联合国 A/CN.9/715

大 会

Distr.: General
20 December 2010
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 6 月 27 日至 7 月 15 日，维也纳

第五工作组（破产法）第三十九届会议工作报告

（**2010 年 12 月 6 日至 10 日，维也纳**）

目录

		段次	页次
一.	导言	1-2	2
二.	会议安排	3-8	2
三.	审议情况和决定	9	3
四.	《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用	10-48	3
	A. 一般讨论	11-16	3
	B. 《示范法》第 2 条下符合承认条件的程序	17-22	4
	C. 统一解释和国际渊源：《示范法》第 8 条	23-25	6
	D. 承认	26-48	6
五.	破产和破产前案件中公司董事责任和赔偿责任	49-109	10
	A. 导言	51-109	10
六.	关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料	110-117	17

V.10-58670 (C) GX 060111 060111

请回收

一. 导言

1. 委员会 2010 年第四十三届会议收到了关于今后破产法工作的一系列建议（A/CN.9/WG.V/WP.93 及 Add.1-6 和 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），还向委员会提出了关于可加以讨论的议题的建议（A/CN.9/691，第 104 段）。还有一份文件（A/CN.9/709）是在第五工作组届会之后提交的，为 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载的瑞士建议提供了补充材料。

2. 经讨论后，委员会通过了第五工作组的建议，即就以下两个破产问题开展活动：(a)《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用；(b)破产和破产前案件中公司董事的责任和赔偿责任，这两者均有现实意义；(c)关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料。

二. 会议安排

3. 第五工作组（破产法）由委员会全体成员国组成，该工作组于 2010 年 12 月 6 日至 10 日在维也纳举行了第三十九届会议。工作组下列成员国的代表出席了会议：阿根廷、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、加拿大、中国、哥伦比亚、捷克共和国、埃及、萨尔瓦多、法国、德国、希腊、伊朗伊斯兰共和国、以色列、意大利、日本、马来西亚、墨西哥、纳米比亚、菲律宾、大韩民国、俄罗斯联邦、西班牙、泰国、土耳其、乌干达、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国、委内瑞拉玻利瓦尔共和国。

4. 下列国家派观察员出席了会议：比利时、克罗地亚、刚果民主共和国、丹麦、印度尼西亚、立陶宛、荷兰、新西兰、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、瑞士、突尼斯。

5. 下列国际组织也派观察员出席了会议：

(a) *联合国系统组织*：国际货币基金组织（货币基金组织）、世界银行；

(b) *受邀请的政府间组织*：欧洲联盟、独立国家联合体（独联体）成员国议会间大会、加勒比共同体；

(c) *受邀请的国际非政府组织*：维斯国际商事模拟仲裁辩论赛赛友会、美国律师协会、亚洲清算联盟、国际法律研究中心、破产及其预防问题研究组（21 世纪破产研究组）、破产专业人员国际联合会、国际律师协会、国际信用保险和保证协会、国际破产研究院、国际法研究所、国际掉期及衍生工具协会、国际妇女破产和重整联合会、国际律师联盟（律师联盟）。

6. 工作组选出下列主席团成员：

主席： Wisit Wisitsora-At 先生（泰国）

报告员：Anthony Ojok Oyuko 先生（乌干达）

7. 工作组收到了下列文件：

(a) 临时议程说明（A/CN.9/WG.V/WP.94）；

(b) 秘书处关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用的说明（A/CN.9/WG.V/WP.95 及 Add.1）；

(c) 秘书处关于破产和破产前案件中公司董事的责任和赔偿责任的说明（A/CN.9/WG.V/WP.96）；

(d) 秘书处关于有关《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料的说明（A/CN.9/WG.V/WP.97 及 Add.1-2）。

8. 工作组通过了以下议程：

1. 会议开幕。

2. 选举主席团成员。

3. 通过议程。

4. 审议(a)《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用；(b)破产和破产前案件中公司董事的责任和赔偿责任；(c)关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的应用和解释的司法材料。

5. 其他事项。

6. 通过报告。

三. 审议情况和决定

9. 工作组讨论了下列问题：(a)就《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用提供指导；(b)破产和破产前案件中公司董事的责任和赔偿责任；(c)根据 A/CN.9/WG.V/WP.95、A/CN.9/WG.V/WP.96 和 A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件及其增编以及其中提及的其他文件编写关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的应用和解释的司法材料。工作组关于这些议题的审议情况和决定见下文。

四. 《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用

10. 工作组以 A/CN.9/WG.V/WP.95 和 Add.1 号文件为基础，讨论了《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）中与主要利益中心有关的某些概念。

A. 一般讨论

11. 工作组回顾，关于《示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用，委员会就这一课题下达的任务授权是以 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 号文件第 8 段中所说明的“美国建议为基础的，即应当就《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用提供指导，可能的话，在

不排除制订一项公约的情况下，针对某些国际问题（包括管辖权、进入和承认）拟订破产法示范法或条文”。[1]关于这一点，会上澄清，今后开展此种工作并非意在修改业已存在的与破产法有关的贸易法委员会标准和其中的概念，而是就其含意作出澄清。

12. 会上指出，《示范法》有关主要利益中心的某些概念以及主要利益中心概念本身已经产生解释问题，并由此导致不同的法院判决（见 A/CN.9/WG.V/WP.95 和 Add.1 号文件）。

13. 会上提出问题，工作组是否应当着手就能够为不同概念提供指导的各种类型的统一法案文进行讨论。各种类型的统一法案文可以是关于《示范法》某些概念的㈠规则、㈡建议或㈢评注/指导方针。为此回顾工作组过去曾商定，形式问题的审议留到有关实质问题的辩论之后再决定。普遍认为，今后有关《示范法》概念的澄清工作也应采取同样做法。

