

# 论仲裁程序与破产程序之冲突与协调

刘 冰

(北京师范大学法学院 北京 100875)

内容提要: 同为处理争议的程序性规范, 仲裁程序与破产程序的冲突根源源于两者法本位的不同, 即个人本位与社会本位的矛盾。协调两者之间的冲突, 应当秉持社会公共利益具有优先性的原则, 具体体现为破产程序的集中管辖制度对仲裁协议的影响、破产程序启动和进行中对仲裁程序的限制, 及破产程序对仲裁裁决执行的回应。因此, 当仲裁程序有利于社会公益的维护时, 破产程序应当保持谦抑性, 以便发挥仲裁程序的特有优势。我国立法在两个程序冲突的协调问题上法律缺位, 应当结合上述协调理念, 在破产法院的专属管辖权和债权人的监督权等规定上作出相应完善。

关键词: 仲裁程序 破产程序 冲突 协调

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.03.015

对仲裁程序与破产程序关系问题的关注, 肇始于2007年起施行的《中华人民共和国企业破产法》<sup>①</sup>第20条。<sup>②</sup>第20条规定对以往法律研究的盲点作出了立法上的部分回应。首次关注并提出仲裁程序与破产程序的协调方式, 即法院受理破产申请时进行中的仲裁程序“中

止”, 直到破产管理人接管债务人财产后仲裁程序才继续。<sup>③</sup>该第20条的规定体现了我国破产政策并不完全排斥仲裁, 可以将部分破产事项交由仲裁解决。<sup>④</sup>然而, 仅凭一条法规难以一劳永逸地协调两种程序间的冲突。例如, 在破产实践中可能会遇到, 破产法院的集中管辖权

作者简介: 刘 冰(1986—), 女, 汉族, 黑龙江佳木斯人, 北京师范大学法学院博士后研究人员。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“企业破产中的环境债权研究”(项目编号: 15YJC820078)、国家法治与法学理论研究项目“互联网金融平台市场退出之法律规制研究”(项目编号: 16SFB3038)、中国政法大学校级人文社科研究青年项目“破产企业的环境责任研究”(项目编号: 15ZFFQ82002)的阶段性成果。

① 《中华人民共和国企业破产法》由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日通过, 自2007年6月1日起施行。

② 《企业破产法》第20条规定“人民法院受理破产申请后, 已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止; 在管理人接管债务人的财产后, 该诉讼或者仲裁继续进行。”

③ 参见《企业破产法》第20条。

④ 参见刘经涛《刍议跨国破产程序与国际商事仲裁程序的冲突》, <https://www.ishuo.cn/doc/ledpriqf.html>, 访问日期: 2017年10月20日。

是否具有排除仲裁协议的效力,破产管理人是否享有缔结仲裁协议的权利能力,仲裁裁决的执行是否会影响债权人的权益等并未涉及。这些问题的解决,既需要考虑破产法与仲裁法两者之间不同的法律价值如何权衡,又需要考虑法律体系能否自治。无论是破产法强调的利益平衡理念,还是仲裁法所秉持的意思自治,都在当下的司法实践中发挥着重要的引领作用,引领我们从法本位上厘清两部法律的差异,在个人本位与社会本位之间作出价值判断,只有这样才能尽可能化解两个程序之间的冲突。

笔者尝试通过讨论仲裁程序与破产程序的冲突表征入手,分析导致冲突的本质,进而分析我国仲裁程序与破产程序之间协调规则存在的缺陷,意在提出完善建议。

#### 一、仲裁程序与破产程序冲突之表现

仲裁程序与破产程序冲突可以从成立在先的仲裁协议在破产程序中的适用和成立在后的仲裁协议在破产程序中的订立和适用两个方面进行分析,呈现出各国在面对这个问题时不同的处理方式,进而说明这个问题的复杂性和需要协调的迫切性。

##### (一) 成立在先的仲裁协议与破产程序的排除适用

成立在先的仲裁协议是指债务人在破产前签订的仲裁协议,债务人作为商业主体在对外订立的合同中或发生争议后达成书面的仲裁协议,是解决当事人之间争议的一种程序,其存在的基础是当事人达成的合意。<sup>⑤</sup>通常情况下,基于对当事人意思自治的尊重和仲裁机构的信任,法院仅限于对仲裁程序性方面的错误进行

监督。但是,与仲裁协议秉持的意思自治原则<sup>⑥</sup>相反,破产程序更注重法院的主导和监督,破产法院集中对涉及债务人的所有争议进行管辖。破产程序中对成立在先的仲裁协议是否排除适用实践中通常会有如下几种处理方式。

