



联合国国际贸易法委员会  
第四十五届会议  
2012年6月18日至7月6日，纽约  
[或2012年7月9日至27日，维也纳]

## 第五工作组（破产法）第四十届会议工作报告

（2011年10月31日至11月4日，维也纳）

### 目录

|   | 段次    | 页次 |
|---|-------|----|
| 一. 导言 .....                                   | 1-3   | 2  |
| 二. 会议安排 .....                                 | 4-10  | 2  |
| 三. 审议情况和决定 .....                              | 11    | 3  |
| 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 ..... | 12-37 | 3  |
| A. 《示范法》第2条下符合承认条件的程序 .....                   | 14-19 | 4  |
| B. 承认 .....                                   | 20-35 | 5  |
| C. 企业集团 .....                                 | 36-37 | 8  |
| 五. 破产和破产前案件中董事与高管的责任和赔偿义务 .....               | 38-52 | 9  |
| A. 可能制订的原则或准则的形式 .....                        | 38    | 9  |
| B. 确定义务主体 .....                               | 39-41 | 9  |
| C. 明确义务产生的时间 .....                            | 42-46 | 9  |
| D. 确定义务客体 .....                               | 47-48 | 10 |
| E. 义务的性质或应予涵盖的不当行为类型 .....                    | 49-50 | 10 |
| F. 确定可动用救济办法 .....                            | 51    | 11 |
| G. 跨国界问题 .....                                | 52    | 11 |



## 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（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，第 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公司董事的责任和赔偿义务，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。
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。工作组第三十九届会议及其 2011 年第四十四届会议完成了关于议题(c)的工作，委员会最后审定并通过了“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”。

## 二. 会议安排

4. 第五工作组由委员会全体成员国组成，该工作组于 2011 年 10 月 31 日至 11 月 4 日在维也纳举行了第四十届会议。工作组下列成员国的代表出席了会议：奥地利、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、捷克共和国、埃及、萨尔瓦多、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、马来西亚、墨西哥、尼日利亚、挪威、巴拉圭、菲律宾、波兰、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、委内瑞拉玻利瓦尔共和国。
5. 下列国家也派观察员出席了会议：比利时、克罗地亚、丹麦、多米尼加共和国、厄瓜多尔、危地马拉、印度尼西亚、伊拉克、黎巴嫩、巴拿马、秘鲁、斯洛伐克、斯洛文尼亚、苏丹、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国。
6. 巴勒斯坦和欧洲联盟也派观察员出席了会议。
7. 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) 受邀政府间组织：加勒比共同体（加共体）；
  - (c) 受邀国际非政府组织：维斯国际商事模拟仲裁辩论赛赛友会、美国律师协会、国际法律研究中心、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、欧洲律师联盟。
8. 工作组选出下列主席团成员：

主席： Wisit Wisitsora-At 先生（泰国）

报告员： Pedro Enrique Amato 先生（委内瑞拉玻利瓦尔共和国）

9. 工作组收到了下列文件：

(a) 临时议程说明（A/CN.9/WG.V/WP.98）；

(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.99）；

(c) 秘书处关于破产和破产前案件中董事的责任和赔偿义务的说明（A/CN.9/WG.V/WP.100）；和

(d) 墨西哥、西班牙和国际律师联盟代表团关于“主要利益中心”（《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2 条(b)项和第 16 条第(3)款）定义的提案（A/CN.9/WG.V/WP.101）。

10. 工作组通过了下列议程：

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；和(b)破产和破产前案件中董事的责任和赔偿义务。

5. 其他事项。

6. 通过报告。

### 三. 审议情况和决定

11. 工作组根据 A/CN.9/WG.V/WP.99、A/CN.9/WG.V/WP.100 和 A/CN.9/WG.V/WP.101 号文件以及其中提及的其他文件讨论了下列问题：(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董事的责任和赔偿义务。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》与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用

12. 工作组本届会议首先参照 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 4-5 段提出的问题而就其在《贸易法委员会跨国界破产示范法》（“示范法”）与主要利益中心有关的某些概念上的工作所可采取的形式展开了一般性讨论。

13. 工作组确认，其工作的目的并非是要修改《示范法》，而只是想提供更多指导，以便对负责《示范法》使用和适用者有所帮助，并为《示范法》在更大范围内获得采纳提供便利。作为一个切实可行的假设，应当侧重于修订和充实《颁布指南》提供的指导意见。

