

贸易法委员会 跨境破产示范法 与颁布及解释 指南



可向贸易法委员会秘书处索取进一步资料：

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre

P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话：(+43-1) 26060-4060

传真：(+43-1) 26060-5813

网址：www.uncitral.org

电子邮件：uncitral@uncitral.org

联合国国际贸易法委员会

贸易法委员会
跨境破产示范法
与颁布及解释
指南



联合国
2014年，纽约

注

联合国文件都用英文字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

© 联合国，2014 年 2 月。全世界版权所有。

本出版物中所用的名称以及材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位，或对其边界或界线的划分表示任何意见。

本出版物提供统一资源定位地址和互联网网址链接是为了方便读者，相关信息在出版时有效。联合国对相关信息以及外部网站的内容今后正确与否概不负责任。

本出版物未经正式编辑。

出版：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

目录

页次

第一部分 贸易法委员会跨境破产示范法

序言.....	3
第一章 总则	3
第1条 适用范围.....	3
第2条 定义.....	4
第3条 本国的国际义务.....	4
第4条 [主管法院或当局]	5
第5条 [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或 清算的人或机构的名称] 在外国行动的授权	5
第6条 公共政策的例外.....	5
第7条 根据其他法律提供进一步援助.....	5
第8条 解释.....	5
第二章 外国破产管理人和外国债权人对本国法院的进入	6
第9条 直接介入的权利.....	6
第10条 有限的管辖权.....	6
第11条 外国代表根据 [此处指明颁布国与 破产有关的法律] 申请启动程序	6
第12条 外国代表参与根据 [此处指明颁布国与 破产有关的法律] 进行的程序.....	6
第13条 外国债权人进入根据 [此处指明颁布国与 破产有关的法律] 进行的程序	6
第14条 通知外国债权人关于根据 [此处写入颁布国与 破产有关的法律名称] 进行的程序	7
第三章 对外国程序的承认和救济	8
第15条 申请承认某项外国程序.....	8
第16条 关于承认的推定.....	8
第17条 承认外国程序的决定.....	9

第 18 条 . 后续信息.....	9
第 19 条 . 申请承认外国程序时可给予的救济.....	9
第 20 条 . 承认外国主要程序后的效力.....	10
第 21 条 . 承认外国程序时可给予的救济.....	11
第 22 条 . 对债权人和其他利害关系人的保护.....	12
第 23 条 . 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼... ..	12
第 24 条 . 外国代表对本国程序的介入.....	12
第四章 . 与外国法院和外国代表的合作	13
第 25 条 . 本国法院与外国法院或外国代表的合作和 直接联系.....	13
第 26 条 . [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或 清算的个人或机构名称] 与外国法院或 外国代表的合作和直接联系.....	13
第 27 条 . 合作的形式.....	13
第五章 . 同时进行的程序	14
第 28 条 . 承认外国主要程序后根据 [此处指明颁布国 与破产有关的法律] 的规定启动程序.....	14
第 29 条 . 根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序与外国程序之间的协调.....	14
第 30 条 . 一个以上外国程序的协调.....	15
第 31 条 . 基于对外国主要程序的承认而推定破产.....	15
第 32 条 . 多项程序同时进行时的偿付规则.....	15

第二部分 . 贸易法委员会跨境破产示范法颁布及解释指南

一 . 《示范法》的目的和起源.....	19
A. 《示范法》的目的	19
B. 《示范法》的起源	20
C. 编写工作和通过	22
二 . 《颁布及解释指南》的目的	24

	页次
三. 示范法作为协调各国法律的一个工具.....	24
A. 示范法的灵活性.....	25
B. 《示范法》适应于现有的国家法.....	25
四. 《示范法》的主要特点.....	26
A. 准入.....	27
B. 承认.....	28
C. 救济.....	29
D. 合作和协调.....	30
五. 逐条评注.....	32
A. 序言.....	32
B. 第一章. 总则.....	34
第1条. 适用范围.....	34
第2条. 定义.....	37
第3条. 本国的国际义务.....	48
第4条. [主管法院或当局].....	49
第5条. [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构的名称] 在外国行动的授权... ..	51
第6条. 公共政策的例外.....	52
第7条. 根据其他法律提供进一步援助.....	53
第8条. 解释.....	54
C. 第二章. 外国破产管理人和外国债权人对本国法院的进入.....	55
第9条. 直接进入权.....	55
第10条. 有限管辖权.....	55
第11条. 外国破产管理人根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 申请启动程序.....	57
第12条. 外国破产管理人参与根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序.....	58
第13条. 外国债权人进入根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序.....	59
第14条. 通知外国债权人关于根据 [此处写入颁布国与破产有关的法律名称] 进行的程序.....	60
D. 第三章. 对外国程序的承认和救济.....	64
第15条. 申请承认外国程序.....	64

	页次
第 16 条. 关于承认的推定	68
第 17 条. 对承认外国程序的决定	73
第 18 条. 后续信息	78
第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济	80
第 20 条. 承认外国主要程序后的效力	82
第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济	87
第 22 条. 对债权人和其他相关人的保护	90
第 23 条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼	91
第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的介入	93
E. 第四章. 与外国法院和外国破产管理人的合作	94
第 25 条. 本国法院与外国法院或外国破产管理人的 合作和直接联系	97
第 26 条. [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或 清算的个人或机构名称] 与外国法院或 外国破产管理人的合作和直接联系	97
第 27 条. 合作形式	98
F. 第五章. 同时进行的程序	100
第 28 条. 承认外国主要程序后根据 [此处指明颁布国 与破产有关的法律] 的规定启动程序	100
第 29 条. 根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序与外国程序之间的协调	102
第 30 条. 一个以上外国程序的协调	104
第 31 条. 基于对外国主要程序的承认而推定破产	105
第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则	106
六. 贸易法委员会秘书处提供的协助	108
A. 起草立法方面的协助	108
B. 关于解释基于《示范法》立法的信息	108
附件	
一. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议	109
二. 联合国国际贸易法委员会的决定	111

第一部分

贸易法委员会 跨境破产示范法

贸易法委员会 跨国界破产示范法

序言

本法之目的在于为处理跨国界破产案件提供有效机制，以促进达到下述目标：

- (a) 本国法院及其他主管机构与外国法院及其他主管机构之间涉及跨国界破产案件的合作；
- (b) 加强贸易和投资方面的法律确定性；
- (c) 公平而有效率地实施跨国界破产管理，保护所有债权人和其他有关当事人的利益，包括债务人的利益；
- (d) 保护并尽量增大债务人资产的价值；
- (e) 便于挽救陷入经济困境的企业，从而保护投资和维持就业。

第一章 . 总则

第 1 条 . 适用范围

1. 本法适用于：

- (a) 外国法院或外国代表就有关某项外国程序事宜寻求本国的协助；或
- (b) 依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的某项程序，寻求某一外国的协助；或
- (c) 针对同一债务人的某项外国程序和某项依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序同时进行；或

