



Distr.: Limited
19 February 2024
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第六十四届会议
2024 年 5 月 13 日至 17 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	3
二. 立法条文及随附评注草案	4
第一章. 总则	4
A. 宗旨和目标	4
B. 立法条文的适用范围	5
C. 定义	9
D. 国际义务优先	12
E. 解释	12
第二章. 管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的法律	13
A. 主要法律：破产法院地法	13
B. 破产法院地法的例外	25
1. 劳动合同和劳动关系	25
2. 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和其他多边交易设施	27



3. 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施之外的终止净额结算	30
4. 正在进行的仲裁程序	32
C. 公共政策例外.....	33
第三章. 承认破产法院地法和外国法院适用的其他法律的效力	34

一. 导言

1. 工作组第六十四届会议临时议程（[A/CN.9/WG.V/WP.191](#)）提供了背景资料，介绍委员会 2021 年第五十四届会议转交工作组的破产程序适用法律项目。¹ 它指出，工作组第六十三届会议（2023 年 12 月 11 日至 15 日，维也纳）审议了 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#) 号文件所载立法条文及随附评注草案，并商定了对该案文某些部分的修订以及进一步审议该案文其他部分的必要性。它还指出，工作组请秘书处起草一份在支付、清算和结算系统以及受监管的金融市场之外的终止净额结算方面的破产法院地法例外规定，并为述及跨国界承认问题的第三章起草条文。²
2. 秘书处在本说明第二章中列出了立法条文和评注的修订草案。工作组对某一条文草案的审议情况以及秘书处建议工作组在审议该条文时应注意的任何其他问题均列于材料草案之前。立法条文和评注草案所附的以粗体显示脚注表明了最近修订出处。这些材料所附的其他脚注将根据最后案文的最终形式酌情保留其中。
3. 除了在所附脚注中具体指出的改动外，秘书处还按照工作组第六十三届会议达成的一致意见，³将案文通篇提及的“非破产法”改为“破产法以外可作为破产法院地法一部分适用的法律”。由于工作组商定优先考虑案文草案第一至第三章中提出的问题，并审议可能出现的企业集团破产和并行程序所产生的问题，⁴因此本草案未就这些问题单独列出一章。
4. 据回顾，工作组在其第六十三届会议上尚未商定该专题的案文最后形式。⁵ 另据回顾，在早先一届会议上，工作组曾商定基于案文将采取示范法形式这一工作设想开展工作。⁶秘书处在本说明中暂时保留了对立法条文的提法，但有一项谅解，即这些提法将在适当时候由适合商定的文书形式的提法所取代。此外，还需要根据案文的最后形式以及该案文与贸易法委员会破产法领域其他案文的关系，对通篇案文作出其他修订。

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.9/1163](#)，第五章。

³ 同上，第 61(a)段。

⁴ 同上，第 81 段。

⁵ 同上，第 41 段。

⁶ [A/CN.9/1126](#)，第 80 段。

二. 立法条文及随附评注草案

第一章. 总则

A. 宗旨和目标

5. 经工作组第六十三届会议修订的序言草案⁷载录如下。工作组建议的相应修正及其他修正⁸载于随附评注。

1. 立法条文草案

序言

这些立法条文的宗旨是提供明确的指导规则，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，包括在承认和救济程序以及在涉及企业集团的程序中，从而实现有效和高效破产程序的关键目标，包括法律的确定的和可预测性。

2. 评注草案

1. 立法条文载有简单明确的指导规则，各国可将其纳入国内法，以确定管辖单一债务人⁹或企业集团¹⁰若干债务人成员的破产程序的启动、进行、管理和终结及其在国内和跨国界（例如在承认和救济程序中）效力的法律。一些国家的法律可能对这些事项保持缄默，而另一些国家的法律可能仅部分涉及这些事项，因此法院只能逐案确定管辖这些事项的法律。

2. 处理立法条文所涵盖事项的国家普遍接受破产程序启动国的法律（破产法院地法）管辖破产程序的程序方面，如破产程序的启动、进行、管理和终结。然而，对于管辖破产程序对某些类型的资产（例如不动产）、权利（例如物权）或债权（例如抵销）的效力的法律，它们引入了破产法院地法的例外情况，而且使用不同的关联因素来确定替代法律。

3. 使破产法院地法跨国界实现效力方面的法律和做法也不统一。1997 年《贸易法委员会跨国界破产示范法》¹¹（《跨国界破产示范法》）、2018 年《贸易法委

⁷ A/CN.9/1163，第 42 段。

⁸ 同上，第 44-47 段。

⁹ “债务人”：已经启动或已经开始进行破产程序的人（该术语的解释取自《贸易法委员会破产法立法指南》（以下简称《指南》）第五部分“术语表”，术语(g)）。

¹⁰ “企业集团”：通过控制权或大比重的所有权而相互关联的两个或多个企业。“企业”：从事经济活动并可受破产法管辖的任何实体，不论其法律形式如何。见《指南》第三部分“术语表”中的术语(a)和(b)；以及《贸易法委员会企业集团破产示范法》（《企业集团破产示范法》）第 2 条(a)和(b)项。

¹¹ 联合国出版物，出售品编号：E.14.V.2。可查阅 https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency。

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》）¹²和 2019 年《贸易法委员会企业集团破产示范法》¹³（《企业集团破产示范法》）仅部分且非明确地涉及这些问题。

4. 这些立法条文的主要宗旨是通过以下方式填补这些空白：(a)确立一项一般规则，即开启破产程序的国家的法律（破产法院地法）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，但有一些例外；(b)解释该法律的含义和范围；(c)规定该规则的少数例外情况；(d)界定每项例外的范围，并具体说明每项例外何时适用；(e)设想以承认破产法院地法和外国法院在外国程序中适用的其他法律的效力的形式对该程序给予救济的可能性；(f)加强旨在尽量减少并行程序启动的措施，并在已经启动这些程序的情况下，协调根据这些立法条文给予这些程序的救济。

5. 因此，这些立法条文增益、补充和扩展了贸易法委员会在破产法领域早先的法规，为受破产程序影响的当事人提高了确定性和可预测性，并提高了这些程序的效率和效力。在此过程中，它们还平衡了各种相互竞争的考虑因素，例如将破产法院地法适用于破产程序中产生的所有问题的好处，以及一些相反的考虑因素，例如在保护劳动合同和劳动关系下的劳动者方面需要可预测性，或者金融稳定以及保护金融市场基础设施免受系统性风险的影响。

6. 立法条文并不涉及确定破产程序启动前已存在的权利或债权的有效性和效力所适用的法律的规则。该法律仍有待于破产程序启动国普遍适用的国际私法（法律冲突）规则（下称“国际私法规则”）来确定。立法条文并不取代这些规则。

B. 立法条文的适用范围

6. 已对立法条文及随附评注草案进行了修正，以反映在工作组第六十三届会议上提出的意见。¹⁴工作组在其第六十三届会议上未审议关于在评注草案第 2 段的基础上添加一项单独的立法条文的建议，¹⁵工作组似宜在其第六十四届会议上对此进行审议。

1. 立法条文草案

适用范围

1. 立法条文为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提供了指导规则，包括在承认和救济程序中以及在涉及企业集团的程序中。

¹² 联合国出版物，出售品编号：E.19.V.8。可查阅 <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/mlj>。

¹³ 联合国出版物，出售品编号：E.20.V.3。可查阅 <https://uncitral.un.org/en/MLEGI>。

¹⁴ A/CN.9/1163，第 48-49 段。

¹⁵ 同上，第 49 段。

2. 立法条文并不取代破产程序启动国的一般国际私法规则，这些规则确定破产程序启动前已存在的权利和债权的有效性和效力所适用的法律。¹⁶

[3. 立法条文不适用于[应具体说明不适用这些立法条文的任何情形，例如涉及受特别破产制度管辖的金融实体和其他实体的破产程序]]。¹⁷

2. 评注草案

概述

1. 立法条文的适用范围与“破产程序”¹⁸和“破产程序的启动”¹⁹的概念相关联。贸易法委员会的破产法规列出了程序被视为“破产程序”须满足的要件累积清单：(a)集体程序（司法或行政）；²⁰(b)依据与破产有关的法律（包括公司法）；²¹(c)受法院控制或监管（包括留任债务人）；²²(d)涉及处于严重财务困境或破产的债务人（自然人或法人）；²³及(e)旨在将该债务人作为一个商业实体进行清算或重整。²⁴

2. “破产程序”包括：(a)“清算”，系指依照破产法变卖和处置资产以分配给债权人的程序；²⁵(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，其中可以包括免除债务、重订债期、债转股以及将企业（或其部分）作为经营中企业出售；²⁶(c)“快速重整程序”，其中结合了两个方便，一方面是自愿重组谈判和接受某项计划，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；²⁷(d)简易破产程序；²⁸以及(e)临时程序、重组程序、在友好阶段拟订并随后在重整或清算阶段得到法院批准的

¹⁶ 同上，第 48 段。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 见《指南》“导言”中的“术语表”，术语(s)和(u)，两个条目应一并阅读，还应结合《指南》第一部分第 2 段中的解释一并阅读；《破产判决示范法颁布指南》（《颁布指南》），第 22、48 和 49 段；以及《跨国界破产示范法颁布和解释指南》（《颁布和解释指南》），第 48-51 段和第 65-80 段。

¹⁹ 《指南》建议 14-29 和建议 292-309。“[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（《指南》“导言”中的“术语表”，术语(h)）。

²⁰ 《颁布和解释指南》，第 69-72 段。

²¹ 《颁布和解释指南》，第 73 段。

²² 《指南》建议 112 和 113，以及《颁布和解释指南》第 71、74-76 和第 86 段。

²³ 《颁布和解释指南》，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。当债务人申请启动破产程序时，标准如下：债务人目前或将来一般无力偿还到期债务或债务人的负债超过其资产价值。与此同时，《指南》建议，在简易破产程序中，应当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，而无需证明破产（建议 294）。当债权人申请启动破产程序时，启动标准如下：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。

²⁴ 《颁布和解释指南》，第 77-78 段。

²⁵ 《指南》“导言”中的“术语表”，术语(w)。

²⁶ 《指南》“导言”中的“术语表”，术语(kk)。

²⁷ 见《指南》建议 160 之前关于立法条文宗旨的案文；以及《颁布和解释指南》，第 75 段。

²⁸ 《指南》第五部分。

企业出售程序²⁹，以及法院可逐案确定为符合上述要件累积清单的任何其他程序。³⁰

3. 不符合上述要件的任何其他程序不属于立法条文的适用范围。例如，由某一个或一组特定债权人启动的收债程序或接管程序，或在未载有解决其他债权人债权规定的清算或保全程序中收集资产，均不包括在内。³¹针对有偿付能力实体提起的司法或行政程序，如果不寻求重组其财务事务，而是解除其法律地位，则也不包括在内。³²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，也将排除在立法条文的范围之外。³³此外，目的仅在防止资产挥霍浪费而不是清算或重整破产财产的程序，以及旨在防止损害投资者而非所有债权人利益的程序，也被排除在外。³⁴

