



联合国国际贸易法委员会
第四十五届会议
2012年6月25日至7月6日，纽约

第五工作组（破产法）第四十一届会议工作报告*

（2012年4月30日至5月4日，纽约）

目录

	段次	页次
一. 导言	1-3	3
二. 会议安排	4-10	3
三. 审议情况和决定	11	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	12-72	4
A. 《示范法》的目的和起源	14-15	5
B. 《颁布指南》的目的和解释	16	5
C. 示范法作为协调各国法律的一个工具	17	5
D. 《示范法》的主要特点	18-22	5
E. 逐条评注	23-72	6

* 由于工作组届会自4月30日至5月4日举行，本文件是在委员会届会召开前不足10周的时间内提交备供翻译的。



五. 董事在临近破产期间所负义务.....	73-101	13
A. 导言.....	74	13
B. 立法条文的目的.....	75	14
C. 立法条文的内容.....	76-98	14
D. 立法条文的目的.....	99-100	18
E. 评述.....	101	18
六. 技术援助.....	102-104	18

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。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，继续对议题 (a)和(b)进行讨论。

二. 会议安排

4. 第五工作组由委员会全体成员国组成，工作组于 2012 年 4 月 30 日至 5 月 4 日在纽约举行了第四十一届会议。工作组下列成员国的代表出席了会议：奥地利、贝宁、喀麦隆、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、以色列、意大利、日本、肯尼亚、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、新加坡、西班牙、泰国、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. 下列国家派观察员出席了会议：比利时、克罗地亚、丹麦、印度尼西亚、伊拉克、科威特、立陶宛、马达加斯加、瑞士。
6. 罗马教廷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) 受邀请的政府间组织：加勒比共同体（加共体）；
 - (c) 受邀请的国际非政府组织：美国律师协会、美国律师基金会、尼日利亚企业复苏及破产从业人员协会、欧洲法律学生协会、重组和破产管理专业人员国际协会、国际律师协会、国际信用保险和保证协会、国际破产协会、环太

平洋律师协会、国际妇女破产和重整联合会、纽约州律师协会、国际律师联盟。

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： Diana Lucia Talero Castro 女士（哥伦比亚）

9. 工作组收到了下列文件：

(a) 临时议程说明（A/CN.9/WG.V/WP.102）；

(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.103 及 Add.1）；

(c) 秘书处关于董事在临近破产期间所负义务的说明（A/CN.9/WG.V/WP.104）；和

(d) 美利坚合众国代表团提出的建议（A/CN.9/WG.V/WP.105）。

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)董事在临近破产期间所负义务。

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.103 及 Add.1、A/CN.9/WG.V/WP.104 和 A/CN.9/WG.V/WP.105 号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)董事在临近破产期间所负义务。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讨论了 A/CN.9/WG.V/WP.103 和 Add.1 号文件所载的《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》拟议修订草案以及 A/CN.9/WG.V/WP.105 号文件所载的各项提议。

13. 工作组核准了案文草案的顺序重编，并注意到对于这些段落的位置和实质内容并未提出任何修订意见。

A. 《示范法》的目的和起源

14. 工作组同意保留《颁布指南》第 1 段及通篇对严重财务困境的提及。工作组一致认为，在第 3 段中，“合作框架”一语优于“界面”一词，因此应予保留。工作组还一致认为，《示范法》不只是“助益良多的”而已，因素第 3A 段末尾处应使用一个更有力的词语。

15. 除此之外，第 1-3A、13、18 和 4-6 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

B. 《颁布指南》的目的和解释

16. 第 9-10 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

C. 示范法作为协调各国法律的一个工具

17. 第 12、20 和 21 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

D. 《示范法》的主要特点**1. 准入**

18. 工作组同意删除第 49B 段第三句中的“不必为此要求承认”一语。除此之外，第 49A-D 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

2. 承认

19. 以下建议得到支持，即第 2 条下对外国程序应是集体程序这一要求的提及应当列入关于承认的各段，与关于第 2 条的评注（第 23B、24 和 24A 段）相互参照。除此之外，第 37A-F 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

3. 救济

20. 第 37G-H、32 和 33A 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

4. 合作与协调

21. 根据“请工作组注意”中的提议，工作组核准将第 173A 段所述的澄清添入第 33B 段。除此之外，第 33B 和 C 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