14. 关于澄清《示范法》中的主要利益中心概念，会上指出，虽然这一概念出现在《示范法》的不同条款中，如第 2(b)、16(3)和 17(2)(a)条，但《示范法》并没有载列关于这个概念的任何定义。在提到某个区域经济一体化组织就同一问题制订的案文时，有与会者以此为例指出，2000 年 5 月 29 日第 1346/2000 号关于破产程序的《欧洲理事会条例》提到主要利益中心概念时也没有提供任何定义。据指出，鉴于这一概念的重要性，要避免这一概念在使用中出现解释不一致的情况。但会上指出，主要利益中心这一概念可能是在不同情况下使用的，例如，在《欧洲理事会条例》中，它涉及的是应当启动主要程序的法域，而在《示范法》中，则涉及对已经启动的程序给予承认的适当性。还指出，今后或许可以开展工作，包括进一步阐述如何确定企业集团的主要利益中心。

15. 在认识到与主要利益中心有关的判例法多种多样并相互冲突的情况下，会议普遍认为，澄清主要利益中心概念对从业人员和法院还是有帮助的。会上进一步指出，虽然难以就主要利益中心概念提供具体定义，但还是可以用若干种方法作出澄清，包括列出在确定主要利益中心时需考虑的各种因素，以便增强统一性和可预测性。

16. 会上进一步指出，《示范法》中列入的一些其他术语也与主要利益中心术语有关，如外国程序定义的各个要素和评估债务人主要利益中心的时间点问题，因此商定，有益的做法是先审议这些其他因素，然后再开始审议主要利益中心概念。

B. 《示范法》第 2 条下符合承认条件的程序

与《示范法》第 2(a)条中“外国程序”定义有关的问题

17. 会上指出，《示范法》第 2(a)条中列入的“外国程序”定义造成判例法中出现不同解释（见 A/CN.9/WG.V/WP.95，第 8-37 段）。会上询问，工作组是否应

[1] 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 17 号》（A/65/17），第 259(a)段。

当考虑就《示范法》第 2(a)条中的外国程序定义的某些要素作出澄清，该定义规定：“外国程序系指在某一外国遵照与破产有关的法律而实施的集体司法程序或行政程序，包括临时程序，在这一程序中，为达到重组或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法人控制或监督”。

18. 就此提出的问题是，是否有必要界定对债务人破产的要求。对此指出，这样的界定不必要，因为对债务人破产的要求是从“遵照与破产有关的法律”这一词语延伸出来的。

19. 关于是否有必要对“遵照与破产有关的法律”这一词语作出界定，会上认为，这些词语的司法解释出现困难，是因为对不同法域的法规术语作了等同对待。据指出，工作组的目的并不是统一各种破产法，而是就《示范法》中的各种概念作出澄清。关于这一点，有与会者指出，无法再进一步细化“外国程序”定义，把所有国内程序都一一包括在内。还指出，“与破产有关的法律”这一提法已经提供了必要的灵活度。会上还指出，《贸易法委员会破产法立法指南》（《立法指南》）在第 12(u)段和相关评注中提供了破产程序的定义，该定义与《示范法》载列的定义是一致的。

20. 工作组指出，《示范法立法指南》规定，“集体程序”这一要求是指债权人集体参与外国程序，而不是说这一程序是为了协助某一债权人获得付款。关于“集体程序”的要求，有与会者指出，这一要求是该定义的一项重要内容。会上指出，可能存在着某种因无法充分满足这一要求而不能在技术上执行这一要求的国内程序，但又指出，尽管如此，这种程序已在《示范法》中得到承认。为此，再次强调《示范法》中外国程序的定义一定要有灵活性。会上还表示关切，确定什么构成外国程序的进一步标准将造成限制性过强。

21. 会上提出，为了便于工作组审议是否有必要对“外国程序”这一定义加以澄清，秘书处可以指明某些程序并非明确属于《示范法》第 2(a)条定义的范畴，或者指出，纳入这样一些程序可能产生或已经产生问题（本讨论中称之为“灰色地带”）。对此种研究的用处提出疑问，原因是，此种研究不过是一种现状研究，既未涉及新的情况也没有考虑到“与破产有关的法律”这一概念是一种极为宽泛的概念。

22. 经过讨论，工作组商定，在审议工作的这个阶段就确定是否需要澄清《示范法》第 2(a)条中的“外国程序”定义，条件还不成熟。工作组请秘书处编写一份情况说明，以协助其在今后届会上审议这一事项。

C. 统一解释和国际渊源：《示范法》第 8 条

23. 工作组注意到，《示范法》第 8 条规定，对该法作出解释时应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。工作组审议了是否应就可用来帮助根据第 8 条解释《示范法》的来源提供进一步指导的问题（见 A/CN.9/WG.V/WP.95，第 40-42 段）。

24. 会上指出，《示范法》司法判决对根据第 8 条作出统一解释具有重要意义，《示范法立法指南》在提到促进《示范法》的统一解释时（见《示范法立法指

南》第 92 段），要求利用贸易法委员会法规判例法（CLOUT）的资料系统，贸易法委员会秘书处通过该系统出版对贸易法委员会各项公约和示范法作出解释的司法判决摘要。关于这一点，会上指出，除《示范法》（包括《立法指南》）之外，贸易法委员会的其他法规也对此种解释有帮助。还指出，关于《示范法》解释的司法判决还列入了非贸易法委员会法规相关案例的出处，例如，与《欧洲理事会破产条例》有关的判例，其中也包括主要利益中心概念（见上文第 14 段）。

25. 经过讨论，会议普遍认为没有必要就《示范法》第 8 条作出进一步澄清。

D. 承认

1. 公共政策的例外：《示范法》第 6 条

26. 工作组注意到《示范法》第 6 条对承认外国程序规定了一种例外情形，即如果采取有关行动将“明显违反本国的公共政策”。工作组还注意到，《立法指南》指出，例外情形一般应做限制性解释，而且只打算在涉及对颁布国至关重要的问题的特殊情况下才适用。

27. 工作组审议了是否需对公共政策例外情形作出澄清的问题。有与会者提出是否应将择地诉讼包括在例外情形中。关于这一点，会上认为应当结合确定主要利益中心本身处理择地诉讼问题，因为公共政策例外应当从严掌握。