第 1 款

4. 立法条文确立了规则，以确定管辖以下方面的法律：(a)破产程序的管辖权、资格和程序方面；(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处理每项此类权利和债权）；及(c)启动后的权利、债权、诉讼和争议。

5. (a)项所涵盖问题的例子包括破产程序的启动、进行、管理和终结，例如：适用的启动标准；发出破产程序启动通知的要求和程序及其内容；拒绝申请或驳回诉讼的理由和程序及其后果；启动程序的类型；程序的转换；监督审批要求和机制；债权申报、核实和确认程序；资产变现和所得分配程序；以及终结破产程序的程序。

6. (b)项所涵盖问题的例子包括：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（例如程序的中止³⁵或排序居次）。

7. (c)项所涵盖问题的例子包括：因使用和处置破产财产资产、启动后融资和破产管理人的行动而产生的权利和债权；对清算明细表、重整计划或债务清偿提出质疑；以及行政债权和费用的确定和批准。

第 2 款

8. 如立法条文第 2 款所述，立法条文并不取代破产程序启动国的国际私法规则，这些规则确定适用于破产程序启动前已存在的权利和债权的有效性和效力的法律。为确定这一法律，控制或监督破产程序的法院将适用其国家普遍适用

²⁹ A/CN.9/1163，第 49 段。

³⁰ 关于临时程序，见《颁布和解释指南》，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 2 条下第 11 段。

³¹ 《颁布和解释指南》，第 69 段。

³² 《颁布指南》，第 22 段；以及《颁布和解释指南》，第 48 和 73 段。

³³ 《颁布和解释指南》，第 78 段。

³⁴ 《颁布和解释指南》，第 77 段。

³⁵ “程序的中止”：一种措施，用以防止就债务人资产、权利、义务或负债启动司法诉讼、行政诉讼或其他个别诉讼，或用以暂停继续进行此类诉讼，包括为使担保权益具有对抗第三方效力或为强制执行担保权益而提起的诉讼；该措施还用于防止对破产财产资产的执行、债务人合同的终止以及破产财产任何资产或权利的转移、抵押或其他处置（《指南》“导言”中的“术语表”，术语(tr)）。这包括启动仲裁程序和执行仲裁裁决的权利。

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》（《指南》）建议 30 中。³⁶例如，通常由管辖合同的法律确定是否存在针对债务人的合同债权以及该债权的数额；不动产所在地国家的法律将确定是否已在这些资产上设定担保权益。这些立法条文并不取代普遍适用的国际私法规则和适用这些规则所产生的适用法律。然而，破产程序对启动前的权利和债权产生效力（关于这类效力的实例，见上文第 6 段）。³⁷这些效力受根据这些立法条文确定的法律管辖，因此，普遍适用的国际私法规则不适用于这些事项。

9. 立法条文没有确立资产本地化规则。这些规则是普遍适用的国际私法规则的一部分，可在其他国际文书中找到。³⁸

10. 同样，立法条文也没有确立管辖权规则。管辖权规则虽然与这些立法条文所涵盖的事项有关，特别是在跨国界方面，但这些规则在其他法规中述及。³⁹例如，《指南》建议，破产法应当具体规定哪些债务人与该国有足够的联系而受该国破产法管辖，并特别建议，债务人受破产法管辖的理由应当包括债务人在该国设有主要利益中心⁴⁰或营业所⁴¹。⁴²

11. 同样，立法条文也没有确立在并行程序之间分配资产的规则。其他国际文书可能涉及这些方面。

第 3 款⁴³

12. 这些立法条文的拟订是为了适用于符合上文评注第 1 段所列要求的任何破产程序，但立法条文第 3 款允许将某些情况排除在立法条文的适用范围之外。该款假定，各国很可能希望将涉及受特别破产制度管辖的金融实体和其他实体（例如按公法经营的实体）的破产程序排除在立法条文的适用范围之外。由于适用这种特别破产制度，在确定对这些实体启动的破产程序的管辖法律以及这些程序的效力方面，包括在跨国界破产和集团破产中，也可能适用特别规则。⁴⁴

13. 然而，情况不一定如此，特别是考虑到破产法院地法的设想例外情况。认识到各国可能希望保留在所有破产程序中适用相同规则的能力，而不论破产程序在哪个部门进行，也不论破产程序是针对哪个实体启动的，因此第 3 款置于方括号内。这种呈现方式还表明，不鼓励在立法条文的适用范围中纳入过多的例

³⁶ 可查阅 https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law。

³⁷ 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效力的例子，例如见《指南》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 条第 2 款。

³⁸ 例如，《贸易法委员会担保交易示范法》第 90 和 91 条。

³⁹ 例如，《破产判决示范法》第 14 条(g)项以及《颁布指南》第 110-115 段。

⁴⁰ 关于该术语的解释，见《颁布和解释指南》第 144-149 段。

⁴¹ 系指债务人借助人力和物资或服务从事非临时性经济活动的任何经营场所（例如见《跨国界破产示范法》第 2 条(f)项）。

⁴² 见建议 10 及其随附评注。该建议的一条脚注指出，有些国家使用了其他理由，如存在资产，但《指南》并未建议使用这些理由。

⁴³ 工作组第六十三届会议商定使立法条文草案第 3 款与《跨国界破产示范法》第 1 条第 2 款保持一致。评注草案据此起草（A/CN.9/1163，第 48(c)段）。

⁴⁴ 贸易法委员会秘书处正在关注统法协会银行破产工作组的工作，该工作组迄今尚未处理这些问题。如果该项目产生的最后案文将述及这些问题，则可在此列入相互参引。

外情形，因为这可能会无意中产生不良后果。为透明起见，希望将某些情况排除在立法条文适用范围之外的国家最好在立法条文中明确规定这些情况。

C. 定义

7. 在工作组第六十三届会议上，有与会者建议：(a)应当删除“破产法院地法”的定义；⁴⁵(b)应添加“物权”的定义，以及在必要时添加“仲裁地适用法”（即仲裁地点（或仲裁地）的法律）和“仲裁地法”（即仲裁的法律）以及通篇案文反复使用的其他一些术语的定义；⁴⁶及(c)评注草案应作为起草更长定义的基础。按照工作组第六十三届会议商定的意见，秘书处作了修正，增加了新的定义，并将所有定义草案置于方括号内，供工作组进一步审议。⁴⁷

8. 在工作组就与这些术语有关的实质性条文达成最终一致意见之前，秘书处没有就一些新增定义起草评注，例如需要对正在进行的仲裁规定破产法院地法的例外，如果列入这种例外，则需要确定其范围。在物权方面，这一术语的定义及随附评注取自工作组前几届会议收到的材料。⁴⁸

9. 秘书处没有在定义一节中列入案文中使用的其他一些技术术语，例如“终止净额结算安排”或与金融市场基础设施有关的术语，因为考虑到这些术语的定义或解释可能更适合列入使用它们的案文部分（见下文有关章节）。在撤销、抵销和跨国界破产等其他特定情况下使用的术语可能也是如此。

1. 立法条文草案

[定义

在这些立法条文中：

- (a) “仲裁地法”系指管辖仲裁协议的国家的法律；
- (b) “破产法院地法”系指破产程序启动国的法律；
- (c) “仲裁地适用法”系指仲裁发生地国家管辖仲裁事项的法律；
- (d) “物之所在地法”系指资产所在地国家的法律；
- (e) “法人准据法”系指管辖企业实体的组建、经营和解散及其内部治理问题的国家法律；
- (f) “物权”一般系指对特定财产的权利，这些权利也可对第三方强制执行。]

⁴⁵ [A/CN.9/1163](#)，第 50 段。

⁴⁶ 同上。

⁴⁷ 同上，第 53 段。

⁴⁸ 见 [A/CN.9/WG.V/WP.179](#)，第 31-32 段。

2. 评注草案

[仲裁地法和仲裁地适用法]

[将根据工作组关于正在进行的仲裁的破产法院地法例外情况的决定进行起草]。

破产法院地法

1. “破产法院地法”系指破产程序启动国的法律。在立法条文中，该术语应作广义解释，包括开启破产程序的国家的破产法以及可作为破产法院地法的一部分适用于特定破产程序的与破产有关的其他法律。破产法以外的其他法律与破产的相关性将逐案评估，但破产相关法律的通常实例包括：(a)涉及在破产程序中临近破产期间董事义务和责任的法律；(b)涉及破产前程序中债务重组程序的法律；(c)除与破产有关的其他事项外，还可能涉及随后破产中如何处理启动前融资的担保交易法；(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)可能规定在破产时对文化遗产等某些资产给予特殊处理的其他法律；⁴⁹(f)涉及劳动者权利、劳动债权处理和排序以及破产情况下裁员处理的劳动法；(g)涉及公共债务处理和排序的税收和社会保障立法；以及(h)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（例如在债转股或将企业（或其部分）作为经营中企业出售的情况下，这将是相关的）施加限制的外国投资法。

2. 当破产法院地法遵从另一国法律时，这种遵从应理解为只遵从该国的国内实体法，而不是该国的国际私法规则，这意味着没有设想反致情形。这与其他国际法规中采取的做法是一致的。⁵⁰这种做法的目标是促进适用法律的确定性。此外，提及外国法律并不包括该国的公法，即与行使主权权力有关的法律。然而，破产法院地法可涉及外国公共债权（例如税收和社会保障债权）的处理和排序问题。⁵¹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，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。

3. 立法条文通篇提及破产法院地法，因为根据这些立法条文，该法是管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的是主要法律（见下文[将在稍后阶段插入相关条文的相互参引]）。根据《指南》的建议（建议 34），破产法院地法的例外情况数量有限，并在这些立法条文中明确列出。如果根据这些立法条文遵从的另一国法律（例如物之所在地法、法人准据法）在特定案件中不适用（例如由于适用公共政策例外），则破产法院地法也可以默认适用。⁵²

物之所在地法

⁴⁹ A/CN.9/1163，第 54 段。

⁵⁰ 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”的内容。

⁵¹ 例如见《跨国界破产示范法》第 13 条第 2 款及其脚注 b，以及《颁布和解释指南》，第 119-120 段。

⁵² 在工作组第六十三届会议上，有与会者认为，如果物之所在地法和法人准据法不能适用，则应适用破产法院地法，而不是准据法（A/CN.9/1163，第 53 段）。

4. “物之所在地法”系指资产所在地国家的法律。[对于须登记的资产，如船舶或航空器，物之所在地法应理解为系指对掌管登记资产的登记册进行管辖或监督的国家的法律，即对掌管登记册的实体的活动进行监管的国家的法律，如果掌管登记册的实体不受该国监督，则指登记册所在国的法律（*lex libri siti*）。]⁵³

