联合国 A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1

大 会

Distr.: Limited
7 October 2022
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第六十一届会议
2022 年 12 月 12 日至 16 日，维也纳

破产程序的准据法

秘书处的说明

增编

目录

页次

三. 为进一步审议而推迟的问题 2

A. 推迟问题清单 2

B. 已推迟的与破产诉讼地法清单所列项目有关的问题 3

C. 破产诉讼地法的例外：支付和结算系统以及受监管的金融市场 16

四. 工作组尚未审议的问题 18

A. 国际义务的首要地位和优先性强制规则 18

B. 解释 18

C. 其他问题 19

V.22-22719 (C) 021222 021222

请回收

三. 为进一步审议而推迟的问题

A. 推迟问题清单

1. 工作组为进一步审议而推迟了与破产诉讼地法清单上的项目有关的下列问题：

(a) 关于(c)项（破产财产的组成和范围），破产程序对数字资产以及知识产权和许可的处理的效力，将是受破产诉讼地法管辖还是受另一法律管辖；[1]

(b) 关于(d)项（对破产财产的保护和保全），参照《跨国破产示范法》第 20 条（及其评注）和《欧洲破产条例》（重订）第 18 条，破产程序对其启动前订立的仲裁协议、获得的仲裁裁决或启动的仲裁程序的可执行性的效力，将是受破产诉讼地法管辖还是受另一法律管辖；[2]

(c) 关于(g)项（撤销交易），参照《欧洲破产条例》（重订）第 16 条，如果一项对所有债权人有害的行为受破产诉讼地法以外的法律制约，而且这一其他法律不允许在相关案件中以任何手段对该行为提出质疑，则立法条文是否应当排除破产诉讼地法对撤销这一行为的适用；[3]

(d) 关于(h)项（对合同的处理），参照《欧洲破产条例》（重订）第 11 条第 1 款，破产程序对授予取得或使用不动产权利的合同的效力，将是受破产诉讼地法管辖还是受不动产所在地法律（物所在地法）管辖；[4]

(e) 关于(i)项（对抵销的处理），澄清属于破产诉讼地法管辖范围的抵销方面和属于其他准据法管辖范围的抵销方面；[5]

(f) 关于(j)项（对有担保债权人的处理），这一处理将是受破产诉讼地法管辖还是受其他法律管辖；[6]

(g) 关于(k)项（债务人的权利和义务）和(l)项（破产管理人的职责和职能），在处理债务人在承认国境内代表破产财产的权力方面发生冲突时，是以破产诉讼地法为准还是以承认国的法律为准。工作组同意结合同时进行的破产程序的准据法规则审议这一问题；[7]

(h) 关于(o)项（债权的排序），参照《指南》建议 30-34 的评注第 84 段，是否处理为在破产程序中处理当地债权和外国债权的目的而确定当地债权与外国债权等同的规则，以及如果处理，如何处理。工作组认为，该评注中的“普通债

[1] A/CN.9/1094，第 72 段。
[2] 同上，第 73 段。
[3] 同上，第 74-76 段。
[4] 同上，第 77 段。
[5] 同上，第 78 段。
[6] 同上，第 79 段。
[7] 同上，第 80 段。

权”和“等同”这两个术语不明确，需要进一步澄清，并商定结合同时进行的破产程序的准据法规则审议这些问题；[8]

(i) 关于拟增列的(t)项（《指南》第四部分所述董事的义务和责任），是否应列入这一项，如果应该列入，该项目的范围如何以及如何行文；[9]

(j) 是否应扩大破产诉讼地法清单，提及（源自破产法并与破产程序有关的）相关诉讼。[10]

2. 此外，工作组为进一步讨论推迟了《指南》建议 32 所载破产诉讼地法例外情形的范围问题。[11]

3. 秘书处就这些事项提供了下列背景资料和供审议的要点。

B. 已推迟的与破产诉讼地法清单所列项目有关的问题

1. 破产程序中对知识产权和许可以及数字资产的处理

(a) 背景资料

4. 在其第五十九届会议期间，工作组注意到，虽然《指南》中没有提及“数字资产”或“许可”，但在描述构成破产财产的“无形资产”时明确提到了知识产权和许可。[12]已经请工作组考虑，数字资产以及知识产权和许可是否将属于同一类别和是否应当得到同样的待遇。在该届会议上，与会者认为，在破产程序中处理作为债务人破产财产一部分的数字资产以及知识产权和许可时，加强破产诉讼地法的适用是有益的。[13]与会者回顾了这些资产的具体情形（特别是在确定这些资产所在地归属和确立管辖权方面存在的困难）。

5. 工作组在其第六十届会议期间一致认为，需要进一步讨论，然后才能就数字资产以及知识产权和许可的准据法得出明确结论。与会者回顾了确定数字资产所在地和许可入围的问题。[14]与会者认为有必要与有关专家和国际统一私法协会（统

[8] 同上，第 82 段。

[9] 同上，第 83 段。

[10] 同上，第 71 段。

[11] 同上，第 87 段。

[12] 见《指南》建议 35-38 和随附评注。

[13] A/CN.9/1088，第 91 段。

[14] 例如见，ECJ, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and Others v. Cosme Rogeau and Cosme Rogeau v Alan Robert Bloom and Others*, C-649/13, paras. 10, 15, and paras. 47-55 (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=487075) and Canada, Superior Court of Justice,12 May 2015 *Re Nortel Networks Corporation*,2015 ONSC 2987 (https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/07/nortel_AllocationDec_12May15.pdf)。

法协会）及世界知识产权组织（知识产权组织）等组织进行协商，汇编关于在破产程序中如何处理这些资产的补充资料。[15]

6. 根据这一要求，秘书处与知识产权组织就破产程序中如何处理知识产权和许可的问题进行了协商，并获悉知识产权组织迄今尚未就这一问题开展工作。与统法协会的协商表明，对数字资产专题的审议已进入后期，审议包括在破产程序中对数字资产的处理以及与数字资产有关的国际私法问题。

(b) 破产程序中对知识产权和许可的处理

7. 工作组还认为，它需要获得说明在破产程序中如何处理知识产权和许可的补充资料，然后才能就破产程序对知识产权和许可的效力受哪一法律管辖作出决定。[16]下文在《指南》的基础上，分析了关于在破产程序中处理知识产权和许可的实体破产法条文，但同时指出，《指南》既不是条约，也不是示范法，在破产程序中处理知识产权和许可的做法因法域而有很大差异，并且自《指南》通过以来发生了重大变化。破产程序中对知识产权的处理可能取决于许多因素，特别是所涉及的知识产权（即它是否具有可保护性）。例如，有些法域保护商标和商业秘密，而其他法域则并非如此。不同的制度也可适用于国内知识产权和外国知识产权，只对前者提供保护。例如，在单一法域和破产程序中，知识产权的处理可能取决于知识产权许可的条款以及债务人是许可人还是被许可人。

