



大会

Distr.: Limited
7 February 2022
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第六十届会议
2022 年 4 月 18 日至 21 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. 供工作组进一步审议的问题概要.....	2
A. 宗旨和目标.....	2
B. 立法条文的适用范围.....	3
C. 破产程序适用法律的默认规则：破产诉讼地法.....	4
D. 破产诉讼地法的例外.....	12
E. 公共政策例外和其他规定.....	14



一. 导言

1. 委员会 2021 年第五十四届会议¹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六十届会议临时议程（A/CN.9/WG.V/WP.177，第 12-14 段）。如其中所述，工作组第五十九届会议（2021 年 12 月 13 日至 18 日，维也纳）着手就该项目开展工作。本说明由秘书处编写，因为工作组期望把反映工作组第五十九届会议对这一专题审议情况材料提交工作组下届会议审议。考虑到关于这一专题的未来文书的形式及其内容方面还有尚未解决的问题，工作组让秘书处灵活掌握，决定如何将此类材料提交工作组。²
2. 本说明概述了工作组就单个债务人破产程序中的适用法律提出的问题。有一项谅解是，工作组第六十届会议的审议将侧重于《贸易法委员会破产法立法指南》（“《指南》”）建议 31 至 34 所产生的问题。因此，本说明不涵盖与《指南》建议 3 和 4 一并阅读的《指南》建议 30 所涉及的破产程序启动前权利和债权有效性及效力问题的适用法律所产生的问题，以及并行破产程序适用法律所产生的问题，包括在企业集团破产情况下。本说明也不涵盖普遍适用的国际私法的各个方面，例如对适用外国法律³的限制和确定资产所在地的规则。
3. 本说明交叉引用了贸易法委员会的破产法规、工作组第五十九届会议的报告（A/CN.9/1088）以及提交工作组第五十九届会议的一份秘书处的说明（A/CN.9/WG.V/WP.176）。根据情况需要，秘书处详细阐述了工作组第五十九届会议上提出的与《指南》建议 31-34 有关的一些要点。在这方面参考了贸易法委员会的其他法规以及其他相关的国际和区域法规，特别是贸易法委员会关于担保交易的法规、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）》”）⁴，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》”）。
4. 在工作组就本专题未来文书的形式作出决定之前，秘书处在本说明中通篇使用“立法条文”这一统称。工作组似宜审议本说明概述的问题，包括是否应在立法条文或其今后的任何所附评注中处理这些问题，以及应列入其中的内容。

二. 供工作组进一步审议的问题概要

A. 宗旨和目标

5. 工作组似宜考虑，根据贸易法委员会的任务授权，本项目的目标应当是协调统一对破产程序适用法律的现有不同立法办法。这将响应“在评估破产对国

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.9/1088，第 94 和 95 段。

³ 在这方面，例如见 A/CN.9/WG.V/WP.176，第 18 段，其中提到普遍接受的法律选择规则，即法院适用自己的程序法。

⁴ 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（见叙文第 25 段）。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）。

际商业关系可能产生的后果这一本来不稳定和不确定过程中实现急需的稳定”的呼吁。⁵在破产程序的适用法律方面存在不同、零散和不完备的立法办法，这可能导致跨国界破产案件的不一致性和缺乏可预测性，这突出表明委员会决定着就本项目开展工作的重要性。⁶

6. 工作组似宜考虑，根据这一目标，立法条文的宗旨是否是向各国提供关于破产程序适用法律的简化和最新规则，以便满足自 2004 年通过《指南》相关部分以来破产实践中出现的需求。立法条文将：(a)加强破产程序启动地国家的法律（破产诉讼地法）对破产程序所有方面的适用，包括破产程序对人、权利、债权和程序的影响，但有限和明确规定的例外除外；以及(b)澄清该法律及其例外情况的含义和范围。

7. 工作组似宜确认⁷，立法条文是否应特别促进以下目标：(a)提高确定性和可预测性（即受破产程序影响的当事人将能更好地预期破产程序对自身权利和债权的影响和结果）；(b)提高具有跨国界影响的破产程序的效率和效力（例如，通过降低破产程序的复杂性和成本以及更好地协调跨国界清算和重整程序）；以及(c)防止滥用择地诉讼和损害债权人和其他利益关系方合法期望的其他不当行为。⁸工作组还似宜审议，在处理这些目标中的每一项时，立法条文需要在相互竞争的考虑因素之间取得适当平衡。

B. 立法条文的适用范围

8. 立法条文的适用范围与拟涵盖的“破产程序”的范围有关，工作组第五十九届会议对此进行了讨论。⁹贸易法委员会的破产法规确认，不同的法域对“破产程序”一词的涵盖范围可能有不同的概念。¹⁰这些破产法规列出了一份累积清单，其中列出了一项程序被视为贸易法委员会破产法规所指“破产程序”而必须满足的必要条件：(a)集体程序（司法或行政）；(b)依照与破产有关的法律；(c)由法院监控或监督；(d)涉及处于严重财务困境或破产的债务人（自然人或法人）；以及(e)目的是将该债务人作为一个商业实体加以清算或重整。¹¹对非破产实体进行结业的司法或行政程序，以及不满足这些必要条件的其他程序，不是贸易法委员会破产法规规定的破产程序。¹²工作组似宜审议，是否在立法条文的“破产程序”定义中适用同样的考虑。在这方面，工作组似宜回顾，例如，新

