



大会

Distr.: Limited
19 April 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

增编

国际律师协会就尊重关于审议国际公约和（或）跨国界企业集团破产示范法的建议而发表的意见*

1. 在联合国国际贸易法委员会第五工作组第三十七届会议（2009年，维也纳）上，该工作组商定将在其下届会议上讨论关于该工作组今后审议工作的一些建议，¹其中包括以下问题：

(a) 贸易法委员会是否应当指示第五工作组拟订关于跨国界破产程序的国际公约（“公约”）？²

* 本文件是在收到相关意见后尽快提交的。

¹ 第五工作组已用几届会议的时间集中拟订关于《立法指南》附件的建议，其中述及国内和国际情况下跨国界企业集团破产案件产生的许多程序性和实质性法律问题。第五工作组通过先前的工作拟订了《贸易法委员会跨国界破产示范法》和目前的《立法指南》，述及单个实体债务人的破产案件。《立法指南》第三部分是朝着协调统一有关跨国界企业集团破产程序法律规则而迈出的第一步。

² 在第五工作组第三十七届会议上，国际律师联盟提交了 CRP.3，述及以下问题的国际破产法公约：允许接触外国诉讼代理人；承认外国破产程序；破产管理人与法院之间的合作和沟通；以及“直接管辖权”（‘双重约定’）和适用法律等其他潜在问题。[另见 A/CN.9/WG.V/WP.93 号文件，第 1、4 和 5 段。]



(b) 贸易法委员会是否应当指示第五工作组拟订关于企业集团破产程序的示范法（“企业集团示范法”）？³

2. 国际律师协会下属破产、重整和债权人权利问题小组提交了以下概括性意见，支持对上述问题作出有条件的肯定性答复。

A. 跨国界破产程序问题公约

第五工作组应当就跨国界破产程序公约的条文提出建议，涵盖《立法指南》第三部分第二章（国际）草稿的建议所处理的专题。在互惠基础上可予执行的公约应当建立一个可靠的国际框架，对跨国界破产程序，尤其是对企业集团的这类程序，实施协调一致的管理。

3. 由于不存在可执行的、可靠并且前后一致的国际规则，无法在法院之间以及在跨国界多国企业集团破产程序管理机构之间进行协调、合作与沟通，由此就造成在管辖权方面的冲突和耗费时日的诉讼，致使各国法院和破产管理机构竞相争夺资产和控制权。有些国家的法院通过批准临时性跨界协议书来填补程序方面的空白。⁴

4. 其他一些国家的法院并不愿意这样做。跨国界破产程序所涉国际（程序）方面的公约将能述及这类问题。公约的主要目的是，在法院、破产管理机关和专业人员之间的协调、合作和沟通方面，以及在对跨国界企业集团破产程序的联合管理方面，建立一个比示范法更为一致可靠的框架，而这对世界经济通常会产生深远的影响。

1. 公约的比较优势

5. 《贸易法委员会跨国界破产示范法》迄今为止仅获得有限的采纳，这预示着第五工作组关于在国际情况下企业集团破产的建议可能会遭到类似的命运，对是否应当将这些建议进一步纳入公约或示范法值得加以重新审视。⁵示范法通常被认为比公约更有可能获得采纳，因为国家立法机关在颁布示范法时可以作

³ [见美利坚合众国代表团关于编拟 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 号文件所载若干国际破产法问题示范法或示范条文的建议以及 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 号文件所载关于该建议的背景情况。]

⁴ 贸易法委员会于 2009 年 7 月通过了第五工作组关于在跨国界破产问题上开展合作的实务指南，该指南较为详细地介绍了迄今为止在国际破产案件协议书方面取得的成就。

⁵ 在着手起草新的示范法或公约以前，工作组应当对颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》的国家为数很少的原因展开详细审查。这样就能给工作组提供有益的信息，使其了解就《企业集团破产示范法》（或跨国界破产程序所涉国际方面的公约）而提出的建议是否会取得丰硕的成果，如能取得这类成果，则又将如何提高这类文书得到广泛拥护和颁布/批准的可能性。