8. 根据《指南》，建议将知识产权和许可作为破产财产的一部分：当债务人为知识产权所有人或许可人时，知识产权是债务人的财产。如果债务人是被许可人，债务人在知识产权中的权利和利益是债务人破产财产的一部分。因此，在《指南》所建议的实体破产法框架下，中止程序将防止知识产权许可的对方在破产程序期间对许可采取任何行动，包括单方面修改或终止许可。

9. 正如2009年工作组第三十六届会议收到的A/CN.9/WG.V/WP.87号文件所指出的那样，工作组的记录表明，在编写《指南》时，仅两次提及知识产权特定问题，这两次都是结合破产程序启动之后如何处理合同的问题提出的，其后很少讨论这些特定问题。《指南》对知识产权特定问题作了如下阐述：

(a) 作为支持遵守自动终止条款或提前到期条款的一个理由，支持的依据是知识产权的创造人需要能够控制此种财产的使用，以及终止合同尤其是有关无形资产的合同给对方业务造成的影响（第二部分第二章第115段）；

(b) 作为在以下情况下支持推翻此种自动终止条款或提前到期条款的理由：例如，在重整中，合同涉及使用某一关键产品中所含的知识产权，继续履行合同可提高企业获利的可能性，争取价值并有助于把所有债权人同重组程序紧密连结起来（第二部分第二章第116段）；

[15] A/CN.9/1094，第72段。

[16] 同上。

(c) 在破产法中存在两类继续履行合同权、否决权、转让权的一般例外的情况下。第一种涉及为特定类型的合同规定的例外，列举了几个例子——短期金融合同、保险合同和贷款合同。评注接下来指出，“否决权的例外可能也适用于[除其他外]债务人是出租人或特许权给予人或者是知识产权许可人的协议，而终止协议将会结束或严重影响对方的业务，特别是在对债务人的好处可能相对较小的情况下。”该节仅对两类合同作了进一步详细讨论，即劳工合同和关于不可替代的个人服务的合同（第二部分第二章第 143 段）。第二类例外是由于需要履行不可替代的个人服务而无法继续履行的合同。所举的一个例子是涉及特定知识产权的合同（第二部分第二章第 146 段）。

10. 因此，《指南》主要是在讨论延续合同的处理问题时讨论破产程序中对知识产权的处理问题（建议 69-86 和所附评注）。实际上，在实践中，知识产权许可往往属于延续合同的范畴，因为预期双方都会以某种形式继续履行合同。例如，被许可人可能需要继续支付特许权使用费，以便能够使用知识产权，而许可人可能有义务继续避免起诉被许可人侵权（只要支付了商定的特许权使用费）。不过，未必所有类型的知识产权许可都是这种情况。

11. 根据《指南》，破产法中的特别规则适用于延续合同。特别是，破产管理人可以选择在一定期限内决定是继续履行合同还是否决合同（《指南》不允许“有选择地履行合同”）。在有些法域，除非破产管理人决定继续履行合同，否则合同的履行即告停止。在延续合同时，破产管理人将需要纠正破产前合同项下的任何违约。拒绝延续合同被视为违约，而违约引起对方的无担保债权。破产管理人也可以决定转让合同，尽管合同中有限制。不过，某些合同（如关于不可替代的服务或个人服务的合同）可能无法转让。在作出承继、否决或转让合同的选择时，首要考虑是实现价值最大化和减少财产的负债。

12. 如上所述，如果知识产权许可被视为延续合同，债务人－许可人的破产管理人将在延续合同方面有若干选择。如果许可被否决，这可能会对被许可人的业务和继续使用获许可知识产权的权利产生重大影响。例如，在某些情况下，如果没有获许可的商标，就无法使用受版权保护的材料。为此，有些法域对被许可人给予某种保护，特别是允许被许可人选择：(a)将否决许可协议视为终止，并在破产程序中对债务人－许可人提出求偿申请；或(b)即使违背许可人的意愿也保留被许可人根据许可享有的权利。在后一种情况下，许可人（和破产管理人）不可干预被许可人根据许可享有的权利，即使被许可人已否决许可。保留权可受某些条件和限制制约。特别是，被许可人未经许可人同意转让许可规定的权利的能力可能受到限制。此外，许可人可被免除许可协议规定的任何义务，例如支付专利维护费或向被许可人提供知识产权许可的任何后续版本或增强版本，而被许可人则应继续支付特许权使用费。此外，被许可人可能会放弃对许可人的任何求偿权和破产程序中的任何抵销权。

13. 如果债务人是被许可人，则可能危及知识产权许可人所依赖的重要收入流。如果许可已延续，则根据许可在启动后支付的任何特许权使用费都成为“管理费用”。根据某些法律，债务人－被许可人的破产管理人可能没有被赋予与债务

人－许可人的破产管理人相同的继续或否决合同或将合同转让给第三方的酌处权。一些法院认为，专利、商标和版权法禁止未经许可人同意转让知识产权许可。这些法院得出结论，认为债务人-被许可人的破产管理人因此可能无法在未经许可人同意的情况下转让许可。有些法院适用“实际意图”标准，允许破产管理人在没有随后转让知识产权许可的实际意图的情况下延续许可。有些法院采用“假设”标准，假定知识产权许可随后可能发生转让，不允许破产管理人延续知识产权许可。后一种做法使债务人－被许可人的破产管理人别无选择，只能否决或终止知识产权许可。在允许“穿越”安排的法域，债务人-被许可人可在遵守某些条件和保障措施（类似于《指南》第五部分第 343-344 段所述的条件和保障措施）的前提下利用这一选择。

14. 上述考虑适用于非专属性的知识产权许可，这些许可被视为产生属人权利而并非财产权利，并且不可在许可人提出反对时予以转让。相比之下，许多法院认定，独家许可的被许可人享有许可人的所有权利，包括转让权，因此被许可人实际上对知识产权拥有所有权权益，而这一权益的接受和转让不可或不应受到限制。结果是，独家许可下的债务人－被许可人可能能够违背许可人的意愿，接受知识产权许可协议，并将其转让给另一实体。

15. 根据《指南》建议 30，破产程序启动时即已存在的权利和债权，其有效性和效力适用的准据法应当由破产程序启动地所在国的国际私法规则确定。主要方法是属地法。处理许多知识产权的法律框架通过多边协定（比如世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》）中规定的统一实体规则得到协调统一。