其一,在破产程序中可以直接适用仲裁程序。破产法院对破产案件的集中管辖并不能排斥仲裁协议或仲裁条款的效力,可以视为普通的民事诉讼,当事人可按照仲裁的方式解决纠纷。例如,德国的民事诉讼法规定,破产程序启动后所有争议程序停止,目的是为管理人替代债务人参与原争议程序预留准备的时间。破产管理人代表债务人受仲裁协议的约束,破产管理人参加仲裁符合公共政策的需要,如果仲裁程序中没有破产管理人将债务人替换则违背德国的公共政策。<sup>⑦</sup>在一起国际商会(ICC)仲裁的案件中,德国的被申请人破产,破产管理人拒绝参加仲裁程序,仲裁庭在破产管理人缺席的情况下作出裁决,申请人依据该裁决申请科隆法院执行,科隆法院认为该仲裁违背了保护全体债权人利益的公共政策,拒绝承认和执行。最后案件上诉至德国联邦最高法院,最高法院首先认为债务人破产前订立的仲裁协议,破产管理人作为债务人的继承人受其约束,但是破产管理人应当参加仲裁程序,方能符合公共政策。<sup>⑧</sup>由此可见,该案中德国在破产程序中承认成立在先的仲裁协议的效力,在破产程序中可以适用仲裁程序。

其二,在破产程序中需要破产管理人允许方能适用仲裁程序。依据仲裁法理论,学界通说认为仲裁协议或仲裁条款是独立存在的,不

<sup>⑤</sup> 《仲裁法》第4条规定“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”

<sup>⑥</sup> 参见刘经涛《刍议跨国破产程序与国际商事仲裁程序的冲突》, <https://www.ishuo.cn/doc/ledpriqf.html>, 访问日期: 2017年5月20日。

<sup>⑦</sup> Jason Chuah, Resolving Unresolved Relationship Problems—the Case of Cross Border Insolvency and Pending Arbitrations, (2011) ECFR 8(4), 420~441, at 431.

<sup>⑧</sup> Doug Jones, Insolvency And Arbitration: An Arbitral Tribunal's Perspective, Arbitration 2012, 78(2), 103~125, at 116.

受主合同存废的影响。破产管理人有权决定是否履行债务人破产前签订的合同,对于独立存在的仲裁协议或仲裁条款,管理人当然有权选择是否将争议付之于仲裁解决。这种理解是基于仲裁协议独立性和破产管理人对未履行合同的挑拣理论,将成立在先的仲裁协议的适用权赋予了破产管理人,管理人可以根据债务人的实际情况,判断仲裁程序是否有利于公共利益的实现,最后决定仲裁程序的启用与否。

其三,在破产程序中需要破产法院批准方能适用仲裁程序。英国1986年的破产法规定,当债务人自行清算时,管理人可以以债务人的名义提起任何法律程序,<sup>⑨</sup>但是债务人被强制清算时,只有经法院许可,破产管理人方能起诉或抗辩,<sup>⑩</sup>未经法院许可,任何人不得针对债务人提起仲裁请求。<sup>⑪</sup>由此可见,英国在破产程序中适用仲裁程序是许可制,只有获得法院的许可方能适用。破产法院面对仲裁申请时需要衡量申请人的合法利益和其他债权人之间的平衡,对比拒绝适用与准许适用之间利弊和收益,最终破产法院作出是否启动仲裁程序的判断。

其四,在破产程序中成立在先的仲裁协议无效,不再适用仲裁程序。例如,在 Syska V. Vivendi 案中当事人双方在投资合同中约定,如有纠纷在伦敦和日内瓦仲裁,<sup>⑫</sup>其中一个当事人 Elektrim 公司系波兰公司,后经营不善破产,波兰法院受理了该当事人的破产申请,同时指定了破产管理人接管债务人企业。根据波兰《破产法》第142条规定债务人破产后之前所签的仲裁协议无效,<sup>⑬</sup>波兰法院作出取消 Elektrim 公司的仲裁资格和终止执行仲裁程序的裁定。

综上所述,成立在先的仲裁协议在破产程

序中是否被排除适用,适用是否需要破产管理人和破产法院的许可,国内对此问题的研究几乎阙如,大多集中在跨国破产程序与国际商事仲裁之间的冲突。仲裁程序与破产程序的冲突不仅体现在成立在先的仲裁协议的适用上,还体现在破产程序中是否可以缔结新的仲裁协议,将部分争议交由仲裁定纷止争。

## (二) 成立在后的仲裁协议与破产程序的中止

成立在后的仲裁协议是指在破产程序中新签订的仲裁协议。破产程序与仲裁程序同属于处理债权债务纠纷的路径,当债务人失去清偿能力时,可否在破产程序中签订仲裁协议,适用仲裁程序解决债务人涉及的纠纷。成立在后的仲裁协议被启用后是否产生破产程序中止的效力,针对这些问题笔者作如下分析。