22. 第 33D-G 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

E. 逐条评注

1. 序言

23. 目前草拟的第 54、51、51A、52 和 56 段的实质内容获得核准。工作组一致认为，为了避免对《示范法》的适用作不必要的限制，《颁布指南》不必述及拟涵盖的债务人类型。

2. 总则——第 1-8 条

第 1 条. 适用范围

24. 第 57 和 59 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 2 条. 定义

25. 工作组通过了目前草拟的第 67-68A、71、23 和 23A 段的实质内容，但将第 23A 段中的“麻烦”一词改为“困境”。

(a)分段——集体程序

26. 工作组审议了第 23B、24 和 24A 段以及 A/CN.9/WG.V/WP.105 号文件第 8 段所载的提议。工作组普遍同意，应就哪些内容构成为《示范法》之目的“集体程序”提供进一步指导，第 8 段所认明的各项要素应含有集体程序的实质内容。不过，与会者对所提议的具体草拟内容表示了一些关切，依据是这可能会限制属于《示范法》范围的程序类型。据指出，(a)和(c)分段可指“受影响的”而不是“所有的”债权人，哪些内容构成“充分通知”可能不清楚，而且并不是所有的债权都须按比例偿付；(b)分段因仅提及对资产管理的方式进行参与而过于狭隘，或许应提及债权人进行参与以保护其合法权益，而“有意义的参与”的内容是什么可能不清楚；(d)分段应指“基本上所有的”资产和负债。

27. 有与会者表示支持第 23B 段的办法，其中指出了关键原则，但允许有灵活性。经讨论后，有与会者建议可用得自第 8 段的额外要素对第 23B 段加以补充。

28. 工作组审议了对列入 A/CN.9/WG.V/WP.105 号文件第 8 段的一则案文展开叙述的一份提议，其内容如下：

“用以下两段取代第 23B 段：

“23B. 一项程序有资格成为《示范法》所述救济的先决条件是，它必须是一项集体程序。这类程序应当是集体程序的原因是，《示范法》意在为破产程序利益攸关方争取全球协同解决办法提供一项工具。《示范法》无意仅仅用作可能已经在另一国家启动托收程序的一个或一组特定债权人的一种托收安排。如果普通停业程序也未列入处理债权人债权的规定，《示范

法》也无意成为在这类程序中积聚资产的一种工具。还有一些类型的诉讼可以起到监管作用，例如针对保险公司或经纪公司之类受到公共监管的实体的接管程序。《示范法》可以成为这类程序的一个适当工具，但先决条件是该程序系《示范法》中该用语所指的集体程序。

“23C. 在评价某一项程序是否系《示范法》中该用语所指的集体程序时，不妨考虑下列因素：

“(a) 在不违反地方优先事项和法定例外以及与有担保债权人的权利有关的地方除外规定的条件下，债务人几乎所有资产和负债是否都在程序中得到处理；

“(b) 受到程序不利影响的债权人是否有权（但不一定有义务）为确定之目的而提交债权，并且其债权得到公平分配或清偿；

“(c) 这类债权人是否有权对程序进行有意义的参与；

“(d) 是否存在通知这类债权人以便其对程序进行有意义参与的程序。”

29. 工作组支持拟议的第 23B 段，但有几处修改，即：(a)将第四句修改为，“《示范法》也无意成为也未列入处理债权人债权规定的在停业或保管程序中积聚资产的一种工具”；以及(b)在新的第 23B 段的适当位置中插入 A/CN.9/WG.V/WP.103 号文件现行第 23B 段中从“不应仅仅因为……”开始的一句。有与会者建议，由于第 23B 段所处理的构成“外国程序”的一些要素与 A/CN.9/WG.V/WP.103 号文件第 24F 和 G 段中的内容互有重叠，可以列入一则相互参照的条目。还有与会者建议，由于应当通盘考虑构成“外国程序”的所有要素，可将该点意见列入有关第 2(a)条的段落。

30. 关于该提议第 23C 段，有与会者关切地指出，为了确保承认程序迅捷易行，不应当为了让该程序有资格成为集体程序而给其提出不必要的烦琐要求。一种简单的做法是，让法院根据个案的情况灵活确定。有与会者提议第 23C(a)分段应当成为集体程序的主要要求，由于(b)、(c)和(d)分段属于程序事项，这些事项在不然即被视为集体程序的程序中并不总是存在，因此，不应将这些事项视为集体程序的实质性要素。有一种不同的观点认为，(c)和(d)分段应当作为集体程序的要求而予以保留，但可加以修订以确保所有相关当事方(一)得到适当的通知；及(二)被赋予参与程序的权利。有与会者建议对第 23C(c)分段中可作各种解释的“有意义的参与”一语加以界定，以便使其确定无疑，或改用“有效的参与”之类不同用语。

