数成员的能力，能够作出对公司具有约束力的财务和商务决定，并且在有些情况下，公司的部分或全部管理权让给了影

子董事。在企业集团的情况下，集团的一个成员可能是集团另一个成员的影子董事。

21. 为称呼方便，这些不同类别的董事在本说明中称作“董事”。

22. 经合组织指出，尽管公司董事会采用各种不同的结构，⁷但《原则》的用意是适用于负责掌管企业和监督管理层职能的任何机构，董事会成员在这方面具有特定的职责。

2. 董事的职能

23. 《经合组织原则》指明了一般由董事会履行的职能。其中包括：审查和指导公司战略、风险政策、年度预算和运营计划，制订绩效目标，监视公司的绩效，监督重大资本开支；监视公司的治理做法；挑选和任命首席执行官以及支持其开展工作；确保备有充足的财力资源；处理潜在的利益冲突；确保核算和财务报告制度正确无误；向利益关系人说明本组织的运作情况；以及监督信息的披露和传递。⁸

B. 职责的性质

24. 许多国家的国内法或政策都在某种程度上提及董事履行职能的标准或职责。法律一般都规定董事履行这些职能的职责，其依据是虽然董事管理公司并对公司实行控制，但公司（理论上）是为股东的利益运作的。董事的作用和责任可能随经营实体的性质和类别而不同，例如，国营公司相对于有限、紧密把持或私营的公司或家庭企业，而且也随着该实体运营所在的法域而不同。对国营公司而言，职能一般比其他类型的公司严格和复杂得多。总体而言，职责将分别适用于每名董事，而不是整个董事会。

25. 对董事规定的履行职能的职责是信托性质的，与法律对代理人和受托人等处于受委托地位的其他人所要求的相类似。受托职责的两个关键要素一般是注意义务和忠诚义务，尽管在一些国家据说统一的受托职责是忠诚义务。

26. 注意义务一般要求董事在充分知情的基础上诚实信诚地行事。在一些法域，诚实和信诚要求构成忠实义务的组成部分。根据一些法律，这些职责要求董事按最符合公司利益的方式行事，并在这样做的过程中勤勉尽责，或做到一位负责或良好的生意人应有的勤勉敬业。在许多国家，例如，只要董事并无严重过失，作出决定之前给予了应有的注意，那么注意义务并不延及商务判断的

⁷ 有些国家实行两层董事会，将监管和管理职能划分开来，监管董事会由非执行成员组成（一般即非公司经理也非所有权人），管理董事会由执行成员组成（公司高管或经理人员）。有的国家则实行单独的董事会，其中同时包括执行成员和非执行成员。有些国家则可能还有为审计目的的一个附加法定机构：《〈经合组织原则〉说明》，第六节，董事会的责任，第 58 页。

⁸ 同上，六.B，第 60 页。

失误。⁹在一些国家，商务判断原则确立一种假定，即在作出商务决定时，公司董事是在知情的基础上诚信地行动的，并且诚实地相信所采取的行动最符合公司的利益。¹⁰对于这一规则可以通过表明违反注意义务或诚信原则而提出反驳。

27. 《经合组织原则》指出，忠诚义务是遵守或履行上述许多职能的基础（第23段），在企业集团环境下至关重要，因为这要求董事在遵守或履行这些职能时以其所任职的公司为准，而不是以集团的控股成员为准。¹¹

28. 在一些国家，¹²立法中比较详细地规定了这些职责义务，例如，除按最符合公司利益的方式行事的义务之外，还包括必须服从公司的章程和根据章程所作出的决定；诚实守信，牢记公司的财产属于公司而不是董事或股东；对公司事务勤勉认真，充分了解；确保公司保持关于董事决定的记录；以及避免利益冲突的情形。各国¹³对董事要求的更为具体的职责义务包括必须每三个月提交一份关于企业工作成绩的报告；在董事意识到有任何迹象表明公司严重亏损的情况下，向审计员或审计委员会报告；以及监督其他董事的工作成绩。