出修改，但是对公约无法作出修改。⁶不过在规范跨国界企业集团破产程序所涉国际方面，公约仍有可能至少与示范法同样奏效。

6. 第五工作组就各国在破产实体法和程序性规则方面的巨大区别妨碍在企业集团案件方面甚至展开有限的跨国界合作与沟通展开了讨论。⁷虽然许多国家的法院和从业人员都知道《贸易法委员会立法指南》和《示范法》，但这两部法律的条文并不经常如愿获得采纳。其中的一个原因是，各国因对修改法律规则、让与管辖权或赋予特权的方式和程度可能得不到其他国家互惠待遇而踌躇再三，示范法也并不含有关于互惠的允诺（其实施也不依赖于互惠）。

7. 公约仅仅在缔约国之间具有约束力并且有效便可述及所持异议的问题。举例说，有些国家可能并不愿意颁布破产法一般原则，“在同等的基础上”对外国破产程序与本国管辖权内的相关程序一并予以承认，这是因为担心其他国家可能不会同样行事。这些国家可能更愿意在有一项公约允诺其他缔约国的法院将予以互惠的情况下给予这种承认。

8. 因此，跨国界破产程序公约应当在互惠基础上具有约束力和效力，⁸并且应当局限于国际情况（即在企业集团情况下，由《立法指南》第三部分第二章，国际所处理的专题）。⁹尽管有一个述及《立法指南》第三部分第一章国内建议的公约并不可行，¹⁰有一个局限于第三部分范围内事项的公约从现实的角度来看可以实现，这将避免迄今为止在落实更为雄心勃勃而且实质上更为全面的区域破产公约上所遇到的许多意想不到的困难。

9. 颁布的示范法是一国法律——在此情形下即为破产法的有机组成部分。《示范法》有些条文由于与法律体系基本规则差别过大而无法被纳入一国实体法，

⁶ 不过各国可以对公约的某些条文提出保留意见。最近几十年来，这一一度不被看好的做法日益获得普遍接受。

⁷ 这些区别使许多国家更加不愿意颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

⁸ 一些得到广泛批准的公约载有这类互惠条文。见《联合国关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》（1958年6月10日，纽约），第1条第3款（“任何国家……加入本公约时，……本交互原则声明该国适用本公约，以承认及执行在另一缔约国领土内作成之裁决为限。任何国家亦得声明，该国唯于争议起于法律关系，不论其为契约性质与否，而依提出声明国家之国内法认为系属商事关系者，始适用本公约。”）

⁹ 《立法指南》第三部分第二章（国际）局限于跨国界企业集团案件所涉程序性多于实质性的一些方面，因为这些方面在债务人与债权人的关系上并不赋予调整债务、债权或权益的权利或救济。这些条文似宜由国际公约加以处理，涉及向法院申诉权、承认外国程序、在法院与破产管理人之间的合作与沟通法院、外国法院和破产管理人之间的直接沟通、听审协调、由不同国家管辖的法院任命单一或相同破产管理人以及订立一及批准（执行）跨国界破产协议的权限”。

¹⁰ 《立法指南》附件第一部分的建议涉及对调整债权人与债务人关系至关重要的权利和救济，因而提出了有关国内政策的问题，而这些问题在许多情况下涉及对一国一种（多种）破产法进行重大修订。第五工作组的许多代表团均声称，目前就这些国内法的实质性条文尚未取得充分共识，因而公约无法取得成功。

因而也就无法予以颁布。¹¹相形之下，国际公约虽然根据国内法律而完全具有约束力，并且从严格意义上说属于国内法律的一部分，但作为国家对国际合作单独需求所持的一种契约，国际公约通常会构成在其他方面可予以适用的国家法律（和司法传统）的为数有限的一些例外。如果国际公约要求所有国家当事方在有必要时为实现共同目标而加以妥协，与在其他情况下可予以适用的国家法律的原则有一些不一致通常也就更能够获得接受。