31. 工作组经讨论后通过了新的第 23C 段，该段将纳入第 23C(a)分段，作为起首语的一部分，构成一条一般性原则。将以叙述语的形式对第 23C(b)、(c)和(d)分段加以修订，以此作为集体程序可如何对待债权人的实例。工作组商定，由于《破产法立法指南》多处涉及债权人的参与，应当列入对《指南》相关段落的一则相互参照条目。会议请秘书处编拟一份修订案文，以便在今后的届会上予以审议。

(a)分段——依据与破产有关的法律

32. 第 24B 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

(a)分段——外国法院的控制或监督

33. 第 24C-E 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

(a)分段——为重整或清算之目的

34. 工作组同意删除见第 24G 段“包括在《立法指南》中被称为简易程序的那些程序（见第 24D 段）”一语，而要澄清说，所提及的合同安排可在不必得到承认的情况下在《示范法》之外如此予以强制执行；《颁布指南》中的任何内容概不意在限制此种可执行性。除此之外，第 24F 和 G 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

临时程序

35. 第 69-70 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

(b)、(c)、(e)和(f)分段

36. 有与会者支持关于删除第 75B 段方括号内的案文的提议。作此修订后，第 31、31A-C 和 73-75B 段的实质内容获得通过。

第 8 条. 解释

37. 第 92 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

38. 工作组注意到 A/CN.9/WG.V/WP.105 号文件第 14-17 段所载的提议，并一致认为，编制判例法摘要形式的此类材料不仅可提供更多机会查阅法院依据《示范法》作出的判决和促进对《示范法》的解释的一致性和可预测性，而且还对《贸易法委员会跨国界破产示范法》提供有益的补充：司法角度。

3. 第二章. 外国破产管理人和债权人对本国法院的进入——第 9-14 条

39. 与会者注意到，关于第 100 段中对“地位”的提及，第 166 段中列有对其他术语的更详细提及。请秘书处对提及“地位”的各段和列入额外术语加以统一。除此之外，第 93 和 100 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

4. 第三章. 对外国程序的承认和救济——第 15-24 条

第 15 条. 申请承认某项外国程序

40. 第 112 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 16 条. 关于程序的推定

41. 目前草拟的第 122 和 122A 段的实质内容获得通过。关于将第 122B 段中提及的“信息”一词替换为“证据”一词的提议未获得支持，依据是，在许多法律制度中，不可能将证据列入法院的判决。但可以提供信息，应当鼓励法官给出全部而详细的理由。法院的命令中所列的信息可由有助于接受法院工作的书面陈述或宣誓书加以补充。工作组同意按草拟时的原样保留第 122B 段第一句，但删除第二句。

42. 有与会者关切地表示，实务中的一些实例表明，有些情况下原审法院就主要利益中心作出裁定，而根据国家法律原审法院本来不需要作出这类裁定，但其意图是影响或试图让受理法院受到约束，承担遵行该裁定的义务。据指出，由于受理法院必需就《示范法》的条款和要求得出令自己信服的结论，因此它将不受这类裁定的约束。然而，会议承认，可能在一些情况下，原审法院根据本国法律需要就有关主要利益中心等《示范法》也述及的问题作出决定，如果出现这些情况，似可对这类裁定及其背后的原因给予一定的考虑。有与会者大力支持添加内容大致如下的措辞：原审法院只应在为确定自身职权范围所需要时而就主要利益中心作出结论，不然就不应为影响受理法院所作确定而作出结论。

43. 将第 123B 段第二句中“在大多数案例中”的词句改为“经常”的提议得到了支持。

44. 关于第 123C 段，有与会者提议删除方括号中所载的两个选项，改为“所谓主要利益中心”，并删除方括号内提及外国管理人的案文，保留带有方括号的备选案文。这两个提议均得到了一定的支持。

45. 还有与会者提议，应当在《指南》中对使用“颁布国”一语作出澄清，以便确保每份案例对所提及的颁布国究竟是受理国还是原诉国均不得含糊其辞。有与会者建议，似宜采取类似于通过此定义的《司法的角度》所持的做法。会议请秘书处编拟关于对《颁布指南》的修订意见。

