



Distr.: Limited
7 February 2023
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第六十二届会议
2023年4月17日至20日，纽约

破产程序的适用法律

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言	2
二. 立法条文及随附评注草案	2
A. 宗旨和目标	2
B. 立法条文的适用范围	4
C. 定义	8
D. 国际义务优先	9
E. 公共政策例外	10
F. 解释	11
G. 破产程序中默认适用的法律：破产诉讼地法	11
H. 破产诉讼地法的例外	23



一. 引言

1. 工作组第六十二届会议临时议程 (A/CN.9/WG.V/WP.185) 提供了背景资料, 介绍委员会 2021 年第五十四届会议提交工作组的破产程序适用法律项目。¹ 工作组在其第六十一届会议上请秘书处修订立法条文和评注草案, 并将其合并为一份文件, 供工作组下届会议审议。其中的谅解是, 就目前而言, 示范法仍将作为一个工作设想。² 工作组仍需商定文书的最终形式以及最终案文将如何与贸易法委员会破产法领域的现有法规相互作用。

2. 秘书处在下文第二章中列出了立法条文和评注修订草案。立法条文和评注草案所附的用黑体标示的脚注表明了修订出处。这些材料所附的其他脚注意在根据最终文本的最终形式酌情保留其中。供工作组审议的问题列于材料草案之前。秘书处暂时保留对立法条文的提及, 但有一项谅解, 即这些条文将在适当时候由适合于文书商定形式的提及取代。

二. 立法条文及随附评注草案

A. 宗旨和目标

3. 工作组似宜审议为反映工作组第六十一届会议审议情况而修订的立法条文和评注草案, 特别是, 评注草案得到扩充, 增加了对立法条文草案中“滥用择地诉讼”这一术语的解释。经工作组商定, 将“滥用”一词置于方括号内列入立法条文草案, 供工作组进一步审议。³ 此外, 在评注草案的末尾增加了一段案文, 解释立法条文的范围。它反映了工作组第六十一届会议就该事项达成的一致意见 (见下文 B 节中关于立法条文适用范围的立法条文草案)。根据该一致意见, 对整个案文草案进行了修改, 以便更好地表达该项目的范围窄。

1. 立法条文草案

序言

这些立法条文的宗旨是提供明确的规则, 用以确定管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的法律 (“管辖法律”), 包括涉及单一债务人或企业集团成员的并程序, 以便实现有效力和高效率的破产程序的关键目标, ⁴包括法律的确性和可预见性, ⁵并减少[滥用]⁶择地诉讼和其他损害债权人和其他利益方的行为的风险。

¹ 《大会正式记录, 第七十六届会议, 补编第 17 号》(A/76/17), 第 215-217 段。

² A/CN.9/1126, 第 80 段。

³ 同上, 第 58 段。

⁴ 工作组商定将“破产法”改为“破产程序”。同上, 第 57(b)段。

⁵ 工作组商定增加提及法律的确性和可预见性。同上, 第 57(a)段。

⁶ 工作组提请将“滥用”一词置于方括号内列入本立法条文, 供进一步审议。同上, 第 58 段。

2. 评注草案

1. 立法条文提供了规则，用以确定管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的法律（“管辖法律”）。它们的目的是在这方面建立明确性，特别是对于涉及位于不同法域的资产或当事人的破产程序。
2. 澄清这些事项是可取的，原因如下。在确定管辖破产程序的程序方面（例如破产程序的启动、进行、管理和终结）的法律时，所依据的标准在各法域之间没有太大的不同——破产程序启动地的法律（破产诉讼地法）管辖这些问题。但在确定管辖破产程序对某些类型的资产、权利和债权（例如对物权、抵消权）的效力的法律时，使用的标准存在区别。在一些法域，在这些案件中存在破产诉讼地法适用的例外情况，而在另一些法域，法律可能对这些问题保持沉默或仅部分涉及这些问题。这些例外的数量和范围多种多样，或者没有关于这些事项的任何规则，导致由法院逐案裁定管辖法律，这造成了不确定性和不可预见性。
3. 当对同一债务人或企业集团成员同时进行若干程序时，而每个程序均须遵守自身在确定管辖法律方面的规则，那么确定管辖法律就变得更加复杂。同时进行的程序可以是外国主要程序（其中之一可成为《贸易法委员会企业集团破产示范法》⁷（《企业集团破产示范法》）下的计划程序）、外国非主要程序和在该债务人资产所在地开启的既非外国主要程序也非外国非主要程序的破产程序的任何组合（见《贸易法委员会跨国界破产示范法》⁸（《跨国界破产示范法》）第28条）。其中一些程序可成为其他国家承认程序的主题，这些国家可开启也可不开启当地附带破产程序。承认国可对承认外国主要程序后产生的自动救济的范围（《跨国界破产示范法》第20条第2款）、自由裁量救济（《跨国界破产示范法》第19条第1款(c)项和第21条第1款(g)项）、额外援助（《跨国界破产示范法》第7条）和不同程序之间的资产分配（《跨国界破产示范法》第21条第3款、第23条第2款、第28条和第29条(c)项）等问题适用本国法律。承认国可承认也可不承认（主要、非主要或其他破产程序的）外国破产诉讼地法的效力。这些并行或平行程序需要澄清管辖法律或协调若干项管辖法律的适用。
4. 先前的贸易法委员会破产法规并未述及这些事项，而只是在一定程度上促进了对外国主要程序的破产诉讼地法效力的跨国界承认和执行。
5. 立法条文的主要宗旨是通过提供简单明确的规则来处理各国可纳入其国内法的管辖法律，从而填补这些空白。立法条文通过以下方式实现这一宗旨：(a) 确立一项一般规则，即破产程序开启国的法律（破产诉讼地法）管辖破产程序的启动、进行、管理和终结的所有方面及其对人、权利、债权和程序的效力；(b) 解释该法律的含义和范围；(c) 规定该规则的有限例外情形；(d) 界定每种例外情形的范围，并具体说明每种例外情形的适用条件；[和(e) 制定规则，用以在针

⁷ 联合国出版物。出售品编号 E.20.V.3。《贸易法委员会企业集团破产示范法及颁布指南》（2019年）| 联合国国际贸易法委员会。

⁸ 联合国出版物。出售品编号 E.14.V.2。可查阅《贸易法委员会跨国界破产示范法》（1997年）| 联合国国际贸易法委员会。

对单一债务人或企业集团成员同时进行的程序中确定管辖法律，或协调若干项管辖法律的适用]。

6. 遵守立法条文中建议的框架预计将有助于减少分歧，并填补立法条文中所涉事项相关分散或不完整的规则所留下的空白。这反过来有望：**(a)**增强破产程序对受这些程序影响的当事人的权利和债权的结果的确定性和可预见性；**(b)**通过减少复杂性和降低成本，提高破产程序的效率和效力；**(c)**增进协调涉及跨国界方面的破产程序；以及**(d)**促进贸易和投资。

7. 此外，通过遵守立法条文，各国可以减少[滥用]⁹择地诉讼和其他损害债权人和其他利益方的行为的风险。哪些被视为“滥用”将由法院逐案决定。为某项交易或行动（包括重组或重整）确定最佳法域，并采取措施使该法域的法律得到适用，这在许多法域通常是可以接受的。然而，为了获得更有利的法律地位而损害整体债权人群体的利益或为了其他不正当的目的而作出的选择通常被认为是滥用。其中包括利用有利的法律来保护资产不受任何一方或双方当事人立即或预期要遵守的破产法的影响，或逃避其他义务或责任，包括阻挠判决的执行。

8. 立法条文旨在实现破产程序可能涉及的各种竞合考虑因素之间的适当平衡。例如，对效率的考虑可能有利于破产程序开启国的法院对破产程序中产生的所有问题适用破产诉讼地法，因为诉讼地法院最有资格阐明和适用自己的法律；如果法院适用一项外国法律，它可能需要了解这项其他法律的内容和解释，并处理其法律制度中未知的外国法律类别。¹⁰其他考虑因素，例如关于劳动合同和劳资关系的考虑因素，可能比效率这一考虑因素更重要，需要适用外国法律。

9. 立法条文的范围限于管辖法律问题，并不延伸至用来确定哪些法律对破产程序启动时已存在的权利或债权的有效性和效力适用的规则。后者法律仍由破产程序启动国或可能提起破产相关程序（例如，仲裁债权或撤销交易诉讼）的其他法院地国的国际私法（法律冲突）规则（以下称为“国际私法”或“国际私法规则”）来确定。¹¹破产程序并不取代这些规则，但可能对有效和可发生效力的启动前权利产生影响，例如中止或终止：根据破产程序启动前订立的仲裁协议启动仲裁程序的权利；债权人抵消其对债务人的债权的权利；在破产程序中被撤销的交易所产生的权利；以及强制执行的权利。

B. 立法条文的适用范围

4. 工作组似宜审议为反映工作组第六十一届会议审议情况而修订的立法条文和评注草案。¹²工作组尤其可以考虑第2款方括号内的案文是否应予保留。

⁹ 工作组提请将“滥用”一词置于方括号内列入立法条文草案，并在评注草案中解释其意图的含义，以便工作组能够在下届会议上决定是否保留该词（A/CN.9/1126，第58段）。