## A. 《示范法》第 2 条下符合承认条件的程序

### 1. 关于债务人破产的要求

14. 有与会者强调《示范法》序言与该问题是有关的，尤其是(e)款以及已经列入《颁布指南》的提及债务人遭遇严重的财务困境或者资不抵债的部分。有与会者称不妨对这些要求加以进一步强调，以确保《示范法》的范围明白无误。据指出，《贸易法委员会破产法立法指南》（立法指南）就包括濒临破产在内的构成破产程序的具体内容发表了评述意见并提供了这方面的定义，该材料可能对《颁布指南》有所帮助。

15. 与之不同的一个建议是，由于破产法还在不断发展之中，各种新型程序日益得到使用，可能需要对“外国程序”和“破产相关法律”的概念作出灵活解释，以确保《示范法》将涵盖在启动正式破产程序以前所开展的程序，例如就债务人的再融资与有些但并不一定与所有债权人进行谈判，而这些程序并不需要所有债权人的同意（因为有些债权人可能会得到全额偿付等），并且可能并不涉及由法院加以核准。有与会者就此提出，与债权人之间的这类谈判纯由合同约定并且并未导致启动破产程序的（例如《立法指南》所述简易程序），所达成的任何约定作为合同在国内外均可强制执行，而不需要根据《示范法》予以承认，也不需要提供与承认相关的援助。尽管承认在处理债务人财务困境的问题上可能会更多使用混合类型的程序，但仍有与会者指出，在《示范法》中对拟涵盖的程序类型已有某些限制，《颁布指南》在不修改《示范法》本身条款的前提下只能提供某种程度的灵活性。

16. 工作组经讨论后商定，《颁布指南》应当侧重于《立法指南》所涵盖的并且涉及债务人遭遇严重财务困境的破产程序。

### 2. “外国程序”定义的要素

17. 据指出，对于定义所含诸要素，需要根据彼此之间的关系来加以审议，程序可虽然是集体程序但仍不符合定义的其他要素。关于构成“集体”程序的具体内容，与会者经讨论后商定，作为一条一般性原则，这类程序应当述及债务人的所有资产和负债以及所有债权人的债权。对于有担保债权人虽被排除在外但仍可随之在破产法范围以外强制执行其权利的程序，或对于有担保债权人的权利不受影响的程序，都将免于适用后一项要求。尽管有与会者称，以未受损害为由而将其他几类债权排除在外的程序可被视为集体程序，但工作组商定仅提及有担保债权人的实例。

18. 工作组商定，在《颁布指南》中对可能不为该定义所涵盖的相关程序的某些特点展开讨论或许不无益处，例如并不要求由法院实施监督或管制的程序，或者并不要求在性质上纯属合同谈判的程序。

19. 关于控制或监督的要素，工作组提及 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 31 段提出的各种问题。会议商定，对法院的监督或管制为潜在而非实际监督或管制即已足够，据指出，在有些法域中，这可能涉及对破产管理人的监督或管制；可以涵盖《立法指南》所述那类简易程序；法院不再参与的程序仍可在该定义的范围以内，但先决条件是，该程序仍在进行之中，并且尚未结束。据指出，《立法指南》中的讨论情况表明，在核准重组计划之后结束相关程序方面有着各种做法。

## B. 承认

20. 关于 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 34 段，工作组认为，可以给《颁布指南》第 73 和第 128 段补充解释性材料，尤其述及有关确定的要求以及之所以未将其他类型的程序列入《示范法》承认机制的原因。

21. 关于 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 37 段，工作组商定，似宜参照的不仅有“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”，而且还有《立法指南》和《贸易法委员会跨国界破产合作实务指南》。有与会者称，虽然《颁布指南》第 9 段提及《指南》对立法机关以外《示范法》其他使用者所具有的相关意义，但如果列入针对法官等的更多指导，则可能需要对《颁布指南》的标题加以修订，以便列入对“解释”的提及。

### 1. 与确定主要利益中心和推翻该推定相关的要素

22. 工作组审议了 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 40 段提出的问题以及 A/CN.9/WG.V/WP.101 号文件所载有关界定主要利益中心的建议以及与推翻《示范法》第 16(3)条中关于债务人主要利益中心为其已登记营业地（或自然人的惯常居住地）的推定相关的要素。

