



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十四届会议
2013年12月16日至20日，维也纳

破产法

在第五工作组现行任务授权等专题及在未来可能工作专题上的
背景资料

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-2	3
一. 第五工作组现行任务授权	3-25	3
A. 便利跨国企业集团的跨国界破产	3-6	3
B. 关于若干国际破产问题的公约	7-16	4
C. 大型复杂金融机构的破产	17-22	7
D. 企业集团公司的董事在临近破产期间所负义务	23-25	9
二. 关于未来可能工作的专题	26-49	10
A. 与债权人和债权有关的问题	26-34	10
B. 在破产上对金融合同和净额结算的处理办法	35-38	12
C. 对破产问题从业人员的规范	39-41	13



D. 对破产产生的判决的强制执行.....	42-43	14
E. 在跨国界破产案件中对知识产权合同的处理办法	44-49	15
三. 加快并且简化的程序，包括适宜于微型和中小型企业破产的预先托管机制及其他机制	50-56	17

导言

1. 委员会 2013 年 7 月通过了《贸易法委员会跨国界破产示范法》（“贸易法委员会示范法”）《颁布指南》及其《解释》，其中列入了有关“主要利益中心”概念和《贸易法委员会破产法立法指南》（贸易法委员会破产指南）第四部分等方面的新材料，其中述及董事在临近破产期间所负义务。然而，委员会注意到，完成有关《颁布指南》及其《解释》并未穷尽第五工作组除其他外述及“主要利益中心”的现行任务授权，与企业集团有关的问题依然存在。委员会一致认为，该第五工作组（破产法）应当在定于 2013 年下半年举行的工作组届会的头几天举行一次专题讨论会，以便澄清它将如何处理企业集团问题及其现行任务授权其他余下部分的工作。它还应当考虑关于未来可能工作的专题，包括微型企业和中小型企业特定破产问题。专题讨论会所得结论并非定论，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而加以考虑和评价。应当在 2014 年把就未来可能工作而确定的专题报告给委员会¹。
2. 秘书处的这份说明提供了(a)构成第五工作组现行任务授权一部分的各项专题的背景资料和贸易法委员会相关文件的参考资料；以及(b)可能构成就破产法未来可能工作基础的相关专题的资料和提议。

一. 第五工作组现行任务授权

A. 便利跨国企业集团的跨国界破产

1. 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第三部分

《贸易法委员会跨界破产合作实务指南》

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 号文件，第 5 至 12 段

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2 号文件，第 2 至 17 段

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 号文件，第 10 至 15 段

A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1 号文件，第 3 至 13 段

A/CN.9/WG.V/WP.99 号文件，第 55 至 64 段

A/CN.9/618 号文件，第 54 段

A/CN.9/666 号文件，第 26 至 27 段

A/CN.9/671 号文件，第 18 至 23 段

A/CN.9/738 号文件，第 36 至 37 段

¹ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 17 号》(A/68/17)，第 326 段。

A/CN.9/WG.V/WP.114 号文件

2. 背景情况

3. 2006 年，一份提议注意到，由于无论在国内还是在国际上，公司业务日益通过企业集团进行，因此企业集团已经成为全球经济的一个重要特征，对国际贸易和商业均具有重要意义。第五工作组就此启动了对破产中企业集团领域的工作。虽然对国际贸易具有重要意义，重要的是不仅要了解如果企业集团经营失败则在其破产时如何加以对待，而且还要有解决其资金困难的快捷高效机制，该提议还注意到，承认企业集团是独立法律实体或拥有在发生破产时如何加以对待的全面机制的国家不多甚至根本没有。

4. 委员会通过了《贸易法委员会立法指南》第三部分，该部分具体述及 2010 年在国内和跨国界背景下对待破产中企业集团问题。

5. 在完成第三部分之后，第五工作组受权审议《贸易法委员会示范法》所用“主要利益中心”概念若干方面的问题，目的是就对其的解释和适用提供更多指导和信息。工作组第四十二届会议（2012 年）发表了以下看法：有必要审视与企业集团有关的主要利益中心问题，因为多数商业活动目前是通过这类集团展开的；最初核准的有关主要利益中心的任务授权的范围包括了企业集团背景下的主要利益中心；在完成对《示范法颁布指南》的拟议修订之时应当予以考虑（A/CN.9/763 号文件，第 13 至 14 段）。

6. A/CN.9/WG.V/WP.114 号文件（工作组第四十三届会议）扼要介绍了前几届工作组会议所审议的工作文件以及工作组就这些文件得出的结论，所述工作文件涉及尤其在跨国界背景下确定企业集团主要利益中心或协调中心的想法。在本说明中无法重复该材料，但工作组得出的结论着重说明了在将此概念适用于企业集团并对《立法指南》第三部分就侧重于涉及企业集团跨国界破产程序的合作与协调问题上所持做法加以解释上遇到的各种困难。