16. 关于破产程序对知识产权的效力的准据法，秘书处举行的专家协商表明，不需要规定破产诉讼地法的例外。确定知识产权所在地被认为是在破产程序中处理知识产权所产生的主要问题。如 A/CN.9/WG.V/WP.183 号文件第 10 段所述，这一问题可能不属于本项目的范围。

(c) 破产程序中对数字资产的处理

17. 工作组还认为，它需要获得说明在破产程序中如何处理数字资产的补充资料，然后才能就破产程序对这些资产的效力受哪一法律管辖作出决定。[17]工作组不妨注意到，虽然《指南》未具体述及数字资产，但破产程序中对数字资产的处理可能取决于所涉资产。例如，与某些数字资产有关的权利和义务可能在支付和结算系统以及金融市场中产生，因此将适用《指南》建议 32 和 101-107。

18. 工作组还不妨回顾，在其第五十九届会议上，秘书处提请工作组注意统法协会正在进行的关于数字资产和私法的工作。[18]统法协会数字资产和私法工作组第六届会议（2022 年 8 月 31 日至 9 月 2 日，罗马）收到的关于这一主题的原则草

[17] 同上。

[18] A/CN.9/WG.V/WP.176，第 33(h)段。

案和评论意见可在统法协会网站上查阅。[19]除其他外，它们涉及：(a)国际私法规则（原则草案 5）；(b)保管人破产（原则草案 15）；(c)破产对数字资产的所有权利[和担保权利]的效力（原则草案 21）；(d)执行（原则草案 20，与统法协会关于有效执行的项目有关）。[20]关于是否应在立法条文中列入与数字资产有关的破产诉讼地法的任何例外，工作组不妨推迟到审议统法协会这项工作所取得的成果之后再就此作决定。贸易法委员会秘书处将在适当时候提请工作组注意这些成果。

2. 仲裁协议和仲裁程序

19. 工作组在其第五十九届会议上听取了与会者就是否适宜确认破产诉讼地法对仲裁程序的效力发表的看法。[21]与会者指出，贸易法委员会破产法规并未明确述及这一问题。鉴于仲裁在国际贸易中的作用，与会者认为必须填补这一空白，以贸易法委员会破产法规中已有的相关评注，例如《跨国破产示范法》第 20 条的评注，作为这方面的基础。[22]与会者表示支持这一提议。[23]与此同时，与会者还认为，对在国外进行的仲裁程序实施和强制执行中止程序时，会产生一些实际困难，解决这些困难是必要的。[24]

20. 工作组第六十届会议讨论了启动破产程序对以下方面的效力：(a)仲裁协议和破产程序启动前即已完成的仲裁程序的结果的可执行性，注意到这些问题可能已经在《指南》建议 30 中述及；(b)正在进行的仲裁程序，根据贸易法委员会破产法规，这些程序将被中止。与会者再次提议在立法条文中列入有关这些方面的明确的准据法规则。在这方面，一种意见认为，《欧洲破产条例》（重订）第 18 条中采取的做法已经过时，而且不适当，因为仲裁地可能与债务人和破产财产的关联非常遥远。相反的观点认为，鉴于在重整情况下适用《跨国破产示范法》第 20 条所引起的复杂情况，特别是在有占有中债务人的情况下，《欧洲破产条例》（重订）中的做法是可行的。[25]

21. 工作组不妨回顾，《跨国破产示范法》第 20 条关于中止程序对仲裁程序的效力的评注是在承认外国主要程序对启动或继续涉及债务人资产、权利、债务或赔偿责任的个人诉讼或个人程序的效力这一狭义范围内列入的，这些诉讼或程序在

[19] 第八十二项研究——第六工作组——Doc.2，可查阅 https://unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d。

[20] 更多信息见 https://unidroit.org/work-in-progress/enforcement-best-practices/。

[21] 同上，第 79 段。

[22] 《颁布及解释指南》，第 180 段指出，《跨国破产示范法》第 20 条第 1 款(a)项包括向仲裁庭提起的诉讼，对仲裁协议的效力规定了强制性限制。这种限制附加在国内法中可能存在的限制各方议定仲裁自由的其他可能的限制（例如，对可仲裁性的限制或对订立仲裁协议的能力的限制）之上。

[23] A/CN.9/1088，第 81 段。

[24] 同上，第 86 段。《颁布及解释指南》第 180 段确认，考虑到国际仲裁的特殊性，特别是它对于仲裁程序进行国的法律体系的相对独立性，实际上也许并不总是能够执行仲裁程序的自动中止规定。例如，如果仲裁不在颁布国进行，也不在主要程序国进行，可能很难执行仲裁程序的中止规定。

[25] A/CN.9/1094，第 73 段。

承认上述效力后即予中止。相比之下，《指南》在关于破产程序启动时适用的措施和给予救济免于适用这些措施的建议中更广泛地提出了同样的考虑。[26]这些条文应与《指南》建议 47（最后一句）和《跨国破产示范法》第 20 条第 3 款一起阅读，这两处规定，为保全对债务人的债权而需启动的个人诉讼或程序被排除在中止的适用范围之外。除此以外，《跨国破产示范法》第 20 条的评注承认，各方的利益可能是允许仲裁程序继续进行的一个理由，该条第 2 款设想了这种可能性并将其留给颁布国的法律处理。

22. 根据《欧洲破产条例》（重订）第 18 条，破产程序对涉及构成债务人破产财产一部分的资产或权利的未决仲裁程序的效力，应仅受仲裁庭所在地国的法律管辖。《欧洲破产条例》（重订）中的叙文 73 指出，第 18 条不应影响关于承认和执行仲裁裁决的国家规则。1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》[27]（《纽约公约》）有 170 个缔约国，大多数国家的国际商事仲裁相关事项将由该公约处理。

23. 工作组在进一步审议这一事项时，不妨结合有关立法条文草案（包括关于启动、破产财产的保护和保全、合同的撤销和处理）以及可能引起不同问题的各种可能的情形（例如，可能存在有效的仲裁协议、但尚未启动仲裁程序；任何一方当事人绕过仲裁协议申请启动破产程序，包括申请启动破产程序不适当；仲裁程序是在破产程序启动之前启动的；仲裁裁决是在破产程序启动之前不久取得的）。