5. 立法条文和随附评注通篇提及了“物之所在地法”，而且是在讨论对某些类型的财产（如不动产）和物权（如担保权）适用破产法院地法的[可能]例外情况时提及的。（对于“物权”一词的定义及其随附评注，见下文[(f)]项和评注。）

法人准据法

6. “法人准据法”是管辖企业实体的组建、经营和解散及其内部治理问题的国家法律，所涉及的问题包括创始人和所有者的权利、义务、责任和负债（如特许资本）、决策和决定（如理事机构、股东大会）以及解决内部治理问题的机制（如股东和管理层之间的纠纷）。这些方面的监管可能因企业实体的类型而异（如合伙企业、封闭式或开放式股份公司）。法人准据法通常可以在公司法、企业法、合伙企业法或企业协会法中找到。

7. 在确定法人准据法方面没有统一的办法。有些国家采用“成立地”办法，还有些国家采用“真实本座”办法，而对后者的理解也不统一。根据“成立地”办法，公司成立或组建所在国家的法律适用于该公司治理的所有方面；根据“真实本座”办法，公司“实际”所在国（即其管理和控制中心）的法律管辖这些事项。虽然与确定主要利益中心的相关因素类似且有关联（见下文关于破产法院地法的(t)项的评注），⁵⁴但用于确定法人准据法的不同关联因素与这些立法条文并不直接相关。立法条文中使用该术语只是为了传达一项原则，即对债务人内部治理事项适用法人准据法不受破产程序启动的影响，但破产程序启动后根据破产法产生的临近破产期间董事义务的极少数方面除外。

物权

8. “物权”一词用于表示可对全世界强制执行的权利，与“对人的权利”相对（这些权利只能对特定的人强制执行）。物权与“有担保的债权”的概念密切相关，后者一般指由特定资产担保的债权。取决于适用法律的分类和术语，某项特定权利可能同时属于这两种表述的范围。各国可以使用另一个或多个术语来表达这些概念。

9. 虽然一项权利是否定性为物权留待国内法处理，但一些法规提供了物权的说明性清单，特别提到：(a)处置资产或让他人处置资产以及从这些资产的收益或收入中获得抵偿的权利，特别是通过留置权或抵押权；(b)使债权得到满足的专属权利，特别是通过对债权的留置权或通过担保转让债权而保证的权利；(c)向违背有权拥有或使用资产的当事人的意愿而占有或使用相关资产的任何人索

⁵³ 方括号内的部分是在工作组审议这一事项之前添加的。工作组第六十三届会议未作审议。见 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)，第6段。

⁵⁴ 例如见《颁布和解释指南》，第145-147段。

要资产或要求恢复原状的权利；(d)有益使用资产的物权；以及(e)在公共登记册中备案并可对第三方强制执行的权利，据此可获得债权人或第三方的物权。^{55]}

D. 国际义务优先

10. 在工作组第六十三届会议上，没有就秘书处建议的起草相关条文的办法发表意见。⁵⁶一旦关于这一专题的最后文书的形式和对该条文的相应需要得到确认，秘书处将据此起草该条文。

E. 解释

11. 在工作组第六十三届会议上，没有就秘书处建议的起草相关条文的办法发表意见。⁵⁷一旦关于这一专题的最后文书的形式和对该条文的相应需要得到确认，秘书处将据此起草该条文。在这一阶段，秘书处还可列入贸易法委员会法规中通常包含的解释规则，即：“或”并非意在表示排他性；使用单数也表示包括复数；“包括”、“包含”、“比如”和“例如”并非意在提供详尽无遗的清单；“可以”表示允许，“应当”表示指示；提及“人”应解释为既包括自然人，也包括法人。

⁵⁵ 见欧洲议会和欧洲理事会 2015 年 5 月 20 日关于破产程序的（EU）第 2015/848 号条例（重订）（《欧洲破产条例》（重订））第 8 条。

⁵⁶ 见 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)，第 7 段。

⁵⁷ 见 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)，第 7 段。

第二章. 管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的法律⁵⁸

12. 针对工作组第六十三届会议就第二章的适用范围提出的问题，⁵⁹秘书处对这一章的标题作了修改。工作组似宜审议这一章的以下介绍性说明：

[第二章载有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的指导规则。它旨在适用于含有外国因素的任何类型的破产程序。这种外国因素可以表现为位于不同国家的债务人资产、债权人或其他利益关系方⁶⁰。所涉程序可以是：主要程序，即在债务人拥有主要利益中心的国家启动的程序；非主要程序，即主要程序以外的破产程序，是在债务人营业所所在国启动的；或其他程序，例如在债务人拥有资产的国家启动的程序。由于外国因素的存在，这些程序可能会在确定管辖破产程序及其效力的法律方面造成不确定性。第二章的条文旨在消除或至少减少这种不确定性。

第三章对本章作了补充，提出了使破产程序启动国确定为管辖破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力的法律具有跨国界效力的机制。该法律可以是破产法院地法，也可以是根据本章所述破产法院地法的例外而确立的其他法律。]

A. 主要法律：破产法院地法

13. 根据工作组第六十三届会议上发表的意见，对立法条文及随附评注草案作了进一步修订。⁶¹特别是，该立法条文草案第 2 款进行了重新起草，以反映其特殊性质和狭窄范围，并参考了《企业集团破产示范法》第 28-32 条。⁶²根据工作组达成的谅解⁶³，经工作组商定，⁶⁴秘书处删除了 A/CN.9/WG.V/WP.190 号文件中相应立法条文草案第 2 款之后的说明性清单，并从该清单中保留了以下项目供工作组进一步审议：(a)项（设想了撤销情形的例外情况）；和(e)项（设想了处理抵销债权的例外情况）。秘书处尚未起草这些新增段落的评注，等待工作组决定是否在案文中保留这些段落，如果决定保留，还要确定其位置和措辞。工作组似宜回顾，工作组第六十三届会议指出，关于终止净额结算安排的破产法院地法拟议补充例外情况（见下文相关一节）与破产法院地法清单上的(i)项相关联。⁶⁵因此，如果已删除的说明性清单中的(e)项要在案文中予以保留，拟议的终止净额结算安排的例外情况也将与(e)项中设想的处理抵销债权的例外情况联系在一起。

⁵⁸ A/CN.9/1163，第 59 段。

⁵⁹ 同上，第 59-60 段。

⁶⁰ “利益关系方”：其权利、义务或利益受破产程序或破产程序中特定事项影响的任何当事人，包括债务人、破产管理人、债权人、权益持有人、债权人委员会、政府主管机构或受此影响的其他任何人。本术语无意将利益受破产程序细微或隐约影响的人视为利益关系方（《指南》“导言”中的“术语表”，术语(dd)）。

⁶¹ A/CN.9/1163，第 61-69 段。

⁶² 同上，第 68 段。

⁶³ 同上，第 74 段。

⁶⁴ 同上，第 69 段。

⁶⁵ 同上，第 72 段。

14. 工作组似宜回顾，工作组已将删除的说明性清单中的其他项目（与不动产、物权和须登记的资产有关的(b)、(c)和(d)项）的审议推迟到闭会期间非正式协商时进行。预计协商期间审议这些项目时还将一并审议本届会议上收到的一项提议，即一旦对债务人启动破产程序，有担保债权人应受物之所在地法的破产法管辖。⁶⁶在第六十四届会议上，工作组可能会听取关于这些协商结果的口头报告。

15. 评注草案中提及破产法院地法效力的跨国界承认和执行方面的困难的部分已从本节评注草案中删除，因为它们与第三章提出的问题更相关。⁶⁷其内容可酌情反映在该章的评注中。工作组推迟了审议与评注草案有关的其他提议，并指出这些提议与案文其他部分相关。⁶⁸案文的相关部分突出说明了这些提议提出的问题。工作组在第六十三届会议上没有采纳在上一届会议⁶⁹上提出的建议，即个人破产所产生的具体问题应在项目中加以处理。

1. 立法条文草案

破产法院地法是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的主要法律

1. 除这些立法条文中另有规定外，破产法院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，包括中止程序的适用及（如果适用）其范围和期限、修改和终止；

(e) 资产的使用和处置；

(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；

(h) 合同的处理，包括自动终止和提前到期条款（破产约定条款）；

(i) 抵销的处理；

[(j) 对有担保债权人的处理]；⁷⁰

(k) 债务人的权利和义务；

⁶⁶ 同上，第 66、67 和 74 段。

⁶⁷ 同上，第 63 段和第 10 节。

⁶⁸ 同上，第 61 段。

⁶⁹ A/CN.9/1126，第 72 段。

⁷⁰ 秘书处将该分项目及随附评注保留在方括号内，指出工作组尚未解决这一问题。见 A/CN.9/1163，第 65-67 段和上文秘书处说明第 14 段。

- (l) 破产管理人的职责和职能；
 - (m) 债权人和债权人委员会的职能；
 - (n) 债权的处理；
 - (o) 债权的排序；
 - (p) 与破产程序有关的费用和开支；
 - (q) 收益的分配；
 - (r) 程序的终结；
 - (s) 债务的解除；以及
 - (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。
- [2. 为尽量减少对同一债务人或企业集团启动外国破产程序，或便于在国内破产程序中处理债权人本可在外国破产程序中提出的债权，法院可选择适用另一国的法律，给予这些债权在如果开启外国破产程序的情况下本可得到的待遇。]⁷¹
- [3. 虽有本立法条文第 1 款(g)项的规定，如果被撤销交易的手方提供证据，证明适用于该交易的一国法律不允许在相关案件中撤销该交易，该其他法律[可以][将][应当]适用，除非其与当事方或交易没有实质性关系，而且也没有其他合理依据将该法律适用于交易。]⁷²
- [4. 虽有本立法条文第 1 款(i)项的规定，如果适用于债务人债权的法律规定债权人有权要求以其债权抵销债务人债权，该法律[可以][将][应当]适用，除非其与该债权没有实质性关系，而且也没有其他合理依据将该法律适用于该债权。]⁷³

2. 评注草案

概述

1. 根据这些立法条文，破产法院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。
2. 立法条文规定破产法院地法适用于破产程序的启动、进行、管理和终结的所有方面。这些方面包括：(a)程序事项（例如送达通知、召开会议、确定法定人数、明确表决规则或明确规定申报债权的截止日期）；⁷⁴及(b)所有启动后（即

⁷¹ 工作组第六十三届会议商定，应重新起草该款，特别是参照《企业集团破产示范法》第 28-32 条，以反映其特殊性质和狭窄范围（A/CN.9/1163，第 68 段）。

⁷² 见上文书秘书处说明第 13 段。

⁷³ 同上。

⁷⁴ 有些事项（例如抵销期或时效期）在某些国家被视为程序性事项，在其他国家则可能被视为实质性事项。法院根据各自国家的法律，如破产程序中的破产法院地法，作出这一决定。