⁵ 见《全球规则》报告者声明。

⁶ 《大会正式记录，第七十六届会议，补编第 17 号》（A/76/17），第 216 和 217 段。

⁷ A/CN.9/1088，第 57 段。

⁸ 关于“利益关系方”一词的解释，见《指南》术语表，术语(dd)。

⁹ A/CN.9/1088，第 62、64、65(f)和 68 段。

¹⁰ 例如，见《指南》术语表，术语(s)和(u)，两个条目应一并阅读，并与第一部分第 2 段提供的解释一并阅读；《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 段；以及《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布和解释指南》（《跨国界破产示范法颁布和解释指南》），第 48 段。

¹¹ 见《破产判决示范法颁布指南》第 49 段；以及《跨国界破产示范法颁布和解释指南》第 65-78 段。

¹² 例如见《破产判决示范法颁布指南》第 22 段；以及《跨国界破产示范法颁布和解释指南》第 48 段。

增加的**建议 294**允许符合条件的债务人可以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。

9. 工作组第五十九届会议认为，**建议 31**前导段中提到的“破产程序”应当包括“临时程序”和“凡与破产有充分联系的任何其他破产前程序”。¹³与此相关的一项建议是，在**建议 31**的事项清单中作为单独一项增加提及“重组”或“重组法”，或者在评注中解释，**建议 31**前导段中的“破产程序”和“破产法”两个术语涵盖上述方面。¹⁴（关于“破产法”一词的讨论，见下文第13-15段）。

10. 工作组似宜注意到，“临时程序”一词虽然在《指南》的“破产程序”（术语表，术语(u)）中没有提及，但包含在贸易法委员会各项破产示范法中的“破产程序”和“外国程序”的定义中。相关评注解释说，“临时程序”不应仅因为被称为临时和具有临时性质便与其他破产程序有区别。¹⁵如果临时程序符合上文第8段所列的必要条件累积清单，则将被视为贸易法委员会破产法规规定的“破产程序”。

11. 同样的检验标准应适用于“重组”或“凡与破产有充分联系的任何其他破产前程序”。这些提法可能需要进一步澄清。例如，它们可指《指南》第一部分在解决债务人财务困境的机制中以及《指南》第二部分在快速重整程序中提到的自愿重组谈判（见**建议 160-168**）。《指南》解释称，自愿重组谈判一般涉及调整对贷款人和其他机构债权人以及主要非机构债权人的债务的结构，这些当事人的参与对于重组至关重要，而这种谈判并不涉及所有类别的债权人。建议提及的“重组”或“凡与破产有充分联系的任何其他破产前程序”还可包括新增加的**建议 374-376**涉及的避免微型和小型企业破产机制中的非正式债务重组谈判。《指南》指出，此类谈判通常也是与数目有限的债权人进行。《指南》虽然确认不同类型的庭外债务重组谈判的成功往往取决于有效和高效的破产法，但同时强调这些谈判通常是在破产法范围之外进行的。这些谈判产生的协议或安排通常受合同法、公司法或商法或民事诉讼法或在某些情况下受银行规章管辖。

12. 贸易法委员会破产法规中的“破产程序”既包括重整，也包括清算。工作组第五十九届会议讨论了鉴于这两类破产程序产生的不同问题，特别是在使用担保资产并因此涉及有担保债权人的必要性方面产生的问题，是否有必要为清算和重整单独编写成套的适用法律规则。据认为，在今后案文的评注中对这些问题加以阐述即足够了。¹⁶

C. 破产程序适用法律的默认规则：破产诉讼地法

1. 破产诉讼地法的含义

13. 《指南》对破产诉讼地法一词的解释是破产程序启动地国家的法律（术语表，术语(x)）。《指南》**建议 31**的开头语将破产诉讼地法缩小至“启动破产程序

¹³ A/CN.9/1088，第68段。

¹⁴ A/CN.9/1088，第65(f)段。

¹⁵ 《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第79段。

¹⁶ A/CN.9/1088，第89段。

的所在地国的破产法（法院地法）”。工作组第五十九届会议商定，把建议 31 前导段中的“破产法”一词广义解释为包括与破产有充分联系的其他法律。据认为，适当时候可能对该条款进行任何评注修订，在其中详细说明作这种广义解释就足够了。在这方面，特别提到了涉及董事义务和赔偿责任的公司法条款，以及《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》）采取的办法。¹⁷