23. 工作组审议了第 16(3)条所载推定标准，尤其是对欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号条例（《欧洲理事会条例》）中类似推定加以解释的方式。据指出，对于《欧洲理事会条例》，法院称，该推定很有说服力，只应在为数极为有限的案件中和非常情况下才可予以推翻。有与会者提及第 27 款所载的一个近期决定。有与会者强调，《示范法》和《欧洲理事会条例》在使用该推定上是有区别的，前者是为了承认外国破产程序并向这些程序提供帮助，而后者与启动破产程序及其他欧盟国家自动承认这些程序有关。工作组经讨论后一致认为，《示范法》中的推定标准与《欧洲理事会条例》的标准不同。但有与会者称，第 16(3)条关于推定的重要性与《颁布指南》第 122 段所提供的指导不尽相同，仍有列入更多解释的余地。该建议得到一定的支持。

24. 关于同推翻该推定可能相关的要素，一种观点认为，为力求明确无误，似宜列明一些关键要素（受理承认主要程序申请的法院似宜考虑的关键要素可能

有三至四项)。这些关键要素可以是 A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 42 段所述要素，即(a)债务人总部职能或总公司职能或“神经中枢”的所在地；(b)债务人的管理层所在地；(c)债务人主要资产所在地和债权人所在地或可能受案件影响的多数债权人的所在地及(m)债权人承认的债务人业务中心所在地。其他要素，例如 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件第 20 段所述要素，可能与案件具体事实相关，但却不如关键要素重要。列明某些关键要素的做法得到了一定的支持。

25. 一种不同的观点认为，由于对主要利益中心的任何调查在性质上均涉及具体事实，只列明与所有情况都有关的几个要素既无可能，也并不合适。有与会者强调，重要的是对相关客观要素展开全面分析。《颁布指南》应当列明与推翻该推定可能相关的一些要素，并将这些要素用作实例，对这些要素可能涉及的内容以及可能与此相关的具体情形作出说明，同时并不确定彼此任何优先次序或其中某一要素的份量。对要素所作说明应当采用叙述的形式，而并非列作清单，因为后一种形式可能会被误解为指明优先次序或相对重要性。该做法也得到了支持。

26. 有与会者对就用于说明各要素的措词所作解释以及对(m)要素所需可查明性的范围表示关切。(a)要素所传递的想法得到普遍支持，但也有人提出“债务人中央管理地”之类其他表述方式。据指出，(b)要素过于含糊不清，举例说，使用管理层居住地的提法即可满足该要素，但这种提法与确定主要利益中心无关。关于(c)要素，据指出，债务人资产所在地经常是破产方面的一个关键问题，这一要素对提供在主要利益中心方面的可预见性可能并无帮助。还有与会者就难以对企业集团适用这些要素表示关切。

27. 关于(m)要素，据指出，根据《欧洲理事会条例》，可查明性是一个关键组成部分，可用于对(a)要素之类其他要素加以限定。有与会者提及欧洲法院最近裁决的一则案件，<sup>1</sup>在该案件中，法院称，必须把《条例》解释为是指，必须通过更加强调公司中央管理地来确定债务人公司的主要利益中心，而公司的中央管理地可以根据由第三方能够加以查明的客观要素来予以确定。法院接着称，如果负责公司管理与监督的机构与注册办公处所在同一地点，并且公司管理层的决定是使用第三方可加以查明的方式作出的，该推定也就无法推翻。有与会者表示支持采用该做法以及《颁布指南》中的措词，但仍有与会者对关于可查明性要求的确切含义提出疑问，尤其是质疑所提到的第三方身份以及是否可以参照正式登记文件等查明该标准，或对市场通常了解哪一些信息提出疑问。有与会者建议把可查明性视作一个额外的要素，而并非对其他要素加以限定的一个要素，该建议也得到支持。

28. 关于 A/CN.9/WG.V/WP.101 号文件所载建议，支持采用所述定义的人不多。然而，工作组注意到，第 1 和 2 段分别以《欧洲理事会条例》和《示范法》为依据，不妨以某种形式把第 1 段纳入《颁布指南》的建议得到一定的支持。虽然仍有与会者对拟议定义第 4 段所述各要素的具体措词表示关切，但据指出，这些想法在很大程度上已经反映在 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 和 A/CN.9/WG.V/

