

跨国破产对域外国际商事仲裁的效力

卢晓燕

(苏州大学王健法学院, 江苏 苏州 215006)

摘要: 国际商事仲裁作为运用广泛的争端解决途径, 常常出现在大型跨国破产案件中, 与破产程序重合或交叉, 甚至产生冲突。特别是当国际商事仲裁在第三方“中立”国家进行时, 国际商事仲裁庭的态度和内国法院的影响都处于不确定的状态。一方面, 多数情况下域外国际商事仲裁庭会重视破产程序, 而非无视破产程序; 另一方面, 由于国际社会缺乏统一规制跨国破产的实体法, 内国法院处理跨国破产案件的方法不一, 主要存在3种模式: 联合国模式、欧盟模式以及其他模式。但总体而言, 国际社会在面对跨国破产与域外国际商事仲裁的冲突问题上呈现出了积极开展国际合作的趋势。基于此, 随着“一带一路”倡议的推进, 我国也应在此问题上进一步完善相关立法及司法, 以更加开放的姿态融入世界经济。

关键词: 跨国破产; 国际商事仲裁; 破产法

中图分类号: DF974

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 03-0077-12

一、问题的提出

如今跨国投资和跨国贸易的普遍存在导致无论是理论上还是实践中都无法回避跨国破产问题。所谓跨国破产 (Transnational Insolvency), 又称为跨界破产、国际破产 (International Bankruptcy)、跨境破产 (Cross-border Insolvency), 是指主体、内容或客体具有涉外因素的破产, 包括债权人或债务人来自不同国家、在多个国家拥有财产以及破产债权受外国法律支配等诸多涉外情形。^①在跨国破产争议中, 由于企业破产并不能使其在破产之前订立的仲裁协议当然无效,^②因此, 跨国破产程序与国际商事仲裁常常产生重合或交叉, 甚至是冲突。最根本的原因在于破产程序与仲裁程序目标的冲突, 本质上反映了破产法和仲裁制度的价值冲突。破产法的政策目标包括债权人的债权平等、透明和负责的程序、资产的协调分配、遵守公共政策以及来自成文法和法官制定法律的权力和权威,^③其根本目的是规定对债务人资产的众多债权进行集体清偿, 关键是使资不抵债的破产财产价值最大化, 并确保处境相似的

作者简介: 卢晓燕, 苏州大学王健法学院 2018 级硕士研究生, 研究方向: 国际私法。

基金项目: 中国法学会部级法学研究课题“国际商事法院的构建和功能解构”(项目编号: CLS-2018-C34)。

① 杜新丽. 跨国破产与国际商事仲裁的冲突与弥合[J]. 比较法研究, 2012, (1).

② Lazic, Vesna. The Effect of Arbitration Agreements in Insolvency Proceedings[C]. Hague Yearbook of International Law. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995: 53-54.

③ Neil, Hannan. International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency[J]. International Trade and Business Law Review, 2014, (17).

债权人能够得到公平对待；^①而仲裁是根据当事人之间的协议来确定部分或全部争议的解决方法，其政策目标是执行该仲裁协议。^②当事人通过该协议确定其所需适用的法律和解决争议的地点，其最终目的是对某一争端进行私下的、个别的解决。^③完全相反的目的和政策使得破产程序与仲裁的关系如同美国联邦法院第二巡回区 Walker 法官在美国航运公司破产案中所言“犹如地球之南北极”。^④

在多数情况下，这种近似极端的冲突并非无法协调。对于国际商事仲裁而言，虽然现代国际商事仲裁具有解决国际商事争议的特殊性，在很大程度上独立于国内法院，但是，每个国家都有其独特的国家特性、需要保护的国家利益以及如何在其境内进行仲裁的观念。因此，实践中各国国内法院普遍会保留其在适当的时候介入国际商事仲裁的司法权力，尤其在涉及公共利益保护的破产争议事项上。大多数国家的破产法都规定，一旦申请破产程序，则自动中止仲裁程序（尽管通常没有特别提到国际仲裁程序）。^⑤如果在仲裁所在地国启动破产程序，仲裁可能必须让位给某些破产强制性规则。因此，整体来看，当国际商事仲裁在跨国破产范围之内，将会在很大程度上由仲裁地的破产程序法对其进行规制。

然而，为了避免受到相关国家的影响，通常情况下当事人会选择国际商事仲裁，在任何一方仲裁当事人在该国没有营业地点或居所的“中立”国家进行。这意味着国际商事仲裁可能轻易地规避国家所意欲施加的仲裁干预。此时就需要思考，仲裁程序能否继续？如果仲裁程序继续进行，它应该如何进行才能使其裁决是可执行的？如果仲裁裁决已经作出且生效，破产法院可以适用什么法律依据来拒绝执行或承认该裁决？

