



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第五十九届会议  
2021年12月13日至17日，维也纳

## 破产程序的适用法律

### 秘书处的说明

## 目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 工作组以往对本专题的审议概况.....	2
三. 建议 30-34 和所附评注引起的问题.....	4
A. 概述.....	4
B. 权利和债权有效性及效力问题的适用法律.....	5
C. 破产程序中的准据法：破产诉讼地法.....	6
D. 破产诉讼地法的例外.....	10
四. 供工作组审议的问题.....	13



## 一. 导言

1. 委员会第五十四届会议转交工作组的有关破产程序适用法律项目的背景资料可见于工作组第五十九届会议临时议程（[A/CN.9/WG.V/WP.173](#)）。<sup>1</sup>其中表明委员会认为这一专题较为复杂，需要在国际私法各个主题以及在例如合同法、财产法、公司法、证券和银行及其他等领域法律选择方面具有高度的专业知识，而委员会近来并未在这些领域开展过工作。鉴于本专题涉及的问题范围广泛，委员会认为必须仔细界定本专题的工作范围。<sup>2</sup>

2. 编写本说明是为了便利工作组对本专题进行初步审议。编写时依据的假设是，工作组似宜：(a)将《贸易法委员会破产法立法指南》（“《指南》”）建议 30-34 及所附评注作为审议这一专题的起点；以及(b)首先重点考虑在针对单一债务人的破产程序这种简单情形下的破产诉讼地法及其例外情况，然后再处理破产程序中适用法律的任何其他问题（例如，并行破产程序和企业集团破产所产生的问题）。因此，本说明不涉及确定资产所在地的规则、破产程序启动时现有权利和债权的适用法律（建议 30 的简述除外）或其他国际私法规则。<sup>3</sup>根据工作组对项目范围的决定，这些问题可能成为需要另外与海牙国际私法会议密切合作进行的研究主题。

3. 本说明应与破产程序适用法律专题讨论会（2020 年 12 月 11 日，维也纳）的报告（[A/CN.9/1060](#)）（“专题讨论会报告”）一并阅读。本说明第二章回顾了工作组前几届会议对本专题的审议情况。第三章转载了建议 30-34 及所附《指南》评注的内容，以便于工作组参考，并重点介绍了这些建议提出的问题。第四章列出了工作组在项目范围方面似宜考虑的问题。

4. 本说明通篇提到经调查了解与项目有关的国际和区域法规文本，特别是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）》”），<sup>4</sup>以及美国法学会和国际破产研究会的《国际破产案件法律冲突事项全球规则》，包括评论和报告者说明（“《全球规则》”）。秘书处调查了解的各国破产法不包含与《指南》建议 30-34 类似的规定。

## 二. 工作组以往对本专题的审议概况

5. 《指南》建议 30-34 和所附评注述及破产程序中的适用法律。这些建议是工作组第二十九届会议（2003 年 9 月 1 日至 5 日，维也纳）在秘书处一份说明（[A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17](#)）<sup>5</sup>基础上和第三十届会议（2004 年 3 月 29 日至 4 月 2 日，纽约）在秘书处一份说明（[A/CN.9/WG.V/WP.72](#)）基础上进行审议的结果，其内容取代

<sup>1</sup> 《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。

<sup>2</sup> 同上，《第七十四届会议，补编第 17 号》（[A/74/17](#)），第 206 段；以及同上，《第七十六届会议，补编第 17 号》（[A/76/17](#)），第 217 段。

<sup>3</sup> 这些规则数量众多，见于各种法律来源，包括国际条文。例如，见海牙国际私法会议《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》；或《贸易法委员会担保交易示范法》（第八章）。

<sup>4</sup> 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程序（见陈述部分 25）。该条例替换和取代了欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的（欧盟）第 1346/2000 号条例，原条例基于《欧洲联盟破产程序公约》（1995 年 11 月 23 日，布鲁塞尔）；未生效）（《欧盟公约》）。

<sup>5</sup> [A/CN.9/542](#)，第 28-43 段。

了 A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) 第 652 段之后的 D 节。<sup>6</sup>第二十九届会议上的主流观点认为, 适用法问题对破产程序至关重要, 《指南》中应列入关于所涉问题的材料, 以便向立法者和其他使用者提供协助和指导。关于拟列入的材料范围, 会上表示了某种关切, 认为关于适用法律条文的讨论和最后审定不应拖延《指南》的工作进度。<sup>7</sup>工作组请贸易法委员会秘书处与海牙国际私法会议协商编写相关材料<sup>8</sup> (在这方面另见专题讨论会报告第 7 和 41 段)。工作组第三十届会议核准了 A/CN.9/WG.V/WP.72 号文件所载的建议草案和评注, 但作了一些修订。<sup>9</sup>正如该届会议所建议的那样,<sup>10</sup>这些文字已列入《指南》第二部分第一章。下文结合相关情况回顾了当时工作组就这些建议和评注草案提出的问题。

6. 委员会 2004 年第三十七届会议通过了 A/CN.9/WG.V/WP.72 所载的建议草案和评注, 除以下内容外未作其他改动: (a) 将一项建议移至《指南》第一部分并加以修订 (成为《指南》目前的建议 3, 行文如下: “破产法应承认无论是根据国内法还是外国法除破产法以外其他法律产生的权利和债权, 但破产法规定的任何明确限制除外”); 以及 (b) 在关于劳动合同的建议 33 的评注末尾增加以下一句: “在一些国家, 这种保护将仅适用于个人就业合同, 而在另一些国家, 这些规定也将适用于集体谈判协议。”<sup>11</sup>

