



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十七届会议
2014年7月7日至18日，纽约

第四届国际破产法专题讨论会（2013年12月16-18日，维也纳）报告

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-2	2
二. 讨论专题	3-31	2
A. 第五工作组目前任务授权剩余各部分	3-15	2
B. 今后可能开展的工作	16-29	5
C. 授权今后开展的工作	30-31	8
三. 摘要和结论	32	9



一. 导言

1. 委员会第四十六届会议（2013年）决定，第五工作组应在订于2013年下半年举行的工作组届会的最初几天举行一次专题讨论会，阐明其将如何着手处理企业集团问题及现行任务授权中的其他部分，并审议今后可能工作的专题，包括微型、小型和中型企业（中小微企业）特有的破产问题。该专题讨论会的结论并非定论，但应当由工作组在该届会议余下几天结合其现行任务授权加以考虑和评价。2014年应当向委员会报告关于所确定的未来可能工作的专题。¹

2. 工作组第四十四届会议的头三天（12月16日至18日）专门用于举行专题讨论会，其中审议了与现行任务授权其余内容相关的问题、今后可能工作的专题以及已经授权作为今后工作的专题。在该专题讨论会之后，工作组于12月19日和20日召集了会议（工作组这两天审议情况的报告载于A/CN.9/798号文件）。

二. 讨论专题

A. 第五工作组目前任务授权剩余各部分

1. 便利跨国企业集团的跨国界破产

3. 第一个专题小组侧重于第五工作组在有关企业集团破产方面的既有成就、《破产法立法指南》（《贸易法委员会立法指南》）第三部分侧重于国际集团背景下合作手段的原因、及是否可开展更多工作，如果可以应可开展哪些工作。所讨论的一些具体问题包括：

(a) 第三部分所载建议的重点以及未列入有关集团主要利益中心或协调中心的建议的原因及如今是否应当拟订这些概念；

(b) 适用法律和企业集团等问题，这些问题虽然纳入了《贸易法委员会立法指南》的建议，但如果由《示范法》处理则不会取得相同效果；

(c) 修订《跨国界破产示范法》（《贸易法委员会示范法》）的《颁布指南》以及已确定适用于个人债务人的主要利益中心要素如何适用于企业集团；

(d) 如何拟订《示范法》以处理企业集团问题；

(e) 各法域破产制度导致对破产采取不同做法的文化、法律和商业差异以及破产法之间的程序性和实质性差异，这些差异造成相容性问题，增加了成本，并造成难以对集团所有各实体实行管控和协调；

(f) 破产程序启动时快捷的益处（例如，需要避免关于确定母公司的诉讼可能冗长，特别在集团主要利益中心所在地可能不止一个的集团）；

¹ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》（A/68/17），第325段。

(g) 在涉及集团成员的程序中赋予所有集团成员广泛的诉讼主体资格的好处；以及

(h) 授权利用《贸易法委员会示范法》关于协调的条文以确保其可强制执行，并可确保破产管理人在诉讼早期阶段即可对规程（可能使其成为具有法律约束力的协议）加以利用。

4. 对这些问题的审议促使提出一系列可能的解决办法，其中可能包括：各种公职人员之间订有具法律约束力并可执行的合作前和合作后协议；适当案例中以总部职能而非主要利益中心或旨在实现某种程度集中的开业地为重点；使用合成次要程序；使用生前预嘱；并对合理适用的实质性合并加大利用力度；对《立法指南》第三部分的建议和《示范法》条款加以完善，使其成为更可执行的一类文书；处理跨国界特定争议的有约束力的仲裁协议。²

2. 关于若干国际破产问题（包括法律选择问题）的示范法或公约

5. 第二专题小组重点讨论工作组任务授权中提及以下内容的部分，即视可能编拟关于破产法的示范法或条文，以不排除制订一项公约的方式处理若干国际问题，包括管辖权、介入和承认。会上审议了制订一部跨国界破产国际公约的目的和益处，包括此类条约与示范法相比所具有的益处，例如在更大程度上实现法律的协调统一并使条约具有约束力。这种文书的内容可能包括：给予外国破产管理人诉诸法院的权利；承认外国破产程序；管理人与破产法院之间的合作和沟通；启动破产程序的直接权限；以及适用法律。应当以《贸易法委员会示范法》以及《贸易法委员会立法指南》中的建议作为此类文书的起点，同时考虑到海牙国际私法会议和欧洲联盟之类相关国际组织和区域组织开展的工作。

