



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十三届会议
2013年4月15日至19日，纽约

破产法

临近破产期间董事的义务

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-8	2
临近破产期间董事的义务		4
本[部分]的导言和目的		4
一. 背景	1-15	4
二. 临近破产期间董事义务的要素	16-57	9
A. 义务的性质	16-21	9
B. 义务产生的时间：临近破产期	22-25	12
C. 确定负有义务的当事方	26-29	15
D. 责任	30-37	17
E. 在破产程序启动之时强制执行董事的义务	38-57	20



导言

1. 委员会 2010 年第四十三届会议收到了关于破产法领域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）载列了对载于 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件的瑞士提议的补充材料。
2. 经过讨论，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）和国际破产学会（A/CN.9/582/Add.6）提出，内容涉及企业董事和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仅放在破产情形下产生的职责和责任上，而无意涵盖刑事责任领域，也无意述及公司法的核心领域。
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），在第四十届、第四十一届和第四十二届会议上继续进行（2011 年 10 月 31 日至 11 月 4 日，维也纳；2012 年 4 月 30 日至 5 月 4 日，纽约；以及 2012 年 11 月 26 日至 30 日，维也纳）。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、A/CN.9/742 和 A/CN.9/763）。
5. 以下材料建立在 A/CN.9/WG.V/WP.96、100、104 和 108 等文件以及工作组第三十九届、第四十届、第四十一届和第四十二届会议所作决定的基础之上。为便于参考，本说明在方括号内保留了以前案文草案（即 A/CN.9/WG.V/WP.104 和 108）中使用的段落编号和建议编号。
6. 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），即该项工作将构成《破产法立法指南》的一部分，因此以下案文沿用《立法指南》的格式。工作组不妨审议，该案文应作为《指南》一个新的部分，还是可作为现有部分例如第二部分第三章“参与者”中增加的一节。按照第四十二届会议提出的一项请求，现在评注的顺序反映了建议的顺序，各项建议不再一并放在案文结尾处，而是放在评注的相关部分之后。与《指南》第一至第三部分相一致，每一组建议之前有一个目的条款作为引导。
7. 工作组也不妨审议本[部分]是否有任何特定术语应列入术语表。
8. 工作组不妨注意，下述段落载有置于方括号内的新的案文需要审议：导言和目的，第 1 和第 2 段；背景，第 2 段；第二节，第 20(d)、(f)、(j)段，第 21、21A、22、25、33、35、36、47、48、51、55 和 57 段。建议 3-12 草案的目的条

¹ 第一个议题涉及主要利益中心和相关问题，在 A/CN.9/WG.V/WP.112 号文件中讨论。

款，以及建议 1、3、6、8 草案中的一些词语和建议 12 草案和有关脚注需要审议。

《贸易法委员会破产法立法指南》

临近破产期间董事的义务

本[部分]的引言和目的

[1. 本[部分]的重点是企业临近破产或者破产不可避免时那些负责就企业的管理作出决定的人可能要承担的义务。破产程序一旦启动，此类义务即可强制执行，规定此类义务的目的是保护债权人和其他利益关系人的合法利益，并鼓励及时采取行动，最大限度地降低企业所经历的财务困境的影响。董事会的构成是处理这些问题的一个重要因素。董事会一般由以下人员组成：在企业拥有所有者权益的个人和为公司工作（如管理其商业运作）或与其股东关联的个人（“内部董事”），加上往往由于其经验和经营能力而被选中的独立的个人（“独立董事”）。独立董事可能无法在相同程度上获取内部董事或债权人或第三方知悉或可得到的信息。视实际情形而定，内部董事和独立董事的责任可能有所不同。]

[2. 本[部分]述及就此类义务作出规定的条文的一些关键要素，其中包括：(a)义务的性质和程度，(b)义务产生的时间，(c)义务归属于哪些人，(d)对违背义务的责任，(e)义务的强制执行，(d)适用的抗辩，(g)救济办法，(h)哪些人可提起诉讼以强制执行义务，(i)如何为这些诉讼供资。]

一. 背景

1.[6] 公司治理框架规范公司管理层、董事会、股东及其他利益关系人之间的一系列关系，不仅提供了据以确定和实现公司目标的组织架构，而且还提供了籍以监测业绩情况的标准。良好的公司治理应当鼓励董事会和管理层追求符合公司及其股东利益的目标，并提升推动企业投资和发展所必需的信心。国际层面为制定广泛采纳的公司治理原则²做了很多工作，其中包括企业破产时那些负责就企业的管理作出决定的人（本[部分]称作“董事”³）的义务。

2.[7] 许多破产法承认，一旦破产程序启动，董事所负义务在实质内容及重点上，都将有别于这些程序启动之前适用的义务，重点是优先实现价值最大化和保全破产财产以便分配给债权人。破产管理人通常会让董事脱离对公司事务的日常参与，但有些破产法规定董事仍可继续发挥作用，尤其在重整方面。[建议 112 述及债务人可在企业继续运营中发挥作用的几种可能性，其中包括保留全面控制权、有限度的撤换和完全撤换。]上文建议 108-114 以及评注第二部分第三章第 22-34 段述及一旦启动破产程序后董事负有的义务。建议 110 较详细地指明

² 例如见《经合组织公司治理原则》，2004 年。

³ 为本[部分]之目的可将谁视为董事，这一问题在下文第...段中讨论。虽然该术语并无一个普遍接受的定义，但为称呼方便，本部分统一称为“董事”。

在破产程序启动之时根据破产法产生的并在这些程序的整个持续期间持续存在的义务，包括与破产管理人进行合作并协助其履行职责的义务；提供与公司财务状况和商业事务有关的准确、可靠和完整信息；与破产管理人合作并协助其有效控制破产财产，为追回资产和业务记录提供方便。还述及债务人未履行这些职责时给予的制裁（建议 114 以及评注第 32-34 段）。

3.[8] 有效的破产法除了为化解身处困境的企业的财务困难提供可预见的法律程序并为这些企业的高效重整或有序清算提供必要的框架外，还应当允许审视造成破产的种种情况，尤其是破产程序启动之前的一段时间内此类企业的董事的行为。然而，对如何协调统一各国法律中可能便利审视此种行为的各种做法，国际层面做的工作很少，仍然存在巨大分歧。在企业可能经历财务困境但并未破产或尚未进入破产程序的这段时期董事可能负有的义务的性质和范围尚未明确确定，但在日益成为全面辩论的主题，特别是因为 2008 年全球金融危机之后破产十分普遍。

