



大会

Distr.: General
7 December 2012
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十六届会议
2013 年 7 月 8 日至 26 日，维也纳

第五工作组（破产法）第四十二届会议

（2012 年 11 月 26 日至 30 日，维也纳）工作报告

目录

	段次	页次
一. 导言	1-4	3
二. 会议安排	5-11	3
三. 审议情况和决定	12	4
四. 《贸易法委员会跨国界破产示范法》与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用	13-65	5
A. 《示范法》的目的和起源	16	5
B. 《颁布指南》的目的和解释	17	5
C. 《示范法》的主要特点	18-21	5
D. 逐条评注	22-65	6
五. 临近破产期间高管人员的义务	66-93	12
A. 立法条文的目的	67-69	12
B. 立法条文的内容	70-90	13
C. 评注	91	16
D. 与企业集团成员高管人员相关的问题	92	17



E. 跨国界问题	93	17
六. 案文发给各国征求意见	94	17
七. 大型复杂金融机构的破产	95-96	17
八. 技术援助与合作	97-98	18

一. 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建议（A/CN.9/WG.V/WP.93 和 Add.1-6，以及 A/CN.9/582/Add.6）。第五工作组（破产法）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.9/691，104 段）。还有一份文件（A/CN.9/709）是在第五工作组该届会议之后提交的，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，委员会核可了第五工作组的建议，即着手就以下三个破产议题开展活动：(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高管人员的责任和赔偿义务，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。委员会 2011 年第四十四届会议最后审定并通过了“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”。
3. 第五工作组 2010 年第三十九届会议以秘书处编写的说明（A/CN.9/WG.V/WP.95 及 Add.1 和 A/CN.9/WG.V/WP.96）为基础，开始对这三个议题进行讨论。工作组的决定和结论载于 A/CN.9/715 号文件。工作组 2011 年第四十届会议以秘书处编写的说明（A/CN.9/WG.V/WP.99、100 和 101）为基础，2012 年第四十一届会议以秘书处编写的说明（A/CN.9/WG.V/WP.103 和 Add.1、104 和 105）为基础，继续对议题(a)和(b)进行讨论。
4. 委员会 2010 年 6 月第四十三届会议讨论了一项建议，其内容是研究拟订一项关于大型复杂金融机构跨国界破产方面国际文书的可行性（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 和 A/CN.9/709，第 5 段）。一致商定秘书处应当就所有一系列问题或其中任何问题编拟一份综合报告。

二. 会议安排

5. 第五工作组由委员会的所有成员国组成，于 2012 年 11 月 26 日至 30 日在维也纳举行了第四十二届会议。工作组下列成员国的代表出席了会议：奥地利、多民族玻利维亚国、巴西、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、捷克共和国、萨尔瓦多、法国、德国、希腊、以色列、意大利、日本、墨西哥、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、巴拉圭、菲律宾、大韩民国、俄罗斯联邦、西班牙、泰国、土耳其、乌干达、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和委内瑞拉玻利瓦尔共和国。
6. 下列国家的观察员出席了会议：白俄罗斯、比利时、塞浦路斯、丹麦、多米尼加共和国、危地马拉、印度尼西亚、立陶宛、马达加斯加、波兰、卡塔尔、斯洛文尼亚和瑞士。
7. 欧洲联盟也派观察员出席了会议。
8. 下列国际组织的观察员也出席了会议：

(a) 联合国系统组织：国际货币基金组织（货币基金组织）和世界银行；

(b) 政府间组织：伊斯兰开发银行；

(c) 受邀请的国际非政府组织：美国律师协会、尼日利亚企业恢复和破产从业者协会、欧洲法学会、欧洲法律学生协会、破产及其预防问题研究组（21世纪破产研究组）、重组和破产管理专业人员国际协会、美洲律师协会、国际律师协会、国际信贷保险和保证协会、国际破产研究院、国际掉期及衍生工具协会、国际妇女破产和重整联合会、纽约州律师协会和国际律师联盟。

9. 工作组选出下列主席团成员：

主席： Wisit Wisitsora-At 先生（泰国）

报告员： Carols Lorenzo Codas Zavala 先生（巴拉圭）

10. 工作组收到下列文件：

(a) 临时议程说明（A/CN.9/WG.V/WP.106）；

(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.107）；

(c) 秘书处关于临近破产期间高管人员的义务的说明（A/CN.9/WG.V/WP.108）；

(d) 秘书处关于大型复杂金融机构破产的说明（A/CN.9/WG.V/WP.109）；
以及

(e) 关于技术援助与合作的说明（A/CN.9/WG.V/WP.110）。

11. 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)临近破产期间高管人员的义务；和(c)大型复杂金融机构的破产。
5. 其他事项。
6. 通过报告。