14. 对此有两个方面可能相关：(a) “与破产有关的判决”定义中包含的“作为破产程序的结果产生的，或实质上与破产程序相关联”一语（《破产判决示范法》第 2 条(d)-(a)项）；以及(b) “破产程序”定义中的“与破产有关的法律”一语（《破产判决示范法》第 2 条(a)项）。《破产判决示范法》中“与破产有关的判决”定义的起草历史¹⁸表明，根据为《破产判决示范法》特定目的达成的折衷，优先纳入了(a)中的短语，而不是“直接产生于破产程序或与之密切相关”一语。¹⁹相比之下，“与破产有关的法律”一语也在贸易法委员会其他破产法规中使用。²⁰贸易法委员会各项破产示范法解释选择这一行文的原因是，进行清算和重整所依据的法律可以不称为破产法（例如公司法），但它一定要涉及或处理资不抵债或严重财务困境问题。其目的是要找到一种足够宽泛的表述，以包含一系列破产规则，而不管载列这些规则的法规或法律是什么类型，也不管载列这些规则的法律是否仅仅关系到破产问题。²¹《指南》在临近破产期间董事的义务（包括企业集团的董事在内）方面选择这一行文的原因是，可能有不同的法律对董事义务和责任作具体规定，包括公司法和破产法，而且在债务人临近破产期间，这些法律可能出现重叠和冲突，需要加以协调统一。²²

15. 工作组似宜审议，鉴于上述考虑，是否应在立法条文中协调统一术语表和建议 31 对破产诉讼地法一词解释的不一致之处。工作组还似宜澄清拟列入评注的内容，同时注意到 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件第 14-16 段提出的问题，特别是是否意在涵盖启动破产程序的当地国的国际私法规则。

2. 加强破产诉讼地法的适用，明确破产诉讼地法的范围

16. 工作组似宜考虑，根据《指南》建议 31，除非另有明确规定，破产诉讼地法将适用于破产程序的所有方面及其效力。在这方面，工作组似宜回顾，在其第五十九届会议上，有些与会者认为，所观察到的实质性破产规则趋同应使破产诉讼地法在适用于破产程序上遇到的问题减少。²³

17. 工作组第五十九届会议审议了关于明确破产诉讼地法范围的下列建议：(a) 扩充建议 31 所列事项示例清单；(b) 详细阐述其中已列出的一些事项的内容，从而消除破产诉讼地法适用于所阐述方面的任何模糊之处；(c) 对清单上的一些事

¹⁷ A/CN.9/1088，第 63 和 68 段。

¹⁸ 例如见 A/CN.9/903，第 68-73 段和第 77 段；以及 A/CN.9/931，第 17(b)段。

¹⁹ 见《破产判决示范法颁布指南》，第 21 段。

²⁰ 例如见《跨国界破产示范法》第 2 条(a)项；《企业集团破产示范法》第 2 条(h)项；以及《指南》（第四部分各项建议和脚注 6；和第五部分建议 372）。

²¹ 例如见《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第 73 段。

²² 见第四部分第一节，背景，第 11 段。

²³ A/CN.9/1088，第 86 段。

项（撤销和抵销（项目(g)和(i)）），要求破产诉讼地法的适用须符合某些条件；(d)以其他法律取代破产诉讼地法，特别是对物权而言（这一点在讨论对有担保债权人的处理时讨论过（清单项目(j)））；以及(e)澄清破产诉讼地法与承认国法律的相互作用。下文结合建议 31 的相关事项列出了这些建议（括号中的交叉参考是指《指南》中涉及所列事项的建议）。

18. 没有对所列其他事项提出意见，包括：(a)项确定得受破产程序管辖的债务人（见《指南》建议 8-13 和 292）；(b)项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（见《指南》建议 14-29、293-297 和 304）；(e)项资产的使用或处分（见《指南》建议 52-62）；(f)项重整计划的提出、核准、确认和执行（见《指南》建议 139-159 和 338-353）；(m)项债权人和债权人委员会的职能（见《指南》建议 126-136）；(p)项与破产程序有关的费用和开销（见《指南》建议 26、125 和 280）；(q)项收益的分配（见《指南》建议 191-193 和 334）；(r)项程序的终结（见《指南》建议 197-198 和 362）；(s)项债务的解除（见《指南》建议 194-196 和 354-361）。因此，在立法条文中将这些事项列为破产诉讼地法涵盖的破产程序各个方面的例子，可被认为是没有争议的。

(c)项. 破产财产的组成和范围（见《指南》建议 35-38 和 313-315）

19. 在工作组第五十九届会议上，加强破产诉讼地法适用于在破产程序中处理作为债务人破产财产一部分的数字化资产、知识产权和许可证被认为是不无助益的。²⁴在这方面回顾了这些资产的具体情形（特别是这些资产所在地归属和确立管辖权的困难）。工作组似宜注意到，虽然《指南》中没有提及“数字化资产”或“许可证”，但在描述构成破产财产的“无形资产”时明确提到了知识产权。²⁵工作组似宜考虑，数字化资产和许可证将属于同一类别，应当得到同样的待遇。