¹⁰ 根据工作组提出的意见重新起草（同上，第59段）。

¹¹ 同上，第60段。

¹² 同上，第60-62段。

1. 立法条文草案

适用范围

1. 立法条文规定用以确定管辖法律的规则。
2. 立法条文不规定用以确定哪一法律适用于破产程序启动时已存在的权利和债权的有效性和效力的规则。[对在破产程序启动时已存在的权利和债权的有效性和效力适用的法律应[通过指明颁布国的国际私法规则]来确定。除非立法条文另有规定，否则破产程序不应取代这些规则。]¹³
3. 立法条文不适用于涉及[此处标明由本国特别破产制度管辖并且本国希望将其排除在立法条文适用范围之外的任何类别的实体，例如银行或保险公司]的程序。¹⁴

2. 评注草案

概述

1. 立法条文的适用范围与“破产程序”¹⁵和“启动破产程序”的概念相关联。¹⁶贸易法委员会破产法规列出了一个程序要被视为“破产程序”必须满足的要件累积清单：(a)集体程序（司法或行政）；¹⁷(b)根据与破产有关的法律（包括公司法）；¹⁸(c)在法院（包括债务人留任）的控制或监督下；¹⁹(d)涉及陷入严重财务困境或破产的债务人（自然人或法人）；²⁰以及(e)目的是将该债务人作为一个商业实体进行清算或重整。²¹
2. 贸易法委员会破产法规所谓“破产程序”包括：(a)“清算”，系指依照破产法变卖和处分资产以分配给债权人的程序；²²(b)“重整”，系指采用各种手段恢复债务人企业的良好财务状况和活力并使之继续经营的过程，其中可以包

¹³ 根据工作组提出的意见重新起草（同上，第 60 段）。

¹⁴ 根据工作组提出的意见添加（同上，第 61 段）。

¹⁵ 《贸易法委员会破产法立法指南》中的《术语表》（“《指南》”和“《术语表》”），术语(s)和(u)，二者一起、还要结合第一部分第 2 段中提供的解释一起解读；《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法颁布指南》（《破产判决示范法颁布指南》），第 22、48 和 49 段；以及《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布及解释指南》（《颁布及解释指南》），第 48-51 和 65-80 段。

¹⁶ 《指南》建议 14-29。“[破产]程序的启动”：无论是由法规还是由司法判决确定的破产程序的生效日期（《术语表》，术语(h)）。

¹⁷ 《颁布及解释指南》，第 69-72 段。

¹⁸ 《颁布及解释指南》，第 73 段。

¹⁹ 《指南》建议 112，和《颁布及解释指南》，第 71、74-76 和 86 段。

²⁰ 《颁布及解释指南》，第 1、48、49、65 和 67 段，交叉提及《指南》建议 15 和 16，其中规定了启动破产程序的标准。债务人申请启动破产程序的标准如下：债务人在债务到期时一般或将无能力偿付其债务或其负债超过其资产价值（《指南》建议，在简易破产程序中，应允许符合条件的债务人在财务困境的早期阶段申请启动简易破产程序，而不需要证明破产（建议 294））。债权人申请启动破产程序的标准如下：债务人一般无力偿还到期债务或债务人的负债超过其资产价值。

²¹ 《颁布及解释指南》，第 77-78 段。

²² 《术语表》，术语(w)。

括免除债务、重订债期、债转股以及将企业（或其中部分）作为运营企业出售；²³(c)“快速重整程序”，其中结合了两个方面的程序，一方面是自愿重组谈判和接受计划，另一方面则是根据破产法实行快速程序，以便法院确认该计划；²⁴(d)简易破产程序；²⁵以及(e)临时程序、重组程序和法院可逐案确定的符合上述要件累积清单的任何其他程序。²⁶

3. 不符合上述要件的任何其他程序均不属于立法条文的适用范围。例如，由某个或一组特定债权人启动的讨债程序或（破产财产）接管（程序），或在未载解决其他债权人债权规定的停业清理或保全程序中收集资产，均被排除在外。²⁷对于不寻求重组其财务事务而是解除其法律地位的有偿付能力的实体的司法或行政程序，也不包括在内。²⁸债务人与其某些债权人之间纯粹在合同基础上就某些债务采取的财务调整措施或安排，如果通过谈判不能启动根据破产法进行的破产程序，也将在立法条文的范围之外。²⁹此外，目的仅在防止资产挥霍浪费而不是清算或重整破产状态的程序，以及旨在防止损害投资者而不是所有债权人的程序，也被排除在外。³⁰

第 1 款

4. 立法条文的重点是确定管辖法律的规则。该法律管辖：(a)破产程序的管辖权、资格和程序方面，如破产程序的启动、进行、管理和终结；(b)破产程序对启动前权利和债权的效力（即在破产程序中如何对待每项此类权利和债权）；以及(c)启动后的权利、债权、诉讼和争议。

5. (a)项涵盖的问题例如包括：启动标准；启动破产程序的通知；拒绝申请或驳回程序；程序的类型；程序的步骤；程序的转换；监督和批准要求和机制；以及申报、核实和认定债权的程序。

6. (b)项涵盖的问题例如包括：债权之间的相对位置（即排序和优先权）；撤销交易；以及为实现破产程序的集体目标而可能对启动前权利和债权进行的限制和修改（例如中止程序³¹或排序居次）。它们包括破产程序对根据在破产程序启动前订立、有效和可发生效力的仲裁协议启动仲裁程序的权利的有效性和效力的影响，以及对强制执行在破产程序启动前获得的仲裁裁决所产生的有效和可产生效力的权利和债权的影响。

²³ 《术语表》，术语(kk)。

²⁴ 见《指南》建议 160 之前关于立法条文目的的案文；和《颁布及解释指南》，第 75 段。

²⁵ 《指南》，第五部分。

²⁶ 关于临时程序，见《颁布及解释指南》，第 79-80 段。关于重组程序，见《贸易法委员会跨国破产示范法判例法摘要集》，第 11 段，第 2 条之下。

²⁷ 《颁布及解释指南》，第 69 段。

²⁸ 《破产判决示范法颁布指南》，第 22 段；和《颁布及解释指南》，第 48 和 73 段。

²⁹ 《颁布及解释指南》，第 78 段。

³⁰ 《颁布及解释指南》，第 77 段。

³¹ “程序的中止”：为防止对债务人的资产、权利、义务或负债启动法律诉讼、行政诉讼或其他个人行动，或为中止此种诉讼或行动，包括旨在使担保权益具有对抗第三方效力的行动或强制执行担保权益的行动，而采取的措施；并防止对破产财产的资产加以执行，终止与债务人的合同，以及转让、抵押或以其他方式处分破产财产的任何资产或权利（《术语表》，术语(rr)）。

7. (c)项涵盖的问题例如包括：因使用和处分破产财产资产和启动后融资而产生的权利和债权；破产管理人的权力、职责、职能和责任以及对破产管理人行动的质疑；行政费用的确定和授权；对重整计划的质疑；以及清偿债务。

第 2 款

8. 如立法条文第 2 款所述，立法条文并不制定规则来确定哪一法律适用于破产程序启动时已存在的权利和债权的有效性和效力。为确定这一法律，控制或监督破产程序的法院或裁定破产相关事项的另一法院（例如，根据与债务人签订的合同中的管辖权条款）将适用其国家的国际私法规则，包括对该国生效的任何国际公约或其他协定。这种做法反映在《贸易法委员会破产法立法指南》³²（“《指南》”）的建议 30 中。例如，通常由管辖合同的法律来确定是否存在针对破产债务人的一项合同债权以及该债权的数额；以及财产所在国的法律（物所在地法³³）将确定是否在不动产上为某个特定债权人设定了担保权益。这些立法条文并不取代那些国际私法规则和适用这些规则所产生的适用法律。

9. 然而，正如上文立法条文第 1 款的评注所指出的，破产程序对启动前权利和债权产生影响，这些影响属于管辖法律，而不是国际私法规则。³⁴

10. 因此，立法条文不规定资产本地化规则。这些规则是国际私法规则的一部分，因此对评估破产程序启动时已存在的权利和债权的有效性和效力有相关性。³⁵其他国际文书也对其适用。³⁶

11. 同样，立法条文也不规定管辖权规则。³⁷管辖权规则尽管与管辖法律相关，特别是在跨国界破产程序效力的承认和执行方面，但在其他法规中涉及，包括贸易法委员会破产法规。³⁸例如，《指南》建议破产法应当具体规定哪些债务人与一国的关联足以使之归属其破产法管辖，以及债务人可归属破产法管辖的理由，包括债务人在该国设有主要利益中心或营业所。³⁹

12. 同样，立法条文也不为可能同时进行的程序之间的资产分配制定规则。其他国际文书可能涉及这些方面。⁴⁰

第 3 款⁴¹

13. 制定立法条文是为了适用于任何破产程序，但第 3 款设想了颁布国可能希望将某些事项排除在其范围之外的可能性。与《跨国界破产示范法》和《企业

³² 可查阅：《贸易法委员会破产法立法指南》| 联合国国际贸易法委员会。

³³ 《术语表》，术语(y)。

³⁴ 关于贸易法委员会和其他国际文书承认破产程序对启动前权利和债权的影响的例子，例如见《指南》的建议 3 和 88；《贸易法委员会担保交易立法指南》建议 223 和《贸易法委员会担保交易示范法》第 94 条的评注；以及《统法协会中介证券实体规则公约》第 14.2 条。