28. 一个代表团告知工作组，该国根据《示范法》颁布的国内法要求在出现援用公共政策例外情形时立即通报政府机构并给予该政府机构进行干预的机会，以阻止有人轻率地利用公共政策例外情形。有些观点认为，对此种例外情形作出澄清或有助于防止潜在的滥用，特别是并非所有根据《示范法》颁布的国内法都载有这样的条款。会上指出，确定公共政策例外情形可能有困难，因其被视为一个国内法事项，因法域不同而相异。

29. 针对防止不当利用公共政策例外情形提出各种建议。一项建议是，可以提及公共政策例外情形的“特殊性质”。另一项建议是，只要提及《示范法》关于解释的第 8 条和法规判例法收集的案例（见上文第 24 段）即可。又有与会者指出，《立法指南》已经就适用公共政策例外情形的敏感性提供了充分解释。还指出，《示范法》第 22 条为债权人和其他有关人员提供了足够保护。一种不同的观点是，可以请秘书处提供一个适用公共政策例外情形的实例清单。对此指出，提供实例可能造成困难，因为这些实例所依据的案例有一些需要提供进一步指导的具体事实。另外还指出，提供实例需要由工作组对此种案例的价值进行评价。

30. 经过讨论，工作组一致认为，公共政策例外情形是一个应由国内法院决定的国内法事项。工作组还商定，例外情形的适用应当是限制性的，但工作组并没有在讨论工作的这个阶段就如何确保此种限制性适用作出任何决定，而同意在讨论 A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件及其增编所载《示范法》司法材料时进一步审议该问题。

2. 关于承认《示范法》第 17 条下的外国程序为第 2(b)和(c)条规定的主要程序或非主要程序的决定

31. 会上指出，并非《示范法》的措词造成困难，而是其在承认领域的适用造成困难。还指出，许多根据《示范法》颁布的国内法都是最近才完成的立法，因此，其适用有时会因判例法仍在发展过程中而造成不确定性。还指出，《示范示》第 17 条确立了承认所依循的程序，有别于《示范法》第 19 和第 21 条规定的是否给予救济和给予何种救济。

(a) 承认的前提：主要程序或非主要程序

32. 工作组指出，《示范法》第 17(2)(a)条规定，第(2)(a)条所指的外国程序应当被承认为主要外国程序（所在地是债务人的主要利益中心）或非主要外国程序（第(2)(b)或(c)条）。工作组接下来审议的问题是，作为承认的前提，法院是否必须首先认定《示范法》下的某一程序是外国主要程序或者外国非主要程序。

33. 会上认为，*Bear Stearns* 一案所作的判决[2]已经充分处理了这一问题，该判决要求作为承认的必要前提须首先作出此种认定。

34. 会上提出问题，是否应有第三类程序，或者说，本着同样目的，是否应当扩大《示范法》第 2(f)条所载“营业所”的概念，以反映出存在着一种根据资产是否在一国而确立的程序，为此还提到了《示范法》第 28 条。对此，会上指出，这样的扩大将造成对《示范法》的修改，超出了工作组目前工作的授权范围，而且有悖于《示范法》的精神。还指出，《示范法》为国内法允许根据其他理由开启国内程序留出了充分裁量权。

35. 经过讨论，工作组一致认为，《示范法》已经对只承认两类程序作出了明确规定，即外国主要程序和外国非主要程序。

(b) 确定主要程序或非主要程序所依循的程序

会上提出要么在开启程序的初步法院令中，要么作为依据第 15(2)(c)条提供的补充证据，列入关于程序属于《示范法》意义上的主要程序还是非主要程序的事实性信息，以帮助法院确定外国主要程序或非主要程序，使法院能够在以后阶段就承认申请作出决定。关于这一点，会上指出，《示范法》第 15 条已经具体列明了承认申请应当随附的文件。有与会者担心此种建议将不利于非法院机关所监督的程序，针对这一关切，会上提醒注意《示范法》中所使用的“法院”概念也包括《示范法》第 2(e)条中所规定的负责控制或监督外国程序的司法机

---

[2] Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd. 374 B.R. 122(Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007); [《法规判例法》第 760 号案例]；A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2，第 45-48 段；Bear Stearns (on appeal) 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. May 2008)；[《法规判例法》第 794 号]；A/CN.9/WG.V/W，第 45-48 段；另见 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件，附件。

关或其他主管机关。另一项关切是，法院决定开启程序时可能并未意识到列入此种信息的必要性。

37. 经过讨论，工作组一致认为，开启程序的法院在其命令中列入上文提议的信息，将会提供有益的帮助，工作组还商定将这一点写入其最后工作成果。

2. 主要利益中心所在地—第 16 条中的推定

38. 工作组注意到，《示范法》第 16(3)条规定了法院确定主要利益中心时有权使用的推定方法，该规定是，如无相反证据，债务人的注册办事处（或个人的惯常居住地）推定为债务人的主要利益中心。工作组还注意到，《示范法颁布指南》第 122 段指出，这一推定的目的是加快举证过程。工作组还注意到，一些案例产生的问题涉及主要利益中心的所在地和对第 16(3)条中的推定的解释（见 A/CN.9/WG. V/WP.95/Add.1 号文件，第 5-20 段）。工作组审议了是否针对推翻推定编拟主要利益中心提示性要素清单的问题。

(a) 编拟一份提示性要素清单

39. 与会者对 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件第 20 段所列各种要素应在此类主要利益中心分析中占的权重表示了不同意见。尤其是，一些与会者认为(a)至(g)和(m)分段所列各要素是主要利益中心分析的根本要素，另一些与会者则认为“适用法或管辖公司主要合同的法律的所在地”（(d)分段）是次要要素，或者“筹资安排所在地或筹资批准所在地，或债务人的主要银行所在地”（(f)分段）不适当，除非该银行控制了债务人公司。一些与会者认为“雇员所在地”（(k)分段）非常重要，理由是雇员可能是未来的债务人，另一些与会者则认为该问题属于相关方权利保护问题，与主要利益中心分析无关，并且在《示范法》第 22 条已得到充分处理。还对“债务人重整所在地”（(l)分段）和“编制和审计账目所应遵守的法律的所在地（(o)分段）两要素发表了意见，关于后者，指出公司可能在不同国家接受审计。