(d) 外国的债权人或其他利害关系人有意要求开启或参与某项依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序。

2. 本法不适用于涉及 [此处标明在本国受特别破产法规管制且本国希望将其排除于本法之外的任何类别的实体, 例如银行或保险公司] 的程序。

第 2 条. 定义

在本法中:

(a) “外国程序”系指在某一外国遵照与破产有关的法律而实施的集体司法程序或行政程序, 包括临时程序, 在这一程序中, 为达到重组或清算目的, 债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督;

(b) “外国主要程序”系指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序;

(c) “外国非主要程序”系指有别于外国主要程序的某项外国程序, 该程序发生在本条 (f) 项涵义内的债务人营业所所在的国家;

(d) “外国代表”系指在外国程序中被授权管理债务人资产或事务的重组或清算, 或被授权担任该外国程序代表的个人或机构, 包括临时指定的个人或机构;

(e) “外国法院”系指负责控制或监督某一外国程序的司法当局或其他主管当局;

(f) “营业所”系指债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所。

第 3 条. 本国的国际义务

凡本国作为一方同另一国或多国签订的任何条约或其他形式协定而使本国承担的某一义务与本法发生冲突时, 以该条约或协定为准。

第 4 条. [主管法院或当局]⁴

本法中提到的关于承认外国程序及与外国法院合作的职能应由 [此处具体指明颁布国负责履行那些职能的一个或多个法院或一个或多个当局] 负责履行。

第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称] 在外国行动的授权

[此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称] 被授权代表依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序, 在适用的外国法律允许的情况下, 在某一外国采取行动。

第 6 条. 公共政策的例外

本法中任何规定概不妨碍法院拒绝采取本法范围内的某项行动, 如果采取该行动明显违反本国的公共政策。

第 7 条. 根据其他法律提供进一步援助

本法中任何规定概不限制法院或 [此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称] 根据本国其他法律向外国代表提供进一步援助的权力。

第 8 条. 解释

对本法作出解释时, 应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚实信用的必要性。

⁴ 凡属将有关破产程序某些职能交由政府指定官员或机构负责执行的国家, 似宜在第 4 条或在第一章其他地方列入下述规定:

“本法中任何条款概不影响本国现行的涉及 [此处写入政府指定的个人或机构名称] 的权力的规定。”

第二章． 外国代表和债权人对本国法院的介入

第 9 条． 直接介入的权利

外国代表有权直接向本国法院提出申请。

第 10 条． 有限的管辖权

仅仅基于外国代表依照本法向本国某一法院提出了申请的事实，不得造成外国代表或债务人的外国资产和事务因申请以外的任何理由受本国法院的管辖。

第 11 条． 外国代表依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 申请开启一项程序

外国代表有权依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 规定申请开启某项程序，但开启该程序的条件应另外得到满足。

第 12 条． 外国代表参与依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序

某一外国程序得到承认时，外国代表即有权参与依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 对债务人实施的某项程序。

第 13 条． 外国债权人介入依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序

1. 除本条第 2 款的规定外，就开启和参与依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序而言，外国债权人享有与本国债权人相同的权利。

2. 本条第 1 款并不影响在依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序中的求偿顺序，但外国债权人的求偿权等级不应低于 [此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一

项同等的当地求偿权（例如对罚款的追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权。^b

第 14 条. 通知外国债权人关于依据 [此处写入颁布国与破产有关的法律名称] 实施的程序

1. 凡依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 应向本国债权人发出通知，亦应发给地址不在本国的已知债权人。法院可命令采取适当措施，通知尚未知道地址的任何债权人。

2. 此类通知应分别发给每个外国债权人，除非法院认为在所涉情况下采用某种其他通知方式更为适当，而无需以调查委托书或其他类似的手续做出。

3. 当向外国债权人发出开启程序的通知时，该通知应：

(a) 指明提出求偿申请的合理期限，并指定求偿申请的地点；

(b) 指明有担保的债权人是否需要提出其有担保债权的求偿申请；以及

(c) 载有按照本国法律和法院命令的要求，在向债权人发出的该项通知中需包含的任何其他资料。

^b颁布国亦可考虑以下措词取代第 13 条第 2 款：

“2. 本条第 1 款并不影响在依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的程序中的求偿顺序，也不影响在此种程序中将外国税收和社会保险的追缴权排除在外。尽管如此，除关于税收和社会保险应缴款的追缴权之外，外国债权人的其他求偿权在等级上不应低于 [此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一项同等的当地求偿权（例如对罚款追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权]。”

第三章． 对外国程序的承认和补救

第 15 条． 申请承认某项外国程序

1. 外国代表可向法院提出申请，要求承认其已被一项外国程序指定为代表的该外国程序。

2. 申请承认应附：

(a) 经核证的关于开启该外国程序和指定该外国代表的决定的副本；或

(b) 外国法院出具的、证实该外国程序存在和指定该外国代表的证明；或

(c) 如果没有 (a) 和 (b) 项所提到的证明，应附上法院可接受的、证明该外国程序存在和指定该外国代表的任何其他证明。

3. 申请承认尚应附上一份指明外国代表所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。

4. 法院可要求把支持承认申请的文件译成本国的一种官方语言。

第 16 条． 关于承认的推定

1. 如果第 15 条第 2 款提到的决定或证明表明，该外国程序系属于第 2 条 (a) 项涵义内的程序，并且该外国代表系属于第 2 条 (d) 项涵义内的个人或机构，则法院有权如此推定。

2. 法院有权推定在申请承认时提出的支持文件为真实文本，无论其是否经过公证。

3. 如无相反证据，债务人的注册办事处或个人的经常居住地推定为债务人的主要利益中心。

第 17 条. 对承认外国程序的决定

1. 以第 6 条为条件, 一项外国程序应得到承认, 如果:
 - (a) 该外国程序是第 2 条 (a) 项涵义内的程序;
 - (b) 申请承认的外国代表是第 2 条 (d) 项涵义内的个人或机构;
 - (c) 该申请符合第 15 条第 2 款的诸项要求;
 - (d) 该申请已提交第 4 条所述的法院。
2. 该外国程序应承认为:
 - (a) 外国主要程序, 如果该外国程序发生在债务人主要利益中心的所在国; 或
 - (b) 外国非主要程序, 如果债务人在该外国拥有第 2 条 (f) 项涵义内的营业所。
3. 应尽早对一项承认外国程序的申请作出决定。
4. 如果情况表明, 准予承认的理由完全或部分告缺, 或已不复存在, 则第 15、16、17 和 18 条的各项规定不得妨碍对承认的修改或终止。

第 18 条. 后续信息

外国代表自提出要求承认外国程序的申请之时起, 应迅速将下列情况告知法院:

- (a) 已获承认的外国程序的状况或外国代表的指定的状况发生的任何重大变化;
- (b) 外国代表得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。

