



Distr.: Limited
19 February 2010
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十八届会议
2010年4月19日至23日，纽约

破产法：今后可能开展的工作

秘书处的说明

目录

	段次	页次
三. 今后的工作	1-33	2
A. 导言	1-5	2
B. 关于提议的今后可能开展工作的议题的背景信息	6-33	3



三. 今后的工作

A. 导言

1. 工作组在 2009 年第三十七届会议上，就今后工作可能处理的议题初步交换了看法。该届会议报告（A/CN.9/686，第 127-130 段）指出，工作组收到了国际律师联盟（律师联盟）有关国际破产法领域可能拟订一项国际公约的建议，该公约可以涉及下列问题：

- (a) 准许外国破产管理人进入法院；
- (b) 承认外国破产程序（其效果是准许外国程序享有本国程序的权利或者启动辅助程序）；
- (c) 破产管理人和法院之间的合作与联系。

2. 如果可望就这些问题达成一致意见，该建议提出国际公约也可包含有关下列方面的条款：

- (a) 直接权限（“二合公约”）；
- (b) 适用法（“三合公约”，可以作为一项单独议定书的组成部分）。

3. 会上提出供审议的其他议题包括：破产或濒临破产企业董事和高级管理人员的责任；银行和金融机构的破产；企业主要利益中心概念及有关的确定因素，以及管辖权和承认问题；基于《立法指南》或《立法指南》的某些方面，包括目前正在最后定稿的关于企业集团处理办法的国际方面的建议，拟订一部《示范法》；审查《示范法》颁布情况并推动其更广泛采纳；主权破产；公有或国有企业的破产。

4. 与会者表示初步支持各种建议，指出需要更详细信息为可能在工作组下届会议上进行的讨论提供便利。指出一些建议是否可行取决于提议的工作范围，就拟订一项国际公约的建议而言，取决于各国政府是否支持以及拥有相关领域权限的其他国际组织是否合作。与会者表示支持拟订一项国际公约这一目标，但对能否达成一致持保留态度，特别是考虑到过去在国际破产法领域遇到的困难。关于其他建议，特别是银行和金融机构的破产，需要更多地了解其他国际组织目前开展的工作，才能考虑贸易法委员会是否有开展工作的余地。

5. 本说明的目的是就上述一些议题提供背景信息，协助工作组第三十八届会议进行审议。工作组似宜注意到，许多信息属于初步信息，意在仅提供简要介绍，特别注重其他组织正在开展的工作或有关查明特殊需要的报告。工作组在审议今后工作可能处理的议题以及可否向委员会提出这方面的建议时，还似宜审议是否需要进一步的信息。

B. 关于提议的今后可能开展工作的议题的背景信息

1. 破产或濒临破产企业董事和高级管理人员的责任

6. 委员会在 2005 年第三十八届会议上审议了国际破产协会关于破产和破产前案件中董事和高级管理人员的职责和责任的建议 (A/CN.9/582/Add.6)。该文件将提供给工作组第三十八届会议参考。

7. 委员会在审议该建议之后, 得出结论认为¹“虽然该议题是一个重要议题, 但是可能涉及委员会任务授权范围之外的刑法问题或难以找到协调一致的解决办法的问题。为此, 当时这一议题可能不如其他议题那样易于今后开展工作。”

8. 如果工作组认为现时需要进一步审议该议题, 则似宜参照委员会的结论审议该建议的重点和实质内容。

2. 银行和金融机构的破产

9. 工作组似宜注意到, 几年来, 几个国际组织一直在就银行和金融机构破产的各方面问题开展工作, 特别是全球金融危机发生之后。工作组似宜注意到几个国际组织最近就此问题开展工作的下述概要介绍。

(a) 国际货币基金组织和世界银行

10. 例如, 2009 年 4 月, 国际货币基金组织和世界银行发表了一份题为“银行破产的法律、制度和条例框架概览”的研究报告。该研究报告概要介绍了各国处理银行破产案件应当采用的法律、制度和条例框架。主要目的是为国际货币基金组织(货币基金组织)和世界银行工作人员的工作提供信息, 并为其成员国提供指导。研究报告专门处理有关破产银行—即存款机构—的法律、制度和条例框架; 其他类别的金融机构则未述及。此外, 重点是纯国内性问题; 跨国界银行破产问题并未涉及。

