



Distr.: General
1 March 2021
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会

第五十四届会议

2021年6月28日至7月16日，维也纳

破产程序适用的法律专题讨论会报告
(2020年12月11日，维也纳)

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 专题讨论会上审议的议题摘要.....	3
A. 一般考虑.....	3
B. 破产程序适用的法律：概览.....	4
C. 跨国界破产适用的法律：实际意义.....	7
D. 破产程序适用的法律：区域范围意义.....	9
E. 贸易法委员会和海牙国际私法会议关于破产程序适用的法律可能开展的工作 ...	12
三. 结论.....	14



一. 导言

1. 2020年12月7日至10日举行了第五工作组（破产法）第五十七届会议之后，2020年12月11日在维也纳（线上）举行了破产程序适用的法律专题讨论会。¹
2. 依照贸易法委员会2019年第五十二届会议的要求，专题讨论会由委员会秘书处与海牙国际私法会议常设局合作举办。²在第五十二届会议上，委员会在审议了欧洲联盟关于破产程序适用法协调方面今后可能开展的工作的建议（A/CN.9/995）之后，就这一专题的重要性达成一致，这个专题补充了贸易法委员会在破产法领域，特别是在跨国界破产方面已经完成的重要工作。³同时，委员会注意到，“这一主题事项可能很复杂，需要国际私法各个主题以及合同法、财产法、公司法、证券和银行等领域有关法律选择方面的高水平专门知识，而贸易法委员会最近没有在这些方面开展工作”，据认为，必须仔细界定贸易法委员会在这一专题上可能开展的工作的范围和性质。为此目的，委员会请其秘书处与其他相关国际组织合作组织一次专题讨论会，进一步澄清和完善破产程序适用法方面今后可能开展的工作所涉及的各个方面，供委员会2020年第五十三届会议审议。
3. 由于COVID-19大流行所需采取的减缓疫情措施，第五工作组第五十七届会议从2020年5月推迟到2020年12月，原定随之于2020年5月15日举行的专题讨论会也推迟到2020年12月。委员会在2021年第五十三届会议续会上，请其秘书处在第五工作组第五十七届会议结束时，于2020年12月11日组织一次关于破产程序适用法的专题讨论会，并向委员会2021年第五十四届会议报告专题讨论会达成的结论。⁴
4. 来自40个国家的130多名与会者在线上参加了专题讨论会，其中约12个国家代表普通法系传统，28个国家代表大陆法系传统。为了征求更多的建议，在专题讨论会之后向与会者分发了一份关于破产程序适用法和贸易法委员会今后这一领域工作前景的在线调查表。⁵
5. 专题讨论会围绕四个主题展开：(a)破产程序适用法现状概览；(b)适用法在跨国界破产中的实际意义；(c)从不同区域角度看破产程序适用法；以及(d)破产程序适用法方面今后可能开展的工作。由于在线环境安排，专题讨论会时间有限，无法讨论这四个主题以外的事项，包括为说明问题而选择讨论的有限议题（例如，物权、撤销权诉讼、担保权益和其他金融工具，以及当地债权人债权）。

¹ 关于专题讨论会的网页，包括相关方案和录音的链接以及概念说明，可查阅 <https://uncitral.un.org/en/applicablelawcolloquium>。

² 委员会似宜注意到，海牙国际私法会议一般事务和政策理事会将在2021年3月1日至5日的会议期间就海牙国际私法会议今后可能开展的工作作出决定。

³ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第17号》（A/74/17），第206段。

⁴ 同上，《第七十五届会议，补编第17号》（A/75/17），第16(c)和66段。

⁵ 要求对下列问题作出答复：(a)目前跨国界破产程序适用法缺乏统一性是否破坏或阻碍实现此类程序的目标？(b)统一这一领域适用法管辖规则是否可行？(c)贸易法委员会迄今开展的全球破产工作是否应以破产程序适用法领域的工作加以补充？以及(d)如在这方面进行工作，应优先处理哪些具体问题（例如撤销权诉讼、物权、雇用合同、抵销、未决诉讼等）？关于在线调查表的答复摘要，见下文第46段。

二. 专题讨论会上审议的议题摘要

A. 一般考虑

6. 在涉及位于不同国家当事人或资产的跨国界破产程序中，可能会出现复杂的问题，涉及哪些法律适用于这些资产上的权利或其他债权的有效性和效力问题，以及在破产程序中如何处理这些资产和外国当事人的权利和债权。在这种情况下，法院地国通常将适用其国际私法规则，以确定哪些法律适用于权利或债权的有效性和效力以及在破产程序中对其的处理。《贸易法委员会跨国界破产示范法》不包含关于法律冲突的规则，而是由颁布国去制定规则和做法。虽然破产程序通常由程序启动国的法律（诉讼地法）管辖，但许多国家认可了该规则的一些例外，在数量和范围上各不相同，从而给跨国界破产程序的利益关系方造成了不确定性和不可预测性。因此，为确保破产法以透明和可预测的方式处理适用法问题，已作出了一定的努力，⁶以便提供确定性，阐明破产程序对所影响到的利益关系方权利和债权的效力。

7. 这种努力的一个实例可见于《贸易法委员会破产法立法指南》，其中有一节载有关于破产程序适用法的一般评注，随后是向立法者提出的五项建议。⁷《立法指南》的这一节是与海牙国际私法会议密切合作制定的，当时曾向海牙国际私法会议成员国分发了一份调查表（见下文，第 41 段），并组织了一次贸易法委员会和海牙国际私法会议专家起草会议。⁸《贸易法委员会立法指南》建议，对于破产程序启动时已经存在的权利和债权，有关其有效性和效力的适用法律应由破产程序启动地国的国际私法规则确定（建议 30），破产程序启动地国的破产法（诉讼地法）应适用于这些破产程序的启动、进行、管理和结束及其效力等所有方面（建议 31），文中列举了一些示例（例如，优惠交易的撤销、合同的处理、抵销、有担保债权人的处理、债权的处理和排序、收益的分配和债务的解除）。还提出了对适用诉讼地法的例外情形，排除了破产程序对下列方面的效力：支付结算系统参与者或有监管的金融市场参与者权利和义务（建议 32），这些权利和义务由适用于该系统或市场的法律管辖；劳动合同的否决、继续和修订（建议 33），这些事项由适用于该合同的法律管辖。还进一步提出，对一般规则的任何额外排除情形都应当在数量上有所限制，并在破产法中加以明确规定（建议 34）。