29. 《经合组织原则》第六节涉及董事的下列职能义务：

(a) 在充分知情的基础上行事，诚信，对于应用的谨慎和注意，最符合公司和股东的利益；

(b) 公平对待所有股东，特别是在董事会的决定可能对不同股东类别产生不同影响的情况下；

(c) 实行高度的道德标准，考虑到利益关系人的利益；

(d) 履行关键职能（例如上文第23段所述）；

(e) 对公司的事务作出客观和独立的判断；

(f) 确保获得精确，相关和及时的信息。

30. 什么才最符合公司的利益可能因国而异。例如，在一个国家，对其的解释与股东或债权人的最高利益截然不同，系指从经济角度实现公司价值的最大

⁹ 同上，六.A，第59页。

¹⁰ 这一规则在美国和一些法域适用。形成了不同方式的商务判断规则。例如，改良型商务判断规则，或称作比例检验标准，即要求董事证明所采取的任何行动相对于构成的威胁是合理的（Unocal 诉 Mesa Petroleum, 493 A.2d 946 (Del. 1985)）。后来这一规则改为要求判断董事的防卫措施是否具有迫使股东作出选择的后果，然后再应用比例检验标准（Unitrin, Inc 诉 American General Corp 493 A.2d 946 (Del. 1985)）。

¹¹ 《经合组织原则说明》，第六节 A 部分，第59页。

¹² 例如，英格兰：《公司法》，2006年。

¹³ 例如，韩国。

化。在确定什么才最符合公司的利益时，董事根据具体案情可以考虑不同的因素，包括股东的利益、雇员、供应商、债权人、消费者、政府和环境等因素。¹⁴

31. 经合组织关于财政危机情况下公司治理问题而做的进一步工作表明，用于改善董事会工作成绩的一种原则方法是明确定义董事的职责。然后让或鼓励股东和（或）监管机构加以强制执行。注意到，上文第 29 段(a)项和(c)项规定的标准，共同确立了对董事的严格规范标准，表现了一些法域的法律立场。工作还表明，《原则》提倡长远的财富最大化，而不单纯是“股东价值”。¹⁵

32. 关于不同国家对上述职责义务的解释，已经写了许多。对这些不同的解释提供详细的分析超出本文的范围。工作组似宜考虑这种分析是否将有助于其今后的审议。

C. 对谁负有职责

33. 关于公司破产时董事对谁负有职责，法律各不相同，有些法律为此目的对注意义务和忠诚义务加以区分。一般来说，对公司本身负责，在有些国家，这可能被解释为包括公司的股东和债权人。在有些国家，也可能对股东负责，这可能被解释为系指对全体股东负责，而不是对个别股东负责。在区分侧重点的情况下，仅对公司负有忠诚义务，而对债权人和其他利害关系人则还可能负有注意义务。可能要求董事适当注意和公平处理这些利害关系人的利益，例如雇员、客户、供应商和当地社区。后者例如可能涉及遵守环境和社会标准。正如经合组织所指出，董事会的职责相当复杂，可能涉及在观点经常大相径庭的公司成员之间实现平衡。¹⁶

三. 发生财务困难或破产

34. 以下讨论局限于审议公司陷入财务困境或破产情形时董事的职责。

A. 破产程序启动时产生的职责

35. 许多破产法承认，当破产程序启动时，重点是价值最大化和维护用于向债权人进行分配的破产财产。因此，董事和高管的职责在实质上和重点上将与公司有清偿能力时所适用的那些职责不同。他们将经常被破产管理人解职，免于日常参与公司的事务，尽管根据一些破产法，他们仍可能继续发挥作用，特别是在重整中。例如，《立法指南》在建议 108-114 和评注第 22-34 段中述及这些职责。建议 110 较为详细地规定了根据破产法破产程序启动时应产生的和在这

¹⁴ 加拿大，*Peoples Department Stores Inc. 诉 Wise* 2004 SCC 68，第 41-42 段，见 J. Sarra, *Canada's Supreme Court Rules on Fiduciary Obligation Towards Creditors on Insolvency – Peoples Department Stores v Wise*, *Int. Insolv. Rev.* Vol 15: 1-15 (2006)。

¹⁵ 公司治理和财政危机：结论和加强执行原则的良好新做法，财政和企业事务局，经合组织公司治理问题指导委员会，2010 年 2 月 24 日，第 62 段。

¹⁶ 同上，第 63 段。

些程序整个过程中持续保持的职责，包括必须与破产管理人合作，协助其履行职责；提供关于公司财务状况及其经营业务的精确、可靠和完整信息；与破产管理人合作，协助其对破产财产实行有效控制，并为收回资产和经营记录提供便利。

36. 建议 114 和评注第 34 段述及债务人未能履行这些职责时实行的制裁。在一些制度中，董事和高管不履行这些职责可能承担刑事责任，在有些制度中则可能对违反这些职责所造成的任何损害承担个人责任。