由破产程序产生的)权利、义务和债权,如对破产管理人的债权或与启动后融资、破产财产的变现或收益分配有关的债权。

3. 立法条文规定将破产法院地法的适用范围延伸到破产程序的效力,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,则在破产程序中应被确认为有效而可执行,但根据破产法院地法,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》建议 46-51)。此外,根据《指南》建议 88,按照破产法以外的法律定为有效而可执行的担保权益,可出于与其他交易相同的理由按撤销规定处理。除中止程序和撤销外,破产法还可能要求债权排序居次,例如相关人债权排序居次(见《指南》建议 184)。还可禁止强制执行某些合同条款(例如破产约定条款(见《指南》建议 70)),并在以下方面赋予破产管理人一定的酌处权,使其能够处理合同,包括在合同有限制的情况下转让合同(《指南》建议 83);使用和处置资产,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,破产法院地法管辖资格、管辖权和相关问题,例如哪些债务人与该国有足够的联系而应受其破产法管辖,以及根据债务人经营所涉经济部门、债务人的业务规模、债务人的负债水平或其他标准,应对债务人适用哪种破产制度(如标准或简易)。

(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,破产法院地法确定启动标准(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,或者其他标准或附加标准)。破产法院地法还具体规定:(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)程序启动申请者将需要满足的程序步骤和其他要求(例如在某些国家,只有一定数量的债权人或持有一定债权价值的债权人才能启动破产程序)。破产法院地法还界定了拒绝申请和撤销程序的标准,并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,破产法院地法确定债务人的哪些资产⁷⁵应被纳入破产财产⁷⁶以及破产财产的构成时间。该法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诉讼追回的资产)。

7. 在本项目下,破产法以外可作为破产法院地法一部分适用的法律可能是财产法、人权义务、担保交易法、家庭法、民事诉讼法和侵权行为法,包括在资

⁷⁵ 广义上定义为债务人的财产、权利和利益,包括对财产的权利和利益,无论该财产是否由债务人占有,是有形还是无形,是动产还是不动产,同时还包括债务人在设押资产或第三方拥有的资产上的权益(见《指南》“导言”中的“术语表”,术语(b))。

⁷⁶ 《指南》将“破产财产”定义为需受破产程序支配的债务人资产(见《指南》“导言”中的“术语表”,术语(t))。

产（有形或无形、动产或不动产）及相关权利（财产权或合同权）的定性、所有权和其他财产权的确定，以及对设押资产、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. 该项目与破产法院地法清单上的另一项密切相关，即有担保债权人的处理问题，因为设押资产可能是、也可能不是破产财产的一部分。此外，该项目与国际义务优先的条文密切相关，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，那么在并行政程序的情况下，应在哪个破产程序中加以管理。

(d) 保护和保全破产财产，包括中止程序的适用及（如果适用）其范围和期限、修改和终止

9. 根据立法条文，破产法院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留任债务人⁷⁷制度）。这些问题包括可以强制实施的措施类型、强制实施这些措施的条件、其期限和范围，以及寻求和准予免除这些措施和其他保护的理和程序。

(e) 资产的使用和处置

10. 根据立法条文，破产法院地法决定：(一)破产程序对债务人的企业控制权的效力，包括全部或有限取代债务人或债务人留任；(二)使用和处置资产的条款和限制（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的手方提起诉讼的理由；及(四)“正常经营过程”、“相关人”等概念。

11. 在本项目下，破产法以外可作为破产法院地法一部分适用的法律条文的例子为：(一)家庭法，该法可适用于债务人（个人企业经营者）与家庭成员共同拥有的资产的使用和处置；(二)禁止或限制某些经济部门中外国所有权的法律，此类法律将决定是否允许向外国人出售资产，如果允许，在何种条件下允许；(三)担保交易法，该法可以适用于设押资产的使用和处置及其出售方法；(四)环境法和其他法律，此类法律可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）以及谁有权索要被弃资产；以及(五)文化遗产法，该法可能要求对依法享有特殊保护的资产给予特殊待遇。⁷⁸

(f) 重整计划的提出、批准、确认和执行

12. 根据立法条文，破产法院地法决定重整计划的性质和形式；何时提出计划；允许何人制定计划；计划的内容；债权人对计划的批准；如何对待持异议的债权人；是否需要法院对计划进行确认；计划的效力；及其实施。

⁷⁷ 在《指南》中被定义为重整程序中的债务人保留对经营的充分控制权，因此法院不指定破产管理人（见《指南》“导言”中的“术语表”，术语(I)）。

⁷⁸ A/CN.9/1163，第54段。

13. 破产法以外的其他法律可作为破产法院地法的一部分适用的例子为：(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。⁷⁹

(g) 撤销可能有害于某些当事方的某些交易

14. 根据立法条文，破产法院地法决定：(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；(三)嫌疑期的期限以及从哪一天开始追溯；(四)谁有资格启动撤销，在何种条件下启动；(五)支付撤销诉讼费用的资金来源，包括是否可允许第三方资助以及筹集此类资金的条件和保障措施；(六)撤销的效力；(七)可撤销交易对手方的责任和违规情况下的补救办法；及(八)在转换程序的情况下是否允许撤销，如果允许，撤销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。在破产程序中，“撤销”系指根据破产法的规定采取的诉讼，这些规定准许为了债权人的集体利益而取消破产程序之前发生的关于转让资产或承担债务的交易或以其他方式认定此种交易无效并追回已转让的任何资产或其价值（“术语表”，术语(c)）；以及《指南》第五部分第二节术语(a)。

15. 根据立法条文，撤销在某些情况下属于破产法院地法的例外情况。特别是，据立法条文设想，在支付、清算或结算系统或受监管的金融市场或其他多边交易设施中发生的支付或交易的撤销，属于破产法院地法的例外情况。这些情况下的撤销由适用于该系统或市场的法律管辖。[对终止净额结算安排也设想类似的例外情况：在这些情况下的撤销应由适用于该安排的法律管辖。]相比之下，虽然与劳动合同或劳动关系有关的大多数其他方面（例如拒绝或继续）属于适用于该合同或关系的法律的范围，但没有设想与劳动合同或劳动关系有关的撤销的类似例外情况。破产法院地法仍然是管辖与劳动合同或劳动关系有关的撤销的法律，例如撤销在破产程序启动前作为劳动合同修改的一部分而谈判达成的不合理薪酬待遇。

[这一部分可能需要根据工作组就立法条文草案第3款的决定加以阐述。

此外，工作组似宜回顾，它曾推迟审议关于在上段中添加提及数字资产和电子证券的内容的建议。⁸⁰]

(h) 合同的处理，包括自动终止和提前到期条款（破产约定条款）

16. 根据立法条文，破产法院地法决定：(一)合同的定性；(二)对债务人及其对手方尚未充分履行各自义务的合同的处理，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力，应当做出这些决定的时间以及拒绝的追溯生效时间；(三)破产法是否优先于自动终止和提前到期条款（也称为“破产约定条款”），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

⁷⁹ 在那些规定重整计划获得批准（或必要时予以确认）后结束破产程序的国家中，一般合同法以及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。

⁸⁰ A/CN.9/1163，第61段。

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]。⁸¹

17. 破产法以外可作为破产法院地法的一部分而适用的法律，包括对破产程序启动国具有约束力的国际条约，可能与合同定性、损害赔偿额的计算、对政府合同的处理[以及对仲裁协议的处理]等方面相关。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）⁸²（《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驳回当事方在违反其将有关事项提交仲裁庭处理的约定（第二条）的情况下诉诸法院的申请。⁸³

18. 根据立法条文，某些类型的合同（例如在支付、清算和结算系统或金融市场上）和劳动合同的大多数方面（例如合同的拒绝或继续）属于破产法院地法的例外情况。

(i) 抵销的处理

19. 根据立法条文，破产法院地法决定破产程序中是否允许抵销⁸⁴，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，还是可以根据多个合同或相关义务⁸⁵产生（即不一定是相互或相关的）；(三)中止是适用于抵销权的行使，还是在破产程序启动时自动生效；以及(四)如何处理有抵销申请的债权人（例如作为有担保债权人或无担保债权人）。破产法院地法还管辖如何处理破产程序启动后产生的债权的抵销。

20. (i)项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，“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法院地法管辖，而不考虑管辖破产程序启动前即已存在的抵销权和债权的有效性和效力的法律。]⁸⁶

21. 本项目与清单上的其他项目密切相关，包括：关于破产财产保护和保全的(d)项；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。本项目还涉及管辖支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和其他多边交易设施中破产程序对参与者权利和义务的效力以及撤销方面的法律的这一破产法院地法例外情况。根据该例外情况，破产程序对这些系统和市场中抵销权利和义务的效力由适用于这些系统和市场的法律管辖。

⁸¹ 工作组未就该分项目发表意见。然而，一些专家质疑破产法院地法清单上本项目下提及仲裁协议的内容，以及提及这些内容与拟议的对正在进行的仲裁程序例外规定之间的相互作用。工作组似宜确认该分项目是否应保留在这一说明性清单中。在得到确认之前，秘书处将该分项目和下一段的相关部分放在方括号内。

⁸² 联合国，《条约汇编》，第330卷，第4739号，第3页。也可查阅：https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards。

⁸³ 见脚注81。

⁸⁴ 在《指南》中被定义为“甲方对乙方的欠款抵销乙方对甲方的欠款作为相互债权的清偿或者减少”（见《指南》“导言”中的“术语表”，术语(qq)）。

⁸⁵ A/CN.9/1163，第62段。

⁸⁶ 置于方括号内的部分可能需要根据工作组对立法条文草案第4款的讨论结果加以修正。见A/CN.9/1163，第74段。

[这一部分可能需要修正，取决于工作组对立法条文草案第 4 款以及对支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和多边交易设施之外的终止净额结算安排的例外情况的讨论结果。这种终止净额结算安排可包括破产法院地法清单上的这一项目所涵盖的抵销。见下文相关章节。]

[(j) 对有担保债权人的处理]

22. 根据立法条文，破产法院地法管辖破产程序中对有担保债权人的处理。⁸⁷在破产程序中，“有担保债权人”系指持有担保债权的债权人，这种债权是用担保权益（对资产的权利，籍此保证一笔或多笔债务得以偿付或以其他方式得以履行）辅助支持的债权，以此保证在债务人不履约时可以强制执行债务（“术语表”，术语(nn)、(oo)和(pp)）。本项目中使用“处理”一词意在表明，破产法院地法仅管辖破产程序对破产程序中有担保债权人的权利和义务的效力，例如是否要求有担保债权人在破产程序中申报债权。⁸⁸本项目无意提及据以确定在破产程序启动前设定的担保权益⁸⁹的有效性和效力的法律，这仍有待破产程序启动国普遍适用的国际私法规则确定。⁹⁰破产程序的启动并不取代这些规则。⁹¹

