



联合国国际贸易法委员会

第三十九届会议

2006年6月19日至7月7日，纽约

破产法：今后可能开展的工作**秘书处的说明**

1. 委员会（2005年）第三十八届会议收到了一系列关于破产法领域今后工作的建议（A/CN.9/582和Add.1-7），并就此听取了专题介绍，具体包括下列方面的工作：对破产中公司集团的处理，跨国案件中的跨国界破产协议，国际重组中的启动后融资，破产和破产前案件中董事和高级管理人员的职责和赔偿责任，以及商业欺诈和破产。
2. 经过讨论，有与会者倾向于以公司集团问题、跨国界协议问题和启动后融资问题为讨论的专题。¹委员会一致认为，为了便利继续审议、征求国际组织的专家以及破产问题专家的意见并从中受益，应当举办一次国际学术讨论会，类似于贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会的破产问题全球学术讨论会（2000年12月4日至6日，维也纳），该会议是《贸易法委员会破产法立法指南》的拟定工作的一个关键部分（见A/CN.9/495）。委员会一致认为，在为拟于2005年11月14日至16日在维也纳举行的该学术讨论会拟定议程并确定优先项目时，秘书处应考虑到委员会对各个专题的讨论情况。²
3. 约有来自36个国家的95名与会者参加了这次学术讨论会，其中包括各国政府及经合组织和世界银行等国际组织的代表、律师、会计师、银行家、法官和破产问题从业人员。
4. 本说明在与会者交流看法和信息的基础上对学术讨论会的进行情况作了评估和总结并就委员会今后可能开展的工作提出了建议。



一. 对破产中公司集团的处理

5. 学术讨论会了解到公司的业务通过公司集团这一媒介来开展的情况越来越多。可以将公司集团泛泛地描述为某些不同的实体公司由于某种形式的共同控制权或所有权而联系在一起，这些公司可在国内和国际环境下运作。使用此种集团形式及其大受欢迎的原因繁多不一，其中包括需要有一个“组织”结构，减轻税款负担的必要性。其他理由包括以下方面的必要性：多样化经营和风险管理、在外国法域设立运营实体、为合并或兼并提供便利以及满足复杂金融结构的需要。
6. 公司集团的经营方式包括，该集团的某些或所有成员对个别成员的外部债务负有共同责任或者对个别成员的外部负债实施集团担保，而且集团成员之间可以有业务交易并由此造成集团个别成员之间的内部债务和负债。
7. 公司集团的结构可以很简单，也可以十分复杂，如果集团从事国际贸易的话尤其如此。公司集团如果涉入合资安排、特殊用途企业结构（‘SPV’）、境外信托基金和合伙关系等则更为复杂。如果由于出现了影响到集团中一个或多个成员的财政困难而破坏了此种复杂的结构，就会产生种种问题，原因很简单，即因为组成集团的成员各有其独立的法律人格和存在。如果不进行立法或司法干预的话，此种情形就要求在破产中对每一实体加以单独的考虑，并在必要时加以单独的管理。
8. 学术讨论会确定了一些有助于了解公司集团实际运作情况的相关因素包括：对公司集团的会计处理；有关公司集团的公司监管要求；公司集团发展背后的财税动因；所使用的与集团相关的金融和贷款技术的复杂性。与各法域破产中公司集团现行处理办法有关的进一步考虑将包括：介绍“公司集团”（或类似用语）的含义；可对集团中两名或两名以上成员提起诉讼的情形；破产的或接近破产的集团成员可加以利用的正式补偿或救济办法，例如，程序性合并、实质性合并、负债延长、涉及一名以上债务人的重组和其他救济（例如对集团内部债务和负债的处理及适用退让原则）。
9. 学术讨论会注意到，该专题提出了在跨国界破产中对公司集团的国内和国际处理办法问题。得到普遍赞同的一种看法是，如果不首先考虑国内问题并就此取得共识则很难论及跨界问题。得到赞同的另一种看法是，如果今后开展这方面的工作的话，应当注意确保不要让这种工作对大量出现的并且日趋复杂的公司集团结构产生任何影响，也不会干扰与公司集团订立的商业交易或造成这方面的不确定性（通常不论是否制定了针对整个集团或集团内部可能发生的破产情况的法规），并且还要避免造成驱使公司集团在某个外国“安全港”寻求保护的前景或可能性。
10. 专题讨论会听取了有关破产制度诸方面如何在不同国家适用于公司集团的专门介绍，并认真研究了是否需要订立述及这些公司集团特有问题的条文。经讨论确定了与处理公司集团相关的若干问题，其中包括以下问题：