7. 自从将这些建议和评注列入《指南》以来, 工作组已几次审议破产法中的适用法律专题, 既作为可能的破产法全面公约一部分,<sup>12</sup>也作为一个独立的专题。<sup>13</sup>在那些会议上, 工作组表示支持作为优先事项就该专题开展工作, 强调该专题提出的问题是工作组审议或拟审议的许多专题的关键, 应与例如海牙国际私法会议这类在法律选择领域具有专门知识的其他国际组织协调开展这项工作。<sup>14</sup>

8. 当时确定了在该专题下讨论的下列关键问题: (a) 对无担保债权进行排序的适用法律; (b) 关于知识产权或其他无形财产权的法律选择; (c) 将“程序性”破产规则

<sup>6</sup> A/CN.9/551, 第 24-32 段。该报告第 24 段指出, A/CN.9/WG.V/WP.72 也在由贸易法委员会第六工作组 (担保权益) 审议, 该工作组认为 A/CN.9/WG.V/WP.72 所载的各项原则总体上可以接受。

<sup>7</sup> A/CN.9/542, 第 28 段。

<sup>8</sup> 同上, 第 43 段。

<sup>9</sup> A/CN.9/551, 第 24-32 段。

<sup>10</sup> 同上, 第 32 段。

<sup>11</sup> 《大会正式记录, 第五十九届会议, 补编第 17 号》(A/59/17), 第 18 和 50(ff)段。

<sup>12</sup> 见第五工作组 (破产法) 第三十七届会议 (2009 年 11 月 9 日至 13 日, 维也纳) 工作报告 (A/CN.9/686), 第 127-128 段, 特别是第 128(b)段。在该届会议上, 工作组收到了国际律师联盟关于国际破产法领域拟订一项可能国际公约的建议。据建议, 除其他问题外, 公约可处理破产程序中的适用法律, 或可将适用法律问题列入该公约的一项单独议定书。工作组将该提案以及关于今后可能开展的工作的其他建议推迟到今后一届会议审议。该提案随后得到了国际律师协会的支持 (见工作组第三十八届会议 (2010 年 4 月 19 日至 23 日, 纽约) 收到的 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6, 第 3-11 段)。另见秘书处随后的一份说明, 其中提供了关于构成当时第五工作组任务授权的专题和今后可能开展工作的专题的背景资料 (A/CN.9/WG.V/WP.117, 特别是第 7-11 段)。随后的记录表明, 由有关代表团设立的一个不限成员名额非正式小组讨论了拟订一项国际破产问题公约的可行性 (见 A/CN.9/803, 第 39(a)段; A/CN.9/864, 第 88 段和 A/CN.9/870, 第 88 段)。委员会 2014 年和 2016 年届会注意到非正式小组的工作 (《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第 17 号》(A/69/17), 第 152、158 和 159 段; 以及同上, 《第七十一届会议, 补编第 17 号》(A/71/17), 第 247 段)。

<sup>13</sup> 见工作组第四十四届会议 (2013 年 12 月 16 日至 20 日, 维也纳) 收到的国际破产研究所关于跨国界破产案件中法律选择问题的提议 (A/CN.9/WG.V/WP.117, 第 12-16 段)。

<sup>14</sup> A/CN.9/798, 第 18、19、24 和 30 段。

与影响实质性权利的规则区分开来（普通国际私法原则可继续管辖非破产法问题，如债权的有效性或无效性等）；(d)确定当地利益占主导地位的具体事项；(e)探讨法院地法律何时最终确定破产管辖原则（该法院地是主要程序还是非主要程序）；(f)确定非主要程序的法院地法院何时应当适用主要程序的破产法；(g)确定法院地法院可能服从另一法域破产法的其他情形（无论在该另一法域是否一项正在程序进行中）；以及(h)企业集团情况下的适用法律。<sup>15</sup>

### 三. 建议 30-34 和所附评注引起的问题

#### A. 概述

9. 建议 30-34 及其评注构成贸易法委员会建议的有效和高效国内破产法框架《指南》核心条文的组成部分。应当与《指南》其他部分，包括《指南》导言中的术语表一起阅读。与本项目特别相关的是涉及保护债权人的各节和旨在确保根据其他法律产生的权利和债权在破产中得到普遍承认的规定（例如，见上文第 6 段，还有建议 4（以建议 88 作为补充）和 100）。这些部分可以解释在编写《指南》关于破产程序适用法律的一节时所作出的政策选择，特别是所建议的破产诉讼地法的范围和所建议的为数有限的例外情况。

10. 《指南》中关于有担保债权人待遇的部分<sup>16</sup>尤其经过彻底审议，包括关于破产情况下担保权的设定、效力、优先权和强制执行的适用法律（进一步见下文第 23 段）。这些部分是和贸易法委员会第六工作组（担保权益）联合编拟的，以确保贸易法委员会破产法和担保权益领域的法规在破产中的有担保债权人待遇方面保持一致。<sup>17</sup>