8. 在欧洲范围，旨在协调统一破产程序适用法的其他规则可见于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）》（《欧洲破产条例（重订）》），该条例替换和取代了欧洲理事会关于破产程序的（欧洲理事会）《第 1346/2000 号条例》（《欧洲破产条例》）。《欧洲破产条例（重订）》与其前身一样，对于总部设在欧洲联盟（欧盟）并在一个以上成员国开展业务的债务人，规定了破产程序详细的法律冲突规则，承认在债务人主要利益中心所在的欧盟成员国启动的破产程序具有普遍适用范围。同

⁶ 除第 8 和第 9 段提供的例子外，更多其他例子可见于上文注 1 所述的概念说明。

⁷ 《贸易法委员会破产法立法指南》（《立法指南》），第二部分：一. 申请和启动；C. 破产程序中适用的法律，第 80-91 段和建议 30-34。

⁸ 海牙国际私法会议，2019 年 12 月初步文件 14——贸易法委员会和海牙国际私法会议今后关于破产问题的联合工作，第 5 段及随后各段。

样，一般诉讼地法规则原则上适用于主要程序和从属程序，⁹并将决定启动程序的条件以及程序的进行和结束（例如，可对哪些债务人提起破产程序；对债务人现行合同的影响；关于提出、核实和认定债权的规则）。随后，一系列条款阐述了一般诉讼地法规则的具体例外。¹⁰

B. 破产程序适用的法律：概览

9. 专题讨论会的开幕讨论总体概述了主要问题和迄今在协调统一跨国界破产程序适用法方面取得的成就，首先是贸易法委员会的破产法规，然后审议了欧盟适用的制度。会上提到，协调统一破产程序适用的法律并不是指对破产实体法进行协调统一，而是指协调统一破产程序中的法律选择规则，以便能够事先确定在破产中将适用哪国法律，并避免冲突。发言强调必须区分两类法律，一类法律适用于破产前设定的权利和债权的有效性和效力（例如，适用于合同权利或担保权益有效性的法律），另一类法律适用于破产程序及其效力（即，破产对这些权益的影响，以及例如是否可以因破产程序而撤销或中止执行这些权利）。

10. 第一个发言的专题介绍按时间顺序探讨了贸易法委员会在破产法领域已经完成的工作，特别是《跨国界破产示范法》（1997年）（《跨国破产示范法》）、《立法指南》（第一和第二部分（2004年）、第三部分（2012年）和第四部分（第二版，2019年）、《关于承认和执行与破产有关判决的示范法》（2018年）（《破产判决示范法》）和《企业集团破产示范法》（2019年）（《集团破产示范法》）。

11. 据指出，《跨国破产示范法》并未试图统一破产涉及的国际私法所有方面，而是遵循改型通用主义做法，¹¹在这种做法中，跨国界破产程序尽可能集中在一个法域。根据《跨国破产示范法》，这是通过承认主要程序（和所给救济）这种机制以及要求法院和破产管理人在进行跨国界破产程序时应尽可能最大限度地开展合作来实现的。¹²《跨国破产示范法》规定，承认债务人主要利益中心所在国启动的外国主要程序，债务人主要利益中心以适用《跨国破产示范法》所规定并在其《颁布指南和解释》中详细说明的方法判定。¹³某些救济（例如，第20条规定的中止措施）在承认外国主要程序后自动实行，其他酌情救济可在承认外国主要或非主要程序时给予，但须有保障措施为前提（例如，只在接案法院确信债权人利益得到充分保护的条件下）。¹⁴值得注意的是，虽然《跨国破产示范法》没有明确述及破产程序中适用的法律问题，但侧

⁹ 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 7 和第 35 条。

¹⁰ 同上，第 8-18 条。

¹¹ 跨国界破产的经典理论方法侧重于两个对应的概念：通用主义，即单一破产程序管理跨国界破产，涵盖债务人所有资产和负债，无论这些资产和负债位于何处；本土主义，即不同的法院启动多个破产程序，每个法院适用自己的破产法。目前跨国界破产结构所代表的改型通用主义做法允许启动一项以上的破产程序，但试图最大限度地扩大各程序之间的合作与协调，并通过确立一个主要程序对跨国界破产从全球角度处理。

¹² 《贸易法委员会跨国界破产示范法》（1997年）（《跨国破产示范法》），第 25-27 条。

¹³ 同上，第 15-17 条和《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》，第 141-147 段。

¹⁴ 同上，第 20 和 21 条。

重于凡受理申请承认外国主要程序的接案法院应采取的行动，并按照改型通用主义的做法，实际建议接案法院在给予酌情救济时应遵循外国主要程序的法律，以便利在单一法域处理整个破产案件。