(d)项. 对破产财产的保护和维护（见《指南》建议 39-51 以及 317 和 318）

20. 该事项包括临时措施、程序中止、中止的例外、防止担保资产价值缩减以及临时措施和中止的救济。“程序中止”将适用于就债务人资产、权利、义务或负债提起的司法、行政、仲裁程序或其他个人诉讼，包括使担保权益具有对抗第三方效力的诉讼或强制执行担保权益的诉讼。还将适用于对破产财产的资产加以执行、终止与债务人的合同（包括自动终止和提前到期（当然）条款（见下文(h)项）），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。²⁶

21. 工作组第五十九届会议注意到在跨国界强制执行中止程序方面的实际困难，特别是有担保债权人对既不位于破产程序启动国也不位于承认国的抵押品的执行行动。²⁷这种实际困难只能在一定程度上通过贸易法委员会各项破产示范法规定的中止和其他救济来处理，因为承认国中止和其他救济的范围、期限、

²⁴ A/CN.9/1088，第 91 段。

²⁵ 见建议 35-38 和所附评注。

²⁶ 见《指南》术语表术语(rr)和建议 46 及其所附脚注。

²⁷ A/CN.9/1088，第 86 段。

变动、暂停或终止是由该国法律规定而非破产诉讼地法决定的。因此，中止和其他救济的范围在破产程序启动国和承认国可能是不同的。特别是在有担保的债权、债务人在通常业务过程中所作的支付、抵销、物权执行的例外方面，往往会出现分歧。第五十九届会议请工作组在适当时候审议这些问题。²⁸

22. 贸易法委员会的破产法规承认这些实际困难，特别是在国际仲裁方面，因为国际仲裁相对独立于仲裁程序所在国的法律制度。²⁹在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持在《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《跨国界破产示范法》）第 20 条的现有评注的基础上，详细说明破产诉讼地法对仲裁程序的影响。该评注指出，《跨国界破产示范法》第 20 条第(1)款(a)项不对各种个别诉讼进行区分，因而也包括向仲裁庭提起的诉讼。因此，第 20 条对仲裁协议的效能作了强制性的限制。这种限制附加在国内法中可能存在的限制各方约定仲裁自由的其他可能的限制（例如，对仲裁能力的限制或对订立仲裁协议的能力的限制）之上。

23. 在进一步讨论这些问题时，工作组似宜审议破产诉讼地法对仲裁程序的影响是否超出了程序中止的适用范围，以及类似的影响是否也会扩大到未决诉讼。在这方面，工作组似宜注意到，一项经调查了解的法规文本规定，破产程序对涉及构成债务人破产财产一部分的资产或权利的未决诉讼或未决仲裁程序的影响，应仅受该诉讼未决国或仲裁庭所在地国的法律管辖。³⁰在这方面应当指出：(a)根据《指南》建议 47（最后一句）和 318(a)以及《跨国界破产示范法》第 20 条第(3)款，为保留对债务人的追索债权而需启动个别诉讼或程序的，被排除在中止的适用范围之外；以及(b)当事人的利益可作为允许仲裁程序继续进行的理由，允许免于中止的条款设想了这一可能性（《跨国界破产示范法》第 20 条第(2)款及其所附评注以及《指南》建议 49 和 317）。

(g)项. 撤销可能对某些当事人不利的某些交易（见《指南》建议 87-99 和 316）

24. 在第五十九届会议上，工作组听取了关于以下问题的不同意见：如果一项交易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交易提出质疑，则根据破产诉讼地法保护该交易免于被撤销是否可取。³¹工作组似宜进一步审议这一方面，同时回顾 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件第 25 段提出的问题、专题讨论会报告（A/CN.9/1060）第 26 和 27 段，以及一份经调查了解的法规文本所载的一项保障措施，该措施的目的是防止在可以根据破产诉讼地法免于被撤销的情况下滥用法律选择。³²

²⁸ 同上。

²⁹ 例如见《指南》建议 46 的脚注 20，交叉引用《跨国界破产示范法》第 20 条，以及《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第 180 段。

³⁰ 见《欧洲破产程序条例（重订）》第 18 条。

³¹ A/CN.9/1088，第 83 段及其所附提到《欧洲破产条例（重订）》第 16 条的脚注。

³² 见《全球规则》第 23 条（应与《全球规则》第 22 条一并阅读，该条规则与《欧洲破产条例（重订）》第 16 条内容相近）。该保障措施规定，如果提供证据证明交易受其法律管辖的国家与当事人或交易没有实质性关系，并且没有其他合理的依据选择该国法律作为管辖有关交易的法律，则关于破产程序启动国法律中的撤销规则的效力豁免规定不适用。就某一特定交易而言，声称符合这些条件的一方应证明这些条件在相关案件中确实得到了满足。

25. 如果偏离编写《指南》草案时在撤销方面采取的办法，预计需要证明其正当性，例如依据新出现的需求或做法加以证明。在这方面，工作组似宜回顾在工作组第五十九届会议上表达的一种观点，即《指南》建议 30-34 的评注第 89 和 90 段虽然指出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，但并未明确解释为什么破产诉讼地法的例外不包括撤销。³³