46. 据指出，债务人系企业集团成员的，该事实可能让审查主要利益中心问题的法院又多了一个应当考虑的因素。有与会者回顾说，工作组已商定对《颁布指南》的修订应当侧重于《示范法》所涵盖的个别债务人，一旦完成这项工作，就可进一步考虑在跨国界破产程序中如何对待企业集团的问题。

47. 经讨论后通过了有关第 123A、B 和 C 段的实质内容，但作了上述修订。

与推翻推定有关的因素

48. 据指出，在受理法院根据《示范法》予以确定上可能出现主要利益中心问题的情况繁多不一。第一种情况涉及原审法院根据本国法律不需要确定债务人主要利益中心的案例。在这些案例中，受理法院并不需要对启动外国程序展开调查，但却需要确定在债务人主要利益中心或营业中心的基础上为《示范法》之目的而确定这些程序究竟是主要还是非主要程序。有与会者建议，对于多数这类案例，将根据申请人就承认事宜向受理法院提交的材料予以确定。

49. 第二种情形涉及受理法院已经获知启动外国程序的初始裁定有些问题，或在申请之时出现纠纷。有与会者称，只有在这类案例所代表的情形下，受理法院才应当不受申请人就承认事宜向其提交的材料约束。

50. 第三种情形涉及根据《欧盟破产条例》而启动的案例，该条例要求审查启动事宜的法院为启动程序而就债务人主要利益中心作出决定。在这些案例中，有与会者建议，如果未出现纠纷，受理根据《示范法》提出承认该程序的申请的法院应当遵行与第一种情形相同的程序。另一种观点认为，原审法院所作确定对受理法院将不具有约束力，但受理法院应当适当顾及此种确定。

51. 有与会者强调，《示范法》的设计是为了确保在承认上做到简单快捷，并且应当注意避免对《示范法》的要求作出可能导致法院调查外部事项或无关事项的解釋。

52. 工作组讨论了 A/CN.9/WG.V/WP.105 第 12 段所载提议以及取代现行第 123D 段的进一步提议，其内容如下：

“主要利益中心

“123D. 债务人主要利益中心具有可预测性和透明度在经济上对债权人十分重要。在多数情况下，该主要利益中心预计也就是债务人深陷财务困境时债权人期望债务人启动破产程序的所在地。与债务人有着业务往来的债权人将对如果启动破产程序债权人可能将在何处申明其债权的法域作出评判，并且将会根据所适用的破产法计算出贷的风险。这一概念即为《欧洲破产条例》所述计划的依据。《示范法》反映了这一概念的重要性，对作为“主要”程序而在系主要利益中心的国家启动的程序作了界定。《示范法》还更加遵行这类程序，并规定了更加直接的自动救济。

“123E. 债务人主要利益中心的基本属性也就是通常能够让那些和债务人（特别是债权人）有着业务往来的人明白该利益中心即为其他人所期望的债务人破产程序所在国的属性。如前所述，《示范法》容许所谓登记国即为符合这些期望的国家这一推定。但情况并非总是如此。因此，应当考虑独立指明某一国家即为债务人主要利益中心的这些因素。

“与确定主要利益中心有关的因素

“123F. 在多数案例中，以下主要因素，如果通盘考虑，常常便可指明申请启动程序的所在地是否就是债务人的主要利益中心。这些因素是：(一)该所在地易于让债权人识别，(二)该所在地即为债务人主要资产或主要业务所在

地(三)该所在地即为债务人管理地。在多数案例中，这些因素都将表明主要利益中心为同一个法域。在有些案例中，各个因素之间可能互有冲突，这就要求对相关事实加以更加认真地审查。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。然而，在所有案例中，该努力是一项整体性努力，旨在确定程序所在地事实上与债务人的实际中心或主要营业地相一致，也符合与在程序启动前同企业有业务往来的人所持的期望。如果法院确定存在违反第 16(3)条所持推定的证据，法院在决定债务人主要利益中心所在地时应当参考这些因素。”