1. 成立在后的仲裁协议在破产程序中的订立。破产程序与仲裁程序对相关当事人的权利义务责任的配置不同,破产程序强调集中管辖、公平清偿债权等,而仲裁程序则是约定仲裁,强调个别清偿。如果在破产程序中排斥签订和适用成立在后的仲裁协议,则仲裁程序解决争议所具有的专业性、保密性、平等性、自治性等优势难以发挥,当事人选择以仲裁形式解决纠纷的自由意志得不到实现,仲裁程序的价值<sup>⑭</sup>在破产程序中得不到应用和保护,可能增加破产管理人和法院的工作量,影响破产程序的效率。如果破产法院允许破产管理人或债务人在破产程序中签订和适用仲裁协议,虽然保护了当事人的自由选择,但是,仲裁裁决常常被用作债权申报的依据,进而对全体债权人的获偿数额产生影响;同时,运用仲裁程序产生的成本可能减

<sup>⑨</sup> Insolvency Act 1986, Sch. 4.

<sup>⑩</sup> Id. S. 167(1)(a).

<sup>⑪</sup> Id. Sch. B1, para. 43(6).

<sup>⑫</sup> (2009) EWCA Civ 677.

<sup>⑬</sup> 《波兰破产与重整法》第142条规定“自破产宣告之日起,破产债务人所签订的任何仲裁协议归于无效,任何未决仲裁程序应当终止。”

<sup>⑭</sup> 关于“程序价值”的解读,参见张利宾《“程序”的价值》,载《法制日报》2007年4月1日第14版。

少债权人总财产,影响其他债权人的受偿。因此,有些国家通过债权人会议和法院的监督来限制破产管理人签订仲裁协议的权限。如德国《支付不能法》则将决定权赋予债权人会议(或债权人委员会)。<sup>⑮</sup>《日本破产法》规定仲裁协议的缔结须征得法院许可。<sup>⑯</sup>

2.成立在后的仲裁协议与破产程序的中止。假定在破产程序中允许破产管理人或债务人适用成立在后的仲裁协议,那么该仲裁程序是否会产生破产程序中止的效果。如果是将涉及债务人的部分纠纷交付于仲裁程序解决,破产程序是否需要等待仲裁裁决,方能确定债权债务的关系和规模,此时仲裁程序是破产程序中处置纠纷的一种手段。如果债务人等当事人达成合意将破产程序中涉及到的全部纠纷交由仲裁裁决,那么破产程序是否有继续的必要性,破产程序是否应该中止,仲裁程序能否取代破产程序解决债务人的债务问题。债权人和债务人能否自愿达成仲裁协议解决债权债务公平清偿或企业复兴等合意,用仲裁程序代替破产程序,破产程序中止,这个问题值得深入探讨。

总之,无论冲突的表征多么复杂、既有经验多么丰富,要想从根本上解决仲裁程序与破产程序之间的冲突,需要深入探寻两个程序的本质,从源头着手。只有清晰两个程序的价值本质,方能得出协调二者的良方。

## 二、仲裁程序与破产程序冲突之本质

破产法与仲裁法均是处理债权债务关系的程序性规则,这使得破产程序与仲裁程序看起来似乎存在制度供给的替代关系,但是在 In re

United States Lines<sup>⑰</sup>一案中,美国联邦上诉法院第二巡回庭 Walker 法官却将两种程序比喻为“地球之南北两极”,<sup>⑱</sup>因为,两者是对不同位面纠纷作出的立法回应,性质和理念也难以趋同。仲裁程序所追求的意思自治与个人本位,是以近代私法为基础,而破产程序是法定的并且秉持社会本位的价值观,时常对个人之间的意思合意提出质疑。笔者从仲裁程序与破产程序约定与法定截然不同的法律性质和个人本位与社会本位迥异的价值理念,两方面分析两者产生冲突的本质。

### (一) 性质:约定与法定的迥然不同

仲裁程序一整套规则是以当事人双方合意为核心,规则的设计与实施都基于维护双方意思自治,仲裁程序的管辖、仲裁事项和仲裁人都可以通过约定达成。就管辖而言,债权人与债务人双方合意约定而成的仲裁协议是仲裁机构获得管辖权的基础。《中华人民共和国仲裁法》(下文简称《仲裁法》)对仲裁机构管辖权的来源作出明确规定,“没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理”。<sup>⑲</sup>仲裁机构的管辖权源于当事人合意的授权,当事人通过选择信任的仲裁机构,自愿将未来可能发生的纠纷交由其解决,这是契约理念在仲裁程序中的重要体现。仲裁涉及的事项是事先约定的,并且是在在封闭的甲乙双方之间进行仲裁,甲乙双方可以共同指定信任的仲裁员。基于此,在仲裁程序中私法的契约精神从启动到仲裁贯穿整个程序。而破产程序是以法定为核心,只要