第 19 条. 申请承认外国程序时 可给予的救济

1. 自提出要求承认的申请之时至对申请作出决定之时, 法院根据外国代表的请求, 在为保护债务人资产或债

权人利益而紧急需要救济的情况下，可给予临时性的救济，包括：

(a) 停止执行对债务人资产的行动；

(b) 委托外国代表或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产，以保护并维持那些由于本身性质或由于其他情形而易变质、可能贬值或处于其他危险中的资产的价值；

(c) 下文第 21 条第 1 款 (c)、(d) 和 (g) 项提及的任何救济。

2. [此处写入 (或提及颁布国现行的) 与通知有关的条款]。

3. 除按第 21 条第 1 款 (f) 项规定予以延期外，按本条规定给予的救济在对要求承认的申请作出决定时终止。

4. 如果本条规定的救济可能会干预外国主要程序的管理，则法院可拒绝给予该项救济。

第 20 条. 承认外国主要程序后的效力

1. 一旦承认了作为一项外国主要程序的外国程序，即：

(a) 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；

(b) 停止执行针对债务人资产的行动；

(c) 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。

2. 本条第 1 款所述停止和中止的范围及其修改或终止应受到 [此处指明颁布国与破产有关的、适用于本条第 1 款所述停止和中止措施之例外、限制、修改或终止的任何法律规定] 的制约。

3. 本条第 1 款 (a) 项不影响仅为维护针对债务人的求偿权而开启个人诉讼或程序的权利。

4. 本条第1款不影响依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定请示开启程序的权利或在这种程序中提出求偿的权利。

第21条 承认外国程序时可给予的救济

1. 在一项外国程序,无论是主要或非主要程序得到承认后,在需要保护债务人资产或债权人利益时,法院可根据外国代表的请求,给予任何适当的救济,包括:

(a) 仅在未依第20条第1款(a)项的规定采取停止措施的情况下,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;

(b) 仅在未依第20条第1款(b)项的规定采取停止措施的情况下,停止执行对债务人资产的行动;

(c) 仅在未依第20条第1款(c)项下的规定采取中止措施的情况下,中止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利;

(d) 就债务人的资产、事务、权利、债务或责任事项提供对证人的讯问、收取证据或传送信息;

(e) 委托外国代表或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产;

(f) 延长按第19条第1款给予的救济;

(g) 给予[此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称]根据本国法律可以取得的任何额外救济。

2. 一项外国程序,无论是主要或非主要程序当得到承认后,法院可根据外国代表的请求,委托外国代表或由法院指定的另一人,分配债务人在本国的全部或部分资产,但法院要确信本国债权人的利益得到充分的保护。

3. 在根据本条给予外国非主要程序的代表的救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的资料。

第 22 条. 对债权人和其他利害关系人的保护

1. 在给予或不给予第 19 条或第 21 条规定的救济时，或在根据本条第 3 款修改或终止救济时，法院必须确信债权人和其他利害关系人的利益，包括债务人的利益，受到充分的保护。

2. 法院可对按第 19 条或第 21 条给予的救济附加其认为适当的限制条件。

3. 法院可根据外国代表或根据受到按第 19 条或第 21 条给予的救济的影响的人提出的请求，或根据法院自己的动议，修改或终止该项救济。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为的诉讼

1. 一项外国程序得到承认后，外国代表即有资格提起 [此处提明负责管理重组或清算的个人或机构为避免有损于债权人的行为或以其他方式使这种行为丧失效力而在本国可以提起的诉讼类别]。

2. 当外国程序是一项外国非主要程序时，法院必须确信，该诉讼涉及根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产。

第 24 条. 外国代表对本国程序的干预

当一项外国程序得到承认后，外国代表在符合本国的法律规定的情况下，可干预以债务人为当事一方的任何程序。

第四章 与外国法院和外国代表之间的合作

第 25 条 本国法院与外国法院或 外国代表之间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项，法院应直接或通过 [此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称]，与外国法院或外国代表进行最大限度的合作。

2. 法院有权与外国法院或外国代表直接联系，或直接要求其提供资料或协助。

第 26 条 [此处写入按颁布国法律负责管理重组或 清算的个人或机构名称] 与外国法院或 外国代表之间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项，[此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称]，在履行其职能并在法院的监督之下，应与外国法院或外国代表进行最大限度的合作。

2. [此处写入按颁布国法律负责管理重组或清算的个人或机构名称]，在履行其职能并在法院的监督之下，有权与外国法院或外国代表直接联系。

第 27 条 合作的形式

第 25 条和第 26 条所述的合作可采取任何适当的方法进行，包括：

- (a) 指定某人或机构按法院的指示行事；
- (b) 法院以其认为适当的任何方法传递信息；
- (c) 对债务人资产和事务进行管理和监督方面的协调；

- (d) 法院批准或实施有关协调诸项程序的协议；
- (e) 协调对同一债务人同时进行的多项程序；
- (f) [颁布国不妨列举其他合作形式或实例]。

第五章 同时进行的程序

第 28 条 承认一项外国主要程序后依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定而开启的某项程序

在承认某项外国主要程序后，只有当债务人在本国拥有资产时，才可依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定开启一项程序；而且该程序的效力应只限于债务人在本国的资产，并在必要的限度内为履行第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，只限于根据本国法律应在该程序中予以管理的债务人的其他资产。

第 29 条 依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的某项程序与一项外国程序之间的协调

在针对同一债务人的某项外国程序和依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 实施的一项程序同时进行的情况下，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，并应适用：

- (a) 当本国的程序正在进行时，提出承认外国程序的申请，
 - (i) 根据第 19 条或第 21 条所给予的任何救济，必须与本国的程序相一致；
 - (ii) 如果该外国程序被本国承认作为一项外国主要程序，第 20 条不适用；
- (b) 当本国的程序是在外国程序得到承认或在提出要求承认的申请后才开启时，
 - (i) 根据第 19 条或第 21 条给予的任何救济，应由法院重新审议，对与本国内程序不一致之处应予修改或终止；

(ii) 如果该外国程序是一项外国主要程序，第 20 条第 1 款所述的停止和中止如与本国程序不一致，应根据第 20 条第 2 款予以修改或终止；

(c) 在给予、延长或修改已给予某一外国非主要程序代表的救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的资料。

第 30 条 一个以上外国程序的协调

对于第 1 条所述事项，如针对同一债务人的外国程序不只一个，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调、并应适用：

(a) 在某项外国主要程序得到承认后，根据第 19 条或第 21 条给予外国非主要程序代表的任何救济，必须与该外国主要程序相一致；

(b) 在某项外国非主要程序得到承认或在提出承认外国非主要程序的申请之后，某项外国主要程序得到承认，则根据第 19 条或第 21 条给予的任何已生效之救济应由法院重新审议，对与该外国主要程序不一致之外应予修改或终止；