53. 有关修订该案文的建议包括：(a)对新的第 123E 段倒数第一句修订如下：“然而，在现实中，主要利益中心可能并不一定同时就是注册地”；(b)删除新的第 123F 段最后一句中“法院确定”一语；(c)本着(二)不如(三)重要的依据，倒转第 123F 段第(二)-(三)分段的先后次序；(d)省略第(二)分段或至少省略提及主要资产所在地的部分，其所持依据是，该因素最有可能表明存在若干不同的所在地，并可能造成就构成“主要”资产的具体内容存在一定的不确定性。有与会者就此指出，在清算中，资产所在地可能是决定主要利益中心的一个重要因素，其原因是，届时可能不再有运营地；(e)采用行政管理中心之类提法，而不是第 123F 段中“债务人管理所在地”一语；及(f)保留 A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1 的标题——“与推翻推定有关的因素”，而不是使用该提议所载标题。有与会者就此称，由于决定主要利益中心是以第 17 条作为出发点，《示范法》第 16(3)条中的推定只是一种程序性安排，目的是为第 17 条迅速作出决定提供方便，因此，提议中的标题更加准确地反映了有待述及的问题。除了(d)分段所述问题外，这些提议大体获得支持。

54. 工作组经讨论后请秘书处在上文第 8 段所述提议及工作组讨论中所提问题的基础上编拟一份修订案文。

55. 对于第 123E 至 I 段，与会者看法不一，这些看法包括：以这些段落对上述提议提供了更多信息和指导为理由而主张予以保留；为求简明扼要而予删除；根据上述提议而加以考虑以便弄清究竟哪些材料似宜保留。每份提议均获得一定的支持。会议经讨论后请秘书处根据所提出的种种考虑而对《颁布指南》的这一部分加以修订。

程序的滥用

56. 工作组回顾它以前就欺诈对确定主要利益中心的影响（A/CN.9/738，第 32 段）和已经提出的各种问题而展开的讨论。工作组经过进一步讨论后商定，按草拟的原样保留第 123J 段的实质内容。有与会者就第 123K 段提及利用公共政策表示关切，并且注意到《颁布指南》第 86 至 89 段所列材料和对公共政策加以限制性解释的意图。工作组商定，为处理第 123K 段所述问题，对于可被视为滥用程序或选择诉讼地或可被定性为诉讼地选择的有关主要利益中心的变动，最好展开相关讨论。会议请秘书处就这些问题编拟一份修订案文，以便在今后的届会上加以审议。

第 17 条. 承认外国程序的决定

57. 有与会者进一步提出了上文第 42 段所注意到的关切。有与会者提议在第 124B 段“考虑到”一语前添加“适当”的词句，并删除从“特别当它涉及到”开始的该段头一句的其余内容，该提议获得支持。

58. 关于第 124C 段，对该段头一句改拟如下的提议得到赞同：“因此，如果原审法院在其命令中提到将便利受理法院得出相关程序即为第 2 条含义内外国程序的结论的任何证据，则将有助于对外国程序的承认”。工作组回顾它就第 122B 段所作的修订，商定应当使这两段协调一致。

59. 在作了这些修订后，第 124-124C 段和第 126 段的实质内容获得通过。

确定主要利益中心的时间

60. 有与会者提议拟订如下明确规则：“应当把外国破产程序的启动日期用作确定债务人主要利益中心的日期”，而启动日期可根据适用法律加以确定。由于第 128C 段所引用的理由，该提议获得广泛支持。有与会者建议，可将拟议措辞纳入现行第 128E 段。有与会者对主要利益中心在外国程序启动日期与申请承认的日期之间有可能来回变动表示关切。有与会者就此指出，就《示范法》而言，在外国程序启动日期确定之后，主要利益中心将不会发生变动。

61. 还有一个问题涉及第 128C 段所述相关日期可能是启动外国程序申请日期的问题，其所持依据是，主要利益中心可能会在该日期与启动日期之间来回变动。有与会者称，由于《示范法》只涉及现行外国程序，与之相关的是启动日期，而并非申请启动的日期。此外，对于在申请启动的日期确定之后变动主要利益中心的任何图谋，最好在就选择诉讼地或诉讼地选择问题展开讨论时加以处理。工作组经讨论后商定删除第 128D 段，以避免造成混乱，并对第 128C 段加以审查，以确保尤其在把启动申请日期作为确定债务人主要利益中心相关日期的提法上作出充分的解释。

62. 在经过这些修订后，第 128A 至 E 段、第 125 段和第 129-130 段的实质内容获得通过。

第 18 条. 后续信息

63. 第 133-134 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

64. 第 141 和 143 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济

65. 第 154 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为的诉讼

66. 第 165-167 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

5. 第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作——第 25-27 条

67. 第 173-175 段和第 177 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 27 条. 合作的形式

68. 第 181 和 183A 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

6. 第五章. 同时进行的程序——第 28-31 条

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]的规定而开始某项程序

69. 第 184 段、第 186-187A 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 29 条. 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的某项程序与一项外国程序之间的协调