12. 据指出，《贸易法委员会立法指南》仅在有限程度上考虑了破产涉及的国际私法问题。在确立对破产程序的管辖权方面，《立法指南》（建议 5）建议颁布《跨国破产示范法》，《指南》中使用了债务人主要利益中心概念来确立外国主要程序的管辖权，以及债务人营业所概念（根据第 2(f)条）来确立外国非主要程序的管辖权。关于适用法问题，如上文（第 7 段）详述，《立法指南》中的建议明确区分了两类法律，一类法律适用于破产时已有权利和债权的有效性和效力，另一类法律适用于破产程序及其效力，前者应由法院地的国际私法规则判定（建议 30），后者一般应由诉讼地法判定（建议 31），但有某些明确和有限的例外（建议 32-34）。据指出，《立法指南》提醒注意，对破产效力适用诉讼地法的例外可能导致破产效力对地位类似的债权人作不同的处理，而原因仅仅是因为管辖其权利和债权的适用法不同。¹⁵

13. 关于《破产判决示范法》，据指出，与其他示范法一样，该文书旨在通过各国加以颁布而实现统一，旨在补充《跨国破产示范法》，解决其中的不明确之处，即《跨国破产示范法》第 21 条的救济规定是否包括承认和执行与破产有关的判决。《破产判决示范法》不仅具体规定了承认和执行与破产有关的判决，而且确立了关于寻求这种承认和执行程序时的统一规则，以及可据以拒绝承认和执行这种判决的具体理由。《破产判决示范法》还列入了一项可由已颁布《跨国破产示范法》的国家加以执行的规定，即 X 条，以澄清《跨国破产示范法》第 21 条足够广义和灵活，足以将承认与破产有关的外国判决囊括在接案法院承认外国主要或非主要程序后即可给予的酌处救济范围内。据指出，虽然《破产判决示范法》不直接涉及适用法问题，但其中存在关联，因为承认和执行与破产有关的外国判决将间接造成外国破产法发生效力。

14. 最后讨论的贸易法委员会法规是《集团破产示范法》，该法规补充了《跨国破产示范法》，扩大了其中关于单一债务人跨国界破产的框架机制，将企业集团的成员也包括在内，从而力求方便采取集体处理的集团解决方案。这是通过在法院和其他主管机关以及破产管理人之间提供有效的合作机制实现的，重要的是，通过规定集团计划程序，为企业集团的整体或其中部分制定和实施集团破产解决方案。《集团破产示范法》下的救济可根据计划程序法院地的法律给予，以协助制定和实施集团解决方案。¹⁶企业集团资产、营业所或子公司的所在国（除计划程序法院地国以外的国家）的其他法院，也可给予广泛和灵活的救济¹⁷，其中可包括通过中止或拒绝启动本国程序，并提供一系列救济以支持进行计划程序，从而遵从该项集中统一的集团处理程序（同样，须有对企业集团每个成员的债权人利益实行充分保护为前提）。¹⁸还有，《集团破产示范法》也不直接涉及适用的法律，而是与之间接联系起来，鼓励当地法院遵从计划程序的法院，并提供支持计划程序的救济，包括可能遵从计划程序法院地的

¹⁵ 《贸易法委员会破产法立法指南》，第二部分，第 91 段。

¹⁶ 《贸易法委员会企业集团破产示范法》（2019 年）（《集团破产示范法》），第 20 条。

¹⁷ 同上，第 24 条。

¹⁸ 同上，第 28-32 条。

法律，除在某些情况下关于处理债权须适用本国的法律。

15. 最后，会议重申，贸易法委员会诸项示范法的基础是对跨国界破产实行改型通用主义处理法，主要依靠通过合作、承认和救济来遵从和协助外国主要程序或企业集团计划程序，并辅之以《立法指南》中关于适用法的各项建议。据认为，制定一项统一采用的破产程序适用法明确规则国际文书，可以有益地补充现有的贸易法委员会破产文书，这将有助于解决这些问题判例法中出现的的不一致问题。另据指出，这样一项文书应以现有《贸易法委员会立法指南》的相关建议为基础，但应明确指出诉讼地法规则的确切范围及其对企业集团情形的适用，并明确规定如今更为现代化的重组制度。最后，建议明确规定一般诉讼地法规则的任何例外情况，并规定避免启动额外破产程序的标准，以及确定何时在外国主要程序或集团计划程序中适用本国法律的参照标准。

16. 讨论随后转入的议题是跨国界破产适用法的现行欧洲协调制度、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）》（《欧洲破产条例（重订）》）。据指出，《欧洲破产条例（重订）》和《跨国破产示范法》都载有处理跨国界破产情况下关键问题的条文，例如（通过主要利益中心和营业所规则）确立对主要和非主要破产程序的管辖权，并规定对此类程序的跨国界承认与合作。此外，《欧洲破产条例（重订）》（第 7 条）和《贸易法委员会立法指南》的建议（建议 31）相类似，都支持以一般诉讼地法规则作为适用的法律来确定破产程序的启动、进行和结束，两个法规都列出了因此归诉讼地法管辖事项的非穷尽清单。但据指出，尚无统一的贸易法委员会破产法规载列协调统一的法律冲突规则本身。相比之下，《欧洲破产条例（重订）》第 7 条具体确立了一般规则，指出适用于破产程序及其效力的法律是启动程序的成员国的法律（即，诉讼地法），但有下列方面的具体例外：第三方的物权、抵销、所有权保留、与不动产有关的合同、支付系统和金融市场、雇用合同、须作登记的权利、一些专利和商标、有害行为、对第三方购买者的保护以及审理中的诉讼或仲裁程序。¹⁹

17. 尽管在《欧洲破产条例（重订）》中有更明确的适用法律规则，但据指出，在实践中适用这些规则是复杂的，确定诉讼地法的实际范围往往可能是困难的（例如，在涉及撤销权诉讼、债权人在另一国的物权和要求抵销等这类例外情形方面）。发言中提到适用《欧洲破产条例（重订）》的一个庞大复杂跨国界破产案，该案突出说明了其中一些困难，例如，在确定破产财产方面，以及诉讼地法规则及其例外的范围方面。这个案例说明，在终止雇用合同的情况下，一国主要程序诉讼地法的适用与作为一般诉讼地法规则的例外而适用的另一国劳工法（劳动合同归属适用于就业合同的成员国法律处理）之间可能存在不兼容的问题。该案例还提出了以下两个问题：审理主要程序的法院或审理从属程序的法院是否对所涉事项具有国际管辖权；以及在确定债务人的哪些资产属于从属程序的效力范围时应适用哪项法律。关于适用法律的第二个问题，本案的解决办法是裁定启动破产程序的日期对于确定债务人资产的所在地具有决定性意义，以及其中的哪些资产属于从属程序的效力范围。