B. 关于若干国际破产问题的公约²

1. 贸易法委员会参考资料

A/CN.9/686 号文件

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6 号文件

《贸易法委员会破产法立法指南》第二部分，第一章，第 80 至 91 段和建议 30 至 34

《贸易法委员会担保交易立法指南》，第十二章，第 14 至 17 段和建议 223。

² 该专题最初是由律师国际联盟提出的，并得到了国际律师协会的支持。已经对该论文所列材料作了修订，以便列入由律师国际联盟和国际律师协会所提供的补充材料。

2. 背景情况

7. 工作组第三十七届会议（2009年）收到了：

“127. ……律师国际联盟有关在国际破产法领域可能形成的国际公约的一份提议，其中可能涵盖以下问题：

(a) 让外国破产管理人有接触法院的机会；

(b) 承认外国破产程序（具有赋予外国程序享有国别程序的权利或触发从属程序的效力）；以及

(c) 破产管理人与法院之间的合作和沟通。

“128. 如果看来有可能就这些问题达成一致，该提议建议国际公约还可包括以下方面的规定：

(a) 直接管辖权（“双重惯例”）[关于启动破产程序，无论是主要或非主要程序]；

(b) 适用法律（“三重惯例”，可以是单独一份议定书的一部分）。”³

8. 工作组赞成以拟订国际公约为目标，但是对形成共识的可行性持保留意见，其主要原因是，过去在国际破产法领域遇到了各种困难。

9. 在其第三十八届会议（2010年）上，结合对未来可能工作的专题所作的进一步审议，工作组注意到，在就《贸易法委员会示范法》所用主要利益中心概念上提供更多指导和信息开展工作的提议（作为对委员会2013年通过的《示范法颁布指南》的修订而开展的项目）与拟订公约的提议之间存在着联系。得到大力支持的一种观点认为，按照工作组先前工作所持做法，可以采取不妨碍拟订公约的方式处理这些专题。委员会2010年赋予的任务授权反映了这种可能性⁴。

10. 工作组第三十八届会议还收到了国际律师协会就国际律师联盟的提议而发表的评述意见（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6号文件），表示国际法律界支持拟订一项国际破产公约的提议，目的是鼓励在包括企业集团案件等跨国界破产案件上展开司法和行政合作与协调。国际律师协会注意到，虽有《贸易法委员会示范法》，但在跨国界破产案件上的国际合作失败，这威胁到在国际贸易和经济发展上取得的进展。跨国界司法和行政冲突经常造成就业机会丧失，企业价值遭到侵蚀，资产配置不当以及费用昂贵的跨国界诉讼。法院间沟通与合作指导方针及类似辅助工具虽然极为有益，但却得不到持之以恒地使用。为有效应对这些挑战，应当有一个主要侧重于以下程序性问题的破产公约：跨国界承认、命令的强制执行、司法和行政沟通与合作等。

11. 由律师国际联盟编拟的进一步材料注意到以下各点：

³ 《第五工作组（破产法）关于其第三十七届会议工作情况的报告》（A/CN.9/686号文件）。

⁴ 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第17号》（A/65/17），第259段。

(a) 由于一些国家破产机制存在的区别，《贸易法委员会跨国界破产示范法》已在有限范围内被纳入各国的国内法律制度。面对这一问题，国际公约⁵应当是统一并编撰国际破产法的最为适当的技术规范手段，有助于相互承认不同缔约国的外国破产程序；

(b) 在影响到公司集团的破产程序过程中，对国际公约的需要更为明显。由于缺乏规范企业集团破产国际方面的有约束力的文书，影响了通过适用各国国别法律来寻求统一的解决办法，而这不利于适当拟订跨国界破产程序和集团公司重整计划。国际公约之所以能够为企业集团提供解决办法，是因为该公约允许承认外国程序，让破产管理人得以利用其他缔约国的法院，并有利于就企业集团破产方面的各种程序展开合作与协调；

(c) 拟订国际公约应当以《贸易法委员会示范法》及其《颁布指南》和《解释》为出发点，并且应当与《贸易法委员会立法指南》所载建议包括第三部分有关对待破产中企业集团的条文结合使用。对有关公约的这些初步工作的审议可以结合在此专题上的其他参考案文进行，例如欧洲理事会 2000 年 5 月 19 日关于破产程序的第 1346/2000 号条例，该条例已经证明在欧洲联盟极为有益和有效；

(d) 第五工作组就跨国界破产领域已经通过的贸易法委员会法规取得高度协商一致，这有助于创设拟订国际公约所需的法律确信；

(e) 尤其在国际背景下，软法律的做法已经达到了其效力的极限。全球性危机表明，在发生跨国界破产情况尤其在涉及国际企业集团的破产程序方面，为提供更多保证并提高法律确定性而需要更有约束力的法律文书；以及

(f) 虽然贸易法委员会第五工作组是负责拟订该国际公约的最为胜任并且合适的国际机构，但是也需要同海牙国际私法会议和欧盟委员会等其他国际和区域专业组织展开合作与协调。

12. 国际律师联盟的提议得到了国际破产法协会的提议的补充，后一份提议涉及在跨国界破产案件方面选择法律的具体问题，而这又提出了以下更多问题。

13. 在跨国界破产案件中对选择法律问题采取协调统一的做法有可能大大改进在对跨国界集团清算和救助上开展的协调。首先可以处理的关键专题有：关于

⁵ 工作组不妨回顾，在《示范法》整个筹备工作期间，起草者在工作时所持的假设是，最后案文将是示范法而非公约。采取这种做法的一个原因是，破产法与国别司法和民事程序法之间有着密切的关系，而这种关系在国家间差异很大。第二个原因是，期望于 1997 年完成该项工作；1997 年委员会第三十七届会议普遍承认，在最后完成《示范法》之时，条约的商谈将需要更多工作，在技术上远比一项示范法困难，由此产生的案文将不仅会证明是难以接受，从而需要更为复杂的通过程序，而且不会使跨国界破产情况在短期内有任何改善。国际律师协会尤其注意到迄今为止在跨国界破产领域取得有广泛性的多边条约未获成功，“通过能切实改进跨国界破产实际状况相关法规的前景在于示范立法条文”（《贸易法委员会年鉴》，第二十八卷：1997 年，第三部分，第 41 段，第 341 页）。其他代表认为，应当在就编拟条约的可行性展开任何审议之前首先通过示范条文。委员会在通过《示范法》时决定，应当在就起草条约作出决定以前首先评价《示范法》的影响及其执行情况（《贸易法委员会年鉴》，第二十八卷：1997 年，第二部分，第 20 段，第 47 页）。迄今为止未在该方面采取任何进一步行动。