23. 除上述问题外，破产法院地法还管辖：对有担保债权人的执行行动适用中止；在此类中止适用的情况下，保护有担保债权人不受设押资产价值缩减的影响；担保权益的撤销；有担保债权的排序；启动后融资情况下有担保债权人和设押资产的处理。因此，本项目与清单上的其他项目密切相关，包括：关于破产财产组成和范围的(c)项；关于破产财产保护和保全的(d)项；关于资产使用和处置的(e)项；关于债权处理的(n)项；以及关于债权排序的(o)项。]⁹²

[(k) 债务人的权利和义务]

24. 如上文所述，根据立法条文，破产法院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。破产法院地法还管辖债务人（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。

25. 本项目与破产法院地法清单上的其他项目相关联，特别是涉及破产财产资产的使用和处置的(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交易的处理相关。

26. 在这种情况下，破产法以外的法律可作为破产法院地法一部分适用，特别是在债务人为自然人之时。在这种情况下，对破产程序启动国具有约束力的人

⁸⁷ 这符合贸易法委员会在担保交易领域的法规（见《贸易法委员会担保交易立法指南》建议 223 和第十章第 80-82 段，以及《贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》第 94 条的评注（第 500 段），该评注与《贸易法委员会担保交易立法指南》建议 223 和《贸易法委员会破产法立法指南》建议 31 相互参引。

⁸⁸ 如果破产法不将设押资产列入破产财产，并允许有担保债权人自由地对设押资产强制执行其权益，则有担保债权人可以免于在破产程序中申报债权。只有在有担保债权人的债权将从设押资产的变卖价值中得到偿付的情况下，方可适用这一例外规定。如果设押资产的价值少于有担保债权人的债权数额，则该债权人可能需要就无担保部分如同普通无担保债权人一样申报债权。如果设押资产的变卖价值高于有担保债权人的债权额，则有担保债权人应将差额部分摊入破产财产。

⁸⁹ “担保权益”：对资产的权利，籍此保证一笔或多笔债务得以偿付或以其他方式得以履行（见《指南》“导言”中的“术语表”，术语(pp)）。

⁹⁰ 例如，这类规则可见于《贸易法委员会担保交易示范法》（2016 年）第 84-100 条。其评注载于《贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》（2017 年）。

⁹¹ 见《贸易法委员会担保交易示范法》第 94 条和《贸易法委员会担保交易立法指南》建议 223。

⁹² 如上文秘书处说明第 14 段所述，秘书处将(j)项及随附评注置于方括号内，指出工作组尚未解决这一问题。见 A/CN.9/1163，第 65-67 段。

权文书可作为破产法院地法的一部分，述及对债务人的行动自由、披露债务人的私人信件和其他个人数据保护方面可能施加的限制的限度。破产法与民事和刑事诉讼法也可能有密切的相互作用，例如在关于债务人的披露、审查、搜查和扣押令方面。国际条约，如关于司法协助的条约、1965年11月15日《关于向国外送达民事或商事司法文件和司法外文件的海牙公约》（《海牙送达公约》）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》（《海牙证据公约》）以及对破产程序启动国具有约束力的其他国际文书，可作为破产法院地法的一部分适用于涉及债务人或由债务人采取的任何跨国界诉讼。

(l) 破产管理人的职责和职能

27. 根据立法条文，破产法院地法确定：任命破产管理人⁹³的情形；破产管理人（包括临时指定的破产管理人）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。

28. 除了破产管理人的一般职责、职能和权力之外，破产法院地法还决定在特定案件中赋予破产管理人的权力，其中可能包括有权跨国界代表程序（《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（《破产判决示范法》第5条），与外国法院和外国管理人合作并直接联系（《跨国界破产示范法》第26条），以及就如何处理债权人本可在另一国的破产程序中提出的债权作出承诺（见《企业集团破产示范法》第28-32条）。

29. 破产法以外的其他法律可作为破产法院地法的一部分适用，例如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）的情况下。此外，国际条约，如关于司法协助的条约、《海牙送达公约》或《海牙证据公约》，以及对破产程序启动国具有约束力的其他国际文书，可作为破产法院地法的一部分适用于破产管理人在国外行使权力。

(m) 债权人和债权人委员会的职能

30. 破产法院地法管辖债权人参与破产程序的机制和程度，特别是是否及何时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方面的作用；参加这些机构的资格；需要债权人批准的事项；批准的门槛；以及用于寻求批准和确定获得批准的机制。在破产程序中，“债权人”系指在破产程序启动时或启动前对债务人拥有债权的自然人或法人（“术语表”，术语(j)），而“债权人委员会”是依照破产法指定的债权人代表机构，拥有破产法规定的咨询权和其他权力（“术语表”，术语(k)）。一般情况下，债权人既包括法院地国的债权人，也包括外国债权人（“术语表”，第10段）。

⁹³ 《指南》“导言”中的“术语表”将该术语定义为在破产程序中被授权管理破产财产重整或清算的个人或机构，包括临时任命的个人或机构（见术语(v)）。根据上下文，“破产管理人”一词还可指“独立专业人员”：由主管机关任命的具有适当资格的个人或实体，独立于债务人、债权人和其他利益关系方之外，执行与简易破产程序有关的一项或多项任务，但须通过道德、专业和其他要求方面的适当审核，且不存在利益冲突（见《指南》第五部分，第二节，第25(d)段）。

31. 本项目与涉及债务人权利和义务以及破产管理人职责和职能的前两个项目密切相关。⁹⁴它还与下一个项目（债权的处理）有关。⁹⁵

(n) 债权的处理

32. 根据立法条文，破产法院地法决定：(一)应当要求哪些债权人申报债权（例如是否要求有担保债权人这样做），应当申报的债权类型，除外债权和需要特殊处理的债权（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；⁹⁶(三)未申报债权的后果；(四)债权估价规则；(五)对有争议债权的处理；(六)债权申报和承认的效力；(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；及(十一)就如何处理债权人本可在另一国破产程序中提出的债权作出承诺的规则，包括是否授权破产管理人作出此类承诺，如果允许，则规定针对哪些债权、在何种条件下，以及有何正式要求，包括承诺的形式和语言，以及寻求批准、审查和执行这些承诺的程序。尽管在这些立法条文中，劳动合同和劳动关系的某些方面属于破产法院地法的例外情况，但破产法院地法决定劳动债权的地位和处理，并对与之相关的可能承诺作出规定。

33. 在破产程序中，“债权”系指从债务人财产中受偿的权利，无论这种权利产生于债务、合同还是其他类型的法律义务，也无论这种权利已清偿或未清偿，已到期或未到期，有争议或无争议，有担保或无担保，已确定或未确定。有些法域承认，在适用法律允许的情况下，从债务人收回资产的能力或权利是一种债权（见“术语表”，术语(g)）。

34. 破产法以外的法律也可作为破产法院地法的一部分适用，例如担保交易法关于有担保债权人的债权处理的规定。此外，在处理虚假债权方面，刑法可能与破产法有交叉。国际公约，如《取消外国公文书认证要求的海牙公约》（1961年10月5日），以及对破产程序启动国具有约束力的其他国际文书可作为破产法院地法的一部分适用于外国债权的申报、核实和承认。一些特殊规则可能适用于处理（外国）公共债权⁹⁷和仲裁裁决产生的债权。在大多数国家，《纽约公约》将适用于外国和非国内⁹⁸仲裁裁决的处理。

35. 本项目与破产法院地法清单中关于撤销(g)、[对有担保债权人的处理(j)]和抵销的处理(i)的项目相关联，[包括这些立法条文为其设想的破产法院地法的例外情况，其中一些例外情况普遍适用，有些则逐案适用]。该项目还与重整计划的执行这一项目相关，因为后者通常涉及债权人债权的处理，并可能规定适用于这种处理的法律。在其他情况下，法院可逐案适用破产法院地法以外的法

⁹⁴ 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。

⁹⁵ 债权人在申报债权后也许能在破产程序中履行某些职能（例如参加债权人会议），而行使其其他债权人职能（例如批准重整计划）前可能需要先核实和确认债权。例如见《指南》建议 169-184 及随附评注。

⁹⁶ 见《跨国界破产示范法》第 13 和 14 条以及《颁布和解释指南》第 118-126 段的随附评注。

⁹⁷ 见《跨国界破产示范法》第 13 条第 2 款和随附脚注以及《颁布和解释指南》第 120 段的评注。

⁹⁸ “非国内”裁决是指，裁决虽在执行国作出，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，例如适用了另一国的程序法。见《纽约公约指南》，可查阅 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration>。

律。例如，在可能需要寻求承认和执行国内破产程序效力的国家，法院可以考虑并适用该国法律的绝对优先强制性规定，以确保这种跨国界承认和执行。此外，如果破产法院地法允许就债权人本可在另一国破产程序中提出债权的处理作出承诺，则受影响的债权可按照其在未开启的程序中可能得到的处理，包括按照本可适用的法律来处理。

(o) 债权的排序

36. 根据立法条文，破产法院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行政债权或费用（关于后者的含义，见下一项内容）。它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。它还具体规定了确定本国和外国债权之间功能等同的规则以及未能确定这种等同性的后果。⁹⁹在设想排序居次的情况下，排序居次的条件和限制由破产法院地法管辖。在允许对债权人本可在另一国的破产程序中提出债权的排序作出承诺的情况下，破产法院地法确定作出这类承诺的规则。尽管在这些立法条文中，劳动合同和劳动关系属于破产法院地法的例外情况，但破产法院地法决定劳动债权的排序，并对与之相关的可能承诺作出规定。

37. 破产法以外的法律可作为破产法院地法的一部分，普遍适用于破产程序中的债权优先权，也可具体适用于任何特定破产程序中的债权优先权，其中包括劳动法（可能包含国际劳工公约，适用于这些公约的缔约国）、¹⁰⁰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。跨国界承认和执行破产程序效力的视角可能会影响到对特定债权人群体（如劳动者或有担保债权人）债权的排序。

(p) 与破产程序有关的费用和开支

38. 根据立法条文，破产法院地法决定与行政债权和费用补贴有关的标准。在破产程序中，“行政债权或费用”系指程序产生的费用和开支，例如破产管理人和由破产管理人雇用的专业人员的报酬，债务人继续经营的费用，行使破产管理人的职能和权力所引起的债务，继续履行合同义务和法律义务所引起的费用以及程序费用。¹⁰¹破产法院地法管辖费用评估、法院在批准费用方面的作用以及费用和开支的分配，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关系方支付，以及破产管理人可能对哪些费用负个人责任。破产法院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，如果是后者，使用哪种机制。破产法院地法还决定与第三方资助相关的规则。

⁹⁹ 正如《指南》所指出的，所适用的检验标准是从其基本内容和职能来看，国内债权和外国债权是否相互对应，是否可被视作“功能上可互换”。如果答案是肯定的，这些债权应当视为等同，在破产程序中获得同等待遇。如果不能确立等同性，则该债权一般将作为普通债权处理。通常用于评估债权功能等同性的标准包括债务的来源、债权人的性质以及有理由给予债权优惠待遇的基本利益。