18. 还提供了其他一些示例，说明在确立破产程序的国际管辖权与法律选择规则之间存在关联性。在牵涉到民事资产追查的一个案例中，根据主要破产程

¹⁹ 《欧洲破产条例（重订）》，第 8-18 条。

序的法律，清算人是债务人资产的信托所有人，而根据非主要程序的法律，债务人仅被剥夺其所有权，而清算人须进行资产变现并代表总体债权人行事。最近的一项裁定认为，非主要程序中的法院应承认主要程序中的清算人特殊权力，从而诉讼地法发生效力，尽管这种权力在非主要程序法域是闻所未闻的。

19. 最后，发言强调，《欧洲破产条例（重订）》虽然在适用法问题上较贸易法委员会法规更为明确，但仍然表明了确立主要程序的国际管辖权（以及适用于这些程序的诉讼地法规则）与法律选择规则之间持续存在的关联性。欧洲现行适用法制度的运作表明，在跨国界破产情况下，进一步协调统一适当的法律冲突规则毫无疑问是可取的。

C. 跨国界破产适用的法律：实际意义

20. 专题讨论会接下来广泛讨论的领域集中在跨国界破产程序所出现的例如造成特别问题的有关适用法问题上，这些问题涉及对于债权和物权、撤销权诉讼以及证券和其他金融工具等问题的适用法律。

21. 首先审查的领域是法律选择问题，即由哪个国家的非破产法管辖破产程序中关于财产权（物权）的实体法。正如之前讨论中所提及，发言中再次指出，必须区分适用于破产法的法律和适用于非破产法（即关于权利和债权的有效性和效力）的法律。在这方面，据强调，与《贸易法委员会立法指南》一致的普遍看法是，确定包括物权在内的权利和债权的有效性和效力不是一个破产法问题，而是一个有关其他适用法律的问题。

22. 据进一步阐述，一般规则是，适用于启动破产程序时存在的权利和债权（如物权）的有效性和效力的法律，应由启动破产程序的国家的非破产国际私法规则确定。据指出，这种做法符合破产法的一般目标，即防止将财富从拥有非破产法律权利的人转为分配给不拥有法律权利的人。借鉴《贸易法委员会担保交易示范法》，发言中提供了两个非破产领域法律选择规则运作的示例。首先，就无形资产（包括普通应收款）而言，关于无形资产上担保权设定、对抗第三方效力和优先权的适用法律，是设保人所在国的法律，这被认为是一项适当的规则。其次，就非中介渠道的凭证式证券而言，适用于其创设、对抗第三方效力和优先权的法律，就股票而言，由发行人注册成立时依据的法律管辖；就债券而言，由管辖证券的法律管辖。据认为，后一个例子中的法律选择规则适合无凭证式证券，但不适合凭证式证券，在这种情况下，建议与流通单据和流通票据等留存抵押品的情况一样，其所在地可能是确定适用的非破产法的更好方法。

23. 最后，据认为，诉讼地法应当继续是破产程序最重要的法律选择规则，但制定协调统一的破产案法律选择规则将有利于破产程序的一般运作。另据指出，在制定此类规则时，必须保留适用于破产法的相关法律与适用于非破产法的相关法律之间的区别，但起草法律者应保持警惕，提防利益关系方操纵这种区别的任何可能性。

24. 接下来的讨论审议了破产程序中适用于证券和其他金融工具的法律，例如涉及中介渠道的证券、应收账款抵押和金融衍生品中的净额结算规定。特别注意到破产程序中应由何种法律管辖中介渠道证券的问题。据指出，《海牙国

际私法会议中间人代持证券所涉某些权利适用法律公约》指出，在非破产情况下，适用于中介渠道证券的法律是维持管理账户的中间人所在国的法律。这项规则通常被称为 PRIMA（相关中间人所在地办法），确保适用法固定而不随着时间改变，尽管投资者的证券组合可能会定期发生变化。随后审议的问题是投资者（或债务人）破产时中介渠道证券的适用法律应是什么以及适用法律是否应不同于非破产的情形。据解释，在中介渠道证券的情况下，适用诉讼地法规则可能造成问题，因为这种做法可能破坏涉及中介渠道证券金融交易所依据的假定交易，并导致适用已启动一项或多项破产程序的意料之外国家的法律。

25. 讨论小组成员建议，从破产法旨在尽量减少债务人和债权人不当行为的功能角度来看，对于涉及中介渠道证券的交易，有关诉讼地法规则的例外应当得到承认，特别是在确定其在抵押担保交易中对第三方有效性和效力以及在确定优先权方面。据告诫说，否则当事人可能利用破产程序而事后改变最初的应享权利，导致金融交易遭受破坏和费用增加。

26. 探讨的第三个领域是在跨国界破产程序中适用于撤销权诉讼的法律。据指出，撤销权法取决于政策选择，涉及在债权人维持破产财产或使之最大化的集体利益与第三方对维持交易有效性的合法期望之间保持微妙平衡。据指出，各国的撤销权法各不相同，特别是在如下这类问题上：(a)可撤销的交易类型；(b)与债务人有充分联系而可被视为相关的人员类别；(c)不同类型交易的置疑期；(d)启动撤销权程序的权限和责任；(e)撤销权诉讼的国际管辖权和属地管辖权；(f)举证责任的分配；(g)撤销权程序费用分配；以及(h)撤销成功的法律后果和该交易对方的权利。