二、跨国破产案件中域外仲裁庭的立场

理论上，在跨国破产案件中，仲裁庭的管辖权不因外国破产程序的开始而当然丧失或者受到影响，仲裁庭可以无视并行的破产程序，按照当事人意愿继续仲裁程序。但事实上，由于破产程序的特殊性，域外国际商事仲裁管辖权很可能在其开始之前就受到了破产程序的影响，例如，破产一方可以要求中止仲裁协议等。鉴于域外国际商事仲裁程序与破产法院无法割断的联系，当上述这些问题出现时，不同的仲裁员在面对并行的破产程序时会采取不同的立场。

（一）消极立场：无视并行的破产程序

①③ Lord, Samantha Jayne. When Two Polar Extremes Collide: An Exploration into the Effects of Insolvency on International Arbitration[J]. International Trade and Business Law Review, 2012, (15).

② Neil, Hannan. International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency[J]. International Trade and Business Law Review, 2014, (17).

④ In re U.S. Lines, Inc., 197 F.3d 631 (2d Cir. 1999).

⑤ Baizeau, Domitille. Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law[C]. New Developments in International Commercial Arbitration 2009. Zurich: Schultheff Verlag, 2009: 101.

在跨国破产案件中，由于不存在统一的破产法的规制，国际商事仲裁通常由其所在地国内法进行规制。因此，在一些跨国破产案件中，国际商事仲裁庭认为可以无视并行的破产程序，因为其不在破产开始国境内。这属于典型的适用仲裁所在地强行法规则的做法，支持这一做法的理由有二：其一，国际商事仲裁法庭面临的主要风险是仲裁所在地的法院可能撤销其裁决。当一项裁决被有关法院撤销时，不仅在仲裁所在地的法院是无效的，而且其他国家的法院通常也不会予以承认和执行。其二，当事人选择一个仲裁地点往往被推定为当事人各方愿意服从该仲裁地点在仲裁过程中所适用的任何法律制度。鉴于破产程序的集中分配性质，国际商事仲裁庭可能会继续进行仲裁，以完成当事人赋予其解决纠纷的使命。

然而，这种做法受到了强烈批评。批评者认为，仲裁员没有遵守破产法院地法，因此，不应以执行仲裁所在地的公共政策作为反对执行其他国家公共政策的理由，只有这些条款构成该国认可的国际公共政策的一部分时，才对仲裁庭具有拘束力。^①实践中采取这种做法的仲裁庭只是少数。多数情况下，仲裁庭基于一些因素的考量，例如国内法院的限制、仲裁裁决在破产法院承认和执行等，反而会尊重破产法院的基本公共秩序，重视外国破产程序，并试图与其进行协调。

（二）积极立场：重视外国的破产程序

仲裁的目的在于作出对争议有拘束力的决定。为了尽量降低裁决被撤销或者不予执行的风险，仲裁员通常在审理案件时会尽量考虑可能存在的影响因素。根据多数仲裁员审理案件的实践，主要的影响因素如下。

1. 法律选择的关联度

与国际商事仲裁程序关联的法律通常有 2~4 组法律：管辖承认和执行仲裁协议的法律；适用或规范仲裁程序本身的法律；适用于争议实体事项的法律或者规则；承认和执行仲裁裁决所适用的法律。国际商事仲裁的法律适用遵循意思自治原则，当事人可以将其适用的法律约定为破产范围之外的任何法律。然而，在域外国际商事仲裁裁决需要执行时，其所适用的法律几乎无法避免地受到破产所在地法律的影响。例如，破产地点在美国和加拿大，仲裁协议约定在英国伦敦进行仲裁，并且约定因合同事项产生的纠纷适用英国法，此时仲裁程序适用的法律（通常为仲裁地所在地的国内法）与争议实体事项适用的法律同为英国法律。但是，其所作裁决需要得到美国或者加拿大法院的承认和执行。因此，国际商事仲裁程序本身是否受到破产所在地法院的限制，关键在于法律选择。正如 Laurent Lévy 所指出的那样，国际仲裁员面临的初步问题不是国内破产法是否应强制中止仲裁程序或使仲裁协议无效，而是仲裁员是否必须遵守适用于破产的破产法，以及仲裁员是否继续拥有进行国际仲裁的管辖权。^②

^① Scott, Rau Alan. The Arbitrator and Mandatory Rules of Law[J]. American Review of International Arbitration, 2007, (18).

^② Lévy, Laurent. Insolvency in Arbitration (Swiss Law)[J]. International Arbitration Law Review, 2005, 8(1).