(h)项. 合同的处理（见《指南》建议 69-86）

26. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持在(h)项中增加提及当然条款，或将之作为一个单列项。³⁴《指南》建议 70 和 71 述及当然条款，将之称为自动终止或提前到期条款，并将之描述为规定某一合同会在出现以下情形时自动终止或提前到期的任一合同条款：(a)申请启动或实际启动破产程序；和(b)指定破产管理人。如上文(d)项所述，根据《指南》，程序中止将适用于此类条款。

《指南》还规定这些条款对破产管理人和债务人不可执行，但有一些例外（例如金融合同、不可替代的个人服务的合同）或受特别规则制约（劳工合同）。

27. 此外，与本项相关的是，提到了《欧洲破产条例（重订）》第 11 条，该条规定对与不动产有关的合同进行特殊处理，特别是破产程序对授予获取或使用不动产权利的合同的影响应仅受不动产所在国的法律管辖。³⁵

(i)项. 抵销[的处理]（见《指南》建议 100）

28. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持把(i)项改成“……的处理”，以便更好地表明该事项侧重破产法规定的抵销的可获得性和条件，而不是其他法律（例如合同法、财产法）规定的抵销的各个方面。³⁶

29. 此外，工作组听取了关于债权人要求将其债权与债务人的债权相抵销的权利方面应以何种法律为准的不同意见。³⁷工作组似宜进一步审议这一方面，同时回顾 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件第 24 段提出的问题以及一份经调查了解的法规文本所列的保障措施。³⁸此外，工作组似宜注意到，《指南》建议 100 规定，破产法应当保护在破产程序启动前产生的根据破产法以外其他法律而存在的一般抵销权，但适用撤销规定的除外。

³³ A/CN.9/1088，第 78 段。

³⁴ A/CN.9/1088，第 65(a)段。

³⁵ A/CN.9/1088，第 83 段及其所附提到《欧洲破产条例（重订）》第 11 条的脚注。

³⁶ A/CN.9/1088，第 65(b)段。

³⁷ A/CN.9/1088，第 83 段及其所附提到《欧洲破产条例（重订）》第 9 条的脚注。

³⁸ 见《全球规则》第 18 条（应与《全球规则》第 17 条一并阅读，该条规则与《欧洲破产条例（重订）》第 9 条内容相近）。该保障措施规定，如果当事人选择的国家的法律与当事人或交易没有实质性关系，并且当事人的选择没有其他合理依据，而且在当事人没有作出明确选择的情况下，适用于破产债务人债权的法律将是主要破产程序启动国的法律，则适用于破产债务人债权的法律优先这一规则将不适用。

(j)项. 对有担保债权人的处理³⁹

30. 本事项包括《指南》关于以下方面的规定：(a)对有担保债权人适用中止程序（例如见建议 46(b)和 49）；(b)保护有担保债权人不受担保资产价值缩减的影响（例如见建议 50-67）；(c)撤销担保权益的可能性（建议 88）；(d)是否要求有担保债权人在破产程序中申报债权（建议 172）；以及(e)有担保债权的优先权，还涉及优先权可能更高于有担保债权的债权（建议 188）。工作组第五十九届会议结合在破产程序中处理物权这一更宽泛背景讨论了本事项。⁴⁰

31. 贸易法委员会法规没有对物权进行定义。在某些情况下，上述法规将某些权利确定为具有对抗第三方效力的财产权（对物）或对项目资产的权利（对物权）而不是对人的权利（对人权）。⁴¹《跨国界破产示范法》第 32 条的评注指出，“有担保债权”一词被用来泛指由特定资产担保的债权，而“对物权”一词意在表示与特定财产有关并可对第三方强制执行的权利。评注承认，一项特定权利可能同时属于两种用语的范畴，须视适用法律的分类和术语而定，并请颁布国使用其他术语来表示这些概念。⁴²

32. 虽然一项权利是否定性为物权留待各国法律处理，但一些法规针对物权列举了多项内容，特别提到：(a)处分资产或让他人处分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要求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，据此债权人或第三方可获得物权。⁴³

33. 在第五十九届会议上，工作组听取了关于在破产程序中处理物权的各种办法的不同意见，其中一种办法是对物权适用破产诉讼地法，另一种办法是将物权与任何破产程序的效力隔离开来，撤销诉讼除外。在一份经调查了解的法规文本中，后一种办法附有旨在防止滥用“资产避风港”的保障措施。⁴⁴鉴于观察到的这些办法的利弊，与会者表示支持找到一种中间立场，例如物权服从相关资产所在国的破产法效力管辖（资产所在地法；见术语表，术语(y)）。⁴⁵

34. 工作组似宜进一步审议这些方面，同时回顾 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件提出的问题，特别是在编拟《指南》时，关于列入物权诉讼地法例外的建议没

³⁹ 相关建议和其他规定可在《指南》全文中找到。《指南》附件一有提及。《贸易法委员会担保交易立法指南》第十二章也可作为参考。

⁴⁰ A/CN.9/1088，第 65(c)段。

⁴¹ 例如见《贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》第 470 段或《贸易法委员会担保交易立法指南》导言第 17 段。