27. 鉴于观察到大多数国家目前缺乏处理跨国界破产撤销权诉讼适用法律问题的具体规则，发言中探讨了加强法域之间合作的实际和法律解决办法。详细解释了对这一问题采取下列办法的利弊：(a)准据法；(b)诉讼地法；(c)准据法和诉讼地法结合并用；以及(d)视哪一种对破产财产更有利而定，诉讼地法和准据法交替适用。最后，据指出，诉讼地法将为撤销权诉讼提供最佳解决办法，以跨国界破产案件中适用法问题的普遍重要性为核心重点。为支持对撤销权诉讼适用诉讼地法，发言中提出以下几点：(a)诉讼地法是关系最密切的法律；(b)诉讼地法保护破产财产的完整性；(c)诉讼地法尊重债权人公平待遇的原则；(d)撤销权问题与破产程序启动国的法律密切相关；(e)诉讼地法为破产从业人员提供了一个简单的解决办法；(f)诉讼地法防止当事人操纵适用的法律；(g)在可能造成不可接受结果的情况下，可以适用公共政策例外来避免这种结果。

28. 接下来的专题报告首先提出了一个前提，这就是，被认为反映了改型通用主义的目前跨国界破产制度，应尽可能少些偏离通用主义的理想。据指出，为此，对一般诉讼地法规则的例外应尽可能少些。为了实现这一目标，有人询问应在什么基础上对一般规则实行例外。据建议，这一问题的答案应从保护当地利益关系方合法期望的角度来确定，因为当地利益关系方依赖预期适用某一特定的法律制度，例如当地的法律。以当地债权人为例，据认为，并非所有当地债权人都希望当地法律适用于其债权，其中一些债权人可能更希望根据诉讼地法考虑其债权的待遇和优先权。为了避免毫无根据的情况而需要按逐个债权来确定适用的法律，据建议，可以使用一种代用方法，例如根据债权人的商业

复杂程度或规模来估计该债权人是否依赖当地法律保护其权利和债权，以及将其债权交付诉讼地法管辖是否不公平。

29. 总之，虽然据指出，就金融交易而言，最优做法是以协调的法律选择规则统一适用于破产内外的案例，但会议普遍同意，破产程序适用法的协调统一至关重要，并且前景良好。同时还认为，必须按照委员会的要求，认真界定贸易法委员会在这一专题上可开展的工作的范围和性质。据建议，为了与贸易法委员会迄今的破产法规保持一致，协调统一工作可采取示范法的形式。另据认为，美国法学会和国际破产研究会制定的《国际破产案件法律冲突事项全球规则》（2012年）²⁰（美国法学会/国际破产研究会《全球规则》），以及《欧洲破产条例（重订）》可作为讨论协调统一问题的适当起点。此外，特别是在劳工法方面，认为可以采用“升值幅度原则”的办法，²¹强调保护劳工权利的最低标准，即使这些标准受主要破产程序诉讼地法规则的约束。

D. 破产程序适用的法律：区域范围意义

30. 进一步讨论了在跨国界破产程序适用法方面出现的实际问题，重点是世界各区域面临的挑战。对拉丁美洲跨国界破产的审查表明，尽管该区域为促进破产程序统一原则作出了各种历史性努力，但各自为政和多重程序情况依然存在。一些国家已经批准了1889年缔结²²并于1940年修订²³的《蒙得维的亚条约》，该条约赞同破产程序统一的概念，但有一些例外，例如债务人有两个或两个以上独立的商业机构。《哈瓦那国际私法公约》（又称《布斯塔曼特法典》）在该区域几个国家适用，²⁴其中也规定向债务人居住地法院提起单一破产诉讼程序，但将这种程序的效力扩大到所有已通过《布斯塔曼特法典》的国家。这种做法以一项规则加以平衡，规定对（不动产）物权诉讼和物权适用资产所在地法（物之所在地法）（第420条）。据指出，统一原则是区域主要协调统一文书所谋求的共同目标，但在顾及这一原则的同时还必须要有例外，特别是在债务人有分别营业所或资产位于不同法域的情况下。这种情况可能触发启动另一项破产程序，并可能根据当地法律处理，有利于当地债权人。为了平衡因启动几项程序且其中每项程序都使用其国内规则从而带来的弊端，这些区域文书例如对强制执行措施在条约缔约国的域外效力实行简化，以确保更好地承认根据外国法律规定产生的债权人权利。

31. 尽管努力寻求关于破产程序适用法的统一法律制度，但据指出，该区域

²⁰ “跨国破产：国际破产案件合作全球原则”的附件（2012年）。

²¹ “升值幅度原则”是欧洲人权法院的一项原则，给予各国有限的酌处权适度减少《欧洲人权公约》的公约条款所规定的义务。

²² 1889年2月12日《蒙得维的亚国际商法条约》的缔约国有：阿根廷、玻利维亚、哥伦比亚、巴拉圭、秘鲁和乌拉圭。

²³ 1940年，阿根廷、巴拉圭和乌拉圭核可并批准了对《1889年条约》的修订。关于《蒙得维的亚条约》的更多信息，见Fletcher, Ian F., 《Insolvency in Private International Law: national and international approaches》，第二版（牛津大学出版社，2005年），第2部分，第5.1段及其后各段。

²⁴ 《国际私法权利公约》（1928年2月20日，哈瓦那），美洲国家组织（美洲组织）《条约汇编》，第23号。公约缔约国有：玻利维亚、巴西、智利、哥斯达黎加、古巴、多米尼加共和国、厄瓜多尔、萨尔瓦多、危地马拉、海地、洪都拉斯、尼加拉瓜、巴拿马、秘鲁和委内瑞拉（见Fletcher，第2部分，第5.2段及其后各段）。