三. 审议情况和决定

12. 工作组以 A/CN.9/WG.V/WP.107、A/CN.9/WG.V/WP.108 和 A/CN.9/WG.V/WP.109 号文件为基础讨论了下列事项：(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)临近破产期间高管人员的义务；和(c)大型复杂金融机构的破产。工作组还以 A/CN.9/WG.V/

WP.110 号文件为基础讨论了与技术援助与合作有关的问题。工作组关于这些议题的审议和讨论情况见下文。

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

13. 工作组本届会议开始之后，首先讨论了委员会第四十五届会议提出的两个问题：工作组处理主要利益中心问题的职权范围是否涵盖与企业集团相关的问题；如果是，那么工作组应当如何处理这个议题。关于处理主要利益中心问题的职权范围，工作组注意到，有必要审查与企业集团相关的主要利益中心问题，因为目前大多数商业活动都是通过企业集团进行的。工作组还注意到 A/CN.9/WG.V/WP.107 号文件第 10 段所载有关职权范围的描述，原来的措词意在涵盖企业集团情形中的主要利益中心问题。工作组建议，委员会应当确认工作组以下观点，即原来核准的工作组处理主要利益中心问题的职权范围包括企业集团情形中的主要利益中心问题。

14. 关于对这个问题的审议时间，工作组商定应当在完成目前对《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》提出的有关个人债务人主要利益中心方面的修订之后，再处理企业集团的议题。

15. 工作组由此开始讨论 A/CN.9/WG.V/WP.107 号文件所载对《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》提出的修订草案。

A. 《示范法》的目的和起源

16. 工作组按草拟时的原样通过了第 3 和第 3A 段的实质内容，以及第 4-8 段各项脚注的修订。

B. 《颁布指南》的目的和解释

17. 第 9 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

C. 《示范法》的主要特点

1. 准入

18. 工作组商定，应当修订第 49B 段的前三句，将“同时”二字分别插在第一句的“处理对内的”和第二句及第三句的“对外请求”及“对内请求”之前，具体措词如下：“关于准入的条款同时处理跨国界破产的对内和对外方面。关于对外的请求，根据颁布国法律管理重整或清算的人或机构（称作破产管理人）经授权可代表本国诉讼程序在外国行事（第 5 条）。关于对内请求，外国管理人在颁布国享有直接进入法院的下列权利（第 9 条）；……”

2. 承认

19. 工作组商定删除第 37A 段第三句中的“除其他外”等字样，并在同一段的倒数第二句中，将“当然”二字改为“不作进一步要求”等词语。除此之外，第 37A 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。对第 37B 段作了修订，在段落末尾增添了一句，大致措词是应当在有限的情况下才使用公共政策的例外，破产计划的差异本身并不能作为正当理由而认定实施一国的法律必然违反另一国的公共政策。

20. 工作组按草拟时的原样通过了第 37C、E 和 F 段。

3. 合作与协调

21. 工作组按草拟时的原样通过了第 33B 和第 33E 段。

D. 逐条评注

第一章. 总则

第 1-8 条

第 1 条. 适用范围

22. 第 65 段按草拟时的原样获得通过。

第 2 条. 定义

23. 工作组按草拟时的原样通过了第 68 段的实质内容和第 23A 和 23A 之二段。

(a)项和(b)项

24. 工作组按草拟时的原样核可了第 23B、23C、24G 和 31 段。

(c)项至(f)项

25. 工作组按草拟时的原样核可了第 73 段；商定在第 73A 段倒数第二句中加上“法院”二字，将相关语句修订为“法院可接受的证据”；并按草拟时的原样核可了第 74 和 75B 段。

第 3、5 和 8 条

26. 工作组按草拟时的原样核可了第 78、84 和 91 段。

第二章. 外国管理人和债权人进入本国法院

第 10-12 条

27. 工作组按草拟时的原样核可了第 96、98、100、101 和 102 段。

第三章. 承认外国程序和救济

第 15-24 条

第 15 条: 申请承认某项外国程序

28. 工作组按草拟时的原样核可了第 119 和 120 段。

第 16 条. 关于承认的推定

第 1 款

29. 据指出, 第 122B 段的最后两句似乎与本款第一句不完全一致, 其中鼓励始发法院在其命令中列入说明信息, 以便利承认的工作。建议删除本段的最后两句, 使之更加明确。但是, 工作组商定, 其用意是避免出现潜在的问题, 造成始发法院可以作出超出必要范围的认定, 从而有可能不适当地影响应当由接收法院独立作出的决定。工作组请秘书处编拟第 122B 段的修订案文, 以便解释所意识到的任何不一致之处, 但保留工作组的用意。