无担保债权排序的适用法律或在知识产权或其他无形财产权上的法律选择。在许多跨国界破产案件中均提出了这些问题，在各种做法的前后一致和可预测性上仍然存在严重问题。虽然即便对破产实体性规则不加协调统一，对跨国界破产案件中法律选择的规则加以协调统一也会提高前后一致性、确定性和可预测性，丰富法律规则相关选择的内容并使其合理化。

14. 这类工作可对《贸易法委员会示范法》和《贸易法委员会立法指南》所载贸易法委员会改进协调管理跨国界案件的进行中项目加以补充。广泛参考债务人主要利益中心的法律不仅可通过对破产案件加以集中协调管理而有助于协调管理，而且还有可能在各国推广损失分配政策。地方性法律应用范围广泛可能不利于对破产案件的管理，但却限制了选择破产诉讼地对国别确定的权利造成不利影响的范围。可能采取的做法可以寻求区分“程序性”破产规则与影响到享有实质性权利的规则，或寻求确定地方利益占主导地位的特定事项。

15. 这项工作可以首先探讨诉讼地法律何时将能最终确定管辖破产的原则（而不论诉讼地是主要或非主要程序），然后可以考虑非主要程序中的诉讼地法院何时应当适用主要程序的破产法并确定诉讼地法院可能遵从于另一法域破产法的情况（而不论某一程序是否是该其他法域的有待决定的程序）。债权是否具有效力之类不属于破产法的问题可能继续由国际私法普通原则管辖。

16. 该项工作可以同拟将主要利益中心适用于企业集团的工作形成互动并予以加强，还可便利通过《示范法》及其基本原则。在主要诉讼地法律确定企业集团法律的限度内，为协调提供了便利。缩小适用范围可最大限度地减少地方享有的权利和政策所受到的扰乱，并能鼓励展开合作，但可能会增加协调的难度。虽然有人称，鉴于贸易法委员会在破产法领域的经验和专长，贸易法委员会在开展此类项目上处于独特的地位，但是仍然可以同在法律选择领域享有专长的其他国际组织协调开展有关这一专题的工作，例如海牙国际私法会议。

C. 大型复杂金融机构的破产

1. 贸易法委员会的参考资料

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件

A/CN.9/709 号文件

A/CN.9/WG.V/WP.109 号文件

A/CN.9/WG.V/WP.118 号文件

2. 背景情况

17. 委员会第四十三届会议（2010 年）讨论了由瑞士代表团提出的研究有关拟

订大型复杂金融机构跨国界处置的⁶国际文书是否可行的一份提议（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件和 A/CN.9/709 号文件）。会议商定，秘书处应当编拟一份关于若干问题中所有或一些问题的全面报告⁷。

18. 秘书处编拟的第一份说明侧重于提议(c)段，并扼要说明了各国际组织（即金融稳定理事会、巴塞尔银行监管委员会和国际货币基金）已开展工作（和开展中工作）以及欧洲联盟在区域层面上开展的工作。它还审议了该项工作与贸易法委员会在跨国界领域及有关企业集团领域的既有工作之间的关系。而审议是在把各金融机构排除在贸易法委员会所通过的所有相关文书范围外的背景下进行的。秘书处的第二份说明介绍了由工作组第四十四届会议编拟的第一份文件（A/CN.9/WG.V/WP.118 号文件）所报告的工作最新情况。

19. 第一份说明尤其着重介绍了“金融机构高效处置机制关键特征”（关键特征）⁸的实际相关性，该份文件是由金融稳定理事会拟订的，并于 2011 年得到了 20 国集团的核可⁹。关键特征文件寻求为高效处置机制拟订相关国际标准，鼓励在国际上凝聚共识，要求为加以落实而在许多法域进行立法变革。关键特征 7.5 号文件载有关于跨国界承认和合作的一项特别规则，其中列入了以下措辞：

“各法域应当建立据以落实外国处置措施的透明快捷的程序，为此既可以采取相互承认的程序，也可以采取国内处置机制所规定的并且与外国的本国处置主管机关所采取的处置措施相一致的相关措施。这类承认或支助措施将能够使外国的本国处置主管机关在公司根据外国的本国法域的法律而予以解散的情况下酌情对设在东道国法域的公司（分支机构或附属公司的股份）或其资产迅速获得控制权[……]”

20. 虽然该问题的相关性得到普遍承认，但迄今仍然没有采取力求在全球层面上进一步发展这类法律框架的成效明显的任何具体步骤。在区域层面上，欧盟清算指令¹⁰规定欧盟所有成员国应当相互承认并强制执行与在其设有总行的成员