(a) 在国内环境中

11. 有与会者注意到，由于关键用语（例如，企业集团、控制权、母公司、子公司、控股公司、相关或相联公司）的用法和含义各国有所不同，必须对定义加以认真的研究以确保能够就主题事项达成共识。此种研究还可以包括公司集团成员以外的实体（例如特殊用途机构、合资企业、境外信托基金、合伙关系及其他类似的实体）究竟在多大程度上应该或可以被视为公司集团的一部分的问题。

12. 与会者就对公司集团启动破产程序展开了讨论，并提出了若干不同的问题，包括可适用的检验标准；如何将该标准适用于公司集团（而不论究竟是适用于公司集团的每个成员还是适用于整个集团）；是否可以对一个以上的债务人提出启动申请；集团的母公司（或其他成员）可否提出有关集团每一成员（包括有关本公司）的申请，谁可以提出启动申请（包括由证券监管机构或公司监管机构等监管机构启动）；以及如何处理公司之间的债务和交叉担保负债等负债。

13. 涉及启动的其他问题包括：在启动时就公司集团的某些或全部成员而可赋予法院的权限（例如，程序性合并）；是否可以就每一集团成员指定相同的破产代表；如何论及潜在冲突问题（例如，由于集团成员之间的交叉担保、集团内部的债务、一成员针对另一成员的不当行为而造成的潜在冲突）；如果破产法允许管理人员在破产程序进行期间留任，是否需要订立针对公司集团的法规；以及是否需要订立有关对公司集团适用中止或暂停措施的特别条文或订立有关公司集团（或其两个或多个成员）启动后融资的特别条文。

14. 公司集团或公司集团的成员可以进行重组，也造成了一些问题，其中包括：可否通过单一个重组计划来对公司集团的两个或多个成员进行重组，如果可以的话，需要就重组计划的性质和内容等等订立什么样的特别条文；保障措施；就重组计划召集和举行债权人会议；对债权人债权的处理；债权人的表决；以及重组计划的核准。

15. 与破产中公司集团具体有关的问题涉及公司集团一成员（例如母公司）对集团一破产成员的债务和负债可能负有的偿还责任以及在这方面可以采取的不同做法，包括规定对集团一成员的所有债务和负债的严格责任，而不论其负债的具体情形如何；规定在集团一成员已经破产或有可能破产的情况下默许或指示其举债应承担的责任；规定对集团的行为可能致使某些类别的债权人受到歧视应承担的责任（例如，对某一成员的雇员的责任）；或者规定如存在合理的理由证明可获得公司集团另一成员的资产则应承担的责任。

16. 与公司集团及其破产时的处理办法特别有关的另一个问题是合并问题以及国内破产法是否应就集团两个或多个成员的业务合并或组合作出规定，以便把它们的资产合在一起把它们的债权人也合在一起的问题，另外还有是否应对下达此种合并命令的情形作出规定的问题。

(b) 在国际环境下

17. 与会者注意到《贸易法委员会跨国界破产示范法》对在跨国界破产案件中公司集团的重组所具有的重要性，尤其是处理协调与合作的条文。但也有与会者注意到，示范法未专门述及与公司集团跨国界破产有关的其他一些问题，其中包括：在将集团的母公司或大多数成员并入一个法域而将其他成员并入另一个法域或另几个法域的情况下如何处理程序的启动问题；是否有必要根据“主要利益中心”这一概念在最近的跨国界破产案件中的解释来界定这一概念对公司集团及其成员的含义；以及在以下方面可能必须订立特别条文：确保向其成员位于一个以上法域的公司集团提供启动后资金并在发生国际公司集团破产案件时促进各法域之间的合作。有与会者提请注意在跨国界破产案件中如缺乏充分的协调就很难对公司集团进行重组。另一个问题是如何鼓励统一和协调在对公司集团及破产上的国际和区域对策。

18. 根据学术讨论会的讨论情况可以得出的结论是，公司集团已成为世界贸易中日益重要的一种工具；公司集团一个或多个成员在国内或国际环境下破产所遇到的种种困难，证明委员会有必要开展进一步工作。此种工作可采取制订一种向各国提供可能的立法指导的案文的形式，协助它们处理在国内和跨国界破产中处理公司集团的具体问题。

二. 启动后融资

19. 学术讨论会讨论了启动后融资对重组成功与否的重要性，尤其是对确保债务人继续经营及偿付关键货物和服务、供应品、工资、保险和房租的重要性。与会者注意到，正在形成的共识是，有必要就提供启动后融资的法定权限作出规定，这体现在国际上最近有关破产的工作中对该议题的处理上，其中包括国际货币基金组织、亚洲开发银行、世界银行的有关工作以及最近在《贸易法委员会破产法立法指南》所做的工作，后者列入了有关该专题的评注和建议的一章。