4.[9] 已经无力或即将无力履行到期资金义务和合同义务的企业需要强有力的管理，因为常常要作出艰难的决定和判断，这些决定和判断对公司的生存至关重要，可随后为其所有者、债权人、客户、雇员和其他人带来利益。主管董事应当了解公司的财务状况，并且掌握所有可合理获得的必要信息，以便能够采取适当步骤化解财务困境并避免进一步下滑。在这些时候，董事需要在权衡具体情况下相关利益关系人的利益之后，选择最符合企业整体利益的行动方针。在一些法律中，这些利益关系人将是公司本身和公司的股东。在另一些法律中，则可能涉及包括债权人在内的更广泛的利益共同体。董事如果担心个人责任，以及在这些情形下作出艰难决定后可能产生的财务影响，可能会过早地关闭企业，而不是力图通过经营摆脱困境，或者可能会从事不当行为，包括不公平地处分资产或财产，或者也可能想辞职，这些往往增加公司所面临的困难。

5.[9A] 利益关系人的不同利益和动机并非董事和管理人员容易平衡的，有可能会引起冲突。举例说，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，以实现自身利益最大化，或者对任何可能的变卖加以隐瞒，以期得到更好的回报，特别是变卖的价格仅顾及债权人的债权而让股东一无所得的话。这类行动方针可能涉及采取高风险战略以为股东保值或增值，而与此同时将债权人的利益置于危险之中。这些行动也可能反映出对成功与否不太关心，因为如果行动方针失败，有限责任或董事责任保险将提供保护。

6.[10] 与作出适当的商业决定有关可能会有各种困难，尽管如此，在公司遇到财务困境时，仍然应当尽早采取行动。财务状况下滑之快通常超出许多当事方的想象。随着企业财务状况恶化，实现可行解决办法可加利用的选项也迅速减少。为方便尽早采取行动，必须能够顺利利用相关程序；如果该行动不能导致利用相关、有效的程序，敦促董事尽早采取行动也就益处不大。⁴此外，规定董事对重组谈判等非正式程序进行期间的交易承担责任（在第一部分第二章第 2-

⁴ 据指出，在某一国家，关于破产情况下交易的立法所涉案件为数很少是由于利用自愿程序较为方便，唯有生还无望只能破产的公司最终被清算。

18 段中讨论) 的法律, 可能会阻碍尽早采取行动。虽然许多国家已适当调整破产法的重点, 转而给尽早采取行动提供更多选项, 以便利企业的拯救和重组, 但仍然很不重视适当地激励董事使用这些选项。通常是由于董事未及时采取行动, 而任由债权人决定究竟是采取这些选项还是启动正式破产程序。

7.[11] 有些法域在处理鼓励尽早采取行动这一问题上的做法是, 规定债务人有义务在破产发生后一段指明的时期内申请启动正式破产程序, 以避免在破产情况下仍然进行交易。另一些法域处理该问题的做法是, 重点强调董事在启动破产程序前阶段负有的义务, 规定董事对破产无法避免已很清楚或本可预见的情况下仍然继续进行交易所造成的损害负有责任。作出这类规定的理由是适当地鼓励通过利用重组谈判或重整而尽早采取行动, 并制止董事将公司财务困境所造成的费用外部化以及让债权人承担进一步交易的所有风险。

8.[12] 规定此类义务一直是持续辩论的主题。承认该做法有其长处者⁵指出, 这些义务可能有助于鼓励董事审慎行事, 尽早采取步骤扭转公司颓势, 以便防止现有债权人遭受更大损失, 并避免未来债权人被纠缠到公司的财务困境中。换言之, 这些义务还可能产生对董事有所控制和约束的效果, 从而阻止其采取风险过大的行动方针或被动地默认由其他董事提出的风险过大的行动, 因为不履行义务会受到各种制裁。一个关联的好处可能是, 这些义务激励董事在出现财务困境时征求称职专业人员的咨询意见。

9.[13] 认为此种做法存在众多不利之处的评述者引述了以下实例。如果规则仅仅根据财务困境的现实来推定管理不善, 则常常造成本来知识丰富和能力较强的董事离公司而去, 从而使公司重整和恢复盈利的机会被错过。寻求避免承担责任的董事有可能会过早地关闭一家本可存活的仍有生命力的企业, 而不是力图通过经营摆脱公司困境。起草得当的条文可阻止过分仓促地关闭企业, 并且在继续经营是尽量减少债权人损失的最适当方式, 并更可能平衡所有利益关系人的权利和合法期望时鼓励董事继续运营, 同时区分行为过错的情况与那些涉及运气不佳或其他外部因素的情况。提到的另一个不利之处是, 可以将这些义务视为损害因注册公司而确立的法律地位, 虽然可以争辩说, 应当将有限责任视为一种特权, 而且法院对滥用有限责任而给债权人造成损害的可能性十分清楚。这类义务还可能被视为削弱了企业的积极性, 因为风险过高可能会让董事灰心丧气。然而, 起草得当的条文不会将重点过多地放在造成困境的原因上, 而是放在出现困境之后董事的作为(或不作为)上。在法律中规定了这类义务的法域提供的实例表明, 只有很明显不负责任的董事被认定为负有责任。

10.[14] 另据称, 由于是否要负责任取决于每个案件的具体情形以及法院今后的态度, 这类义务可能会增加不可预见性。据称, 许多法院缺乏在事件发生之后对商业行为加以审视的经验, 而是倾向于对董事在相关期间作出的决定进行猜测。然而, 在强制执行这些义务方面有经验的法域, 法院通常尊重董事所采取的行动, 尤其是在这些董事根据独立咨询意见行事时。另一种意见认为, 尤其是在破产之时, 银行和由于涉足公司事务而可能被视为董事的其他人承担意外责任的风险增加。相关立法似宜为与债务人公平交易并以商业上合理的方式善

⁵ E.g. *Directors in the Twilight Zone III* (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