11. 该研究报告是货币基金组织和世界银行工作人员关于金融部门稳定性问题的更广泛工作议程的组成部分。货币基金组织目前正在开展几个项目, 处理本研究报告没有涵盖的问题, 包括审查非银行金融机构破产情况下出现的法律和条例问题、破产程序中复杂金融工具的处理、国内金融部门监管者之间共享信息的法律框架以及跨国界背景下的监督和干预。

12. 该报告承认其他国际组织就金融部门稳定性问题开展的重要工作, 例如, 巴塞尔银行监督委员会目前就跨国界银行解危问题开展的研究。

¹ 《大会正式记录, 第六十届会议, 补编第 17 号》(A/60/17), 第 209 段。

(b) 巴塞尔银行监督委员会

13. 2009年9月，巴塞尔银行委员会发表了一份题为“跨国界银行解危小组的报告和建议”的咨商文件，概述了十项建议，供国家当局实施以改进跨国界危机管理和化解。该咨商文件指出，银行法、破产法和公司法之间有很大联系，在跨国界情形下，这种联系造成第五工作组在审议企业集团问题时讨论过的许多问题。该文件特别指出：

“各国当局和决策者应当研究，贸易法委员会拟订的有关企业集团的破产司法程序建议可否为正在进行的旨在改进金融集团和大联合企业解危程序的协调的工作提供信息依据。”²

(c) 欧洲联盟

14. 欧洲联盟发布了一份关于“欧盟银行解危框架”的函件，其中概要介绍了正在审查的与早期干预措施和银行解危有关的问题和领域，并就执行一份欧盟银行部门危机化解框架征求意见。函件提出了政策目标和一项总体方针，但现阶段并未提出具体而详细的政策解决办法。函件审议了从“早期干预措施”到银行解危措施再到破产框架等广泛问题，“早期干预措施”是银行监管者采取早期纠正行动以纠正银行的不规范现象，并帮助它们重回正常经营轨道；银行解危措施导致对陷入困境的银行进行重组，以期保障金融稳定、银行业务的持续和银行的重新振兴；破产框架是对破产银行进行结业清算的框架。函件注意到贸易法委员会就企业集团开展的工作，特别是涉及通过保证持续获得资金而促进被重组或清算企业持续运营的各个方面。

15. 函件进而指出促进更加综合地处理破产企业集团特别是银行集团的潜在可取性：

“这可能涉及——在有明文规定的情况下——将集团作为单一企业处理，以克服预期的传统单一实体办法的效率低下和不公平。一些国内法可能规定了实现此一目的的技术，但其适用非常必要地局限于同一法域且须服从相同破产制度的实体。如果对这类措施加以扩展，以用于跨国界银行集团的破产程序，就必须处理破产制度不同——以及例如关于优先权和撤销权力的实体规则不同——这一事实。”³

² 巴塞尔银行监督委员会，跨国界银行解危小组的报告和建议，第72段，载于 <http://www.asbaweb.org/Consulta-Reporte.pdf>。

³ 欧盟委员会致欧洲议会、理事会、欧洲经济和社会委员会、欧洲法院和欧洲中央银行的函件：欧盟银行部门跨国界危机管理框架，COM(2009)561终稿，2009年10月20日，布鲁塞尔，载于 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0561:FIN:EN:PDF>，第15-16页。

3. 企业主要利益中心概念及有关的确定因素，以及管辖权和承认问题

16. 收到了美利坚合众国代表团的一项建议，载于本说明的 Add.1。一份支持该建议的背景文件载于 Add.2。

4. 基于《立法指南》或《立法指南》的某些方面，包括企业集团国际处理办法，拟订一部《示范法》

17. 美利坚合众国代表团提出、载于本说明 Add.1 的建议也述及这一议题。

18. 工作组可以回顾，在审议企业集团的国际方面时，审议的其中一些问题包括《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）提供的解决办法如何适用于企业集团，特别是在促进跨国界合作和解决企业集团主要利益中心问题方面（A/CN.9/647，第 85-96 段；A/CN.9/666，第 24-39 段；A/CN.9/671，第 16-55 段）。