20. 与会者讨论了在国内破产案件中获得此种融资上存在的某些结构性障碍。这些障碍包括：缺乏法定权限；破产代表或债务人的董事和高层管理人员对负担此种融资可能造成的债务所承担的个人赔偿责任；撤销条文的适用；同规定启动后融资优先有关的问题；及主张用清算取代重组致使此种融资问题难以解决。有与会者注意到，授权启动后融资的破产法为数不多，而就偿还此种融资上任何类型的优先权作出规定的就更为稀少了。有与会者告诫说，对可能无法得到几类必要资金的发展中国家为启动后融资提供便利的制度是否具有适切性应持谨慎态度。

21. 与会者听取了各国就其中某些问题的立法的最新情况，并注意某些国家已经对法规作了一些修改，尽管步调很慢。

22. 会上讨论了一些跨国界破产案件，在融资上，尤其在涉及公司集团的融资上显然存在着种种困难。在不同法域赋予启动后融资优先权以及为启动后融资提供担保的问题上存在着分歧。还存在着适用法律的问题，以及债务人所获得

的启动后资金是否可以由同一公司集团中另一成员使用以及公司集团中非债务人成员是否可以借入启动后资金并允许债务人使用这些资金的问题。与会者强调必须为面临这些情况的贷款人提供确定性和可预测性。

23. 根据讨论情况可以得出的结论是，尽管《贸易法委员会破产法立法指南》论及所确定的某些问题，尤其是关于授权的问题，但还是可以对公司集团跨国界破产中启动后融资问题作进一步审议，把立法指南中的工作以及贸易法委员会在跨国界破产方面的工作作为审议的基础。开始时，可以把这方面的工作作为可能就破产中的公司集团处理问题开展的工作的一个重要组成部分；在完成这一阶段的工作后可对该专题的任何其他方面进行认真的研究。

三. 跨国界破产协议和法院之间的通信

24. 学术讨论会听取了为便利跨国界破产案件的进行而拟定各种文书的情况的报告，尤其是国际律师协会《国际破产协定》及美国法律协会/国际破产协会《法院之间通信准则》及通过《贸易法委员会跨国界破产示范法》的情况介绍。有与会者强调，《示范法》系在跨国界破产案件方面开展合作与协调的立法框架，其第 27(d)条规定了法院核准或执行有关协调破产程序的协议的权限。与会者陈述了涉及使用此种协定或协议的若干跨国界破产案件，尤其关注通常所涉及的几类问题；此种协议可如何便利法院之间的通信与合作；以及在谈判和使用协议方面遇到的种种困难。会上还讨论了使用此种协议本来可以给案件的进行提供便利但没有使用此种协议的情况，并列举了并不总是能够提供此种工具的原因。据指出，不同语组的国家之间谈判此种协议时可能会遇到语言问题；提供有关跨国界案件和实务发展方面的信息，尤其是涉及协调与合作的实务发展，对促进此种实务的发展至关重要，在尚未遇到跨国界案件因而没有机会使用此种协议的国家尤其如此。

25. 应该指出的是，为了鼓励和便利跨国界破产案件方面的合作，尤其是为了便利使用跨国界协议，必须有适当的法定授权，例如通过《贸易法委员会示范法》，尤其是其第 25-27 条。不过尽管《示范法》对基本授权作了规定，但未提供细节，只是在第 27 条中加以载述，并在《立法指南》中就如何开展此种合作的实际可能性作了某种进一步的论述。

26. 根据该讨论可以得出的结论是，应该把在协议的谈判、使用和内容方面的现行法律和司法经验以某种形式提供给国际法律界。对此种经验加以利用即可拓宽《示范法》所规定的法律框架的基础，补充并进一步推动此种法律框架的颁行，推动得到第 25-27 条授权的协调与合作的落实以及协议的拟定和使用。此项工作须论及的问题可以包括：便利和指导法院之间的通信（例如，通知当事人、由当事人参与以及向当事人披露实质性问题）和有关协议实质内容的标准（例如，对资产的管制和保护、协调资产的处分、启动后融资、债权的优先权、债权的备案和分类、对债权人的分配和实行重组）。还可以在更广的范围内提供谈判而成的协议的实例。