意行事的当事方提供适当的保护。⁶还据称，规定这类义务会给债权人提供过多补偿，而债权人本来是能够通过其合同实现自我保护的，从而使得监管成为多余。不过，这种态度的预设前提是，例如，所有债权人都与债务人订有合同，他们能够通过商谈获得涵盖多种意外事件的适当保护，并且他们有资源、有意愿并有能力监测公司的事务。并非所有债权人都享有这种地位。

11.[15] 在不同国家，由不同法律对董事所负义务和责任作出具体规定，其中包括：公司法、民法、刑法和破产法，在某些情况下，这类义务和责任可能列入其中不止一项法律，或者分散在这些法律中。在普通法系中，可依据判例法以及根据相关法规适用这些义务。此外，对于董事所负义务和责任适合由破产法处理还是由公司法处理存在不同的看法。这些看法以公司地位为核心，即公司是有偿付能力的公司，还是应当受制于破产程序，前者通常由公司法等法律处理，后者由破产法处理（尽管也有不能作此明确区分的实例）。⁷在破产程序启动之前的阶段，债务人可能事实上处于破产状态，目前公司法或破产法可能均未适当述及这个阶段造成的问题。不过，规定在破产程序启动之后可追溯执行的义务可能会造成不同法律下适用的义务有所重叠，为了确保透明和清晰并避免潜在的冲突，应当对这些义务加以协调统一。

12.[16] 不仅规定这些义务的法律不同，而且义务本身也有所不同：如上所述，在破产程序启动之前适用的义务通常有别于一旦这些程序启动而可适用的义务（见第二部分第三章第 22-33 段）。董事在履行职责时需要遵守的标准通常也会根据商业实体的性质和类型（例如公众公司有别于有限型公司、封闭型公司或私有型公司或家庭型企业）以及实体运营所在的法域而有所不同，还取决于董事是独立的外部人士还是内部董事。

13.[17] 述及董事义务和责任的法律的适用与有关公司治理的其他法律规则和法定条文密切相关、相互作用。在有些法域，这些法律是政策框架的关键部分，例如向金融机构的存款人提供保护、便利征税、述及让某些类别债权人优先于其他人（例如雇员）以及相关的地方性法律、企业和文化框架等的政策框架。

14.[18] 该领域的有效监管应当力求在不同利益关系人经常彼此竞争的目标和利益之间取得平衡：保护董事适当履行义务并行使判断的自由，鼓励负责任的行为，阻止错误行为和过分冒险，促进创业活动并鼓励面临财务困境或破产的企业尽早进行再融资或重整。这类监管可以提升债权人与公司进行业务往来的信心和意愿，鼓励那些不然就可能由于与破产有关的风险而不愿意参与的更有经验的管理人员参与进来，推进良好的公司治理，使董事的法律地位更有可预见性，并且限制一旦启动破产程序破产从业人员对董事提起诉讼的风险。关于企业临近破产时负责就企业管理作出决定者的义务的准则如果效率低下、不够明确、陈旧过时并且前后不一，就有可能损害一部有效和高效的破产法意在提供的种种益处，并加剧其意在化解的财务困难。

⁶ 见第 27[21]段。

⁷ 由于认识到这个问题，本[部分]中的建议采取灵活做法，提及“关于破产的法律”。

15.[19] 本[部分]的目的是确定应在法律中反映的关于公司临近破产或破产不可避免时董事的义务的基本原则。这些原则可作为参考，政策制定者在审查和拟订适当的法律和监管框架时可加以使用。尽管承认应当通过董事的及早行动和适当行为实现破产法的目标（上文第一部分第一章第 1-14 段和建议 1 作了扼要阐述），但同时也承认，规则过于苛刻有可能给创业活动带来威胁和潜在的困难。本[部分]并不述及在刑法、公司法或侵权行为法下可适用的董事义务，仅侧重于可列入相关法律并且一旦破产程序启动即可强制执行的那些义务。

二. 临近破产期间董事义务的要素

A. 义务的性质

16.[28] 尽管不同法域考虑破产临近时董事义务的基本依据可能类似，但在拟订此类义务并确定应当达到的标准时采取了不同的义务。然而，一般而言，法律往往侧重于两个方面——首先，规定董事对造成破产或在破产临近时未采取适当行动的民事责任（根据有些法律，其中可能包括根据国内法所规定的义务启动破产程序——见第 17[29]段）；其次，破产程序一旦启动，宣布在临近破产时董事采取的行动无效，其中包括可能达成的交易。

1. 启动破产程序的义务

17.[29] 如上所述，有些国内法规定董事有义务在公司事实上破产之日以后一段明确规定的时间内申请启动破产程序，其中包括重整或清算，该段时间通常很短，例如三个星期。未履行这类义务可能导致对公司及其债权人因此而遭受的任何损失全部或部分承担个人责任，在某些情况下，如果公司继续经营还可能承担刑事责任。第二部分第一章第 35-36 段对这项义务进行了讨论。

2. 民事责任

18.[30] 董事在破产临近时的民事责任通常以对下述行为承担责任为基础：造成破产或未能采取适当行动以监测公司的财务状况、避免公司出现财务困境或使这种困境得到改善、尽量减少对债权人可能造成的损失并避免破产。如果董事订立交易的目的并非是改善财务困境和保全公司的价值（例如高风险交易或处分公司破产财产中的资产从而毫无理由地造成债权人风险敞口显著增加），则可能产生这种责任。如果董事知道破产无法避免或公司无法履行到期债务，但仍然继续开展涉及赊账获取物品和服务等的业务，既无希望付款，也没有向这些债权人披露公司的财务状况，也可能产生此种责任。有些法律规定，董事未履行各种义务，如报告无力支付税款和社会保险金等某些款项或正式宣布破产，都可能产生此种责任。

19.[31] 除非法律要求董事予以报告或作正式宣布，在上文所述的情况下，一般可以指望董事将合理行事，并且采取充分、适当的步骤对局势加以监测，以便始终了解情况，从而能够采取行动尽量减少债权人和公司（包括公司股东）