(c) 在承认某项外国非主要程序后又承认了另一项外国非主要程序，则法院应为促进这些程序的协调的目的，给予、修改或终止救济。

第 31 条 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产

如无相反证据，对于依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定开启的一项程序而言，对一项外国主要程序的承认即证明该债务人已告破产。

第 32 条 多项程序同时进行时的偿付规则

在不损害有担保债权或物权的前提下，已从根据有关外国破产法律的某一程序中获得了部分偿付的债权人，只要同等序列的

其他债权人获得的偿付依比例低于该债权人所获取的偿付，便不得在依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 对同一债务人实施的程序中不再得到对其同一求偿权的偿付。

第二部分

贸易法委员会 跨境破产示范法颁布及 解释指南

贸易法委员会 跨境破产示范法颁布及 解释指南

一. 《示范法》的目的和起源

A. 《示范法》的目的

1. 1997年通过的《贸易法委员会跨境破产示范法》旨在为各国提供协助，使其破产法具有一个现代、协调和公平的框架，以便更有效地处理涉及陷入严重财务困境或资不抵债债务人的跨境诉讼案例。这些案例包括债务人在不止一个国家拥有资产或者债务人的某些债权人不是来自进行破产程序的国家等案件。原则上，在债务人主要利益中心的待决程序预期将对债务人破产管理负有主要责任，无论债务人在几个国家有资产和债权人，但需有适当的协调程序来顾及各地的需要。

2. 《示范法》反映了以现代高效破产制度为特征的跨境破产问题的惯例。因此，颁布《示范法》的国家将对国家的破产制度进行有益的增补和改进，目的是要解决跨境破产案件所产生的问题。国家基于《示范法》通过立法，就是承认某些与破产有关的法律可能必须修订或已作修订，以便达到国际公认标准。

3. 《示范法》尊重各国程序法之间的差异，并不试图对破产法进行实质性统一。《示范法》不过是提供法域之间的合作框架，在若干细微但颇有意义的方面提出不无助益的解决办法，促进以统一方式处理跨境破产。这些解决办法包括下列方面：

(a) 使管理外国破产程序的人（“外国破产管理人”）能够进入颁布国¹法院，从而允许外国破产管理人寻求短暂的“考虑时间”，并允许颁布国法院确定，为以最佳方式处理破产问题，应在各法域间进行何种协调或采取何种其他救济办法；

(b) 确定何时对某一外国破产程序给予“承认”，以及承认的后果如何；

(c) 提供一套透明制度，使外国债权人有权在颁布国启动或参与破产程序；

(d) 允许颁布国的法院与涉及破产事项的外国法院和外国破产管理人有效开展合作；

(e) 授权颁布国法院和颁布国的破产程序管理人向国外寻求协助；

(f) 针对颁布国的破产程序与外国的破产程序同时进行，规定法院管辖权并制定协调规则；

(g) 制定在颁布国给予救济的协调规则，以协助就同一债务人可能在外国进行的两个或两个以上破产程序。

4. 对于那些目前须处理大量跨境破产案件的法域和那些希望为跨境破产案件有可能日益增多做好充分准备的法域，《示范法》是制定有效的跨境合作框架所不可或缺的参考。

B. 《示范法》的起源

5. 跨境破产的发生与日俱增，这是贸易和投资在全球范围内不断发展的反映。然而，国家的破产法一般说来跟不上这种发展趋势，而且它们往往没有对付跨境性质案件的规定。这往往导致法律做法的不适当和不协调，从而影响了挽救陷入财政困境的企业，无助于公平而有效率地管理跨境破产，妨碍了保护破产债务人资产免于散失的工作，并阻碍最大限度发挥这些资产的价值。此外，

¹“颁布国”系指已经根据《示范法》颁布法律的国家。除非另有规定，否则该术语在《颁布及解释指南》中用于指代接收《示范法》所述申请的国家。

跨境破产案件处理若缺乏可预测性，还会妨碍资本的流动，而且对跨境投资起着消极作用。

6. 破产债务人的欺诈行为，尤其是隐匿资产或将其转移至外国法域，无论在发生次数还是在程度上，都是一个日趋严重的问题。相互联系的现代世界使这种欺诈行为更易于设计和实施。《示范法》建立的这种跨境合作机制，就是要对抗这种国际欺诈行为。

7. 只有少数国家有处理跨境破产而且颇适应国际贸易和投资需要的法律框架。在缺乏处理跨境破产的具体法律或条约框架的情况下，采用了各种方法和概念，其中包括如下：英美法系法域的法院应用礼让原则；大陆法系法域为同样目的签发授权命令（执行外国法院判决令）；依靠执行外国判决的立法来执行外国破产命令；利用诸如委托取证书等手段来传递司法协助请求。

8. 纯粹以礼让原则或执行外国法院判决令为基础的做法，所提供的可预测性和可靠性程度，与《示范法》所载的诸如有关司法合作、承认外国破产程序和外国破产管理人进入法院的具体法律所提供的并不相同。例如，在某一法律制度内，关于包括执行外国法院判决令在内的相互承认判决的一般性法律，可能仅限于执行两当事方之间争议的具体金钱判决或强制令，因而排除了启动集体破产程序的决定。此外，对外国破产程序的承认可能不被视为承认某项外国“判决”的事项，例如，如果仅仅将外国破产令看作是对债务人地位的宣布，或者认为该破产令并非终局命令，就属于这种情况。

9. 在有关法域的法院和管理人之间缺乏联系和协调的情况下，更有可能出现资产被挥霍、被欺诈性隐匿，或可能被清算而不诉诸其他更有利的解决办法的情况。其结果就是，不仅债权人取得支付的能力被削弱，而且还会减少拯救财政上能存活的企业和保护就业的可能性。相比之下，如果国家立法中有了对跨境破产案件进行协调管理的机制，则有可能采取明智的、最符合债权人和

债务人利益的解决办法；因此，国家法律中存在此种机制被认为是有利于在该国的外国投资和贸易的。

10. 《示范法》考虑到了其他种种国际性努力的成果，其中包括最终促成订立欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的《第 1346/2000 号条例》（“《欧洲理事会条例》”）、《关于破产的某些国际方面的欧洲公约》（1990 年）²、蒙得维的亚国际商法条约（1889 年和 1940 年）、《北欧国家间关于破产的公约》（1933 年）以及《国际私法公约》（《布斯特曼特法典》）（1928 年）³ 的各个谈判。考虑到的由非政府组织提出的文书包括：《国际破产合作示范法》和《跨境破产协约》，这两者都是由国际律师协会商法科前 J 委员会（破产问题）拟订的。⁴

11. 《欧洲理事会条例》为债务人的主要利益中心在欧洲联盟一成员国的案件建立了一种欧洲联盟内部跨境破产制度。该条例并未涉及超出欧洲联盟成员国范围而达到一非成员国的跨境破产事项。因此，《示范法》为欧洲联盟成员国提供了具有重要实用价值的补充制度，可解决该条例未涉及的许多跨境合作案件。