19. 工作组还可回顾，在 2009 年第三十六届会议上认识到，“尽管采用《示范法》的形式也许是可行的，但考虑到示范法谈判可能需要的时间、目前结合全球金融危机拟订企业集团有关条文的必要性以及能否得到谈判所需要的支持等问题，在这一阶段采用这种文本形式可能不现实（A/CN.9/671，第 55 段）。”因此，并且因为目前审议的建议草案的内容处理国内法的内容，工作组商定关于破产企业集团国际处理办法的建议应列入《立法指南》第三部分。

20. 工作组还似宜注意到 A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 号文件第 5 和 6 段，其中回顾关于企业集团情形下主要利益中心的讨论以及就此问题达成广泛的国际协议的挑战，达成国际协议的目的是实现一种一贯、广泛适用且可能具有约束力的解决办法，使企业集团的跨国界破产具有确定性和可预测性。工作组还似宜回顾，在 2009 年第三十七届会议上，曾提出进入法院和程序承认问题是实现跨国界合作可能的前提条件。大意是破产法应当处理这些问题的一份建议草案已添加到将构成《立法指南》第三部分的建议中。

5. 审查《示范法》颁布情况并推动其更广泛采纳

21. 委员会 1997 年第三十届会议报告在《贸易法委员会跨国界破产示范法》通过之际指出：⁴

“223. 委员会听取了下述建议：委员会既已完成示范法律的工作，便应编写关于跨国界破产司法合作和协助的国际双边或多边条约的示范条文，或有关这些事项的正式条约。会议回顾说，这一工作已在破产法工作组第二十届会议上作为一种可能性予以提及（A/CN.9/433，第 16—20 段）。除了该项建议外，还提到了可能值得探讨应当并可以在国际一级开展工作的其他各种专题；这些专题是：银行和金融服务部门中跨国界破产的法律处

⁴ 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17）。

理；破产企业改组方面跨国合作示范条约或惯例的编写；跨国界破产案件中法律冲突的解决；关于仲裁协议和仲裁程序的破产程序的效力。

“224. 委员会在讨论后采纳了这样一种意见：在决定是否着手开展条约工作或处理所述及的任何其他专题以前，最好先对示范法的影响和经验作一评价，并等待诸如欧洲联盟而且可能还有美洲国家组织等其他国际论坛就类似工作所取得的结果。与此同时，还请秘书处对这一领域的发展情况进行监测，并就任何这类工作的可取性和可行性拟议建议供委员会未来届会审议。

“225. 在对《示范法》进行最后审议期间，有人提出了一项建议，而且得到了委员会的同意。这项建议是，秘书处应当收集各国在颁布《示范法》方面的资料，并同有这方面专门知识的有关组织合作，对在《示范法》基础上使用国家法律方面所出现的一些发展变化的惯例、经验和问题进行监测。在示范法筹备工作期间曾举行过司法专题讨论会（见上文第 12 段和第 17 段），举行这类专题讨论会的做法也作为这类评价工作可能采用的方法提了出来。”

22. 2005 年，秘书处编写了一份简短说明，除其他外介绍了采纳《示范法》方面的动态，其中简要介绍了基于《示范法》颁布立法的八个国家截至 2005 年 4 月 15 日实行的改动（A/CN.9/580）。

23. 工作组还似宜注意到关于颁布《示范法》的判例法汇编（《法规判例法》第 72、73、76 和 92 期以及定于 2010 年出版的其他各期）。⁵

24. 工作组还似宜注意到 2009 年 5 月在加拿大温哥华举行了第八次多国司法专题讨论会。第九次专题讨论会目前计划于 2011 年在新加坡举行。这类专题讨论会的一项经常性工作是审查采纳和使用《示范法》方面的动态。