11. 自从建议 30-34 及其评注列入《指南》以来，贸易法委员会在破产法领域通过了若干其他文本，包括分别述及企业集团破产和在临近破产期间董事义务的《指南》第三部分和第四部分。<sup>18</sup>工作组还审议了破产法领域的其他发展情况，特别是在支付和结算制度以及受监管金融市场方面的发展情况（见下文第 27 段），这些审议为拟订其今后可能的工作方案提供了信息。<sup>19</sup>

<sup>15</sup> A/CN.9/WG.V/WP.117，第 13-16 段。

<sup>16</sup> 例如，见建议 4、49-53、58-59、65-67、88 和 187-188 及所附评注，还有《指南》第二部分第三章 E 节。《指南》附件一列出了《指南》中涉及有担保债权人待遇的大多数条文。

<sup>17</sup> 例如，见 A/CN.9/535——五工作组（破产法）和第六工作组（担保权益）第一届联席会议（2002 年 12 月 16 日至 17 日，维也纳）工作报告和 A/CN.9/550——第五工作组（破产法）和第六工作组（担保权益）第二届联席会议（2004 年 3 月 26 日和 29 日，纽约）工作报告。第六工作组（担保权益）第五届会议（2004 年 3 月 22 日至 25 日，纽约）工作报告（A/CN.9/549，第 34 段）指出，工作组认为，最终列入《指南》的适用于破产情况下担保权强制执行的原则总体上是可以接受的。这方面，另见上文脚注 6。

<sup>18</sup> 虽然《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《跨国界破产示范法》）作为《指南》的附件，并在建议 5 中具体建议加以颁布，但最近的两项《示范法》并非如此。此外，《指南》所附的《跨国界破产示范法颁布指南》于 2013 年被《颁布和解释指南》取代。

<sup>19</sup> 见 A/CN.9/798，第 30 段。

## B. 权利和债权有效性及效力问题的适用法律

### 建议 30

权利和债权有效性及效力问题适用的准据法

破产程序启动时即已存在的权利和债权，其有效性和效力所适用的准据法应当由启动破产程序的所在地国的国际私法规则确定。

### 随附的评注

80. 当破产程序涉及的当事人或资产位于不同的国家时，可能会产生复杂的问题，究竟将由哪项法律适用这些资产上的权利或其他债权的有效性和效力，以及在破产程序中将如何处理这些资产和这些外国当事人的权利和债权。在这种破产程序的情况下，法院地国通常将适用其国际私法规则（或冲突法规则）来确定哪项法律适用于某项权利或债权的有效性和效力以及在破产程序中对它的处理。

81. 在纯国内环境中，破产法并不“设定”权利（对人权或所有权）或债权，而是应当尊重根据其他适用的法律，即根据民法、商法或公法针对债务人而获得的权利和债权。破产法本身涉及的是一旦启动了破产程序后将如何确定这其中每一项权利和债权的相对地位，并且在适当的情况下，还涉及对这些权利和债权规定其在破产程序中将需遵守的限制和变动，以便达到这些程序的集体目标。这些限定和限制是“破产的后果”，因为是在启动针对债务人的破产程序之后才出现的。

82. 在跨国界破产案件中，务必区分根据法院地法律冲突规则指定的准据法（无论是本国还是外国实体法）而设定的权利和债权与破产后对这些权利和债权造成的后果。因为正如所述，破产法并不设定权利或债权，某项权利或债权是否已被设定的问题以及该权利或债权的内容，属于一般法律冲突法的范畴。例如，根据一般法律冲突规则，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；物所在地法则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，等等。在这方面，每个国家都将适用其本国的法律冲突规则，包括已生效的任何国际公约。就破产程序而言，法院地国通常将适用其本国的法律冲突规则来确定由哪项法律管辖某项权利或债权的有效性和效力，然后才考虑在破产程序中如何处理该权利或债权。应当强调的是，对于有效性和效力的确定并不是一个破产问题，而是一个由其他适用法处理的事项。

12. 如建议 30 的评注所述，该建议确立了用以确定启动前权利和债权有效性和效力时所适用的法律的规则。<sup>20</sup>因此，在此类权利和债权成为破产管理人或其他当事人在破产程序启动后采取行动的依据时，该规则也应适用。<sup>21</sup>相比之下，启动后权利和债权的有效性和效力不属于该项建议的范围。经调查了解的文本将“适用的法律”一语解释为不包括反致。<sup>22</sup>

<sup>20</sup> 例如，《中间人代持证券所涉某些权利准据法海牙公约》（2006 年 7 月 5 日缔结）第 8 条和《贸易法委员会担保交易示范法》第 94 条也载有同样的规则。

<sup>21</sup> 例如，欧洲法院，*NK 诉 BNP Paribas Fortis NV 案*，C 535/17，2019 年 2 月 6 日判决，第 28 段和其中援引的判例法支持这种解释，其中重申，破产事项和非破产事项的区别不是所涉诉讼的处理程序，也不是采取行动的时间，而是其法律依据。