6. 关于法律选择，会上指出，在全世界尚未完成破产程序的协调统一以及重要的地方政策选择受商业活动影响的情况下，明确而可预测的规则将有助于跨国界破产案件的管理。《贸易法委员会示范法》、欧盟理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号条例（欧盟理事会条例）和《贸易法委员会立法指南》均寻求通过基于债务人主要利益中心对案件进行协调管理来实施对债务人破产的跨国界管理。这种程序性集中留下以下问题，即哪些法律问题将通过选择法院地（法院地法）来确定，哪些法律问题将留待普通的法律选择原则（物所在地法）来确定。《示范法》对此问题未作规定，而《欧盟理事会条例》（第 4 条）和《立法指南》（建议 30-31）采取的做法（虽然并不相同）是相当广泛地适用债务人主要利益中心的破产法。

7. 最近提议的对《欧盟破产条例》的修正指出可能正在出现一种不同的做法，即授权对主要案件进行法律选择调查以确定债权和资产所在地，并在可以但并未开启次要或辅助程序的情况下适用其他法域的地方法。这种做法有时称作虚拟属地做法或合成次要做法。

² 见第五工作组（破产法）第四十四届会议工作报告，A/CN.9/798，第 16 段。

8. 在工作组目前任务授权范围内，可对《立法指南》建议 30 和 31 作出一些调整，也许可考虑拟订《示范法》的增编。如上所述，一部公约可包括处理法律选择的条文。也可以考虑拟订一个文本，寻求更广泛地阐明适用于跨国界案件的法律选择原则，这也要与相关国际组织和区域组织协商。

9. 另一个问题涉及在外国破产程序中所命令的清偿的承认和执行。据指出，将在今后的一个专题小组中讨论外国破产相关判决的承认和执行。

3. 大型复杂金融机构的破产

10. 专题小组概要介绍了金融稳定委员会为处理影响跨国界解决的障碍问题而正在开展和已经开展的工作，包括逐步建立加快承认外国解决措施的框架，为适应金融稳定委员会关于金融机构高效解决机制的关键属性（关键属性）所载新的一套工具而作相应调整。该承认框架以关键属性 7.5 为基础，涉及法定选项和合同选项，是金融稳定委员会 2014 年工作的优先事项之一。

11. 该专题小组还审议了几个法域在解决工具和承认框架方面的进展。关于某一法域的跨国界承认框架，专题小组注意到某一承认制度缘何重要的原因、有权寻求承认的当事方、主管承认事宜的机关以及该承认所可涵盖的事项。会上还注意到这种做法与《示范法》并无相悖之处，虽然《示范法》就迅速承认和救济作了规定，但这些特征对于银行和金融机构而言很少是必要的。

12. 鉴于贸易法委员会在拟订系跨国界承认里程碑的《示范法》方面的经验，会上建议，贸易法委员会可发挥重要作用，协助分享和传播有关承认金融机构跨国界破产方面得到广泛认可的模式的信息，视可能发展和推广这一模式，并确保一般的破产机制与银行和金融机构的破产机制保持一致。³

4. 企业集团各公司的董事在临近破产期间所负义务

13. 在破产临近期间企业集团成员的董事所负义务背景下考虑的某些问题包括：(a)是否应当允许董事在破产临近之时追求集团利益，还是只允许其追求各自实体的利益；(b)追求集团利益可被视为根据《立法指南》第四部分的建议 255-256 而尽量减少或避免破产的可能步骤；(c)董事可否将集团情形用作对不当交易指称的抗辩；(d)在考虑某些集团管理结构时，《立法指南》第四部分要求董事（或控制人）在临近破产时采取的步骤是否足够；(e)协调统一（集团情形下董事的义务）是否可取；(f)可否处理法律冲突问题。

14. 在考虑这些问题时应当顾及的一些背景因素包括：(a)企业集团多个实体之间的相互作用；(b)集团不同成员的商业目的可能相互冲突；(c)集团各成员忠诚的对象不同；(d)代表集团成员行事的董事潜在的个人赔偿责任；(e)大陆法系和英美法系的交汇处；(f)独立董事与拥有所有者权益董事之间的区别；以及(g)采取有利于贸易和商业的解决办法的重要性。