³⁵ [A/CN.9/1126](#)，第 40 和 62 段。

³⁶ 例如，《贸易法委员会担保交易示范法》第 90 和 91 条。

³⁷ [A/CN.9/1126](#)，第 62 段。

³⁸ 例如《破产判决示范法》第 14(g)条及其颁布指南第 110-115 段。

³⁹ 见建议 10 及其随附评注。该建议的一个脚注指出，一些法域采用是否存在资产等其他理由，但不建议如此。

⁴⁰ 例如见欧洲议会和欧洲理事会 2015 年 5 月 20 日关于破产程序的（欧盟）《第 2015/848 号条例（重订）》（《欧洲破产程序条例（重订）》），第 15 条。

⁴¹ [A/CN.9/1126](#)，第 61 段。

集团破产示范法》第 1 条第 2 款一样，第 3 款提及涉及银行、保险公司和其他类似实体的程序，作为颁布国可能决定排除在立法条文适用范围之外的程序实例。

14. 在颁布第 3 款时，一国似宜确保它不会无意中和不适当地限制立法条文中所载规则的适用。颁布国似宜保留在所有破产程序中适用相同规则的能力，而不论破产程序发生在哪个部门，也不论破产程序是针对哪个实体启动的。颁布国如果希望指明适用立法条文的可能例外情形，则似宜在第 3 款中明确提及排除在立法条文范围之外的情形，以期使国内破产法更加透明。

C. 定义

5. 立法条文及随附评注草案转载了工作组第六十一届会议收到的案文，对评注草案作了细微的修正，以便反映该届会议上发表的意见。⁴²秘书处认为，鉴于与相关术语有关的未决问题，提议在案文草案的定义部分增加任何术语均为时尚早，例如：

(a) 与工作组审议关于破产程序启动对正在进行或未决仲裁程序处理的影响的管辖法律相关的仲裁法⁴³（见下文 H.3 节，也涉及工作组尚未审议的相关诉讼问题）；

(b) 前几届会议推迟审议的与工作组审议关于破产程序启动对物权的影响的管辖法律相关的物所在地法（见破产诉讼地法清单上的(j)项）；和

(c) 与工作组审议关于临近破产期间董事义务和责任的适用法律相关的公司所在地法。⁴⁴虽然已商定下一份立法条文草案只将与破产程序密切相关的针对董事的诉因纳入破产诉讼地法的范围，但工作组推迟了对如何实现这一目标的审议（见下文关于破产诉讼地法清单(t)项的评注草案）。

1. 立法条文草案

定义

在这些立法条文中：

(a) “破产诉讼地法”系指破产程序启动国家的法律。⁴⁵

⁴² 同上，第 63-65 段。

⁴³ 同上，第 42 段。“仲裁法”主要管辖程序性事项，如仲裁庭为确保其裁决的有效性和可执行性而必须遵循的步骤（例如向当事人送达仲裁通知），以及仲裁庭与其所在法域内的法院之间的关系。仲裁法不是仲裁庭为解决其受理的争议而适用的实体法。

⁴⁴ 本术语没有统一的定义。本术语可指管辖债务人公司法关系或其内部事务的国家法律。见下文脚注 107。

⁴⁵ 在工作组第六十一届会议上，普遍看法是保持该立法条文不变（A/CN.9/1126，第 63 段）。

2. 评注草案

1. 在立法条文中，“破产诉讼地法”应作广义解释，包括开启破产程序的国家的破产法及其与破产有关的非破产法。⁴⁶与破产的充分联系将逐案评估，但与破产有充分联系的非破产法，通常例子包括：(a)涉及破产程序中临近破产期间董事的义务和责任的法律；⁴⁷(b)涉及破产前程序中的债务重组程序的法律；⁴⁸(c)除与破产有关的其他事项外，还可能涉及随后破产中启动前融资处理的担保交易法；(d)可能涉及在个人企业经营者破产程序中如何处理共同拥有资产的家庭法；(e)涉及工人权利、劳动债权处理和排序以及破产情况下冗员处理的劳动法；(f)涉及公共债务处理和排序的税收和社会保障立法；以及(g)可能对某些资产的外国所有权或外国投资者在某些经济部门的经营（例如，在债转股或作为运营企业出售企业（或其一部分）的情况下，这将是相关的）施加限制的外国投资法。

2. 如破产诉讼地法服从另一国的法律，提及这一点要解释为只是提及该国的国内实体法，不包括其国际私法规则，即不包括反致。这与其他国际法规中采取的做法是一致的。⁴⁹这种做法的目标是促进适用法律的确定性。此外，提及外国法律不包括该国的公法，即与外国行使主权权力有关的法律。然而，破产诉讼地法可以涉及外国公共债权（例如税收和社会保障债权）的处理和排序问题。⁵⁰提及外国法律也不包括程序法，因为法院均适用自己的程序法，而不适用其认为是程序性的任何外国规则。正如这些立法条文在相关情况下所讨论的那样，视法律制度而定，有些事项（例如抵销或时效期）可以定性为实质性或程序性事项。立法条文指出了在破产程序中管辖这些事项的法律。

D. 国际义务优先

6. 工作组在第六十一届会议上一致认为，有必要列入一项关于国际义务优先的条文，除非最后案文采取补充贸易法委员会破产示范法的形式，因为在贸易法委员会破产示范法中已有这类规定。⁵¹鉴于这一悬而未决的问题，秘书处认为就这一事项起草一项条文和随附评注为时过早。如果有必要列入，该条文及其随附评注可立足于《跨国界破产示范法》、《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》（《破产判决示范法》）⁵²和《企业集团破产示范法》的第3条及其随附评注。正如工作组所建议的，该条文的评注可加以扩展，提及处理

⁴⁶ 在工作组第六十一届会议上，普遍看法是将“与破产有充分联系的”改为“与破产有关的”（同上）。

⁴⁷ 在工作组第六十一届会议上，普遍看法是改写(a)项，提及破产程序中董事的义务和赔偿责任（同上，第64(a)段）。

⁴⁸ 在工作组第六十一届会议上，普遍看法是改写(b)项，提及破产前程序中的债务重组程序（同上，第64(b)段）。

⁴⁹ 例如见《海牙代理法律适用公约》第5、6和11条中提及“国内法”的文字。

⁵⁰ 例如见《跨国界破产示范法》第13条第2款及其脚注b，还有《颁布及解释指南》，第119-120段。

⁵¹ A/CN.9/1126，第54段。

⁵² 联合国出版物。出售品编号 E.19.V.8。可查阅：《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》（2018年）| 联合国国际贸易法委员会。

破产程序中法律冲突的条约和其他国际协定，如《移动设备国际利益公约关于航空器设备特有事项的议定书》（2001年，开普敦）（“《航空器议定书》”）⁵³和欧洲议会和欧洲理事会2015年5月20日关于破产程序的《第2015/848号条例（欧盟）》（重订）（“《欧洲破产条例》重订”）。⁵⁴

E. 公共政策例外

7. 该立法条文和随附评注草案与工作组第六十一届会议上的案文实质相同。在此届会议上，工作组没有审议替代外国法律的预期结果：破产诉讼地法是否将适用于所有情况，或者法院是否将有裁量权选择一个在利益关系上比所选法域或破产诉讼地法更加重大的法域的法律。工作组似宜在第六十二届会议上审议。

1. 立法条文草案

公共政策例外

根据这些立法条文确定的法律，只有在适用效果明显⁵⁵与本国公共政策背道而驰的情况下，才可拒绝予以适用。

2. 评注草案

1. 立法条文包括一项公共政策例外，其目的是允许颁布国法院在适用某项外国法律明显违背本国公共政策的情况下不适用该外国法律。

2. 由于公共政策的概念根植于国家法，并且可能因国而异，因此没有试图对这一概念规定统一的定义。然而，由于立法条文涉及国际合作事项，公共政策的理解应当比国内公共政策更严格。这一意图在立法条文中借“明显”一词表达出来。其目的是强调，对公共政策例外应当加以狭义和限定性的解释和适用，只有在涉及对颁布国至关重要的事项的特殊情况下才能援引。不论程序的类型（清算或重整）如何，均应对例外作同样狭义和限定性的解释。

3. 在每个具体案例中，将联系这些立法条文指定的外国法律的适用效果来确定公共政策。如果适用于案件事实的相关外国规则会侵犯国家的安全或主权，或产生的结果严重背离颁布国的基本正义概念，以致其适用会令人无法容忍地冒犯颁布国的基本价值观（例如，为实现政治目标而适用破产程序启动国家的法律，或实际上使非法计划合法化的国家的法律（例如，规避强制性适用的法律和义务，如环境、人权和其他社会责任）），预计可以引用这一例外。

⁵³ 可查阅：www.unidroit.org/instruments/security-interests/。

⁵⁴ 对欧洲联盟（欧盟）成员国具有约束力并直接适用。适用范围限于针对主要利益中心位于欧盟的债务人进行的破产程序（见叙文第25段）。《欧洲破产条例》（重订）替换和取代了欧洲理事会2000年5月29日关于破产程序的第1346/2000号条例，原条例基于《欧洲破产程序公约》（1995年11月23日，布鲁塞尔），未生效。《欧洲破产条例》（重订）第7至18条载有关于破产程序适用法律的规则。