70. 第 188 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

第 31 条. 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产

71. 第 197 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

7. 贸易法委员会秘书处提供的协助

72. 第 202 段的实质内容按草拟时的原样获得通过。

五. 董事在临近破产期间所负义务

73. 工作组在 A/CN.9/WG.V/WP.104 号文件的基础上着手审议董事在破产临近期间所负义务的议题。

A. 引言

74. 工作组商定，作为一个实际可行的假设，它以所拟订的案文将构成《破产法立法指南》附加部分为依据着手讨论该议题。

B. 立法条文的目的

75. 工作组商定在完成对各项建议内容的讨论之后将着手审议目的条款。

C. 立法条文的内容

建议 1

76. 有与会者提议应当把建议草案之前的“破产法”一语改为“与破产有关的法律”或“破产法或其他法律”。据指出，《立法指南》中的多数建议均使用了“破产法”的提法，会议经过进一步讨论决定一并列入置于方括号内的“破产法”和“与破产有关的法律”。

77. 与会者就修订该建议草案提出了各项提议，目的是提高确定性，更加明确地列明各项建议草案的以下具体目的：(a)提及建议 4 草案下的各项义务，在“而受到损害”一词前添加“由于违背建议 4 所述义务”并且删除“因董事行为不当或不作为”一语；(b)将对公司所负责任改为对债权人或破产财产所负责任的概念，或删除逗号之后的建议草案最后部分，代之以“董事可能要对其行为负责并且在破产程序进行期间可能要规定救济办法”；及(c)在“董事行为不当或不作为”一语之前添加“在破产程序启动前阶段实施的”。

78. 工作组经讨论后商定按照(a)和(c)段提议的大致内容修订建议草案，并提及对债权人所负责任。

建议 2——负有义务的当事方

79. 有与会者就使用“董事”一词及其含义的范围表示关切。有与会者提议，建议草案应当阐明，这些义务将适用于根据国家法律而被视为董事的人以及自由行使管理职能或作出管理决定的任何其他人员，包括应当作出但不一定作出这类决定的人。据指出，不应当仅仅由于其不作为而将后一类人排除在外。一种不同的观点认为，该句行文过于宽泛，评述第 22 段中“或应当作出”一语应予删除。另有与会者提出的一则行文是，采用有义务并且有权力管理商业性企业的提法。有与会者建议，为了顾及这些提议，需要采用并非是董事的用语，或许似宜使用“负责人士”的提法。另一种观点认为，如果在评述中列入一则解释，就应当使用“董事”而不是“负责人士”的用语，因为后者的含义过于宽泛。

80. 工作组经讨论后商定保留“董事”一词，并在评述中列入对在讨论中提出的问题所作的适当澄清和解释。

建议 3——义务产生的时间

81. 有关对建议草案加以修订的提议包括：(a)在“破产可能发生”一语之前添加“如果没有纠正行动”一语；(b)删除对破产的可能性或不可避免性董事“知

道或应当有理由知道”的主观要求。有与会者就此表示，该要素至关重要，因为可据以按照合理行事的董事在当时情况下所掌握或应当掌握的知识而对董事的判断作出评判；及(c)将“可能发生或无法避免”一语改为“将会发生”。有与会者就此表示，建议所涵盖的时期即为董事仍可采取避免破产的补救步骤的时期，如果破产完全无法避免，建议草案4所载各项义务也就失去了意义。

82. 工作组经讨论后商定按草拟时的原样保留建议3。

建议4——义务

83. 与会者普遍支持建议草案4(a)分段，其所持依据是，该分段构成董事在破产临近期间所应负有的义务的一项关键要素。有与会者建议，其他关键义务应当包括：寻求专业咨询意见((c)分段)并且保护公司的资产((d)分段)。还有与会者支持略为详细地指明董事为遵行(a)分段所述义务而可能需要采取的步骤。有与会者称，由于缺少这一细节，建议草案无法就董事应尽义务的具体内容向他们提供相关指导。

84. 与会者就建议草案4(b)分段持有各种关切。一种观点认为，该分段是在破产临近期间所应适用的义务的关键所在，其原因是，它在以下两者之间建立了一种联系：即当债务人具有清偿能力时侧重于股东的利益和在启动破产程序之时侧重于债权人的利益。然而，有与会者澄清说，该分段无意完全侧重于债权人而忽视其他利益攸关方的利益，它只是意在破产临近期间增加债权人利益相对于其他利益攸关方利益的分量。另一种观点认为，所草拟的行文应当更为具体，把重点放在有义务避免采取有可能损害债权人利益的任何行动上。