2. 破产程序的地域性

在国际社会缺乏统一规制跨国破产的实体法的大背景下,破产程序的域外效力主要受到两种理论的影响——属地主义和普遍主义。在早期跨国破产案件中,仲裁庭会倾向于支持属地主义理论,认为破产具有地域性而拒绝适用一国破产法。例如,国际商会在第 5996 号案件中认为:“在突尼斯进行国际仲裁的仲裁法庭,亲切友好的调解人不应批准受托人暂停仲裁的请求,因为该法庭不受某一特定国内(实体或程序)法的约束,更不受完全与当前程序无关的法国法律的约束。”^①位于巴黎的国际商会仲裁庭也拒绝基于美国破产法中止仲裁,因为美国的破产令在法国未得到承认,且法国也未启动破产程序。^②但是,严格的属地主义已经不是破产领域的金科玉律,在最近的仲裁案例中显示仲裁庭倾向于支持修正的普遍主义做法。一个在位于伦敦的仲裁庭适用英国法律进行仲裁时,埃及法院对其中一方当事人宣布破产,被申请人提出,埃及的命令不能对处于埃及以外的资产产生影响,但仲裁庭认为,埃及的破产令适用于索赔人的所有资产,并且不得根据这些资产的地点加以区分。^③

3. 争议问题的可仲裁性

通常来说,可仲裁性问题涉及确定何种争议可以通过仲裁程序解决,何种争议专属于法院。原则上,任何争议都可以由私人仲裁庭解决,但是,由于仲裁程序是一种可以产生公共后果的私人程序,因此,各国基于本国的政治、经济及社会政策的考量,将有些争议保留给了国内法院。在国际商事仲裁中,如果出现可仲裁性问题,仲裁员有必要考虑涉及到或者可能涉及到的国家的法律规定。在跨国破产案件中,仲裁员在实践中考虑可仲裁性问题主要存在两种情况:第一,主观不可仲裁——破产一方当事人失去仲裁能力。仲裁庭从当事人的仲裁能力角度来考虑破产程序对仲裁的影响,最引人关注的案例是 *Elektrim v. Vivendi* 案(以下简称“*Elektrim* 案”)。在该案中,仲裁庭认为,波兰破产对“未决诉讼”的影响,包括在英国进行的仲裁程序,“完全”受英国法律管辖。^④英国上诉法院也维持了这一裁决。^⑤然而,值得注意的是,该纠纷在瑞士引发了相同的和同时进行的仲裁程序,但是仲裁结果却恰恰相反,并且得到了瑞士最高法院的维持。仲裁庭认为,它对 *Elektrim* 没有管辖权,因为根据波兰法律的规定 *Elektrim* 已经失去了作为仲裁当事人的能力。^⑥瑞士最高法院裁定:“瑞士法律对非缔约国当事人的仲裁能力保持沉默……因此,适用一般程序原则,

① ICC Award Case No. 5996 of 1991, Unpublished, Reported by Fernando Mantilla-Serrano. *International Arbitration and Insolvency Proceedings*[J]. *Arbitration International*, 1995, 11(1).

② ICC Award, Unpublished, Reported by José Rosell, Harvey Prager. *International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC*[J]. *Journal of International Arbitration*, 2001, 18(4).

③ Partial Award in ICC Case No. 12907 of April 2005, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009, 20(1).

④ *Elektrim v. Vivendi Universal SA* [2008] EWHC 2155 (Comm).

⑤ *Syska & Anor v. Vivendi Universal SA & Ors* [2009] EWCA Civ 677 (Court of Appeal).

⑥ Domitille, Baizeau. *Arbitration and Insolvency: Applicable Law and General Issues in Light of the Vivendi Decisions*[EB/OL]. 2009, ASA Groupe Genevois, https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/ASAPresentation_DBaizeau_ASA_180609-final.pdf. [2009-06-19][2019-09-05].

根据该原则, 当事方的能力取决于其法律行为能力这一最初实体法问题……应根据波兰法律确定。”^①对比之下, 两个 Elektrim 案最根本的不同在于定性的过程。英国法院将其定性为程序问题, 始终根据英国法律确定仲裁协议的效力, 而瑞士仲裁庭及法院首先适用波兰法律来确定当事人的能力, 然后通过瑞士冲突规则认为仲裁协议无效。这种不同的定性推理过程恰恰印证了 Dicey 和 Morris 所言, 在定性的过程中能够选择适当的法律制度之前, 外国法律管辖定性过程, 这是一个循环的争论。^②第二, 客观不可仲裁——争议不具有可仲裁性。国际商事仲裁庭普遍认为, 法院所享有的专属管辖权仅限于“单纯的破产事项”, 即只有纯粹的或核心的破产问题才不属于仲裁管辖范围。例如, 国际商会曾在仲裁审理中指明: “仅凭一方进入破产程序这一事实本身并不足以使争议本身不可仲裁……只有那些与破产程序有直接联系的争议才被排除在外, 即那些因适用特定破产程序的规则而产生的争议。”^③在国际商会第 11876 号案件中也采用了同样的理由, 仲裁庭认为: “与被申请人有关的清算程序的启动, 不能剥夺我们仲裁庭对提交给我们的争议的管辖权, 因为这些争议涉及申请人与被申请人之间分配协议的履行和解释, 但不影响破产程序本身。”^④