⁵⁵ 在工作组第六十一届会议上，针对从立法条文草案中删除“明显”一词的建议，普遍看法是保留该词（A/CN.9/1126，第66段）。

F. 解释

8. 工作组在第六十一届会议上一致认为，有必要列入一项关于解释的条文，除非最后案文采取补充贸易法委员会破产示范法的形式，因为在贸易法委员会破产示范法中已有这类规定。⁵⁶鉴于这一悬而未决的问题，秘书处认为就这一事项起草一项条文和随附评注为时过早。如果有必要列入，该条文及其随附评注可立足于《跨国界破产示范法》和《破产判决示范法》的第8条以及《企业集团破产示范法》第7条及其随附评注。正如 A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1 号文件第62段所指出的那样，可在今后的评注中列入其他内容，以便反映该项目的独特范围，特别是适用立法条文可能导致适用外国法律，并因此导致确定和核实该法律以及外国法律文化、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。应避免这种倾向，以实现对立法条文的统一解释和适用。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。

G. 破产程序中默认适用的法律：破产诉讼地法

9. 除了关于破产诉讼地法的立法条文草案及下文所附其评注中指出的未决问题外，工作组还似宜回顾：

(a) 推迟了审议在同时进行的程序（破产和非破产）中产生的管辖法律问题，包括与《跨国界破产示范法》第29条相关的问题（例如，遵从外国主要程序的破产诉讼地法，包括在程序中止的范围、期限、修改和终止方面）；⁵⁷

(b) 工作组第六十一届会议上的普遍看法是，在工作组完成对管辖破产程序中数字资产处理的法律的审议之前，等待统法协会关于数字资产和私法的工作取得成果。⁵⁸工作组似宜注意到，在编写本文件时，统法协会尚未完成其关于该项目的工作，正在公开征求关于草案的意见；⁵⁹

(c) 关于与不动产有关的合同，破产诉讼地法是否应有例外，工作组听取了各种不同的意见；⁶⁰

(d) 还指出，有必要处理个人破产所产生的具体问题。⁶¹

10. 与此同时，工作组一致认为，在破产程序中对知识产权和许可的处理不需要实行破产诉讼地法例外。⁶²

⁵⁶ 同上，第55段。

⁵⁷ 同上，第68-72段。

⁵⁸ 同上，第39段。

⁵⁹ 数字资产与私法—公开征求意见—统法协会。

⁶⁰ A/CN.9/1126，第49段。

⁶¹ 同上，第72段。

⁶² 同上，第38段。

1. 立法条文草案

作为默认法律的破产诉讼地法管辖破产程序的启动、进行、管理和终结的所有方面及其效力

除这些立法条文中另有规定外，破产诉讼地法应管辖破产程序的启动、进行、管理和终结的所有方面及其效力，包括：

- (a) 确定可能须进入破产程序的债务人；
- (b) 确定何时可以启动破产程序和可以启动的程序类型、可以申请启动的当事方以及启动标准是否应当因申请启动的当事方而异；
- (c) 破产财产的组成和范围；
- (d) 保护和保全破产财产[，包括中止程序的范围、期限、修改和终止]；⁶³
- (e) 资产的使用和处分；
- (f) 重整计划的提出、批准、确认和执行；
- (g) 撤销可能有损于某些当事方的某些交易；⁶⁴
- (h) 合同的处理，包括自动终止条款和加速条款（当然条款）；⁶⁵
- (i) 抵销的处理；
- (j) [对有担保债权人的处理；]⁶⁶
- (k) 债务人的权利和义务；⁶⁷
- (l) 破产管理人的职责和职能；⁶⁸
- (m) 债权人和债权人委员会的职能；
- (n) 债权的处理；⁶⁹

⁶³ 工作组在第六十一届会议上推迟审议与本项目有关的一些问题，包括是否应将中止程序列为一个单独项目（同上，第 68-72 段）。

⁶⁴ 工作组在第六十一届会议上商定将(g)项保留在破产诉讼地法清单上，但请秘书处相应起草备选案文（同上，第 43 段）。关于备选案文，见修订评注的相关部分。

⁶⁵ 工作组在第六十一届会议上一致认为，关于破产程序的启动如何影响仲裁协议的有效性和效力，破产诉讼地法应是这方面的管辖法律（同上，第 41 段）。破产诉讼地法清单上的这一项目涉及这一问题，这一点在整个评注草案中得到反映。

⁶⁶ 工作组在第六十一届会议上推迟了进一步审议对有担保债权人的处理这一项目（同上，第 48 段）。

⁶⁷ [A/CN.9/1094](#)，第 80 段。在第六十届会议上，工作组推迟审议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。

⁶⁸ 同上。在第六十届会议上，工作组推迟审议在处理破产管理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。

⁶⁹ 工作组在第六十一届会议上一致认为，关于破产程序的启动如何影响仲裁裁决的执行，破产诉讼地法应是这方面的管辖法律（[A/CN.9/1126](#)，第 41 段）。破产诉讼地法清单上的这一项目涉及这一问题，这一点在整个评注中得到反映。

- (o) 债权的排序；⁷⁰
- (p) 与破产程序有关的费用和开支；
- (q) 收益的分配；
- (r) 程序终结；
- (s) 解除债务；和
- (t) （作为破产程序结果产生的或实质上与破产程序相关联的）相关诉讼。⁷¹

2. 评注草案

概述

1. 根据立法条文，破产诉讼地法管辖破产程序的所有方面及其效力，除非另有明确规定。由观察所见，实质性破产规则趋同，这应当使得在作为一项规则将破产诉讼地法适用于破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的所有方面上遇到的问题减少。⁷²
2. 立法条文使破产诉讼地法首先适用于破产程序的启动、进行、管理和终结的所有方面。这些方面涵盖：(a)程序事项（如送达通知、召集会议、确定法定人数、确定表决规则或明确规定申报债权的截止日期）；⁷³和(b)所有启动后的权利、义务和债权，即由破产程序产生的债权，如针对破产管理人的债权或与启动后融资、破产财产变现或收益分配有关的债权。
3. 立法条文使破产诉讼地法也适用于破产程序产生的效力，包括对破产程序启动前已经存在的权利、债权和义务的效力。例如，虽然根据《指南》建议 4，某项担保权益，若根据破产法以外的法律规定是有效而可执行的，则在破产程序中将承认是有效而可执行的，但根据破产诉讼地法，担保权的强制执行可被中止，除非和直至法院准予解除中止（见《指南》的建议 46-51）。此外，根据《指南》建议 88，破产法以外的法律规定有效而可执行的担保权益，可以与其他交易一样，受破产法的撤销条款管辖。除了中止程序和撤销之外，破产法还可能要求债权排序居次（例如相关人的债权（见《指南》建议 184））。还可能禁止强制执行某些合同条款（例如，当然条款（见《指南》建议 70）），并赋予破产管理人一定的裁量权，自由处理合同，包括不顾合同中的限制而自由转让

⁷⁰ A/CN.9/1094，第 82 段。在第六十届会议上，工作组参照《指南》建议 30-34 的评注第 84 段，推迟审议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“普通债权”和“等同”这两个术语不明确，需要进一步澄清。

⁷¹ 在工作组第六十一届会议上，普遍看法是保留该项目，但加以修订，使其表述与《破产判决示范法》中类似情况下使用的措辞相一致：“（作为破产程序结果产生的或实质上与破产程序相关联的）相关诉讼”（A/CN.9/1126，第 52 段）。

⁷² A/CN.9/1088，第 86 段。但见 A/CN.9/1126，第 69-72 段：在工作组第六十一届会议上，有一种意见认为，不宜在域外强制实行破产诉讼地法的效力，包括中止程序的效力。工作组推迟了对这些问题的进一步审议。

⁷³ 有些事项（例如，抵销期或时效期）在某些法域被视为程序性的，在其他法域可能被视为实质性的。法院根据各自国家的法律，即破产程序中的破产诉讼地法，作出这一决定。

合同（《指南》建议 83）；使用和处分资产，包括在不带负担和其他权益的情况下出售资产（《指南》建议 52-62）。

(a) 确定可能须进入破产程序的债务人

4. 根据立法条文，破产诉讼地法管辖资格和管辖权问题，以及可根据不同的经济部门、债务人的企业规模、债务人的负债水平或其他标准，规定可能适用的任何特殊破产制度和处理。还确定了确立对债务人的管辖权以及破产程序启动和进行的关联因素。

(b) 确定何时可以启动破产程序和可以启动的程序类型、可以申请启动的当事方以及启动标准是否应当因申请启动的当事方而异

5. 根据立法条文，破产诉讼地法确定启动标准（无论是资产负债表检验标准还是现金流动检验标准，或者两者兼而有之，或者不同的标准或附加标准）。破产诉讼地法还具体规定：(一)可启动某一特定类型破产程序的情形；(二)是只有债务人，还是债权人和其他当事方也将能够申请启动破产程序；(三)申请启动程序的人需要满足的程序步骤和其他要求（例如，在某些法域，只有一定数量的债权人或持有特定债权价值的债权人才能启动破产程序）。破产诉讼地法还界定了拒绝申请和撤销程序的标准，以及确定了关于申请和启动通知的规则，包括通知的内容和发出通知的方式。

(c) 破产财产的组成和范围

6. 根据立法条文，破产诉讼地法确定债务人的哪些资产应包括在破产财产中以及破产财产的组成时间。还管辖对启动后资产的处理（例如，在破产程序启动后获得的资产以及通过撤销或其他行动收回的资产）。

7. 破产程序开启国的非破产法，例如财产法、人权义务、担保交易法、家庭法、民事诉讼法和侵权行为法，可适用于本项目，包括在资产定性（有形财产还是无形财产、动产还是不动产）及相关权利（财产权或合同权）、所有权和其他财产权的确定以及对担保资产、第三方拥有的资产、共同拥有的资产和外国资产的处理方面。