B. 破产时和临近破产期间产生的职责

37. 日益受到注意但做法上大相径庭的一个问题是在申请或启动破产程序之前的某个时刻，“模糊区”、“破产区”或“临时破产”说法不一，公司董事的职责是否应受到影响。虽然这是一个有些朦胧的概念，但用意是表达公司财务稳定状况的恶化，如果继续下去不加解决，很可能将导致破产和启动破产程序。如果职责在该时期受到影响，那么一个相关的问题是这种影响何时应当发生以及将如何定义“破产”的必要状态。另一个相关问题是该时董事职责的性质以及是否与公司有清偿能力时所适用的职责不同。

1. 在濒临破产时董事应对债权人负有义务吗？

38. 在一个国家，据确认，在破产时刻或濒临破产时，董事对债权人不负有受托人责任，这里所指的受托人责任是对公司的忠诚义务（即为了公司的最高利益诚实和信诚地行事）。这种责任的内容并不随着公司财务健康状况而发生改变，自始至终都是一项对公司的责任。公司的利益不应当与债权人的利益或其他利害关系人的利益相混淆。¹⁷在这种时刻董事职责核心不改变的一个关键原因是可以援用一项补救措施，该措施规定，如果公司董事“以一种压制或不公正歧视或不公正地忽略任何担保权人、债权人、董事或高管的利益的方式”行使其权利，¹⁸这些利益方可能有权因受到公司行为之害而获得救助。这一补救措施所依据的概念是公司有责任作为良好法人公民行事，因此，必须考虑到可能受公司行为影响的所有利害关系人的利益。重点是可被称作公司行为，而非个人或与商务无关的行为。相关的行为可能是强迫、滥用、烦累、严酷、不守信用、滥用职权，或涉及某种其他类型的严重错误。

39. 世界银行的“破产和债权人权利有效制度原则”建议，关于董事和高管对企业陷入财务困境或破产时作出的有损债权人利益的决定承担责任，这方面的法律应当促进负责任的公司行为，同时鼓励合理的冒险。最低限度，标准是应当规定管理层为故意、草率或重大过失行为对债权人造成的损害负责。”¹⁹

¹⁷ 加拿大： *Peoples Department Stores Inc. 诉 Wise* 2004 SCC 68，第 43 段。

¹⁸ 《1985 年加拿大商务公司法》，第 241(2)(c) 节。

¹⁹ 世界银行“破产和债权人权利有效制度原则”，2005 年，B 部分：风险管理和公司检验，B2：董事和高管问责制。

40. 一些评论员反对在启动破产程序前董事对债权人负有责任的概念，其根据是，债权人受到其他法律规定的充分保护，例如那些关于欺诈性转让的法律，而且可以通过例如合同和保险来管理任何风险。

41. 一种不同的方法是建议在以下分析的基础上的，这就是规定对债权人的职责后将适得其反，反而会促使董事为其作为股东的地位争取最大利益，谋求通过经营摆脱破产。这种行动路线可能涉及采取高风险战略为股东挽救或增加价值，同时使债权人的利益遭受风险，并可能表现为对成功机会的关切有限，因为如果所采取的行动路线失败，可以受到有限责任的保护。一旦发生破产，股东持有股票将一钱不值，他们的地位将被债权人作为剩余求偿人取代。因此，分析指出，董事的受托人职责应随之转向对债权人负责，而不是将重点放在为股东争取实现价值最大化上。

42. 在一些国家，据称，高管和董事的职责在临近破产期间发生改变，转为保护公司的债权人而不股东；在其他一些国家，概念上是范围扩大，除股东之外，还包括债权人。保护公司利益的职责一般保持不变。

43. 虽然在发生破产时要求董事对债权人负责这一基本原理在不同的法域可能相同，但在规定职责和确定已达到的标准方面采取了不同的做法。一种做法是以信托原则为基础，将董事视作公司资产的受托人，在公司破产时为债权人的利益持有这些资产，并规定了必须为债权人保持这些资产的义务。

44. 另一种不同的做法表明，当董事知道公司不能履行其到期债务时，应当要求董事采取行动监测公司的财务状况和避免破产。如果他们仍继续开展业务，涉及例如赊账获取货物和服务而不向这些债权人披露财务状况，则他们应承担个人责任。