C. 编写工作和通过

12. 本项目是由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）与重组和破产管理专业人员国际协会密切合作开始的。在编写工作的所有阶段，本项目均从破产管理从业人员国际协会的专家意见中获益。另外，在拟订《示范法》的过程中，国际律师协会商法科前 J 委员会（破产问题）也提供了咨询援助。

13. 在贸易法委员会决定开始关于跨境破产问题的工作之前，贸易法委员会和破产管理从业人员国际协会举办了两期破产管理从业人员、法官、政府官员和其他有关部门代表的国际研讨

² 欧洲条约汇编，第 136 号。

³ 国际联盟，《条约集》，第八十六卷，第 1950 号。

⁴ 可浏览 <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html>（2013 年 8 月 1 日最后一次访问）。

会。⁵ 这些研讨会提出的建议是，贸易法委员会的工作应确立有限但却是有益的目标——促进司法合作、外国破产管理人进入法院和承认外国破产程序。

14. 在贸易法委员会于1995年决定拟订一项关于跨境破产问题的法律文书时，贸易法委员会把这项工作交给了破产法工作组，该工作组是贸易法委员会的附属机构之一。⁶ 工作组用了四届每届为期两周的会议专门讨论关于这个项目的工作。⁷

15. 1997年3月举行了另一次从业者国际会议，讨论工作组编写的草案案文。与会者（主要是法官、司法管理人员和政府官员）普遍认为，示范法在颁布后将是处理跨境破产案件方面的一个重大改进。⁸

16. 1997年5月12日至30日，在维也纳举行的贸易法委员会第三十届会议就草案案文进行了最后谈判。贸易法委员会于1997年5月30日以协商一致方式通过了《示范法》。⁹ 除贸易法委员会的36个成员国之外，来自40个观察国和13个国际组织的代表也参加了委员会和工作组的审议工作。随后，大会通过了1997年12月15日第52/158号决议（见附件），对贸易法委员会为完成和通过《示范法》所做的工作表示赞赏。

⁵第一次是贸易法委员会—国际破产协会跨境破产问题讨论会（1994年4月17日至19日，维也纳）（这次讨论会的报告见A/CN.9/398和http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html；讨论会纪要见《国际破产评论》，会议特刊，第4卷，1995年；贸易法委员会对这次讨论会的审议情况见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第17号》（A/49/17），第215-222段）。第二次讨论会是为征求法官意见而举办的贸易法委员会—国际破产协会跨境破产问题司法讨论会（1995年3月22至23日，多伦多）（司法讨论会的报告见A/CN.9/413号文件和http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html；贸易法委员会对这次司法讨论会的审议情况见《大会正式记录，第五十届会议，补编第17号》（A/50/17），第382-393段）。

⁶《大会正式记录，第五十届会议，补编第17号》（A/50/17），第392和393段。

⁷工作组的报告见：第十八届会议（1995年10月30日至11月10日，维也纳），A/CN.9/419号文件和Corr.1；第十九届会议（1996年4月1日至12日，纽约），A/CN.9/422号文件；第二十届会议（1996年10月7日至18日，维也纳），A/CN.9/433号文件；以及第二十一届会议（1997年1月20日至31日，纽约），A/CN.9/435号文件；所有文件均可查阅网址：<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions.html>。

⁸第二次贸易法委员会—国际破产协会跨境破产问题多国司法讨论会于1997年3月22日至23日在新奥尔良举行。讨论会的简要情况载于贸易法委员会第三十届会议（1997年5月12日至30日，维也纳）的工作报告（《大会正式记录，第五十二届会议，补编第17号》（A/52/17），第17-22段），这次讨论会的报告可查阅网址：http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html。

⁹关于讨论情况，见贸易法委员会第三十届会议工作报告（《大会正式记录，第五十二届会议，补编第17号》（A/52/17），第12-225段）。

二. 《颁布及解释指南》的目的

17. 贸易法委员会认为, 如果《示范法》能附带背景情况和解释性资料, 就将成为一件更为有效的工具。虽说此种资料主要针对的是政府执行部门和编写必要法律修订意见的立法者, 但它也可为法官等负责解释和适用《示范法》者¹⁰及该法规的其他使用者如从业人员和学术界等提供有益的见解。这些资料或许还可以协助各国考虑需对哪些条文(如有的话)做出修改, 以适应具体的国情。

18. 本指南系由秘书处根据贸易法委员会1997年第三十届会议结束时提出的要求所编写。它以委员会通过《示范法》的第三十届会议上的审议和决定¹¹以及从事编写工作的破产法工作组的审议为基础。本指南根据工作组第四十三届会议(2010年)的请求¹²进行了修订, 目的是添加《示范法》与“主要利益中心”有关的某些方面的解释和适用的补充指导。这些修订以第五工作组(破产法)第三十九届会议(2010年)、第四十届会议(2011年)、第四十一届会议(2012年)和第四十二届会议(2012年)及第四十三届会议(2013年)以及委员会第四十六届会议(2013年)的审议为基础, 并且作为《贸易法委员会跨界破产示范法颁布及解释指南》于2013年7月18日获得通过。

三. 示范法作为协调各国法律的一个工具

19. 示范法是建议各国纳入其本国法的立法案文。与国际公约不一样, 示范法并不要求颁布该法的国家通知联合国或其他也可能已经颁布该法的国家。

¹⁰“法官”将包括被指定行使根据[颁布《示范法》的]国内破产法拥有管辖权的法院或其他主管机关的权力的司法官员或其他人。

¹¹《大会正式记录, 第五十二届会议, 补编第17号》(A/52/17), 第220段。

¹²《大会正式记录, 第六十五届会议, 补编第17号》(A/65/17), 第259段。

A. 示范法的灵活性

20. 国家在将示范法文本纳入其体系时，可以修改或略去示范法的某些条款。如果是一项公约，缔约国修改统一文本（通常称为“保留”）的可能性则要受到更多的限制；尤其是各类贸易法公约，它们一般或是完全禁止保留，或是仅允许有特定的保留。示范法的这种内在的灵活性，在国家希望对统一文本做出各种修改，而后才可能将其作为国家法颁布的情况下，尤其可取。在统一文本与国家法院和程序制度密切相关时（《贸易法委员会跨境破产示范法》就是这种情况），尤其可望对其进行一些修改。不过，这也意味着，通过示范法所实现的统一的程度以及其确定性，可能要低于公约所能实现的。因此，为了实现令人满意的统一程度和确定性，建议各国在将《示范法》纳入其法律制度时，尽可能不要进行太多的修改。