8. 这一项与[破产诉讼地法清单上的另一项——]有担保债权人的待遇密切相关，因为抵押资产可能是也可能不是破产财产的一部分。此外，这一项与国际义务优先的规定密切相关，因为破产程序中对某些资产的处理可能须遵守对其缔约国具有约束力的特别制度。这种制度可确定某一特定资产是否应包括在破产财产中，如果是，那么在并行程序的情况下，则应在哪个破产程序中进行管理。

(d) 保护和保全破产财产[，包括中止程序的范围、期限、修改和终止]

9. 根据立法条文，破产诉讼地法管辖与保护和保全破产财产的措施有关的所有问题，包括临时措施和破产程序启动时的措施（例如中止程序、全部或有限取代债务人或债务人留任制度）。这些问题包括强制推行这些措施的条件、期限和范围，以及寻求和准予免除这些措施和其他保护的理和程序。

10. 在强制执行破产诉讼地法对跨国界保护和保全破产财产的效力方面，特别是在临时措施和中止有担保债权人对担保物或执行物权的强制执行行动方面，

可能会出现困难。颁布贸易法委员会各项破产示范法的国内法可以在某种程度上减轻这些问题，这些法律规定承认外国程序以及承认和执行与破产有关的判决。但以《跨国界破产示范法》为例，其基本原则是，承认外国程序并不意味着按外国法律可能规定的那样扩大外国程序效力的范围。相反，承认外国程序，意味着必需为外国程序附加承认国法律所设想的后果。⁷⁴例如，在承认国，中止和其他救济的范围、期限、修改、暂停或终止是由该国的法律条文决定的，而不是由破产诉讼地法决定的。⁷⁵因此，在破产程序开启地国家和承认国，这些可能是不同的。

11. 然而，根据贸易法委员会破产法规的规定，期望各国在跨国界破产案件中尽最大可能进行合作和协调。⁷⁶实现这种最大限度的合作和协调的手段可以是不同的，包括根据破产法和非破产法向外国程序和外国破产管理人提供协助。此外，贸易法委员会破产法规的一项基本原则是，应当给予为有序公正地进行跨国界破产所认为必需的救济来协助外国程序，无论这种救济是临时性的还是作为承认的结果。⁷⁷《跨国界破产示范法》第 19-21 条规定的救济或第 7 条规定的额外协助可包括遵从破产诉讼地法，包括在中止程序的范围、期限、修改和终止方面，如果承认国的国内法有此规定的话（见《跨国界破产示范法》第 20 条第 2 款和第 21 条第 1 款(g)项）。这种可能的遵从将受到通常的保护，包括公共政策例外和充分保护债权人和其他利益关系人的利益，包括债务人的利益（《跨国界破产示范法》第 6 条、第 21 条第 2 款和第 22 条）。

12. 根据这些目标，贸易法委员会破产示范法建立了防止干预破产诉讼地法效力的保障措施。例如，《破产判决示范法》第 14 条(c)项设想，如果承认和执行与破产有关的判决会干扰债务人破产程序的管理，包括与《破产判决示范法》颁布国可能承认或执行的中止令或其他命令相冲突，则可拒绝承认和执行。这些程序可以是判决所涉的程序，也可以是涉及同一破产债务人的其他破产程序（即并行政程序）。虽然干涉的概念有些宽泛，但该条款举例说明了什么可能构成这种干涉。例如，一般可能出现与中止令不一致的情况是，中止令允许启动或继续进行个别诉讼，其限度是为维护债权所需，但不允许对接着而来的任何判决随后加以承认和执行。出现不一致的情况还可能是中止令不允许启动或继续进行这种个别诉讼，而产生该项判决结果的程序是在发出中止令之后启动的（因此，可能与中止令相违背）。⁷⁸

13. 《移动设备国际利益公约关于航空器设备特有事项的议定书》（2001 年，开普敦）（“《航空器议定书》”）等其他国际法规⁷⁹设想了遵从外国主要程序的破产诉讼地法。

(e) 资产的使用和处分

14. 根据立法条文，破产诉讼地法决定：(一)破产程序对债务人的企业控制权的影响，包括全部或有限取代债务人或债务人留任；(二)使用和处分资产的条款和

⁷⁴ 《颁布及解释指南》，第 194 段。

⁷⁵ 《颁布及解释指南》，第 38 段。

⁷⁶ 例如见《跨国界破产示范法》第四章和《企业集团破产示范法》第二章。

⁷⁷ 《颁布及解释指南》，第 35 段。

⁷⁸ 《破产判决示范法颁布指南》，第 107 段。

⁷⁹ 可查阅：www.unidroit.org/instruments/security-interests/特别见第三十条第 4 款。

限制（例如，债权人通知、法院批准）；(三)破产程序启动后对启动前和启动后融资、未经授权的交易和与相关人的交易的处理，以及对未经授权交易中的对手方提起诉讼的理由；和(四)“正常经营过程”、“相关人”等概念。

15. 破产程序开启国的非破产法可适用于资产的使用和处分，例如：家庭法可适用于债务人（个人企业经营者）与家人共同拥有的资产的使用和处分；禁止或限制某些经济部门外国所有权的法律将决定是否允许向外国人处分资产，如果允许，在何种条件下；担保交易法可以适用于抵押资产的使用和处分及其出售方法；环境法和其他法律可能涉及放弃资产的条件（例如对环境有害的资产或危害公共健康和安全的资产）以及谁有权要求被弃资产。

16. 在强制执行破产诉讼地法对跨国界使用和处分破产财产的效力方面可能会出现困难，例如不动产或债务人在正常经营过程中的付款，后者在各法域中的理解并不一致。如上所述，在保护和保全破产财产[，包括中止程序的范围、期限、修改和终止]的背景下，期望各国尽最大可能合作和协调办理跨国界破产案件，包括管理和监督债务人的资产和事务。

(f) 重整计划的提出、批准、确认和执行

17. 根据立法条文，破产诉讼地法决定计划的性质和形式；何时提出；允许何人制定计划；计划的内容；债权人批准计划；异议债权人待遇；是否需要法院对计划进行确认；计划的效果及其实施。

18. 例如，破产程序开启国的非破产法可适用于：(一)债转股；(二)裁员、修改集体谈判协议以及雇员和工会参与破产程序；(三)外国投资和外汇管制；以及(四)保护机密或商业敏感信息。⁸⁰

(g) 撤销可能有损于某些当事方的某些交易

19. 根据立法条文，破产诉讼地法决定：(一)可撤销的交易类型和免于撤销的交易类型；(二)撤销标准，包括需证明的要素和抗辩；⁸¹(三)可撤销期的期限以及从哪一日期开始追溯；(四)破产程序启动地所在国有权审理撤销权诉讼的法院；(五)谁可以启动撤销，在何种条件下启动；(六)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；(七)撤销权的效力；(八)可撤销交易的对方的责任和违规情况下的补救办法；和(九)在转换程序的情况下是否允许撤销，如果允许，撤销权的范围和可撤销的交易，以及在这种情况下免于撤销的交易。

20. 虽然这些立法条文规定了在劳动合同方面的破产诉讼地法的例外，但它们重申，劳动合同或劳资关系的撤销由破产诉讼地法管辖。立法条文设想的破产

⁸⁰ 在那些规定重整计划获得批准（或必要时予以确认）后结束破产程序的法域中，一般合同法，因此还有这些立法条文范围之外的规则可能适用于重整计划的实施。

⁸¹ 虽然《指南》中没有明确提及，但这些抗辩可包括：交易受破产诉讼地法以外的法律管辖，而该项其他法律不允许在相关案件中以任何方式质疑交易。如果选择该项其他法律是滥用性的，有损于债权人和破产程序中其他当事方的利益，一些国家可选择不准许这种抗辩。

诉讼地法的例外仅涉及在支付或结算系统或受监管的金融市场中发生的支付或交易的撤销。这些情况下的撤销由适用于该系统或市场的法律管辖。

[工作组请秘书处根据《欧洲破产条例》(重订)第16条草拟一份备选案文。⁸²下文提供一份备选案文草案供工作组审议。将对评注草案进行修订,以反映工作组对该事项的审议结果。]

“撤销由破产诉讼地法管辖,除非应予撤销的交易的对手方提供证据证明该交易适用除破产诉讼地法以外的国家法律,而且该项其他法律不允许在相关案件中撤销该交易。

如果确定该另一国的法律与当事方或交易没有实质性关系,没有合理的依据将该法律适用于该交易,并且在相关案件中将该法律适用于该交易将有损于全体债权人和破产程序中的其他利益方,则可不适用这一条文。”]

(h) 合同的处理,包括自动终止条款和加速条款(当然条款)

21. 根据立法条文,破产诉讼地法决定:(一)合同限定;(二)对债务人及其对手方尚未充分履行各自义务的合同(以下称为“延续合同”)的处理,特别是破产管理人决定是否继续履行此类合同还是拒绝或转让此类合同的权利,应当做出这些决定的时间以及拒绝追溯生效的时间;(三)破产法是否优先于自动终止和加速条款(也称为“当然条款”),还是留待一般合同法处理,如果破产法优先,破产管理人是否有权恢复在破产程序启动前刚刚终止的合同,以避免适用破产法的这些优先条款;(四)上文(二)和(三)中破产管理人权力的例外情况;(五)对启动后合同的处理;以及(六)对仲裁协议的处理。