45. 国际破产协会对这一专题进行研究后，指出要求董事和高管为公司破产承担个人赔偿责任的各种利弊。²⁰ 其利有：

(a) 及早制止公司衰败的趋势，以保护现有的债权人免于遭受更大的损失，并防止新的债权人卷入公司的财务困境；

(b) 通过实行严厉的制裁措施管制并约束管理层；

(c) 鼓励管理层在财务困难迫近时取得适合的专业建议。

46. 其弊包括：

(a) 可能会过早关闭有可能维持下去的有生存能力的企业；

(b) 阻碍自愿重整的努力，因为董事们不愿通过经营走出困境；

(c) 因合并和削弱企业激励措施而破坏法律地位。太高的风险可能使董事望而却步，尽管可由公司支付董事保险，但保险费很高，而且常常规定了很多例外情况；

(d) 不可预测，因为赔偿责任取决于特定的情形，以及将来法院的态度；

²⁰ Directors in the Twilight Zone III (2009 年)，国际破产协会，Overview, 第 5 页。

(e) 银行和由于参与公司事务而可能被视为实际董事的其他人更加有可能承担意想不到的赔偿责任，特别是在破产期间。

47. 如上所述，一些评论者建议，对债权人的责任应被视为对股东的责任之外的补充。在这种情形下，董事可能会面临潜在的冲突。例如，公司的财务状况可能表明该公司必须在几周内申请启动破产，这样股东将没有剩余利益，而债权人的债权也不会得到全额偿付。债权人可能会赞成以能够完全偿付债务的价格出售企业，而股东则可能希望等待更高的价格或另一个买方，以期得到哪怕是最低的回报。²¹ 董事们在权衡了具体案件的情形下不同股东的利益之后，必定要选择最有利于整个公司利益的行动办法。

48. 董事的个人赔偿责任为债权人提供重要保护的视情形而有所不同。例如，小公司的董事往往是首要负责人，他们可能会同时失去个人资产和企业资产，几乎留不下什么来偿付债权人的债权。而大公司通常为其董事购买责任保险，该保险可能会补偿遭受损失的债权人，但同时也保护了董事，削弱了履行所规定的勤勉义务和其他行为标准的激励措施。不过，近年来一些法域中公司大规模倒闭的数量之多，可能已对董事和高管的责任保险产生了负面影响，使这种保险越来越昂贵，风险也越来越大。除了上述考虑因素之外，向债权人提供的保护可能受其对违反义务进行起诉的能力所影响，如果认定董事负有赔偿责任，还受赔偿或损害赔偿方面的后果所影响；有人指出，为破产财产的利益进行赔偿可能有利于有担保债权人而非无担保债权人。²² 如《经合组织原则》所述，在许多法域，部分由于披露效力薄弱和费用高昂，²³ 强制执行的可能性很低，其他许多评论者也强调了这一现实。

2. 确定“濒临破产”的开始时间

49. 如果董事在濒临破产期间对债权人有义务，确定该义务产生的时间有多种可能。

50. 一种可能是在提出申请启动破产程序之时，这种办法所产生的确定性可能是最大的。但是，如果破产法规定申请后程序自动启动，或者申请和启动之间相隔的时间很短（见《立法指南》建议 18），这种办法便几乎无效。

51. 其他可能性侧重于在公司实际破产或在理论上破产时产生的义务，这可能大大早于申请启动破产程序的时间。若采用《立法指南》中的一般办法，公司无力偿还到期债务时，或者公司资不抵债时，即可谓之破产。还有一种可能是在破产即将发生时，即债务到期时公司基本上将无力偿还（见《立法指南》建议 15）。这些标准越来越多地用于破产法中的启动标准，在一些国家还用作规定

²¹ R. de R. Barondes 等著, *Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies*, 1 *J. Bus & Tech L* (2006-2007 年), 229 at 233。

²² J. Payne 和 D. Prentice 著, *Civil Liability of Directors for Company Debts under English Law*, 第 8 章, 第 193-194 页, 载于 I. Ramsay 编, *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, 墨尔本大学, 2000 年。