遭受的损失，避免采取会使局势恶化的行动，并采取适当的行动以避免公司陷入破产之中。

20.[32] 依实际情况而定，充分、适当的步骤可能包括下述步骤中的一些或全部：

(a) 董事可确保将保持适当的账目并对其内容不断加以更新。如果未做到，则应确保这种情况得到纠正；

(b) 董事可确保其及时获得准确、相关的信息，特别是独立地（而不是完全依赖管理层的建议）了解公司财务状况；债权人压力的大小；债权人提起的任何诉讼或采取的任何追偿行动或与债权人的纠纷。在这种时候，董事可能需要比公司处于正常状态时对公司事务投入更多的时间和注意力；

(c) 可定期召集董事会会议，以对情况进行监测，保存关于商业决定（包括不同意见）以及作出这些决定的理由的全面记录，包括如果有关的话保留允许公司继续经营的理由和认为可以合理地指望能够避免破产清算的原因。需要采取的步骤可能涉及继续经营，因为可能存在这样的情况，即即使已得出清算可能无法避免的结论，还是应当继续运营，因为，例如，公司拥有的资产如果作为经营中企业变卖，实现的价值要高得多。如果继续经营需要进一步的借款或新的借款（在破产法允许的情况下），则应当把获取借款并从而进一步负债的合理理由记录在案，以便确保如果事后需要，董事行动所持依据有案可查；

(d) 可以征求专家意见或协助，包括专家对破产问题的意见。尽管此时法律意见可能对董事有重要意义，但涉及公司财务状况的关键问题通常是商业性问题，而并非法律问题。董事应当亲自审视公司的财务状况，并对可能出现的结果加以评估，而且还应当征求意见，以确保所作的任何决定都能经得起客观、独立的检查。[在这种情况下，董事，不管是作为一个整体的内部董事还是外部董事，可聘请独立会计师、重组专家或顾问，就董事会可以采用的选项提出单独的建议，以便确定管理层提出的任何建议是否可行]；

(e) 可以尽早同审计人员展开讨论，如有必要还可编拟外部审计报告；

(f) 董事可以对企业的结构和职能进行研究，以便了解企业生存下去的可能性并减少支出。可以研究进行重组谈判或启动重整工作的可能性，并编拟一份报告。[董事还可审查目前管理层的能力，以便确定予以保留还是更换]；

(g) 董事可以确保对管理做法加以更正，将一系列相关当事方以及在某些情况下将环境问题作为工作重点，以便确定应当采取的适当行动，相关当事方可能包括债权人、雇员、供应商、客户、政府、股东。在破产临近或不可避免的时期内，将重点从为了股东的利益实现价值最大化，转向同时考虑债权人的利益，这样将使董事有动力尽量减少行为风险过高、轻率鲁莽或玩忽职守而可能给债权人造成的损害（破产程序一旦启动，债权人将成为关键的利益关系人）。与相关债权人群体举行会议可能是对这些利益进行评估的适当机制；

(h) 董事可确保公司资产受到保护，⁸且公司不致采取导致关键雇员流失的行动，也不会采取订立建议 87 提到的那类事后可能会宣布无效的交易行动，例如低价将资产转出公司。并非此时作出的所有付款或订立的所有交易都一定令人生疑；举例说，如果付款的目的是争取企业生存下去，则为确保关键用品或服务的继续而作出的付款可能就不构成优惠性清偿。应当将付款的理由明确记录在案，以备交易在事后受到质疑。那些持有大量股份或代表大股东利益的董事可能不被视为无利害关系或立场客观，在临近破产期间就交易进行表决时可能需要加以特别注意；

(i) 如果资产负债表显示规定比例的股份资本已被损失掉（一般在法律中有资本保值要求的情况下适用），可以为了公司的根本利益在没有不当拖延的情况下召集股东大会；

[j) 可对董事会的构成进行审查，以确定其中是否有足够数目的独立董事。]

3. 宣布交易无效

21.[33] 建议 87 至 99 述及宣布压价贱卖交易、给予优惠的交易以及旨在挫败、耽搁或妨碍债权人的交易无效（见第二部分第二章第 170-185 段）。这些建议将适用于宣布在破产临近时公司订立的交易无效。[交易可否宣布无效本身并非让董事承担个人责任的依据。]

21A.[33] [不过，某些可宣布无效的交易也可能有其他情况。]有些法律根据不当交易规定或欺诈交易规定等而将董事的某些行动视为非法行动，或者视为造成公司经济状况更加恶化或导致公司破产的行动，如在没有充分的商业理由的情况下进行新的借款或提供新的担保。除了宣布此类交易无效外，有些法律规定，如果董事允许公司订立此种[欺诈性或因其他原因而不适当的]交易，则可认定其负有个人责任。此类条款下的责任通常仅适用于同意该交易的董事；明确表示异议的或所持异议已经适当记录在案的董事有可能免于承担责任。

建议 1 和 2

立法条文的目的

条文述及在破产临近或不可避免时那些负责就公司的管理作出决定的人的义务，目的是为了：

- (a) 保护债权人和其他利害关系人的合法利益；
- (b) 确保那些负责就公司的管理作出决定的人知道其在这些情形中的作用和职责；

⁸ 并非所有资产在所有情形下都必须得到保护。有些类别的资产可能不需要在所有情形下都得到保护，例如，那些价值低于担保额、累赘、无价值或难以变现的资产（这一点在第二部分第二章第 88 段中详细讨论）。

(c) 对于违背这些义务的情形提供适当的救济办法，这些救济办法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。

立法条文的内容

义务

1. 关于破产的法律应当指明，从建议 3 所述时间点开始，[根据]建议 4 所指明的人员将有义务适当顾及债权人和其他利益关系人的利益，并且采取合理的步骤：

- (a) 避免破产；
- (b) 破产不可避免的，尽量缩小破产的范围。

2.[1] 为建议 1 之目的，合理的步骤可包括：

(a) 评审公司目前的财务状况，确保保持适当的账目并对其内容不断加以更新；独立地了解公司目前和正在发展中的财务状况；定期举行董事会以对情况进行监测；寻求专业咨询意见，包括破产或法律方面的咨询意见；与审计员进行讨论；召集股东会议；变更管理做法，以顾及债权人和其他利益关系人的利益；保护公司的资产，以便实现价值最大化，并避免关键资产的损失；考虑企业的结构和职能，审查企业生存下去的可能性并减少支出；除非有正当的商业理由，否则不使公司承诺订立可能会被撤销的那些类型的交易；在适宜继续经营的情况下继续进行经营，以便作为经营中企业实现价值最大化；与债权人进行谈判或启动其他非正式程序，如自愿重组谈判；⁹