4. 承认与执行问题的影响

在跨国破产仲裁案件中, 当面临并行的破产程序时, 当事人及仲裁员也经常考虑仲裁裁决潜在的承认与执行问题。人们普遍认为, 仲裁员必须尽一切可能作出具有法律效力的裁决。例如, 斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则第 47 条规定: “凡本规则没有明确规定的事项, 仲裁院、仲裁庭及当事人均应当按照本规则的精神行事, 并应当尽一切合理的努力确保裁决具有法律上的强制执行效力。”显然, 这是一项竭尽全力的义务, 而不是对结果做出保证的承诺。那么, 这一规定是否意味着仲裁员们应该避免作出“无约束力”的裁决呢?

理论上对此有不同的观点。一方面有人认为, “裁决的执行首先是当事人的责任。仲裁员当然应确保仲裁裁决在仲裁所在地有效且符合仲裁协议的法律, 但就仲裁裁决的执行地法律而言——在能够事先确定的范围内——仲裁员的责任不应超过警告各方可能在某一特定国家面临执行问题, 至少裁决在一个国家是可执行的情况下。”^⑤另一方面有人认为, 如果继续进行耗时且费用高昂的仲裁程序, 而无法作出可执行的仲裁裁决, 会破坏当事各方的合理期望。^⑥实践中两种观点都有体现。例如, 在前

① Scherer, Maxi. The Effects of Insolvency on International Arbitration[EB/OL]. 2009, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/29/the-effects-of-insolvency-on-international-arbitration/#more-82229>. [2009-05-29][2019-09-10].

② Dicey, Albert Venn, et al. Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws [M]. 15th ed. London: Sweet and Maxwell, 2018: 2-10.

③ Partial Award in ICC Case No.6697 of 26 December 1990, Revue de l'Arbitrage, 1992, (1).

④ Final Award in ICC Case No.11876 of 2003, 20(1) ICC International Court of Arbitration Bulletin 86(2009).

⑤ Hanotia, Bernard. What Law Governs the Issue of Arbitrability[J]. Arbitration International, 1996, 12(4).

⑥ Horvath, Günther, J. The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award[J]. Journal of International Arbitration, 2001, 18(2).

述第 11876 号案件中,仲裁庭表示,“被申请人所提述的事项可能会妨碍在法国执行本裁决的部分裁决,也可能不会。然而,我们认为对执行问题作出裁决是不适当的,而且,即使有正当理由证明法国不执行裁决,也不会剥夺我们的管辖权。”^①而国际商会第 6697 号案则相反,仲裁庭认为,如果寻求强制执行的国家的法律不允许强制执行仲裁裁决,仲裁庭必须放弃管辖权。^②但是,在跨国破产案件中,通常当事方在众多国家都存在破产财产,那么仲裁庭应当考虑哪一个国家的执行问题呢?面对众多潜在的执法管辖区,仲裁庭往往倾向于采取较为务实的立场——考虑可能的执行地点。例如,在前述第 10507 号案件中,仲裁庭指出,最终裁决可能在荷兰执行而非意大利,因此只考虑在荷兰执行问题。^③

考察上述国际商事仲裁庭的实践可以发现,面对破产程序发生在仲裁所在地国之外的情况,很难通过具有统一性的普遍模式来总结仲裁庭处理方式,反而说明了仲裁庭承认破产的法律基础和论据似乎是无法预测的,甚至是有些武断的,但是仍然可以从中看出一种趋势——国际商事仲裁倾向于重视域外破产程序,并且是有条件地予以重视。需要注意的是,重视本身不意味着国际商事仲裁受到破产程序的约束。

三、内国破产程序对域外仲裁程序的影响

如前所述,国际社会缺乏统一的规制跨国破产的实体法,因此,各国应对跨国破产与国际商事仲裁问题也没有一致的做法。纵观国际社会现行的立法及实践,可以大致将各国解决跨国破产问题的模式分为 3 种:(1)联合国模式,是指采纳了《跨国界破产示范法》的国家;(2)欧盟模式,是指依据《欧盟破产程序条例》调整成员国之间的跨国破产与国际商事仲裁的欧盟成员国;(3)其他模式,是指《跨国界破产示范法》采纳国以及欧盟成员国之外的国家。

(一) 联合国模式

《跨国界破产示范法》是联合国国际贸易法委员会(以下简称“贸易法委员会”)制定的在国际层面上规范跨国破产案件的首部法律文件,旨在促进各国处理跨国破产案件的合作和协调。目前已经有 40 多个国家采纳并据此修改国内破产法律,包括美国。^④

总体来看,《跨国界破产示范法》的规定较为灵活,既不要求采纳国完全遵从规则,允许其根据本国实际对规则进行变动,又为相关国家提供一般性指导,从而促进各

① Final Award in ICC Case No.11876 of 2003, 20(1) ICC International Court of Arbitration Bulletin 86(2009).