<sup>⑮</sup> 《德国支付不能法》第133条规定“在下列情形,以选任有债权人委员会为限,管理人应当征得债权人委员会的同意:2. 情形应当达成和解或仲裁协议……。”参见《德国支付不能法》杜景林、卢湛译,法律出版社2002年版。

<sup>⑯</sup> See Article 78(2)(xi) of Japan Bankruptcy Act, “A bankruptcy trustee shall obtain permission of the court in order to conduct the following acts: (xi) Settlement or arbitration agreement (meaning an arbitration agreement prescribed in Article 2(1) of the Arbitration Act (Act No. 138 of 2003))”.

<sup>⑰</sup> 197 F. 3d 631 (640) (2d Civ 1999).

<sup>⑱</sup> “presents a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution.”

<sup>⑲</sup> 《仲裁法》第4条规定“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”

法定情形出现,债权人、债务人和其他依法负有清算责任的人都可以直接向法院申请债务人破产,无需各个利害关系人之间达成合意。并且破产程序的参与者并不如仲裁程序的甲乙双方,是一对一的当事人,往往是众多的债权人和数量庞大的利益攸关者。这些以债务人为核心呈放射状围绕的债权人和其他利益相关者,可能分布在各个地域,无法用约定管辖的方式来处理他们的“集体求偿”,基于司法成本的考虑,只能通过立法确定管辖,将管辖法定化,杜绝约定的随意性和非公平性。

相较之下,约定与法定的性质迥然不同是仲裁程序与破产程序冲突产生的本质原因,仲裁法更加注重当事人之间的约定,是私益范畴的纠纷解决机制。而破产法的程序法定性更具有救济色彩,在遭遇破产时债权人集中追偿,破产法为债权人提供了单一的集中救济机制,是公权对私益的救济与保护。

(二) 理念: 个人本位与社会本位的大相径庭

仲裁程序与破产程序的冲突,实际上是现代市场中经济法与民商法冲突的冰山一角,其本质是两种法律对不同位面利益保护间的矛盾,这是“法律社会化”<sup>①</sup>过程中必须面对的现状,换言之,个人本位与社会本位的矛盾是一种常态,非偶然现象。<sup>②</sup>个人本位是以最求个人利益最大化为目的,是基于特定的主体之间的利益考虑。仲裁协议存在的基础是特定人之间的合意,仲裁程序的启动和实施是特定人之间的自由选择,基于的是私利,追求的是特定人之间的利益保护。而社会本位是以维护社会公共利益为要义,社会公共利益根植生产社会化中,

社会中分散的交易和各主体相对独立的利益融入一个庞大而相互协作的社会系统中,形成公共利益。<sup>③</sup>破产法从早期只关注债权人的利益,到免责制度产生后,破产法开始关注债务人的利益,进而随着社会化和经济全球化,社会公共利益成为破产法保护的对象。在破产程序中单个主体的行为可能会对众多不特定人的利益产生负外部性,这部分“不特定人的利益”区别于个人本位维护的私益,集体公平受偿机制、剩余债务免责制度和重整制度即是破产程序对个人私益和个人本位的吸收与包容,也是对私益的一种限制。

### 三、仲裁程序与破产程序冲突之协调

仲裁协议缔结至仲裁裁决执行,仲裁程序中的任一环节均可能受到破产程序的影响。<sup>④</sup>立足于仲裁程序与破产程序冲突的本质,笔者在此着重分析程序冲突时的协调问题。当个人本位与社会本位相冲突时,应当优先适用破产规则,利用破产法的法定协调不特定利益攸关者的权益,保护社会公共利益;当个体本位的实现有助于社会本位的实现时,破产程序应对仲裁程序的约定性质保持谦抑,尊重当事人的意思自治。<sup>⑤</sup>

(一) 集中管辖之破产程序对仲裁程序的划界

破产程序的集中管辖制度对仲裁程序的启动和应用划定了一个范围,冲突之中又有融合。界明范围之前需要了解集中管辖制度对破产法的重要性,破产法院的集中管辖权的产生基于两个原因:其一,当债务人已经资不抵债、深陷诉讼、执行围剿,如果不将纠纷管辖集中于破产法院,那么债务人和破产管理人将疲于应对众

<sup>①</sup> “法律社会化”可以作多种解读,其中较为重要的是“法律本位社会化”,即“法律的立足点和价值取向从个人本位向社会本位转变的一个过程,一种趋势”。参见郭榛树《法律社会化问题导论》,宁夏人民出版社2006年版,第33页。