30. 秘书处编拟了第 112B 段的如下修订案文:

“122B. 应当鼓励启动外国程序的法院在命令中列入这项信息, 以便利有关案件中的承认工作, 尽管应当避免就接办案件的法院按其职能而决定的问题——如主要利益中心的所在地或外国程序是主要程序还是非主要程序——作出认定。^{*}如下文所述, 这些命令或决定对颁布国接办案件的法院没有约束力, 后者应当独立地查清第 2 条的要求是否得到满足 (下文第 124B-C 段作了进一步讨论)。

^{*} 但管辖权取决于对主要利益中心或是否存在营业所作出的判定情形除外。”

31. 有与会者表示关切, 认为修订案文在反映工作组早先讨论情况的同时, 也可以认为是不适当地要求始发法院必须考虑到接办案件的法院而相应颁布法院令, 而且还力图就始发法院可能考虑的问题对始发法院加以限制。但是, 也承认, 似宜在《颁布指南和解释》中提出谨慎的注意, 因为法官经常是同时参阅《颁布指南和解释》以及《立法指南》这两者。另外, 还一致认为, 所述的信息将主要指《示范法》第 16(1)条提及的外国程序和外国管理人。

32. 经讨论后, 就第 122B 段商定如下:

“122B. 在启动外国程序的法院所颁布的法院令中列入关于第二条界定的外国程序性质和外国管理人的信息, 可便利相关案件中的承认工作。这些法院令或裁定对颁布国的接办案件法院无约束力, 接办案件的法院必须独立判定, 确信第 2 条的要求已得到满足 (下文第 124B-C 段作进一步讨论)。”

第 3 款

33. 工作组按草拟时的原样通过了第 123A 段的实质内容。

34. 工作组在作如下修改的情况下核可了第 123B 段的实质内容：删除第二句句首的“经常”二字，并在“没有关于……问题”这些词语之前加上“在这种情况下”等字样。

35. 工作组同意 A/CN.9/WG.V/WP.107 号文件脚注 6 中的建议，删除第 123C 段第一句中的“证明”二字，并将之改为“使法院确认”。第 123C 段按所建议的修订获得通过。

主要利益中心

36. 工作组主张选用第 123D 段的版本 2，但修订如下：(a)把行文中提到《欧洲理事会条例》¹的第三句放在一项脚注中；以及(b)并入第 123E 段版本 1 的第三和第四句。工作组请秘书处编拟本段的修订文本供进一步审议。

37. 秘书处编拟了第 123D 段的如下修订案文：

“123D. 债务人主要利益中心这一概念对于《示范法》的运作至关重要。*

《示范法》要求更多地服从在主要利益中心启动的程序，并规定了更加直接的自动救济。债务人主要利益中心的基本属性也就是能够让那些和债务人有着业务往来的人（特别是债权人）确信债务人可能在哪里启动破产程序的属性。如前所述，《示范法》推定注册地即为符合这些属性的地点。但实际上债务人的主要利益中心可能并非总是注册地，对于主要利益中心所在地与注册地不同的情况，《示范法》规定了对推定的反证。如果注册地并非债务人的主要利益中心，则通过对与债务人有业务往来的人（特别是债权人）表明了主要利益中心所在地的其他因素确定主要利益中心。因此，应当考虑那些可能独立表明某一国家为债务人主要利益中心的因素。”

“* 如第 31A 段所述，主要利益中心的概念是《欧洲理事会条例》所述计划的基础。”

38. 在讨论了修订案文之后，工作组就第 123D 段的实质内容达成一致，但作出如下修订：(a)在第三句中，将“债务人可能启动破产程序”等词语改成“针对债务人的破产程序可能……启动”；以及(b)在第六句的句首，将“如果注册地并非债务人的主要利益中心”等词语，改为“如果不确定，债务人的注册地即是其主要利益中心”等词语。

与确定主要利益中心相关的因素

39. 经讨论后，工作组商定，(a)项和(b)项因素应当保留在第 123F 段中，作为与确定主要利益中心相关的更加重要的主要因素。还商定，(a)项因素的重点应当是可以确认债权人的身份，因为债权人是最重要的利益人群体，另外还应当删除“第三方”这几个字。在审议(b)项因素时，会议决定，判定所在地的根据应当是债务人实行中央行政管理的地点，同时应当删除“运营”和“管理”等字样。关于(c)项因素，工作组商定，虽然这项因素的重要性次于(a)项和(b)项因

