

破产法视角下的仲裁：实体与程序

金 春*

内容提要：在破产程序中的仲裁协议效力问题上，应当摒弃“全有”或“全无”的思维，根据仲裁协议的事项是否属于债务人可处分事项、是否适用破产法的特别规定等要素进行类型化考察。仲裁协议的约定事项即便是债务人在破产受理前可处分的事项，也应当参照破产法框架下待履行合同的处理规则，允许破产管理人选择解除或履行仲裁协议。已开始的仲裁程序的中止与继续的制度运行，应当尊重破产受理前债务人已经实施的程序性行为的拘束力和程序安定性，但在特定情形之下，管理人可以解除仲裁协议。对依据仲裁裁决的债权，管理人审核不予以确认时，应当允许管理人向破产受理法院申请作出不予执行仲裁裁决裁定。

关键词：集中管辖；待履行合同；仲裁协议；仲裁裁决；破产债权确认诉讼

引 言

实践中，当事人于起草商事合同时选择将仲裁作为争议解决方式的情形日益增多。然而，当一方当事人进入破产程序时，由于破产程序在特定情形下具有修正实体法和程序法的效力，破产程序与仲裁之间可能会处于一种紧张关系之中。例如，在破产管理人（以下简称“管理人”）审查后不予以确认某债权或者破产企业与他人之间围绕着合同履行产生纠纷的情况下，这些争议应当通过破产法框架下的破产债权确认之诉等破产衍生诉讼予以解决，还是应当按照破产程序启动前签订的仲裁协议以仲裁的方式解决纠纷？按照我国现行法的规定，破产受理后，有关债务人已经开始的仲裁程序中止，待管理人接管债务人的财产后继续进行（《企业破产法》第20条），但法律未就破产受理时尚未开始仲裁的仲裁协议的效力这一核心问题作明文规定。表面上看，这一问题的解决涉及管辖权问题。首先，根据仲裁法的根本原则，仲裁协议具有排除法院管辖的效力（《仲裁法》第5条、第26条）。但是，破产法又要求，与破产程序有关的破产衍生诉讼由受理破产程序的法院集中管辖（《企业破产法》第21条、第58条第3款）。对此，国内法院通常倾向于认为，仲裁协议排除法院管辖的法理优越于破产法上集中管辖的法理，并随即推导出以诉讼中首次开庭前提交仲裁协议或提出异议为基准优先仲裁的结论。^{〔1〕}但是，破产程序是一种概

* 日本同志社大学教授，中国人民大学法学院客座教授，日本京都大学法学博士。本论文是日本学术振兴会科研基金基金盘研究C（JSPS KAKENHI Grant Number JP18K01376）的阶段性成果。感谢史明洲对本文初稿的意见。

〔1〕参见（2017）黔03民终1313号贵州航天红光机械制造有限公司、东风柳州汽车有限公司买卖合同纠纷二审案；（2012）舟普商初字第38号舟山港口工程有限公司与舟山市海礁船舶责任公司一案一审；（2014）泰中商辖终字第00109号上诉人无锡万昌交通工程有限公司与被上诉人江苏名威商品混凝土有限公司买卖合同纠纷管辖权一案二审；（2016）桂民终299号宁波营港利信物流有限公司与钦州市桂钦海运集团有限公司定期租船合同纠纷二审案；（2017）甘民辖终69号上诉人中油新兴能源产业集团有限公司因与被上诉人甘肃建新实业集团有限公司等股权转让纠纷案。

括性执行程序，自法院受理破产申请之日起，破产财产的管理处分权已经不属于债务人本人，而是由管理人独立行使（《企业破产法》第18条、第25条、第31条至第34条）。管理人在履行包括选择纠纷解决机制和方案等所有职权时，必需代表全体债权人利益并受破产法上的各种规制。^{〔2〕}因此，债务人在破产受理之前独自与他人签订的仲裁协议在破产受理之后是当然地拘束管理人、还是由管理人从全体债权人利益出发享有一定的选择权，这一问题必须结合破产法的相关法理和具体制度审慎考察。该问题的阐明也将影响仲裁程序中止与继续（《企业破产法》第20条）的解释和制度运行。前述的司法案例虽然作出了倾向性较为一致的裁判，但并未关注到相关问题背后深层的法理冲突，我国学术界也很少立足本土的破产法实践和法理就破产与仲裁的交叉问题展开体系性研究。^{〔3〕}

基于以上理由，本文围绕破产程序与仲裁的交叉领域，从实体与程序的双从视角展开研究，拟在法理和实务运行两个层面提供可供参考的指向。需要注意的是，破产程序与仲裁孰优孰劣的问题，必须考虑两种程序启动时期的先后顺序。因此，笔者将本文的考察对象分解为三个子问题分别在三个章节探讨：第一，当事人之间签订仲裁协议后、开始仲裁程序之前，一方当事人破产；第二，仲裁程序过程中，一方当事人破产；第三，仲裁裁决已经作出后，一方当事人破产。其中，子问题一主要涉及仲裁协议的效力这一实体问题，这也是各国理论和实务界争论最激烈的问题。本文深入分析不同视角的观点，探寻破产程序启动前签订的仲裁协议与管理人、破产债权人之间的承继、对抗关系所蕴含的法理与价值判断标准，并特别关注破产法赋予管理人的特别权限——对双方均未履行完毕合同（以下称为“待履行合同”）选择解除或履行的权利（《企业破产法》第18条）。尽管国内外有观点关注管理人的这一权限与仲裁协议的关系，但尚未能够结合《企业破产法》第18条的法意进行深层分析。子问题二主要是进行中的仲裁程序的中止以及是否由管理人继续实施的问题。子问题三主要涉及仲裁裁决的效力，即依据仲裁裁决申报的破产债权被争议时，起诉责任由申报债权人承担还是管理人承担的问题。与子问题一相比，后两个子问题所体现的更多地是一种对程序法原理的认识，也就是当事人在诉讼程序中已实施行为的拘束力和程序安定性的利益、以及对破产受理前既得的诉讼地位的尊重。此外，由于在跨境贸易实践中，相当多的涉外交易合同中的仲裁条款选择境外仲裁机构，并且约定外国法为准据法，破产与仲裁的冲突常常呈现一种破产、仲裁与国际私法三个法领域互相缠绕的复杂状态。因此，本文中的相关章节也将不同程度地涵盖国内破产程序与国外仲裁的交叉问题。