<sup>22</sup> 例如，见《贸易法委员会担保交易示范法》第 92 条；《全球规则》第 5 条；以及《欧盟公约报告》第 87 段。

### C. 破产程序中的准据法：破产诉讼地法

#### 建议 31

破产程序中的准据法：破产诉讼地法

启动破产程序所在地国的破产法（破产诉讼地法）应当适用于破产程序的启动、进行、管理和终结等所有方面及其效力。这些可包括例如：

- (a) 确定得受破产程序管辖的债务人；
- (b) 确定何时可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序，哪些当事人可以申请启动程序以及启动标准是否因申请启动程序的当事人不同而有所区别；
- (c) 破产财产的组成和范围；
- (d) 对破产财产的保护和维护；
- (e) 资产的使用或处分；
- (f) 重整计划的提出、核准、确认和执行；
- (g) 某些交易的撤销；
- (h) 合同的处理；
- (i) 抵销；
- (j) 对担保债权人的处理；
- (k) 债务人的权利和义务；
- (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销；
- (q) 收益的分配；
- (r) 程序的终结；
- (s) 债务的解除。

#### 随附的评注

83. 一旦根据经由法院地法律冲突规则指定的准据法确定某项权利或债权为有效和可发生效力的，第二个问题就是破产程序对该权利或债权所形成的后果——即该权利或债权在破产程序中是否将获得承认和认定，如果是，其相对地位如何。这是一个破产方面的事项。从法律冲突的角度来看，这个第二阶段问题在于确定对这些破产后果所适用的法律。通常都将会由启动破产程序的所在地国的法律（破产诉讼地法）管辖这些程序的启动、进行、管理和终结。这一般包括例如确定得受破产法管辖的债权人；哪些当事人可以申请启动破产程序以及必须达到的资格标准；启动

之后产生的后果，包括中止措施的适用范围；对破产财产的管理所作的安排；参与者的权力和职能；债权获得认可的规则；债权的优先权和排序；以及分配规则。因此，这项法律一般将管辖破产对根据外国法律有效获得的权利和债权而的效力，例如，某项权利或债权鉴于其性质和条件而在债务人破产中是否可获得认可，以及将如何排序。

84. 如果管辖债权排序的法律与除破产法以外其他适用管辖权的法律不相同，就可能出现这个问题。所存在的特权和优先权类别以及债权的排序总是由破产诉讼地法来确定。一般来说，在确立这些类别和排序时，一国的破产法考虑到根据该国本国法律所存在的这些债权。但是，某个债权人的债权可能是根据一项外国法律成立的。在这种情况下，有必要确定根据外国法律所设定的哪些债权可等同于那些被授予某些特权或优先权的本国法定债权。换句话说，有必要审查根据外国法设定的那种债权是否“等同于”破产诉讼地法在破产程序中授予特殊地位的那种债权。所使用的检验标准是从基本内容和职能来看，这两种债权是否相符，以致可被视作“功能上可以互换”。如果答案是肯定的，这些债权应当视作等同，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一项普通债权处理。

## 1. 前导段，第一句

13. 本条建议第一句指出，“启动破产程序所在地国的破产法（破产诉讼地法）应当适用于……”。在同样的情形下，所调查了解的法规条文规定，“破产程序及其效力的适用法律应确定这些程序的启动、进行和结束的条件”，或条文中载有更加广义的类似提法。<sup>23</sup>其中一些法律澄清说，这种法律确定破产程序对人和相关法律关系产生的程序性和实质性后果。<sup>24</sup>

14. 对于“法律”一词在此语境中的含义，有各种不同的看法。一些人认为，所提及的不应局限于破产法。<sup>25</sup>另一些人认为，提及破产法时，包括程序性和实质性破产法，是指“规定破产程序具体效力的整套规则，以实现破产诉讼法所界定的此类程序的任务和目标”。<sup>26</sup>

15. 《指南》在涉及建议 31 的若干情形下提及破产法以外的法律。例如，关于启动后融资担保的建议 66 以“法律”一词作为起句，并附有一个脚注，解释该建议所载的规则可能载于破产法以外的法律，在这种情况下，破产法应注意到存在该项规定。《指南》第四部分中关于临近破产期间董事义务的建议提及与破产有关的法律，评注中解释了使用这一短语的原因。<sup>27</sup>例如，在关于共同资产、<sup>28</sup>优先权或优先债权<sup>29</sup>以及出售资产不牵带任何利益情况<sup>30</sup>等事项的评注中，也提到破产法以外的法律。

<sup>23</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 7 条和《全球规则》第 12 条。在这方面，《北欧公约》第 1 条提到破产发生地所在国的法律。

<sup>24</sup> 见《欧盟公约报告》第 90 段和《欧洲破产程序条例（新编）》陈述部分 66。

<sup>25</sup> 参见《全球规则》第 12 条的报告者注释。

<sup>26</sup> 见 Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, 第 87 页。

<sup>27</sup> 见第一章. 背景, 第 11 段和脚注 6。

<sup>28</sup> 见《指南》第二部分第二章第 20 和 21 段。

<sup>29</sup> 见《指南》第五章第 67-74 段。

<sup>30</sup> 见《指南》第二部分第二章第 85-86 段。

16. 关于“法律”的提法是否包括国际私法规则，也存在不同的意见。《全球规则》第 12 条的报告者注释指出，“法律”原则上是指某一国家的实体法和程序法，包括其软法，但不包括其国际私法规则。类似的说法也见于其他评论。<sup>31</sup>另一种观点是，破产诉讼地法不排除启动破产程序的当地国关于法律选择的规则。<sup>32</sup>如果这种规则指向另一国法律，一般认为是指该国的实体法，而不是其国际私法规则（即，排除反致）。<sup>33</sup>（关于这一点，进一步见下文第 19 段）。