(b) 适当时或在国内法有此要求的情况下启动正式的重整或清算程序。

B. 义务产生的时间：临近破产期

22.[24] 对可能产生上文所讨论义务的时间点有各种表述，包括：“模糊界线”、“破产界线”或“破产临近”。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以致破产近在眼前（即公司总体上将无力支付其到期债务）（《立法指南》建议 15(a)）或不可避免的一段时期。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董事而言是一个十分关键的问题。另外，没有一个明确的参照点，董事将难以有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]时间点。

⁹ 见《贸易法委员会破产法立法指南》，第一部分第二章第 2-18 段）。

23.[25] 确定破产程序启动前这段时期董事义务可能产生的时间有各种可能性，采用的办法各不相同。一种可能性是提出破产程序启动申请的时间点，这种可能性可以说是确定性最强的一种可能性。但如果破产法规定，在申请提出之后自动启动相关程序，或如果申请与启动之间的间隔很短（见建议 18），就鼓励董事尽早采取行动而言，这一选项的效果就很小。

24.[26] 另一种可能性侧重于在公司事实上破产之时产生的各种义务，有些法律规定，这类义务可在提出破产程序启动申请很早之前产生。如果采取《立法指南》的一般性做法，可以说当公司无力支付到期债务时或当公司负债超过其资产价值之时，破产实际上已经发生（建议 15）。还有一种可能性是破产临近之时，即公司总体上将无力支付其到期债务之时（建议 15(a)）。不过，破产法日益将这些检验标准用作启动标准，有些国家将其用作规定董事有义务在公司破产之后的一段明确规定的时间内申请启动破产程序的依据，这段时间通常很短。因此，这些检验标准也不可能鼓励足够早地采取适当的行动。

25.[27] 一种略有不同的做法是，审查董事在破产程序启动之前的下述时间点所了解的情况，举例说，董事知悉或应当知悉公司已经破产或破产临近而且公司避免启动破产程序没有合理希望或继续运营受到威胁的时间点。[采取这种做法的理由是让没有道理地运营正在经历财务困难的公司的董事承担责任并鼓励在最佳时间采取适当行动。]对这类标准持有的一种关切是，或许难以有把握地确定可推断董事了解必要情况的确切时间点，尽管如此，假如公司账目得到适当保持并且准确无误，董事应当能够推断出公司出现困难的时间以及其有可能符合这些破产检验标准的时间。或者，可以假定董事了解只要公司遵守保持适当账目并编拟年度账目的义务就会披露的信息。从根本上说，采用的标准要求基于一般的董事在这种情形下应当或理应了解的情况来评估董事的判断。这类标准要求更加广泛地考虑相关情况和背景，例如，包括全盘审查公司账目及其财务状况。这类标准可能包括审查收入流、既有债务和意外情况，包括筹集资金的能力。一般来说，仅仅流动性暂时短缺的证据还不够。

建议 3

立法条文的目的

[述及时间的条文的目的是确定义务在破产程序启动之前一段时间内的何时产生。]

立法条文的内容

义务产生的时间

3.[2]关于破产的法律应当指明，建议 1 的义务在[根据]建议 4 指明的人员知悉或正常情况下应当知悉破产临近或不可避免的时间点产生。

C. 确定负有义务的当事方

26.[20] 在多数国家，与公司有关联的一些人负有管理和监督公司运营的义务。这些人可以是公司的所有人、正式任命的董事（可以是独立的外部人士或

担任执行董事的高管或管理人员，后者称作“内部董事”）以及未得到任命的个人和实体，包括担任事实上的董事¹⁰或“影子”董事¹¹的第三方，以及董事委托其行使董事权力或职责的人。¹²

27.[21] 宽泛的定义还可包括就如何化解公司财务困境向公司提供咨询意见的特别顾问以及（某些情况下）银行和其他贷款人。在某些情况下，该“咨询意见”可等同于确定公司有待采取的确切行动方针，并将采取特定的行动方针当作提供贷款的一项条件。然而，假如公司的董事保留拒绝采取该行动方针的自由裁量权，即便由于拒绝将会导致清算，事实上可以认为董事的选择余地很小，并且假如外部顾问在公平、善意并以商业上适当的方式行事，就不应当将这类顾问视为属于负有此类义务的一类人。

28.[22] 就何谓“董事”而言，并没有普遍接受的定义。然而，作为一般性指导意见，负责作出或事实上作出或应当作出公司管理相关关键决定的人可被视为董事，其中包括下述职能：¹³确定公司战略、风险政策、年度预算和运营计划；监测公司运营情况；监督主要的资本支出；监测公司治理做法；选择和任命首席执行官并支持其工作；确保提供充足的财政资源；处理潜在的利益冲突；确保会计核算和财务报告制度的完整性；并就本组织的运营情况对利益关系人负责。

29.[22] 上文讨论的义务随附于在企业实际破产或临近破产之时担任董事的任何人，这类人可能包括随后辞职的董事（见下文第 40 段），但不包括在破产程序启动后任命的董事。

¹⁰ 一般认为，事实上的董事是虽作为董事行事但并未经正式任命的或者在其任命上存在技术缺陷的人。一人如果履行了相关职责，即可被认定为事实上的董事，而不论给其的正式职称如何。事实上的董事可包括在某一阶段参加公司组建、推广或管理的任何人。在家庭所有的小型公司中，事实上的董事可包括家人、以前的董事、顾问甚至资深雇员。通常来讲，被视为是事实上的董事将要求不仅单纯参与公司的管理，还可能要综合多种行为加以确定，例如：签署支票；作为“董事”签署公司信函；让客户、债权人、供应商和雇员感觉到某人是董事或“决策者”；与公司的开户银行或会计师共同作出有关公司未来的财务决定。

¹¹ 影子董事是虽未经正式任命为董事，但公司的董事们习惯于按其指示行事的人。一般来说，专业顾问以此种身份行事者，不属于影子董事。被视为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，公司向影子董事转让某些或所有管理权。在企业集团情形中，集团的一个成员可以是集团另一成员的影子董事。在考虑可能让某人资格成为影子董事的行为时，可能有必要考虑到该行为的频繁程度以及是否实际上行使了该影响。