40. 还有与会者建议排列清单中各要素的先后顺序，并尽量缩短该清单。对此，指出排列先后顺序比较困难，因为各法域的评价可能会有所不同，缩短清单可能起误导作用。有与会者对“清单”一词表示关切，因为该词可能表达一种强制性。对此，提请工作组回顾清单的目的，即帮助法官对用来确定主要利益中心以找到适当诉讼地的客观标准进行分析。还指出所有标准基于与该国有“充分联系”以致应当遵守其破产法这一概念，这一概念在《立法指南》第二部分第一章第 12 段也曾作为管辖权的基础予以提及。

41. 经过讨论，工作组一致认为一份提示性要素清单将帮助法官进行主要利益中心分析。

(b) 欺诈对确定主要利益中心时应当考虑的要素的影响

42. 工作组审议了欺诈事件对确定主要利益中心时应考虑的要素的影响。对欺诈的定义提出一些疑问。据指出欺诈可能指公司参与了欺诈活动或其成立本身就是一种欺诈行为。还询问该定义是否包括民事或刑事欺诈。还询问所谓的“非法”择地诉讼（即债务人试图找到一个更有利的法域来阻扼债权人）是否属于这一定义的范畴。有与会者关切每个法域有自己的欺诈概念，这一问题将在《示范法》第 6 条公共政策的例外中处理。

43. 经过讨论，工作组一致认为这个问题需要进一步审议。

(c) 确定主要利益中心的时限

44. 工作组审议了应当自申请启动破产程序之日起还是自申请承认这些程序之日起确定主要利益中心，因为有一些根据《示范法》和《欧洲理事会条例》处理的案件涉及债务人从一个法域转向另一个很近的法域启动破产程序。工作组注意到《示范法》对确定主要利益中心的时限未作任何提及（见 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1，第 26-36 段）。据指出，采用承认时间可能导致不公平的结果，也与《示范法》的精神相违背，尤其因为启动日期和申请承认日期可能相隔多年。在这方面，认为选定确定主要利益中心的时限应提供稳定性。

45. 经过讨论，工作组一致认为确定主要利益中心的相关时限应是首次申请启动破产程序之日，这一结论将载入最后工作成果，这种工作成果可以采取对 A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件及其增编中所载《示范法》司法材料的修正的形式。

4. 营业所

46. 工作组审议了《示范法》第 2(f)条所界定并与确定非主要程序相关的“营业所”概念是否需要加以澄清的问题。经过讨论，工作组一致认为“营业所”概念不需要澄清，不管是相对于公司，还是相对于个人债务人。

5. 企业集团的主要利益中心

47. 据指出，根据《示范法》处理的许多案件涉及企业集团，就《示范法》中企业集团主要利益中心的解释提供指导也将不无裨益。

48. 经过讨论，工作组一致同意请秘书处在资源允许的情况下，就企业集团主要利益中心编写一份研究报告，供今后届会审议，其中包括：㈠以前就《立法指南》第三部分开展工作期间的讨论，㈡有关企业集团的现行做法，以及尽可能提出㈢今后工作所涉范围的建议。

五. 破产和破产前案件中公司董事责任和赔偿责任

49. 工作组以 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件以及其中提到的其他文件为基础，讨论了破产和破产前企业董事和高管人员的责任和赔偿责任。

50. 工作组回顾了委员会的任务授权，即关于这一主题的工作应当侧重于破产情况下产生的这些责任和赔偿责任，这一工作并不打算涵盖刑事责任或处理破产情况以外的公司问题（A/65/17，第 259(b)段）。

A. 导言

1. 一般评论

51. 会议回顾了 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3、A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 和 A/CN.9/582/Add.6 号文件中阐述的联合王国、破产专业人员国际联合会和国际破产协会最初提出的建议，支持这些建议的人概述了所提出的各种问题。

52. 会上指出，人们注意到在企业濒临破产时会出现企业董事滥用职权的情形，例如，可能为了有关董事的利益而进行不利于公司和（或）其债权人的交易，包括将资产置于债权人和未来高管人员无法企及之处。

53. 与会者强调了这一主题的若干方面：可否制订针对董事行为的最低限度标准和鼓励最佳做法的指导意见、董事的职责是否在企业临近破产时而发生变化、跨国界情形对此种职责有何影响，以及违反这些职责会有哪些相应后果。

54. 会上指出，这一主题工作的目的是确保濒临破产时董事采取可维持公司价值的行动，可能的话通过重组进行，而不是坐等破产程序的启动。虽然许多制度都鼓励将重组作为一种重要的建设性工具，但往往由于缺乏激励办法这一工具还没有得到充分利用。董事将宝贵资产从行将破产的公司挪出供今后使用，一般都不会受到惩罚。因此，这一主题的工作将设法为采取行动而提供激励办法，并对不采取此种行动的情形相应地规定包括个人赔偿责任在内的后果。

55. 会上强调指出，这一工作的目的是鼓励董事在意识到公司无法摆脱困境的情况下采取适当、及时的步骤、包括争取尽早启动适当的破产程序。有与会者指出，在采取这种鼓励措施时还应当防范下述风险：在重组程序有时间发挥作用从而取得最佳效果的情况下，董事（为避免引起个人赔偿责任而）过早接受企业清算程序。会上指出需采取灵活做法，使董事能够为采取最适当的行动而秉诚办事。

56. 会上指出，到目前为止，关于这个问题还没有任何国际标准，不过提到了《立法指南》建议 87 中的破产后的义务和撤销条款；会上还回顾，欧盟委员会和世界银行曾指出有必要制订此种标准。还强调指出，处理这一问题将加强《示范法》和《立法指南》的目的。