一、破产程序中仲裁协议的效力

法院受理一方当事人的破产申请时未启动仲裁程序，在破产程序进行中对对方当事人依照仲裁协议主张仲裁的，有以下几种典型的情形。例如，债权人申报债权或主张取回权，但管理人审查后不予以确认时，债权人主张付诸仲裁或直接提起仲裁。又如，破产企业因合同履行纠纷起诉相对方，或者破产企业主张相对方应履行某种给付时，相对方提出异议或主张相关争议应当通过仲裁程序解决。问题往往发生在管理人此时不愿意把纠纷付诸于仲裁。不同于已经开始的仲裁程序（《企业破产法》第20条，《企业破产法》对于破产受理时仲裁程序尚未开始时的仲裁协议效力未作出任何规定，《仲裁法》也对此保持沉默。在我国国内和比较法上，这一问题有多种考察视角和理论构造，可大致分为集中管辖说、管理人承继说和管理人选择说。

〔2〕关于管理人的法律地位，参见本文第二部分。此外，由于DIP债务人的法律地位准予管理人地位，重整程序中采用DIP债务人的情形也基本相同。关于DIP债务人，参见池伟宏《论重整计划的制定》，《交大法学》2017年第3期，第128页以下。

〔3〕已往的主要研究成果，参见本文引用文献。

(一) 集中管辖说

《仲裁法》在第5条规定,“当事人达成仲裁协议,一方向法院起诉的,法院不予受理,但仲裁协议无效的除外”,在第26条规定,“一方向法院起诉未声明有仲裁协议,法院受理后另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外”。这两条规定明确了仲裁协议排除法院管辖权的根本原则。但另一方面,《企业破产法》在第58条第3款规定,“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的,可以向受理破产申请的法院提起诉讼”,在第21条规定,“受理破产申请后,有关债务人民事诉讼,只能向受理破产申请的法院提起”。这些规定通常被理解为破产衍生诉讼的集中管辖原则,主要的域外法均设置有相同趣旨的制度。于是,在管辖权问题上,仲裁法与破产法发生了正面的冲突。

集中管辖说认为,当仲裁法的管辖权规则与破产法的管辖权规定发生竞合时,法院可以以破产法上的集中管辖为由否定仲裁协议的效力。在美国,联邦最高法院于1987年在涉及仲裁法与证券交易法等之间冲突的 *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon* 案中作出了以“仲裁与某成文法的立法目的之间是否存在根本冲突 (inherent conflict)”来决定是否适用仲裁的判决。⁽⁴⁾ 之后,美国实务界在处理破产与仲裁协议的关系问题上,焦点放在了如何协调《美国联邦仲裁法》中仲裁协议执行原则 (9 U. S. C. § 2-4) 与破产事项的集中管辖原则之间的“根本冲突”上。具体言之,《美国联邦司法与司法程序法》明文规定,包含破产财产的管理、债权确认、担保权的成立及范围、债权的优先顺位以及破产撤销权的纠纷等涉及核心程序事项 (core proceedings) 的第一审程序,由破产法官专属管辖 (28 U. S. C. § 157 (b) (2))。与此相对,仅与破产程序相连的非核心程序事项 (non-core proceedings),原则上由《美国联邦宪法》第3条规定的法官审理 (28 U. S. C. § 157 (c))。于是,属于联邦地区法院系统的破产法院倾向于认为,在核心程序事项上,由于存在上述“根本冲突”,应当排除仲裁程序的适用。不过,这种实务倾向发生了一定的变动。作为上诉审的多数联邦巡回区法院判决认为,即便涉及核心程序事项,只有在案件的争点上适用仲裁确实有违破产法上集中管辖的原则之时,才能排除适用仲裁。⁽⁵⁾ 联邦第三、第五巡回区法院判决甚至认为,仲裁事项涉及的是核心事项还是非核心事项并非问题的关键,法院应当将审理的重点聚焦于仲裁事项是否为破产法创设的固有请求权事项。⁽⁶⁾ 不过,就现状而言,联邦巡回区法院内部的判决基准不统一导致了上诉案件的增加。因此,有学者又开始主张,应当通过立法明示涉及核心程序事项的案件由破产法院集中管辖,原则上一律不适用仲裁。⁽⁷⁾

美国破产法院与部分学者强调集中管辖的视角,是否能够被我国法所借鉴呢?有观点认为,从立法论角度,破产程序启动后应否定仲裁协议效力,映射出破产衍生诉讼集中管辖的考量。⁽⁸⁾ 然而,我国多数法院的案例认为,破产衍生诉讼的集中管辖法理无法排除仲裁协议的效力。例

(4) 482 U. S. 220 (1987). 该案中原告基于证券交易法等起诉证券公司后,被告主张依照仲裁协议进行仲裁,本案判决认为主张否定仲裁协议的当事人根据某成文法条文的文意、立法沿革,或仲裁与该成文法的立法目的之间存在的“根本冲突” (inherent conflict),能够证明立法者对该成文法上的某争点问题不允许放弃司法救济的情形下才能排除仲裁的适用。

(5) See *In re U. S. Lines, Inc.*, 197 F. 3d 636 (2d Cir. 1999); *In re White Mountain Mining Co.*, 403 F. 3d 164 (4th Cir. 2005); *In re Electric Machinery Enterprises, Inc.* 479 F. 3d p. 791 (11th Cir. 2007). See also *In re Thorpe Insulation Co.* 671 F. 3d p. 1011, 1021 (9th Cir. 2012). 最近的 *In re Anderson*, 884 F. 3d 382 (2d Cir. 2018) 中,联邦第二巡回区法院认为因违反《美国联邦破产法》第7章免责裁定引起的损害赔偿请求权属于破产程序核心事项,并以确实存在“根本对立”为由否定了仲裁的适用。

(6) 例如,在 *In re Mintze* 434 F.3d 222 (3d Cir. 2006) 中,法院在整体上考量仲裁法和破产法的理念之间的根本对立后,认可了某借款合同中仲裁协议的效力;在 *In re Gandy* 299 F. 3d 489 (5th Cir 2002) 中则否定了撤销权相关事项适用仲裁协议。

(7) See Alan Resnick, “The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy”, 15 *AM. BANKR. INST. L. REV.* 183 (2007). 此外,联邦第一巡回区法院一贯认为对核心程序事项不适用仲裁。