¹² 工作组注意：下述案文可列入拟就企业集团编写的任何材料，否则可予删除：尽管有些法律可能规定，不得将企业集团一个成员任命为集团另一成员的董事，但根据“董事”的宽泛定义，集团一个成员可被视为集团其他成员的董事。这种情况通常发生在集团一个成员（或其董事）行使与管理或监督集团其他成员相关的职责之时。该问题特别适用于集团受控制成员与母成员的情形，在该情形中，母成员以持续、普遍的方式干预集团受控制成员的管理。然而，集团一名受控制成员在符合其利益而并非由于母成员干预的情况下作出支持母成员的决定并不会导致母成员成为集团另一成员的董事。

¹³ 上述例子用于参考，并非按某种重要性顺序排列。

建议 4[3]**立法条文的目的**

[条文的目的是确定义务应适用于哪些人。]

立法条文的内容**负有义务的人**

4.[3] 关于破产的法律应当指明负有义务的人，其中可包括经正式任命为董事的任何人，以及行使实际控制权和履行董事职能的任何其他人。

D. 责任**1. 应当达到的标准**

30.[34] 述及在破产临近时董事义务的法律通常按照各种标准来判断董事在此期间的行为，以便确定其是否履行了义务。[24]一般来讲，这些义务仅在破产程序启动之后并且作为这种启动的一种后果才变得可强制执行，这些义务的适用可以追溯既往，在很大程度上与撤销权条文类似（见第二部分第二章第 148-150 段和第 152 段的讨论）。

31.[35] 有些法律规定，对于董事或高管知道或本来应当知道公司已经破产或有可能破产的问题，应当按照可能有理由指望对公司履行同董事相同职责的人所具备的一般性知识、技能和经验来判断。对于会计核算制度和程序内容复杂的大型公司的董事，可以有更多的期望。如果董事的技能和经验超出了这项工作的要求，则可按照实际拥有的而非这项工作所要求的技能和经验来判断。相反，从事这项工作的技能和经验不足可能无法成为原谅董事的理由，应当按照这项工作所要求的技能和经验来对他们作出判断。

32.[36] 另一种做法要求，在破产之前举债或订立交易之时已有合理理由怀疑公司已经破产或将要破产。怀疑破产的合理理由要求不只是猜测，董事必须对公司破产有真实的担心。这比预期或知道公司破产的门槛要低。根据这种做法，检验标准针对对公司财务状况有基本了解的能力普通的董事，评估是依据这类董事本可掌握的知识作出的，而非依赖事后可能变得明显的信息作出的。订有这类条文的法域提供的实际证据表明，在审查所发生的情况时，通常在审查开始前的一段时间，法院能够很好地理解董事所处的境况，能够认真分析他们面临的情况并且理解所遇到的商务问题。法院并不愿对董事的商业交易加以猜测，这就表示，认为实际发生的总是必然发生或当时就必定很明显均不合适。

33.[38] 一些法律为董事提供了避风港，例如通过商业判断规则，该规则确立了这样的假设，即董事例如是在善意行事，并且有合理的理由认为他们是在最符合公司利益的方式行事，他们并没有任何重大的个人利益，而且他们对情况已有适当的了解。[在董事善意、足够谨慎并在董事权限范围内行事的前提下，董事将受到保护，不用承担责任。要依赖该规则，董事自己必须通过获得、研

究和依赖一般人在类似情形下认为有说服力的信息对有待决定的事项有所了解，并且就这些事项而言没有任何利益冲突。]

34.[37] 还有一种做法侧重于管理不善问题。采取这种做法的法律可能要求和管理不善行为与由此造成的债务之间存在因果联系，或者管理不善是导致公司破产的一个重要原因。这种做法要求按照通常考虑周密的董事的标准来判断一名董事管理有误。在这些法律下可能导致承担责任的行为或行动的实例包括：处事不慎、能力低下、缺乏注意、不作为、从事不公平或非商业性交易、超出公司能力的放贷，而最为常见的失职涉及董事允许公司在明显资不抵债的情况下运营，并允许其超出财务能力实施并不符合其最佳利益的项目。管理不善的其他实例包括：董事在订立合同之前没有对企业伙伴的财务健康状况或其他重要因素展开充分研究；董事未提供能够让监事会对管理工作实施监督的足够信息；董事忽视了对公司进行适当的财务管理；董事还忽视采取预防措施以防范显然可以预见的风险；董事对人事工作管理不善造成动乱和罢工。根据采取这种做法的法律，管理不善的结论并不需要董事积极参与公司管理；消极默认也足以得出这类结论。

2. 责任的性质

35.[32A] [某一董事是否违背义务需要考虑该董事的个人情况。一旦根据相关证据标准确定有违背义务情形，可以几种方式分摊责任。一种做法是，按照董事具体参与所审查决定或行为的比例将责任分摊至各个董事，要求结合全部情况考虑此种参与。]

36.[32A] [其他一些法律确立以下一般规则，即各董事对未履行义务承担连带责任。即使并非每一董事都对履行相关义务负有责任，也可能采取这种做法。不过，其中一些法律规定，法院仍享有自由裁量权，可根据具体案情包括过错的不同程度在董事之间分配分担额。例如，法院可命令几名董事中的一人承担全部责任（例如，该董事个人被判定负有与所审查损害有关的具体义务），或者命令一名董事承担较多分担额，例如在认定就所造成损害而言过错程度并不相等的情况下。有一项法律规定，只有在确定董事故意从事欺诈或不诚实行为时，董事才负有连带责任；在所有其他情况下，责任与一名董事的行为在多大程度上促成公司所受损失成正比。另一项法律采取的做法略有不同，即由法院根据过错的严重程度和因果关系的强烈程度确定被认定负有责任的人是否必须向公司缴纳损害赔偿，但损害赔偿的评估不一定与责任或过错的程度成正比。在一些法律中，责任是连带责任还是具体分摊至对有关行为负有责任的董事（可包括不作为或未能确保其他董事履行自身的义务）取决于导致责任的行为。]

建议 5 和 6

立法条文的目的

[关于责任的条文的目的：

(a) 就破产程序启动之前发生的、负有建议 1 中的义务的人的行为可能被视为有损害因而被视为违背这类义务的情形提供规则；以及

(b) 确定违背这类义务的后果。]