⁶ “处置”系指对某一机构进行重整以便确保其基本职能的延续性，保证其资金稳定并恢复该机构所有或部分方面的存活性。

⁷ 这些问题包括：“(a)确定与大型复杂金融机构的处置有关的特定问题；(b)在确保大型复杂金融机构处置期间的跨国界合作方面就若干法律秩序展开比较研究；(c)确立并总结由或拟由其他机构开展的工作以及在该领域任何这类工作的内容；(d)确定 2004 年《贸易法委员会破产法立法指南和 1997 年《贸易法委员会跨国界破产示范法》可以或应当直接适用或比照适用的相关领域及其法律问题；(e)确定在便利并确保大型复杂金融机构处置期间跨国界合作上可能存在的备选做法；(f)就贸易法委员会或其他机构以及国别立法机关或监管机关在所确定的领域今后可能开展的工作提出建议。”

⁸ www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (07/10/2013)。

⁹ 20 国集团领导人 2013 年 9 月 6 日的宣言在此基础上声称：“我们再次承诺将为充分执行金融稳定理事会关键特征[……]而作出任何必要的改革。我们将采取必要行动以消除影响跨国界处置的障碍[……]” www.g20.org/documents/ (07/10/2013)，第 68 段。

¹⁰ 欧洲议会和欧洲理事会 2001 年 4 月 4 日关于信贷机构重组和清算的第 2001/24/EC 号指令，可从 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0024:EN:NOT> 上查阅。

国以外其设有分行的成员国银行和保险事业重整或停业有关的决定。欧盟重整与清算指令草案¹¹还规定今后应当在欧盟与第三国之间设立承认机制。

21. 金融机构的无序摧毁已经证明给各国经济造成了巨大伤害。由于跨国界高效处置机制今后有可能限制这类损害，在全球一级拟订这类机制似乎高度可取。该机制应当提供一个法律框架，得以使各法域落实有关陷于困境中的金融机构的跨境处置措施。监管机构之间的其他跨境协调问题以及对具有系统重要性的金融机构排他性适用监管特别措施应当在今后任何文书的范围以外处理。以示范法或作为立法指南一部分（或作为一项增编）的建议为形式的非约束性文书可能是取得共识的最为适当的做法。

22. 鉴于贸易法委员会在跨境破产问题上有着 20 多年的经验，并且其立法专长和工作方法已经经受了具有技术挑战性和政治敏感性的宏大专题的检验，建议是否可以把贸易法委员会作为拟订金融机构跨境处置法律框架的最佳机构。可以在贸易法委员会历次项目的基础上开展这一专题的工作，并且还可以依据其他机构的工作，与其他国际专业机构展开密切协调与合作。

D. 企业集团公司的董事在临近破产期间所负义务

1. 贸易法委员会的参考资料

A/CN.9/WG.V/WP.115 号文件

《贸易法委员会破产法立法指南》，第四部分

2. 背景情况

23. 委员会 2013 年通过的《贸易法委员会立法指南》第四部分述及临近破产期间单一实体的董事所负义务，但并不述及这些义务在企业集团背景下的适用情况。

24. 工作组第四十二届会议（2012 年）审议了与企业集团成员董事相关的问题（A/CN.9/763 号文件，第 92 段）。会议商定，虽然该专题提出了尤其在破产和公司法关系方面的艰难复杂的问题，但一旦工作组完成其在个别公司背景下对这些问题的审议，就应当认真考虑可否在该领域开展进一步工作。已经向工作组第四十三届会议（2013 年）提供了与各国法律机制如何对待董事所负义务有关的信息（见 A/CN.9/WG.V/WP.115 号文件）。

25. 由于现代企业的业务多数通过企业集团进行，而企业集团又经常需要董事在本人所在公司与整个集团之间的利益方面作出平衡，因此似宜考虑企业集团结构对《立法指南》第四部分所述义务的影响。可能需要采取一种不同的做法，举例说，采取一种通过承认集团的存在、结构及其日常运营的现实而使其

¹¹ 就欧洲议会和欧洲理事会为信贷机构和投资公司重整与清算设立相关框架的指令而提出的提议，<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st11/st11148-re01.en13.pdf> (07/10/2013)。

有所节制的做法，换言之，这种做法将不仅考虑到集团个别组成实体的根本利益，而且还要考虑到这些利益将如何适应于整个集团企业的利益，并努力在这两种不同考虑之间取得平衡。

二. 关于未来可能工作的专题

A. 与债权人和债权有关的问题

1. 关于债权裁定的全球标准

(a) 背景情况

26. 不同法域目前在程序方面不尽一致，这就给债务人和债权人同样造成不确定（尤其在对某一特定债权纠纷可以诉诸于不只一个法域的情况下），给法官和从业人员造成困难，并且让人怀疑某一法域的法院所作判决在遵行不同标准的另一个法域可否予以强制执行。这一问题是类似于莱曼兄弟公司等大型多法域破产程序所遇到的一个主要问题。

27. 力争形成全球性标准程序将有助于提高世界各地破产事项以及全球重整和破产行业的工作效力和确定性。

2. 债权人债权的排序¹²

(a) 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南，第二部分，第五章，第 62 至 79 段与建议 189 和 190

(b) 背景情况

28. 关于给具有不同特点的债权排序以及有关“不寻常”债权人（例如养老基金、雇员、存款保险基金等）的对待办法拟订标准指导方针将有助于在破产事项上的裁定。目前各国在该领域并无一致性做法，事实上，有些国家赋予某些“不寻常”债权人特别权利，从而大大改变了在其他情况下应当予以适用的“瀑布式”优先权安排（在另外一些国家仍然适用）。