<sup>1</sup> 清算中的 Interdil Srl 公司，C-396/09 号案件。

WP.99 号工作文件所扼要列出的要素中。对于这些想法，一如对其所作解释，存在类似的关切和考虑。

29. A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件第 14 段所扼要阐述的一则建议是，可以鼓励启动外国程序的法官在就启动所作裁定中列入他们认为与随后申请承认可能相关的任何证据的信息，该建议得到一定的支持。

30. 工作组经讨论后商定，《颁布指南》应当侧重于能够提高预见性并就主要利益中心所在地向受理法院法官提供指导并协助其作出裁定的相关信息，其中应当列入就《示范法》而言关于主要利益中心的裁定缘何如此重要的信息，并对与根据第 16(3)条推翻该推定可能相关的要素作出说明。尽管在对这些要素究竟应予限制还是放开的问题上或在对确切措词上均未达成一致，但已请秘书处根据工作组的考虑和结论准备适当材料，以便在今后的一届会议上予以审议。

## 2. 对主要利益中心的承认所具有的效力

31. 工作组审议了《颁布指南》是否应当较为详细地讨论承认所具有的效力问题。虽然有与会者支持扩大评注的范围并将第 143 段所载解释等一些解释放在更接近《指南》开头处，但工作组的结论是，在现阶段《指南》没有必要对该议题加以进一步的处理。

## 3. 欺诈的影响

32. 工作组审议了涉及欺骗或可能是欺诈的行为的各种实例，不过，有与会者认为，对于所涉行为，该用语的份量可能过重。这些实例包括：利用虚拟实体、庞式骗局、在债务人主要利益中心所在地上的欺骗、为不正当目的而在十分接近于程序启动之时转移主要利益中心以及在启动后的破产程序进行期间实施的不诚实或欺诈行为。针对转移主要利益中心的一种观点认为，受理法院只应当考虑向其陈述的所在地；究竟在该所在地如何设立主要利益中心与根据《示范法》所作承认无关。有与会者指出，在有些法域，在十分接近于破产程序启动之时转移主要利益中心与自由设立权有关，并不会引起关注，除非认为它可能具有为避免破产后果而蓄意安排的特点。还有与会者指出，在十分接近于启动之时转移主要利益中心可能是慎重选择诉讼地所致，例如目的是为了在破产机制对重组更为有利或对适合于债务人的其他破产解决办法更为有利的法域启动相关程序，因而不应引起关切。所陈述的主要利益中心为虚拟中心的或外国程序以欺诈方式启动的，受理法院可拒绝承认相关程序，并可援用《示范法》第 6 条所载公共政策除外规定。在承认之时不诚实或欺诈活动或行为并不明显的，《示范法》第 17 和 18 条允许审理承认问题的法院重新考虑其所作裁定。工作组商定，评注可提及其中一些实例以及可能存在的解决办法。

#### 4. 与确定主要利益中心相关的时间安排

33. 工作组一致认为,《示范法》未述及为承认外国破产程序的目的而在这些程序中确定债务人主要利益中心的相关日期。会上列出了几种可能性:外国程序的申请日期或启动日期(据称在有些法域中,这两个日期为同一个日期)或申请承认外国程序的日期。有与会者指出,其中每一个日期均有其有利和不利之处。启动的申请日期据说比启动日期更为合适,尤其是如果这两个日期之间有差异而且债权人及其他人有可能对债务人的资产采取行动。如果承认的申请日期为相关日期,据指出就可能会存在以下一些情况:如果债务人当时已停止运营,尤其是如果在外国程序后期阶段寻求承认,则就无法确定主要利益中心或债务人的开业地。在这类情况下,外国代表的所在地可能是唯一与外国程序有关的所在地。有与会者建议,如果几个同时进行的外国程序仅在一个国家寻求承认,该国受理此案件的法院就必须对各种程序加以考虑并确定同主要利益中心问题可能有关的日期。在这类情况下,《示范法》关于合作与协调的第四章以及第 17 和 18 条可能与此有关。

34. 有与会者进一步提出了关于在十分接近申请启动之时转移主要利益中心及其对承认外国程序的影响的问题。会上发表的一种看法认为,主要利益中心问题将由启动外国程序之时的原审法院加以确定。有与会者就此指出,对于要求法院在其管辖范围以内启动的程序究竟是否应当根据“主要利益中心”而被归类为主要程序还是根据“开业地”归类为非主要程序,法院通常并不予以考虑,法院实际上所考虑的是它对债务人是否具有管辖权。程序是否被归类为主要或非主要程序的问题仅仅与《示范法》中的承认问题有关,因而必须由受理的法院加以考虑。如同上文(第 29 段)所述,原审法院或许能够列入其启动命令的关于主要利益中心或债务人开业地的所有相关信息可能的确对受理的法院十分有益(即使这类信息对受理的法院并无决定性影响或并无约束力),因为受理的法院必须让自己相信外国程序符合《示范法》的要求。