② Partial Award in ICC Case No.6697 of 26 December 1990, Revue de l'Arbitrage, 1992, (1).

③ Interim Award in ICC Case No.10507 of July 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009, 20(1).

④ United Nations Commission on International Trade Law. Status:UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) [EB/OL]. https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status. (2019-10-13).

法域之间的协调与合作。在跨国破产与国际商事仲裁问题上,《跨国界破产示范法》也在若干细微但颇有意义的方面提出了有益的解决办法。具体而言,根据《跨国界破产示范法》第20条第1款,承认“外国主要破产程序”,法院必须给予以下救济:

(1) 停止开启或停止继续进行涉及债务人资产权利债务或责任的个人诉讼或个人程序;(2) 停止执行针对债务人资产的行动;(3) 终止对债务人任何资产进行转让质押或作其他处置的权利。该条款中,个人诉讼也包括仲裁,^①这意味着如果相关采纳国需要广泛的破产域外管辖权来限制国际商事仲裁,《跨国界破产示范法》即便无法提供强有力的支持,也在某种程度上作为一种有益的补充,为其在相关国家获得协助提供重要支撑。值得注意的是,这并不违反《纽约公约》的规定。

(二) 欧盟模式

欧盟成员国目前主要依据《关于破产程序的第2015/848号条例》^②(以下简称《破产程序条例》)调整成员国之间在跨国破产中的法律冲突。^③在涉及仲裁程序方面,《破产程序条例》第7条第2款规定:“破产程序启动国有权决定……(e)在债务人是合同一方时,破产程序对合同的效力;(f)破产程序对于个别债权人发动法律程序的影响,未决诉讼除外……”第18条规定:“破产程序对于构成债务人破产财产一部分的资产或权利有关的未决诉讼或未决仲裁程序的影响,应仅受该未决诉讼或仲裁庭所在成员国的法律管辖。”

通常来说,该规则的适用范围不包括在第三国提起以及对非成员国提起的诉讼,当事人可以通过选择不在成员国之内的仲裁地点来规避该规则的适用。但是,英国却规定,如果破产的一方是在英国或在英国参与诉讼的外国实体,《破产程序条例》以及《2006年英国跨境破产条例》也可能发挥作用。在一起涉及以色列为主要破产程序进行国的大型跨国案件中,以色列地方法院和最高法院均在存在一个有效的伦敦仲裁协议的情况下,裁定拒绝中止破产方提起的诉讼程序。经仲裁协议的非破产一方当事人向英国法院请求,英国法院批准了对申请人的单方面反诉讼禁令,以限制以色列法院或其他地方就其与破产方合同中所载仲裁协议范围内的任何事项提起诉讼。法院根据《2006年英国跨境破产条例》承认在以色列进行的主要破产程序,但是法院仍然认为,由于“以色列法院拒绝暂停仲裁,英国合同中包含的仲裁协议即将被违反,受托人必须站在破产者的立场上接受约束”。^④

① United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation[EB/OL]. 2014, https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency. (2019-10-13).

② Official Journal. Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings(recast)[EB/OL]. 2015, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2015/848/2018-07-26>. [2015-05-06](2019-10-25).

③ 张可心. 跨国海事破产程序的法律救济问题研究[J]. 中国海商法研究, 2018, (2).

④ Bannai v. Erez [2013] EWHC 3689 (Comm).

（三）其他模式——以新加坡为例

除《跨国界破产示范法》采纳国以及欧盟成员国以外，其他国家的立法及司法在跨国破产与国际商事仲裁冲突问题上存在极大的不确定性和不可预测性，本文以全球领先的商业仲裁中心之一——新加坡为例说明。

在跨国破产规则方面，目前新加坡已经采纳了《跨国界破产示范法》，然而，在此之前新加坡的做法似乎有些矛盾。一方面，新加坡在立法上尚未采纳《跨国界破产示范法》，也未同其他国家缔结跨国界破产领域的双边条约，处理跨国界破产问题主要依据的是其本国《破产法》的规定，^①具有鲜明的地域性色彩；另一方面，依据新加坡《破产法》，破产管理人具有广泛的权利，包括对“任何地方”的财产支配权利以及在新加坡境内或境外进行仲裁的权利。^②这种规定又表明新加坡体现了破产程序域外效力的普遍主义立场。然而，这种单方面的普遍主义宣示并不能赋予新加坡破产程序在境外的法律支配效果。在最近的跨国破产案件中，新加坡高等法院的司法实践似乎开始呈现破产法的普遍主义趋势。例如，在Re Opti-Medix Ltd案中，法院在处理来自破产公司注册地以外的司法管辖区的外国清算人问题上，采纳了公司的“主要利益中心”作为承认新加坡外国清算人的基础。^③Taisoo案中的法官也特别指出：“这种认可和协助也许是新加坡普通法的发展”。^④