22. 例如,破产程序开启国的非破产法可适用于合同限定、损害赔偿金的计算以及对政府合同和仲裁协议的处理。例如,大多数国家的国际商事仲裁事项将由《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958年,纽约)⁸³(“《纽约公约》”)处理,该公约除其他外,要求各缔约国的法院充分执行仲裁协议并拒绝当事人在违反其将有关事项提交仲裁庭处理的约定的情况下诉诸法院(第二条)。

23. 根据立法条文,某些类型的合同(例如在支付和结算系统或金融市场上)和劳动合同的某些方面(例如合同的拒绝或继续)属于破产诉讼地法的例外情况。

[工作组推迟了对与不动产有关的合同(《欧洲破产条例》(重订)第11条第1款)的审议。评注草案可能需要修订,以反映工作组对该事项的审议结果。]

(i) 抵销的处理⁸⁴

24. 根据立法条文,破产诉讼地法决定破产程序中是否允许抵销,如果允许,则决定允许抵销的义务和条件,特别是:(一)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;(二)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

⁸² A/CN.9/1126, 第43段。

⁸³ 联合国,《条约汇编》,第330卷,第4739号,第3页。还可查阅:《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958年,纽约)(《纽约公约》)|联合国国际贸易法委员会。

⁸⁴ A/CN.9/1126, 第44段。

个合同产生（即不一定是相互或相关的）；以及(三)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。破产诉讼地法还管辖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）。

25. 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。在该项目中使用“处理”一词意在传达这一含义，同时也表明破产程序中的抵销的处理由破产诉讼地法管辖，而不考虑管辖破产程序启动时即已存在的抵销权和债权的有效性和效力的法律。

26. 本项目与清单上的其他项目密切相关，包括：关于保护和保全破产财产[，包括中止程序的范围、期限、修改和终止]的(d)项；关于撤销的(g)项；关于合同的处理的(h)项；和关于债权的处理的(n)项。本项目涉及的还有在由哪项法律管辖破产程序对支付或结算系统或受监管金融市场参与者的权利和义务的效力和撤销权诉讼方面的破产诉讼地法例外。根据这一例外，破产程序对这些系统和市场中抵销权和义务的效力由适用于这些系统和市场的法律管辖。

(j) [对有担保债权人的处理]

[工作组推迟了对本项目的审议。]⁸⁵

(k) 债务人的权利和义务

27. 上文已经指出，根据立法条文，破产诉讼地法决定是实施债务人留任制度还是全部或有限地取代债务人。破产诉讼地法还管辖债务人包括其董事在每种制度和具体破产案件中的权利和义务以及从一种制度转换到另一种制度的条件。

28. 本项目与破产诉讼地法清单上的其他项目相联系，特别是涉及破产财产资产的使用和处分的(e)项，在这种情况下，还与“正常经营过程”的定义和对未经授权的交易的处理相联系。

29. 非破产法可能适用于本项目，特别是在债务人是自然人之时（在这种情况下，人权文书可能涉及对债务人的行动自由、披露债务人的私人通信和其他个人数据保护方面可能施加的限制程度）。破产法与民事和刑事诉讼法也可能有密切的相互作用，例如在披露、审查、搜查和扣押令方面。在跨国界破产情形下，可适用 1965 年 11 月 15 日《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的海牙公约》⁸⁶和 1970 年 3 月 18 日《关于从国外调取民事或商事证据的海牙公约》⁸⁷。

[工作组推迟审议了以下问题：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。]

(l) 破产管理人的职责和职能

30. 根据立法条文，破产诉讼地法管辖破产管理人，包括临时任命的破产管理人的甄选、任命、罢免和替换机制；计算破产管理人服务报酬的方法；法院和债权人在监督破产管理人所做工作方面的作用；以及破产管理人的责任。就后

者而言，特别是在破产管理人必须遵守某些专业标准和条例（例如会计师、律师等）时，则可能适用非破产法。除了破产管理人的一般职责、职能和权力之外，破产诉讼地法还决定在特定案件中赋予破产管理人的权力，其中可能包括代表跨国界程序的权力（《跨国界破产示范法》第 5 条），或在另一国就破产程序开启国发布的与破产有关的判决采取行动的权力（《破产判决示范法》第 5 条），与外国法院和外国代表合作并直接联系（《跨国界破产示范法》第 26 条），以及就外国债权人的债权处理作出承诺（见《企业集团破产示范法》第 28-32 条）。

31. 破产管理人在跨国界履行其职能时，须遵守外国国内法，包括这些国家可能加入的国际条约和其他协定。在那些颁布了贸易法委员会破产示范法的国家，破产管理人可获益于快速直接诉诸外国法院的权利，而无需满足诸如许可证或领事行动等正式要求，也无需为申请以外的任何目的使其自身和外国程序受外国法院的管辖（见《跨国界破产示范法》第 9 和第 10 条）。⁸⁸破产管理人将有资格根据颁布国的法律⁸⁹请求援助；如果满足启动破产程序的国内条件，也有资格请求启动破产程序（《跨国界破产示范法》第 11 条）。⁹⁰在申请承认外国程序时，外国代表可以请求临时救济（《跨国界破产示范法》第 19 条）。在承认外国程序后，可以请求延长该救济或给予额外救济，并有资格就保护、变现或分配债务人资产或与外国程序合作等问题提出请愿、请求或意见（见《跨国界破产示范法》第 12 条）。还可以请求救济，根据承认国的法律提起诉讼，以撤销或以其他方式使不利于债权人的法律行为无效（《跨国界破产示范法》第 23 条），并干预由债务人提起或起诉债务人的程序（《跨国界破产示范法》第 24 条）。

32. 这些条文仅限于规定资格，没有赋予破产管理人具体的权力或权利，也不决定破产管理人将决定采取的行动的必然结果。⁹¹这些事项将取决于外国法律和法院（例如，见《跨国界破产示范法》第 5 条和《破产判决示范法》第 5 条）。例如，如果破产管理人申请救济，是承认国的法院将决定给予哪种救济，破产管理人将服从法院可能就给予的救济要求的条件和承认国的国内法（例如，见《跨国界破产示范法》第 19、21 和 22 条）。这些条文可能对破产管理人根据破产诉讼地法享有的权力施加限制。所发现的通常限制涉及使用和处分债务人位于国外的不动产、将财产移出外国法域以及使用强制措施（例如，为了获取证据、查阅债务人的营业账簿或记录）。在某些法域，破产诉讼地法可能被视为外国代表的权力来源，而承认国的法律可能被视为在当地实施或执行这些权力的权力来源，即使其中一些权力可能不为承认国的法律所熟悉，或者该法律可能对此保持沉默，只要这些权力不为国内法所禁止，并确保对债权人和其他利害

⁸⁵ 同上，第 45-48 段。关于工作组前几届会议对该项目进行审议的情况以及当时提出的问题，见 [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#)，第 39-42 段。

⁸⁶ 关于《公约》现况以及对《公约》所作的声明和保留，见 www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17。

⁸⁷ 关于《公约》现况以及对《公约》所作的声明和保留，见 www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82。

⁸⁸ 《颁布及解释指南》，第 108-111 段。

⁸⁹ 见《跨国界破产示范法》第 7 条和《破产判决示范法》第 6 条；《颁布及解释指南》，第 105 段和《破产判决示范法颁布指南》，第 70 段。

⁹⁰ 《颁布及解释指南》，第 112-114 段。

⁹¹ 《颁布及解释指南》，第 21(d)、115-117、197 和 200-208 段；《破产判决示范法颁布指南》，第 69 段。

关系人的充分保护。这些法域向外国代表提供不同类型的救济，而不仅限于当地破产管理人根据其法律可以获得的救济。在破产管理人的职责和职能方面，国内法实际上可服从破产诉讼地法，但须遵守通常的保障设施。

[工作组推迟了审议以下问题：在处理破产管理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。]

(m) 债权人和债权人委员会的职能

33. 破产诉讼地法管辖种种机制和债权人参与破产程序的程度，特别是是否召开债权人会议或设立债权人委员会以及这些机构在监督破产程序中的作用，如果是的话，何时召开债权人会议或设立债权人委员会；参加这些机构的资格；需要债权人批准的事项；批准的阈值；以及用于寻求批准和确定获得批准的机制。

34. 该项目与前两个项目密切相关，前两个项目涉及债务人的权利和义务以及破产管理人的职责和职能。⁹²该项目还与下一个项目（债权的处理）相关。⁹³

(n) 债权的处理

35. 根据立法条文，破产诉讼地法决定：(一)应当要求哪些债权人申报债权，应当申报的债权类型，除外债权和需要特别处理的债权（例如相关人提出的债权）；(二)申报、核实和承认债权的程序，包括申报债权的截止日期、应向谁申报债权以及申报外国债权的手续；⁹⁴(三)未申报债权的后果；(四)债权估价规则；(五)对有争议的债权的处理；(六)债权的申报和承认的效力；(七)审查与债权有关的裁决（例如，对债权的拒绝或特殊处理）；(八)启动后债权的处理；(九)转换时债权的处理；(十)利息的累计和支付；以及(十一)给予外国债权人处理承诺的规则，包括是否授权破产管理人给予外国债权人此类承诺以便避免开启平行程序，如果允许，则相关正式要求，包括承诺的形式和语言，可对哪些债权作出承诺，以及寻求批准、审查和执行这些承诺的程序⁹⁵（根据《企业集团破产示范法》的规定，如果作出并批准了这种承诺，相关债权将按照它们在未开启的平行程序中得到的待遇来处理）。尽管在这些立法条文中，破产诉讼地法对劳动合同和劳资关系的某些方面有例外，但破产诉讼地法决定劳动债权的地位和处理，但须遵守这些可能的承诺。