⁴² 《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第 241 段。

⁴³ 例如见《欧洲破产条例（重订）》第 8 条和《全球规则》第 15 条。

⁴⁴ 见《全球规则》第 16 条（应与《全球规则》第 15 条一并阅读，该条规则与《欧洲破产条例（重订）》第 8 条内容相近）。该保障措施取代关于物权不受破产程序影响的规定，条件是提供证据证明，在破产程序启动时，资产所在国与当事人或设定担保权的交易没有实质性关系，而且没有其他合理依据证明资产处于该国。就某一特定担保权而言，声称这些条件得到满足的一方当事人应证明这些条件在相关案件中确实得到满足。

⁴⁵ A/CN.9/1088，第 65(c)段。

有得到足够的支持。⁴⁶如果偏离编写《指南》草案时在处理物权方面采取的办法，预计需要证明其正当性，例如依据新出现的需求或做法加以证明。此外，预计将采取的办法将与贸易法委员会的其他法规保持一致，包括与《指南》同时编写的《贸易法委员会担保交易立法指南》，后者重申对担保权适用破产诉讼地法⁴⁷。

35. 在工作组第五十九届会议上提出的一项建议是，立法条文应当明确规定，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。⁴⁸秘书处注意到，《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 都载有这方面的规定。

(k)项和(l)项. 债务人的权利和义务（见《指南》建议 108-114、284-287 和 289-290）；**和破产管理人[或另一名独立专业人员]的职责和职能**（见《指南》建议 115-125 和 278）

36. 在工作组第五十九届会议上，有与会者指出，《跨国界破产示范法》第 24 条的适用出现实际困难，该条授权外国代表在其代表的外国程序得到承认时，并在不违反承认国法律要求的情况下，可以介入在承认国进行的债务人作为当事人的任何程序。据认为，有必要澄清，在代理权和其他相关问题上，究竟是以破产诉讼地法为准，还是以承认国的法律为准。⁴⁹正如在本届会议上所解释的那样，之所以会出现问题，是因为在启动破产程序或承认外国破产程序时，各法域对债务人的待遇存在区别。在有些法域，债务人可在债务人为一方当事人的程序中保留诉讼资格，如果破产诉讼地法只赋予破产管理人此类资格，二者就会发生冲突。

37. 工作组似宜审议这些问题，同时注意到《跨国界破产示范法》第 24 条的评注解释说，该条款的目的是避免仅仅因为承认国的程序性立法没有预期将外国代表列入具有介入程序资格者之列而拒不给予外国代表这一资格的情况。⁵⁰在所有其他方面，将适用当地法律。

(n)项. 债权的处理（《指南》建议 169-184、305 和 319-325）

38. 本事项包括确定可申报或必须申报的债权、对这些债权的处理、债权申报、核实和认定机制、对有争议的债权进行复审以及排序类同的债权人同等待遇。该事项还涵盖《指南》全文涉及的对程序启动后的债权的处理（例如在启动后融资的情况下）。

39. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持在该事项中明确列出这些方面，并提及破产程序结束后债权人的权利。⁵¹后一项建议可能需要进一步澄

⁴⁶ 在这方面见 [A/CN.9/WG.V/WP.176](#) 号文件第 9、10、22 和 23 段。

⁴⁷ 见建议 223 和第十章，第 80-82 段。《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）交叉提及了该建议和《指南》建议 31。

⁴⁸ [A/CN.9/1088](#)，第 87(a)段。

⁴⁹ [A/CN.9/1088](#)，第 82 段。

⁵⁰ 《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第 204 段。

⁵¹ [A/CN.9/1088](#)，第 65(d)段。类似事项分别载于《欧洲破产条例（重订）》第 7(g)、(h)和(k)条。

清，因为该建议可能与清单中的其他事项有关（例如(f)项重整计划的执行和(s)项债务的解除）。

(o)项. 债权的排序（见《指南》建议 185-189）

40. 在工作组第五十九届会议上，有人提出了当地债权和外国债权的排序所产生的问题。⁵²在这方面，工作组似宜注意到，《指南》建议 30-34 的评注第 84 段建议在不能确定等同性的情况下将债权作为普通债权处理。如果从基本内容和职能来看，债权彼此相符以致可被视作“功能上可以互换”，则这些债权应当视作等同，在破产程序中获得同等待遇。工作组似宜考虑这一问题是否属于该项目的范围，如果是，是否应就这一点提供任何进一步的指导。

[(s 之二)项. 债务人的董事对债务人破产时或临近破产期间采取的行动的责任，以及可以由债务人的破产财产或代表债务人的破产财产提出追索的关于这一责任的诉讼理由]（见《指南》第四部分和建议 372）

41. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持在事项清单中增加提及董事的义务和责任。⁵³但据强调，只有根据第四部分增列才是适当的。第四部分指出，其重点是可列入破产相关法律并且一旦破产程序启动后即可强制执行的董事义务（即不包括刑法、侵权法或与破产无关的一般公司法规定的董事责任）。⁵⁴但鉴于就建议 31 前导句条文中“破产法”一词的广义解释达成的一致意见，与会者还认为不必进一步修订清单。⁵⁵