<sup>②</sup> 参见薛克鹏《经济法基本范畴研究》,北京大学出版社2013年版,第194页。

<sup>③</sup> 参见韩长印《企业破产立法目标的争论及其评价》,载《中国法学》2004年第5期。

<sup>④</sup> 参见宋连斌《刍议仲裁的价值取向》,载韩德培、余先予、黄进主编《中国国际私法与比较法年刊2000》(第三卷),法律出版社2000年版,第103页。

<sup>⑤</sup> 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第19页。

多单个债务纠纷,诉讼或仲裁的费用高企,进而导致债务人财产资金池的进一步减少,不利于清偿债权人的债权和丧失企业重整复兴的依托;其二,在破产程序中,任何一笔债权金额的确认都将影响全体债权人,从债权人整体利益角度出发,破产法院集中处理债权债务纠纷,可以保证债权确定的过程和结果的公平,同时可以降低确权成本。破产法院集中管辖涉及债务人的纠纷必然会对仲裁协议的适用产生限制。例如,成立在先的仲裁协议已经启动,但尚未裁决的,受集中管辖制度影响中止,为管理人接管债务人财产和了解仲裁涉及的事项预留出时间;成立在先但尚未启动的仲裁协议是否继续适用,则受集中管辖的影响等待管理人的判断和债权人会议或法院的批准;成立在后的仲裁协议能否签订和适用则需依靠破产管理人或债务人抉择和法院的批准。破产法院的集中管辖权对仲裁程序的限制,实质上是基于社会本位和公共政策的考量作出的对个人本位和自由意志的限制。<sup>⑤</sup>

### (二) 程序启动之破产法排除仲裁法

破产程序启动时对仲裁程序的排除适用,通常做法是“暂停”仲裁程序的进行。美国破产法典中的“自动冻结(Automatic Stay)”<sup>⑥</sup>制度已经被大部分国家所接受和应用,同时自动冻结制度是仲裁程序与破产程序发生冲突时的通行做法。在德国、英国的破产法律规则中尽管没有“自动冻结”制度,但是关于个别求偿程序“暂停”和“继续”的规则大抵与自动冻结制度相同。<sup>⑦</sup>如果放任仲裁等个别求偿程序继续运行,会导致众多债权人无序“围剿哄抢”破产财产局面的出现,部分债权人可能强势于其他债

权人,利用这种无序状态,获得超出公平受偿份额的利益;此外,自动冻结规则还能予以债务人“喘息”的机会,防止财产被快速瓜分后失去重整的基础,债务人和管理人方能从容地从破产清算、重整、和解程序中选择最有利的解决方式。<sup>⑧</sup>自动冻结规则的目的在于保护债务人及全体债权人的权益,通过对仲裁程序等自由选择程序性权利的限制实现社会本位的价值,这也是破产法立法理念与宗旨的体现。自动冻结制度并必然不导致仲裁程序与破产程序的冲突,而是将两个程序的应用秩序化,各司其职、各得其所。

### (三) 程序进行中之破产法与仲裁法的融合

破产程序对于仲裁程序并不总是排斥的,当仲裁程序在实现个人本位的程序价值时,同时在破产程序中有利于增进债务人和债权人整体利益,立法应当尽可能尊重当事人的意思自由,两个程序的融合主要表现在对破产管理人挑拣履行权的赋予之上。

具备专业知识和丰富经验的破产管理人在破产程序中可以发挥类似企业管理中的职业经理人和专业监督者。尽管管理人的目的不再是追求企业的营利,但仍以扩大债务人的财产这个资产池为己任,尽可能地提高债权人的清偿率,为债务人选取最合适的债务解决方式。因此,管理人以尽职尽责为利益攸关者的权益着想为己任,出于破产程序实施效率的考量,管理人应当在考量整体相关者利益的前提下,尊重当事人的意思自治,将部分纠纷交由仲裁程序处理。

一般情形中,当事人合意签订的仲裁协议

<sup>⑤</sup> 参见薛克鹏《经济法基本范畴研究》,北京大学出版社2013年版,第198页。

<sup>⑥</sup> See Section 362 (a) (1) of United States Code: Automatic Stay.