²³ OECD Corporate governance and the financial crisis, 见注 15, 第 63 段。

董事有义务在某一时期内申请启动破产程序的依据，通常是公司破产之后很短的一段时期。

52. 一些法院已经试图对“濒临破产”加以定义。一法院建议当公司无法“产生和（或）获得足够现金支付其预期债务，并为其业务所需的周转资金和资本开支拨款，提供合理的缓冲，应对其随着时间变化的业务需要之时，即发生濒临破产。”²⁴ 该法院认为，公司一旦无法支付其当前的债务，要保护债务人便为时已晚。在这种情况下，加重义务的时期延长到实际危机发生前 4 年，而不考虑是否可预见到丧失清偿能力。另一些国家的法律也规定了这么长的时期，从而可使董事为在公司破产前三年中不适当履行义务而承担赔偿责任。

53. 另一种定义办法侧重于董事或高管知道或应当知道公司破产或可能破产，或者知道或应当知道无法合理期望公司免于启动破产程序的时候。这两种标准是主观的，需要更广泛地考虑环境和背景，包括诸如检查公司账目及其财务状况。这类标准可能引起的一种担忧是，难以毫无疑问地确定董事具体在何时才算是促成了公司的破产。

3. 义务的性质

54. 许多破产法或公司法中的条款涉及破产程序启动前一段时期董事的责任问题，但所采用的办法迥然不同。一些法律规定对造成破产承担赔偿责任，而另一些法律则较多地侧重于违反具体的义务，如忠诚义务、增进公司利益的义务和仅为债权人的财务利益行事的义务。在一些法律中，在濒临破产时应尽的义务补充了董事在公司有偿债能力时应尽的义务，要求他们采取某些步骤以避免或扭转财务困境，并尽量减少债权人的潜在损失。在某些法域，不同董事会成员的勤勉义务和可适用的标准可能有所不同。²⁵

55. 一些法律规定，²⁶ 董事有义务按照负责任的企业家所应有的谨慎行事，其中也包括面临危机威胁之时，有义务考虑所有可行的挽救步骤，尽可能启动适当措施。这些步骤可包括，如果召集股东会议显然最符合公司的利益，便召集股东会议，如果从资产负债表上看有一半或一半以上股票资本已经流失，便毫不当拖延地召集股东会议（通常适用于法律有资本保全要求的情形）。董事还可能有一特定义务在一特定时间内申请启动破产程序，其中包括重整或清算，这段时期通常很短，例如在公司破产之日后三周。若未能这样做，便可能为对公司及其债权人所造成的任何损失承担全部或部分个人赔偿责任。

56. 另有法律规定，一旦公司破产，董事的某些行动可能会按照诸如不当交易或欺诈交易的条款被定为非法，²⁷ 或成为使公司经济状况恶化或导致破产的行为。不当交易的概念既可适用于独立公司的董事，也可适用于企业集团成员的

²⁴ 美国：Pereira 诉 Cogan, 294 B.R. 449, (S.D.N.Y. 2003)。

²⁵ 例如，瑞士。

²⁶ 例如，德国和若干大陆法系法域。

²⁷ 例如，英格兰（《1986 年破产法》）和加纳。

董事。企业集团成员的董事若是如上所述作为集团另一成员的实际董事或“影子”董事行事，可能要遵守规则。

4. 应当达到的标准

57. 如义务说明所述，会按照不同标准判断董事的行为，以确定他们是否未能履行自己的义务。

58. 如上所述（见上文第 6、12 和 56 段），不当交易法通常侧重于董事或高管何时知道或应当知道公司破产或可能会破产。在这方面，可能会根据合理预期与董事在公司中履行的职能相同的人所应具备的一般知识、技能和经验对董事进行判断。这种标准是主观的，而且对具备复杂的会计系统和程序的大公司的董事可能会有更高的预期。同样，如果董事的技能和经验超出了职位的要求，可能会按照其具备的技能和经验而非该职位的要求作出判断。而另一方面，技能和经验不足以胜任工作不能成为董事的借口，对他们进行判断的依据也可能是其职位所要求的技能和经验。²⁸

59. 还有一种办法²⁹要求在产生导致破产的债务时有合理的理由怀疑公司破产或将要破产。这种怀疑必须包括确实感到担忧或疑虑，相当于没有足够证据支持的判断。与预期或知道公司破产相比，这个限度比较低。其标准是一个处于公司类似职位的有理性的人在公司环境中的意识标准。³⁰