深入考察20世纪后半叶以来的国际和国内立法可以发现，越来越多的跨国破产立法正在逐步脱离严格的破产地域主义，转向积极的跨国破产国际合作。这种国际合作也延展到国际商事仲裁领域，其突出表现是《跨国破产示范法》明确承认在外国进行的主要破产程序的效力也包括对仲裁程序的限制。

四、我国对跨国破产与国际商事仲裁冲突的应对

按照前述跨国破产立法模式的分类标准，我国目前属于第三种模式，在应对跨国破产与国际商事仲裁的冲突问题上主要依赖本国相关立法及司法。近年来，在国际商事仲裁方面，我国经过一系列重大改革措施的贯彻落实，最高人民法院已经形成和确立了支持国际仲裁的包容性司法态度和仲裁友好型的司法氛围。^⑤与此同时，破产法领域也在悄然地进行着改革。继2018年3月出台《全国法院破产审判工作会议纪要》后，2019年3月28日，最高人民法院又正式发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《司法解释（三）》），

① 张可心. 外国破产程序在中国的承认与协助制度——基于韩进海运破产案的思考[J]. 人民司法, 2017, (19).

② Chan, Andrew, et al. Cross-border Insolvency and Its Impact on Arbitration[J]. Singapore Academy of Law Journal, 2014, (26).

③ Re Opti-Medix Ltd (in liquidation) and Another Matter [2016] SGHC 108.

④ Re Taisoo Suk (as Foreign Representative of Hanjin Shipping Co Ltd) [2016] SGHC 195 (Taisoo).

⑤ 张勇健. 最高院大力支持仲裁机构和仲裁事业发展创新[N]. 法制日报, 2018-09-06.

聚焦于债权人权利行使的问题。这些规定在很大程度上消除了一直以来存在于理论界及实务界的争议,有利于营造良好的营商环境与支持多元化纠纷解决机制。然而,综观我国现行立法,其规定大都较为原则,法院在处理跨国破产与国际商事仲裁冲突问题上也略显混乱,因此,立法及司法都尚有进一步明晰化、具体化的空间。为此,本文从国际商事仲裁的角度针对相关规则及司法实践提出完善建议。

(一) 破产程序中仲裁协议的效力

目前,《司法解释(三)》已明确了仲裁确认债权关系的效力,其第8条规定,当事人之间在破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议的,应当向选定的仲裁机构申请确认债权债务关系。但是,破产管理人是否有权在破产程序启动后签署仲裁协议,这仍然还是一个有待解决的问题。^①

根据《企业破产法》第21条有关破产法院集中管辖权的规定,管理人不能在破产后订立新的仲裁协议。^②这意味着,我国完全否定破产后签署的仲裁协议效力。事实上,破产程序启动前后签署的仲裁协议的重要区别在于会增加破产成本,而许多国家限制破产后签署仲裁协议的主要原因就在于此。^③无法否认,多签署一份仲裁协议可能会多花费一笔破产费用。然而,综合分析来看,这种“一刀切”的做法可能有些片面。首先,合同争议的产生只是一种可能性而非必然。换言之,签署仲裁协议并不代表必然执行仲裁协议;其次,通常而言实施争端解决措施都会减少债务人的总资产,破产程序也不例外,但是没有证据表明仲裁费用一定高于破产程序;最后,破产财产的减少不应成为是否承认破产后签署的仲裁协议效力的唯一标准,因为仲裁程序具有不同于破产程序的独特程序价值,完全排除破产后签署的仲裁协议效力将会丧失其带来的诸多益处,比如减轻法院工作量。^④综上,笔者认为,可以有选择地承认管理人在破产后签署仲裁协议的效力。具体而言,立法可以从主体入手,一是直接限制破产管理人选择仲裁协议的权限,比如限制破产管理人选择仲裁程序的争议事项;二是赋予法院及债权人委员会监督破产管理人签署仲裁协议的权限,比如要求破产管理人签署仲裁协议负有报告义务。

(二) 破产程序中国际商事仲裁的中止与继续

仲裁正在进行过程中一方当事人破产,国际社会的主流做法是中止仲裁程序。我国《企业破产法》第20条的规定与国际社会主流做法一致,即法院在受理破产申请后,已经开始尚未终结的仲裁程序也应当中止,待管理人接管债务人的财产后继续进行。然而,是否应该毫无例外地继续之前的仲裁程序呢?换言之,仲裁协议是

① 杨海琛. 国际商事仲裁中有关破产问题研究[J]. 文化学刊, 2020, (1).