(8) 刘经涛 《刍议跨国破产程序与国际商事仲裁程序的冲突》,《中国海商法研究》2017年第2期,第99页。另参见李叶丹 《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,《国际商事仲裁》2009年第20辑,第53页。

如，(2017)甘民辖终69号上诉人中油新兴能源产业集团有限公司与被上诉人甘肃建新实业集团有限公司等股权转让纠纷一案中，甘肃省高级人民法院的裁定认为，《企业破产法》第21条的规定，其目的在于妥善解决管辖权争议、合理协调法院之间的审判资源，而并非在于排除仲裁。⁽⁹⁾并且，笔者注意到，《企业破产法》在第20条、第25条第1款第7项规定了，法院受理破产申请前已经开始的诉讼和仲裁不适用集中管辖，而是由管理人继续实施相关的诉讼或者仲裁。也就是说，我国法并不要求严格的破产衍生诉讼集中管辖。显然，在我国现行法的框架内以破产法上的集中管辖为由排除适用仲裁协议的观点，欠缺法理依据。即便从立法论层面可探讨强化集中管辖，是否有必要对所有破产衍生诉讼排除适用仲裁协议，值得商榷。⁽¹⁰⁾正如美国联邦巡回区法院的一些案例群所示，由于强调集中管辖的讨论存在着局限性，核心事项与非核心事项的划分现如今已经不再是重要命题。

(二) 管理人承继说

日本的主流学说和德国的判例⁽¹¹⁾认为，管理人应当承继仲裁协议。此外，我国实践中的多数判例虽然仅以不属于破产法上集中管辖为由直接导出管理人受仲裁协议的约束，结论上与管理人承继说相同。

管理人应当承继债务人在破产受理前签订的仲裁协议的法理，在日本的主流学说中得到了详细的阐明。为了实现破产衍生纠纷的集中管辖和程序的简化，日本在1999年通过立法规定，破产债权确认纠纷第一审采用简易的裁定程序，并且由破产庭专属管辖（《日本破产法》第125条）⁽¹²⁾。在这种高度集中的破产衍生诉讼管辖背景之下，主流学者也认为，仲裁协议在破产程序中的效力问题应当把管理人是否应当承继仲裁协议为讨论的基点。具体而言，首先，仲裁协议属于诉讼契约而非商事合同，因此不能适用破产法中待履行合同的履行规则。其次，仲裁裁决具有既判力，因此，作为诉讼契约的仲裁协议主体范围应该及于管理人。⁽¹³⁾

值得注意的是，管理人承继说在近期有了新的发展，更多的学者在管理人承继仲裁协议的问题上未将其绝对化，均认可例外情形或根据仲裁事项进行不同处理。⁽¹⁴⁾前述美国联邦第三、第五巡回区法院的判例显示出同样的倾向。

根据此类观点，具体而言，破产撤销、禁止抵销、欠缺登记等所有权转移对抗要件等纠纷因涉及破产债权人的专属权限，管理人一律不受仲裁协议的拘束；但其余情形，因不存在破产法上规定的特别对抗事由，管理人当然地承继债务人在破产受理前签订的仲裁协议。⁽¹⁵⁾此外，对于仲裁费用过于高昂或时间长等的情形，管理人可以例外地解除仲裁协议。⁽¹⁶⁾

应当承认，近期的管理人承继说以管理人是否有义务承继仲裁协议或仲裁协议能否对抗破产

(9)另参见(2014)泰中商辖终字第00109号上诉人无锡万昌交通工程有限公司因与被上诉人江苏名威商品混凝土有限公司买卖合同纠纷管辖权一案二审。

(10)另参见刘冰《论仲裁程序与破产程序之冲突与协调》，《法学杂志》2018年第3期，第140页。

(11)德国的判例参见，Federal Supreme Court, 17Jan. 2008, File No. III ZB11/07, Schieds VZ 2008, 148.

(12)[日]山本和彦《破产处理法入门》，金春译，法律出版社2016年版，第94页、第140页。韩国采用相似的制度，参见卢泰岳《韩国破产法最新修改与破产法院的设立》，李英译，《中国政法大学学报》2018年第4期，第74页。

(13)参见伊藤真《破产法·民事再生法（第3版）》（有斐阁、2014）633页。

(14)[日]松下淳一「倒産法制と仲裁（1）」JCAジャーナル41巻4号（1994）10頁；山本和彦「倒産事件における各種訴訟の立法論的課題」島岡大雄ほか編『倒産と訴訟』（商事法務、2013）484頁；杉山悦子「倒産手続における仲裁合意」仲裁とADR10号（2015）1頁。采用类似观点的德国学说，参见，Gerhard Wagner, *Insolvenz und Schiedsverfahren*, KTS 2010, S. 39ff; 美国学说，参见，Paul F. Kirgis, "Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contractarian Analysis", 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rec.* 503 (2009)。

(15)同上。

(16)美国的著名破产法学者Westbrook教授也指出，对于费用高昂的国际仲裁，破产程序中应当否定其仲裁协议的效力。Jay L. Westbrook, "International Arbitration and Multinational Insolvency", 29 *Penn State International Law Review* 635 (2011)。

程序，结合破产法的具体规定深入分析的论证视角富有说服力。这种视角正是我国以往的审判案例所欠缺的。然而，管理人承继说并未就仲裁协议与待履行合同处理规则之间的关系进行充分的论证。并且，对于上述原则与例外的关系究竟基于何种法理，也未能给出合理的解释。

（三）管理人选择说

《企业破产法》在第 18 条第 1 款规定，法院受理破产申请后，管理人有权选择解除或者继续履行破产申请受理前成立的、破产企业和当事人均未履行完毕的合同，主要的域外法均设有相同趣旨的制度。典型的例子包括，管理人对双方部分履行的买卖合同、供应商合同等，权衡合同的继续履行是否对破产财产或企业后续经营有利后决定解除或履行。于是，有观点认为，应当着眼于仲裁协议作为当事人之间约定或合同条款的本质，允许管理人依据破产法中待履行合同的处处理规则，决定选择解除或履行仲裁协议。仲裁协议虽然签订于对债务人的破产受理之前，但是作为纠纷解决方法涉及到成本和时间，其仲裁协议效力关乎全体破产债权人的利益。管理人选择说将维护全体债权人利益的视角带入了仲裁协议效力问题的考察，获得了部分美国学者和日本学者的强有力的支持。⁽¹⁷⁾ 但是，如上文，持管理人承继说的批评者认为，待履行合同处理规则只能适用于商事合同，而不能适用于诉讼契约。如何回应这种批判，是管理人选择说面临的最大挑战。