¹ 欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号条例。

素，但也应当作为一项可能有助于确定主要利益中心的因素加以保留，不过应当列在第 123I 段中，而不是加以删除。

40. 工作组还商定，第 123I 段的用意并不是作为一个毫无遗漏的完整清单，这些因素在该段中的排列顺序并不表明应当对其给予任何特定的重要地位或份量，另外，第 123I 段的第一行应当提及“主要”因素。

41. 对第 123F、G 和 I 段的适当先后顺序进行了讨论。鉴于就第 123F 和 I 段中所列的因素作出的决定，工作组请秘书处考虑随后应当对第 123G 段作出的任何删减及其位置的改变。

42. 秘书处编拟了第 123F 段的如下修订案文，工作组核可了其实质内容：

“123F. 在大多数案例中，以下主要因素若能通盘加以考虑，常常便可指明启动程序的所在地是否就是债务人的主要利益中心。这些因素有：(a)该所在地易于债权人确认，(b)该所在地即为债务人的中央行政地。”

43. 秘书处编拟了第 123G 和 123I 段的如下修订案文：

“123G. 在确定主要利益中心时，这些因素往往同时指向单个法域。但在有些案件中，各个因素之间可能互有冲突，这就要求对相关事实进行更认真的审查。因此，调查是客观事实的调查，法院将分析各种因素，客观地辨别某一债务人的主要利益中心位于何处。在所有案例中都要努力作出这种通盘考虑，以确定外国程序所在地事实上与债务人主要利益中心的实际所在地是一致的。

“123I. 如果通过上述主要因素也无法很快确定债务人的主要利益中心，还可考虑与债务人业务有关的其他若干因素。法院可能需要根据特定案例的具体情形而判别某一既定因素的份量。这些附加因素可能包括：[……]。这些因素的排列顺序无意表明对其所给予的优先或权衡重量，也无意作为相关因素完整不漏的清单；在特定案件中，法院可能认为其他因素是适用的考虑因素。”

44. 据指出，在第 123F 段的修订案文核可之后，需要随之对第 123G 和 123I 段作相应更改，因为第 123F 段中现在只有两项因素。会议一致认为，在作出这些修订时，应当保留适当强调这些因素分析时的整体性质。工作组商定修订第 123G 和 123I 段如下：

“123G. 当以上所述的主要因素不能得出关于债务人主要利益中心的现成答案时，可以考虑关于债务人业务的一些其他因素。根据特定案件的情形而定，法院可能需要增加或减少对某一因素给予的权衡重量。但是在所有案件中，都要努力作出这种整体考虑，以确定外国程序所在地事实上与债务人主要利益中心的实际所在地是一致的。

“123I. 这些附加因素的如下排列顺序无意表明对其所给予的优先或权衡重量，也无意作为相关因素完整不漏的清单；在特定案件中，法院可能认为其他因素是适用的考虑因素。这些附加的因素可能包括如下：[……]。”

主要利益中心的转移

45. 工作组商定，可以简化第 123K 和 L 段，以便反映如下的一些考虑：债务人的主要利益中心（与之相对的是其注册地）可能转移；如果在临近启动破产程序的前夕发生转移，则第 123F 段中讨论的因素即可能比较难以满足，因而法院应当更加仔细地查看与这种处境状况下的债务人相关的那些因素，以确保就如何加以承认作出正确的决定。还一致商定，债务人主要利益中心的转移不应当引起对欺诈的假定。工作组请秘书处编拟这些段落的修订文本供进一步审议。

46. 秘书处编拟了第 123K 段的如下修订案文：

“123K. 在有些案件中，债务人在即将启动破产程序时转移了登记地，在某些情形下甚至是在申请启动程序后和实际启动程序前转移的。在一些案例中，这种转移意在使债务人能够利用重整这样的破产程序，此种程序比先前主要利益中心当地的法律所能提供的程序更能满足其需要。在另一些案例中，转移注册地（或惯常居住地）目的可能是阻挠债权人和第三方的合理期待，或是出于幕后营利或偏袒的动机。一般规则是，只要有证据证明在外国程序即将启动时转移了注册地，则接办案件的法院在决定是否承认这些程序时，最好更谨慎地审议上文第[...]段所列出的因素，并从更大范围的角度考虑到债务人的情形。特别是，如果转移主要利益中心是在即将启动程序时发生的，可能更难符合第三方容易确定主要利益中心这一标准。”