35. 工作组经讨论后请秘书处编写一份案文,其中将提出相关问题,列明各种可能的日期并就每一个日期的各种有利和不利之处展开讨论。

#### C. 企业集团

36. 工作组审议了尽管《示范法》并不适用于企业集团本身但是否仍可把有关企业集团和在实践中如何处理这些集团的材料添入《颁布指南》的问题。

37. 工作组一致认为,该议题十分重要,反映了国际商务和跨国界破产程序目前的商业现实。关于将材料添入《颁布指南》的问题,尽管有与会者对采取该行动步骤是否合适有一定的保留意见,但会上仍商定应当参照《立法指南》第三部分以及尤其就在国际背景下对待破产集团而采取的解决办法。但除此之外,尤其在企业集团主要利益中心这一概念方面,有与会者建议,一旦工作组就确定个别债务人主要利益中心相关要素达成一致意见,或许就有可能进一步考虑集团的问题,尤其是在集团背景下这些要素的相关性问题。



## 五. 破产和破产前案件中董事与高管的责任和赔偿义务

### A. 可能制订的原则或准则的形式

38. 工作组在开始审议该议题时就其工作可能采取的形式展开了讨论。工作组一致认为，该工作的目的是，就与破产程序启动前阶段有关的责任和赔偿义务提供指导，以便鼓励针对财务困境尽早采取行动，从而便利救济并最大限度地减少对债权人和其他相关当事人的伤害。该目标的实现将要求在以下两个方面之间取得平衡：一方面是应当为鼓励在遇到财务困境时尽早采取行动提供各种激励条件，另一方面是所规定的义务可能会影响公司吸引合格人士占据有控制权和影响力的职位并在遇到财务困境和破产的情况下继续守住这些职位的能力。据指出，可能始料不及的一种后果是，董事可能仅仅为了逃避严苛的赔偿义务或惩罚而采取不必要的行动，例如很早就请求启动正式的破产程序。工作组一致认为，为实现该目标将似宜采用立法指南的形式，因为这样就能对不同做法的有利和不利之处发表评述意见并酌情就最佳做法提出建议。

### B. 确定义务主体

39. 工作组回顾其第三十九届会议曾商定，一开始就应当由正式任命的董事担任相关义务主体，而不论其为自然人还是法人。至于也可能担任义务主体的其他人，工作组的看法不一。一种观点认为，义务主体应延伸适用于管理人和负责公司管理与监督事务的其他人以及对可能公司行使影响力的人，但专业顾问除外。另一种观点认为，有待规定的义务范围不确定，也就难以确定谁是义务主体。举例说，如果所负义务是通过申请启动破产程序而对财务困境及时作出回应，该义务只需适用于得到正式任命的董事。如果打算考虑对所遭受的伤害支付赔偿之类更大范围的事项，可能就需要拓宽相关人士的类别，尽管规定此类性质的义务可能与作为工作目标而扼要列出的激励条件有妨碍或相违背。

40. 还有一种观点认为，似根本不应提及董事，因为各国对该术语可能具有的含义有着不同的定义和理解。还有与会者称，在说明上似应采取范围更宽并且目的性更加明确的做法，例如采用负责管理公司的人的提法，或不然也可将该问题留待根据本国法律予以确定。

41. 工作组经讨论后一致认为，应当在指导中提及得到正式任命的董事，同时由评注部分述及“董事”这一用语的含义的范围并列举可能为该用语所涵盖的各类高管及其他当事人的实例。