（四）笔者的观点

在前述比较分析之后，我们可以发现，仲裁协议在破产程序中是否应当持续有效的问题，很难通过一套具有统一性的法理来予以解决。美国联邦最高法院所展示的“仲裁与某成文法的立法目的之间是否存在根本冲突”标准又过于抽象。笔者认为，应当依照该仲裁协议的事项是否属于债务人在破产程序之前可处分的事项或者是否抵触破产法中的相关强制性规定，是否应当适用破产法上的其他特别规定等而类别检视。在这种解释性指南之下，将出现以下几种类别及其解决问题的法理构造。

第一，对于破产法上的撤销权、禁止抵销等事项，仲裁协议无效。《企业破产法》在第 31 条、32 条、34 条对可撤销的低价转让等欺诈破产行为以及偏颇性清偿等个别清偿行为的要件和效果进行了极其详细的规定，在第 40 条后段，对于以破产受理后取得的债权进行的抵销等禁止抵销的情形也作出了明文规定。这些规定为破产法独有并由管理人独立行使，其立法宗旨在于维护专属于全体债权人的固有益权。因此，债务人企业无权在破产程序启动前对破产撤销权、禁止抵销等债务人不具有处分权的事项签订仲裁协议。即使合同中的仲裁条款包含有“该合同相关的所有纠纷”表述，在上述事项上仲裁协议无法拘束管理人（另参见《仲裁法》第 17 条第 1 项、第 5 条、第 26 条但书）。⁽¹⁸⁾ 以上，同理适用于仅就债权在破产程序中的优先顺序产生的破产债权确认纠纷。

第二，与前述破产法固有的制度类型不同，破产债权确认、担保权、取回权、合同的效力等，并非破产法创设的专属于全体债权人的固有权利。因此，债务人企业在破产程序启动前享有相关纠纷的处分权。然而，承认债务人的处分权并不能直接推导出债务人签订的仲裁协议拘束管理人的结论。为了得出真正的结论，我们必须结合破产法的相关规定进一步探讨，管理人是否必

(17) Jason S. Brookner & Monica S. Blacker, "The Rejectability of Arbitration Clauses", 26 *Am. Bankr. Inst. J.* 1, 77 (2007); Andre Albertini, "Arbitration in Bankruptcy: Which Way Forward?", 90 *Am. Bankr. L. J.* 599 (2016)。在日本，管理人选择说是抗衡主流学说的最有力说。参见 [日] 福永有利『倒産法研究』（信山社・2004 年）254 頁以下（初出「仲裁契約当事者の破産と仲裁契約の効力」*広島法学* 10 卷 3 号（1987）49 頁）；杉山前掲注（14）2 頁。在我国，支持管理人选择说的参见李凤桦：《论破产与国际商事仲裁的冲突及其协调》，《国际经济法学刊》2011 年第 1 期，第 256 页。

(18) 由于破产撤销权、禁止抵销等事项均可以作为调解事项或处分，管理人同意仲裁或管理人在法院受理破产申请后签订仲裁协议的，另当别论。

需承继仲裁协议，仲裁协议是否能对抗全体债权人。与此相关，笔者认为，应该关注《企业破产法》第18条的趣旨。原则上，商事合同并不因一方当事人的破产而当然终止，但《企业破产法》第18条规定，法院受理破产申请后，管理人有权选择解除或者继续履行破产申请受理前成立的、债务人和对方当事人均未履行完毕的合同。管理人承继说认为，单独的仲裁协议或合同中的仲裁条款不同于买卖合同等实体法上的商事合同，而是当事人之间就纠纷解决的手段进行约定的程序法上的诉讼契约，故无法单独适用待履行合同的履行规则。但是，仲裁协议不论是诉讼契约还是商事合同，不可否认其是待履行合同。并且，表面上看，《企业破产法》第18条是仅针对双方均未履行完毕的商事合同的条文，但其趣旨却不限于商事合同层面，核心目的在于赋予管理人对双方均未履行完毕的义务予以控制权和确定权，以实现破产财产价值和债权人利益最大化。另一方面，管理人在决策以何种纠纷解决手段处理与破产程序有关的纠纷时，应当基于时间和成本或简便等现实的因素选择最有利于实现破产财产价值最大化和债权人利益最大化的方案。即，管理人选择履行或解除双方均未履行的仲裁协议的权利，是管理人对破产财产的管理处分权的一项内容。

基于以上分析，笔者认为，管理人虽不能直接适用《企业破产法》第18条，但可以参照第18条选择解除或履行仲裁协议。基于高效、灵活及专业性的优点，仲裁协议有利于破产财产价值最大化以及全体债权人利益的，管理人自然会选择履行仲裁协议。反过来，对于那些费用高昂、耗时很长等不利于破产财产的仲裁协议，管理人应解除并把纠纷付诸诉讼。在债权确认纠纷中，管理人提出撤销权抗辩时，为避免仲裁和诉讼两种程序并行，管理人也可以解除仲裁协议将纠纷统一付诸诉讼。管理人行使这些选择权时应当及时通知对方（《企业破产法》第18条第1款），如因解除给对方造成损害时，应当作为破产债权处理（《企业破产法》第53条）。⁽¹⁹⁾ 由于仲裁协议的解除或继续对全体债权人施予重要影响，应当作为法院许可事项和债权人委员会报告事项（《企业破产法》第69条第1款10项、第26条），并且管理人在行使选择权时负有勤勉忠实义务（《企业破产法》第27条）。这些规则对于确保管理人合理地行使对仲裁协议的选择权和当事人的可预测性方面具有重要作用。

第三，上述第二情形不仅适用于包含仲裁协议（条款）的合同是单方未履行的情形，也包括当该合同属于待履行合同且管理人选择解除该合同的情形。仲裁协议独立存在，故合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力（《仲裁法》第19条）。例如，合同相对方请求赔偿解除合同导致的损害或者要求返还破产程序启动之前的给付时，管理人可以解除或履行合同中的仲裁协议。然而，作为例外，包含仲裁协议的合同本身属于待履行合同（《企业破产法》第18条），且管理人选择履行合同的，不得单独选择解除仲裁协议，而只能选择履行仲裁协议。这是因为，管理人如果一方面选择履行合同，但另一方面又拒绝履行仲裁协议，不仅对合同相对人而言显失公平，也会影响合同的实际履行。⁽²⁰⁾