47. 经讨论后，工作组商定，在第一句中，将“在有些案件中，债务人在即将启动破产程序时转移了其主利益中心”等词语改为“债务人的主要利益中心可能在破产程序启动前转移；在某些情形下”，并且应当删除倒数第二句句首的“一般规则是，”。关于是否列入第 123K 段的第二和第三句，工作组没有达成一致：一些与会者指出，这两句中的示例是有用的，表明两种可能的极端情况，而另一些与会者则认为，提供示例可能引起对此事项作不必要而且可能是带有主观性的详细审查。作为一种折中，商定应将第二和第三句作为一项脚注列入，放在方括号内，并且在第三句中，使用“主要利益中心”等词语替代“注册地（或惯常居住地）”。还商定，提及的编号应当是指第 123F 和 123I 段中的因素。

48. 第 123M 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 17 款. 承认外国程序的决定

第 1 款

49. 在第 124B 和 C 段中，工作组商定保留提及“信息”的字样，但删除“证据”二字。经此修订后，工作组按草拟时的原样通过了这两段的实质内容。

第 2 款

确定主要利益中心的时间

50. 第 128A-B 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

51. 工作组核可了第 128C 段的实质内容，但修订如下：(a)将“债务人停止交易”这些词语改为债务人停止营业活动；(b)删除提及欧盟理事会条例的第二句；以及(c)将第五句句首的“同样问题”等字样改为“同样的道理”。

52. 工作组商定，确定主要利益中心的时间也应当适用于营业所。会议请秘书处列入适当的案文反映这一决定。

53. 还商定，案文内不必列入惯常居住地的进一步解释。

滥用程序

54. 注意到第 123L 段中关于假称主要利益中心所在地的词语应当列在第 123J 段中。有人建议将第 123J 段挪至第 6 条下的评注中，但未获得支持。

第 3-4 款

55. 工作组按草拟时的原样通过了第 125、130 和 131 段的实质内容。

第 18 条. 后续信息

(a)项至(b)项

56. 工作组按草拟时的原样通过了第 133 和 134 段的实质内容。

第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济

第 1-4 款

57. 第 135-140 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 20 条. 承认外国主要程序后的效力

第 1-4 款

58. 工作组按草拟时的原样通过了第 144-146、149 和 151-153 段的实质内容。

第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济

59. 第 154、156、158 和 160 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 22 条. 对债权人和其他利害关系人的保护

60. 工作组按草拟时的原样通过了第 162-164 段的实质内容。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼

61. 第 165-167 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的介入

62. 工作组按草拟时的原样通过了第 170 段的实质内容。

第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作

第 27 条. 合作的形式

63. 第 183 和 183A 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第五章. 同时进行的程序

第 28 条. 承认一项外国主要程序后依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定而启动一项程序

64. 工作组按草拟时的原样通过了第 185 和 187A 段的实质内容。

第六章. 贸易法委员会秘书处提供的协助

B. 对如何解释基于《示范法》制订的立法给予的说明

65. 第 201 和 202 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

五. 临近破产期间高管人员的义务

66. 工作组在 A/CN.9/WG.V/WP.108 号文件的基础上继续其对临近破产期间高管人员义务这个议题的审议。

A. 立法条文的目的

67. 秘书处提请工作组注意在立法条文的目的之下供审议的两个问题。第一个涉及选用一个术语或一种描述来指称将负责采取必要行动避免破产或最大限度减少破产后果的人。第二个问题是关于选用“可能”、“濒临”或“不可避免”等词语来描述破产前应当履行义务或职责的这段时期。

68. 关于所用的术语或描述来指称公司中将负责采取必要行动的人，因为“高管人员”一词在不同的法域有不同的含义，而所需的统称将涵盖事实上不是高管人员但却代表公司作出决定的人，因此会议一致商定，应当使用一种更加笼统的描述，好像“负责就公司的管理作出决定的人员”那样。工作组商定使用更加笼统的描述，但修改一下，删除“负责”二字。这一改动应当通篇反映在建议草案中。

69. 关于“可能”、“濒临”或“不可避免”这些用词，工作组商定删除“可能”二字，使用“濒临或不可避免”。这一改动应当通篇反映在建议草案中。

B. 立法条文的内容

建议 1—义务

70. 工作组商定，“关于破产的法律”这些措词应当通篇保留在建议草案中。由于这一措词与《立法指南》第一、第二和第三部分中提及的“破产法”不同，所以应当添加一些文字，说明采用更广义的措词是为了考虑到其他法律特别是公司法对高管人员义务的关联意义。