57. 会上还强调了把这个问题放在企业集团范围内进行审议的重要性；所提出的一项关切是，不这样做的话，集团中的一家公司在实行限制性制度的国家经营，就会被迫提前进行清算，对整个集团产生不利影响。

58. 工作组回顾了国际破产协会就这一主题印发的一个调查表以及破产专业人员国际联合会的一个带有国别分析的详细出版物，指出进一步研究世界各国目前的做法有助于工作组今后的审议。

2. 可能工作的特征

59. 工作组详细审议了可能工作的范围。虽然有与会者指出此项工作的目的并非处理刑事责任问题或纯粹的公司治理问题，但会议一致认为这些问题的相互交织是实际存在的情况，必须加以审议。

60. 关于刑法和民法问题的交叉，会议回顾，刑事制裁或刑罚不在工作组的任务授权范围之内。会上强调，要在实践中把这两个领域完全分开是有困难的。例如，在有些法域，在涉及有关破产的刑事案件结案之前，可能要搁置民事求偿的赔偿。还补充一点，工作组需确保整个审议期间的工作范围反映出此种相互关系的各个实际方面。

61. 关于破产法与公司法的相互交叉，会上指出，董事赔偿责任一般来说是公司治理问题，因此超出了工作组的任务授权范围，而破产法则不应延伸到这些领域。会上强调，在没有破产的情况下，董事对公司负责（在有些制度下还对股东负责）；破产临近或破产程序启动时，这些职责可能或者将会延伸到债权人和其他利益相关方；于是这几类人的利益可能发生冲突（例如，清算和分配可能对债权人最有利，而只要还有任何避免破产的希望，股东就希望继续经营）。在这方面，额外职责何时产生，所需考虑的关键时期将是启动破产程序之前。

62. 关于最后印发什么样的文本或指导意见，会上指出，这一领域特别偏重实际情况，不宜制订规则，因此，所制订的此类指导意见需是说明性的，而不是规范性或规定性的；原则阐述也要避免干扰公司法。有与会者强调需避免采取不利于鼓励负责任的风险承担和实业精神的措施。会上强调董事赔偿责任的范围有差别，并回顾并非所有制度传统上都包括对此类评判的司法复议。

63. 有与会者还提到债权人可以享有对董事的救济，并且将有破产程序之外的强制执行行动。该主题的这个方面严格来说不在工作组任务授权范围之内，尽管如此，还是应当注意到此种行动（可能影响到破产财产）的风险。

64. 会上还着重说明了该主题涉及的其他实际方面：首先是采取任何行动所涉及的资金问题，即使所采取的行动有获胜的合理前景，但认为资金问题仍然是对实际执行的一个相当大的障碍。其次应当考虑的是任何追回资金的受益人：当追回资金将算到总资产担保权或全企业担保权安排中有担保债权人的头上，而不是算到全体债权人的头上时，破产管理人几乎没有或根本没有行事的积极性。

65. 会上还指出国际私法问题对于管辖权和适用法的重要性；一致认为，协调这些问题的标准应当是使这些问题更易于确定。根据上述审议情况，会议一致认为应在 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 74 段所列明的供工作组审议的该主题所涉事项中增加跨国界问题。

66. 会议回顾，在讨论拟审议的问题和可能的解决办法时，难免无意中涉入公司法领域。必须做到的是，确保最终结果不超出破产领域，不干扰公司法或其他民法或刑法。

67. 工作组一致认为，上述审议表明关于这一主题的指导意见是适当的。工作组还听取了就该主题的各种要素提出的建议，这些建议以 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 74 段所列事项为依据，提出将这些要素作为关于这个问题的指导方针或其他指导意见的基础（见下文第 3 节）。会上还回顾了在适当情况下采取步骤促使破产财产增加的一般重要性。

3. 需要审议的事项

(a) 界定负有义务的人

68. 提出的第一个问题是需要确定谁可能负有这类义务。工作组指出首先是正式任命的董事（以董事的法定定义为准）；A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 18-22 段所载的说明，包括经合组织（经济合作与发展组织）原则，表明由可能的个人组成的该群体如何可能扩大。

69. 其他人包括事实或影子董事（作为董事行事的人，或者指导或以其他方式控制公司的人，或者公司习惯于按其指令行事的人）；负有与公司管理相关职责的高管人员（可能包括主席、审计人员或总经理）；大型公司和企业集团的管理委员会或董事会，拥有决定性影响或支配权的人，以及表面上有权约束公司的人。在这方面注意到确定负有义务的人和义务的性质之间的相互关系。

70. 在这方面，强调了将义务限于正式任命的董事的风险；除其他外，这样做会鼓励使用代理人或“稻草人”，从而使真正的决策者受到保护而免予赔偿责任。不过促请谨慎行事，因为并非所有法域都对正式任命董事以外的董事的义务作出规范，至少是破产之前的时期的义务。

71. 普遍承认这种意义上的董事可以是自然人或法人。法人可能包括企业集团内的其他公司、银行、咨询公司或其他顾问公司以及审计公司。虽然一致认为这些实体可能对公司行为产生影响，但是对于这种影响是否构成公司管理以及这种管理是不是任何赔偿责任的一个前提条件则众说纷纭（即因果关系问题如何与界定负有相关义务的人以及违反这类义务联系起来）。一个重要的考虑因素是查明可能通过某类管理行为造成损害的人员群体；为了母公司利益采取的行动可能对子公司造成损害。注意到特别是审计人员和其他类别人员之间可能存在的区别。

72. 结论是采取一种有针对性的做法将是适当的；国内法将以非穷尽方式列出负有相应职责的人。其他人员应以描述的方式确定，以有关义务可能延及的其

他人为基础，而非以事实或影子董事的技术性描述为基础。会议一致认为今后的审议将以这种办法为基础，并回顾将对人员群体是否应从董事扩大到有影响的其他人的问题作进一步审议。