第四，法院受理破产申请后破产企业（管理人）与他人新签定的仲裁协议，是管理人行使其财产管理处分权的结果，因而仲裁协议当然地拘束破产企业、管理人与全体债权人。⁽²¹⁾ 此外，《企业破产法》在第25条第1款第7项规定的破产受理后管理人代表债务人参加诉讼或者仲裁，应当包含基于破产受理后签订的仲裁协议提起的仲裁。如前文强调，《企业破产法》第21条的法意在于协调法院之间的审判资源，不妨碍管理人主动选择仲裁作为纠纷解决机制。并且，此时的仲裁协议不仅包括买卖合同等新签订的合同中的仲裁条款，也包含因管理人审核不予以确认债

(19)金春 《论房地产企业破产中购房消费者的权利保护》，《法律适用》2016年第4期，第38页。

(20)前引〔17〕，〔日〕福永有利书，第293页。

(21)关于管理人的法律地位以及当事人适格的分析参见第二部分。

权而产生纠纷时与该债权人订立的仲裁协议。不过,管理人应当提前获得法院许可并向债权人委员会报告事项(《企业破产法》第69条第1款10项、第26条)。⁽²²⁾在(2017)苏0982民初1698号江苏国安建筑安装工程有限公司与中国寰球工程有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法院受理原告江苏国安建筑安装工程有限公司的破产重整申请后,原告与被告之间签订的建设工程施工承包合同中约定了仲裁条款。法院认为,重整执行阶段不影响仲裁协议的效力,驳回了原告(诉讼代表人为该公司管理人)的起诉,正是基于上述相同趣旨。

综上可知,本文的核心观点是,仲裁协议的效力问题应根据其仲裁事项进行类别考察,并在一定情形下认可由管理人选择解除或履行仲裁协议。在近些年来的跨境破产实践中,不少出现国外的合同相对人依照合同中约定的国际仲裁条款就合同解除的正当性问题和损害赔偿问题在境外提起仲裁,或主张应当付诸境外的仲裁。但是,国际仲裁具有费用畸高、时间畸长的缺陷。⁽²³⁾本文提出的解决路径中管理人选择解除仲裁协议的实际场景将涵盖国际仲裁但并非局限于此。

二、仲裁程序的中止与继续

当仲裁程序已开始之后,由于当事人已经实施的行为产生了一定的程序效力,这些效力不仅对管理人具有拘束力,还关乎整个程序法制度的安定性,因此不能完全照搬仲裁程序未开始时的处理规则。《企业破产法》第20条虽然明文规定,破产申请受理后,已经开始尚未终结的诉讼或者仲裁程序中止,待管理人接管债务人的财产后继续进行,但对于具体的制度运行,立法与司法解释未作交待。对此,笔者将围绕“破产程序中的全体债权人利益”与“已经实施的仲裁程序行为的拘束力”的取舍和协调,展开解释论。

(一) 国内仲裁程序的中止与继续

1. 仲裁程序的中止与管理人的当事人适格

或许是受到《企业破产法》第25条第1款第7项(管理人)代表债务人参加诉讼、仲裁”表述的影响,包括最高人民法院在内的我国绝大多数法院的判例认为,破产债权确认诉讼的当事人是破产企业,⁽²⁴⁾管理人仅仅是破产企业的“诉讼代表人”。⁽²⁵⁾然而,《企业破产法》在第20条规定,“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”。如果判例的见解对管理人地位的把握是准确的,那么就出现了一个问题,诉讼代表人的变更为什么导致了诉讼或仲裁的中止?因为根据《民事诉讼法》的规定,法定代表人的变更不产生中止诉讼程序的效力(《民事诉讼法》第150条、《民诉法解释》第51条)。⁽²⁶⁾此外,破产法上禁止债权人个别清偿行为的法理,无法说明为何债务人主动提起的诉讼程序也中止。

在域外法上,破产程序启动后,破产衍生诉讼的诉讼主体或当事人适格将会从债务人处转移

(22)关于立法论上加以明确的必要性,前引〔10〕,刘冰文,第140页。

(23)杜新丽《跨国破产与国际商事仲裁的冲突与弥合》,《比较法研究》2012年第1期,第101页。

(24)只有部分少数判例直接把管理人列为破产债权确认诉讼的当事人。比如,山东省济宁市中级人民法院(2007)济民五初字第5号判决认为,山东祥酒厂进入破产清算程序后,作为管理人的清算组依法有权参加诉讼并承继相关权利。

(25)事实上,民事诉讼法上不存在“诉讼代表人”概念,只有人数众多的原告或被告方推选出来的代表人制度(《民事诉讼法》第53条),而民事诉讼学理上的“诉讼代表人”正是指代表人制度。江伟主编《民事诉讼法》,高等教育出版社2016年版,第106页以下。

(26)破产法学界以法定代表人的更换为诉讼中止理由的观点,参见,齐明《中国破产法原理与适用》,法律出版社2017年版,第67页。但是,即使在解释论层面认可法定代表人更换时诉讼中止,当债务人企业已选任有诉讼代理人时,仍不应导致诉讼中止(张卫平《诉讼系属中实体变更的程序应对》,《环球法律评论》2018年第1期,第13页),然而《企业破产法》第20条的中止不认可这种例外。

给管理人（11U.S.C. § 323 (a) (b)），日本《破产法》第44条第2款）。⁽²⁷⁾ 换言之，管理人接管破产财产后进行的诉讼，是基于其固有的当事人适格，而非作为破产企业的代表人。就管理人的法律地位而言，我国法上有债权人代表说、债务人代表说、职务说、破产财团代表说、受托人说、法定机构说等多种观点。⁽²⁸⁾ 其中，由于债权人代表说和债务人代表说不能说明管理人的独立地位⁽²⁹⁾，学术争议基本集中在后四种学说。然而，无论采用后四种学说的哪一种，破产受理后破产企业都将丧失当事人适格。因为根据大陆法系和我国民事诉讼法学界的主流学说，⁽³⁰⁾ 当事人适格是指对具体的诉讼有起诉或应诉资格的人，通常情况下属于实体权利关系的主体，但基于法定权限或诉讼政策等特殊理由，对他人的权利关系享有管理处分权的第三人以诉讼担当人的身份获得当事人适格（此时既判力仍及于他人）。根据前述四种学说，管理人将以诉讼担当人或实体权利关系的主体获得当事人适格。⁽³¹⁾