85. 虽然有与会者称，确保董事完全知情的义务是根据公司法而对董事所可适用的一项一般性义务，但也有与会者称，建议草案4(c)分段在破产前阶段尤其具有适切性，因为董事需要认识到，公司之所以实际进入该阶段，就是为了采取(a)分段所述合理步骤。

86. 还有与会者就以下内容表示关切：建议草案4(d)分段第二部分对董事的影响；在《指南》所述可撤销交易的更广背景下该义务与《立法指南》建议87之间的关系。有与会者称，可在(b)分段末尾处添入(d)分段的第一部分，由此形成通过确保对资产的保护而适当顾及债权人利益的义务，然后可删除提及建议87的内容。一种不同的观点认为，应当在建议草案4中保留提及可撤销交易的内容，但该提及所依据的范围应当更广，可立足于《立法指南》述及可撤销交易的章节，目的是一并纳入与抗辩有关的建议及其他相关解释性材料。

87. 把建议草案4(c)和(d)分段的实质内容放在评述中的提议虽然得到一定的支持，但仍未获得通过，其原因是，这样做将会造成建议草案失去其相当一部分实质内容。

88. 工作组经讨论后商定应当对建议草案4加以修订，并请秘书处提供各种备选案文，以便在今后的届会上予以审议。这些案文应当列入以下内容：

- (a) 对(a)分段加以修订以便使其成为原则声明的一部分；

(b) 列入(b)分段的实质内容，以此作为原则声明的一部分，并视可能添加“其他利益攸关方”之类其他要素；

(c) 对(c)和(d)分段加以修订，以便构成独立义务，或构成依照现行(a)分段所述采取合理步骤的义务而可采取的步骤的实例；及

(d) 对(d)分段的实质内容加以修订，为反映在讨论中所表示的关切，对提及《立法指南》建议 87 的内容加以澄清并予以展开说明。

建议 5——责任

89. 有与会者对建议草案的诸方面表示关切，具体地说，就是“直接或间接”的含义以及对未履行义务与随后破产或损失增加之间的联系所作评估的方式。有与会者提议在“建议 4”之后添加“期间”一语，并删除该建议其余部分。有与会者针对该提议指出，这些词句更改了董事所负责任，如果予以删除，则也就删除了它们所可提供的保障或保护的任何要素。

90. 据指出，就建议草案 1 而商定的修订意见可能实际上便取代了建议草案 5，因此不妨予以删除。一个不同的提议是，可删除建议草案 5 的下半部分，添加有关建议草案 1 的一则相互参照条目。

91. 工作组经讨论后商定，对于建议草案 5，应当结合建议草案 6 并根据就建议草案 1 而商定的修订意见一并加以审议。会议请秘书处在考虑到工作组讨论情况的前提下编拟一份修订案文，以便在今后的届会上加以审议。

建议 6

92. 会上就建议草案 6 表示了各种关切。有与会者尤其称，所草拟的行文确定或暗含责任推定，即董事如果不能证明其行使了应有的注意则推定其负有责任。有与会者就此指出，当事方如果试图声称建议草案 4 所述义务遭到违反，则对其所称的内容负有举证责任，而根据建议草案 6，对所谓其已经行使必需的应有注意或已经采取建议草案 4 所要求的合理步骤的抗辩，董事负有举证责任。有与会者提议，该建议草案只应规定，违反建议草案 4 所述义务将导致负有责任。对于已经采取合理步骤或以其他方式符合建议草案 4 所述相关义务的董事，不应当认定其负有责任。鉴于建议草案 4 已经确定了某些义务，而建议草案 1 确定了关于董事在破产临近期间的行为与责任之间的联系，因此有与会者提出建议草案 6 并不需要，可予以删除。

93. 会议经讨论后请秘书处根据就建议草案 1 和 4 而商定的修订意见重新审议建议草案 5 和 6，并编拟一份修订案文，由工作组在今后的届会上予以审议。

建议 7——救济办法

94. 据认为，该建议草案所载合乎比例的概念很成问题，该起首语的行文过于复杂。有与会者提议对措辞加以简化，把董事所负责任限定于违反建议草案 4

所述义务而造成的损失或损害上，并澄清未考虑规定惩罚性损害赔偿，该提议获得支持。(b)分段提出了类似于就建议草案 4(d)而表示的关切，尽管承认与(b)分段内容大致类似的一则规定可能会抑制给破产财产造成损失，但会议商定，需要对行文措辞再作考虑，并且需要进一步考虑如何澄清建议草案与《立法指南》有关撤销规定的章节之间的关系。