29. 某些法域的政治因素造成无法通过完全统一的全球标准；然而，拟订一般性指导方针将有助于给破产程序注入更多的确定性，并可防范债权人的权利在不同法域差异过大。

¹² 该专题是由重组和破产管理专业人员国际协会提出的。

3. 债务持有人和股权持有人的相对表决权¹²

(a) 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第四章，第 26 至 55 段和建议 145 至 151

(b) 背景情况

30. 关于债务持有人和股权持有人在重整计划上的表决权，有些法域的差别很大，这可能导致挑选诉讼地，并且可能导致在不同法域这些计划能否强制执行无法确定。尤其是，当一国的破产计划允许“强行批准”非合意重组（即在一类债权人或股权持有人的问题上有着不同意见的表决）而另一国则不允许之时，在某些跨国破产程序中，在该破产计划基础上的重整计划是否应当为另一国法院所承认的问题就可能成为一个重大问题。此外，如果一国破产机制对第三方债权人的债务求偿权所附表表决权以及内部人士的这类表决权之间未作区分，而另一国则有此种区分，则重整是否同样应当得到另一国法院承认的问题可能会是一个重大问题。

31. 在最近的 Vitro, S.A.B 公司（Vitro, S.A.B. de C.V 诉 ACP Master 公司）的跨国界案件中，美国的法院裁定，已获确认的墨西哥重组计划中的一些条文认为债券持有人对作为非债务人的附属公司和债券担保人的求偿权无效显然违背了美国关于在破产情况下保护第三方求偿权的基本政策。虽然美国关于执行贸易法委员会示范法的法规（破产法令第 15 章）承认墨西哥程序为外国程序，但法院以该重组计划偏离了美国的基本公共政策为依据而拒绝予以强制执行。

32. 就相对表决权的适当指导方针提供指导（并且遵从另一个法域的计划）可以避免在某些破产程序的棘手问题上发生争执。

4. 协调债权人享有信息和集体代理的权利¹³

(a) 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第三章，第 75 至 115 段和建议 126 至 136

(b) 背景情况

33. 破产机制之间所共有的一个目标是，最大限度地追回债权人的资产。一个相关目标是，让债权人得以获取相关信息以方便其对案件的参与，并保护其个别利益和类似处境债权人的利益。虽然某些债权人可能有机会在当地接触破产管理人，但是与当地的程序距离遥远的债权人可能就无法享有这类机会，无法

¹³ 该专题是由国际妇女破产和重整联合会提出的。

知道如何接触案情和破产管理人，也无从了解案情的状况。此外，在某些法域，破产管理人可能不需要同债权人进行沟通，从而使程序看似不透明。一些法域有一种早已确定的做法，即任命由债权人组成的官方委员会来代表无担保债权人的集体利益，或采取其他类型的集体代表制，但在任命参加这类委员会的债权人方面订有不同的指导方针。关于针对同一债务人的并合程序或针对企业集团成员的相关跨国界程序，虽然《贸易法委员会示范法》述及法院之间的合作及外国管理人之间的合作，但它未述及债权人代表之间的合作（官方或非官方的）。《贸易法委员会立法指南》建议 126 至 136 述及债权人参与破产程序问题，但只在为数有限的一些破产法中得到遵行。在债权人准入并酌情在集体代表方面采取协同做法可确保信息自由流通，鼓励债权人参与，使追回数额最大化并最大限度地提高透明度。

34. 第五工作组可在债权人接触破产管理人方面考虑拟订协同做法，目的是最大限度地让债权人了解信息并进行参与。该项工作可在《贸易法委员会立法指南》建议 126 至 136 的基础上拓展进行，或如有可能则将发展成一部最佳做法指南，还可将其列入《贸易法委员会示范法颁布指南》和《解释》述及根据第 27 条展开合作的款项。不然的话，可作为在企业集团破产问题上未来工作的一部分而述及这一问题。

B. 在破产上对金融合同和净额结算的处理办法¹⁴

1. 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第二章，第 208 至 215 段，以及建议 71、92 和 101 至 107。

2. 背景情况

35. 对金融合同有一个有效的法律处理办法，是金融市场正常运行的必要条件。据认为，对在这类合同当事一方由于破产等原因而无法履约之时将会发生何种情况必须有确定性，通常认为，在一旦发生破产之时，这类合同应当得到特殊的对待和保护。然而，这类特殊对待可能与破产法的其他目标相冲突。此外，全球金融危机显示，把金融合同与破产程序的影响隔离开的做法无法不引起争议。

36. 《贸易法委员会立法指南》也采取了对待金融合同的传统保护性做法。《立法指南》(a)规定凡暂停终止合同或对在启动破产程序之时将自动终止或加快执行合同（根据事实本身的规则）的合同条款可强制执行性免于施加任何限制，均概不影响（广义上的）金融合同；(b)规定在启动破产程序之时对行使抵销权和净额结算所作任何限制也概不影响这类合同；(c)限制了撤消规则在这方面的适用；以及(d)规定对某项担保权益的强制执行所适用的任何中止，对由于金融合同而产生的债务的担保权均不适用。不论合同对方是否是金融机构这些除