在笔者看来，由于破产企业丧失了当事人适格，为了保障管理人在必要时作为新的适格当事人继续实施诉讼，即基于程序保障，诉讼程序当然地中止。

2. 仲裁程序的继续、仲裁协议的解除

按理，诉讼或仲裁程序中止后，与破产程序有关的纠纷可以通过管理人与相对人之间的破产衍生诉讼予以解决（《企业破产法》第21条）。但是，考虑到当事人在破产受理前已经实施的诉讼行为拘束管理人，并且基于诉讼安定性的考量，破产受理前已经开始的诉讼或者仲裁程序应当最大可能继续利用，《企业破产法》第20条的法意正在于此。按照该条的法意，对于债务人企业作为原告提起的民事诉讼，除非案件被决定移送，管理人应当继续进行诉讼。对于债务人企业为被告的给付诉讼、确认诉讼或债务人提起的债务不存在确认诉讼，债权人可以在破产程序中申报债权（《企业破产法》第47条），除非管理人审查确认债权，否则仍应当继续实施诉讼。⁽³²⁾

本文支持《企业破产法》第20条的法意。管理人和全体债权人如无特别规定应当承继债务人在破产程序前实施的诉讼行为的法理与本文第一章基本相同，再加上诉讼安定性及诉讼经济的利益，第20条的法意应当得到足够重视。换言之，针对破产财产所属权利，或者债权审核后对仲裁未决的申报债权（《企业破产法》第47条）仍有争议时，管理人原则上应当继续进行中止的仲裁程序。但是，根据第一部分确立的法理，前述原则存在两个重要的例外。首先，仲裁程序虽已开始，但尚未首次开庭进行实体审理阶段（参照《仲裁法》第20条第2款）。此时，如果管理人认为存在仲裁费用高昂、时间较长等有损全体破产债权人利益情形的，应当解除仲裁协议。⁽³³⁾ 其次，破产受理法院向仲裁机构发出了中止通知书或者管理人向仲裁机构致函提出中止

(27) DIP 重整的情形，参见前引〔2〕。

(28) 职务说是指管理人作为执行机构或法院委托的专业人士对破产企业的财产独立行使管理权的观点。破产财团代表说是基于实体法趣旨推定破产财产具有独立的法人格，将管理人为其代表的观点。法定机构说是将管理人定位为法律为对破产财产行使管理处分权而设定的独立管理机构、赋予其法人格的观点。受托人说是以信托法理为基础的观点。参见，王卫国《破产法精义》，法律出版社2007年版，第36页；许德风《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第259页；韩长印主编《破产法学》（第二版），中国政法大学出版社2016年版，第72页；邹海林《破产法——程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社2016年版，第139页；徐根才《破产法实践指南》（第二版），法律出版社2018年版，第24页以下。

(29) 管理人的权限和义务不仅包括代表债务人利益的性质，同时也包括代表债权人利益的性质，例如，行使撤销权，解除或履行待履行合同。

(30) 王亚新、陈杭平、刘君博《中国民事诉讼法重点讲义》，高等教育出版社2017年版，第117页以下；前引〔26〕，张卫平文，第18页。

(31) 我国民事诉讼法学的通说认为管理人是法定诉讼担当的典型场景。不过，法定诉讼担当说与职务说亲和，如果依照法定机构说，管理人本人将作为实体权利关系的主体具备当事人适格；如果依照破产财团代表说，破产财团法人具有当事人适格，管理人是其代表。总之，依照这四种学说，破产企业都将失去当事人适格。

(32) 此时，应当将原来的诉讼标的的变更为债权确认诉讼的诉讼标的的。

(33) 此时，对方已经履行的部分义务的返还请求权是属于破产债权还是共益债务有争议。前引〔19〕，金春文，第38页。

申请后, 仲裁机构未中止仲裁程序的, 由于其行为损害了管理人的程序保障, 可以解除仲裁协议。一般而言, 应当中止但未中止的诉讼行为归于无效, 基于同理, 在未中止的仲裁程序中作出的仲裁裁决将因为程序不合法可能被撤销或不予执行(《企业破产法》第 58 条、第 63 条), 但通过解除仲裁协议, 管理人可以尽早将纠纷付诸诉讼。以上表明, 在仲裁裁决作出之前, 因仲裁协议仍属于尚未履行完毕状态, 在不损害《企业破产法》第 20 条法意的前提下, 例外地适用第一章中确立的法理。

(二) 国外仲裁程序的中止与继续

我国破产企业作为外国仲裁程序的当事人时, 仲裁程序的中止与继续会面临更大的不确定性。

首先, 根据国际诉讼竞合法理, 国外诉讼的存在不影响国内诉讼的提起和继续(《民事诉讼法》第 533 条第 1 款)⁽³⁴⁾。即, 国外仲裁的系属不应妨碍在国内破产程序中借助债权确认诉讼等来解决纠纷。因此, 完全忽略国外仲裁程序的思路也不无道理。然而, 笔者认为, 在跨境破产领域广泛接受修正普及主义和礼让原则的背景之下, 更为妥当的解释是, 前述国内仲裁程序与破产程序的冲突处理逻辑应当适用于国外仲裁程序。

问题在于, 国外的仲裁机构并不当然地认可我国破产法下的仲裁程序中止。根据作为跨境破产立法世界性标准的《跨境破产示范法》的规定⁽³⁵⁾, 承认外国主要程序的裁定将自动产生中止包括仲裁程序在内的各种程序的效果(第 20 条(1)(a))⁽³⁶⁾, 但是, 被中止的程序的范围与承认国的国内法保持一致(同条第 2 款)。换言之, 问题的关键还是各国国内法是否认可仲裁的中止。例如, 《美国联邦破产法》第 362 条(a)款的自动中止一般认为除了诉讼程序, 还包含仲裁程序。⁽³⁷⁾ 英国《1986 年破产法》规定, 破产程序启动后所有其他程序中止,⁽³⁸⁾ 因此除非管理人或法院许可, 否则不得进行仲裁。⁽³⁹⁾ 然而, 跨境破产的案例显示, 即便是采纳了《跨境破产示范法》的国家, 对外国破产程序的承认导致仲裁的中止与否也尚有分歧。⁽⁴⁰⁾