各国之间的情况仍然差别很大。例如，在有些国家，程序通用主义是国内范围的一项原则，但这种做法又有属地主义的牵制，后者是一项根据国际私法规则适用的原则。例如，如果债务人在该国无营业所，那么即使查明有开展经济活动，这种做法也将剥夺国内法院的管辖权。属地主义也可以通过坚持对本国债权人采用本国程序处理并在考虑外国程序时遵循对等原则而得到加强。在对应的另一端，一些法域更倾向于承认外国程序和在外程序适用外国法律，例如在启动破产程序的条件方面给予更大的灵活性，而不是坚持债务人须在本法域有正式营业所的核心要求。对跨国界破产采取更灵活办法的益处也会转化为对债权人和债务人提供的明确程序安排，明白哪些法律将适用于其债权，诉讼地法将作为操作规范，但也有某些明确的例外。用于缩小外国和当地规则之间差别的另一项有用原则是诉诸国民待遇原则，该原则保证对国内外债权人的平等保护，但有限的例外情况除外，并以对等原则为前提。据认为，总之，对跨国界破产采取更统一的做法在该区域日益明显，特别是通过颁布《跨国破产示范法》，但仍需要制定更多关于适用法律的协调统一规则，以协助破产程序的跨国界协调并提供明确性。

32. 接下来的区域讨论集中在东南亚的破产诉讼和重组概貌上。据指出，虽然破产程序中的适用法律问题在区域判例中迄今尚未广泛考虑，但随着该区域发生的跨国界重组案例数量增加，这类问题的发生率肯定会增加。关于跨界重组和融资市场的概览描述了一种区域情况，这就是，几个既定的国际金融中心或法域（拥有更先进的法律制度便利）提供资金，而对债务本身实行的管辖法律则往往是该区域以外的法律制度。因此，适用于债务本身的法律与适用于国内担保组合方案的法律往往有所不同，后者通常是当地法律。在重组方面，据指出，两种可用的选项是债务人或债权人可采用“当地”选项，在债务人注册成立地法域提起破产程序，或者在某些情况下，通过在债务人注册成立地法域以外的法院提起诉讼，寻求债务重组方面的更大灵活性。另据指出，尽管迄今为止在破产程序适用法方面出现的问题数量有限，但拟订关于适用法的统一规则肯定可以精简程序，特别是在重组债务数量迅速增加的区域。

33. 在该区域一再出现的问题中，特别提到了国际资本市场交易中经常使用的一种信托机制，即债务人发行外国法债券，然后由债券受托人持有。这种信托结构通常不在当地法律制度中得到承认，法院往往只是将当地法律适用于外国法律单据，而不是对国际私法原则进行详细分析。这种做法往往导致判例不一致，从而使利益关系方缺乏商业确定性。注意到的另一个问题是，为确定债权人根据债务适用法律享有的权利和债权的有效性和效力而必须进行旷日持久的诉讼，这再次对债权人和债务人寻求的确定性和安全产生了不利影响。随着该区域使用的金融工具复杂程度预期将随着时间而增加，可以预计这种趋势将会增加。就可能的解决办法而言，还讨论了该区域主要金融中心之一采用的最现代化的法律框架。该框架规范了一些问题，包括数字资产和去中心化融资，但有些问题仍未有答案，可能导致今后在考虑破产程序中的适用法律时出现不确定性。最后，据认为，鉴于各国法律制度之间的明显差异和正在进行的国家经济区域一体化，需要就东南亚破产程序的适用法律制定共同的标准，这一点日益重要。

34. 关于非洲跨国界破产程序适用法律的专题介绍回顾了该区域在国内法律制度中颁布《跨国破产示范法》方面取得的进展，迄今已有 24 个国家这样做

了。据指出，这一趋势是非洲国家在过去十年为改进其对跨国界破产的管理而进行的各种改革和政策努力中采取的步骤之一。在破产实体法问题上也作出了重要努力，目标是提高效率，保全价值，顾及商业现实和企业的全球性质。

35. 但另据指出，尽管作出了这些努力，可是一些国家坚持在颁布《跨国破产示范法》时列入对等条款，这对这些国家的颁布范围和灵活性以及其跨国界破产程序的有效性产生了不利影响。此外，债权人和其他破产利益关系方继续面临破产专业人员和司法机构能力方面的挑战，但也面临法院管理制度的结构性差距，以及向地方法院提供的资源缺乏，导致案件积压和后勤问题。据认为，只有同时加强这些法域对新规则的理解和执行，制定的新规则才能取得成功。

36. 以该区域的具体案例为重点，据指出，由于缺乏关于具体领域适用法律的协调统一规则，例如关于劳动合同、融资交易和企业集团内部担保交叉抵押的规则，跨国界破产程序中出现了问题。虽然这些例子说明了制定破产程序适用法统一规则的益处，但必须指出，根据该区域的经验，在确定共同利益方面可能会遇到困难。例如，据回顾，当地债权人在一些国家享有优惠待遇，有时甚至排在有担保债权人之前。然而，尽管存在这些挑战，但结论认为，可以通过制定跨国界破产领域协调统一的法律选择规则来改善该区域的现状。

37. 最后一系列发言进一步探讨了贸易法委员会今后关于适用法律的工作如何可最好地实现当地债权人的合理期望，同时保持现有破产和重组框架所反映的改型通用主义办法。在回答这一问题时，据指出，法律选择上的当地主义应被视为一个潜在的严重问题，可被用来强化战略性的属地主义，并对交易收益的总体目标产生不利影响。据指出，当主要程序侧重于变现破产财产价值的程序步骤方面，并通过实行实质效果待遇或合成²⁵待遇尊重当地应享权利底线（优先债权可由此加以量化）而尽可能尊重当地权利和公司形式（从而最大限度地减少择地诉讼带来的利益）时，改型通用主义的全球单一诉讼程序目标才是最有效的。