¹⁴ 该专题是由世界银行提出的。

外规定都将予以适用（见建议 71、92、101 至 107）。《立法指南》就这些除外规定所提供的主要依据是，这种做法减少了可能威胁到金融市场稳定的系统性风险，如果允许债务人对合同“挑拣”，履行某些合同而同时背弃另一些合同，并且如果在破产对金融合同的影响上存在法律不确定性，则可能造成这种结果。

37. 重温这一谚语，对金融危机造成的情况并就不同法律制度在对金融合同适用安全港政策上积累的做法加以审视似乎正当其时。可能影响到这一问题的重要动态是，管辖金融机构处置相关机制的标准还在演变之中。这些标准包括对金融合同下权利的运行实施某些限制，以保证这些权利不会妨碍处置措施的有效执行（见金融稳定理事会，金融机构高效处置机制的关键特点，第四部分和附件四；¹⁵还见《统法协会清盘净额结算条款的操作原则》，原则 7 和 8¹⁶）。向金融合同提供的得到广泛适用的破产除外规定也可能在其他重整背景下起到相反的效果。

38. 在《贸易法委员会立法指南》的背景下，关键问题可能是，是否在保护金融合同的纯粹社会利益和减少使这类合同免受各种破产规则约束而可能造成的有害影响之间取得适当的平衡。就此不妨考虑在发生破产时给予金融合同特殊对待所产生的具体影响，其中包括：

- (a) 并非事实上的金融对等方的债权人绕开破产程序的风险；
- (b) 可能不利于监督贸易伙伴信贷实力的因素；
- (c) 在激励将交易设计为金融合同并获得事实上未加披露的担保权益上的潜在动力；
- (d) 对债权人整个群体的潜在不公平（即破产损失的不平等分配）和对破产财产的损失；以及
- (e) “空洞债权人”（其经济利益偏离其在有关本人债权上的表决权）滥用破产程序的风险并且对重整企图的潜在伤害；以及
- (f) 将除外规定扩大至其预期范围以外的风险。

C. 对破产问题从业人员的规范¹²

1. 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第三章，第 36 至 43 段和第 48 段以及建议 115 至 117

¹⁵ 可从 www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf 上查阅。

¹⁶ 可从 www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2013session/cd92-06a-e.pdf 上查阅。

2. 背景情况

39. 2007 年，欧洲复兴开发银行（欧银）确定了指导立法者指定关于破产问题公职人员资格、任命、行为、以及对其监督和监管相关标准的若干原则。破产问题公职人员原则¹⁷寻求推进破产法制度的廉政、公平和有效，确保审理破产案件的专业公职人员具有适当的资格。这些指导方针列举了就在破产或重整案件公职人员的任命作出规定的任何破产法制度中应当得到反映的多数重大问题；这些指导方针在这方面无意涵盖一切。因此，它们以《贸易法委员会立法指南》和《世界银行关于有效破产和债权人制度的原则》¹⁸为依据，就如何适用由这些机构提出的标准而提供了更多的细节和指导。

40. 虽然法律制度互有差别，名称各异的破产法公职人员，无论是称作受托人、管理人、诉讼财产管理人、清算人和破产管理人，都是据以确定世界各地多数破产制度效力和效率的机构能力的关键部分。他们需要诚实、专业并且负责地行事。通常赋予他们资产控制权以及决定如何并何时管理、变现和分配相关资产的重大职权。具有适当资格并且得到适当培训和监管的一批公职人员是这些制度透明、有效和高效运行的必要条件。然而，评估和调查结果表明，许多破产法机制缺乏这类制度适当运行的必要核心要素。

41. 可以考虑拟订有利于在国际上适用的这些原则。

D. 对破产产生的判决的强制执行¹²

1. 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会跨国界破产示范法》，第 21 条及《颁布指南》和《解释》第 189 至 195 段

《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法视角（2012 年版），第 138 至 146 段

《贸易法委员会法规判例法》，第 1270 号判例：鲁宾诉欧洲金融公司

2. 背景情况

42. 在鲁宾诉欧洲金融公司的案件¹⁹中，债务人公司的外国管理人除了寻求承认外国程序外，还寻求强制执行由美国破产法院所下达的针对第三方的一份判

¹⁷ 可从 www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/loh_principles.pdf 或 https://www.google.at/search?q=EBRD+Insolvency+Office+Holder+Principles&rls=com.microsoft:en-gb:IE-SearchBox&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&rlz=117GGHP_en-# 上查阅。

¹⁸ 世界银行关于有效破产和债权人权利制度的原则，可从 <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/LAWANDJUSTICE/GILD/0,,pagePK:181022~theSitePK:215006,00.html> 上查阅。

¹⁹ [2012 年]英国最高法院 46 号判例（[2010 年]英格兰和威尔士上诉法院民法判例 895 号和[2011 年]英格兰和威尔士上诉法院民法判例 971 号提出的上诉）；贸易法委员会法规判例法第 1270 号判例。

决，该判决要求债务人公司向债权人支付欠款。在收到就上诉法院所作的该判决可强制执行的裁定提出的上诉之后，英国最高法院审理了关于承认和强制执行在破产程序进行期间所下达的判决是否应当遵从关于就承认对人或对物判决的普通法传统规则的主要问题。法院认定，不得适用不同的规则，（在英国颁行《示范法》的）《2006年跨国界破产条例》并没有就承认和强制执行针对第三方的外国判决作出规定。法院称，如果《示范法》意在按照推断处理关于破产事项的判决则将令人奇怪。《贸易法委员会示范法》第21、25和27条述及程序事项，虽然无疑将根据《示范法》的目的而对这些条款作出有目的的解释并加以广义的解读，但法院认为，这些条款概不意味着其适用于承认和强制执行针对第三方的外国判决。法院进而指出，《示范法》目的并不在于对判决的互相强制执行作出规定。