<sup>⑦</sup> See Section 285 of UK Insolvency Act 1986: Restriction on proceedings and remedies; See Section 85 of Germany Insolvency Statute: Joinder of Pending Actions as Plaintiff. 尽管《德国破产法》中没有明示仲裁中止,但是根据其第85条的立法旨意,可能影响破产财产认定的程序均应当中止。

<sup>⑧</sup> 参见[美]大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第60~65页。

将纠纷的管辖权排他性地赋予了仲裁机构,除非双方当事人合意解除仲裁协议,否则纠纷的解决权依然固定在仲裁机构管辖上,纠纷发生时当事人可以请求仲裁程序。但是在破产程序中,管理人对债务人待的履行合同享有挑拣履行的权利,管理人根据债务人的情况,选择有利于债务人的合同继续履行,从而保全债务人的财产基础,最终实现债权人和债务人等相关者利益的最大化。而仲裁条款或仲裁协议是独立于合同存在的,作为纠纷解决的合意,在启动以前也属于待履行合同。各国破产法规定不尽相同,破产管理人对仲裁协议等待履行合同的态度主要有以下几种情形。

倘若破产管理人选择履行合同,《英国破产法》规定,此时与履行合同相关的纠纷约定仲裁也应履行,破产管理人不能只履行合同,而拒绝履行与合同一体的仲裁条款或仲裁协议,<sup>②</sup>而美国的司法实践,在这一问题上赋予了破产法院最终决定权。<sup>③</sup>倘若破产管理人选择解除合同,因此引发的纠纷《英国破产法》将适用仲裁程序的决定权赋予法院,破产管理人向法院提交仲裁申请,法院认为情况适宜,可以将仲裁协议交付仲裁。<sup>④</sup>

基于此,面对仲裁程序这一纠纷解决机制具有专业性、保密性、高效性等特点,破产法不能一味地排斥和不应用,破产程序可以秉持包容有序的态度,若仲裁程序的使用可以帮助破

产程序所追求的“保护社会公共利益”的功能时,立法应当赋予当事人更多的选择权,允许在破产程序中将部分债权债务纠纷交由仲裁机构裁决,实现个人本位与社会本位的有机统一。

#### (四) 仲裁裁决执行之破产法协助

理论上,仲裁程序冻结解除之后,破产管理人可以代替债务人继续参加仲裁程序,而仲裁裁决因为破产程序的集中管辖和统一偿还债权等特点,不能如以往申请法院强制执行。破产程序的主要任务之一就是汇总债权确定数额,根据不同债权人的法定受偿顺位,计算受偿比例,最后统一公平清偿。在这种债务人资不抵债的特殊情形下对仲裁个别追偿的执行只能排除适用。由于破产程序只对合法依据且当事人无异议的债权进行确认,如果债权债务关系存在实体上争议,当事人可以提起诉讼或者通过仲裁解决纠纷,以便在破产程序中得到债权认可。<sup>⑤</sup>因此,仲裁裁决虽不能申请强制执行,但是也并非毫无意义,其可以被视为一个确认债权存在或者明晰债权数额的凭证,债权人真正想要获得清偿,仍需依据仲裁裁决向管理人申报债权加入这个“概括执行程序”。<sup>⑥</sup>

综上所述,面对仲裁程序与破产程序之间的冲突,需要具体的措施调和,在判断两个程序价值位面的基础上做出基本的价值选择,即社会公共利益优于个人私益,社会本位优于个人本位。秉持该种理念,通过破产法的集中管辖

<sup>②</sup> Art. 349A of Insolvency Act 1986 “Arbitration agreements to which bankrupt is party. (1) This section applies where a bankrupt had become party to a contract containing an arbitration agreement before the commencement of his bankruptcy. (2) If the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract.....”

<sup>③</sup> 根据 Shearson / American Exp Inc v McMahon 482 U.S. 220, 226 (1987) 一案确立的标准,反对仲裁的一方必须证明“国会意图排除对这项法定权利的司法救济的放弃”,最终仍由法院决定是否排除仲裁。

<sup>④</sup> See Art. 349A (3) of Insolvency Act 1986 “If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings—(a) the trustee with the consent of the creditors’ committee, or (b) any other party to the agreement, may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement.”

<sup>⑤</sup> 参见王欣新主编《破产法学》,中国人民大学出版社2008年版,第180页。

<sup>⑥</sup> 参见李春《与破产企业有关的实体争议管辖问题探究》,载《法律适用》2009年第3期。

制度为仲裁程序在破产程序中的应用划出界限,管辖权必须集中在破产法院,即使基于效率等因素的考虑应用仲裁程序,需要管辖权的分散,也应由破产法院来最终决定,而不是依据原来的当事人意思自治。在破产程序启动时,利用自动冻结制度暂时去除仲裁程序的干扰,保证破产管理人不受干扰的接管债务人财产。在破产程序进行时,不完全排斥仲裁程序,而是灵活判断有利于整体效益,则将部分纠纷分散给仲裁解决,集中精力处置破产案件的核心工作。如果应用仲裁程序,那么最后破产法必须要对仲裁裁决作出回应,应在破产程序中协助仲裁裁决的执行,只是该执行措施并非传统的申请法院强制执行的手段。