38. 据指出，《贸易法委员会立法指南》和《欧洲破产条例（重订）》所反映的当前跨国界破产和重组设计构架已经建立在关于破产程序所涉程序步骤的一般诉讼地法规则基础上（该项一般规则的具体例外情况除外），而适用于权利和债权有效性和效力的法律（或“非破产法”）则涵盖了所涉及的分配方面，按国际私法规则确定的当地法律管辖。然而，据重申，可能难以确定诉讼地法规则（或“破产法”）的范围，据指出，虽然目前的构架对于涉及单一债务人的清算和辅助程序运作良好，但在企业集团破产和重整的情况下会出现问题。所造成的问题被称为“价值分配问题”，例如，企业集团实体在整体统一的基础上经营，不可能在集团成员之间分割资产或认定资产归属某个特定所在地，或者在重整或挽救情况下，造成简单清算程序中无法兑现的“重整价值”额外

²⁵ 关于“合成”待遇的概念（《贸易法委员会企业集团破产示范法颁布指南》第 193 条）描述如下：“某些措施在实践中得到发展，以有助于协调涉及企业集团成员的跨国界破产程序。这些措施通常称为合成非主要程序，涉及如果启动外国非主要程序的话，那么在主要程序中对于外国债权人的债权给予其根据适用的法律在这一非主要程序中本可得到的同样待遇。例如，如果在一个国家对企业集团某个成员启动一项主要程序，而企业集团该成员在另一国拥有债权人，则这些债权人的债权可以在前面的国家按照其在后面的国家当启动非主要程序时根据相关的适用法律本可得到的待遇处理。使用“待遇”一词是指债权的地位和根据适用法律处理债权的方式；例如，如果债权是追讨未付工资，则其优先权和在数额上可能附加的法定条件与根据相关法律适用规定的相同。”

增加。实际上，据指出，问题是在这些更复杂的情形下，在考虑到整个集团破产而可能无法兑现全部价值时，如何可以按全部价值对当地债权进行量化。

39. 据指出，这一问题的解决办法已经通过对债权进行实质效果或合成处理而演变为跨国界破产实践中的一个实际问题，据称《欧洲破产条例（重订）》和《集团破产示范法》以及一些现有的判例都为这样做提供了便利。在这种情况下，据指出，当地债权人债权分配优先权的应享权利底线必须可追溯到在当地公司结构中（在没有企业集团解决办法的情况下）以及在通过适用法律选择规则而确定的法域中可以在资产上兑现的价值。因此，资产的可兑现价值将确定应享权利的底线，在主要程序中这可被视为当地债权人的合成应享权利。据指出，创建一种合成应享权利办法来解决困难的法律选择问题，特别是在企业集团破产和重整的情况下，将是现有跨国界破产文书合乎逻辑的下一步，因为即使有修改，也只需要很少的修改，而关于破产适用法的现有工作，如美国法学会/国际破产研究会《全球规则》方面的工作，可以为进一步发展提供一个依循的模板。

E. 贸易法委员会和海牙国际私法会议关于破产程序适用的法律可能开展的工作

40. 最后一届会议的重点是贸易法委员会与海牙国际私法会议合作开展关于破产程序适用法工作的可行性和可取性，以及如果要开展这种工作，其可能的形式和范围。在总结前几届会议时，据指出，普遍认为由于对破产程序中的适用法律缺乏统一办法而产生的判例不一致，以及由此产生的法律和商业不确定性，正在对国际贸易和投资产生不利影响。这种不确定性体现在如何处理跨国界破产案件中的某些问题，例如涉及物权和证券的债权，以及撤销权诉讼和保护当地债权人的合法期望。另据指出，需要特别注意企业集团破产适用法的情形，可能需要采取不同的解决办法，以同时兼顾到跨国界清算和跨国界重整的情况。

41. 从历史的角度来看，据回顾，《贸易法委员会立法指南》的编写工作得到了海牙国际私法会议对其成员国进行的 2003 年关于破产中法律选择情况调查的协助。调查表提出了三个主要问题：(1)各国是否有关于破产事项的特别法律选择规则；(2)哪些联系因素触发启动破产程序和确定诉讼地法的范围；以及(3)对一般诉讼地法规则规定了哪些例外。尽管因为这项调查工作的时间期限较短以至收到的答复数量不多（13 份），但注意到以下矛盾现象：虽然《欧洲破产条例》是经济联系密切、发展水平相似以及法律传统相似的国家之间拟定的，但其中所载的诉讼地法例外情况比《贸易法委员会立法指南》所建议的要多。据指出，《立法指南》中例外情况较少的原因可能是该案文和《跨国破产示范法》在实质性方面达到的协调统一程度高于欧洲范围的《欧洲破产条例》。最后，据指出，《欧洲破产条例》采取的做法是，无论债务人的性质或程序的类型如何，都适用相同的法律冲突规则，这可能需要重新审议，特别是考虑到在清算和重整情况下可能需要不同的解决办法。

42. 据认为，与管辖所有受破产程序影响的权利和合同的实质性规则相比，核心国际私法规则更易于协调统一。注意到在整个专题讨论会期间查明的破产程序适用法律与法院国际管辖权问题之间的密切联系，发言中强调了关于政策影响方面明确和一致的重要性。鉴于各国和各种法律制度在这一问题上已经存

在许多相似之处，例如在一般诉讼地法规则方面，据认为，协调统一这一领域的国际私法规则是可以实现的。虽然这种未来文书的最佳形式可能尚不明确（例如示范法、立法指南、实践手册、样本议定书等），但该法规文本应补充关于破产的其他法规，并确保充分尊重国家主权，包括关于管辖权规则的国家主权。此外，据认为，贸易法委员会第五工作组（破产法）的广泛经验对达成解决办法十分宝贵。