³ 同上，第 21-22 段。

15. 提出了处理这些问题的各种方式，其中包括：(a)采取《立法指南》第三部分考虑到与集团情形有关的各种因素的办法，如在对多项破产财产任命一个破产管理人的情况下有关避免集团内部交易、程序性协调和利益冲突的因素；(b)考虑由《立法指南》第四部分提供的解决办法，在这种解决办法中，与债务人有关的公司可被视为影子董事或事实上的董事⁴；(c)采取这样的办法，即允许破产时利益受影响者（如债权人）监督并影响控股实体和对这些实体起控制作用的人的行为，以便更好地调合其共同利益；(d)采取不同方式处理职责冲突，允许职责有冲突的董事辞职或遵循其控股实体的指示并在这样做时不承担赔偿责任；(e)查明适用企业判断规则的情形，以推广相对审慎行为将受到保护的看法；及(f)重新审议《立法指南》第四部分各项建议，了解如何调整这些建议以处理企业集团情形。⁵

B. 今后可能开展的工作

1. 与债权人和债权有关的问题

第 1 部分：优先权和“不寻常”跨国界债权处理办法

16. 讨论了有关跨国界优先债权的一些问题，其中包括：(a)应当采取通用做法还是属地做法（例如，针对位于外国法域并受制于外国法域破产程序的公司的优先债权，在这些程序中是否应得到承认，即使该债权并非源于该法域；如果这些债权是可受理债权，是否应当赋予其来源法域的排序）；(b)平衡外国优先债权人和本地债权人的相竞利益（例如，在一个法域排在特定位置的可受理债权在另一法域不可受理或不享优先权时如何处理）；及(c)如果处理可能未曾期望的债权，尤其在此类债权数额过大以至于耗尽破产财产的情况下；及(d)如果跨国界优先权问题不解决则将发生的不公正或将丧失的优势。

17. 可能的解决办法包括确立一套共同的优先事项；除非违背公共政策，否则在本地程序中对外国优先权将予以承认；将资产集中至集团作为单一实体（例如北电公司和莱曼兄弟公司）交易的某一主要程序；无视集团成员的独立法律地位，并将集团作为一个单一企业对待；而且将其留待当地法律处理和考虑。

第 2 部分：债务和股权持有人的相对表决权及对法院地选择的影响

18. 会上讨论了五个要素，第一个要素是股东批准的问题。这些问题包括：对于单一实体的平行程序和对于不同法域针对相同集团多个成员的待用程序，批准计划所可适用的规则可能不相一致。第二个要素是与强制破产条款有关的问题，例如：有着强有力的强制破产条款和强制破产门槛较低的法律将使杠杆偏向计划的拥护者（往往是债务人），而没有强制破产规定的法律要求所有债权人一致同意，因而使任何不接受的债权人对于重组条款享有完全的权力。第三个要素是破产制度对以下问题采取不同做法时有担保债权人的参与：对有担保债

⁴ 《贸易法委员会破产法立法指南》，第四部分，第二章，第 13-16 段。

⁵ 见第五工作组（破产法）第四十四届会议工作报告，A/CN.9/798，第 23 段和第 30 段。

权人强制执行行动予以“暂停”，破产财产对受制于附担保债权的财产的变现，以及变更有担保债权人的权利。第四个要素是对于内部人士排序居次采取不同办法；许多法域对内部人士债权的处理办法是使其求偿权排在有担保债权人的权利之后，一些法域自动将内部人士债权作为股本债权处理。最后一个要素是在破产中得不到任何分配的债权人（“无钱可分”的债权人）的参与，因为有些制度不允许他们对计划进行表决，另有一些制度不允许他们反对某些行动。

19. 专题小组注意到所有这些要素都可能影响到法院地的选择，从而使一些实力较强的债权人能够得到尽可能多的偿还，而牺牲大量其他利益攸关方的利益。会上建议可采取各种手段处理法院地选择问题，其中包括：协调可能对法院地选择影响最大的各种要素；制定关于法院地选择的国际标准；以及针对法院地选择作出奖励或惩罚。

第 3 部分：协调债权人享有信息和代理的权利

20. 各种破产制度的一个共同目标是使债权人得到尽可能多的偿还。一个相关目标是或者应当是让债权人可以享有信息，以便他们能够参与程序并在程序中保护自身利益。有与会者建议得到核准的债权人委员会可发挥有益的作用，帮助所有债权人更多地获得信息，提出类似处境债权人的问题并提高效率。