B. 《示范法》适应于现有的国家法

21. 《示范法》将其范围限于跨境破产案件的某些程序方面，其目的在于作为颁布国现有破产法的一个不可分割的部分发挥作用。这可以从几个方面表现出来：

(a) 《示范法》为现有法律可能增添的新法律术语数量有限。新法律术语是那些跨境破产情况所特有的术语，如“外国程序”和“外国破产管理人”。《示范法》中所使用的术语不太可能与现有法律的术语相冲突。此外，在用语有可能因国家不同而异时，《示范法》不是使用一个特定术语，而是将该术语的含义在方括号内以楷体指明，并要求国家法的起草者使用适宜的术语；

(b) 《示范法》使颁布国有可能把因承认外国程序而产生的救助与国家法中类似程序中现有的救助取得一致（第20条）；

(c) 承认外国程序并不妨碍本地债权人在颁布国提起和继续集体破产程序（第28条）；

(d) 向外国破产管理人提供的救助须以保护本地债权人和包括债务人在内的其他利害关系人免受不应有损害为条件，救助也须遵守颁布国程序规定和适用的通知规定（尤其是第 22 条和第 19 条第 2 款）；

(e) 《示范法》保留下述可能性：根据压倒一切的公共政策考虑，排斥或限制支持外国程序的任何行动，包括承认该程序，尽管预计将极少使用公共政策的例外规定（第 6 条）；

(f) 《示范法》采取灵活的示范立法形式，考虑到了国家破产法不同做法和各国对破产事项进行合作和协调的各种倾向（第 25-27 条）。

22. 在运用灵活性使《示范法》适应颁布国法律制度时，应适当考虑到需要保持其解释的统一性（见下文第 106-107 段），并考虑到颁布国在破产事项方面采取现代的、普遍接受的国际惯例的好处。因此，把偏离统一文本的内容限制在最低限度是明智的。这将有助于使本国法律对外国使用者来说显得尽可能透明（另见上文第 20 和 21 段）。统一透明的好处是，更加便于颁布国展示本国在跨境破产方面的法律所持的依据，并能在破产事项上获得其他国家的合作。

23. 如果颁布国决定将《示范法》的条款纳入现有国家破产法规，则所颁布的条款的标题必须相应加以修改，在《示范法》标题和案文内各处出现的“法律 (Law)”一词，也必须以适当的措词取代。

四. 《示范法》的主要特点

24. 《示范法》的案文着重于四个关键要素，这四个关键要素在关于《示范法》的谈判开始前于 1990 年代早期进行的研究和磋商中被确定为可能在这些领域达成国际协议：

(a) 外国破产程序管理人和债权人能够进入本地法院，准许本地程序管理人在他处寻求协助；

- (b) 对外国法院签发的某些命令予以承认；
- (c) 为协助外国程序提供救济；及
- (d) 促进债务人资产所在国法院之间的合作，协调同时进行的程序。

A. 准入

25. 准入规定同时涉及到跨境破产案件的进来和出去两个方面。在出去方面，第5条授权根据颁布国的法律负责重整或清算的人或机构（称作破产管理人）¹³代表本地的程序在外国行事（第5条）。在进去的请求方面，在颁布国提出申请的外国破产管理人享有以下权利：直接进入颁布国的法院（第9条）；申请在颁布国按该国的适用条件启动本地的程序（第11条）；并申请承认其已被指定为管理人的外国程序（第15条）。如获承认，外国破产管理人有权参与在颁布国依据该国法律实施的与破产有关的程序（第12条）；在颁布国提起避免或以其他方式使有损于债权人的行为归于无效的诉讼（第23条）；干预债务人为当事一方的任何当地的程序（第24条）。

26. 外国破产管理人有权向颁布国法院提出申请一事，不造成外国破产管理人或债务人的外国资产和事务因申请以外的任何理由受颁布国管辖（第10条）。

27. 重要的是，外国债权人与本国债权人享有相同的权利启动和参与在颁布国实施的程序（第13条）。

28. 向利害关系人发出通知的问题，虽说与保护其利益密切相关，但一般而言并未在《示范法》中规定。因此，这些问题由颁布国的程序规则管理，其中一些规则可能具有公共秩序性质。例如，

¹³ 该术语反映了《示范法》第5条所用措辞，使用该术语是为了与《贸易法委员会破产法立法指南》保持一致，其中解释，“破产管理人”是“在破产程序中被授权管理破产财产的重组或清算的人或机构，包括临时指定的人或机构”：导言，第12 (v) 段。

颁布国的法律将确定是否向债务人或另一人通知有承认某项外国程序的申请，以及发出此种通知的时间期限。

B. 承认

29. 《示范法》的一个主要目的是为承认合格的外国程序制订一个简化程序，避免耗费时日的公证或者其他过程，为决定是否承认提供确定性。《示范法》并不打算承认所有外国破产程序。第17条规定，以第6条为条件，如果第2条关于外国程序性质（即外国程序理应由法院管制或监督的用于清算或重整的集体程序¹⁴）和外国破产管理人性质的特定要求得到满足，第15条所要求的证据已经提供，则法院应当承认该外国程序，而不需要有其他要求。为了协助申请和承认，第16条订立的推定使颁布国法院能够推定源自外国的证明和文件具有第15条所要求的真实性和有效性。

30. 第6条允许在将“明显违反”寻求承认所在国的“公共政策”时拒绝予以承认。这可能是就一项承认申请所应考虑的基本问题。没有试图对构成公共政策的内容作出界定，因为有关概念因国而异。然而，本意是对此例外情况应当作严格的解释，只有在例外的为数有限的情况下才采用第6条（见第101-104段）。破产计划上的区别本身并不能表明有理由认为执行一国的法律将会违反另一国的公众政策。

31. 外国程序应当被承认为主要程序或者非主要程序（第17条第2款）。主要程序是发生在外国程序启动日债务人主要利益中心所在国的程序（关于时间的选择见第157-160段）。原则上，主要程序预期将对管理债务人的破产负主要责任，而无论债务人在多少国家有资产和债权人，但需有适当的协调程序来顾及各地的需要。《示范法》没有界定主要利益中心，但可以按债务人的注册办事处或经常居住地推定（第16条第3款）。

¹⁴关于什么是集体程序，见下文第69-72段。

32. 非主要程序是发生在债务人营业所所在地的程序。它被界定为“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何经营场所”（第2条(f)项）。基于例如资产的存在等其他理由而启动的程序，如果没有主要利益中心或营业所，根据《示范法》的制度将没有资格获得承认。对主要程序和非主要程序将在下文第81-85段中作更详细的讨论。

33. 考虑到事后可能发现准予承认的理由在承认时缺失、发生了变化或者不复存在，《示范法》（第17条第4款）规定可以修改或者终止承认。

34. 根据《示范法》承认外国程序具有若干效力。其中主要的是给予救济以协助外国程序（第20和21条），但此外，如同上文所述，外国破产管理人还有权参与本地与债务人有关的任何破产程序（第13条），有资格提起诉讼使先前交易无效（第23段）并且可以干预以债务人为当事一方的任何程序（第24条）。