43. 在讨论结束时，出席第五工作组（破产法）会议的欧盟代表团一位代表回顾了欧盟 2019 年²⁶关于贸易法委员会今后可在这一领域开展工作的建议，并赞扬与会者在专题讨论会期间进行的富有成果的意见交流，这表明，关于破产程序适用法的统一规则将可填补目前跨国界破产构架中查明的空白。据强调，对适用法问题的探讨预计将以与贸易法委员会在破产方面现有工作相一致的方式进行，同时铭记《欧洲破产条例（重订）》所代表的作出更明确阐述的工作。据指出，在劳工债权的优先权、抵销、撤销权问题、支付制度和金融市场、知识产权事项、审理中诉讼和仲裁程序、第三方物权、所有权保留以及不动产合同等方面，明确性特别重要。另据指出，这一领域工作取得成功的前景是肯定的，这方面现代化的协调统一规则将可加强国际贸易法的法律确定性和可预测性，继而有助于加强发展中经济体并提高其坚韧能力。

44. 据指出，虽然欧盟目前有一个完善的跨国界破产制度，其中包括关于适用法的具体规则，但也作出了改进这一制度的承诺，欧盟委员会将在 2027 年之前提交一份关于《欧洲破产条例（重订）》适用情况的报告。因此，贸易法委员会与海牙国际私法会议等拥有相关经验的组织合作推进这一领域的工作将带来巨大裨益，并有望今后达到改进《欧洲破产条例（重订）》的目的。与会者表示继续支持拟订一项文书，该文书将不仅促进统一，而且能够有助于在这一领域达成共识解决办法方面取得迅速进展，并尊重国家主权，为执行所确定的解决办法提供足够的灵活性。

45. 第五工作组（破产法）不同国家代表团的一些与会者表示支持该项目。此外，与会者还支持认为，另已提出的关于民事资产追查和追回的项目²⁷与适用法提案具有关联性，而且第五工作组如果受委员会委托开展这两项任务，已有在同时推进多个项目工作方面的广泛经验。

46. 对在线调查表²⁸的答复表明，一致认为跨国界破产适用法缺乏统一性对破产程序的总目标造成障碍，协调统一关于适用法的管辖规则是可行的。对调查表的答复进一步表明，强烈支持贸易法委员会的全球破产工作应辅之以破产程序适用法领域的工作，重点是撤销权诉讼、担保权、物权、雇用合同、抵销和审理中程序。但也有一些答复指出，需要进行进一步的讨论，以确定法律冲突规则及其任何例外的确切范围。

²⁶ 工作方案——欧洲联盟的提案，A/CN.9/995。

²⁷ 工作方案——美利坚合众国的提案，A/CN.9/996；《民事资产追查和追回专题讨论会报告》，A/CN.9/1008。

²⁸ 关于在线调查表所载的问题，见上文，第 4 段，脚注 5。

三. 结论

47. 从贸易法委员会秘书处就这一专题开展的探索性工作和专题讨论会对这些问题的审议中可得出以下主要结论：

(a) 破产程序中的适用法律被认为是当前全球经济中日益重要的一个专题。虽然在目前的跨国界破产构架中，就适用法律提供了一些指导，并制定了更加明确的区域文书，但认为仍有必要根据国际破产实践和法律框架的迅速发展，在破产程序适用的法律方面实现全球协调统一；

(b) 与上一个结论相关联，并考虑到目前的跨国界破产框架，似宜考虑对清算和重整都合适的适用法规则；

(c) 应当与以前通过的无论是与破产有关还是与担保交易等其他工作领域有关的贸易法委员会文书保持一致；

(d) 破产程序适用法应当考虑对数字资产的处理，并考虑金融市场和交易的数字化可能产生的问题；

(e) 应当考虑将一些具体问题纳入这项工作，例如撤销权诉讼、担保权、物权、雇用合同、抵销和审理中程序。

48. 鉴于上述情况，委员会似宜考虑是否开展关于本专题的工作，如果是，则考虑这种工作的形式、范围和方法：

(a) 形式。委员会似宜回顾，已有一套广泛的贸易法委员会破产法规，包括三部示范法（《跨国破产示范法》、《破产判决示范法》和《集团破产示范法》）（包括其相关的颁布指南），以及一份全面的解释文本（《贸易法委员会立法指南》），后者载有关于破产程序适用法律的评注和建议，而前几部法规则确立了一个关系到适用法问题的跨国界破产架构；

(b) 范围。委员会似宜考虑，除局限于有关破产程序适用法统一规则外，是否还有必要以任何方式限制今后关于本专题任何工作的范围；

(c) 方法。今后可能的工作可以在工作组或委员会全体会议上进行，或者可以由贸易法委员会秘书处在专家的参与下开展。委员会似宜回顾，在其2013年第四十六届会议上，²⁹委员会商定使用四项检验标准来评估是否应将某一专题的立法工作交由一个工作组处理：(一)该专题是否显然适合加以国际协调并以协商共识方式拟立法文本；(二)未来文本的范围和有待审议的政策问题是否足够清楚；(三)是否存在该专题立法文本将能够增强国际贸易法现代化、协调或统一的充分可能性；以及(四)是否可能与其他国际组织正在进行的工作发生重叠。委员会似宜回顾，所有立法文本和大多数非立法文本都是由贸易法委员会要么通过一个工作组或者要么在贸易法委员会每年的届会上编写的。一些非立法文本虽然由贸易法委员会秘书处编写，但随后仍需经贸易法委员会审查和批准，贸易法委员会授权将其作为秘书处的成果加以出版。

²⁹ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》(A/68/17)，第303-304段。