四. 董事和高层管理人员在破产当中和破产之前的职责

27. 学术讨论会获悉，数目越来越多的得到广而告之的破产案件均侧重于同董事和高级管理人员的职责和赔偿责任有关的问题，这些案件的结果均表明在该领域确定性和可预见性的缺失。一些国际组织有关其在该领域工作情况的报告着重说明了所遇到的某些问题和困难。迄今为止，此种工作只侧重于对破产所产生的问题提供指导，而不是拟订法定规则。采取此种做法的原因很多，其中包括各国对相关问题采取的不同做法以及这些问题的复杂性，尤其是在考虑对不同种类的公司（如相对于跨国企业而言的中小型企业）的适当对策时，另外还有破产法以外的法律的适切性和社会政策的重要性等等。举例说，有与会者指出，中小型企业通常具备的特点是业主、董事和管理人员之间存在着亲属关系，经常涉及为债务提供个人担保，而大型公共企业则不具备该特点。因此，各类企业结构中董事的能力和动机有所不同，驱动企业的经济因素也不同，这种差别尤其反映在不同类型的市场和经济体当中，因而很难采取一种普遍的基于规则的做法来处理职责和赔偿责任问题。据指出，各国是在国内环境中围绕各种社会政策问题对相关问题进行国内立法的，在就可能的统一做法展开任何讨论时也必须把这些社会政策问题考虑在内。另据指出，该专题所引发的某些问题在一些国家和国际论坛中仍存有争议，尤其是董事除了对股东之外还应在多大程度上对债权人负责并作出交待的问题。

28. 根据讨论情况可以得出的结论是，尽管似宜在该领域提供指导以协助债务人和债权人确定什么样的行为构成接近于破产的可以接受或不可以接受的行为，但是，对提供此种指导时可能必须加以论及的某些问题仍存有争议，有与会者对该议题是否已经准备就绪因而现在就可以拟定指导方针表示关切。

五. 破产和商业欺诈

29. 学术讨论会听取了贸易法委员会就确定欺诈图谋，包括在破产情况下的欺诈图谋的共同特征而正在开展的工作情况报告，同时听取了贸易法委员会参与联合国毒品和犯罪问题办事处（毒品和犯罪问题办事处）有关欺诈及滥用和伪造身份资料罪，包括有关商业欺诈内容的研究情况。

30. 据指出，这两个项目均侧重于广义商业欺诈问题，尤其是确定何以构成欺诈、查清欺诈的发生并对欺诈行为进行打击，而未论及欺诈产生的后果以及在发生破产时欺诈对雇员、债权人和其他利害相关方的影响。

31. 学术讨论会听取了在发生破产时须加以具体考虑的建议，其中包括是否允许处以罚金和罚金的轻重；尽量减少刑事主管当局对重组过程的干预；被欺诈投资人的债权的分类；对协助欺诈的债权人的债权的处理；当一受破产程序约束的债务人进行欺诈时公司间债权在跨国公司集团成员之间的处理；破产财产管理人收回与商业欺诈活动有关的资产的权利；以及破产公司资产的没收。

32. 据指出，《贸易法委员会破产法立法指南》除简略论及债权从属安排及对处罚和罚款的处理外未直接论及与破产情况下欺诈有关的问题，不过第五工作组在拟定《立法指南》期间曾讨论过该问题。学术讨论会承认欺诈问题与破产

程序的管理及其结果是有关的。但有与会者指出，所确定的问题不仅涉及对待破产情况下欺诈问题（而不论是在破产之前或在破产期间发生也不论是在破产法还是在其他某种法律中论及）上的立法做法，而且还涉及有可能影响破产管理的监管当局的活动。

33. 根据讨论情况可以得出的结论是，应该对毒品和犯罪问题办事处就欺诈，包括商业欺诈而已经开展的工作以及对贸易法委员会就商业欺诈所开展的工作加以审查，以便在考虑今后就这一专题可能开展的工作之前首先确定拟在多大程度上或者可以在多大程度上把涉及破产事项上的欺诈的问题放在这一背景下加以讨论。

六. 有关今后工作的建议

34. 秘书处建议：

(a) 有关破产中公司集团的处理问题现已取得足够进展，已可以将该议题提交工作组审议。暂定于 2006 年 12 月 11 日至 15 日在维也纳举行第五工作组（破产法）的一次会议；

(b) 应首先考虑把启动后融资作为有关公司集团破产问题上已开展的工作的一个组成部分；工作组还可审议有关该议题其他方面的工作的任何建议；

(c) 可以把有关跨国界协议的议题放在工作组的议程上，但可以通过与法官和破产问题从业人员的协商，开展有关跨国界破产协议的谈判和使用方面实际经验的初步汇编工作。可以将有关该工作的初步进度报告提交委员会下一届会议进一步审议；

(d) 应当监测其他组织就董事和高级管理人员在破产和破产前以及在破产欺诈和商业欺诈方面所负责任的议题正在开展的工作，以便于在今后某个时候审议委员会可能开展的工作。

注

¹ 《大会正式记录，第六十届会议，补编第 17 号》（A/60/17），第 210 段。

² 同上。