71. 会上对建议草案 1 第 2 段和应当采取的步骤发表了各种观点，其中考虑到目的是鼓励高管人员及时使用重整和适当的非正式程序，需要扩大高管人员的注意力重点而使之包括债权人的利益，以及似宜具体指明临近破产期间的特有步骤，而不是高管人员一般义务中通常所包含的那些步骤。据建议，可以将那些合理的步骤分别按若干个阶段加以归类，例如这些步骤分别涉及鉴定营业的当前状况、查明为避免或当不可避免时为最大限度减少破产的影响而可由本公司采取的各种备选方案，以及最后是采取适当的行动。有与会者建议评注的第 32 段较为详细地讨论合理的步骤，并应当指明对建议 1 第 2 段作了修订。据指出，虽然避免破产和当不可避免时最大限度减少其影响是可能被视为需要采取不同措施的不同情形，但在其中任何一种情况中应当采取的许多步骤都是相互重叠的，不需要不同的两套步骤。

72. 有与会者表示关切，认为包括一项义务，避免进行如果启动破产程序时可能加以撤销的那些交易，这样做有可能确立了在撤销权条文下一般不存在的一个赔偿责任依据。对此，有与会者指出，鉴于《破产法立法指南》提供了某些交易的撤销机制，因此在本段案文中列入一项义务，避免无合理业务理由的这类交易是适当的。会议一致认为，建议草案 1 应当提及“义务”的复数形式，因为提及的是不止一项义务，这一修订应当通篇反映在建议草案中。

73. 经讨论后，会议请秘书处编拟一项修订案文，其中考虑到所讨论的问题，供进一步审议。

74. 秘书处编拟了建议 1 的如下修订案文：

“1. 关于破产的法律应当指明，从建议 2 所述的时刻开始，建议 3 所指明的人员将有义务适当顾及债权人和其他一些利益关系人的利益，并采取合理的步骤：

- (a) 避免破产；以及
- (b) 破产不可避免的，尽量减少破产的影响。

“2. 合理的步骤可以包括：

(a) 评审公司目前的财务状况，确保始终保持正确的账目记录和确保账目随时更新；确保独立获知关于公司目前和正在发展中的财务状况的信息；定期举行董事会监测形势；寻求专业咨询，包括破产咨询或法律咨询；与审计员进行讨论；召集股东会议；

(b) 评审公司可以采取的各种备选方案，以避免破产，或在不可避免时，尽量减少破产的影响，同时变更管理做法，考虑到整体利益关系人的利益；保护公司的资产，以便使价值达到最大化，并避免关键资产的损失；考虑业务的结构和职能，审查存活能力和减少开支；不使公司承诺订立可能会被撤销的那些类型的交易，除非有正当的业务理由；

(c) 采取适当的行动，包括在适合进行交易的情况下继续进行交易，以使经营中的公司的价值达到最大化；与债权人举行谈判或启动其他非正式程序；启动正式的重整或清算程序。”

75. 工作组按草拟时的原样核可了第 1 款。

76. 关于第 2 款，工作组核可了其中所包括的各项步骤的实质内容，但作出了如下一些改动：按第 1 款前导段中使用的措词统一(b)项中关于“整体利益关系人的利益”等词语，以确保债权人的利益优先权；在(c)项关于启动正式程序的一句之后添加一些措词，解决所关切的一个问题，即只有在启动这些程序是适当途径时才应当这样做，但也考虑到在有些法域可能有义务在某些情形下必须启动这些程序。关于后者，据指出，建议 1 中对这个问题的处理方式应当与《立法指南》第二部分对此问题的处理方式相一致。

77. 关于第 2 款(a)项至(c)项的结构，有与会者表示关切，因为这几项所列的步骤可能同时适用于第 1 款中的两种情况，所以不应当按可合理采取的步骤对两种情况作出区分。不过，也有与会者指出，启动正式程序可能在破产不可避免时较为合适，而其他步骤可能在破产可以避免时较为合适。工作组商定可将第 2 款(a)和(b)项所列的步骤与(c)项所列的前两个步骤合并在一起。启动正式程序应作单独处理，并应当考虑到该步骤对于企业所面临的财务状况是否合适，以及上文所述国内法可能规定的任何启动义务。请秘书处进一步修订该建议，供今后一届会议审议。

建议 2—义务产生的时间

78. 工作组核可了建议草案，但删除了“可能”一词。

建议 3—承担义务的人

79. 工作组商定对建议 3 草案进行修订，删除“人”前后的方括号，删除“本国法律所界定的履行高管人员职责的”和“承担高管人员责任”等词语，保留“经正式任命的高管人员和行使实际控制权及履行高管人员职责的任何其他人”等词语。其余的建议草案也应当使用“承担责任的人”这一短语。修订后的建议将是：