(b) 确定对哪些人负有义务

73. 会上认为，对哪些人负有义务可以以对下列各方的潜在赔偿责任为基础：所有股东，或界定的群体，如公司、股东和（或）债权人，或者将从任何追偿行动中受益的人。有与会者认为这种意义上的债权人应解释为债权人整体而非特定债权人或特定债权人群体。

74. 另一项建议是应当认为对破产财产本身负有义务。支持该建议者回顾存在着有关这一概念的广泛接受的定义，其中包括应对其提供服务或资金的所有人，并强调了避免与不同类别股东打交道的益处。据指出，这种办法也与平等对待处境类似的债权人这一目标相一致（《立法指南》，建议 1(d)），它采用一种切实可行的办法而非理论性办法，以确定任何追偿行动的潜在受益人为基础。

75. 会上指出，应当推定董事是善意行事，以便使公司的利益与股东、债权人和雇员的利益相吻合。恶意行事可能受到起诉。

76. 注意到这个问题与义务产生的时间之间的相互关系。有偿付能力公司的董事只对公司负有义务，并回顾说这种义务不应扩展；而在公司可能破产的情况下，应对破产财产承担义务，因此这种义务可能延及股东和其他利益相关方，最终破产管理人将代表这些人的利益。

77. 请工作组对事实上开始破产和正式启动破产程序作出区分。在这两个事件的相隔期间，那些承认不当交易或破产交易概念的法域将等同看待正式任命董事的职责和自认为有权代表公司行事或签发指令或以其他方式影响公司管理的所有其他人的职责。

78. 强调了在查明这些责任人时承认破产集团情形中可能产生的义务的范围和程度的重要性，可能存在不同程度的责任。

79. 一致同意工作组在今后届会上将基于上述问题继续进行审议。

(c) 确定在启动破产程序之前这一期间产生义务的时间

80. 一致认为在启动正式破产程序之前可能产生所审议的义务。在这方面，注意到这一时间点与破产事实上开始这两者之间很少吻合这一事实。

81. 一致认为，当公司已经破产或即将事实上破产（从实际操作层面来讲，即债权人的资金处于实际风险之中或公司处于实际风险之中，讨论中称作“濒临破产”）时就会产生义务，不过这种义务只有在正式破产程序中才能强制执行。因此，这种时间的确定突出说明了这一议题对于在公司破产时支持及时采取适当行动的重要性。换言之，义务产生的时间点应是董事注意到按常理已无避免破产清算可能性的时间点。

(d) 具体说明应负义务的性质或所要涵盖不当行为的类型，例如：

㈠ 不当交易——董事或高管人员应当已经知道破产不可避免，但未采取合理步骤尽量减少债权人的损失；

㈡ 违反义务——董事或高管人员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；

㈢ 涉及公司资金或财产的不当行为——董事或高管人员促成或允许提供优惠或进行亏本交易，对债权人造成损害。

82. 普遍认为应负义务的性质问题包括考虑谁负有义务（项目 3(a)）、对谁负有义务（项目 3(b)以及什么时间负有义务（项目 3(c)）。

83. 关于不当交易（(d)㈠段），注意到有些法域推定在某些情形下存在与破产有关的过错。介绍了一个国家的经验：在一起公司债务偿还额不到 20%的破产案件中，指出了董事应承担的赔偿责任，法院可能要求这些董事对破产财产作出赔偿。另一方面则强调不应推定过错。

84. 关于义务的范围，提请注意实行过于严厉的制度将不利于贸易和创业（与贸易法委员会的总体任务授权相悖）。在破产有外部原因的情况下，如总体衰退，作出正当商业判断的董事不应当受到处罚。另一些意见认为董事应意识到商业状况，不过商业状况或可作为对最终追偿诉讼的抗辩。

85. 在这方面，强调始终应当考虑两个问题：是否存在义务，是否违反了义务。在有些法域，公司接近破产时要求董事在进行重大交易之前调查公司是否有偿付能力（如使公司过半资产面临风险的交易、重大资产转移或对股东的分配）。还可能要求董事证明相关交易是正当的，他们已考虑到破产的可能性。

86. 强调了避免严格赔偿责任概念的重要性；提起诉讼的破产管理人需证明存在着义务、义务被违反以及违反义务确实造成损害。据指出，任何其他办法实际都不利于实现在不损害实业精神的情况下促进在破产中采取良好做法的目标。

87. 在这方面，一致认为任何赔偿责任的存在将完全针对特定事实，而这些事实的审查机制将至关重要。从这个角度讲，起草不良管理做法清单将会没完没了，并且结果适得其反，并将实际导致在某些情况下实行严格赔偿责任。此外，这种做法未考虑到环境的不断变化，而这种变化有可能使一项决定的定性发生不应有的改变。有鉴于此，指出对这类义务提供一个统一定义是不可能的。据认为，一种更具建设性的做法是就如何履行义务本身提供指导，述及可以或应当采取的步骤。适当的行动可以包括继续进行贸易以使公司扭亏为盈或使之接受清算，或者两者之间的许多步骤。当破产成为可能时，适当步骤可以包括通知有关当事方（但不超出正式破产程序中的义务）、精心经营公司以及采取有利于破产财产的步骤。

88. 另一种意见是起草一份基于最大尽责的义务的摘要说明，重点放在董事能够表明他们已为改善公司处境采取了一切合理步骤。不过，这个标准应定在合

理水平上，否则的话，董事可能干脆退休了事，从而对随后的重组或破产程序造成负面结果。

89. 另一项考虑是，义务应与其相对的群体的身份有关：尤其是要确保这种义务不局限于公司本身（而应相对于破产财产）。

90. 鉴于上述考虑，工作组一致同意今后审议的基础应当是以确定为履行项目㈠所确定义务而需采取的步骤。

91. 关于违反义务（第 3(d)㈡段）和涉及公司资金或财产的不当行为（第 3(d)㈢段）的举例，会上回顾，《立法指南》已经载有关于优惠和可撤销交易的条文；这些项目还涉及破产情形以外董事的一般义务，因此今后工作重点应放在不当交易这一项目（第 3(d)㈠段）上，指出需要限制受保护人员的类别。