3. 撤销、抵销和对有担保债权人的处理

(a) 背景资料

24. 工作组在第五十九届和第六十届会议上注意到，对管辖破产程序对抵销权的效力、物权[28]（特别是对有担保债权人的处理）以及破产诉讼地法适用于撤销权的例外的法律，采取了不同的做法。[29]在这方面提到了《指南》建议 30-34、其评注和起草历史、专题讨论会报告、工作文件（A/CN.9/WG.V/WP.176 和 A/CN.9/WG.V/WP.179）、《欧洲破产条例》（重订）和《全球规则》。与会者认为，《指南》建议 30-34 的评注尽管指出了确定有关撤销、抵销和破产程序中的担保利益的法律的不同做法和这些做法所依据的政策，但并未明确解释为何破产诉讼地法的例外未能涵盖这些事项。[30]

---

[26] 例如见《指南》建议 46 的脚注 20，其中交叉引用《跨国破产示范法》第 20 条，以及《指南》建议 49。

[27] 联合国，《条约汇编》，第 330 卷，第 4739 号。

[28] 关于“物权”，工作组在第六十届会议期间指出，贸易法委员会法规没有对该用语进行定义，可在《欧洲破产条例》（重订）第 8 条第 2 款中找到何为物权的指示性清单。《跨国破产示范法》第 32 条提到有担保的债权和物权，关于该条，工作组注意到《颁布及解释指南》第 241 段中的所附评注，其中解释了所提到的这两个用语及二者重叠的情况，并建议颁布国使用其他术语来表示这些概念（见 A/CN.9/WG.V/WP.179，第 31 段）。

[29] A/CN.9/1088，第 83 段及其所附脚注，以及 A/CN.9/1094，第 74-76 段和第 78 段。

[30] 同上，第 78 段。

25. 在讨论期间，工作组审议了保护交易当事人的合法期望是否在所有情况下都优先于其他考虑因素。与会者指出，《欧洲破产条例》（重订）对这些事项所采取的做法应加以讨论。有些与会者质疑，这些做法在全球层面是否行得通，而且根据确保对债权人和其他利害关系人提供充分保护的贸易法委员会破产框架，是否有必要。一些与会者认为，交易当事人的哪些期望将被视为合法，也应该加以讨论。有与会者认为，工作组在审议凡与贸易法委员会通过建议 30-34 时所作政策选择发生的任何偏差时，应当谨慎处理；任何这种偏差都需要根据真实的需要和简化破产程序准据法规则的目标证明其正当性。[31]

(b) 撤销

26. 关于撤销，工作组商定以《指南》的做法为起点进一步审议这一事项。[32]

《指南》中的做法

27. 根据工作组第六十届会议在另一种情况下发表的意见，秘书处谨澄清，《指南》中的撤销权规定适用于破产程序启动前发生的交易（见术语表中的术语(c)）。[33]这些条文不适用于程序期间可能发生的未经授权的交易，对这些交易适用关于资产使用和处分的不同规则。不过，撤销权规定也可能在一种程序转换为另一种程序（例如，从重整到清算）时具有相关性。

28. 根据《指南》，破产诉讼地法决定可撤销的交易类型和免于撤销的交易类型；撤销标准，包括需证明的要素和抗辩；[34]可撤销期的期限以及从哪一日期开始追溯；破产程序启动地所在国有权审理撤销权诉讼的法院；谁可以启动撤销，在何种条件下启动；支付撤销权诉讼费用的资金来源，包括是否可允许第三方供资以及筹集此种资金的条件和保障措施；撤销权的效力；可撤销交易的对方的责任和违规情况下的补救办法；是否可允许撤销、撤销权的范围和可撤销的交易，以及在转换程序的情况下免于撤销的交易。非破产法可补充或限制破产法的撤销权规定，包括涉及以下方面的规定：旨在撤销有损于破产框架之外债权人的交易的行为（例如，保利安之诉）、内幕交易、终止净额结算和衍生合同以及婚姻财产交易。

29. 如果工作组决定保留《指南》中的做法，则不妨填补条文中的空白。例如，《指南》没有明确指明哪一法律管辖支付和结算系统及受监管金融市场参与者权利和义务的撤销（建议 32 中破产诉讼地法的例外；见下文拟议立法条文草案），以及劳动合同否决、延续和变更的撤销（建议 33 中破产诉讼地法的例外；见

[31] 同上，第 84 段。

[32] A/CN.9/1094，第 76 段。

[33] 同上，第 50 段。

[34] 尽管《指南》未明确提及，但这些抗辩可包括交易受不允许在相关案件中以任何方式对其提出质疑的法律制约。如果经证明该另一法律与当事人或交易没有实质性关系，而且没有其他合理依据选择该法律作为管辖有关交易的法律，有些国家可能选择不允许这种抗辩。

A/CN.9/WG.V/WP.183 中的拟议立法条文草案）。此外，正如工作组所指出的那样，《指南》未说明选择这种做法的理由。预计立法条文将解释这些理由，并对下述关切作出回应：这种做法不会促进市场的确定性，不会确保可预测性，也不会保护债权人的合理期望，因为与交易没有关系或关系很远的法律可能会避免这种做法。工作组迄今对这些关切作出的回应包括，根据国际破产法，商业交易的当事人应当知道，他们很可能受在其各自主要利益中心法域进行的破产程序的制约，[35]因此，在破产程序中，主要利益中心法域的法律可能会对他们的权利、债权和交易的处理产生影响，特别是取代原本适用于他们的交易的法律。此外，工作组认为，贸易法委员会的跨国界破产框架保护债权人和其他利害关系人免受外国法律造成的不可接受的影响，[36]如有必要，可加强该框架，以便能够确定管辖破产程序的效力的法律，并使企业和商业风险的确定更具有可预测性。解决这些关切可能会减轻在根据破产诉讼地法跨国界承认和执行撤销权效力（包括对违规对方的制裁）方面存在的困难。

替代做法

30. 《指南》建议 30-34 的评注和专题讨论会报告提及了一些替代做法，包括交易的准据法或资产所在地法律（物所在地法）将管辖与该交易或资产有关的撤销权诉讼。这种做法所依据的政策是，通过为对方提供某种程度的确定性和可预测性，使之明白其与债务人的交易不会在日后的破产程序中受到质疑，保护对方及其对交易管辖法的依赖。有些法律以几种方式中的一种方式将破产诉讼地法与交易管辖法结合起来。一种做法规定，除非根据破产诉讼地法和交易管辖法某项交易都是可被撤销的，否则该交易在破产中将不会受到撤销。据认为，这种办法因撤销风险减少而降低信贷和商业交易的成本。另一种做法规定，如果根据破产诉讼地法或交易管辖法对于某些交易可以实行撤销，则该交易可予以撤销。例如，一项法律虽然规定破产诉讼地法将适用于撤销权，但却承认可以适用比法院地法更为严格的另一项法律，从而导致可以撤销的交易范围更加广泛。