43. 不妨思考一下《贸易法委员会示范法》是否应当具体涵盖对破产产生的判决的强制执行，这是作为在第21条下所可利用的酌情救济措施要点的一部分。《示范法》还不妨考虑《示范法》的标准法规是否应当在“外国程序”的定义中列入措辞大致为“有关调整债务的程序”的内容，以便反映对欧洲理事会2000年5月29日关于破产程序的第1346/2000号条例的拟议修改，以及一些国家颁布《示范法》的方式。这类修订将有助于对自愿重整协议加以跨国界承认。

E. 在跨国界破产案件中对知识产权合同的处理办法²⁰

1. 贸易法委员会参考资料

《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第二章，第115段

《贸易法委员会担保交易立法指南》：《知识产权担保权补编》（2011年）

2. 背景情况

44. 《贸易法委员会立法指南》注意到，在延续、拒不承认和终止合同方面可能需要就如何对待知识产权的许可拟订除外规定²¹，但并未深入处理该问题，也没有提出任何建议。鉴于在破产方面涉及知识产权的最新动态，并且鉴于知识产权作为破产企业的资产日渐重要，或许应当深入审视在破产程序中如何对待知识产权的资产问题，并就此拟订详细的指导方针。

45. 知识产权合同在商业活动中日渐重要，因此经常是破产程序所涉资产的有机组成部分。在涉及北电网络公司和伊士曼柯达公司之类案件中，债务人的知识产权构成了其最大的资产。如何对待这些知识产权通常涉及到一些重要考虑，这些考虑不同于在对待其他形式的合同上的基本考虑。虽然关于终止、延

²⁰ 该专题是由国际破产协会提出的。

²¹ 例如见《立法指南》，第二部分，第二章，第115段。

续和转让普通合同的规则经常是根据破产管理人、债权人和法院在商业上的合理判断，如何对待知识产权合同可能会产生更加广泛的影响。

46. 奇梦达公司破产程序突出说明了在这些问题上所持有的不同做法。奇梦达公司是一家计算机 DRAM 芯片的德国生产商²²，该公司业务范围遍及全球，拥有超过 12,000 项专利。奇梦达与对等方订立了多项专利交叉许可协议。2009 年 1 月，奇梦达在德国启动了破产程序，根据德国破产法，终止了奇梦达作为许可人的知识产权许可。在其他国家也有对知识产权许可的类似处理办法，例如意大利在针对 think3 公司的破产程序中终止了该公司的知识产权许可。当奇梦达破产管理人根据（在美国颁行《贸易法委员会示范法》）的美国破产法令第 15 章提出寻求强制执行终止知识产权许可的申请时，美国法院确定，所寻求的救济“显然违背”美国关于技术创新的公共政策，并且注意到渗透于半导体行业的“专利丛林”现象。这一案件突出说明各种制度在如何对待知识产权合同上不尽一致，从而给适用《贸易法委员会示范法》造成了困惑。

47. 虽然终止合同可能对破产债务人的债权人有利，而且在许多国家也得到允许，但终止知识产权合同可能会产生远为深远的影响。举例说，如果破产的专利许可人终止了制造半导体工序的专利许可，这就会造成被许可人产值达 10 亿美元的工厂停工，从而给在自身设备中使用该产品的制造商造成全球性短缺。终止所具有的这种传导效应已经导致有些国家为被许可人继续使用知识产权提供保护。

48. 相反，破产债务人能够继续在债务人是被许可人的有些国家延续并转让知识产权许可，而在另外一些国家，非债务人的许可人能够终止这类合同。随着知识产权许可对破产实体的复兴日渐重要，破产被许可人继续并视可能变卖或转让知识产权的能力已经成为破产程序中的一个重要因素。在知识产权法规定合同双方当事人应当继续参与的情况下，如果许可涉及商标及其他形式的知识产权，问题就更形复杂。如果知识产权与特许安排所存在的个人服务的执行有关，则问题还要复杂。还需要对能否纠正不涉及金钱的违约以及确保债务人或受让人继续履约之类政策性问题加以认真审视。

49. 该项工作可包括就各国破产程序如何对待知识产权许可展开比较分析并就不同制度统一对待这些许可的当事人拟订建议。可述及关于变卖、终止、延续、拒不承认和转让知识产权合同的相关问题。由此得出的结论需要与常规商务中知识产权合同当事人的目标加以协调。《立法指南》注意到在有关未履约合同的一般规则上可以有除外规定，但如同上文所述，未列入有关对待知识产权合同的任何建议。这些合同对破产程序的适当运行日渐重要表明，需要全面审视这些问题，就如何对待知识产权合同拟订前后一致的指导方针。审视结果可以采取《立法指南》补编、示范法或原则说明等形式，并且应当与其他工作组和处理知识产权问题的组织所作努力加以协调。

²² *Re Qimonda AG Bankr. Lit.*, 433 B.R. 547; 462 B.R. 165 (2011); 贸易法委员会法规判例法第 1213 号。