(e) 指明针对这一行为或违反义务可采用哪些救济办法

92. 会上审议了 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件第 63 段中概述的三个问题。

93. 会上指出，强制执行诉讼的主要目的是使破产财产恢复到如果没有发生导致强制执行诉讼的不当行为则破产财产本应具有的状态，因此，所提起诉讼的性质是以此种目的为基础的。此种诉讼可以称为针对不当交易或无清偿能力交易的诉讼，但究竟使用什么术语是一个须进一步审议的问题。会上补充说，如果不提供有效的救济办法，现在的辩论纯粹是学术性的，目前工作的政策目的仍难以实现。还指出，一种制度考虑到对义务的强制执行办法，才会产生震慑效力，并可以促进濒临破产的公司管理层采取良好做法；尽管如此，条文的措辞不应导致为避免引起个人赔偿责任风险而鼓励在条件没有成熟的情况下启动破产程序。

94. 会上指出，鉴于破产的次数，对不当交易或无清偿能力交易提起诉讼的次数会比预期的次数少，因此，虽然可以认为此种诉讼是适当的，但指导意见还是要设法处理有效诉讼的任何障碍。除了为提起诉讼争取资金的问题之外，有与会者指出，许多案件可能归于和解，或者就是董事可能没有充足资产使一项诉讼具有成本效益。

95. 据指出，另一种潜在的救济办法是，如果董事有不当行为，可以使其对破产财产的求偿权退居次位。会上对所谓此种退让或许可以提供一种有效救济的说法表示支持，一致认为这个问题须进一步研究，以便使工作组能够在下届会议上将其作为可供选择的救济办法进行审议。

96. 会上敦促工作组在审议可能的救济办法时谨慎行事，避免超出其任务授权，因为这些救济办法所提出的问题要由每个国家来决定，涉及债权的性质和有权执行债权的人，以及诸如举证责任和证据标准等有关问题。

97. 关于哪些人有权提起强制执行诉讼，会上指出，一项相关义务所相对的人以及遭受损失的人应当享有此种权利。一致认为，此种权利通常交给破产管理人，他作为破产财产的管理人，可以为了债权人的集体利益而行使此项权利。关于其他类别人员，会上指出，有权在各种法律制度中对董事提起诉讼的人是各种各样

的，并无共同做法可言。这些人有作为个人的债权人，有作为集体机构的债权人、各类债权人或债权人委员会，也有公司（即法人）、国家检察官、法院、以及法院任命的受托人或审查人（在董事继续在破产期间管理公司的情况下，由于存在利益冲突而需要此种人员）。

98. 关于债权人，会上指出，此处不应审议在其他法律体系（民法、公司法或侵权法）之下可能产生的权利，不过也指出，在拟订关于强制执行诉讼的条文时可以参照这些法律，一致认为破产条文不应以任何方式否定这些权利。只要存在着一项对债权人的义务，而且此种义务是与对破产财产的义务分开的，为求协调一致，有关债权人就应当能够强制执行这一义务；如果做出了取消此种权利的决定，则应当明确阐明采取此种政策的原因。有与会者指出，另一种办法是借鉴《立法指南》关于撤销交易的建议 87 的规定，即允许债权人请求破产管理人提起诉讼；破产管理人不作为，债权人可以自己提起诉讼；在某些情况下债权人甚至可以享有对破产管理人提起诉讼的理由。

99. 会上还指出，债权人通常不掌握提出债权所需要的证据，债权人遭受损失的程度也难以确定。会上对把任何胜诉收益计入整个破产财产的提议表示支持，但要让提起诉讼的债权人能够收回各种费用。不过，有与会者指出，在有些法律，诉讼收益不一定分给所有债权人（例如，涉及相关的担保权）。据指出，这些问题今后都要进一步研究。

100. 会上还指出，潜在债权是破产财产的一种资产，破产管理人应有灵活处置的权利和义务，以处理其他任何资产的同样方式处理此种债权：可以采取的行动包括将此种资产处分给债权人，换句话说，可以把诉讼权分配给该债权人（对价）。会上补充说，这样的做法还有助于处理一个已经注意到的妨碍强制执行诉讼的障碍：缺少执行债权的资金。关于后一个问题，还指出，债权人可能为了潜在利益而乐于向破产管理人提供执行债权所需要的资金。

101. 关于可能有权提起强制执行诉讼的其他人员，会上告诫谨慎行事，避免涉入刑事诉讼程序（当国家检察官介入时可能出现此种情况）。不过有与会者指出，如果提起要求金钱赔偿的诉讼，民事救济和刑事救济可能会有一些重叠，因此，似宜提及现行刑事诉讼程序对破产中的诉讼的影响。

102. 会上交流了某些法域在强制执行诉讼方面的经验，并注意到简化程序对避免某些种类诉讼的费用和缩短时间的益处。

103. 关于强制执行诉讼的时间，会上指出，破产程序启动之前，债权人可能享有对董事的救济，但这些救济都是根据其他法律体系产生的。因此，一致认为工作组今后有关这一问题的进一步讨论不应涉及这些救济办法。

104. A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件中概述的一种单独救济办法是取消董事的资格这种可能性。据指出，这一救济的本意是提供一种行政制裁，而非刑事制裁，不过再次强调要注意重叠风险。此种救济的目的不是要惩罚有关的董事，而是（在震慑问题之外）保护公众不受已证明其不适合管理有限赔偿责任公司的个人的活动的影响。会上认为，这一救济办法从属于恢复破产财产这一主要问题；虽有与会