C. 救济

35. 《示范法》的一项基本原则是，应当给予为有序公正地进行跨境破产所认为必需的救济来协助外国程序，而无论这种救济是临时性的还是作为承认的结果。《示范法》相应地对在这两种情况下可以给予的救济作出了具体规定。为此，它既不一定将外国法的后果引入颁布国的破产制度，也不一定对外国程序适用按颁布国的法律可以给予的救济。然而，如上文所指出的，使因承认外国程序而产生的救济与在按颁布国法律启动的类似程序中可以给予的救济相互一致起来则是可能的（第20条）。

36. 自提出要求承认的申请之时至对申请作出决定之时，法院可以酌情给予临时救济（第19条）；承认主要程序时可以给予特定形式的救济（第20条）；无论是主要程序还是非主要程序得到承认后，法院都可以酌情给予救济（第21条）。对于主要程序来说，

酌情给予的救济将是除了在承认时可给予的救济之外的救济。根据颁布国的其他法律可提供补充协助（见第7条）。

37. 承认某一外国“主要”程序时所给予的救济的基本要素是包括，中止个人债权人对债务人的诉讼或中止有关债务人资产的强制执行程序，并中止债务人转让或抵押其资产的权利（第20条第1款）。这类中止或停止从下面这层意义上看是“强制性”的（或“自动”的）：此类中止或停止或者是因为承认某项外国主要程序而自动产生，或者是在需要为中止或停止发出法院命令的国家，法院必须发出适当的命令。中止诉讼或强制执行的程序之所以必要，是因为可在采取适当措施进行重整或处理债务人资产之前提供一个“考虑的时间”。中止转让之所以必要，是因为在现代全球化经济制度中，多国债务人可以迅速将金钱和财产转移至国外。因此，承认外国主要程序所启动的强制性暂停可以迅速实行“冻结”，而这对在法院有机会通知有关各方和评估情势之前防止欺诈行为和和保护所涉各当事方合法权益是十分必要的。

38. 对中止和停止的范围的例外和限制（例如有担保的债权、债务人在通常业务过程中所作的支付、抵销、物权执行等的例外），以及是否有可能修改或终止这种中止和停止，则由根据颁布国法律进行的破产程序中类似的中止和停止的规定来确定（第20条第2款）。

39. 对于临时性救济和酌情给予的救济，法院可以施加条件并修改或终止救济，以保护受救济令影响的债权人和其他相关方的权益（第22条）。

D. 合作和协调

合作

40. 《示范法》明文授权法院在《示范法》所辖领域中与外国对应方开展合作和直接进行沟通。还授权在法院与外国破产管理人

之间以及外国破产管理人相互之间进行合作。合作并不依赖于承认，因此可以在早期阶段以及在提出要求承认的申请之前开展合作。由于第4章各条适用于第1条所述事项，不仅可以在向颁布国所提出的协助申请方面提供合作，而且还可以就颁布国的程序向其他地方提出的协助申请（另见第5条）提供合作。此外，合作并不局限于第2条(a)项含义内的外国程序，即根据第17条而有资格得到承认的程序（即这类程序是主要或非主要程序），因此，可以就在有资产基础上启动的程序提供合作。关于合作的详细讨论见第209-223段。

41. 考虑到许多法官和破产管理人可能并不熟悉合作这个概念，第27条列出了开展合作的某些可能手段。这些手段在《贸易法委员会跨国界破产合作实务指南》¹⁵中得到了进一步讨论和充实，其中还汇集了在使用和高谈跨境破产协定方面的做法和经验。

协调同时进行的程序

42. 《示范法》的一些规定涉及到同时进行的程序的协调，目的是促进作出决定以最佳方式实现两个程序的目的。

43. 承认外国主要程序并不妨碍在颁布国启动本地程序（第28条），而在该国启动本地程序既不会终止已经给予外国程序的承认，也不会影响对外国程序的承认。

44. 第29条处理在有同时进行的程序时如何调整可给予的救济。基本原则是，准予已获承认的外国程序的救济应当与本地程序中提供的救济相一致，无论该外国程序是在本地程序启动之前还是之后获得承认的。例如，如果本地程序在提出要求承认的申请时已经启动，准予外国程序的救济必须与本地程序相一致。如果外国程序被承认为主要程序，根据第20条的规定在承认时可给予的自动救济将不适用。

¹⁵《实务指南》的文本可浏览：http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html

45. 第 31 和 32 条载有促进协调的另外一些手段。第 31 条设立了一个推定，即对于要求破产才能启动本地程序而言，承认外国程序即为该债务人破产的证据。第 32 条设立了一条财产合并规则，目的是避免某一债权人可能在不同法域的多个破产程序中提出诉求和获得偿付，从而有可能获得比其他债权人更加优惠的待遇。

五. 逐条评注

序言

本法之目的是为处理跨境破产案件提供有效机制，以促进达到下述目标：

- (a) 本国法院及其他主管机构与外国法院及其他主管机构之间涉及跨境破产案件的合作；
- (b) 加强贸易和投资方面的法律确定性；
- (c) 公平而有效率地实施跨境破产管理，保护所有债权人和其他相关人的利益，包括债务人的利益；
- (d) 保护债务人资产并使之价值最大化；和
- (e) 便于挽救陷入财务困境的企业，从而保护投资并维持就业。

46. 本序言是《示范法》的基本政策目标的简明声明。此处并无创立实质性权利的意图，而只是想为《示范法》的使用者指出一个总的方向，并协助对其作出解释。

47. 在那些习惯于不在立法中列出序言性政策声明的国家，可考虑将目标声明或者写入法规正文或者写入另一文书，以便为法律的解释保留一种有益的手段。

“破产”一词的使用

48. 鉴于不同的法域对“破产程序”一语的内容可能有不同的理

解,《示范法》并没有界定“破产”一词。¹⁶然而,《示范法》使用的“破产”一词指的是对陷入严重财务困境或资不抵债的债务人启动的各种类型的集体程序。其理由在于,《示范法》涉及有关不同类型债务人的程序,在这些程序中,有旨在对作为商业实体的债务人进行清算或重整的程序。以解散有偿付能力的实体为目的来清理该实体的司法或行政程序,和其他不在第2条(a)项范围之内的外国程序,都不是《示范法》范围内的破产程序。若一项程序服务于若干目的,其中包括解散有偿付能力的实体,只有在债务人资不抵债或陷入严重财务困境的情况下,该程序才属于《示范法》第2条(a)项的范围。

49. 《示范法》所涉及的债务人一般来说属于《贸易法委员会破产法立法指南》的范围之内,因此是根据《立法指南》¹⁷建议15和16有资格启动破产程序的债务人,他们或是目前或将来全然无力偿还到期债务的债务人,或是其负债超过其资产价值的债务人。