¹⁰⁰ 例如劳工组织 1992 年《雇主破产情况下保护工人债权公约》（第 173 号）。

¹⁰¹ 见《指南》“导言”中的“术语表”，术语(a)。

39. 本项目与破产法院地法清单上的其他项目相关联。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，例如与争议债权或撤销程序有关的诉讼或仲裁。

(q) 收益的分配

40. 根据立法条文，破产法院地法确立了收益分配的规则，对清算和重整而言这些规则可能不同。¹⁰²

41. 本项目与破产法院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。如果破产法院地法允许就债权人本可在另一国破产程序中提出债权的处理作出承诺，则受影响的债权可按照其在未开启的程序中可能得到的待遇来处理，包括在收益分配方面。

(r) 程序的终结

42. 根据立法条文，破产法院地法决定程序结束和终结的方式、终结的先决条件、需遵循的程序以及转换是否构成被转换程序的正式终结。破产法院地法明确规定了可以申请终结程序的当事方；终结申请和裁决是否应当公开；以及是否可以听取债权人对申请的意见。

(s) 债务的解除

43. 根据立法条文，破产法院地法决定：(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，可能因不同程序类型（清算、重整、标准或简易程序）而异；(三)解除债务的生效日期；¹⁰³及(四)拒绝解除债务和撤销已准许的债务解除的标准。¹⁰⁴在破产程序中，“债务的解除”系指免除债务人在破产程序中涉及的债权（“术语表”，术语(m)）。

(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

44. (t)项是一个总括性条款，意在涵盖破产法院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。相关例子包括：(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破产相关调整；以及(二)根据破产法提起的诉讼，以追究董事对造成或促成破产的行为的责任。

45. (k)项所涵盖的破产程序对破产程序期间产生的董事义务和责任的效力始终受破产法院地法管辖，然而立法条文并未设想破产程序对临近破产期间所有董事义务和责任的效力应由破产法院地法管辖。在大多数情况下，尽管启动了破产程序，但法人准据法将继续对其适用。(t)项意在说明在根据破产法启动破产程序时可能引起董事责任的具体¹⁰⁵理由和对董事提起诉讼的原因。在许多国家，这类理由包括不当交易和违反申请启动破产程序的义务。除了与破产法和

¹⁰² 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。

¹⁰³ 立法条文前导段中提及“其效力”意在涵盖在破产程序期间和在程序结束之后准予解除债务的两种情形。

¹⁰⁴ A/CN.9/WG.V/WP.187 号文件中的第 47 段已删除。A/CN.9/1133，第 42(i)段。

¹⁰⁵ A/CN.9/1133，第 42(j)段。

破产程序密切相关的极少数情况外，将临近破产期间董事的义务和责任置于破产法院地法的追溯效力之下是不妥当的。

46. 例如，在一些国家，董事可能会因在发生某些事件后未在法律规定期限内申请启动破产程序而面临刑事责任。在其他国家，这种要求可能不适用，而是会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限定性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因情况而异，取决于破产程序是否在以下地点启动：(一)与债务人注册地或成立地或“真实本座”相同的主要利益中心；(二)与债务人注册地或成立地或“真实本座”不同的主要利益中心；(三)债务人的营业所；或(四)债务人资产所在地。破产程序由债权人在非主要利益中心国启动的，风险更高。在其他情况下，就法人准据法进行的评估可能类似于对主要利益中心的评估，因此法人准据法很可能与破产法院地法相同。

47. 在这种情况下，破产法以外的法律的规定可作为破产法院地法的一部分适用，特别是如果破产法院地法对“董事”作广义解释，例如《指南》第四部分所建议的那样。¹⁰⁶视被认定为在临近破产期间实际控制债务人业务的人（例如受监管的机构放款人、审计员或法律顾问）而定，可能适用不同的法律（例如监管某些职业的法律），包括关于取消资格和针对此类人的其他救济办法和执行机制的法律。

B. 破产法院地法的例外

1. 劳动合同和劳动关系

16. 在工作组第六十三届会议上，有与会者建议删除这一例外情况，对此，工作组回顾了其早先关于这一议题的审议情况和决定。¹⁰⁷据指出，案文草案中的公共政策例外和其他条文已充分解决会上表达的关切。工作组第六十一届会议商定的立法条文措辞¹⁰⁸及随附评注在本说明中基本未作改动。

(a) 立法条文草案

管辖破产程序对劳动合同和劳动关系的效力的法律

破产程序对劳动合同和劳动关系的效力应由适用于该合同或关系的法律管辖。

¹⁰⁶ 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 258 及其随附评注）。

¹⁰⁷ [A/CN.9/1163](#)，第 70 段。

¹⁰⁸ [A/CN.9/1126](#)，第 79 段。

(b) 评注草案

1. 根据本立法条文，破产程序对劳动合同和劳动关系的效力受适用于这些合同和关系的法律管辖。提及该法律时意在包括劳动法、破产法和可能与劳动合同或劳动关系有关的任何其他法律。
2. 本条文所载例外不包括劳动债权的处理和劳动债权的排序。破产法院地法（如果不同于适用劳动合同或劳动关系的法律，以下称为“外国破产法院地法”）仍然对其适用。这同样适用于将合同或关系定性为劳动合同或劳动关系的情况，也适用于与劳动合同有关的撤销诉讼（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动关系而产生的不合理薪酬待遇）。然而，如果破产法院地法授权就劳动者本可在另一国破产程序中提出的劳动债权作出承诺（见上文破产法院地法清单中(n)、(o)和(q)项的评注），相关劳动债权可按照它们在未开启程序中得到的待遇来处理。
3. 立法条文中所载破产法院地法适用例外情况的理由是，劳动合同和劳动关系会引起许多社会经济政策方面的考虑。出于这一原因，各国通常会设计一种特殊制度来处理破产中劳动合同和劳动关系产生的问题。在一些破产法中，保持就业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最大化的目标。具体表现为其侧重于将企业作为经营中企业出售，并转移现有的雇用义务，而不是侧重于清算或重整，而清算或重整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，¹⁰⁹可以：(a)保护劳动者免遭不公平的解雇和歧视；(b)为劳动者提供财务安全网；对否决或变更劳动合同¹¹⁰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）；及(c)确保劳动者有权适当了解破产程序引发的、影响其就业状况和应享权利的所有事项。清算和重整可以适用不同的制度。例如，在一些国家，如果企业作为经营中企业出售，雇员在清算和重整的情况下都将留职，而另一些国家则规定只有在重整时才能留职。
4. 该立法条文旨在降低破产程序中处理劳动合同和劳动关系方面的不确定性或不一致性风险。如果破产程序对这些事项的效力受外国破产法院地法管辖，这种风险就会增加。为劳动者的期望提供更多确定性和一致性是合理的，因为劳动者的谈判地位通常比雇主弱，特别是在没有集体谈判协议的情况下。此外，劳动者可能不熟悉破产程序，不了解在雇主发生财务困难时作为劳动者可获得的保护，也可能未获得与其就业状况相关计划的通知或信息。破产程序可能会被用来削弱对他们的保护，例如，如果将企业作为经营中企业出售，而取消繁重的雇用合同可能会提高出售价格，或者如果债务人将申请破产作为一种手段，以便免除劳动合同或劳动关系产生的繁重义务。
5. 贸易法委员会虽然就这一例外情况达成一致意见，但承认立法条文中采取的做法可能导致缺乏灵活性，而这种灵活性对于继续经营企业、维持就业和保障工资可能是可取和必要的，特别是在重整中。此外，如果债务人的劳动力受制于不同的劳工制度，立法条文中采取的做法可能会干扰破产程序的有效进行

¹⁰⁹ 例如见劳工组织 1982 年《终止雇用公约》（第 158 号）。

¹¹⁰ 见《指南》建议 71 和随附评注。

和管理，因为将需要对这些不同的制度进行评估。例如，如果债务人在不同国家都有劳动者，而这些国家当地的劳动法强制适用于劳动合同或劳动关系，就属于这种情况。在可以自由选择适用劳动合同或劳动关系的法律时，也可能需要对制度进行评估。这种自由通常伴随着保障措施，以保护劳动者免受其自己、但可能是被迫或不知情地同意所选择法律而产生的不利后果。这些保障措施可能因国家而异（例如在竞业禁止条款方面）。保障措施通常包括，法律选择的结果不得剥夺劳动者根据在不作法律选择的情况下本应适用的法律（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动关系有更多联系的法律中不得通过协议减损的规定所获得的保护。

6. 然而，如果没有这种例外情况，破产程序对处理劳动合同和劳动关系的效力最终可能受到与特定劳动合同或劳动关系没有联系或联系较远的国家的法律管辖（例如债务人所有或大多数劳动者所在地以外的主要利益中心所在国的法律）。这就需要协调外国破产法院地法、所选择的法律（如适用）和在任何情况下本应强制适用的法律为劳动者规定的保护。设想适用法律的组合或等级可能也是一种解决办法，其优点是保持灵活性，但也可能会妨碍破产程序的有效进行和管理，因为法院需要对比适用各种劳工制度带来的影响。虽然如前一段所述，立法条文中所采取的做法也会带来类似的缺点，但贸易法委员会普遍认为，总体而言，这种做法是可取的。

7. 公共政策例外（见下文）将允许破产程序启动国的法院在适用某一外国法律的效力明显违背该国公共政策（例如实际上使现代奴隶制合法化的法律等）的情况下不适用该外国法律。在此情况下，破产程序启动国的劳工法或其他相关法律可作为破产法院地法的一部分适用。根据适用于劳动合同和劳动关系的破产法院地法的国际私法规则，可以适用与劳动合同或劳动关系的联系比破产法院地法更密切的另一国法律，而不适用破产法院地法。

[评注草案没有论及这一例外情况对处理破产约定条款的影响。工作组似宜考虑是否应在这方面扩充评注。]

2. 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和其他多边交易设施

17. 在第六十三届会议上，工作组商定删除下文立法条文草案中的方括号，同时指出有必要更加准确地界定该条文的范围。¹¹¹有意见认为，不受监管的多边交易设施不应属于该例外情况。工作组未考虑将立法条文草案与可能将作为例外情况所涵盖的支付、清算或结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施的通常参与者的金融机构排除在立法条文适用范围之外联系起来。

18. 秘书处在评注草案中列入了工作组第六十三届会议收到的术语表内容，并在其中澄清，多边交易设施通常是自我监管的金融交易场所。

¹¹¹ A/CN.9/1163，第 71 段。秘书处就这些问题与参加 2023 年 6 月专家组会议的专家进行了进一步磋商。磋商结果反映在评注草案中。

(a) 立法条文草案

管辖支付、清算或结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施中破产程序对参与者权利和义务的效力以及撤销方面的法律

在支付、清算或结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施中破产程序对参与者权利和义务的效力，应由适用于该系统、市场或设施的法律管辖。该法律还应管辖在该系统、市场或设施内发生的支付或交易的撤销。