## 2. 前导段，第二句：适用破产诉讼地法的各项列举内容

17. 建议 31 载有破产诉讼地法范围内适用的各项列举内容，如第二句中的“这些可包括例如”一语所示。一些经调查了解的文本包括最低限度强制性适用列表，<sup>34</sup>而另一些文本则不包括任何适用列表。<sup>35</sup>

18. 可以认为，建议 31 所列举的一些内容，如(a)、(b)、(k)、(l)、(m)、(p)和(r)项，属于程序性破产法的范围，因此必须属于破产诉讼地法，其根据是“普遍接受的法律选择规则，即法院适用自己的程序法作为法院地法的一部分。特别是，一般认为，强制执行程序受执行法院地法管辖。适用个别强制执行的情况也必须适用于作为集体个人强制执行手段的破产程序”。<sup>36</sup>

19. 其他几项可属于实体法范围。有人争辩说，这样的话，其适用与否可以根据涉及外部联系因素的特定法律选择规则来确定。<sup>37</sup>另一种观点认为，启动破产程序的当地国法律管辖权所指的实质性效力是破产法的典型效力，即破产程序实现其目标所必需的效力。在这一限度内，启动破产程序的当地国的法律可以顶换根据破产前关于法律冲突的一般规则通常适用于有关行为的法律。例如，对债权人总体造成损害的行为即使根据关于法律冲突的一般规则受另一国法律管辖时，该行为也予以撤销即属这种情况。<sup>38</sup>

## 3. 所列各项内容提出的问题

20. 调查了解的文本中属于破产诉讼地法范畴的各项列表内容与建议 31 所含的列表不同。有些差异并不显著。例如，可能由于不同的内容分类或使用不同的术语而产生的。

21. 建议 31 中列举的各项应与《指南》的其他规定一并阅读。例如，(d)项提及的破产财产保护和保全按《指南》第二章包括程序启动时的中止措施。术语表对程序中中止的定义是“实行措施，防止启动或暂停继续就债务人资产、权利、义务或负债提起的司法、行政或其他个人诉讼，包括使担保权益具有对抗第三方效力的诉讼或

<sup>31</sup> 例如，见《欧盟公约报告》第 87 段。

<sup>32</sup> 见 Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, 第 88-90 页。

<sup>33</sup> 见《全球规则》第 5 条。

<sup>34</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 7.2 条，其中规定：“尤其确定以下事项：”。关于解释应如何解读列表的判例法，例如，见欧洲法院，2016 年 11 月 9 日判决，*ENEFI*, C-212/15。

<sup>35</sup> 例如，见《全球规则》第 12 条。

<sup>36</sup> 见 Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, 第 88 页。

<sup>37</sup> 同上。

<sup>38</sup> 见《欧盟公约报告》第 90 段。

强制执行担保权益的诉讼；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”。因此，(d)项包括可在其他法规文本关于破产诉讼地法律下单独列出的一些方面。这同样适用于列表中由《指南》其他条款解释其范围的一些其他项内容（例如，资产的使用和处置、<sup>39</sup>合同的处理<sup>40</sup>和债权的处理<sup>41</sup>）。

22. 与建议 31 相比，在调查了解的文本中，所列各项内容的其他差异更为实质性，例如，省掉了(f)项（重整计划的提出、核准、确认和执行<sup>42</sup>）或(j)项（有担保债权人的待遇）。之所以省掉后面一项，原因可以解释为在一些调查了解的文本中，将原已存在的物权<sup>43</sup>排除在启动破产程序时产生的后果之外<sup>44</sup>，但不包括撤销权<sup>45</sup>。在一些文本中，这种排除受到旨在防止滥用“资产避风港”的保障措施限制。<sup>46</sup>

23. 建议 30-34 的评注第 88 段确认了关于物权的这种做法。然而，所提出的在《指南》中列入关于物权诉讼地法例外的建议，在编写《指南》时没有获得足够的支持。<sup>47</sup>当时一致认为，破产程序的启动不应排除适用于担保权设定及其对抗第三方效力的破产前一般法律冲突规则。还一致认为，破产程序的启动不应排除适用于担保权优先权的法律，除非破产法对此有明确规定。此外，一致认为，启动程序后可以排除适用于强制执行担保权的规则，因为强制执行应受启动破产程序的当地国破产法管辖。<sup>48</sup>

24. 评注第 88 段还确认，由于与当事人的期望有关的原因，抵销权可受法院地法以外的法律管辖，特别是在当事人经常相互交易的情况下。同时，评注第 91 段指出，法院地关于抵销的规则应适用于债权，因为在破产中，抵销权与债权证明和量化以及关于债权人平等待遇的政策密切相关。由于这些问题受法院地法律管辖，所以抵销权也应受到类似的管辖。一些调查了解的文本规定，如果债务人债权的适用法律允许抵销而破产诉讼地法不允许抵销，则以抵销权设定时的债务人债权适用法律为准。<sup>49</sup>这项规则只适用于在破产程序启动之前发生的相互债权所产生的抵销权，<sup>50</sup>

