



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第三十届会议  
2004年3月29日至4月2日，纽约

## 破产法立法指南草案

### 秘书处的说明

#### 破产程序的适用法律

1. 第五工作组（破产法）2003年9月第二十九届会议在 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 号文件的基础上，讨论了破产程序的适用法律问题。请秘书处在修订关于适用法律的建议时，反映以上讨论情况，并拟定一则评议供工作组下届会议审议。还请秘书处与海牙国际私法会议进行磋商。
2. 本说明中载有供工作组审议的一则关于破产程序的适用法律评议草案以及一套与海牙国际私法会议磋商后拟定的修订建议。本材料准备用以取代 A/CN.9/WG.V/WP.70 号 Part II 文件第 652 段之后现有的 D 节（，该文件评议部分和建议部分将需要适当改编段号）。
3. 工作组似宜考虑修订后的建议 179 在指南中所处的位置，因为该项建议不涉及适用法律的问题（另见关于撤销权的第二章 F 节建议 74(a)）。



## 第二部分. 有效和高效率的破产制度的核心条文

### 五. 程序的管理

#### D. 破产程序的适用法律

##### 1. 导言

652a. 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（或法律冲突法规则）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。贸易法委员会《跨国界破产示范法》（见第七章）并未列入可供颁布国加以通过的协调统一的法律冲突法规则，从而将这些事项留待既定的规则和惯例加以处理。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（法院地法），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。

##### 2. 关于权利、权利资格和债权的设定所适用的法律

652b. 在纯国内环境中，破产法并不“设定”权利（对人的权利或专属权利）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。

652c. 在跨国界破产案件中，务必区分根据法院地法律冲突法规则按被指定为适用法的法律（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规则的范畴。例如，根据一般法律冲突法规则，通常将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法规则，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法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。

### 3. 适用于破产后果的法律——法院地法

652d. 一旦根据经由法院地法律冲突法规则指定为适用法的法律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可，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（法院地法）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可以由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对根据外国法律有效获得的权利和债权而发生的破产后果，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。

652e. 如果管辖债权排序的法律与除管辖债权的破产法以外其他适用法律不相同，就可能出现问题。所存在的特权和优先权类别以及债权的排序总是由法院地法来确定。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”法院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，这两种债权是否彼此相符，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。

### 4. 适用于破产后果的法律——对法院地法的例外

652f. 为了确定对有效和发生效力的权利和债权所形成的破产后果，有些法律就是否适用法院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法规则管辖），而是为了改变对破产后果所适用的法律。法院地法将不予适用，而是规定破产后果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，破产后果可以不由法院地法决定，而是由抵销权的适用法律来决定。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、抵销权规定和所有权权利等方面的适用法律。

**(a) 支付和结算系统以及管理下的金融市场**

652g. 之所以实行例外，而不适用法院地法，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事方的风险。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，在破产后果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管理下的金融市场，许多破产法都承认这种情况要求对适用法院地法实行例外。通过适用支付或结算系统或管理下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。

**(b) 劳动合同**

652h. 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法院地法破产后果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受雇者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，以及确保对同一法域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。

**(c) 担保权益**

652i. 有些破产法对担保权益也采取这种做法。这种解决办法意味着关于对物权的管辖法律将不仅确定对物权的设定及其一般有效性，还将在破产程序中确定其是否发生效力。换句话说，对于在国外启动的破产程序中所涉及的真正担保权益，其地位将不是由法院地法确定，而是由适用于担保权益的破产法律规则确定。不这样适用法院地法可能影响关于有担保借贷的法律框架，带来一个不稳定因素，有可能增加本国的融资成本。如果外国程序侵扰本国的担保权益，那么这些担保权益的价值可能受到严重的影响。同样，债务人主要利益中心迁移到另一个国家，可能造成有担保当事方的地位发生根本的改变。如上所述，出于与当事各方的期望相关的种种原因，特别是如果他们彼此经常发生交易，抵销权也有可能受法院地法以外的法律处理。

**(d) 撤销权规定**

652j. 关于加强确定性和减少风险，这一基本理由可能也适用于有关撤销权规定的适用。许多破产法规定，关于交易撤销权的管辖法律应当是法院地法，即使

根据法院地的一般法律冲突法规则，所要撤销的交易由外国法律管辖。其他法律则期待交易管辖法律也管辖关于该交易的撤销权诉讼。这些对于法院地法在适用上的例外，所依据的基本政策是保护对方当事人及其对交易管辖法律的依赖。这种做法可能为对方当事人提供某种程度的确定性和可预测性，使之明白其与债务人的交易不会在日后的破产程序中受到质疑，这种做法还可因为撤销交易的风险减少（如果交易发生在支付或结算系统中，这一点可能极为重要）而有助于降低信贷和商业交易的成本。

652k. 对于撤销权诉讼，有些法律以交易管辖法为准，但其中有些法律采取的做法是将法院地法与交易管辖法二者结合并用，可以是若干方式中的其中一种。一种方法规定，除非根据启动破产程序的所在地国的法律和交易管辖法某项交易是可被撤销的，否则在破产中将不会受到撤销。另一种做法则规定，如果根据法院地法或交易管辖法对于某些交易可以实行撤销，则该交易可予以撤销。例如，一项法律虽然规定法院地法将适用于撤销权，但却承认可以适用比法院地法更为严格的另一项法律，从而导致可以撤销的交易范围更加广泛。

## 5. 在例外的可取性和破产的目标之间达成平衡

652l. 关于对法院地法适用上的例外，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法域内破产程序的具体目标，将为破产代表在履行其有关破产程序的许多职能方面提供确定性，包括在抵销交易、处理合同、处理债权等方面。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后果方面确定适用法的问题，以及鉴于法院地法规定的破产后果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，就破产后果方面适用法院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的价值达到最大化。另外，就破产后果方面对法院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后果方面受到截然不同的对待。例如，可以争辩说，法院地的抵销权规则应适用于所有债权，因为在破产中，抵销权与债权证明和债权数额以及债权人同等待遇政策密切相关。既然这些是由法院地法调整的问题，所以抵销权也应作类似的调整。

## 建议

### 立法条文的目的

关于破产程序的适用法律的条文目的是：

- (a) 通过在破产程序中确认破产程序启动前产生的权利和债权，以及确认将适用于这些权利和债权有效性和效力问题的法律，从而为商业提供便利；

- (b) 确立破产程序的适用法律以及该法律在适用上可能的任何例外。

#### 立法条文内容

##### 确认启动前产生的权利和债权

(179) 破产法应当确认根据一般法产生的权利和债权，但破产法中作出任何明确限制的除外。

##### 适用于权利和债权有效性和效力问题的法律

(180) 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法律应当由启动破产程序的所在地国的国际私法规则确定。

##### 破产程序的适用法律

(181) 启动破产程序的所在地国的破产法（法院地法）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后果。这些可包括例如：

- (a) 确定可以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) 重组计划的提出、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) 对有担保债权人的处理；
- (k) 债务人的权利和义务；
- (l) 破产代表的职责和职能；
- (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。

#### 破产程序法律在适用上的例外

(182) 尽管有建议(179)，但关于支付或结算系统的参与者或管理下的金融市场的参与者，破产程序对其权利和义务发生的后果应当完全由适用于该系统或市场的法律管辖。

(183) 尽管有建议(179)，但关于劳动合同的否定、继续和变更，破产程序所发生的后果可以由适用于该合同的法律管辖。

(184) 在建议(182)和(183)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。

---