36. 可能适用不同的非破产法，例如与有担保债权人债权的处理有关的担保交易法。此外，在处理虚假债权方面，刑法可能与破产法相互作用。《关于废除要求认证外国公文的海牙公约》（1961年10月5日）等国际公约可能适用于外国债权的申报、核实和承认。特殊规则可能适用于对（外国）公共债权和仲裁裁

⁹² 关于债权人和债权人委员会的作用（包括在监督留任债务人和破产管理人方面的作用）的介绍，例如见《指南》建议126-136及随附评注。

⁹³ 债权人在申报债权后可能能够在破产程序中履行某些职能（例如参加债权人会议），而行使其他债权人职能（例如批准重整计划）可能以核实和承认债权为条件。例如，见《指南》建议169-184及随附评注。

⁹⁴ 见《跨国界破产示范法》第13和14条以及《颁布及解释指南》第118-126段的随附评注。

⁹⁵ 例如见《企业集团破产示范法》第28-32条和《欧洲破产条例》（重订）第36条。

决产生的债权的处理。在大多数国家,《纽约公约》将适用于外国和非国内⁹⁶仲裁裁决的处理。

37. 本项目与关于对有担保债权人的处理、抵销的处理以及重整计划的执行的项目相关。⁹⁷

(o) 债权的排序

38. 根据立法条文,破产诉讼地法决定用破产财产清偿债权的顺序,包括破产管理人的债权、破产程序启动后产生的债权以及管理费用和开支。具体规定了将受破产程序影响的债权人类别,以及在优先权和分配方面对这些类别的处理。在设想排序居次的情况下,排序居次的条件和限制由破产诉讼地法管辖。在允许就外国债权排序给予承诺以便避免开启平行程序的情况下,⁹⁸由破产诉讼地法决定相关正式要求,包括承诺的形式和语言,可对哪些债权作出承诺,以及寻求批准、审查和执行这些承诺的程序。根据《企业集团破产示范法》的规定,如果作出并批准了这种承诺,相关债权将按照它们在未开启的平行程序中得到的待遇来处理,包括在排序方面。尽管在这些立法条文中,破产诉讼地法对劳动合同和劳资关系有例外,但破产诉讼地法决定劳动债权的排序,但须遵守此类可能的承诺。

39. 不同的非破产法普遍适用于破产程序中的债权优先权,具体适用于任何特定的破产程序中的债权优先权,包括劳动法(其中可能包含国际劳工公约,适用于这些公约的缔约国);⁹⁹税法;担保交易法和侵权法。特殊规则可能适用于(外国)公共债权的排序。

40. 在承认破产诉讼地法对跨国债权排序的效力方面可能会出现困难,特别是对于公共债权。¹⁰⁰

[工作组参照《指南》建议 30-34 的评注第 84 段,推迟了对以下问题的审议: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“普通债权”和“等同”这两个术语不明确,需要进一步澄清。]

(p) 与破产程序有关的费用和开支

41. 根据立法条文,破产诉讼地法决定与行政费用补贴、费用评估、法院在批准费用方面的作用以及与破产程序有关的成本和费用的分配有关的标准,特别是哪些费用将用破产财产支付,哪些费用可能需要由债权人或其他利益方支付,以及破产管理人个人可能对哪些费用负有责任。破产诉讼地法还决定如何对待其资产和收入来源不足以支付破产程序管理费用的债务人,特别是在这种

⁹⁶ “非国内”一词包括虽然是在执行国作出的裁决,但根据该国法律被视为“外国”裁决,因为程序中有一些外国因素,例如适用另一国的程序法。见《〈纽约公约〉指南》,可查阅 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration>。

⁹⁷ 重整计划通常涉及债权人债权的处理,还可能规定适用法律。

⁹⁸ 例如见《企业集团破产示范法》第 28-32 条和《欧洲破产条例》(重订)第 36 条。

⁹⁹ 例如劳工组织 1992 年《在雇主无偿还能力的情况下保护工人债权公约》(第 173 号)。

¹⁰⁰ 见《跨国界破产示范法》第 13(2)条和随附评注。

情况下是拒绝申请还是使用替代机制来支付破产程序管理费用，如果是，使用哪种机制。破产诉讼地法还决定与第三方供资相关的规则。

42. 本项目与破产诉讼地法清单上的其他项目有关，特别是关于撤销的(g)项、关于合同处理的(h)项和关于债权处理的(n)项。例如，与破产程序有关的费用和开支将包括破产管理人参与影响破产财产的各种程序的费用和开支，例如与有争议债权有关的诉讼或仲裁程序或撤销程序。

(q) 收益的分配

43. 根据立法条文，破产诉讼地法确立了收益分配的规则，对清算和重整，对确定无法进行分配的情况下要采取的步骤来说，这些规则可能不同。¹⁰¹

44. 本项目与破产诉讼地法清单上的其他项目密切相关，特别是关于债权处理的(n)项和关于债权排序的(o)项。如果根据破产诉讼地法允许就外国债权的处理作出承诺以便避免开启平行程序，¹⁰²则相关债权将按照它们在未开启的平行程序中得到的待遇来处理，包括在收益分配方面。

(r) 程序终结

45. 根据立法条文，破产诉讼地法决定程序结束和终结方式、终结的先决条件、要走的程序以及转换是否构成被转换程序的正式终结。破产诉讼地法明确规定可以申请终结程序的当事人；申请和终结裁决是否应当公开；以及是否可以听取债权人对申请的意见。

(s) 解除债务

46. 根据立法条文，破产诉讼地法决定：(一)解除债务的一般条件，包括不可解除的债务；(二)解除债务的程序和先决条件，在不同类型的程序（清算、重整、标准或简易程序）中可能有所不同；(三)解除债务生效的日期；¹⁰³以及(四)拒绝解除债务和撤销已准允解除债务的标准。

47. [跨国界承认和执行破产诉讼地法对解除受另一法律管辖的债务的效力，可能会出现困难。]¹⁰⁴

(t) （作为破产程序结果产生的或实质上与破产程序相关联的）相关诉讼¹⁰⁵

48. (t)项是一个包罗万象的条款，意在涵盖破产诉讼地法清单上未具体列出的、但作为破产程序结果产生的或实质上与破产程序相关联的诉讼。这方面的例子包括：(一)导致对相关人的债权或向相关人提起的债权作特殊处理的与破产

¹⁰¹ 如果程序在重整计划获得批准（或必要时得到确认）后终结，而且收益根据重整计划中所载分配规则进行分配，则一般合同法，因此还有这些立法条文范围之外的规则，将适用于重整程序中的收益分配。

¹⁰² 例如见《企业集团破产示范法》第 28-32 条和《欧洲破产条例》（重订）第 36 条。

¹⁰³ 示范条文前导段中提及的“其效力”意在涵盖在破产期间和结案后准予解除债务的两种情形（A/CN.9/1126，第 74 段）。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ 同上，第 52 段。

有关的调整；以及(二)根据破产法提起的诉讼，追究董事对造成或促成破产的行为的责任。¹⁰⁶

49. 关于针对董事的诉讼，与(k)项所涵盖的始终由破产诉讼地法管辖的破产程序对董事在破产程序期间产生的义务和责任的影响相比，立法条文并未设想破产程序对所有董事在临近破产期间的义务和责任的影响应由破产诉讼地法管辖。在大多数情况下，尽管启动了破产程序，但适用于债务人的公司法关系的法律（公司所在地法¹⁰⁷）将继续对之适用。(t)项意在涵盖在根据破产法启动破产程序时可能产生董事责任的非常有限的理由和针对董事的诉因。在许多法域，这类理由包括不当交易和违反提交启动破产程序申请的义务。除了与破产法和破产程序密切相关的少数情况外，让董事在临近破产期间的义务和责任受约束于破产诉讼地法的追溯效力这种做法将是不合适的。

50. 例如，在一些法域，董事可能会因在发生某些事件后未在法律规定的期限内提交启动破产程序申请而面临刑事责任。在其他法域，可能不适用这种要求，而是鼓励董事参与庭外债务重组谈判。(t)项在对董事适用范围方面的有限解释确保了第二类董事免于承担对其而言是预料之外的但对第一类董事适用并预期承担的责任和义务。面临这类预料之外的责任和义务的风险可能不同，这取决于破产程序是否在以下地点启动：(一)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；(二)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；(三)债务人的营业所；或(四)债务人的资产。破产程序由债权人在非主要利益中心法域启动的，风险更高。在其他情况下，就公司所在地法进行的评估可能类似于对主要利益中心的评估，结果是公司所在地法很可能与破产诉讼地法相同。

51. 此外，如果破产诉讼地法遵循对“董事”的广义解释，例如《指南》第四部分所建议的那样，¹⁰⁸则可能适用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。一些董事（例如，机构放贷人）可能不受外国破产诉讼地法的约束。

H. 破产诉讼地法的例外

1. 劳动合同和劳资关系

11. 工作组商定对该立法条文草案修订如下。对评注草案进行了修订，以便反映这些改动。¹⁰⁹

¹⁰⁶ 同上，第 50 和 73 段。

¹⁰⁷ 对公司所在地法没有统一的理解。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，对后者的理解也不统一。根据“组建地”做法，公司成立或组建所在法域的法律适用于该公司治理的所有方面；根据“实际所在地”做法，公司的“实际”所在地（即其管理和控制中心）的国家的法律管辖这些事项。