“3. 关于破产的法律应当指明承担义务的人，其中可包括经正式任命为高管人员的任何人，以及行使实际控制权和履行高管人员职能的任何其他人。”

建议 4—责任

80. 关于第 1 项，工作组经讨论后商定：应当保留“债权人遭受损失或损害”这些词语，并应当删除“债权人利益受损”这些词语；还应当删除“在建议 2 所述时期内发生的”这些词语。

81. 经上述修订后，通过了建议 4 草案的实质内容。

建议 5—责任的要素条件和抗辩

82. 工作组一致认为，虽然一旦修订和商定了建议 1 草案之后将需要对提到建议 1 草案的本项建议的各方面进行讨论，但应当保留“债权人遭受损失或损害”等词语，删除“债权人的利益受损”一语。工作组还商定，应当删除本项建议草案的最后一句。

建议 6—救济办法

83. 经讨论后，工作组商定，关于建议草案的第一句，(a)应当明确指出，在对高管人员责任问题提出诉讼之前尚不必作出偿付，所提及的损害将由法院进行评估；(b)应当偿付的任何赔偿都与建议 4 第 2 款中的责任相关联；以及(c)责任方面的救济办法中“应当”包括向破产财产全额偿付。关于第二句，有与会者表示关切，认为目前的措词含义太广，笼统提及权利和索偿要求，从而可能在对建议 1 草案所述的任何行动理由提出诉讼之前的时期限制高管人员行使其作为高管人员的权利和参加一般的破产程序。有与会者提出，建议草案的范围应当局限于对高管人员的抵消权加以限制。为此，提出了一项建议是采用 A/CN.9/WG.V/WP.104 建议 7 草案(c)款的原有措词——“就公司对高管人员的任何欠债限制行使抵消权”。这项提议获得支持。

84. 有与会者对建议 6 中的抵消问题提出了进一步的关切，特别是对于涉及高管人员义务和责任时区分申请破产之前和之后的抵消问题以及例如高管人员保险的相关意义。据指出，抵消问题难以界定，可能以若干不同的形式存在，既合法也公平，其中所提出的是时间上的重要问题和行为问题。抵消问题所造成的不确定性可通过采用排序居次的办法加以补救。据建议，这些问题可在评注中或在建议 6 的一项脚注中作进一步讨论。请秘书处考虑到所讨论的问题编拟修订案文，供进一步审议。

建议 7—针对违背义务进行的程序

85. 工作组核可了本项建议草案的实质内容，但行文中添加提及建议 4 的一些措词。

建议 8 和 9—针对违背义务进行程序的耗资供给

86. 工作组核可了建议 8 和 9 草案的实质内容。

建议 10—附加措施

87. 对方括号中的第二句发表了各种不同的意见。一种观点认为，建议 6 草案中规定的金钱制裁应当有附加措施加以补充，以便防止高管人员的异常行为，并保护公众避免遭受高管人员行为过失或不当所造成的损害。另一种观点认为，除取消资格之外，还应当列举其他示例。一种不同的看法是，不应当作出这样一种限制，因为这样限制将是惩罚性的，侵犯了某些宪法权利，抑制能够胜任的高管人员不担任这种职务，而且也是超出破产法范畴的。经讨论后，工作组一致认为，应当删除第二句。

88. 关于第一句，有与会者关切地认为，删除第二句后造成第一句意义严重空洞。一些与会者表示支持完全删除建议 10，只保留建议 6 作为唯一的救济办法。一种不同的观点是，可保留第一句，以便提示各国除偿付补偿之外，还可在国家立法中列入附加措施。一项提议是，任何修订建议都应当阐明这种措施的性质、期限和相称程度。工作组同意删除草拟的第一句，但将审议进一步的提议。

89. 秘书处编拟了建议 10 的下述修订案文：

“10. 为阻止导致建议 4 所述赔偿责任的那种行为，关于破产的法律可在建议 6 所述支付[赔偿][损害赔偿金]之外包括附加救济办法。

“* 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，以及除支付赔偿之外，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...段讨论。”

90. 在审议该修订案文时，提醒工作组注意，《立法指南》中已有结构类似的建议，只是为了引起对一个重要问题的重视。是作为一项建议添加该案文，还是将其纳入评注，与会者发表了一些不同意见。这些意见包括，这些措施往往是破产法的组成部分；这些措施超出了破产法的范围，属于例如公司法的范畴；以及这是一个灰色地带，需要在不考虑各种国内做法的情况下单纯基于其相关重要性作进一步审议。支持后一种观点者指出，这样的建议可能既有启发意义，又发挥教育作用。经过讨论，占上风的观点是支持在今后届会上审议该建议连同其脚注。