25. 工作组似宜考虑在颁布《示范法》方面可以收集和提供哪些进一步的信息。

6. 主权破产

26. 2000 年代初期，主权破产专题及制订处理由此带来的问题的机制的必要性引起很大关注。包括货币基金组织在内提出了处理这些问题的各种机制。2008 年金融危机发生之后，在包括联合国在内的各种论坛上进一步讨论了这类机制的必要性。在审议这一问题及贸易法委员会今后可能开展的工作时，工作组似宜注意到下述信息，这些信息非常简要地说明了拟订这类机制方面的现状。

27. 联合国大会主席国际货币和金融体系改革问题专家委员会 2009 年 9 月 21 日的报告⁶审议了目前可用来处理主权债务违约和重组问题的机制，除其他以外指出：

⁵ 载于 http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html。

⁶ 载于 <http://www.un.org/esa/desa/desalert/2009/Nov/UNFinalReport.pdf>，第 59-84 段。

“63. 现有“体系”（或者实际上是“不成体系”）是过去半个世纪左右主权债务危机发生之时作为零星且多属权宜之计的政府间应对措施而出现的。当前体系提供的解决办法需要耗费时间才能得到采纳，并且提供的救济也不充分，这就意味着处理主权债务的体系显然不如许多国家的国内破产制度为公司和次主权公共实体提供的体系。”

28. 在初步性建议 7 中，委员会建议：

“71. 迫切需要重新承诺制订一个公平和普遍接受的主权债务结构调整机制，以及更完善的处理跨国界破产的框架。实现此目的的一种方式可以是建立一个独立机构，如国际破产法院。联合国国际贸易法委员会提供了范例，可加以扩展以协调关于涉及金融服务贸易的跨国界纠纷的国内立法。”

29. 2009 年秘书长题为“谋求持久解决发展中国家债务问题”⁸的报告得出结论认为：

“63. 经济条件继续恶化可能把一些有进入国际资本市场机会的国家推向主权违约。因此，设计一个旨在协助解决主权破产问题的机制一事在国际讨论中被边缘化令人惋惜。关于世界金融和经济危机的会议的成果文件强调需要为这一领域的国际合作建立结构完善的框架（A/CONF.214/3，第 34 段）。在这方面，国际社会还应该讨论和促进负责任的贷款和借款。”

7. 公有或国有企业的破产

30. 关于本议题，工作组似宜注意到在拟订《立法指南》时曾在多大程度上对其进行审议。

31. 2000 年 12 月，贸易法委员会举行一次国际专题讨论会，讨论确定今后在破产法领域的工作。讨论的问题包括这项工作的范围，如破产法应否包括例如银行、保险公司和国有企业。有与会者指出，如将国有企业列入破产框架的范围，可能有一些重要的社会考虑因素，包括文化敏感性、与社会组织结构是否相容的问题以及破产法的目的和目标，因为这些企业涉及不同社会中需要审查其对资格标准的影响的债务人类别。

32. 在拟订《立法指南》时，对国有企业所持的观点是，如果这类企业从事经济活动，作为独立的经济或商业运作实体参与市场竞争，并且与私有企业拥有相同的商业和经济利益，则破产法可适用于这类企业。《立法指南》指出了使这类企业受破产法约束的好处，但也指出需要尽量减少涉及国家在这类企业中所发挥作用的利益冲突。还指出纳入普通破产法这项一般政策需要有例外情形，如对国有企业的处理是大规模私有化方案的组成部分的情况下，但并未详细审议这些例外情形（《立法指南》，第二部分，第一章，第 8-10 段和建议 8）。

⁷ 大会主席于 2009 年 3 月 19 日转交大会，载于 <http://www.un.org/ga/president/63/letters/CommissionExperts200309.pdf>。

⁸ A/64/167，2009 年 7 月 24 日，根据大会第 63/206 号决议“外债与发展：谋求持久解决发展中国家债务问题”提交大会。

33. 工作组还似宜注意到,《世界银行有效破产和债权人权利制度原则》回应了《立法指南》的做法,原则 C.3 规定:

“破产程序应适用于所有公司或公司实体,包括国有企业。例外情形应予限制、明确界定并通过单独的法律或破产法的专门条款加以处理。”