② 李叶丹. 国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响[J]. 仲裁研究, 2009, (3).

③④ 刘冰. 论仲裁程序与破产程序之冲突与协调[J]. 法学杂志, 2018, (3).

否能够在破产程序中止之后持续有效?该规定是否也能及于外国仲裁程序之中?

1. 内国国际仲裁程序的中止与继续

按理来说,基于诉讼的安定性及效益考量,破产管理人在接管财产之后应当继续之前的仲裁程序。但是,该规定也应当存在一些例外情况导致仲裁程序无法继续进行。首先,正如前文所述,如果存在不合理的损害破产财产价值以及全体债权人公平的情况,破产管理人应可在仲裁庭首次开庭前依据《仲裁法》第20条解除仲裁协议。即使破产程序发生在仲裁程序的后期阶段,也不能基于诉讼的经济效益考量而倾向于支持仲裁程序继续进行;其次,如果存在仲裁庭无视破产法院依据《企业破产法》第20条的规定作出中止仲裁的通知而继续仲裁的情况,也应当支持破产管理人在尚未作出裁决时解除仲裁协议,或者破产管理人在裁决已经作出的情况下向法院申请撤销或者不予执行。即便其最终的裁决结果正确,也不能作为其行为有效的支撑。

2. 外国国际仲裁程序的中止与继续

面对国际商事仲裁在外国进行的情况,该规定的效力将是不确定的,因为国际商事仲裁机构并不当然地认可我国破产法的仲裁中止规定。虽然根据我国《企业破产法》第5条第1款的规定,我国破产程序对债务人的境外财产发生效力,但是实际上该条款并不能在其他国家产生支配其境内债务人财产的效果,因为一国破产程序效力是否及于他国,取决于能否得到他国法院的支持和协助,而我国目前尚未与其他国家签署跨国破产领域的条约。加之我国《企业破产法》第5条第2款规定为外国法院提供司法协助仍然以互惠为条件,进一步阻碍他国法院为我国提供司法协助的可能性,因此,该条文实质上是我国单方面宣称破产程序的域外效力,无法产生实际效果。

从上述分析可以看出,直接要求外国国际商事仲裁机构中止仲裁显然不太现实。尤其是当国际商事仲裁机构在境外就我国破产法所排除的仲裁事项进行仲裁时,这里还存在一个重要的未决问题,即在我国与该外国不存在司法协助条约的情况下,外国法院将会依其本国法律的规定来决定是否中止仲裁,而国际商事仲裁当事人通常会选择在那些有利于仲裁的国家进行仲裁。换言之,外国法院可能不会支持我国法院的请求。由此可以看出,在国际商事仲裁程序已经在外国进行且我国缺乏类似《跨国界破产示范法》所规定的司法协助的情况下,我国法院或管理人所采取的措施都将是暂时的和极其不确定的。因此,笔者建议,我国也应当考虑采纳《跨国界破产示范法》规定的司法协助,以促进我国跨国界破产案件的司法协助。虽然采纳了《跨国界破产示范法》的国家对国际商事仲裁中止问题的观点不一致,但是应当看到那些与我国观点一致的国家将在很大程度支持我国法院或管理人的请求。

(三) 破产程序中对国际商事仲裁裁决的效力认定

仲裁裁决已经作出而一方破产的,则无需再考虑仲裁协议是否解除,因为仲裁协议已经得到实际履行。但是,当债权人依据仲裁裁决申报债权时,破产程序能够

在多大程度上认可依据仲裁裁决申报的债权仍存有疑问。

1. 内国国际仲裁裁决的效力认定

关于仲裁裁决的效力,根据我国《仲裁法》第9条第1款之规定,仲裁裁决一经作出即具有终局效力。如果一方当事人不适当履行,对方当事人可按照《仲裁法》第63条及《民事诉讼法》第237条第2款的规定,向人民法院申请执行,但被申请人证明存在不予执行的事由,法院将裁定不予执行。据此,从立法上来看,仲裁裁决与生效判决具有同等效力,且执行法院依当事人证明审查不予执行仲裁裁决的事由。然而,在破产实践中也存在管理人直接核减债权人依据仲裁裁决申报的债权,法院未对其进行审查就直接驳回其请求的不一致做法,^①这不仅减损了仲裁裁决的既判力,也根本否认了仲裁协议的效力。仲裁程序是法庭之外的私人程序,在破产程序中其可信赖度及权威性受到一定程度的质疑。但是,不加辨别地直接予以否定有违经济效益原则,尤其是在破产财产本身就非常有限的情况下。鉴于此,笔者建议,法院应当对管理人针对依据仲裁裁决申报的债权不予确认并提出不予执行的申请进行严格的审查,除法定不予执行仲裁裁决的事由外,应基于经济效益的考量作出执行仲裁裁决的决定。