#### 四、我国仲裁程序与破产程序冲突之协调规则的完善

对处于经济转型时期的中国而言,破产法律制度面临一个新的挑战,便是如何协调仲裁程序与破产程序的关系,使破产机制的功效得以最大发挥。破产程序的社会本位与仲裁程序的个人本位如何协调,关系到社会公共利益与个体私益之间的取舍与平衡。概览我国现行立法,关于仲裁程序与破产程序的协调问题,规定寥寥可数,不完善之处诸多,程序冲突的协调规则亟需完善。

##### (一) 我国仲裁程序与破产程序协调规则的缺陷

我国立法中对仲裁程序与破产程序协调规则的规定并不完备,这阻碍了破产法应用仲裁程序的路径。基于完善我国仲裁程序与破产程序协调规则的目的,下文将对目前既有法条中存在的问题进行梳理。

第一,《企业破产法》中有关法院集中管辖的规定是否排除仲裁程序的适用,在理论上存有争议。《企业破产法》第20条只规定了“已

经开始而尚未终结”的未决仲裁程序暂时中止,对于已缔结但尚未提交仲裁的仲裁协议或仲裁条款,该如何适用却未予规定。第21条规定“人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起”,这一规定体现了破产法院的集中管辖权,排除其他法院的管辖权,但是并未规定仲裁程序该如何自处,学界对此却作出了不同解读。一种观点是应将第21条规定中的“民事诉讼”做广义解释为“民事争议”,将仲裁程序等同于民事诉讼对待,被破产法院的集中管辖制度所排斥;另一种观点则是严格按照法条字面解释,不扩大也不缩小,既然《企业破产法》第21条只规定了“民事诉讼”的集中管辖,并未涉及“仲裁”,那么当事人可以自由决定是否适用仲裁程序来解决纠纷,司法应当支持;此外,有争议认为,法院诉讼程序时间成本过高,效率难以满足破产债务人的需求,因而不应当在破产程序中排除仲裁规则的适用,这也体现了我国支持仲裁的司法政策。<sup>④</sup>

第二,对管理人行使职权缺乏监督。《企业破产法》第69条<sup>⑤</sup>以“列举+兜底”的模式规定了管理人的报告义务,行使职权时需向债权人委员会(或法院)报告。管理人的报告义务存在下列两个问题。

根据第69条的兜底条款,管理人只有实施了“对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为”才需要报告,而新缔结仲裁协议还是启用成立在先的仲裁协议,都只是纠纷处理方式的选择,并非财产处分行为,难以归入第69条的调整范围。然而通常仲裁裁决代表确定的债权或债务数额及凭证,同时仲裁程序实施的成本,均关系到其他债权人的利益。基于此,管理人应负有报告的义务。

<sup>④</sup> 参见赵蔚红、张静芬《破产企业民事诉讼的管辖探讨》,载《江苏法制报》2010年7月13日第C1版;参见雷震、帅晓东《破产派生诉讼若干法律问题探讨》,载《人民司法》2010年第17期。

<sup>⑤</sup> 《企业破产法》第69条“管理人实施下列行为,应当及时报告债权人委员会:……(十)对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。未设立债权人委员会的,管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。”



此外,第69条规定的管理人报告义务,属于债权人委员会或法院对管理人行为的事后监督,而救济方式十分优先,仅“申请法院更换管理人”一种。<sup>⑥</sup>这种救济可选择性不高,债权人基于破产效率考量通常会忍气吞声,不予理睬。无论是破产管理人应具有的忠实义务和报告义务,抑或债权人委员会和法院会对仲裁适用的监督权和决定权,现行法的相关规定都过于简略,不利于规范管理人的职业行为。

## (二) 我国仲裁程序与破产程序协调规则的完善

为最大程度实现仲裁程序与破产程序的功能融合,在市场运行中两者的协调规则需要进一步完善,应该明晰化、具体化,本部分将针对已有规则的缺陷提出具体的完善建议,试论述如下。

1. 明确破产法院集中管辖权对仲裁程序的影响。对《企业破产法》第21条的诸多争论,本质上源于破产法院集中管辖权的边界不清会影响公共政策的实施,虽然公共政策是一个界限模糊的概念,并且在不同社会发展下可能呈现不同的样态。基于此,因公共政策的考虑而确立的破产法院集中管辖权规定不适合简单粗暴的“一刀切”,还应根据实际情况区分情形制定不同规则。例如,可以将破产程序涉及的事项区分为核心非核心,明晰破产案件中涉及到众多债权人利益或社会公共利益的核心事项,这些事项不能由当事人自由意志来协议仲裁,立法可将核心事项作出封闭的列举式规定,排除仲裁管辖。之所以提出用封闭列举来罗列破产程序中的核心部分,是想通过此类方式限制法官的自由裁量权,以防止不合理地妨碍仲裁程序的启动,导致仲裁程序效率较高、有利于债权快速被确认等优势在破产程序中难以发挥。在列举的核心事项范围外,未纳入法律规定的相关事宜,可以允许管理人在职权范围内凭借专