立法条文的内容

责任

5.[4] 关于破产的法律应当指明，违背建议 1 中的义务造成债权人遭受损失或损害的，负有义务的人可能承担责任。

6.[4] 关于破产的法律应当规定，对违背建议 1 中的义务[所负的][所导致的]责任范围局限于此种违背义务所造成损失或损害的程度。

E. 在破产程序启动之时强制执行董事的义务

1. 抗辩

37.[38] 根据有些法律，董事在破产临近之时确实负有义务的，仍然可以依赖某些抗辩，如商业判断规则，以证明他们已经合理行事。略有不同的一种做法是对可疑情况无把握时不对董事作不利判定，以以下假设为基础，即商业风险不可避免，并且是管理工作的附带组成部分。如上文所述，法院对董事是否履行谨慎、忠心的义务不愿加以猜测，也不愿凭借后见之明作出裁定。也可能有这样的情况，即商业判断规则仅针对法律规定的其中一些义务但并非所有义务提供抗辩。

38.[39] 根据有些法律，董事需要证明，在董事得出公司难以避免清算的结论之后，就立即采取了适当步骤，以尽量减少可能对公司债权人造成的损失。如果董事能够证明他们已经根据准确的财务信息和适当的专业咨询意见作出合理、客观的商业决定，他们就有可能能够依赖这一抗辩，即便事实证明这些决定从商业上讲是错误的。

39.[32B] 有些法律还规定，董事可以采取某些程序或形式上的步骤，以避免或减轻对于随后遭受质疑的决定或行动的责任，例如在会议记录中记录不同意见；在会议休会之前向会议秘书递交一份书面的不同意见；或在休会后迅速向公司的注册办公室或国内法规定的其他当局递交或发送一份书面的不同意见。缺席作出这种决定的会议的董事可能被视为表示同意，除非他们遵循适用的程序，例如在得知相关决定后的某个规定时限内采取步骤记录其不同意见。

40.[40] 董事对公司事务并不知情的事实通常不能作为未履行义务的借口。此外，在破产临近之时辞职不一定能够让董事免除责任，因为根据某些法律，他们可能受到以下指称，即辞职与破产有关，他们已经意识到或本来应当意识到破产即将发生，以及他们未采取合理步骤以便尽量减少债权人的损失并使情况得以改善。董事已对后来所审查的决定表示异议的，通常需要将该异议记录在案，董事才能依赖该异议。一名董事与其他董事对于拟采取的行动有不同意见的，并且尽管为说服他们采取了合理步骤但仍然未能奏效，该董事辞职可能是合适的，但必须将其所做努力和所提意见记录下来。

41.[32C] 可通过公司可能为其董事购买的特定保险或使用补偿金尽量减轻责任。[在可利用保险的情况下，主要界限一般是故意欺诈行为和自我交易行为，对于违背此处所述义务的行为，董事通常会得到保险，除非保险覆盖范围不充足，破产中可能会发生这种情况。]一旦对董事提出索赔，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。

2. 救济办法

42.[41] 民法对违背董事义务采取不同的救济办法或综合采取多种救济办法。救济办法侧重于对违背义务和由此造成的损害提供补偿，但衡量补偿数量的方式有所不同。一般来说，没有惩罚性损害赔偿因素。[有些][许多]法律还规定可以取消董事作为董事行事的资格或取消其参与公司经营和管理的资格。

(a) 损害赔偿和补偿

43.[42] 如果认定董事对破产临近之时的作为或不作为负有责任，该责任的程度会有所不同。有些法律规定，董事可能对债权人和雇员个人以及公司本身遭受的损失或损害负有责任，如果这类损失是因为其作为或不作为而直接造成的话。他们还可能对造成破产财产减少和公司资产缩减的付款负有责任。有些法律允许法院对责任数额作出调整，以便同管理不善的性质和严重性或导致责任的其他行为相称。有些法律规定，可以认定董事对公司应当停止经营之时与公司实际停止经营之时公司资产价值的差额负有责任。另一种说法是违反义务之后债权人和公司的状况与没有违反义务时债权人和公司的状况之间的差别。一种稍有不同的做法是，允许向董事追偿现有资产与公司清偿债务所必需的资金之间的差额。

44.[43] 有些法律规定在发生资本损失时有义务申请启动破产程序或举行股东大会，这些法律同时还就裁定损害赔偿作出规定。

45.[44] 如果认定董事负有责任，则可指明用来补偿破产财产的追偿数额，其根据是，追究董事的主要理由是为了追回因董事的行为而造成的价值损失的一部分，以补偿破产财产。因此，这是有利于全体而不是个别债权人的。有些法律规定，如果公司以整个企业作为抵押，则追偿的任何损害赔偿金将归无担保债权人。支持该做法的论点是，补偿不应当归有担保债权人，因为诉讼事由在破产程序启动之前并未产生，因而不能受制于公司在这之前创设的担保权益。此外，与撤销权程序不同，所追求的并非是追回公司资产，而是由董事出资对债权人遭受的损害作出补救。但是，如果破产法允许债权人追究董事（见下文），那么可能有理由建议首先将支付的任何补偿用于承担债权人启动诉讼的费用。

46.[45] 除上述救济办法外，公司对董事的到期债务或负债可延后支付或置于从属地位，可要求董事结清其从公司获取或私自占用的任何财产或违背义务获取的任何收益。

(b) 取消资格

47.[46] [有些][许多]法律规定，启动破产程序所造成的一个后果是，取消董事担任董事或参与公司运营和管理的资格。这类措施通常被视为保护性措施，目的是撤销这类董事的职务，使其无法在同一个公司或不同的公司继续行使管理职能和董事职能，从而避免造成进一步损害。有一项法律规定，如果认定个人“不适合”担任董事，可下令取消资格 2 至 15 年。与作出这一裁定有关的因素包括：违背诚信义务；挪用资金；制作误导性财务报表和非财务报表；未能保持适当账目和进行申报。还可包括与公司破产有关的行为，例如个人在以下情况下所负的责任：公司订立的交易由于同建议 87 所述类似的理由而可能宣布无效，或在董事知道或本应知道公司破产的情况下公司继续经营。在某一具体情况下确定不合适担任董事时通常累积考虑各种因素。在规定取消资格的法域，被认定不合适者通常但并非总是缺乏商业诚信、有重大过失或者严重不称职。