31. 工作组迄今已审议《欧洲破产条例》（重订）第 16 条采取的做法，其中规定，如果一项行为受破产诉讼地法以外的法律制约，而且其他法律不允许在相关案件中以任何手段对该行为提出质疑，则保护该行为免于被撤销。在这方面，工作组注意到一项旨在防止滥用法律选择的可能保障措施。[37]在工作组内对这种做法表示的关切包括它对下列方面产生了负面影响：(a)处境相近的债权人的公平待遇，因为它只向某些债权人提供额外保护；(b)破产程序的确定性、简便性和行政管理效率，因为这种做法很麻烦（例如，它要求确定有害行为发生地点，这可能很困难，特别是在数字世界）。

[35] 例如见，《贸易法委员会企业集团破产示范法颁布指南》第 29 段。

[36] 例如见，《跨国破产示范法》关于公共政策的例外的第 6 条和《跨国破产示范法》关于对债权人和其他利害关系人的保护的第 21 和 22 条。

[37] 例如见《全球规则》第 23 条。

32. 如果工作组决定偏离《指南》中的做法，它将需要审议各种替代做法和每个做法对实现《指南》建议 1 所列有效力和高效率的破产法目标的影响。特别是，上文所列的所有替代做法都会需要法院对外国撤销制度进行评估。虽然各法域在撤销权的某些基本概念上可能趋于一致，例如在通常被撤销的交易类型上，但在与撤销权有关的其他要素上，如在撤销标准、什么是正常营业过程以及谁将被视为相关人等要素上，仍存在很大差异（见 A/CN.9/WG.V/WP.183 中的有关章节）。有些法域采用客观标准，撤销可撤销期内发生的所有交易、无偿交易和与相关人的交易，而另一些法域则采用主观标准，需要按具体情况处理的做法并证明意图、知情等。还有一些法域将这两者结合使用。在同一法域中，撤销标准、推定、举证责任分配和可撤销期的期限可能因所涉当事人（例如，董事或其他相关人）以及撤销的原因（例如，欺诈）而异。撤销权的效力也可能因所有这些因素而有所不同：有些交易可能会自动失效，而其他交易则可以撤销。不同法域启动撤销程序的时间也可能各不相同。所有这些都使撤销变得复杂、漫长和不可预测，特别是在须证明应予撤销的交易当事人的意图和知情的情况下。需要在国内破产程序或单独的撤销程序中评估外国撤销制度，这会加剧这些关切，外国撤销制度不一定只受破产法监管，可能也受适用的非破产法监管。

(c) 对抵销的处理

33. 工作组第五十九届会议注意到，抵销可能不仅仅是破产法下的一个问题，因为它可能与合同法有关，还可能与物权有关。[38]会议指出，将对抵销的处理的项目列入破产诉讼地法清单，将使该项目细化至这一关键问题，即根据破产诉讼地法是否允许抵销。[39]工作组第六十届会议商定，将破产诉讼地法清单上的(i)项改为“对抵销的处理”，而不是建议 31 中的“抵销”。委员会推迟到以后阶段再澄清与该项目有关的其他问题。[40]工作组不妨审议与该项目有关的以下几点，并审议这些要点是否可作为起草对经修正的(i)项的评注的基础。秘书处以《指南》中的做法为出发点。

34. 抵销有不同类型（合同、法定、衡平法、银行等）。(i)项仅涉及强制适用的破产抵销，无论缔约方之间有何合同安排，这种抵销都将适用。该制度将受破产诉讼地法管辖。缔约方不能减损该制度。

35. 《指南》中建议 30-34 评注对其中原因作出解释。它承认，抵销权可能受诉讼地法以外的法律管辖，原因涉及当事人的期望，特别是如果他们彼此之间经常进行交易。同时，评注第 91 段指出，诉讼地的抵销规则应适用于债权，其依据

[38] 工作组不妨注意，在编写《跨国破产示范法》时，有人质疑是否应将抵销纳入物权范围。随后，工作组认为没有必要定义“物权”一词，并将这一事项留给国家法处理（A/CN.9/422，第 63 和 64 段）。

[39] A/CN.9/1088，第 65(b)段。

[40] A/CN.9/1094，第 78 段。

是，在破产中，抵销权与债权的证明和量化以及平等对待债权人的政策密切相关。它还指出，由于这些问题受诉讼地法管辖，因此抵销权也受类似管辖。

36. 根据《指南》，破产诉讼地法将确定破产程序中是否允许抵销。所建议的处理破产中抵销问题的做法载于《指南》建议 100 及所附评注。其中指出，破产法应保护在破产程序启动前产生的根据破产法以外其他法律而存在的一般抵销权，但适用撤销规定的除外。破产程序启动时即已存在的抵销权和债权，其有效性和效力所适用的准据法应当由破产程序启动地所在国的国际私法规则确定（《指南》建议 30）。

37. 如果允许抵销，允许抵销的义务和条件由破产诉讼地法界定，特别是：(a)是否只允许对破产程序启动前到期的启动前金钱债务进行抵销，还是也允许对破产程序启动后到期的启动前金钱债务进行抵销；(b)受抵销的债务是否必须根据单一合同产生，还是可以根据多个合同产生（即不一定是相互或相关的）；(c)中止是否适用于抵销权的行使，如果适用，如何处理拥有抵销债权的债权人（例如，作为有担保债权人）；或者，中止是否不适用，如果不适用，抵销是否在破产程序启动时自动生效。破产诉讼地法还涉及如何处理破产程序启动后产生的债权的抵销，以及如何撤销启动前的抵销和相关交易（例如，以折扣价购买债权，目的是建立抵销权）。关于抵销，破产诉讼地法的一个例外是支付和结算系统以及受监管的金融市场中的抵销（《指南》建议 32）。