笔者认为, 首先, 当一个国外仲裁程序所涉及的纠纷对破产程序的利益至关重要, 如果存在国外仲裁机构不理睬我国破产法院的中止要求或者我国的破产程序在国外被拒绝承认等情形, 管理人可选择解除仲裁协议, 并在我国将纠纷付诸于破产衍生诉讼。⁽⁴¹⁾ 其次, 即使国外仲裁机构中止了仲裁程序, 如果该国外仲裁程序尚未首次开庭进入实体审理阶段, 管理人仍可以选择解除仲裁协议。⁽⁴²⁾ 此时, 是否应当中止的判断涉及到了准据法的问题, 即, 应当适用《企业破产法》第 20 条还是外国法(例如, 合同约定的准据法或者仲裁地所在国的法律)。在 *Syska (Elekttrim SA) v Vivendi Universal SA & Ors* 案⁽⁴³⁾ 中, 英国法院认为, 破产程序启动对进行中的仲裁程序的影响, 应适用仲裁地的欧盟成员国的法律, 但该判决受到强烈批判。尽管在实务界尚有争议,

(34)前引〔25〕, 江伟主编书, 第 462 页以下。

(35)UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)。

(36)联合国国际贸易法委员会五工作小组第 30 次总会多数意见。

(37)See Charles Tabb, *Law of Bankruptcy*, 4th ed., West Academic, 2016, p. 250.

(38)Schedule B1, paragraph 43 (6) IA 1986, Section 130 (2) IA 1986.

(39)*Bristol Airport plc v Powdrill* (1990)。

(40)比如在英国, 适用 2000 年《欧盟跨境破产规则》(Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings) (现修改为 2015 年规则, Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings) 的一些案例曾裁决仲裁程序不中止 (*Syska (Elekttrim SA) v Vivendi Universal SA & Ors* [2009] EWCA Civ 677), 适用英国模式示范法《2006 年跨境破产规则》(Cross Border Insolvency Regulations 2006) 的诸多案例则显示仲裁程序中止。See Look Chan Ho, *Cross-Border Insolvency: Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, 2016, p. 161.

(41)如果该国外留有破产企业财产, 且该财产值得保全的, 管理人也可以选择继续仲裁程序。

(42)See Jay L. Westbrook, *supra* note〔16〕, p. 647.

(43)[2009] EWCA Civ 677.

但鉴于程序的统一以及所有当事人之间的公平等考虑，笔者倾向于支持以破产程序启动国家的法律作为准据法的有力说。⁽⁴⁴⁾

三、仲裁裁决在破产程序中的效力

在仲裁机构已经作出仲裁裁决后，一方当事人破产时，由于仲裁协议已经获得了履行，无需考虑仲裁协议解除与否。这里需要讨论的是，当债权人依据仲裁裁决在破产债权中申报债权时，仲裁裁决的效力应当在多大程度上反映到破产债权确认环节中来。

(一) 在国内作出的仲裁裁决

1. 破产债权确认诉讼的起诉责任分担

在破产程序中，债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的法院提起债权确认诉讼（《企业破产法》第57条、第58条）。⁽⁴⁵⁾ 主流观点认为，破产债权确认诉讼是对申报债权的存否、金额、性质及顺位等实体问题加以确认，以使推进破产分配的一种特别的确认诉讼。⁽⁴⁶⁾ 基于这一特征，当管理人对于某项申报债权审查未予以确认或者其他债权人也同时提出异议时，应当由主张权利并就破产分配结果有最密切利益关系的被争议债权人承担债权确认诉讼的起诉责任。⁽⁴⁷⁾ 换言之，被争议债权人未提起债权确认诉讼时，将承担不能依照申报内容参加分配的风险。当然，从消极确认之诉的利益角度，管理人和其他债权人也具备主动提起债权确认诉讼的权利。⁽⁴⁸⁾

对于具有生效判决等执行名义或具有尚未生效判决的债权，破产债权确认诉讼起诉责任分担的原则性规则不再适用。这是因为，已获得执行依据的债权人在破产程序开始前就已经具备了可以强制执行的稳固地位；具有尚未生效判决的债权虽然不能立即强制执行，但其债权的存在也具有高度盖然性。破产法应当尊重债权人在破产受理前既得的诉讼地位，有执行名义、尚未生效判决的债权与无名债权具有根本性的区别。所以，针对有执行名义、尚未生效判决的债权，管理人如果审核不予以确认，必需提起民事诉讼的再审、上诉，事实上破产债权确认诉讼的起诉责任得到转换。

2. 依据仲裁裁决的破产债权

从以上分析可知，有名义债权的一般法理是否及多大程度地适用于依据仲裁裁决申报的破产债权，直接关系到该债权被争议时的起诉责任分担以及仲裁裁决的效力。仲裁程序实行一裁终局的制度，自作出仲裁裁决之日起发生法律效力（《仲裁法》第9条第1款），一方当事人不履行的，对方当事人可以向法院申请执行，但被申请人证据证明不予执行事由的，法院裁定不予执行（《仲裁法》第63条、《民事诉讼法》第237条第2款）。据此，有一种观点认为，仲裁裁

(44) See Jay L. Westbrook, *supra* note [16], pp. 645-649. 此外，第一章中涉及的仲裁协议的解除参照适用的《企业破产法》第18条是破产法的强制性规定，因此准据法仍应当是破产程序启动的我国法律。

(45) 关于破产债权确认诉讼，参见贺丹《有争议的破产债权的确认》，《甘肃政法学院学报》2008年第5期，第144-148页；王欣新《论破产债权的确认程序》，《法律适用》2018年第1期，第65页以下。

(46) 前引[28]，韩长印主编书，第209页。

(47) 为实现裁判的统一，管理人之外有其他债权人异议的，应当以必要共同诉讼的形式，将管理人和所有异议人列为共同被告。

(48) 实践中，偶尔也有管理人审查予以确认但其他债权人提出异议的情形。对此，实务界的主流说认为由提出异议的其他债权人承担债权确认诉讼的起诉责任。这与我国的债权确认诉讼采用对债权表记载的债权提出异议的制度框架有关。但更深层的理由，是为防止其他债权人滥用异议权。由于起诉责任分担制度本身考量了顺利推进破产分配的利益，主流说有其合理性。日本旧公司更生法第151条就曾基于同一趣旨明文规定应由其他债权人承担起诉责任，2003年新公司更生法虽修改为由被争议债权人承担起诉责任，但同时通过对债权确认纠纷的第一审引进简易程序，简化了债权确认程序。