48.[47]取消资格的做法可以同上文所述的其他救济办法和制裁并行采用，也可在个人作为董事实施的总体行为应当受到此种制裁时单独采用。[如果可以采取取消资格的做法，可寻求采取这种做法的人可能局限于规定的机构或官员、破产管理人以及有些情况下的债权人。]

3. 可提起诉讼的当事方

49.[48] 有些法律参照诉讼的性质和有权提起诉讼的人而就针对董事提起诉讼的权利作了限制。与适用于建议 87 下述及的行使撤销权的考虑（见第二部分第二章第 192-195 段）类似的考虑可能适用。

50.[49] 一些法律规定，在破产程序启动之后，只有破产管理人经过审查董事在破产之前的行为，才有权对董事进行起诉，以便就给公司造成的损失而为债权人寻求补偿。举例说，不当交易法可能允许破产管理人在董事的行为促成公司破产或构成管理不善行为的情况下向董事提出起诉，要求其为破产财产出资。有些法律还允许检察官或法院自行提出起诉。

51.[49A] 虽然规定董事在临近破产时的义务的一个主要理由是保护债权人的利益，但并非所有法律都允许债权人起诉董事违背这些义务。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）。[如果所评定任何损害赔偿的益处归入破产财产而使债权人受益，则股东可能没有什么积极性去提起此类诉讼。另一些法律仅允许债权人对某些类别的行动或交易予以追究，如不法行为或压价贱卖交易。]根据其他一些法律，如果债权人没有进行索赔的独立权利，则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追究董事，或者债权人可请求债权人代表或债权人委员会或法院进行任何这类诉讼。

52.[49B] 在法律允许债权人起诉董事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，一类是债务作为所审查行为的直接结果发生在临近破产期间的债权人，一类是债务发生在该段时期之前的债权人。前者除有权为破产

财产的利息提起诉讼外，还可能享有一种个人权利，即依据所审查行为系发生在破产临近期并加剧了债务人的财务困境而向董事索要损害赔偿。根据一些法律，这种个别权利局限于相关异常行为针对某个特定债权人的情况。如果认为允许债权人起诉董事是可取的，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，来说明应当遵循的程序步骤（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，以确保他们知道债权人提议什么内容，以及有机会不予准许，从而避免这类诉讼对破产财产的管理可能造成的任何负面影响。

53.[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董事。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诉讼。在进行这种审理时，法院可允许启动诉讼，也可决定根据案件本身的实质进行审理。这种做法可有助于减少不同当事方之间进行任何私下交易的可能性。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诉讼的费用，或允许对债权人施加制裁，以阻止可能对这些诉讼的滥用；对于债权人对董事提起的诉讼，也可采用同样的做法。

54.[50] 根据那些规定董事有义务启动破产程序的法律，如果发生违背该义务的情况，公司本身、其股东和债权人可索要损害赔偿。如果董事违反启动破产程序义务所附带的延期偿付权而进行付款，公司本身可索要损害赔偿。有些法律规定发生资本损失时有义务举行股东会议，公司也可根据这些法律进行索赔。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诉讼。

55.[涉及已进入破产程序公司的董事义务的诉讼可能不仅费钱，而且耗时，可能会推迟相关破产程序的完成。尽管这个问题超出了本讨论的范围，但是为了减少此类诉讼对相关诉讼的影响，这个问题还是值得考虑的。]

4. 诉讼的资金供给

56.[51] 一些法域允许破产管理人针对违背这类义务的情形提起诉讼，这些法域可能出现的一个难题涉及诉讼不成功时费用如何支付。起诉违背这类义务的案件之所以较少，经常提到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，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董事，即使胜诉的可能性很大。

57.[51] 设计此种情形下的备选供资办法在适当情况下可提供一种有效的手段，以便恢复因董事的行为而丧失的破产财产价值，解决滥用问题，调查不公平行为，并进一步推动良好治理。[关于破产的法律按照与建议 95 中提供的撤销权程序供资办法大体相同的方式纳入适当的授权，将有助于此类备选供资办法的实现。]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，或者也可联系贷款人提供资金。如果诉讼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得到的任何补偿中收回。根

据一些法律，对董事提出的索赔可通过与破产管理人谈判而达成和解，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，这是通常的做法，破产管理人一般都“请”董事出资。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 7-11

立法条文的目的

[关于义务的强制执行的条文的目的 是确立对违背义务的适当救济办法，并便利启动和进行诉讼以收回补偿对这种违背义务的补偿。]

立法条文的内容

责任的要素和抗辩

7.[5] 关于破产的法律应当指明为确立建议 1 中的义务被违背以及债权人因此遭受了损失或损害而需要证明的要素；负责证明这些要素的当事方；以及对关于违背义务的指控提出的具体抗辩。这些抗辩可包括负有义务的人已采取建议 2 所述的那类合理步骤。

救济办法

8.[6] 关于破产的法律应当指明，法院认定由于违背建议中的义务而须承担的责任的救济办法应包括向破产财产全额偿付法院评估的任何损害赔偿[作为对违背义务的补偿]。如果未对这些损害作全额偿付，应当限制负有义务的人针对公司欠该人的任何债务行使抵销权，直至全额偿付为止。

针对违背义务的诉讼的进行

9.[7] 关于破产的法律应当指明，关于建议 1 中义务被违背所导致损失或损害的诉讼理由归于破产财产，破产管理人负有针对违背此类义务启动诉讼的主要责任。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经破产管理人同意启动这种诉讼。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诉讼。

针对违背义务的诉讼的资金供给

10.[8] 关于破产的法律应当指明，针对负有义务的人进行的诉讼，费用作为管理费支出。

11.[9] 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资金供给问题。

补充措施

[12.[10] 为阻止导致建议 5 所述责任的那类行为，关于破产的法律可在建议 8

所述支付[补偿][损害赔偿金]之外包括附加救济办法。]¹⁴

¹⁴ 可采用的附加救济办法取决于在特定法域可以采用哪几类救济办法，以及除支付补偿之外，哪种救济办法可能与相关行为相称并适合特定案例的情形。此类救济办法的示例在[评注]第...段中讨论。]