38. 一些法域可能倾向于抵销，并使适用于破产程序中抵销的法律更有利于抵销。[41]工作组对这种做法表示关切，因为确定适用的外国抵销制度（可能不仅包括破产抵销制度，还包括非破产法下的抵销制度），可能对破产程序启动地所在国的破产程序的进行和管理产生重大影响。它将特别要求确定一般是否可允许抵销和特定案件中是否可允许抵销，并将行使抵销的权利与国内破产程序的其他方面，如中止、免于中止和抵销的时间相协调。此外，单一破产程序中的债权抵销最终可能由不同的法律制度管辖，一些法律制度可能允许抵销，而另一些制度可能不允许，这影响到对处境相近的债权人的公平待遇。一些无担保债权人最终可能通过抵销操作在其他债权人之前得到全额偿付。此外，虽然撤销抵销仍将受破产诉讼地法的约束，但破产诉讼地法可能不允许已经根据外国法律发生的撤销抵销，从而使包括雇员在内的其他债权人和利益方可能对该抵销而产生的不满得不到解决。公共政策例外和额外的保障措施可在一定程度上缓解这些关切，例如，旨在为债权人和其他利益方提供充分保护的保障措施，使其免受不合理的法律选择和对抵销适用外国法律的不合理后果的影响。[42]如果国内和外国抵销制度的资格不同，导致国内法院不适用其认为属于程序性的任何外国规则，也可援引公共政策例外。

[41] 例如见《欧洲破产条例》（重订）第 9 条。

[42] 例如见《全球规则》第 18 条。

(d) 对有担保债权人的处理

39. 工作组第五十九届会议在启动前物权这一更广泛的背景下审议了该项目。关于在破产程序中处理物权的做法，工作组听取了不同意见。其中一种意见是，使这些权利受破产诉讼地法的约束。另一种意见是将这些权利与任何破产程序的效力隔离开来，但撤销权诉讼除外，并须有防止滥用“资产避风港”的可能保障。[43]鉴于这些做法的利弊，有与会者表示支持找到一种中间立场，例如，启动前物权服从物所在地法的效力管辖。[44]

40. 工作组第六十届会议商定，对这一事项的审议推迟到以后阶段。工作组注意到一些代表团的意见。这些代表团反对偏离贸易法委员会破产和担保交易法规对这一事项采取的做法。工作组还注意到，有些代表团认为，物权服从物所在地法的效力管辖，可以作为寻求折衷办法的基础。[45]

41. 如 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件所述，在编写《指南》时，列入关于物权的破产诉讼地法例外的提议没有获得足够的支持。[46]不过，《指南》建议 30-34 评注第 88 段承认，破产法中列入这种例外，特别是在担保权益方面，因为对担保权益适用破产诉讼地法可能影响担保放贷的法律框架，从而引入不稳定因素，可能增加国内融资成本。如果外国程序侵犯本国的担保权益，这些担保权益的价值可能会严重受损。同样，将主要利益中心转移到另一个国家也会使被担保方的地位发生根本变化。

42. 如果(j)项保留在破产诉讼地法清单上，预计将附一项评注解释为何选择这种做法。在这种情况下，根据立法条文，破产诉讼地法将管辖破产程序中对有担保债权人的处理，特别是诸如设押资产是否属于破产财产的一部分以及是否要求有担保债权人申报其债权等问题（见《指南》建议 172）。根据一些国家的破产诉讼地法，有担保债权人的权利最终可能不受破产程序启动的影响，有担保债权人将不受这些程序的阻碍而能继续执行这些权利。[47]根据另一些国家的破产诉讼地法，有担保债权人的权利将受到影响（《指南》中建议的做法是，破产财产应纳入债务人在设押资产上的权利（见建议 35(a)）。取决于对该问题的处理做法，可能会、也可能不会出现与破产程序中对有担保债权人的处理有关的其他问题（例如，对有担保债权人的执行行动适用中止；请求免于中止；保护有担保债权人不受设押资产价值缩减的影响；启动后融资情况下有担保债权人和设押资产的处理；有担保债权的优先性）。无论采取哪种做法，担保权益都可出于与其他交易相同的理由而按破产诉讼地法的撤销规定处理（见《指南》建议 88）。

[43] 例如见《全球规则》第 16 条。

[44] A/CN.9/1088，第 65(c)段。

[45] A/CN.9/1094，第 79 段。

[46] 见该文件第 9、10、22 和 23 段。

[47] 例如见《欧洲破产条例》（重订）第 8 条。

43. 立法条文或可规定：

“1. 破产程序对[债务人资产上的物权][有担保债权人的处理]的效力，[在破产程序启动时]应受物所在地法管辖。[48]

2. 虽有本[立法条文]第 1 款的规定，可针对[物权][担保权益]进行的撤销权诉讼应受破产诉讼地法管辖。”

4. 与不动产有关的合同

44. 工作组第五十九届和第六十届会议推迟审议是否需要为与不动产有关的合同建立一个特别制度。[49]在这方面提及《欧洲破产条例》（重订）第 11 条第 1 款，其中规定，破产程序对赋予取得或使用不动产权利的合同的效力，应只受不动产所在领土的法律管辖。该条款涵盖不动产的使用（租借、租赁）合同以及管辖通过法定所有权转让方式（如出售不动产）发生所有权变化的合同。需要对这类合同适用物所在地法的原因是，不动产的法定权利与该财产所在的法律制度之间存在着特别密切的联系。该法律制度反映了不动产所在国为保护财产所有人和使用人（例如承租人）的权利以及国家自身的权益（例如，在自己土地和在该土地上的不动产中的权益）而作出的政策选择。[50]

45. 《指南》中没有设想对与不动产有关的合同作任何特殊处理，无论是在准据法部分，还是在与合同处理有关的实体破产法部分。这两部分的评注都具体提及与不动产有关的合同。[51]在工作组第六十届会议上，一些代表团的初步意见是，反对为与不动产有关的合同拟订特别规则。[52]

46. 如无特别规则，将适用关于处理合同和破产诉讼地法清单上其他项目的立法条文草案。在跨国界承认和执行诉讼地法对与不动产有关的合同的效力方面，可能会产生类似于保护和保全破产财产以及使用或处分破产财产资产所产生的问题。

---

[48] “物所在地法”的定义需包括物权需要登记的情况。在这种情况下，以登记册所在国的法律为准。

[49] A/CN.9/1088，第 83 段及所附脚注，其中提及《欧洲破产条例》（重订）第 11 条；A/CN.9/1094，第 77 段。

[50] M. Virgos and E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Brussels, 3 May 1996, (the “Virgos-Schmit Report”), paras. 116-119。可查阅 https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency（2022 年 9 月 2 日访问）。