21. 对《立法指南》建议 126 至 136 提出了各种增补意见，以便就下列方面提供更多信息：给债权人包括已知和未知债权人的通知（例如，关于程序的开启、资产的所在地和价值、程序的状况、资产的处分以及债权偿还情况）、合作（例如破产管理人与债权人或债权人代表之间，以及在有债权人团体的并行程序中各债权人团体之间）的合作以及对破产机制的介入（例如，让债权人容易接触管理人或法院以便主张债权或提出问题，确保提交债权人债权的程序前后一致、简单方便）。另一个问题涉及破产管理人对债权人的代理，包括由破产管理人在国内外程序中提出债权和进行表决。会上还认为应当在涉及《示范法》第 27 条的《颁布指南》及其解释中补充更多材料，以处理其中的一些关切。⁶

2. 破产时对金融合同和净额结算的处理办法

22. 专题小组介绍了一些国际组织就清盘净额结算所做的工作，其中包括《统法协会清盘净额结算原则》和金融稳定委员会金融机构高效处置机制关键属性的相关方面，以及清盘净额结果对风险管理和系统性风险的影响。与会者将《贸易法立法指南》的相关建议与《统法协会原则》作了比较，指出《立法指南》的建议所采取的方法比《原则》更为宽泛，限制性更小（例如，《立法指南》并不限制谁可以是金融合同的当事方，而《原则》将主要代表个人、家庭或住户行事的自然人排除在外）。由于自 2004 年通过《立法指南》以来全球金融形势发生了巨大变化，特别是由于 2008 年全球危机，会上称这种做法可能已不再是最佳做法。而且，由于《立法指南》的建议（连同世界银行《关于有效

⁶ 同上，第 25 和 30 段。

破产制度的原则》)构成世界银行和国际货币基金组织在评估国家破产制度时采用的国际标准,因此由这些建议代表当前最佳做法将尤为重要。建议可根据这些因素以及其他国际组织在此期间开展的工作对《立法指南》相关部分予以修订。⁷

3. 对破产问题从业人员的规范

23. 专题小组介绍了欧洲复兴开发银行编拟的《破产问题公职人员原则》,并讨论了缘何各国将获益于执行该《原则》及如何执行该原则。据指出,研究表明破产从业人员的资质和破产制度与债权人得到更高回报以及可得到更多信贷和法院在处理破产事宜有更好的表现等有着强烈的相关性。欧洲复兴开发银行原则的实施经验表明,不同的国家具有不同的需求,特别是在公共机构分崩离析而私营部门缺乏专业知识之时,或许可通过若干不同方式来改进破产专业人员的资质,包括拟订道德守则并由国家主导建立许可发放和纪律惩戒机制。会上举例介绍了在任命无经验和不合格破产从业人员的破产程序尤其是跨国界情况下的此类破产程序上遇到的一些问题。欧洲复兴开发银行的《原则》连同相关国际组织(例如国际破产管理机关协会和世界银行)的其他工作可作为扩展《立法指南》现有材料以便为各国制订适当的监管制度提供依据的相关参考。据指出,也许可首先由一个专家小组非正式地拟订这一专题,然后再由工作组加以审议。⁸

4. 对破产产生的判决的强制执行

24. 专题小组讨论了英国一家法院最近依据《示范法》而就承认和执行破产产生的外国判决(特别是撤销交易)所作的判决、另一国法院有可能采取的立场、《欧盟破产条例》对此问题的立场以及欧洲对承认非欧洲裁决的立场。虽然英国的裁决对于《示范法》是否涵盖此类承认和执行造成一定程度的不确定性,但在其他法域,法院采取的做法更加灵活,并承认关于承认和执行破产产生的判决的传统规则必须适应不断变化的情况。

25. 与会者对以下问题表达了某种关切:该判决可能限制《示范法》的有效性,并削弱采纳《示范法》的理由;即一方面承认外国程序及破产管理人的任命,另一方面却不承认破产产生的判决,两者之间似乎并不一致;这种做法有可能延及至其他破产产生的判决;它标志着在《示范法》“修正的普遍主义”基础上有所倒退。专题小组指出,这一判决根据欧盟理事会破产条例将会得到承认和执行;在欧盟理事会条例之外,欧洲在承认非欧洲裁决上的立场有所不同。