60. 还有一种办法，侧重于管理不善，按照通常的明智董事的标准对董事加以判断。可能会引发赔偿责任的行为或行动的例子包括草率行事、能力不足、粗心大意、未能采取行动、参与不公平交易或没有商业性质的交易，以及超出公司能力不适当地发放贷款，而最常见的失职行为涉及董事在明显已破产的情况下允许公司进行交易，并着手实施超出公司财力且不符合公司最佳利益的项目。³¹其他也侧重于管理不善的例子包括：董事在订立合同前未能对生意伙伴的财务稳健性或其他重要因素进行充分的研究，董事未能提供充足的信息使监事会对管理进行监督，董事忽视了公司的适当财务管理，也忽略了采取保护措施预防明显可预见的风险，以及董事糟糕的人事管理导致混乱和罢工。³²

²⁸ G. Siegel 和 P. Rosen 著，Are United States Courts developing a United Kingdom approach to the liability of directors of insolvent companies?，2004 年 4 月，第 3 页，引用 T. E. Cooke 和 A. Hicks 著，Wrongful Trading – Predicting Insolvency, *J.B.L.* (1993), 338 at 338-339。

²⁹ 例如，澳大利亚：《2010 年公司法》，S588G。

³⁰ 见 H.H.Rajak 著，Director and Officer Liability in the Zone of Insolvency: a Comparative Analysis, *PER* 2008(1), 第 23 页。

³¹ 例如，法国：《2000 年商法》。见 P. Omar 著，The European initiative on wrongful trading, *Insolv. L.* 2003 年，239 at 246。

³² 例如，荷兰，同上，247-248。

61. 一些法域不考虑董事在破产前或濒临破产时的行为，而是侧重于破产程序启动前进行的补救交易和其他行动，以及在破产程序开始时使用撤销权。按照不当交易法等，允许公司进行这类交易可能是帮助裁定赔偿责任的证据。

5. 抗辩

62. 按照一些法律，即使董事在濒临破产时的确对债权人负有义务，他们仍有某些抗辩理由，如商业判断规则（见上文第 26 段），表明他们的行为是合理的。这种规则假定，董事诸如属于善意行事且合理地相信他们所做的符合公司的最佳利益，他们没有实质性的个人利益，而且他们已经适当地了解了情况。许多法院不愿对没有利益冲突且履行了勤勉和忠诚义务的董事作事后评论，也不愿利用后见之明进行裁决。一种稍微不同的办法是，在证据不足的情况下对董事作有利判定，假定商业风险是管理中不可避免且随时可能发生的一部分。还有一种可能是，商业判断规则为法律所规定的某些但非所有义务提供了抗辩。例如，在一个国家，该规则并未在不当交易或破产交易条款方面提供抗辩。³³

6. 董事义务的执行

(a) 什么人可以进行诉讼

63. 若干法律述及诉讼的性质、有权进行诉讼的人和提起诉讼的时间，以限制针对董事进行诉讼的权利。下文的概要不包括按照《立法指南》建议 87 行使撤销权。

64. 一些法律规定，如果已经启动了破产程序，只有破产管理人才有权在审查了董事在破产前采取的行动后，针对该董事提起诉讼，目的诸如针对对公司所造成的任何损失，为债权人追回补偿。例如，不当交易法可能允许破产管理人追诉董事和高管必须对破产财产作出贡献，他们的行为促成了破产程序的启动或构成管理不善行为。

65. 如果公司即将破产，这项权利可由公司本身行使，在某些情形下由债权人行使，但许多法域的法律除某些例外情形外规定，³⁴ 在公司申请启动破产程序之前，债权人无权起诉该公司的董事。在某些国家，法院可能本身就有权提起此类诉讼。如果债权人能提起诉讼，通常也仅限于因董事所采取的行动而自身直接受到损害的债权人。在提起这类诉讼时，经常遇到的困难是证明管理人员的行为和债权人实际遭受的损害之间的联系。通常，股东不能起诉董事违反义务，无论是在破产前还是破产后。但某些法律规定，在某些情形下，例如破产管理人未采取任何行动，则股东可享有衍生权利。还有的法律采取了更为宽松的办法，允许较为广泛的各方起诉董事在濒临破产期间违反义务。

³³ 例如，澳大利亚，注 29。

³⁴ 例如，德国和日本。

66. 在允许破产管理人提起诉讼的情形下，可能出现的困难是，如果对董事的诉讼败诉，将如何支付费用。撤销程序中的情况经常是，除非胜诉的机会很大，否则破产管理人可能不愿花费破产财产进行诉讼。