[51] 例如见建议 69-86 评注第 108、134、137 和 138 段。

[52] A/CN.9/1094，第 77 段。

5. 债务人董事对债务人破产时或临近破产期间采取的行动所负的责任，以及可由债务人破产财产或以债务人破产财产名义就该责任提出诉讼的理由

47. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持在破产诉讼地法清单中根据《指南》第四部分增加提及董事的义务和责任。[53]工作组第六十届会议未就增加这一提法达成一致。会议注意到，在跨国界背景下适用法律规则方面出现的复杂性以及《指南》第四部分述及董事义务和责任的国内背景。据认为，有必要澄清董事义务和责任的哪些方面属于管辖公司法关系的法律（公司所在地法）的范畴，哪些方面属于破产诉讼地法的范畴。据指出，后者不一定是债务人主要利益中心所在国的破产诉讼地法，因此认为，公司所在地法仍应是默认的法律，但这并不排除董事义务和责任的某些有限方面可能属于破产诉讼地法的范畴。[54]

48. 根据这些意见，工作组不妨进一步讨论是否有必要在破产诉讼地法清单中明确提及董事的义务和责任，以及如果列入，这种提及的范围。该项目前的措词反映了破产程序期间和临近破产期间董事的义务和责任。破产诉讼地法清单上的(k)项提及债务人的权利和义务，包括占有中的债务人的权利和义务，这可能已经涵盖破产程序期间董事的义务和责任。《指南》第四部分述及临近破产期间董事的义务和责任。该部分侧重于可列入关于破产的法律（提及“关于破产的法律”意在涵盖破产法和非破产法，如公司法）并且一旦破产程序启动后即可强制执行的董事义务。[55]

49. 《指南》承认，董事在临近破产期间未能遵守其义务的责任制度在各个法域差别很大。这些制度的不同方面可在不同的法律中找到，如公司法、民法、刑法和破产法。在同一个法域，它们可能被纳入一个以上的法律，或散见于这些法律。在普通法体系中，它们可以在普通法和立法中找到。这些不同的方面和法律在国内层面相互补充，以确保由此产生的董事责任制度连贯和全面。

50. 在进一步审议该事项时，工作组不妨评估在跨国界背景下单独适用公司所在地法或与破产诉讼地法合并适用的影响，特别是如何划定每项董事责任制度具体适用领域的界限以及由此产生的责任制度。在这方面，工作组不妨注意，对公司所在地法没有统一的理解，[56]取决于破产程序是否在下列地点启动，可能产生不同的考虑：(a)与债务人注册地或组建地或“实际所在地”相同的主要利益中心；(b)与债务人注册地或组建地或“实际所在地”不同的主要利益中心；(c)债务人的营业所；或(d)债务人的资产。此外，《指南》第四部分在提及“董事”时意在宽泛，涵盖对债务人行使实际控制权的任何人（例如，事实董事、影子董事、股东、贷款人等）（建议第 258 段及所附评注）。可能涉及不同的公共政策考虑、救济和执行机制，包括取消资格，视被认定在临近破产期间实际控制债务人企业的人而定。其中一些人可能不受外国破产诉讼地法的约束（例如，机构放贷人）。

---

[53] A/CN.9/1088，第 65(e)段。

[54] A/CN.9/1094，第 83 段。

[55] 第四部分，第一节，第一章，第 15 段。

[56] 有些法域遵循“组建地”做法，另一些法域遵循“实际所在地”做法，对后者的理解并不统一。

6. （源自破产法并与破产程序有关的）相关诉讼

51. 在工作组第六十届会议上，关于 A/CN.9/WG.V/WP.179 号工作文件第 18 段，有与会者提出扩大《指南》建议 31 中的清单，提及（源自破产法并与破产程序有关的）相关诉讼。工作组没有讨论这一提议。[57]

52. 建议增列的项目提出以下问题：区分与破产有关的诉讼和与破产无关的诉讼、[58]立法条文的适用范围（特别是提及“破产程序”）以及破产诉讼地法的定义（特别是提及“法律”或“破产法”）。在这方面，工作组不妨回顾，在工作组第五十九届会议上，有与会者表示，鉴于打算对破产诉讼地法和“破产程序”作广义解释，因此，没有必要进一步修订破产诉讼地法清单。[59]工作组不妨审议所建议的项目。

C. 破产诉讼地法的例外：支付和结算系统以及受监管的金融市场

53. 工作组第五十九届会议认为，鉴于金融市场的发展和金融系统的数字化，需要更新《指南》建议 32 中支付和结算系统以及受监管的金融市场的破产诉讼地法例外的内容。[60]工作组第六十届会议商定，应当适当界定这种例外的范围，同时注意到，这种例外拟涵盖的系统和市场是紧密一体化的多边系统和市场。在这些系统和市场中，一个参与者的破产可能会导致连续交易中的一系列违约，从而可能给其他系统或市场参与者造成资金困难。在最坏情况下，造成其他对手方包括受监管的金融机构的财务崩溃。[61]这种多米诺效应通常被称为系统性风险。[62]

---

[57] A/CN.9/1094，第 71 段。

[58] 被视为与破产有关的诉讼如下：根据破产法提起的的诉讼，追究董事对临近破产期间造成破产的行为的责任；撤销；对破产管理人或债权人委员会行使其权力或酌处权而采取的行动提出质疑；直接源自破产程序、与破产程序密切相关、或与破产法特别相关的其他诉讼（例如，导致对相关人的债权作特殊处理的与破产有关的调整）。被认为与破产无关的其他类型的诉讼包括：破产管理人寻求确立债务人的财产所有权的诉讼，或破产管理人根据一般合同法或商法寻求收回据称欠债务人的款项的诉讼。据认为，这些诉讼本可由债权人或债务人本人在破产程序启动前提起，并受适用于民事或商业事项的普通管辖权规则的管辖。破产管理人提起诉讼的事实并不改变债权的性质和适用的法律。例如见欧洲法院案件：*Wiemer & Trachte GMBH, in liquidation v Tadzher*; *Nickel and Goeldner Spedition GmbH v “Kintra” UAB*;*Tunkers France v Expert France*; *CeDe Group AB*; and *Kornhaas*。

[59] A/CN.9/1088，第 63、64 和 68 段。

[60] A/CN.9/1088，第 71 段。当时有与会者提醒工作组（A/CN.9/WG.V/WP.176，第 27 段），工作组 2013 年第四十四届会议认为，有必要更新《指南》中涉及金融合同和净额结算的相关建议 101-107 及所附评注（A/CN.9/798，第 26 和 30 段）。这些建议除其他外：(a)规定金融合同免于中止的例外情况，包括执行合同终止条款和担保权益方面；(b)使启动前的例行转账排除在撤销范围之外；(c)建议确认和保护支付和结算系统的运作在系统参与人破产时所具有的终局性。