<sup>39</sup> 见《指南》第二部分第二章 C 节。

<sup>40</sup> 见《指南》第二部分第二章 E 节。

<sup>41</sup> 见《指南》第二部分第五章 A 节。

<sup>42</sup> 该项中“重整计划的执行”一语如果解读为比“计划的内容”更广的含义，可能会引起问题，因为在某些情况下，计划的执行可能留待合同法管辖，从而在选择适用法律方面实行当事人意思自治。

<sup>43</sup> 在这些文本中，一项权利是否定性为物权留待管辖这些物权的国内法律处理，而该法律一般是物所在地法，但在公共登记册中备案并可对第三方强制执行的权利通常被认为是物权。关于物权的示例，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 8 条和《全球规则》第 15 条的评注。

<sup>44</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》陈述部分 68 和 69 以及第 8 条；《蒙得维的亚条约》（1940 年）第 50 条；《布斯塔曼特法典》（国际私法公约）第 420 条；《北欧公约》第 5 和第 7 条；以及《全球规则》第 15 条。

<sup>45</sup> 例如，参见《欧洲破产程序条例（新编）》第 8.4 条。

<sup>46</sup> 例如，见《全球规则》第 16 条。

<sup>47</sup> A/CN.9/551，第 31 段。另见《指南》中与这一讨论有关的建议 3 和 4。

<sup>48</sup> 见 A/CN.9/549，第 34 段。

<sup>49</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 9 条；以及将与《全球规则》第 21 条一并阅读的《全球规则》第 17 条。

<sup>50</sup> 例如，见《全球规则》第 17 条和第 18 条的评注和报告者注释。

在一些调查了解的文本中，这项规则受限于一项保障措施，即如果当事人有关债务人债权的适用法律选择不合理，则可以不适用这项规则。<sup>51</sup>

25. 关于撤销权（列表中的(g)项），评注第 89 和 90 段讨论了有关管辖撤销交易法律的不同确定办法以及这些办法所依据的政策。这些事项也在专题讨论会上作了讨论（见专题讨论会报告第 26 和 27 段）。当时所述的办法之一见于所调查了解的文本，这些法规文本规定，如果一项行为受破产诉讼地法以外的法律管辖，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。<sup>52</sup>还发现了一项保障措施旨在防止此类案件中滥用法律选择。<sup>53</sup>

26. 跨国界承认破产诉讼地法对建议 31 所列某些项内容的效力，如关于债权的处理和排序以及债务的解除，在某些情况下会引起更多的问题。<sup>54</sup>

## D. 破产诉讼地法的例外

### 1. 支付或结算系统或受监管的金融市场

#### 建议 32

尽管有建议 31，但关于支付或结算系统的参与者或管制下的金融市场的参与者，破产程序对其权利和义务发生的效力应当完全由适用于该系统或市场的法律管辖。

#### 随附的评注

86. 之所以实行例外，而不适用破产诉讼地法，一般是出于某些社会政策的考虑。例如，有些法律侧重于支持商业确定性和减少对商业交易当方的风险。交易当事方在特定法律环境背景下建立其关系，包括考虑在债务人发生破产时，本人权利将在多大程度上得到保护，这是任何债权人面临的最典型风险。适用在设定权利或债权时所依据的法律与债务人主要利益中心或住所地的法律相比，可能一般对债权人了解法律知识时耗费较少，在破产效力方面可预见性较明确，而且债务人也更难以事后加以操纵。因此可以说，在某些情形下，允许当事方依赖在设定权利或债权时所依据的法律并对这种依赖加以保护是合情合理的。一个关键的例子涉及的是支付或结算系统以及受监管的金融市场，许多破产法都承认这种情况要求对适用破产诉讼地法实行例外。通过适用支付或结算系统或受监管的市场所适用的法律，可以避免在某个参与者发生破产时变更支付和结算机制，从而保护系统或市场的一般确定性以及对其保持的信心，并且避免系统的风险。

27. 与《指南》的其他建议不同，建议 32 载有强烈的指示措辞（“应当”和“完全”）。应当与《指南》建议 101-107 及其关于金融合同和净额结算的评注一并阅读。除其

<sup>51</sup> 例如，见《全球规则》第 18 条。

<sup>52</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 7.2(m)条和第 16 条（以及还有第 8.4、9.2、10.3 和 12.2 条）。

<sup>53</sup> 例如，见《全球规则》第 23 条。

<sup>54</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 20 条；一些普通法域的规则规定，债务只能根据适用于该债务的法律进行和解，除非债权人服从外国法域的管辖权；以及 2013 年 12 月 16 日至 18 日在维也纳举行的贸易法委员会第四次国际破产法专题讨论会第二届会议的材料（[https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency/fourth\\_uncitral\\_international\\_insolvency\\_law\\_colloquium](https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency/fourth_uncitral_international_insolvency_law_colloquium)），其中重点介绍了跨国界承认解除债务后而产生的问题。

他外，这些条文：(a)规定金融合同免于中止措施的例外情况，包括在执行合同终止条款和担保权益方面；(b)启动前的例行转账免于撤销；以及(c)建议承认和保护支付和结算系统参与者破产时支付和结算系统运作的终局性。在这方面，工作组似宜回顾，在其 2013 年第四十四届会议上，曾商定有必要更新《指南》的这一部分。<sup>55</sup> 专题讨论会报告（见第 24、25 和 47(d)段）强调需要在本项目范围内考虑金融市场和交易数字化所产生的问题。