(b) 赔偿责任的限度

(一) 损害赔偿和补偿

67. 如果认定董事要为在濒临破产期间的作为或不作为承担赔偿责任，这种情况下赔偿责任的程度各有不同。一些法律规定，董事可能要为各债权人、雇员和公司本身所遭受的损失或损害承担赔偿责任。他们还可能对造成破产财产减少的付款行为承担赔偿责任。一些法律允许法院调整赔偿责任的金额，以便与导致赔偿责任的管理不善或其他行为的性质和严重程度相当。在一些情形下，赔偿责任可能由具体的董事承担，而在另一些情形下，赔偿责任可能由董事会成员共同连带承担。

68. 一些法律规定，可以裁定董事对公司应当停止交易之时到公司实际停止交易之时这段时间公司资产价值的差额承担赔偿责任，在这种情况下，所追回的数额归入破产资产。³⁵ 一种稍微不同的办法是，允许向董事追回现有资产和公司偿债所需数额之间的差额。

69. 在一些法域，董事赔偿责任限度在于股东大会对损害赔偿的处分权限度。虽然若干法律并未规定股东有权免除或处理损害赔偿而使债权人遭受损害，但某些法律的确给予股东这样做的有限权利。

70. 即使法律规定了董事的赔偿责任，如上所述，裁定董事承担赔偿责任的案件显然十分稀少。在一些国家，按照这类规定裁定大公司董事承担赔偿责任的案例即使有也不多，尽管股东人数有限的公司有这种例子。³⁶ 在另一些国家，裁定大公司董事承担赔偿责任的可能性大大高于小公司董事。³⁷

(二) 取消资格

71. 按照一些法律的规定，破产程序启动的一个结果是撤销董事的职务或禁止其参与公司运营。一法律规定，³⁸ 若裁定某人“不适合”担任董事，可下令取消其资格 2 至 15 年。作出判定的相关因素包括：违反受托义务、滥用资金和不能维持准确的账目并取得收益。其中还可能包括与公司破产有关的行为，例如公司订立了交易，但这些交易应按照与《立法指南》建议 87 中的理由相类似的理由撤销，而该人对此负有责任，或者该董事知道或应当知道公司已经破产而公司仍在进行交易。在具体案件中，在确定不称职时通常会将各种要素合并考

³⁵ Siegel, 注 28, 第 10 页。

³⁶ 例如，日本。

³⁷ 例如，德国。

³⁸ 《1986 年公司董事资格取消法》(英格兰)。

虑。在有取消资格规定的法域，被裁定不称职的人往往表现出缺乏商业诚信、明显失职或严重不胜任，但情况并不总是如此。

72. 可能会在取消资格的同时进行其他制裁，并如上文所述追究个人赔偿责任，也可能只取消资格，如果该人作为董事的总体行为应受此种惩处的话。允许取消资格的法律的强制执行情况不一。

73. 专家组建议，在欧盟范围，应当规定取消董事资格，作为对误导性的财务报表和非财务报表以及董事其他形式的不正当行为所施的制裁。³⁹《2006 年欧盟报告》⁴⁰的许多撰稿人反对根据现有的国内立法框架通过关于取消资格的任何新立法，一些人认为进行统一可能会造成宪法上的难题。不过，许多撰稿人（包括对实行取消董事资格规定这一建议持赞成和反对意见的人）指出，必须开发一个信息交流系统，并（或）在不同成员国当局之间建立更好的信息交流合作。大家普遍一致认为，在一个成员国被取消资格的董事不应在另一成员国担任董事。

四. 可能制定的准则的范围和内容

74. 第五工作组在制定关于董事在濒临破产时的义务和赔偿责任的准则时，似宜考虑以下事项：

- (a) 定义应当履行义务的人；
- (b) 指明哪些人应当履行义务；
- (c) 确定在启动破产程序之前这一期间何时产生这类义务；
- (d) 具体说明所应履行的义务的性质或所要涵盖的不当行为类型，例如，
 - (一) 不当交易—董事或高管应当已经知道破产是不可避免的，而董事或高管并未采取合理步骤尽量减少债权人的损失；
 - (二) 违反义务—董事或高管滥用或留占公司资金或财产，或者不法行为或违反义务，无论是受托义务还是其他义务，造成资产滥用或公司损失；
 - (三) 涉及公司资金或财产的不当行为—董事或高管促成或允许提供优惠或进行亏本交易，对债权人造成损害。
- (e) 指明针对这一行为或违反义务可采用哪些救济办法。

³⁹ 见注 3，第 69 页。

⁴⁰ 见注 5，第 14-15 页。