42. 工作组似宜根据上文第 8-15 段提出的问题进一步讨论该建议，包括是否应就这一事项单列项目，如果是，上文建议的事项(s 之二)的行文是否可以接受。

[(s 之三)项. [重组][重组法]]

43. 在工作组第五十九届会议上，有与会者表示支持增加提及重组或重组法。据建议，或者评注可以解释，前导句条文中的“破产法”或“破产程序”一词涵盖重组方面。⁵⁶工作组似宜根据上文第 8-15 段提出的问题审议这些建议。

[(s 之四)项. 环境损害和赔偿责任]

44. 在工作组第五十九届会议上，有与会者建议根据判例法的最新发展，将环境方面明确纳入破产诉讼地法的范围。⁵⁷破产中的环境损害和赔偿责任所产生的问题是多方面的，并贯穿清单上的多个已有事项（特别是破产财产的组成和范围、程序中止、资产的使用或处分、债权的处理、合同的处理、债务人的权利和义务、破产管理人（或另一独立专业人员）的职责和职能以及债务的解除）。

⁵² A/CN.9/1088，第 66(b)段。

⁵³ A/CN.9/1088，第 65(e)段。

⁵⁴ 见背景，第 15 段。

⁵⁵ A/CN.9/1088，第 68 段。

⁵⁶ A/CN.9/1088，第 65(f)段。

⁵⁷ A/CN.9/1088，第 66(a)段。

此外，还可能涉及公法的各个方面，包括国际法，因此也可能涉及凌驾性强制法律规定的适用。

45. 工作组似宜考虑是否应具体添加这些方面，如果是，则是单独添加，还是与建议 31 清单上已有的任何其他事项一并添加。

D. 破产诉讼地法的例外

1. 概述

46. 根据《指南》建议 34 和工作组第五十九届会议的审议情况，工作组似宜审议，立法条文只应规定有限数量的破产诉讼地法的例外，并且应当在破产法中明确列出或加以说明。

47. 在这方面，工作组似宜回顾，在其第五十九届会议上，关于《指南》建议 34，有与会者建议在立法条文中反映出破产诉讼地法的例外也可见于破产法以外的其他法律。⁵⁸工作组似宜审议该建议，同时注意贸易法委员会各项破产法规通常建议在破产法中列出或明确指出其他法律中对破产程序有影响的所有规定。⁵⁹

2. 支付和结算系统以及受监管的金融市场

48. 工作组第五十九届会议认为，鉴于金融市场的发展和金融系统的数字化，必须更新《指南》建议 32 中关于支付或结算系统和受监管金融市场的破产诉讼地法的例外。⁶⁰在进一步审议这一方面时，工作组似宜注意到，如 [A/CN.9/WG.V/WP.176](#) 号文件第 27 段所述，建议 32 提及的适用法律规则是对建议 101 至 107 提及的实质规则的补充，后者规定在破产中对金融合同和净额结算作特殊处理，使之免于适用中止、当然条款和撤销。正如工作组所指出的，涉及金融合同和净额结算的最新案文在某种程度上偏离了建议 101 至 107 采取的办法。⁶¹工作组似宜就此回顾，其曾商定有必要更新《指南》的这一部分。⁶²

49. 在讨论建议 32 时，有与会者就该建议中使用的术语，特别是提及受监管金融市场提出了疑问。在进一步审议这一例外时，工作组似宜注意到，贸易法委员会的法规并未界定这些术语，尽管使用“受监管”一词并不少见。⁶³

50. 《指南》建议 101–107 及其所附评注可能有助于理解建议 32 中使用的术语，前者指出，拟涵盖的系统和市场是紧密结合的多边系统和市场，其中一个参与人破产，会造成连续交易中发生一系列违约，从而可能使其他系统或市场参与人陷于财务困境，最坏的情况是，可能导致其他相对方（包括受管制的金

⁵⁸ [A/CN.9/1088](#)，第 87(b)段。

⁵⁹ 例如见建议 66 及其所附的关于这一方面的脚注。

⁶⁰ [A/CN.9/1088](#)，第 71 段。

⁶¹ 同上。

⁶² 见 [A/CN.9/WG.V/WP.176](#)，第 27 段，交叉引用工作组第四十四届会议报告（[A/CN.9/798](#)，第 26 和 30 段）。

⁶³ 例如见《联合国国际合同使用电子通信公约》第 2(b)条及其评注；以及《联合国国际贸易应收款转让公约》第 4(2)(a)条。

融机构)发生财务崩溃。在建议 32 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。因此,受监管的金融市场与不受监管的金融市场不同,后者虽然在运营的某些方面可能受到监管,但受到的监督或管控力度低于前者。⁶⁴一些人认为,后一种类型的市场可能会迅速扩散,尤其是在数字环境中。