95. 工作组经讨论后商定，建议草案应当侧重于董事在破产临近期间的行为所造成的损害并就这类损害提供补偿。工作组还商定：(a)分段应予保留，并且澄清应当就已造成的损害付款，所付款项应当计入破产财产；(b)分段造成一些关切，需要就此加以澄清；(c)分段并非一种救济办法，可在评述中予以处理；对(d)分段可加以简化。会议请秘书处编拟另外一份草稿，以便在今后的届会上加以审议。

建议 8——针对董事的程序的进行

96. 与会者就建议草案 8 提出了几份提议：(a)对第二句加以变更，以便允许“债权人或任何其他相关当事方”启动这类程序，并在评述中解释这类当事方可包括股东；(b)考虑如何对待只是因为破产临近期间董事的作为或不作为而成为债权人的债权人，并考虑这类债权人是否能够对董事个别主张债权；(c)对债权人所提追偿的归属作出澄清；(d)在评述中列入一则讨论，类似于《立法指南》述及对董事提出这类起诉相关问题的第二部分中有关撤销程序的评述所列讨论。这些提议获得普遍支持，会议请秘书处在修订建议草案和所附评述时对其加以考虑。

建议 9 和 10——针对董事的程序的供资

97. 建议 9 和 10 的实质内容按草拟时的原样获得通过。

建议 11——额外措施

98. 有与会者关切地表示，由于建议草案可能具有刑事或惩罚性质，并且其重点是在今后的行为上，因此，不应将其列入这些建议草案，可以完全删除，或仅保留其第一句。有与会者就此指出，如果发生董事行为严重不当等情况，取消资格可以是一种适当的救济办法，目的不仅是为了笼统防止董事给债权人造成进一步的伤害，而且也是为了在破产临近期间激励尽早听取咨询意见，并以其他方式满足建议 4 所述类型的义务。完全删除该建议草案、删除第二句并按草拟时的原样保留该建议的提法均得到与会者的支持。工作组经讨论后商定，建议草案 11 的第一句应当予以保留，第二句应当置于方括号内，以便在今后的届会上加以进一步讨论。

D. 立法条文的目的

99. 工作组在完成其对建议草案的审议之后，又重新审议了其目的条款。据指出，可能需要对目的条款加以调整，以便同就建议草案而通过的修订意见保持一致，尤其在合乎比例等提法方面。还有与会者称，成为让董事了解其在破产临近期间所负职责和责任的工具这一目的应当在目的条款中得到反映。

100. 会议请秘书处编拟目的条款修订稿，以便在今后的届会上予以审议。

E. 评述

101. 会议商定评述第 6 段中“股东”一词应当改为“利益攸关者”。会议请秘书处根据就建议草案而商定的修订意见对评述加以修订。

六. 技术援助

102. 工作组根据临时议程（A/CN.9/WG.V/WP.102）第 16 和 17 段审议了该议题。一些国家报告了在本国法律中颁布贸易法委员会破产法规（具体地说，这些法规即为《破产法立法指南》第三部分和《跨国界破产示范法》）的近期活动，包括已经生效的立法和目前正在草拟或审议的拟议立法。工作组还听取了各国为协助在其他国家开展司法教育等工作以及为开发交流贸易法委员会法规相关信息和支持落实教育方案的工具而展开的一些活动。

103. 一些国际组织报告了与宣传贸易法委员会法规有关的活动情况，并尤其注意到《立法指南》已被广泛用作法律改革和传播有关贸易法委员会工作相关信息的基础。会议向工作组介绍了即将于 2013 年 5 月举办的贸易法委员会/重组和破产管理专业人员国际协会/世界银行多国司法专题讨论会。

104. 回顾第 16 和 17 段所载委员会发表的意见，一些国家强调，需要展开技术援助和合作活动，以便使这些国家能够采纳和利用贸易法委员会的法规，对本国法律实施改革。另据强调，尽管可以协助各国开展法律改革的努力，但为了确保能够通过这些努力而颁布相关法律并落实业已拟订的法律，需要国家最高一级作出承诺。还据强调，需要了解破产法对贸易和商业的重要性。有与会者呼吁激活相关信托基金，以便使发展中国家得以参与贸易法委员会各工作组的届会。