业知识和丰富经验自行作出是否适用仲裁程序的判断。

2. 增加关于破产管理人订立仲裁协议的限权规定。需要仲裁程序介入的纠纷,常常关系到个别债权人的确认,最终可能影响到其他债权人的利益,因而破产管理人订立仲裁协议的权限非常重要,因此应在法律上加强对破产管理人的管理规范,换言之,立法应当明确管理人订立仲裁协议的职权范围以及相应的监督规则。

我国《破产法》没有规定管理人订立仲裁协议负有“报告”义务,并且,由于管理人直接订立仲裁协议,不会直接影响债务人的财产处置,所以通过解释第69条“对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为”兜底条款也难以涵及这一事项。例如,日本、德国等破产法律制度中,均有具体条款明确规定债权人或法院对管理人订立仲裁协议享有监督权,我国也应明确规定债权人或法院对破产管理人订立仲裁协议有监督的权利,监督破产管理人签订仲裁协议的合理性。也可以考虑设立实现的批准许可制度,管理人在订立仲裁协议前,需提交债权人会议(或委员会)或法院批准。

## 五、结语

主体从市场中退出,不仅关系到了结债务纠纷和清偿债权,更关系到市场秩序的有序维护,基于此破产法必须在各方利益之间进行协调平衡。然而这一社会本位的高姿态却与传统民商法的“意思自治”造成冲突,破产程序与仲裁程序的冲突便是一个缩影。两个程序同是纠纷的处置机制,一个法定集中、社会本位;另一个约定分散、个人本位。破产程序肩负着平衡各方当事人利益,实现社会公共利益的职能,因而往往要对仲裁程序作出限制和协调。不同的规则之间需要自治,协调也是一项系统工程,只有把握住立法理念和价值方能避免制度本身出现矛盾。有关仲裁程序与破产程序协调的问

<sup>⑥</sup> 《企业破产法》第22条第2款规定“债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的,可以申请人民法院予以更换。”

题,无论是出于程序对接还是价值实现,均应当倾向于保护社会公共利益,优先选择价值社会本位的破产程序。但是,在破产程序中不应排斥仲裁程序的运行,后者代表的私益有时并不与公益冲突。我国现行法应当明确仲裁程序与破产程序的协调规则,避免给司法工作者与市场交易者带来应用法律的不便,引发理论上的诸多争议。

北京师范大学法学院副院长、教授熊跃敏  
点评:

在实践中仲裁程序与破产程序的冲突日趋凸显,逐渐为法学界所重视,实务界和法学界急需理顺这两个同为处理争议的程序性规范之间

的关系。文章从法本位的视角揭示仲裁程序与破产程序冲突的根源,认为二者之间冲突的本质是个人本位与社会本位的矛盾。以个人本位为法本位的仲裁程序,在与以社会本位为法本位的破产程序交叉应用时,存在一个法的价值判断,即个人本位还是社会本位为先,文章对此做出了详细的价值判断推演。文章还从集中管辖、程序启动和执行等角度理清了仲裁程序和破产程序存在的具体冲突的问题,并针对这些问题提出了详细的解决建议,具有较强的针对性和可行性。论文选题新颖、论证视角独特、论证过程完整、推理严密,不失为一篇优秀的学术文章。

## Conflict and Coordination between Arbitration Procedure and Bankruptcy Procedure

Liu Bing

**Abstract:** The conflict between procedural norms, arbitral proceedings and insolvency proceedings is rooted in the difference between the two laws, that is, the contradiction between personal and social standards. To coordinate the conflict between the two, we should uphold the principle of giving priority to the social public interest, which is embodied in the influence of the centralized jurisdiction system on the arbitration agreement, the commencement of the bankruptcy procedure and the restriction on the arbitration procedure, Response to the execution of the arbitral award. Thus, when the arbitral proceedings are conducive to the maintenance of social welfare, the insolvency proceedings should remain modest in order to exert the particular advantages of the arbitral proceedings. China's legislation in the conflict between the two procedures on the lack of legal issues, should be combined with the concept of coordination in the bankruptcy court's exclusive jurisdiction and the right to supervise the creditors and other provisions to make a corresponding improvement.

**Keywords:** arbitration procedures; bankruptcy proceedings; conflict; coordination

(责任编辑:付强)