### C. 明确义务产生的时间

42. 工作组回顾其上一届会议曾商定，义务产生于债务人已经或濒临破产之时，但只有一旦启动破产程序方可加以强制执行（A/CN.9/715，第 81 段）。

43. 会上初步认为，该工作不应以义务为重点，而是应当侧重于董事在破产前阶段的责任，并且回顾有关工作形式的讨论，而侧重于董事激励或奖励正确行

为的责任。该建议得到一定的支持，但也有与会者指出，为了激励正确的行为，有必要列入关于赔偿义务的某种实际可能性。

44. 会议普遍认为，要作到参照界限明确的检验标准来明确任何责任所可产生的时间将十分困难。会上提出了各种可能的指示数，其中包括：董事理应意识到按常理避免破产已无可能之时；董事实际意识到或应当意识到破产无法避免之时；实际破产发生之时（而不论对其如何加以界定）；以及企业的延续受到威胁之时。在讨论这些指示数时，有一种观点认为，有些破产可能来得过迟，或者与破产程序的启动过于接近，例如实际破产或濒临破产，责任应当产生于在财务困境不可逆转之前或破产无法避免之前。

45. 有与会者强调，讨论应当侧重于只有在启动破产程序之时根据破产法可予强制执行的责任，而不是侧重于根据公司法或可适用的那几类责任。一旦启动破产程序，破产管理人或许就能够采取各种行动，例如为减轻对债务人公司所造成的伤害而追回在启动前低价转让的资产。这些行动所产生的任何收益都将归属于破产财产。还有与会者强调，所涉责任是对根据公司法而可适用的责任的一种补充。

46. 工作组经讨论后一致认为，应当侧重于破产程序启动前一段时间的主张尽管在一定程度上得到普遍支持，但本届会议无法就该主张的具体措词达成一致意见。会议请秘书处准备相关材料，介绍涉及该议题的现行法律所持的各种不同做法并对这些做法的利弊加以审视。

#### **D. 确定义务客体**

47. 工作组回顾其上一届会议曾讨论过有关该议题的各种问题，包括究竟是对所有债权人还是对破产财产本身负有责任（这种做法据说与《立法指南》相一致并且将涉及以确定任何追回行动潜在受益人为基础的实际做法）。

48. 考虑到问题取决于可能产生责任的时间，而在这一点上并无协商一致意见，关于究竟对哪些当事方可能负有责任，工作组看法不一。这些当事方包括：公司本身（其中将涵盖对股东与其他相关当事方资产和利益的保护）、作为一个整体的债权人或者是股东。据指出，可能无法明确划分破产前阶段与破产后阶段，因而也就无法作到例如在破产前根据可适用的公司法对公司负有责任和启动破产程序之后完全将重点转向债权人。有与会者称，实际上这两个阶段都涉及到一系列不同的利益，即便随着公司的阶段间交替而重点可能有所改变。

#### **E. 义务的性质或应予涵盖的不当行为类型**

49. 虽然就可对董事增设根据法律予以强制执行的责任的具体时间并没有达成一致意见，但与会者对一旦达到相关时间点这些责任即可包括的具体内容提出了许多建议。这些建议包括：变更管理作法以扩大侧重范围，所侧重的相关当事方将多于公司法的规定；编拟重整可能性报告；根据情况合理行事并听取专家意见；采取合理步骤以便最大限度地减少给公司造成的损失；对公司财

务状况作出独立判断而并不完全依赖于管理层的意见；采取适当的预防性行动以避免公司走向破产；避免采取将造成情况恶化的行动，例如低价将资产转出公司；要求进行外部审计；确保在确定所可采取的行动方面考虑到所有相关当事方的根本利益；并避免关键员工的流失。

50. 工作组经讨论后得出的结论是，所提及的各类责任与根据公司法而可普遍适用的责任以及破产法所述责任在一定限度内可能有所重叠。已经形成的共识是，在这项工作中提出的任何行动都不应限制或妨碍根据公司法、刑法、侵权法或民法之类其他法律而可适用的责任。已经形成的共识还有，无论对破产前阶段如何定义，凡公司处于破产前阶段，董事就应当考虑采取更多措施，与会者就这些责任可能包括的内容提出了一些建议（见上文第 49 段）。会上得出的结论还有，工作组对申请启动破产程序的义务将不作考虑，有与会者就此提及以前曾述及该问题的《立法指南》（第二部分，第一章，第 35-36 段）。

#### **F. 确定可动用救济办法**

51. 工作组听取了对在各国法律下的可动用救济办法所作的一些简要介绍。会议请秘书处认真研究在各国法律下采取的不同做法以便寻找共同点，并将关于该共同点的材料提交今后的一届会议审议。

#### **G. 跨国界问题**

52. 工作组商定一旦对上述问题作出进一步澄清就应当在今后的一届会议上审议跨国界问题。