28. 在调查了解的一份文本中，破产诉讼地法的同样例外被扩展到为使这些系统或市场中进行的支付或交易无效、可撤销或不可执行而采取的行动。<sup>56</sup>

## 2. 劳工合同

### 建议 33

尽管有建议 31，但关于劳动合同的否定、继续和变更，破产程序所发生的效力可以由该合同的适用法律管辖。

### 随附的评注

87. 某些法律实行例外是为了维护受本国法律特别保护的某些权利或利益不受适用外国破产诉讼地法破产效力而可能造成的不确定性或不统一性的影响。例如，关于劳动合同，可能从财务安全网的角度给予工人特别（通常是强制性的）保护，或对破产时否定或变更这些合同加以限制。这些规定的基本理由在于保护员工对于其就业合同的合理期望，承认工人与其雇主相比所处的谈判地位可能较弱，以及确保对同一国家内工作的劳动者实行一视同仁，无论他们是受雇于本国的还是外国的雇主。在一些国家，此类保护仅适用于个人就业合同，在另一些国家，这些规定也适用于集体谈判协议。

29. 与建议 32 不同，建议 33 是许可性质的（使用了“可以”一词）。该建议的起草历史表明，将其列入《指南》，即使措辞上是如此许可性质的，也引起了关切。一种关切是，作为一项一般原则，对于在法院地国工作的债务人的雇员，应根据法院地国的法律处理，并将“可以由……管辖”这些词语改为“可局限于启动破产程序的当地国的雇员”。另一项关切是，应当修订该建议，规定只有一些合同可能受另一项法律管辖，或者该建议只应针对受其他法律管辖而不是受法院地法律管辖的劳动合同。另一项关切是，按照目前的措词，该建议可能给予人一种印象，认为工作组赞成在破产法中列入这种例外，因此该建议应移到评注中。一种不同的看法是，由于这项规定只是许可性质的，而且在世界一些区域，公司拥有在不同法域根据不同劳动合同工作的雇员是很常见的情况，因此应保留这项建议。据指出，在法院地法律中如果没有这种例外情况可能会产生对公共政策的影响，有可能造成不确定性和妨碍进行破产程序。<sup>57</sup>

<sup>55</sup> 见 A/CN.9/798，第 26 和 30 段。在这方面提到了统法协会《关于清盘净额结算规定的操作原则》。另见世界银行《有效破产和债权人/债务人制度原则》的原则 C10.4，该条原则偏离了《指南》建议 101-107。

<sup>56</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 12 条。

<sup>57</sup> A/CN.9/551，第 30 段。

30. 在调查了解的一些文本中发现破产诉讼地法对劳动合同的无条件例外（“应仅受……管辖”）。<sup>58</sup>对此的相关评注澄清，提及适用于雇用合同的国家法律时包括该国的破产法。<sup>59</sup>同时强调，破产诉讼地法将继续适用于雇用合同债权的提交、核实、认定、排序和撤销。<sup>60</sup>一个例外是作出了承诺以防止启动并行的程序。<sup>61</sup>

### 3. 破产诉讼地法其他可能的例外

#### 建议 34

在建议 32 和 33 以外，任何其他例外在数量上都应当有限，并且应当在破产法中明确列出或加以说明。

#### 随附的评注

80. ……虽然破产程序一般可能由启动程序的所在地国的法律管辖（破产诉讼地法），但许多国家都对适用该法律采取了例外的做法，其数量和范围不尽相同。这些例外做法在数量和范围上的差别对涉及跨国界破产程序的当事人来说可能造成不确定性和不可预测性。通过在破产法中以透明和可预测的方式具体论述适用法律的问题，可以有助于提供确定性，明确破产程序对所涉及的当事人权利和债权的影响。

……

85. 为了确定破产对有效和发生效力的权利和债权的效力，有些法律就是否适用破产诉讼地法作了例外的规定。这种例外的目的并不是为了改变关于是否有效和是否发生效力的问题所适用的法律（这个问题继续由法院地的一般法律冲突规则管辖），而是为了改变对破产效力所适用的法律。破产诉讼地法将不予适用，而是规定破产效力例如可由关于有效性和效力问题所适用的同样法律管辖。例如，关于抵销权，破产效力可以不由破产诉讼地法决定，而是由抵销权的准据法来决定。各国破产法对适用法院地法所实行的例外譬如还涉及支付系统、劳动合同、撤销权规定和所有权等方面的适用法律。

……

91. 关于对破产诉讼地法适用上的例外，其基本政策考虑必须与作为破产程序核心的其他方面考虑相权衡，特别是要顾及为全体债权人而不是某些个别债权人的利益而使破产财产的价值达到最大化和所有处境类似的债权人一视同仁这一目标。法院地法在设计上将是旨在支持本国破产程序的具体目标，将为破产管理人在履行其有关破产程序的许多职能方面提供确定性，包括在撤销交易、处理合同、处理债权等等方。法院地法在破产程序中的适用可避免进行也许所需耗资巨大和为时旷日持久的诉讼以便就破产效力方面确定适用法的问题，以及鉴于法院地法规定的破产效力而确定权利或债权的有效性和效力问题。因此，在许多情形下，就破产效力方面适用破产诉讼地法可减少费用和延误，从而为全体债权人的利益尽可能使破产财产