[61] A/CN.9/1094，第 87 段。

[62] A/CN.9/WG.V/WP.176，第 50 段，其中交叉引用《指南》建议 101-107 评注（特别见该评注第 213 段）。

54. 秘书处举行的专家协商表明，[63]应保留例外，提及系统和市场时不应局限于受监管的市场或具有系统重要性的系统或中央系统，因为所有类型的市场和系统都是相互关联的。链条中一个环节的故障可能产生不可预测的结果，如整个链条发生故障，其规模之大，使得监管当局有必要对本来不受监管的系统和市场进行干预，以保护公共利益。

55. 还有人向秘书处表示，可能需要保留单独提及“支付和结算系统”和“金融市场”的做法。尽管“支付和结算系统”是金融市场的一部分，是其基础设施的主要组成部分，但“支付和结算系统”也可以在任何金融市场之外自主运作。

56. 据解释，有关系统和市场不能容忍择地诉讼的风险和适用法律的不可预测性，如果使适用于某市场或系统以外的法律适用于该系统和市场，就可能产生这种风险和不可预测性。如果破产程序对系统和市场的效力受破产诉讼地法管辖，就会存在这种风险：针对系统或市场单一参与者的破产程序可在不同法域启动，与此同时，任何单一系统或市场通常有众多参与者。只有对支付和结算系统以及金融市场的所有运作适用一部法律，才能保证确保其顺利和正确运作所需的法律确定性。

57. 秘书处没有收到任何案例说明，支付或结算系统或金融市场的适用法律以外的法律管辖破产程序对该系统或市场参与者的权利和义务的效力。相反，已经确认，适用这一例外的部门是根据标准规则、准则和协议运作的。这些规则、准则和协议加强了系统或市场的法律对与该系统或市场有关的所有方面的适用，包括破产程序的效力。偏离这些标准不仅会对不合规的系统或市场产生负面影响，还会对它们运营所在法域的总体投资环境产生负面影响。

58. 工作组不妨考虑，是否应保留建议 32 中的例外，删除“管制下的”一词，并加上评注，解释该条款意图适用的情况。如果保留这一例外，为增强法律的确定性，可增加一则条款，确认适用于该系统或市场的法律也将适用于对在该系统或市场发生的付款或交易可能进行的任何撤销权诉讼。否则，此类付款或交易会就应根据可能对其启动破产程序的不同参与者的破产法而予以撤销，因为在默认情况下，破产诉讼地法将适用于撤销。由此产生的条款内容为：

> “破产程序对支付或结算系统或金融市场参与者的权利和义务的效力，应只由适用于该系统或市场的法律管辖。该法律还应管辖可能针对在该系统或市场中发生的支付或交易提出的撤销权诉讼。”

[63] 欧洲中央银行、金融稳定研究所、国际掉期和衍生工具协会。

四. 工作组尚未审议的问题

A. 国际义务的首要地位和优先性强制规则

59. 工作组第六十届会议认为，必须列入其他保障措施，以确保尊重国家主权和保护其他利益。[64]在这方面，贸易法委员会法规中常见的一项保障措施涉及国际义务的首要地位，或广义而言，涉及优先性强制规则。这些义务或强制规则可见于与国家和非国家实体签订的国际多边和双边条约和协定中。这些国际条约和协定涉及国际私法事项，并可能指向立法条文所设想的法律以外的另一种适用法律。例如，区域经济一体化组织发布的适用于该组织成员的具有约束力的法律规则中就含有这些义务和规则。

60. 工作组不妨在适当时候考虑是否应在立法条文中列入此种保障措施。所附评注可指出，对国际条约或协定或规则作不必要的广义解释可能会导致对立法条文的效力作过度限制，从而妨碍实现统一性、确定性和可预测性。为此，有关义务或规则与破产程序中处理的事项之间应有充分联系，使该义务或规则取代立法条文中冲突条款的适用。

B. 解释

61. 工作组不妨在适当时候考虑是否宜列入一则条文，即在解释立法条文时，应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。这一条文的预期效力将是限制立法条文一旦纳入当地立法之后在多大程度上只能参照当地法律的概念加以解释。

62. 在立法条文中列入这种通常见于贸易法委员会工作所产生的公约和示范法中的保障措施，可能被认为是必要和重要的，因为它们设想适用外国法律，并因此设想由破产程序启动地所在国的法院确定和核实该法律。这将不可避免地导致破产程序启动地所在国可能不熟悉的外国法律文化、制度和概念的介入。在这种情况下，可能会更倾向于参照当地概念和规则。该立法条文可提醒人们注意，应避免这种倾向，以实现对立法条文的统一解释和适用。它还将提醒人们，如果涉及立法条文所管辖事项的问题在立法条文中没有得到明确解决，则应按照立法条文所依据的一般原则予以解决。在必要时，可适用类似的法律规则，以产生立法条文意图产生的效力。

[64] A/CN.9/1094，第 94 段。

C. 其他问题

63. 工作组第六十届会议就贸易法委员会破产示范法中提出准据法问题的条文初步交换了意见。[65]对于现在是否应审议上述问题，意见不一。[66]工作组将一些问题推迟到在审议同时进行的程序时再进行审议（见上文第 1(g)和(h)段）。

64. 一些已确定的条文已在评注草案中述及。另一些则需要工作组进一步澄清或决定。例如，尽管贸易法委员会破产法规没有确立程序之间的严格等级，但贸易法委员会破产法规给与外国主要程序某种优越地位，[67]并且在企业集团破产情况下，给与规划程序优越地位。[68]避免在同时进行的程序之间建立严格等级的一个理由是，不要不必要地妨碍法院和破产管理人通过根据有关合作与协调的条文行使酌处权进行合作的能力。[69]在《跨国破产示范法》关于救济、[70]承认的效力、[71]承认外国主要程序后当地程序的有限范围[72]的条文中，在《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》第 14(e)和(h)条[73]中，以及在整个《企业集团破产示范法》中，程序之间隐含的等级是显而易见的。与此同时，《跨国破产示范法》第 29 条规定，当地程序在一定程度上优先于外国程序，无论是主要程序还是非主要程序，为此要求援助外国程序的救济必须与颁布国的程序相一致。

---

[65] A/CN.9/1094，第 97 段。

[66] A/CN.9/1094，第 97 段。

[67] 例如见《颁布及解释指南》第 1、21、31、44、132–133、144、175、193 和 202 段。

[68] 例如见《企业集团破产示范法》第 20、23 和 24 条及所附评注。

[69] A/52/17，第 108 段。

[70] 例如见《跨国破产示范法》第 19.4、21.3、23.2、29(c)和 30 条。

[71] 《跨国破产示范法》第 20 条。

[72] 《跨国破产示范法》第 28 条。

[73] 见《颁布指南》第 107 和 118 段。