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

1. 贸易法委员会参考资料

A/CN.9/780 号文件（2013 年 1 月 16 日至 18 日举行的贸易法委员会微型金融专题讨论会的报告）

《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 17 号》，(A/68/17)，第 316 至 322 段和第 326 段

2. 背景情况

50. 贸易法委员会在微型金融以及给微型和中小型企业创造一个有利的法律环境领域举行了两次专题讨论会。委员会第四十六届会议（2013 年）审议了在这些专题上开展的工作，尤其是 2013 年 1 月 16 日至 19 日举行的专题讨论会取得的成果。专题讨论会一致认为，国际贸易法的工作力求减少尤其是发展中经济体微型和中小型企业在其整个生命周期期间遇到的法律障碍，应当把这方面的工作列入其工作方案。委员会还一致认为，首先应当侧重于简化法人设立程序的法律问题，秘书处应当编拟相关文件，以此作为尽早召集工作组届会的先决条件。被赋予该专题工作的第一工作组将于 2014 年 2 月 10 日至 14 日在纽约举行其第一次会议。

51. 委员会第四十六届会议还讨论了与微型和中小型企业破产有关的问题，并且请求第五工作组在其拟于 2014 年上半年举行的届会上初步审查相关问题，尤其是审议《贸易法委员会立法指南》是否为这类企业提供了充分适当的解决办法问题。如果尚未提供此类解决办法，则如同上文所述，将请求该工作组考虑可能需要开展哪些进一步工作并形成那些可能的工作成果，以便精简和简化这类企业的破产程序。应当把该工作组有关这些问题的结论列入其给委员会 2014 年的进度报告，结论的内容应当充分详细，以便使委员会得以考虑今后如有任何需要则可能需要开展哪些工作。

52. 出于一些原因，微型和中小型企业遇到资金困难时通常会面临大型企业所不会遇到的一些问题。这些原因包括：

(a) 与周转资金缺乏有关的风险负担过重。这种情况还与股本资金下降、融资请求遭拒比例上升、利差过高和担保抵押要求更高等有关；

(b) 所有权和控制权（经常在一个家族内部）相互重叠的集中管理模式。因此，管理层常常无法或不愿意及时正视资金危机并请求启动破产程序。家族所有制通常意味着，管理层拒绝接受可能造成其对企业丧失控制权的破产解决办法。所有人有时对危机采取隐瞒态度，因为担心商誉受损，与雇员、供应商和市场的关系受到影响，现有信贷供应中断。即便在家族/个人所有的微型和中小型企业变成法人制的情况下，债权人也经常无法了解企业的真实经济状况。这些因素可能意味着，只有在危机过大无法隐瞒而且企业已经超出了无法防止

其丧失经济价值的情况下危机才会公开暴露。在小企业所有人寻求非正式解决办法之时，他们经常缺乏寻找适当解决办法的必要经验，而且必不可少的专业化职业帮助可能过于昂贵；

(c) 企业规模可能意味着，由于规模过小，无法获益于破产法所提供的正规重组和清算程序，特别是如果这类程序是为大型企业设计的，而且不适宜于处理基本属于个人性质的许多这类企业。与此同时，针对自然人的破产程序并不是为处理工业或商业性质的企业资金困难而设计，不管这类企业的规模是如何之小。一般来说，拟订针对自然人的这些类型的程序是为了解决与消费者债务偿还有关的问题，但没有考虑到企业的商业规模，这类企业如果得到救助，则有可能能够从事偿还债权的活动。

53. 普遍认为，针对微型和中小型企业的破产机制可以借鉴规范大型企业破产情况的机制和规范自然人破产情况的机制，该破产机制应当一方面力求使资产价值最大化，保证企业的继续运营，另一方面能够让企业清偿债务并且重获新生。与此同时，针对微型和中小型企业的破产机制需要考虑到一国的社会经济文化，特别是该法域对微型和中小型企业的定义。对于有限股份实体而言，无论其规模多小，都应当有可能确保经营的延续性。对于在得不到法人制保护情况下运行的个人（这类还包括合伙人对企业债务负有赔偿责任的合伙制企业）而言，延续性更难实现。然而，需要平衡兼顾不同利益攸关方的利益，应当避免采取惩戒办法。

54. 经验显示，虽然许多破产法均可以为有望渡过经营危机的企业的生存提供灵活有效的工具，但却无法列入针对小型和微型企业的相关程序。破产法可以为进入破产程序任意设定门槛，举例说，参照债务数额加以设定，而这可能会将小型企业拒之门外。比所设定的门槛略大一些的企业可能也无法寻找适当的解决办法，因为银行和金融机构可能不愿意为其重组或重整供资。微型和中小型企业的融资只有在所有权能够提供充分担保的情况下方有可能；对于金融债权人而言，通过变卖担保品收回其债权可能比为救助企业而提供资金更为重要。

55. 例如意大利等有些国家已经颁布了处理包括消费者和小型企业等自然人破产的相关法律。虽然意大利法律对于同债权人达成协议以及通过免除债务实现清算均作出了规定，但程序的复杂性、相关费用、免除债务适用条件以及取得免除债务所需时间均不利于利用该项法律。

56. 微型和中小型企业破产制度的目标应当包括鼓励债务人在必要时申请启动破产程序；让金融机构有动力积极参与该程序；为重组和清算规定时限较短的简化程序；降低取证要求，减少程序性步骤，并且如有可能减少上诉次数；对企业主人免除债务并使其重获新生。