(b) 评注草案

1. 就这一例外情况而言：

(a) 支付系统是参与者之间进行资金转移的一套工具、程序和规则（关于“参与者”一词的解释，见下文(f)）。它通常以参与者和运营者之间的协议为基础，通过商定的运营基础设施来实现资金转移。若取其狭义，该术语可以仅指代银行间资金转移系统，其中所有或几乎所有参与者都是信贷机构，这些系统促进货币在一个国家或货币地区的流通。广义而言，它可以指代任何资金转移的正式安排，可基于私人合同或者立法，具有多个成员、共同规则和标准化流程，用于参与者之间产生的货币债务的转移、清算、净额结算或结算。支付系统可以是金融市场的一部分（关于“受监管的金融市场”一词的解释，见下文(d)），也可以根据自己的治理结构和运营规则单独运作；

(b) 清算系统是在结算系统中进行结算之前确定参与者最终头寸的一套规则和程序（有关“结算系统”一词的解释，见下文(c)）。它们可以是结算系统的一部分，也可以根据自己的治理结构和运营规则单独运作；

(c) 结算系统是使资金、资产或金融工具能够按照预先确定的规则进行转移的一套工具、程序和规则。结算系统中进行的转移是最终的（即不可撤销且无条件）。结算系统可以根据自己的治理结构和运营规则单独运作，也可作为中央交易对手、金融市场或中央证券存管机构的一部分运作；

(d) 受监管的金融市场是经主管机构授权、由市场经营者运营或管理的定期运作的多边市场，其中多个买方和卖方进行金融工具（如股票、债券、衍生工具、信托单位）权益的交易，这些金融工具根据该市场的规则获准在该市场交易。受监管的金融市场根据特定的法律或法规运作，并接受主管机构的监督或审慎监管。在授权市场经营者和市场作为受监管的金融市场运作之前，主管机构必须确信该市场经营者和该市场符合适用的要求。受监管的金融市场包括证券交易所、债券和衍生品市场。支付、清算和结算系统中各系统皆可单独运作，也可以是对方系统或金融市场的一部分；与之不同的是，受监管的金融市场是一个复杂的综合基础设施，用于清算、结算和记录支付、证券、衍生品或其他金融交易；

(e) 多边交易设施是促进各类金融工具交易的电子平台。它可以作为受监管金融市场的一部分运作，也可以作为其补充。它通常是自我监管的金融交易场所，并根据全权委托或非全权委托规则运作。以非全权委托方式运作的多边交易设施不对交易的执行行使自由裁量权。它们根据预先确定的规则匹配来自不同参

与者的订单。以全权委托方式运作的多边交易设施对交易的执行行使自由裁量权。这使其能够充当交易的对手方，提供流动性并执行客户订单。多边交易设施可专门从事特定类型金融工具（例如股权（股票、债券）或非股权（排放配额）金融工具）的交易；

(f) 例外情况所涵盖的系统、市场或设施的参与者是指：(一)经相关系统、市场或设施确认和认可的人，以及(二)获准直接或间接通过该系统、市场或设施进行转账的人。传统上，参与者包括信贷机构、投资公司、公共机关、中央交易对手、结算和清算代理以及系统、市场或设施运营者。最近，参与者已扩大到包括其他人员，例如间接参与者，以及在基于分布式账本技术（如区块链）的系统、市场或设施中可直接互动而无需中介的散户投资者。

2. 例外情况所涵盖的系统、市场和设施（及其不同组合）使那些买卖金融工具交易权益的多方能够在其中进行互动。在这些系统、市场和设施中，一个或多个参与者无法履约，将导致这些系统、市场和设施中的其他参与者无法履行对其他参与者和第三方的到期义务。这种多米诺效应通常被称为系统性风险。

3. 所涵盖的系统、市场和设施的运作不仅可能受到内部因素（如运作故障、缺陷或欺诈）的干扰，也可能受到外部因素（如破产程序）的干扰，导致损失和流动性问题，致使这些系统、市场和设施为降低其运作风险而采取的措施失效，并造成系统性风险。该例外情况旨在尽量减少破产程序对这些系统、市场和设施运作造成的中断。通过确定管辖破产程序对系统、市场或设施运作效力的单一法律（即该系统、市场或设施的法律），该例外情况有助于使破产程序造成的中断更可预测，从而更易于管理。如果没有这一例外情况，鉴于这些系统、市场和设施参与者为数众多，其破产程序可能影响到这些系统、市场和设施运作的第三方众多，因而可能适用许多未界定、不确定和不可预测的破产法院地法，导致运作风险难以管理，甚至不能管理，从而扩大系统性风险。

4. 该例外情况并未具体说明它是指某一系统、市场或设施参与者的破产程序，还是指其他人的破产程序。因此，任何影响所涵盖系统、市场或设施运作的破产程序都属于例外情况。

5. 但是，例外情况仅涉及破产程序对所涵盖系统、市场或设施参与者的权利和义务的效力。这些权利和义务可能产生于管辖、影响或直接关系到系统、市场或设施运作的法定或监管规则、程序或合同（例如风险控制和流动性节约机制）。它们包括由以下情况产生的或与之相关的参与者权利和义务：(a) 结算和支付净额结算；(b) 承担和解除债务；(c) 转账的终局性；(d) 约务更替；(e) 公开要约或其他有约束力的安排（中央交易对手通过这些安排成为参与者交易的对手方）；(f) 提供抵押品以应对当前和未来潜在的风险敞口；及(g) 提供各种类型的担保。这些权利和义务还可包括系统、市场或设施参与者或运营者之间和与第三方签订的与系统、市场或设施运作直接相关的合同所产生的或与之相关的权利和义务。这类合同可能涉及净额结算、抵押安排的执行、信贷支持安排和担保，以及对破产约定条款的处理。

6. 该例外情况无意干扰适用于可能涉及支付、清算或结算系统、受监管金融市场或多边交易设施中任何参与者启动的破产程序的法律。比方说，甲方位于 A 国，是受 B 国法律管辖的受监管金融市场的一名参与者，并以该身份与该市场的

多方（乙、丙、丁方等）进行交易。根据这些立法条文，如果在 A 国启动涉及甲方的破产程序，则 A 国的破产法院地法将适用于这些破产程序的所有方面（例如甲方根据 A 国破产法是否有资格成为债务人、启动标准等），但这些立法条文所确定的方面除外，包括根据这一例外情况，B 国的法律将确定在 A 国启动的破产程序对甲方与乙、丙、丁方等多个当事方之间在市场上的交易的效力。

7. 此外，与所涵盖的系统、市场或设施有关但与其运作不直接相关的合同和其他交易所产生的权利和义务仍受破产法院地法管辖。例如，就支付系统而言，如果甲方命令其银行乙将资金转入丙方在银行丁开立的账户，则例外情况仅适用于甲与乙、乙与丁及丁与丙之间的资金转账指令所产生的权利和义务，而不适用于启动该资金转账指令的甲与丙之间的基础交易所产生的权利和义务，后者将受破产法院地法管辖。

8. 适用于例外情况所涵盖的系统、市场和设施的法律是由系统、市场或设施本身选择的国家法律，或在没有选择的情况下，由其参与者选择的国家法律。可以要求选择至少有一个参与者设有总部的国家的法律。系统、市场或设施或参与者对法律的选择须经主管机构核实，主管机构不允许选择规避本国基本公共政策的法律。在没有法律选择或选择不足的情况下，通常适用系统或市场所在地的法律。

9. 例外情况所涵盖的系统、市场和设施经常在管理其活动的规则中确定适用于其运作的各方面的法律。根据某些适用法律，它们可能被要求这样做。作为一项风险减缓战略，它们通常还被要求查明和分析其活动可能产生的法律冲突问题，并制定规则和程序以降低这些法律冲突风险。

10. 同时，应灵活解释和适用例外情况，以实现例外情况的预期目的，即保护公众利益、遏制系统性风险、确保投资者保护、金融市场健全性和金融稳定性。技术中性、功能等同和非歧视等原则与例外情况的解释和适用相关，因此，设想例外情况适用于所涵盖的系统、市场和设施，只要其符合例外情况的适用标准，而不论其在运作中使用何种技术。

11. 如果适用根据这一例外情况确定为适用的外国法律的效力明显违背破产程序启动国的公共政策，则该国法院可援引公共政策例外（见下文）。破产法院地法应规定规则，以确定在不适用破产法院地法的情况下，可适用哪项其他法律。

3. 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施之外的终止净额结算¹¹²

19. 在第六十三届会议上，工作组请秘书处起草一份破产法院地法的例外情况，适用于上述金融市场基础设施例外情况未涵盖但易受市场风险影响的终止净额结算安排。据指出，这种安排不仅存在于金融市场。¹¹³据认为，[A/CN.9/WG.V/WP.190](#)号文件第 22 和 23 段以及统法协会《终止净额结算规定操作原则》和世界银行《有效破产和债权人/债务人制度原则》的规定都是相关的。

¹¹² 秘书处就本节所涉问题与参加 2023 年 6 月专家组会议的专家举行了进一步磋商（见 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)，第 15 段）。磋商结果反映在所收到的立法条文草案和秘书处说明中。

¹¹³ [A/CN.9/1163](#)，第 72 段。

20. 工作组似宜注意到，世界银行的原则¹¹⁴和统法协会的原则¹¹⁵都没有提出相应规则，确定管辖破产程序对终止净额结算安排的效力的法律。鉴于工作组就统法协会《原则》的适用范围发表了不同意见，工作组似宜注意到，根据统法协会原则 3 和原则 4，终止净额结算保护仅适用于至少有一个公共机关（如中央银行）或一个合格金融市场参与者为当事方的金融交易。不过，它们设想，执行国可将这种保护扩大到其他情况，例如扩大到不是公共机关或合格金融市场参与者¹¹⁶的缔约方，以及扩大到其他交易（例如销售、购买或交付可替代商品）。¹¹⁷

21. 如 [A/CN.9/WG.V/WP.190](#) 号文件第 21 段所述，终止净额结算安排用于不同的情形。例如，它们用于企业集团的现金池、批发能源合同、商品合同、可能无资格通过金融市场基础设施进行清算和结算的非标准化场外衍生品交易，以及价格快速波动的航空公司和类似企业，或用于其他合理情况（例如当事方之间的违约可能对金融市场基础设施例外情况所涵盖的系统、市场和设施产生系统性风险）。¹¹⁸

22. 双边或多边交易的当事方订立这些安排的唯一或主要目的是确保确定性，并在其中一方违约时保护所有当事方。这类安排的当事方可以位于同一国家，也可以位于不同国家。它们可以自由选择管辖终止净额结算安排的国家法律，它们显然会选择保护终止净额结算安排的国家法律，但并非所有国家的法律都提供这种保护。

23. 鉴于上述考虑，并应工作组的请求，秘书处起草了一项立法条文供工作组审议，现阶段不附评注。起草该立法条文草案时所依据的理解是，将纳入该立法条文的国家最有资格界定这一例外情况的适用范围，包括对合格当事方和交易的适用范围。