决具有与生效判决相等的效力，且执行法院不依职权审查不予执行仲裁裁决事由，因而，针对依据仲裁裁决申报的债权，管理人审查不予以确认的，应当向有管辖权的中级人民法院提起撤销仲裁裁决之诉⁽⁴⁹⁾（《仲裁法》第58条）。类似的观点得到不少案例的支持。例如，在（2015）佛中法民二初字第63号陈国显与佛山市禅城区石湾高级装饰砖厂等破产债权确认纠纷一案中，原告对被告依据仲裁裁决申报的债权提出异议并提起了债权确认诉讼，但法院以该事项属于撤销仲裁裁决案件的审理内容为由，拒绝对其进行审查。这种观点有其合理性。笔者也对实践中管理人直接核减依据仲裁裁决申报的债权，法院对其未审查而径行驳回债权人请求的案例不敢苟同，因为这一做法实质上完全否定了仲裁协议的效力。⁽⁵⁰⁾然而，笔者也注意到，仲裁裁决与调解协议的情况相仿，因缺乏国家公权力的介入就其既判力的有无存在着争议。⁽⁵¹⁾况且，由于此类执行依据的形成过程在“法院程序之外”，如果要让仲裁裁决获得“法院程序上”的效力，尽管应当由被申请人证明不予执行事由，债权人申请强制执行时经受“是否存在不予执行仲裁裁决之事由”的审查（《民事诉讼法》第237条第2款、第274条）。因此，与生效判决相比，仲裁裁决是一种不完整的执行名义债权。

鉴于此，笔者认为，对依据仲裁裁决的债权，管理人认为存在仲裁裁决不予执行事由时可以审查不予以确认，并直接向破产受理法院申请不予执行仲裁裁决。破产受理法院应当基于效率和集中管辖的需求作出不予执行或准许执行仲裁裁决裁定。这样的处理结果既能维持由管理人对有名义债权承担起诉责任的法则，同时也能适当减轻了其起诉责任负担，较好地考量了持仲裁裁决的债权人在破产受理前既得的程序性地位的局限性。

（二）在国外作出的仲裁裁决

国外仲裁机构或临时仲裁庭在国外作出的仲裁裁决必须获得我国法院的承认后才能执行。⁽⁵²⁾另一方面，取得外国仲裁裁决的债权与未生效判决相比，其债权存在较高的盖然性。权衡持有外国仲裁裁决的债权人在破产受理前既得的程序性地位的实质内容，笔者认为，债权人以外国仲裁裁决的方式申报破产债权，但管理人审查不予以确认的，该债权人向有管辖权的法院申请对外国仲裁裁决的承认。承认裁定的属性是起到对执行力的一种公证作用而不属于执行行为本身，因而，外国仲裁裁决的审查承认程序不因破产程序的启动而禁止或中止（参见《企业破产法》第19条）。⁽⁵³⁾

结 语

本文的主题是，破产程序究竟对仲裁施予怎样的影响？首先，对于仲裁协议在破产程序中的效力问题，笔者指出应当根据仲裁协议的事项是否属于债务人可处分事项、破产法的特别规定进行类别考察。笔者认为，对于破产撤销权等债务人不具有处分权的事项，仲裁协议无效。其次，笔者重点论证了即便是针对债权确认纠纷、合同履行等债务人在破产受理前可处分的事项，应当参照适用破产法框架下待履行合同的处理规则，由管理人从全体债权人利益出发选择解除或履行

(49)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第546条第1款。

(50)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一案第一审判决。

(51)黄忠顺《国际商事仲裁裁决司法监督新论》，《北京仲裁》2013年第3期，第84页。此外，关于对依据调解协议的债权的异议，前引〔28〕，许德风书，第200页。

(52)高晓力《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》，《法律适用》2018年第5期，第3页以下。

(53)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第546条明确划分了承认与执行程序的两个环节。此外，破产受理前有管辖权的法院已经受理申请外国仲裁裁决承认和执行的案件后因破产受理而中止的，该法院应当恢复审理，以裁定是否承认该仲裁裁决（《企业破产法》第20条）。

仲裁协议。其次，当破产受理前仲裁程序已经开始时，基于破产受理前债务人已经实施的程序性行为对管理人的拘束力和程序安定性的利益，管理人原则上应恢复实施中止了的仲裁程序。但是在特定情形中，应当允许管理人解除仲裁协议，国外仲裁程序适用相同规则。最后，当仲裁裁决已经作出时，如果管理人审查不予以确认仲裁裁决所涉债权，应当由管理人提起撤销仲裁裁决的方式承担起诉责任。不过，由于仲裁裁决不是完整的执行依据，应当也允许管理人直接向破产受理法院申请作出不予执行仲裁裁决裁定。

本文就仲裁协议效力的观点或许会遭受一些批判。因为，与过往的实务判例将“仲裁协议排除法院管辖法理与破产法的集中管辖法理孰优先孰劣后”置于讨论中心的路径相比，本文的观点显得不够“简明”。然而，“简明”是手段非目的，如果仔细推敲过往的判例会发现，其往往忽略了管理人的独立性以及全体破产债权人利益的重要视角。随着我国倡导的“一带一路”战略的深入展开，近两年最高人民法院陆续出台一系列与仲裁相关的司法解释，将我国的商事仲裁事业推进到一个新的时代。⁽⁵⁴⁾ 在这种仲裁大发展的背景下，笔者强调在仲裁协议未产生实质的程序效力时，管理人可以选择解除或履行仲裁协议的观点，似乎是一种否定仲裁价值的“不合时宜”做法。然而，管理人的选择权本身受一定规制的限制，并且笔者无贬损仲裁制度的意图，相反，仲裁程序与破产程序同等重要。也正因为如此，笔者认为应当对仲裁、破产的法理进行更加深度的考量，并且在诉讼法、程序法原理的层面实现两种程序的协调。

责任编辑：霍海红

(54)陈福勇 《新时代的融合：中国国际仲裁的国际化与国际仲裁的中国化》，《人民法治》2018年第5期，第7页以下。