2. 外国国际仲裁裁决的效力认定

从我国当前的司法实践来看,我国总体上对承认和执行外国仲裁裁决持支持的态度。^②作为《纽约公约》的缔约国之一,根据其第5条的规定,我国法院仅在当事人证明(第5条第1款)或者法院查明(第5条第2款)的7种情况下拒绝承认和执行外国仲裁裁决。但是,需要思考的一个问题是,在跨国破产问题上,我国法院应如何适用《纽约公约》第5条第2款拒绝承认和执行外国仲裁裁决?换言之,我国法院应当认定破产的重要事项属于不可仲裁的事项还是属于违反公共政策事项?

笔者以为,我国法院应当倾向于认定为属于不可仲裁事项。虽然《纽约公约》第5条第2款将不可仲裁性与公共政策作为两项拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由,但实践中常常将二者重合运用。事实上,将某一特殊争议事项归属于不可仲裁事项还是公共政策事项是一个颇为复杂的问题,因为争议事项的可仲裁性与公共政策有着极为密切的联系,一国法律对特殊争议事项不可仲裁的规定往往正是该国公共政策的组成部分或者重要内容。然而,这并不意味着争议事项的公共政策可以等同于其不可仲裁性。从国际商事仲裁实践趋势来看,公共政策对国际商事仲裁争议事项的可仲裁性影响正在弱化,^③理论和实践对许多涉及公法领域或者公共政策事项

① 参见(2013)粤高法民二破终字第3号海南椰岛(集团)股份有限公司与广东中谷糖业集团有限公司破产债权确认纠纷第一审判决。

② He, Qisheng. Public Policy in Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Supreme People's Court of China[J]. Hong Kong Law Journal, 2013, (43).

③ 张晓玲,王文奎. 国际商事仲裁可仲裁性与公共政策的关系及其演变[J]. 求索, 2007, (3).

不可仲裁的观念正在动摇,如反垄断、证券、知识产权争议。^①此外,从各国的司法实践来看,各国法院对公共政策条款均持慎用态度,我国法院亦是如此。^②反观当今国际商事仲裁制度,意思自治原则已经成为判断争议是否可仲裁的新趋势,各国立法也普遍以争议的自由处分性或可和解性作为认定争议事项是否可以仲裁的标准。^③据此,我国法院也应在判断争议事项是否可仲裁时以此为标准。具体到破产案件中,由于破产程序一旦开启,一般而言由管理人进行管理并受法院的监管,其效果类似行政机关处理的争议,当事人不具有自由处分权。而且,依据我国《仲裁法》第3条,婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议不可仲裁。因此,我国法院应当将破产的重要事项作为不可仲裁事项予以拒绝承认和执行。

参考文献:

- [1] Nadeau-Seguin, Sara. When Bankruptcy and Arbitration Meet: A Look at Recent ICC Practice[J]. Dispute Resolution International, 2011, (5).
- [2] Vorburger, Simon. International Arbitration and Cross-border Insolvency: Comparative Perspectives[M]. The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.

The Effect of Transnational Insolvency on Extraterritorial International Commercial Arbitration

LU Xiaoyan

Abstract: As a widely used way of dispute settlement, international commercial arbitration often appears in large cases of transnational insolvency, which coincides or intersects, even conflicts with the insolvency procedure. When international commercial arbitration is conducted in a third “neutral” country, the attitude of the international commercial arbitration tribunal and the influence of the domestic court are uncertain. On the one hand, in most cases, international commercial tribunals outside the region attach more importance to the insolvency procedure than ignore them. On the other hand, due to the lack of a unified substantive law to regulate transnational insolvency in the international community, domestic courts have different approaches to deal with transnational insolvency cases. There are mainly three models: the United Nations model, the European Union model and other models. On the whole, the international community has shown an active tendency to carry out international cooperation in the conflict of transnational insolvency and extraterritorial international commercial arbitration. Based on this, with the Belt and Road Initiative advancing vertically and horizontally, China also needs to further improve relevant legislation and justice on this issue and integrate into the world economy with a more open attitude.

Keywords: transnational insolvency; international commercial arbitration; Insolvency Law

(责任编辑: 金孝柏)

^① 黄进, 马德才. 国际商事争议可仲裁范围的扩展趋势之探析——兼评我国有关规定 [J]. 法学评论, 2007, (3).
^② 高晓力. 中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践 [J]. 法律适用, 2018, (5).
^③ 张艾清. 国际商事仲裁中公共政策事项的可仲裁性问题研究 [J]. 法学评论, 2007, (6).