¹⁰⁸ 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）。

¹⁰⁹ A/CN.9/1126，第 75-79 段。

(a) 立法条文草案

管辖破产程序对劳动合同和劳资关系的效力的法律

破产程序对劳动合同和劳资关系的效力应由适用于该合同或该关系的法律管辖。¹¹⁰

(b) 评注草案

1. 根据本立法条文，破产程序对劳动合同和劳资关系的效力受适用于这些合同和关系的法律管辖。提及该法律意在包括劳动法、破产法和可能与劳动合同或劳资关系有关的任何其他法律。
2. 本条文所载例外不包括对劳动债权的处理和对劳动债权的排序。破产诉讼地法（如果不同于适用于劳动合同或劳资关系的法律，以下称为“外国破产诉讼地法”）仍然对其适用。这同样适用于合同或关系作为劳动合同或劳资关系限定以及劳动合同或其任何部分的撤销（例如，由于在临近破产期间变更债务人与首席执行官或其他管理人员之间的劳动合同或劳资关系而产生的不合理的全套薪酬）。然而，如果破产诉讼地法授权就外国劳动债权作出承诺以便避免开启平行程序（见上文破产诉讼地法清单上(n)、(o)和(q)项的评注），相关劳动债权可按照它们在未开启的平行程序中得到的待遇来处理。
3. 立法条文中所载破产诉讼地法适用例外的理由是，劳动合同和劳资关系会引起许多社会经济政策方面的考虑。出于这一原因，各国通常设计一种特殊制度来处理破产中劳动合同和劳资关系产生的问题。在一些破产法中，保持就业的连续性优先于破产程序的其他目标，如为了所有债权人的利益实现破产财产价值的最大化。可以证明这一点的证据，就是侧重于将企业作为运营企业出售，转移现有的雇用义务，而不是侧重于清算或重整，在清算或重整中，可能会改变或终止这些义务。法律的强制性规定，包括国际条约中的规定，¹¹¹可能：保护工人免遭不公平的解雇和歧视；为工人规定财务安全网；对否决或变更劳动合同¹¹²以及实施裁员的条件施加限制（包括事先通知相关国家机关）；并确保工人有权适当了解破产程序引发的、影响其就业地位和权利的所有事项。清算和重整可以适用不同的制度。例如，在某些国家，在清算和重整中将企业作为运营企业出售的情况下，雇员跟随企业走，而在其他国家中，只有在重组中，雇员才能跟随企业走。
4. 立法条文旨在减少破产程序中有关处理劳动合同和劳资关系的不确定性或不一致的风险，如果破产程序对这些事项的效力受外国破产诉讼地法管辖，这种风险就会增加。为工人的期望提供更大的确定性和一致性理所当然，因为工人通常比雇主处于相对较弱的谈判地位，尤其是在没有集体谈判协议的情况下。此外，工人可能不熟悉破产程序和雇主发生财务困难时给予他们的保护，仍然可能不了解和不知道与其就业状况有关的计划。破产程序可能被用来削弱

¹¹⁰ 工作组在第六十一届会议上商定该措词（同上，第 79 段）。

¹¹¹ 例如见劳工组织 1982 年《终止雇用公约》（第 158 号）。

¹¹² 见《指南》建议 71 和随附评注。

对他们的保护，例如，在将企业作为运营企业出售，取消繁重的雇用合同可能会提高售价之时，或者在债务人利用破产申请作为免除劳动合同或劳资关系产生的繁重义务的一种手段的情况下。

5. 尽管如此，立法条文中采取的做法可能会消除继续企业运营、维持就业和保障工资可能期望和必要的灵活性，特别是在重整中。如果债务人的工人适用不同的劳动合同或劳资关系处理安排，这种做法还可能妨碍破产程序的有效进行和管理。例如，如果债务人有处于在不同法域的工人，而当地劳工法强制适用于劳动合同或劳资关系，那么就需要对所有这些不同的安排进行评估。在可以自由选择适用于劳动合同或劳资关系的法律的情况下，也可能出现这种需要。这种自由通常伴随着保障措施，以保护工人免受他们自己但可能是被迫或不知情地同意所选择法律的不利后果。这些保障措施可能因法域而异（例如，在竞业禁止条款方面），但通常包括保障法律选择的结果不得剥夺工人依规定所得的保护，也不能根据在没有选择的情况下本来会适用的法律（对许多国家来说，将包括对其具有约束力的国际劳工条约的条款以及宪法保障），或者与劳动合同或劳资关系有更多联系的法律通过协议手段而减损这种保护。

6. 然而，如果没有这一例外，破产程序对处理劳动合同和劳资关系的效力最终可能受破产程序法的管辖，而破产程序法可能只发挥协调作用，与所涉劳动合同或劳资关系没有关系或关系非常遥远。这就需要协调外国破产诉讼地法、所选择的法律（如果适用）和在任何情况下均会强制适用的法律为工人规定的保护。设想适用法律的组合或等级可能是另一种解决办法，但在保持灵活性的同时，这也可能会妨碍破产程序的有效进行和管理，因为人们期望法院对适用各种劳工制度的影响进行比较。

7. 公共政策例外将允许法院撤换明显违背其国家公共政策的外国法律（例如，实际上使现代奴隶制合法化的外国法律，等等）的适用。

2. 支付或结算系统以及受监管的金融市场

12. 工作组在第六十一届会议上商定 [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#) 号文件第 58 段所载立法条文草案在“金融市场”之前添加“受监管的”一词，并删除“仅”字。¹¹³立法条文草案反映了这一一致意见。

13. 工作组在此届会议上请秘书处在随附评注中反映：**(a)**[A/CN.9/WG.V/WP.179](#)号文件第 50 段中关于解释该例外情形预期范围的内容；**(b)**该例外情形的可能除外情况；以及**(c)**与数字资产有关的方面。¹¹⁴评注草案据此编写，并将在适当时候扩充。工作组似宜考虑，鉴于数字世界中有助于实现网上支付和结算的各种自主和自动化系统，而例外情形可能并不打算对其适用，立法条文本本身是否应更严格地界定例外情形的范围。

¹¹³ [A/CN.9/1126](#)，第 53 段。

¹¹⁴ 同上。

(a) 立法条文草案

管辖破产程序对支付或结算系统或受监管的金融市场参与者的权利和义务的效力以及该系统或市场中的撤销权诉讼的法律

破产程序对支付或结算系统或受监管的金融市场参与者的权利和义务的效力，应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。

(b) 评注草案

1. 根据本立法条文，破产程序对支付或结算系统或受监管金融市场的参与者的权利和义务的效力以及该系统或市场中的撤销权诉讼应由适用于该系统或市场的法律管辖。

2. 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 and 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。¹¹⁵这种多米诺效应通常被称为系统性风险。¹¹⁶

3. 在立法条文中列入“受监管”一词可表明，除支付和结算系统之外，该例外仅适用于受监管的金融市场，即受市场运营所在国监管机构监督或管控的金融市场。此类监管机构的主要职能是保护公共利益。这些市场受到监管这一事实使得在破产情况下更容易确定这些市场以及这些市场的参与者的身份，因为受监管的市场通常有义务进行自我登记并确定其参与者身份。这些登记和身份要求可能有助于严格界定例外情形应适用于有关市场的情况。

4. “支付和结算系统”与受监管的金融市场分开提及，因为虽然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，但也可以在任何金融市场之外自主运作。与金融市场不同，支付和结算系统在立法条文中没有用“受监管”一词来限定。这是因为，支付和结算系统不同于金融市场，很少受到监管。但支付和结算系统被列入例外情形，因为尽管不受监管，但许多被认为具有系统重要性。一个系统的故障可能产生不可预测的结果，包括整个链条发生故障，其规模之大，使得监管机构有必要对本来不受监管的系统进行干预，以便保护公共利益。

5. 例外情形所涵盖的系统和市场不能容忍择地诉讼的风险和管辖法律的不可预测性，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

¹¹⁵ A/CN.9/1094，第 87 段。

¹¹⁶ A/CN.9/WG.V/WP.179，第 50 段，其中交叉引用《指南》建议 101-107 的评注（特别见该评注第 213 段）。

算系统以及受监管金融市场的所有运作适用一部法律，才能保证确保例外情形所涵盖的系统和市场顺利和正确运作所需的法律确定性。

6. 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。对这些标准的任何偏离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。

7. 立法条文中所载的例外情形适用于符合上述标准的数字系统和市场。该例外情形不适用于[有待详细说明，以反映工作组对这些事项的进一步审议结果（见上文第 13 段条文草案之前的内容）]。

3. 正在进行中或未决仲裁程序

14. 在第六十一届会议上，普遍看法是规定仲裁法是管辖破产程序对正在进行中或未决仲裁程序的效力的法律。因此，立法条文草案可行文如下：

管辖破产程序对正在进行中或未决仲裁程序效力的法律

破产程序对正在进行中或未决仲裁程序的效力应由仲裁法管辖。

15. 一些代表团注意到工作组在该届会议上仅审议了上述规则所依据的《欧洲破产条例》（重订）第 18 条的仲裁方面，希望工作组下届会议也审议第 18 条涉及的诉讼方面。¹¹⁷鉴于预计工作组将全面审议这些相互关联的问题，秘书处认为起草本立法条文草案的评注为时过早。

¹¹⁷ A/CN.9/1126，第 81 段。