24. 该立法条文草案载有一项保障措施，即如果所选择的法律与当事方或安排没有实质性关系，且没有适用该法律的其他合理依据，则启动破产程序的国家的法院可以替换所选择的法律。在适当情况下，也可适用公共政策例外情况。根据相关因素，破产法院地法本身，或与该问题关系更密切的另一项法律可取代不适用的法律（例如，如果终止净额结算安排与位于不同法域的抵押品或物权有关，则适用物之所在地法）。

25. 鉴于这一例外情况对破产程序中公平处理处境类似的债权人的影响，工作组似宜考虑是否需要其他或额外的保障措施。此外，工作组还可考虑，如果短期中止或其他临时措施¹¹⁹根据破产法院地法或适用于银行或类似机构的其他可适用的解决制度适用，但根据当事方选定的适用于该安排的法律不适用，这些

¹¹⁴ 见原则 C10.4 和脚注 9。

¹¹⁵ 见第 12 段：“根据《原则》对终止净额结算规定的操作提供的保护甚至可能适用于根据执行国以外的国家法律进行的程序。例如，如果法院地的国际私法或国际破产法的规则导致适用执行国的法律，或者当事方选择执行国的法律，而所选择的法律又得到主管法院的支持，就可能出现这种情况。不过，《原则》并不试图提出这种规则来确定适用的法律。”

¹¹⁶ 见原则 4 下的评注，第 82-85 段。

¹¹⁷ 同上，第 86-87 段。

¹¹⁸ 见原则 4，“关于这一定义的主要考虑”。

¹¹⁹ 见统法协会原则 8 和随附评注。

条文是否应当保留短期中止或其他临时措施的适用。在这方面，应当忆及，正如这些立法条文草案所设想的，银行和类似金融机构可能被排除在立法条文的适用范围之外，也可能不被排除在外。

26. 正如工作组第六十三届会议和上文对破产法院地法条文的秘书处说明第 13 段所指出的，在整个案文草案中对抵销和终止净额结算安排加以区分的可行性需要根据现行做法和法律加以评估。¹²⁰无论如何，这一拟议的例外情况与关于抵销处理的破产法院地法(i)项、该项目任何可能的例外情况以及随附评注之间可能存在的冲突都需要加以调解。¹²¹

立法条文草案

管辖破产程序对支付、清算和结算系统、受监管的金融市场或其他多边交易设施之外的终止净额结算安排的效力的法律

破产程序对债务人[即[国家列入关于合格债务人的要求]]与对手方[国家列入关于合格对手方的要求]之间就[国家列入关于合格交易的要求]订立的终止净额结算安排运作的效力应受该安排各当事方选择的法律管辖，除非该法律与各当事方或该安排没有实质性关系，且没有适用该法律的其他合理依据。

4. 正在进行的仲裁程序

27. 工作组第六十三届会议关于该项目的审议情况概要载于该届会议的报告(A/CN.9/1163, 第 73 段)。由于时间不够，工作组无法详细审议 A/CN.9/WG.V/WP.190 号文件第 25-34 段中提出的所有问题，也无法商定处理这些问题的办法。工作组似宜继续进行这些审议，特别是审议是否宜将正在进行的仲裁程序列为破产法院地法的例外情况，同时将这一事项与管辖破产程序对正在进行的诉讼的效力的法律一并考虑。讨论可能需要涉及仲裁程序的中止和工作组前几届会议拟议讨论的其他问题，例如债务人在破产程序启动后继续进行仲裁的能力。

28. 如果工作组决定列入这一例外情况，还需要商定这一例外情况的范围和管辖破产程序对正在进行的仲裁程序的效力的相应法律。针对后者，工作组似宜审议使用术语“仲裁地法”或“仲裁地适用法”是否妥当（后者是在本届会议上提出的¹²²），同时注意到，这两个术语指代的法律可以相同也可以不同¹²³，但无论如何，两者一般都被理解为指代处理纯仲裁事项的法律。此外，工作组似宜确认，如果列入这一例外情况，其是否将仅涵盖《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（第 1 条）所定义的国际仲裁，还是也涵盖国内仲裁，以及它是否将述及

¹²⁰ 如统法协会《原则》评注所述，“终止净额结算往往被理解为类似于在一方当事方违约或破产时适用的抵销的传统概念”。根据统法协会《原则》，“如果终止净额结算条文的当事方在该条文中约定相互债务应予抵销，或如果适用的法律原则规定终止净额结算条文的加总要素进行抵销，则抵销属于《原则》的范围”。

¹²¹ 见 A/CN.9/WG.V/WP.190, 第 23 段。

¹²² A/CN.9/1163, 第 50 段。

¹²³ 贸易法委员会秘书处《〈纽约公约〉指南》承认这种情况并不常见：“法院裁定，只有在当事各方选择与仲裁地法律不同的法律管辖仲裁的罕见情况下，它才参考管辖仲裁的程序法。”（见第五条第 1 款(e)项下的第 23 段）。

所涵盖的所有仲裁程序，而不论其在何处进行。最后，正如在关于破产法院地法的(h)项和提及仲裁协议的随附评注中所指出的，工作组似宜审议这一可能的例外情况对该项的影响，以及可能需要在该项目随附评注中提出的相应修正。

C. 公共政策例外

29. 以下立法条文草案以工作组前几届会议收到的草案为基础。鉴于对该草案的内容有不同意见，草案置于方括号内，供进一步审议。¹²⁴

1. 立法条文草案

公共政策例外

[[只有]在适用外国法律的效力将明显违背法院所在地国的公共政策的情况下，法院可拒绝适用该法律。]

2. 评注草案

1. 公共政策例外允许法院不适用根据本章条文确定为可适用的外国法律（例如，适用劳动合同或劳动关系的法律，或适用系统、市场或设施的法律）。[[只有]在法院确定适用该法律的效力将明显违背法院所在地国的公共政策的情况下，才能援引这一例外情况。

2. 由于公共政策的概念根植于国家法律，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，对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，只有在涉及对破产程序启动国至关重要的事项的特殊情况下才能援引。不论是哪种类型的程序（清算或重整），均应对例外情况作同样狭义和限定性的解释。

3. 适用本章立法条文所指定的外国法律时涉及的公共政策问题，将在每个具体案件中进行评估。根据对立法条文进行狭义和限定性解释和适用的本意，如果适用于案件事实的相关外国法律会侵犯破产程序启动国的安全或主权，或者产生的结果严重背离该国的基本司法概念，以至于外国法律的适用会对该国的基本价值观造成难以容忍的冒犯，则可以援引公共政策例外。例如，如果适用本章立法条文所指定的外国法律会导致非法计划或做法实际合法化（例如，规避强制适用的法律和义务，如环境、人权和其他社会责任，或利用法律实现出于政治动机的目标），就可能出现这种情况。

4. 以公共政策为由不适用本应适用的外国法律后果将由破产法院地法处理。根据相关因素，破产法院地法本身或与该问题有更密切联系的另一法律可取代不适用的外国法律。

¹²⁴ A/CN.9/1163，第 58 段。

第三章. 承认破产法院地法和外国法院适用的其他法律的效力¹²⁵

30. 立法条文是根据贸易法委员会破产示范法的相关条文起草的，反映了工作组第六十三届会议上提出的意见。¹²⁶视最后案文的形式而定，可能需要将贸易法委员会破产示范法中的若干定义移到本案文的“定义”一节。这些定义将包括“外国程序”、“外国主要程序”、“外国非主要程序”、“外国计划程序”（及其相关术语）和“外国法院”的定义。相反，如果最后案文采取贸易法委员会破产示范法补编的形式，则这些定义和其他一些条文，例如关于公共政策例外的条文，可能不需要在本案文中转载。

31. 在工作组审议立法条文草案和由此产生的若干问题之前，没有起草立法条文草案的任何随附评注。例如，对于既不是外国主要程序也不是外国非主要程序的程序，秘书处并没有为其起草条文，因为秘书处假定这些程序将不在本案文的涵盖范围之内。另外，秘书处没有为所涵盖的不同类型的外国程序（主要、非主要和计划程序）起草单独的救济条文，而是假定一项救济条文将适用于所有这些程序，而且本章所设想的救济将始终可自由裁量。此外，秘书处假定承认法院不可能“挑三拣四”，而且救济不能作为临时救济加以适用。工作组似宜确认这些假定的准确性。

立法条文草案

使破产法院地法和外国法院适用的其他法律生效

在承认某一外国（计划）程序后，法院可对该程序给予救济，其形式是使破产法院地法和外国法院适用的其他法律生效。

公共政策例外

如果给予救济将明显违反其所在国的公共政策，则前一条文中的任何规定均不妨碍法院拒绝给予救济。

拒绝救济的其他理由

如果外国法院对相同事项适用的法律不同于本案文第二章所设想的法律，法院[可][应]拒绝给予救济[，除非外国法院有合理依据在特定案件中对这些事项适用不同的法律]。

对债权人和其他利害关系人的保护

在给予或拒绝救济或者修改或终止救济时，法院必须确信，债权人和其他利害关系人（包括债务人）的利益受到充分的保护。关于有担保债权人，法院还必须确定适用于破产程序对有担保债权人处理的效力的法律：

(a) 承认根据破产法以外的法律有效并可强制执行的担保权益在破产程序中也有效并可强制执行；¹²⁷

¹²⁵ 同上，第 75 段。

¹²⁶ 同上，第 75-80 段。

¹²⁷ 见《指南》建议 4。

(b) 在清算程序中对有担保债权人仅适用短期中止；¹²⁸

(c) 规定有担保债权人向法院提出申请后，有权获得对其享有担保权益的资产价值的保护；¹²⁹及

(d) 设想有担保债权人基于以下理由向法院提出请求时可免于中止：设押资产对债务人业务的预期重整或出售并非必要；设押资产的价值因破产程序的启动而缩减，而有担保债权人未得到价值缩减方面的保护；或重整计划未在任何适用时限内获得批准。¹³⁰

协调并行程序中的救济

1. 如果给予救济会干扰外国主要程序的管理，法院可拒绝给予救济。
2. 如果给予救济会对根据国内法不应在外国非主要程序中管理的资产或对该程序不需要的信息产生效力，则不得给予该外国非主要程序此种救济。
3. 如果给予外国计划程序救济会对未进入破产程序的某一企业集团成员的资产和业务产生效力，则不得给予此种救济，除非未启动破产程序是为了尽量减少破产程序的启动。
4. 给予外国非主要程序的救济必须与外国主要程序相一致。法院应审查、修改或终止与外国主要程序不一致的现行救济。
5. 法院应准予、审查、修改或终止给予外国非主要程序的救济，以便利这些程序的协调。

¹²⁸ 同上，建议 49 (c) 和随附评注。

¹²⁹ 适当的保护措施包括由破产财产支付现金和提供额外担保权益。同上，见建议 50 和随附评注。

¹³⁰ 同上，建议 51 和随附评注。