C. 评注

91. 工作组接下来审议了 A/CN.9/WG.V/WP.108 号文件第 6-51 段所载关于临近破产期间高管人员的义务的评注草案。工作组一致认为应当调整评注的结构，以反映各项建议的顺序，并在评注的相关章节之后列入建议。此外，查明了评注中存在的几个问题，即使用的术语与建议中商定的或《破产法立法指南》其他地方使用的术语不同，或者应对措词加以调整以便与关于建议而达成的一致意见相一致。请秘书处在编拟评注的修订案文时考虑到工作组的评论意见。

D. 与企业集团成员高管人员相关的问题

92. 工作组审议了与企业集团成员高管人员相关的问题。一致认为，虽然这个议题提出了困难和复杂的问题，特别是关系到破产法和公司法方面，但仍然应当认真考虑开展进一步工作的可能性。工作组商定，一旦其完成对建议 1-10 以及相关评注的审议之后，即可审议是否处理企业集团方面可能相关的问题。为便于对这些问题的审议，会议请秘书处提供进一步的信息，特别是介绍各种不同的国家办法和解决方案，从而可以为工作组的讨论带来充实的知识。

E. 跨国界问题

93. 工作组商定把这些问题的审议推迟到今后的一届会议。

六. 案文发给各国征求意见

94. 工作组要求提供主要利益中心案文的合并修订本和高管人员义务案文的合并修订本，其中纳入工作组商定的所有修订，供今后一届会议审议。工作组指出，一旦工作组对这些案文作了进一步审议，即可将案文发给各国征求意见，以便随后委员会 2013 年第四十六届会议可能通过。

七. 大型复杂金融机构的破产

95. 工作组以 A/CN.9/WG.V/WP.109 号文件特别是该文件第 64 段提出供工作组审议的那些问题为基础审议了这个议题。该文件概要介绍了各国际组织迄今为止开展的工作，工作组认为非常有用，对此表示欢迎，特别是欢迎文件指出这些组织广泛使用贸易法委员会在跨国界破产和企业集团领域开展工作取得的成果。

96. 工作组商定，秘书处如能继续监测这些其他组织的工作，也许特别着重于这一工作的跨国界方面，并在可以得到资源的情况下，提供进一步的文件介绍这一工作，供工作组和委员会参考，那将是非常有益的。会上强调需要避免重复工作，并且似宜将调研的领域局限于工作组具有特别职能和专业知识的那些方面。据指出，正如同贸易法委员会在跨国界破产和企业集团方面的工作为工作文件中所述的各机构的工作提供了充实的知识那样，这些组织关于金融机构破产方面的工作也同样可以为工作组就主要利益中心和企业集团方面今后开展的工作带来充实的知识。还强调似可增进贸易法委员会与那些在金融机构破产方面开展工作的各国际组织之间的合作与协调。通过监测金融机构破产方面的发展动态，从中将可以得到的另一个好处是，全球金融危机触发了大量立法改革和活动，可以提供工作的背景依据，在此基础上评估《破产法立法指南》所提供的方法和解决方案是否继续具有相关意义。

八. 技术援助与合作

97. 工作组接下来审议了 A/CN.9/WG.V/WP.110 号文件所述的关于技术援助与合作的问题。据报告贸易法委员会的破产法规被世界银行在其技术援助活动中广泛使用，欧洲联盟在当前修订破产条例的工作中经常参考贸易法委员会的破产法规。还注意到贸易法委员会、重组和破产管理专业人员国际协会和世界银行共同举办的第十次多国司法座谈会将于 2013 年在海牙举行，事实证明，与会者是贸易法委员会破产法规的强劲推动者。

98. 注意到通过将贸易法委员会破产法规翻译成更多语文可以扩大其普及面，并注意到几个国家已经进行了此种翻译。鼓励贸易法委员会继续推动与相关实体如世界银行和货币基金组织的合作机会，并考虑如东南亚国家联盟（东盟）等各区域集团经济一体化程度提高所带来的提高认识和技术援助机会。还请工作组成员在本国提高对贸易法委员会破产法规的认识，并鼓励采纳这些法规。此外，工作组商定，其成员将使秘书处随时了解关于通过或使用破产法规的更多事例，特别是《立法指南》，《立法指南》的使用比起《跨国界破产示范法》的使用更加难以跟踪。