<sup>58</sup> 例如，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 13 条和《全球规则》第 20 条。

<sup>59</sup> 见《欧盟公约报告》第 128 段。

<sup>60</sup> 同上。另见《欧洲破产程序条例（新编）》陈述部分 72 和《全球规则》第 19-21 条的评注和报告者注释。

<sup>61</sup> 见《欧洲破产程序条例（新编）》陈述部分 72 和第 36 条。

的价值达到最大化。另外，就破产效力方面对破产诉讼地法在适用上实行例外可能造成处境类似的债权人仅仅因为其权利和债权受不同的适用法律管辖而在破产效力方面受到截然不同的对待。……

31. 调查了解的一些文本规定了破产诉讼地法的其他一些例外，<sup>62</sup>包括在破产程序启动后完成的行为。<sup>63</sup>建议 30-34 的起草历史表明，在建议 32 和 33 所列出的例外情况之外，对在《指南》中列入破产诉讼地法的其他例外情况有些犹豫（当时表示关切的是，“《指南》不应被视为鼓励增加例外情况”<sup>64</sup>）。

#### 四. 供工作组审议的问题

32. 请工作组审议这一专题工作的方向及其范围，特别是，这项工作是否应限于更新《指南》的相关章节，或是应导致拟订一项单独的文书，在这方面取代或补充《指南》，如同为企业集团破产所做的那样。对《指南》现有条文的修订程度将取决于这方面所作的选择。无论作出何种选择，工作组都似宜考虑是否宜采取所建议的逐步办法（见上文第 2 段）。

33. 如果采取这种做法，则工作组似宜首先就本说明第三章中提出的问题和由此产生的其他问题给予秘书处指示，例如：

- (a) 建议 30 所涉及的问题是否需要进一步阐述；
- (b) 是否应在破产诉讼地法之下列出其他项内容，例如根据随后在《指南》中增加的第四部分对董事提起诉讼；
- (c) 建议 31 中的列表是否应作其他方面的修改；
- (d) 编写《指南》时为起草建议 32 和 33 所采取的做法是否仍然有效；
- (e) 是否需要破产诉讼地法规定更多的例外；
- (f) 与清算相比，在重整情况下适用的法律规则是否可能引起不同的问题；<sup>65</sup>
- (g) 是否应谈及《指南》目前在建议 30-34 中所没有的关于不允许适用外国法律的公共政策例外；<sup>66</sup>
- (h) 是否应当对数字资产给予任何特殊待遇（见专题讨论会报告第 47(d)段）。<sup>67</sup>

<sup>62</sup> 例如，与不动产有关的合同（《欧洲破产程序条例（新编）》第 11 条）、对须作登记的权利的影响（《欧洲破产程序条例（新编）》第 14 条）以及对审理中的诉讼和仲裁程序的影响（《欧洲破产程序条例（新编）》第 18 条）。

<sup>63</sup> 见《欧洲破产程序条例（新编）》第 17 条关于保护第三方购买方。

<sup>64</sup> A/CN.9/551，第 31 段。

<sup>65</sup> 在秘书处举行的专家组磋商期间，秘书处获悉一个法域建议在立法中规定一套单独适用重整情况的法律规则。在这方面，特别强调了诉讼地法对劳动合同的例外而对目标在于实现普遍范围的重整所造成的负面影响。

<sup>66</sup> 贸易法委员会其他法规，包括跨国界破产领域的法规在内，也有这种例外，但建议作局限性狭义解释，并在涉及对国家至关重要事项的特殊情况下才援引。例如，见《跨国界破产示范法颁布指南和解释》第 104 段。

<sup>67</sup> 在这方面，工作组似宜注意到其他论坛例如统法协会关于数字资产的工作，（[www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law](http://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law)）。然而，秘书处就这一事项进行的磋商表明，没有必要为数字资产专门规定对诉讼地法的例外。

34. 在本项目的随后阶段，可能需要参照《贸易法委员会破产示范法》的相关规定考虑并行程序破产诉讼地法的相互影响作用（在这方面，见专题讨论会报告第 10-14 段和上文第 8 段）。<sup>68</sup>专题讨论会上特别强调了在企业集团情形下适用破产诉讼地法的困难（见专题讨论会报告第 38 段）。<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> 《跨国破产示范法》的一些条文提及适用法律，即适用的外国法律或颁布国的法律（例如，见第 5、13.2、14.3.c、21.3、23.2、24 和 28 条），并确定外国主要程序优先于外国非主要程序（例如，见《跨国破产示范法》第 19.4 条）和本国破产程序优先于外国破产程序（例如，见《跨国破产示范法》第 29 条）。

<sup>69</sup> 正如专题讨论会所指出的（见专题讨论会报告第 14 段），《贸易法委员会企业集团破产示范法》（《集团破产示范法》）的一些条文意味着在启动了集团计划程序情况下遵从主要程序法域的破产诉讼地法。此外，《集团破产示范法》在论及就外国债权待遇作出的承诺时提及适用的法律（第 28 和 30 条），但在这方面没有提到例如对承诺的形式所适用的法律、对批准承诺所适用的法律（关于所需多数、表决等的规则），以及对于当地资产变现所得收益的分配、债权人对这些资产的权利和债权人债权的排序等所适用的法律。作为对比，见《欧洲破产程序条例（新编）》第 36 条。