26. 有与会者指出,可以修正《示范法》第 21 条,以明确规定法院在协助外国破产程序时可提供的酌情救济措施包括能够承认和执行由某一外国破产法院的

⁷ 同上,第 26 和 30 段。

⁸ 同上,第 27 和 30 段。

“破产产生的”判决。另一种观点认为，该问题可能局限于特定法域，不需要提供一个普遍的解决办法。⁹

5. 跨国界破产案件中对知识产权的破产处理办法

27. 专题小组注意到知识产权在破产案件中日益重要，有时这些权利构成已破产公司资产的主要部分。即使知识产权并不构成资产的一大部分，但知识产权仍然可能对债务人能否运作至关重要。不过，如果债务人是知识产权的许可人，并可以终止被许可人的权利，则这些许可的终止可能会产生重大影响，因为被许可人及其供应商和其他债权人的整个链条都将受到影响。

28. 专题小组审议了解决不同问题的不同办法，重点讨论了根据目前可在《破产法立法指南》和《贸易法委员会担保交易立法指南知识产权上的担保权补编》中找到的指导意见，处于若干不同法域的被许可人或许可人在破产启动时他们的权利和义务受何影响的问题。据指出，虽然贸易法委员会迄今所做的工作在某种程度上解决了其中一些问题，但这些案文无一纳入关于破产中具体知识产权问题的建议。

29. 由于知识产权是易于跨越国界的财产，会上建议应当处理协调破产程序中知识产权处理办法的问题。跨国破产中知识产权的处理办法因所依据的知识产权法有所不同而趋于复杂。一些法院对涉及知识产权法问题的跨国界破产案件所作判决的影响构成讨论的一部分。企业集团情形下知识产权的处理也是一个问题；例如，一个子公司可能拥有整个集团的知识产权。据指出，《立法指南》对于各个专题采取笼统的处理办法，例如，破产时对合同的处理，并不针对特定类别的合同以及这些一般规则可能的例外情形而提供详细的处理办法。有鉴于此，有与会者询问，在《立法指南》中载列关于知识产权的详细处理办法是否适宜。¹⁰

C. 授权今后开展的工作

加快并且简化的程序，包括适宜于微型、小型和中型企业破产的预先托管机制及其他机制

30. 专题小组注意到，工作组已经得到授权，将在 2014 年 4 月其第四十五届会议上初步审查相关问题，特别是审议《立法指南》可否为中小微企业提供充分和适当的解决办法。如果不能，则请工作组考虑可能需要开展哪些进一步工作并形成哪些可能的工作成果，以便精简和简化这类企业的破产程序。专题小组介绍了中小微企业的全球状况，包括中小微企业在多数经济体中的重要性和相关性，以及这类企业面临的某些挑战，包括容易陷入财务困境以及得到信贷、进入市场、获得技能、利用基础设施和政府服务的机会较少的问题。

⁹ 同上，第 28 和 30 段。

¹⁰ 同上，第 29 和 30 段。

31. 专题小组进而审议了中小微企业退出机制，包括此类机制的重要性，设计有效机制时面临的例如这类机制供资手段等主要挑战，以及可能的解决办法，同时指出需要消除往往与中小微企业破产联系在一起的污名。所确定的可能解决办法的要素包括：免除债务、重获新生、速度、低成本、简单性和灵活性以及对其他法律如税务法的支持的需要、一个适当的体制框架及视可能利用非正规机制。会上提到曾特别考虑制定专门针对中小微企业破产条款的一个法域。会上还注意到已经建立了例如债务咨询服务部门之类针对中小微企业的援助和资料中心等相关措施。

三. 摘要和结论

32. 座谈会结束时对各专题小组审议的问题作了总结。会上明确说明了与专题小组所涵盖的各个主题相关的许多问题，在有些情况下还一并列明可能的解决办法。据指出，各专题之间存在高度的协同效应，在许多专题上存在一些相同问题（例如法律选择问题），贸易法委员会的工作需要继续反映最新最佳做法，即便这意味着必须对现有案文加以更新以回应已经变化和正在变化的情况。此外，需要处理的其中一些问题肯定需要有一些具创造性的前瞻思维，以便跟上商业现实，在很大程度上类似于 1990 年代对示范法的构思和起草。举例说，企业集团对关于经营结构的传统思维方式提出挑战。据指出，在许多实例中，将企业集团视为单个实体的集合并不符合实际情况。这些企业集团相反是作为单一企业运行的，之所以被安排作为单个企业实体的集团，只是为了利用当前的征税现实及其他经营现实情况。需要拓展新的思维方式以处理这类集团破产所产生的影响的问题。据指出，所讨论的一些专题需要工作组与其他相关国际组织协同努力。