51. 正如 A/CN.9/WG.V/WP.176 号文件第 28 段所指出的那样,《欧洲破产条例(重订)》第 12 条载列了同样的例外,适用于撤销在此类系统或市场中进行的支付或交易。《欧洲破产条例(重订)》在这方面述及支付或交易系统和金融市场时,省略了“受监管”这一限定词。与这些规定相关的叙文第 71 段指出,需要针对支付系统和金融市场以及证券销售和为此类交易提供担保的情形予以特别保护,同时表明,对于此类交易,唯一相关的法律应当是适用于有关系统或市场的法律。该段还指出,此类法律旨在防止交易的支付和结算机制在一方商业伙伴破产时遭改变的可能性。其中指出,在这种情况下,关于支付和证券结算系统结算完结的第 98/26/EC 号指令的特别规定具有优先权。上述指令将相关系统定义为三个或三个以上参与人之间的正式安排,订有参与人之间清算或执行转账指令的共同规则和标准化安排,同时强调此类系统面临的系统性风险。根据一些评论意见,第 12 条的适用范围比该指令更广,不仅包括正式系统,还包括所有面临相同系统性风险并只需要根据一部法律统一处理的系统。⁶⁵

52. 工作组似宜根据这些考虑以及所引述的目标,即保护对拟涵盖的系统或市场的普遍信心和确定性,并减少此类系统和市场面临的系统性风险,来审议这一例外。在这些系统或市场的任何参与人破产之前和之后适用不同的法律对其中使用的支付和结算机制产生何种影响,可能需要结合这种背景加以评估。如果偏离起草建议 32 所采取的办法,预计需要证明其正当性,例如依据新出现的需求或做法加以证明。若保留这一例外,工作组似宜考虑是删除还是保留“受监管”一词,如果保留该词,是应仅作为“金融市场”的限定语,还是也用来限定“支付和结算系统”。

3. 劳工合同

53. 在第五十九届会议上,关于是否应按照《欧洲破产程序条例(重订)》第 13(1)条采取的办法,对劳工合同无条件适用破产诉讼地法的例外,⁶⁶工作组听取了不同意见。应指出的是,《欧洲破产程序条例(重订)》在这方面提及破产程序对雇用合同和关系的影响,同时叙文第 72 段澄清,所指的是雇用的继续或终止、雇用各方的权利和义务,以及在必要时寻求批准终止雇用合同的必要性。

《欧洲破产程序条例(重订)》将破产程序对雇用合同和关系的其他影响,如雇用合同债权的申报、核实、认定和排序,留待破产诉讼地法处理(承诺避免启动从属破产程序的情况除外(这些方面预计将由工作组在以后阶段审议⁶⁷))。《全

⁶⁴ 例如见《不受监管的金融市场和产品—金融稳定委员会》(fsb.org)。

⁶⁵ Brinkmann, 第 149 页。

⁶⁶ A/CN.9/1088, 第 73–77 段。

⁶⁷ A/CN.9/1088, 第 80 段。

球规则》第 20 条与《欧洲破产程序条例（重订）》第 13(1)条内容相似，但《全球规则》第 21 条明确规定，撤销劳工合同也在破产诉讼地法的管辖范畴之内。⁶⁸

54. 工作组似宜根据其起草历史（[A/CN.9/WG.V/WP.176](#)，第 29 和 30 段），特别是保持必要的灵活性以适应不同情况的目标，来审议这一例外。有与会者提出，有些情况可能需要适用特定法域的劳动法规则，而这不一定是破产程序启动国的法律，也不一定是当事人选择的劳工合同法。不排除可能需要对雇佣合同的不同方面适用若干法律（分割）。对此，下文 E 节讨论的公共政策例外可能提供的额外保障也具有相关性。如果偏离起草建议 33 所采取的办法，预计需要证明其正当性，例如依据新出现的需求或做法加以证明。

E. 公共政策例外和其他规定

55. 与贸易法委员会其他破产法规采取的办法相一致的是，⁶⁹立法条文可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将明显违背该国公共政策的情况下不适用该法律。正如在工作组第五十九届会议上所指出的，是否需要列入这样一项规定将取决于立法条文的形式，因此工作组将在以后阶段审议这一问题。⁷⁰如果列入这一例外，工作组似宜审议，符合贸易法委员会做法的是建议各国对这一例外进行狭义和限制性解释，并仅在涉及对颁布国至关重要的事项的特殊情况下方可援引。⁷¹

56. 根据立法条文的最终形式，可能需要在适当的时候考虑纳入其他一些规定，例如关于国际义务优先地位的规定，以及关于根据立法条文的国际渊源以及促进统一适用这些条文并秉承善意的必要性而解释相关条文的规定。⁷²

⁶⁸ 参见《全球规则》第 20 条和第 21 条的报告者注释。

⁶⁹ 例如见《跨国界破产示范法》第 6 条、《破产判决示范法》第 7 条和《企业集团破产示范法》第 6 条。

⁷⁰ [A/CN.9/1088](#)，第 90 段。

⁷¹ 例如见《跨国界破产示范法颁布和解释指南》，第 104 段。

⁷² 例如见《破产判决示范法》第 3 和 8 条。