者认为这是一种需要审议的机制，但对于工作组在什么范围内处理这种机制则众说纷纭。

105. 还有一种意见认为，取消资格诉讼已经过时，它体现的是一种惩罚办法，人们已不再认为它具有建设性，而且这种诉讼不可避免会牵涉到与刑事事项重叠的问题。还有与会者指出，如果被取消资格的董事可以作为事实董事或影子董事继续掌权，或者没有措施确保取消资格具有跨国界效力，那么取消资格的有效性可能会受到质疑。而另一方面，有与会者提出，取消资格的可能性是一种有效的震慑办法。与会者商定在未来一届会议上再次讨论这些问题。

106. 工作组审议了董事在强制执行诉讼中可能提出的抗辩。有与会者指出，如果赔偿责任的风险太大，非正式重组的希望可能会落空。有与会者认为，可能提出的抗辩可包括：有合理的理由预期待公司可能会有偿付能力，所应采取的具体步骤可能包括编制账目表明公司的财务记录良好、接受适当专业人员的意见；所提出的行动路线符合债权人的利益；以及董事在努力进行重整。有与会者指出，对职责的描述方式和可能提出的抗辩之间存在着联系；上述各项既可以当作可能提出的抗辩，也可以当作履行基本职责的方式。

107. 有与会者回顾了这些问题的诉讼久拖不决所造成的实际困难，其中包括在确定事实和履行职责的必要步骤方面产生的困难。有与会者从这一角度出发，提出作为对原则本身的补充可以在编写职责时说明应采取哪些使董事注意到可能发生的风险（如转移一部分资产、超过某一限度的交易、进行某一有风险的活动从而对某一部分资产造成风险）。有与会者补充说，通俗地说，董事必须能够证明自己考虑到了所提议的行动对公司偿债能力的影响，如果可能发生破产，该董事采取了哪些步骤保护债权人的利益等等。

108. 一致认为，所要拟订的指导意见的一个重要内容是在促进适当行为和避免过早破产之间达成适当的平衡，上文所述问题将在今后届会上讨论。

(f) 跨国界问题

109. 有与会者提出了与跨国界问题有关的一系列问题。首先，有与会者指出，《示范法》对管辖权问题未作规定，因此这一问题仍以国际私法为准。与会者鼓励工作组考虑，在与破产有关的诉讼中，主管法院是专门法院，因而为此目的提供的指导将是有益的。其次，关于适用法，有与会者指出，据观察不同法律制度在实务中使用了各种不同解决办法（有程序方面的，也有在赔偿责任和损害赔偿问题上的）。第三，据称《示范法》使外国管理人能够在有限情形下进入其他法域的程序，但其中不包括赔偿责任诉讼。最后，有与会者询问，在一法域提出的抗辩是否可在另一法域的程序中适用。工作组注意到会上所作的各种评论，并商定在今后届会上继续讨论这些问题。

六. 关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料

110. 工作组以 A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件及其增编为基础，讨论了关于《示范法》的司法材料。

111. 工作组注意到司法材料的背景解释，即在贸易法委员会与破产专业人员国际联合会和世界银行合作举办的司法讨论会上，与会者表示希望就跨国界问题特别是就《示范法》为法官提供信息和指导。因此，委员会授权秘书处，在破产从业人员和专业人员参与的情况下，以《贸易法委员会跨国界破产合作实务指南》[3]（《实务指南》）那样的灵活方式拟订这一案文，由第五工作组在适当阶段审议，并由委员会视可能在 2011 年最后审定和通过。[4]

112. 会上解释说，司法材料是纯描述性的，目的是按照委员会的授权帮助法官理解《示范法》，从而增强判例法的可预测性和一致性。还解释说，司法材料提及的案例旨在举例说明在解释《示范法》时采取的不同意见。为增进司法材料的这一目的，指出在与法官和从业人员协商情况下不断修订这些材料将是有益的。为此，有与会者提出可能特别适宜采用电子格式的出版物。

113. 工作组普遍同意，司法材料是非常有益的文件，将为采用《示范法》国家的法官、也将为尚未颁布《示范法》国家的法官提供帮助，在后一种情况下，该文件将极大促进《示范法》的采用。

114. 提出了司法材料中可能需要添加或澄清的一些问题，具体如下：(1)在未事先获得承认的情况下，外国管理人可否在破产程序以外的程序（民事诉讼）中代表债务人；(2)A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件第 29(b)段中“参与现有程序”一语的含义，结合脚注中提及的第 12 条；(3)A/CN.9/WG.V/WP.97 号文件第 29(d)段中“介入”一词的含义；(4)需要更具体处理企业集团情形；(5)需要承认并非所有国内立法都要求非主要程序须有第 2(f)条所规定的“营业所”；(6)受理法院可否重新审议初审法院有关主要利益中心问题的裁定。

115. 有建议提出，司法材料的标题应为“司法指南”，这样将与贸易法委员会其他案文相一致，如《立法指南》和《实务指南》。对此，指出未选择“指南”一词是因为该词不能充分体现材料的描述性。有与会者提出，标题应避免给人以司法材料具有规定性的印象。

116. 工作组一致认为，应结合本届会议的评论意见进一步编拟司法材料，以便视可能在下届会议最后审定。工作组请各国就本国有关《示范法》的经验向秘书处提供评论意见，供编写修订稿时视可能予以考虑。

117. 工作组听取了世界银行关于《破产和债权人权利标准》的介绍，该标准是金融稳定委员会标准和守则举措的一部分，世界银行在《破产和债权人权利标准》标准和守则遵守情况报告中使用这一标准。回顾《破产和债权人权利标准》已包含《立法指南》和世界银行《破产和债权人权利有效制度原则》所载的建议。《破产和债权人权利标准》是与贸易法委员会秘书处协调制订的。工作组还获悉，目前正在增订《破产和债权人权利标准》，以考虑到《立法指南》第三部分。工作组赞赏地注意到这一情况，并请秘书处继续与世界银行密切合作参与这项工作。

---

[3] 联合国出版物，出售品编号：E.10.V.6。

[4] 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 17 号》（A/65/17），第 261 段。