10. 概括地说，在互惠基础上具有约束力的公约将激励各国：(a)在跨国界破产程序包括在有关企业集团的这类破产程序方面，弥合在向外国法院申诉的权利、承认外国诉讼程序以及法院、破产管理人和从业人员内部及其相互之间进行沟通、协调与合作上存在的区别；(b)克服就外国法院可能会对他国公民存有不公歧视而持有的不信任，包括怀疑；及(c)在管辖权标准及其他标准方面进行妥协，知悉这类做法将会对在《公约》外国缔约国法院所审理的程序产生有益的妥协，而这又将推动《公约》所述原则获得更为普遍的接受。

第五工作组应当考虑与海牙国际私法会议展开合作，共同审议并提出有关跨国界破产程序公约的建议。¹²

11. 贸易法委员会（通过第五工作组）和海牙国际私法会议之间展开合作，便能将贸易法委员会在国际贸易法方面所具备的广博的专业知识（以及在有关跨国界破产法方面进行数十年国际对话和研究而带来的惠益）与海牙会议起草国际私法公约方面的专长汇集在一起。¹³这类合作可能包括由秘书处和两组织专家组成联合起草小组。贸易法委员会秘书处应当根据在其以往就《贸易法委员会破产法立法指南》同海牙会议进行协调上的经验，就这类联合工作是否可行提出指导意见。

B. 企业集团破产示范法

12. 除了其关于《跨国界破产程序公约》上的工作外，第五工作组应当起草《跨国界企业集团破产示范法》。¹⁴如果贸易法委员会就企业集团破产程序所涉国际方面提出一项公约，则可能仍然需要有一项示范法来处理在国内情况下（即由《立法指南》第三部分第一章（国内问题）来处理的事项）所产生的问

¹¹ 《示范法》条文变更管辖权标准或变更得到普遍接受的司法行为准则通常会引起争议。可能难以作为单方面的国家法律而加以颁布的几类条文包括要求进行超国家司法沟通、承认在平等的基础上对外国仲裁程序与国内程序一并加以承认、在不同国家的程序中任命相同的破产管理人等条文。

¹² 贸易法委员会此前曾寻求海牙会议协助为《贸易法委员会破产法立法指南》起草评述意见和立法条文。

¹³ 第五工作组不应低估希望贸易法委员会对这类公约作出贡献的需要。贸易法委员会第五工作组在跨国界破产问题上具有无可替代的专业知识，而这有助于公约起草工作和为公约获得普遍批准所必备的寻求共识的工作。

¹⁴ 尽管由第五工作组拟订一份清单列举与确定企业集团主要利益中心有关的诸要素可能很有帮助，但该主题由《立法指南》附件而非《示范法》来处理似乎更为合适。

题。¹⁵如果贸易法委员会未就这类公约提出建议，则也应由示范法载列关于在国际情况下产生的各种问题的一些条文（即《立法指南》第三部分第二章（国际））。

13. 政府性委员会和破产问题从业人员均称需要进一步统一有关企业集团破产问题的法律。各国有关这类程序问题的法律互不相同，这就无法实现在破产法方面的共同的经济和政策目标。《立法指南》第三部分的主要条文已经十分完备，足以证明能够就企业集团示范法的条文取得共识。贸易法委员会核准这类示范法本身也就能够在企业集团的情况下推动破产法所依据的获得广泛赞同的康复政策和公平分配政策。颁布有关国内情况下企业集团破产的统一标准将使跨国界破产程序更有效率，并从而使国际金融和商业交易以及国际公司治理更具有可预测性。

14. 与公约不同，示范法生效所需批准国不设下限，并且各国立法机关均可加以修改，以处理地方利益集团的现实政治。为鼓励普遍采纳企业集团立法指南第三部分第一章（国内情况）的建议，需要展现政治上的灵活性。

15. 如上所述，出于对互惠的关注，尚不清楚究竟是否会有许多国家单方面颁布述及国际情况的示范法条文。但《立法指南》第三部分第二章仍将有助于各国立法机关在《公约》生效以前“填补空白”。即便未获普遍颁布，这些条文仍将与《贸易法委员会实务指南》一起成为临时性协议书的一个有益指导。

¹⁵ 《立法指南》附件第二部分就协调统一跨国界企业集团破产程序所涉国际方面的立法向未批准《公约》的国家提供了有益的指导。