50. 应该注意的是,在有些法域,“破产(insolvency)程序”这一表述具有狭义的技术含义,例如,它可以仅指涉及一个公司或类似法人的集体程序,或者仅指针对自然人的集体程序。《示范法》中使用“insolvency”这一术语并无作此区分的意图,因为《示范法》的目的只是适用于程序,而不论其所涉债务人是自然人还是法人。如果“insolvency”一词在颁布国可能被误解为特指某一类集体程序,则应使用另一术语来提及该法所涉及的程序。

¹⁶《贸易法委员会破产法立法指南》将破产(insolvency)解释为“债务人基本无力偿付到期债务,或债务人负债超过其资产价值”,将破产程序解释为“为重整或清算进行的须受法院监督的集体程序”,导言第12段(s)和(u)项。

¹⁷《立法指南》建议15和16规定:

15. 破产法应当具体规定,如果债务人可以证明下列任何一项条件,破产程序可以根据该债务人提出的申请而启动:

- (a) 债务人目前或者将来全然无力偿还到期债务;或者
- (b) 债务人的负债超过其资产的价值。

16. 破产法应当具体规定,如果债权人可以证明下列任何一项条件,破产程序可以根据该债权人提出的申请而启动:

- (a) 债务人目前全然无力偿还到期债务;
- (b) 债务人的负债超过其资产的价值。

51. 不过,在提及外国破产程序时,最好使用第2条(a)项的措词,以便不要排除对根据第2条(a)项应当包括的外国程序的承认。

“国 (State)”

52. 序言和整个《示范法》中所用的“国 (State)”一词,系指颁布《示范法》的实体 (“颁布国”)。该词不应理解为例如指某一联邦制国家的某一个州。国家法规可使用为此目的习惯上使用的另一种表述。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第136-139段。

A/CN.9/422, 第19-23段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第4-5页。

A/CN.9/433, 第22-28段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第5页。

A/CN.9/435, 第100段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第37-38段。

A/CN.9/442, 第54-56段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/738, 第14-16段。

A/CN.9/WG.V/WP.103, 第54段、
第51-52段和第56段。

A/CN.9/742, 第23段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第54段、
第51-51A段和第56段。

A/CN.9/766, 第21-25段。

第一章. 总则

第1条. 适用范围

1. 本法适用于下列情形:

(a) 外国法院或外国破产管理人就一项外国程序相关事宜寻求本国的协助;或者

(b) 就一项根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的程序寻求一外国的协助;或者

(c) 针对同一债务人的一项外国程序和一项根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的程序同时进行;或者

(d) 外国债权人或其他相关人对请求启动或参与一项根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的程序具有利益。

2. 本法不适用于涉及 [此处标明由本国特别破产制度管辖并且本国希望将其排除在本法之外的任何类别的实体, 如银行或保险公司] 的程序。

第 1 款

53. 第 1 条第 1 款概述了跨境破产案件中可能产生的、而《示范法》为其提供了解决办法的问题的类型: (a) 由外向内的要求承认某项外国程序的请求; (b) 由内向外的由颁布国法院或破产管理人提出的要求承认根据颁布国法律启动的某项破产程序的请求; (c) 对同时在两个或多个国家进行的程序进行协调; 以及 (d) 外国债权人参与在颁布国进行的破产程序。

54. 第 1 款 (a) 项和 (b) 项中的“协助”意在概括《示范法》中所处理的各种情况, 在这类情况中, 某一国家的法院或破产管理人可向另一国家的法院或破产管理人提出给予《示范法》范围内的协助的请求。这些协助类型中有的在《示范法》中明确提到了 (如在第 19 条第 1 款 (a) 和 (b) 项; 第 21 条第 1 款 (a)-(f) 项和第 2 款; 及第 27 条 (a)-(e) 项), 有的协助类型则由 (诸如第 21 条第 1 款 (g) 项中的那种) 更广泛的提法所包括。

第 2 款 (特别管理的破产程序)

55. 一般来说, 《示范法》的拟订是要适用于符合第 2 条 (a) 项规定条件的任何程序, 与债务人性质或其在本国法中的特定地位毫无关系。《示范法》本身设想的唯一可能的例外情况在 2 款中作了说明 (不过, 有关“消费者”的考虑见下文第 61 段)。

56. 银行或保险公司被作为颁布国可能决定将其排除在《示范法》管辖范围之外的实体示例而提及。这项排除的原因通常是, 此类

实体的破产后，特别有必要保护大批个人的重大利益，或这些实体的破产通常需要采取特别迅速和审慎的行动（例如为了避免大规模提取存款）。由于这些原因，在许多国家，此类实体的破产是由专门的管理制度管理的。

57. 第2款表明，颁布国可以决定排除除银行和保险公司以外的实体的破产；如果对其他类别的实体（如公用事业公司）采取特别破产制度所基于的政策考虑要求在跨境破产案中采取特别的解决办法，国家也可能会这样做。

58. 排除第2款中提及的实体的所有破产案件是不可取的。特别是，为了承认的目的，颁布国可能要将涉及银行或保险公司的某项外国破产程序视为普通破产程序处理，如果该外国实体在颁布国的分支机构或其资产的破产不属于该国管理制度管辖的话。颁布国也可能不排除承认涉及某一此类实体的外国程序的可能性，如果起源国的法律没有将该程序置于特别管理之下的话。

59. 在颁布第2款时，国家不妨明确说明，它不会仅仅因为某项破产受某项特别管理制度的管理而无意中不合适地限制破产管理人或法院在国外寻求协助的权利，或在国外寻求承认在颁布国领土上进行的某项破产程序的权利。此外，即使某项破产受特别法规的管辖，最好也能在将这些案件普遍排除在《示范法》管辖范围以外之前，考虑一下以下做法是否有益，即让《示范法》的某些特点（如有关合作和协调，或许还有有关某些酌情救助类型的内容）也适用于受特别管理的破产程序。

60. 总之，为了使国家破产法更具有透明度（以便于外国人使用根据《示范法》制订的法律），颁布国最好在2款中明确提及排除在该法范围之外的情况。

非商人或自然人

61. 在那些没有为消费者破产做出规定的法域，或在其破产法为非商人破产规定了特别待遇的法域，颁布国似应将那些与居住在颁布国境内的、其债务主要为个人或家庭目的而非为商业或生意

目的而发生的自然人有关的破产，或那些与非商人有关的破产，排除在《示范法》的适用范围之外。颁布国还似应规定，此类排除在外的情况将不适用于债务总额超出某一最高限度金额的案件。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 141-150 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 6-7 页。

A/CN.9/422, 第 24-33 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 5 页。

A/CN.9/433, 第 29-32 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 6 和 15 页。

A/CN.9/435, 第 102-106 段和
第 179 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103, 第 57-59 段。

A/CN.9/742, 第 24 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 65 段。

A/CN.9/763, 第 22 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 58-59 段
和第 65 段。

A/CN.9/766, 第 26 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 39-42 段。

A/CN.9/442, 第 57-66 段。

第 2 条. 定义

在本法中：

(a) “外国程序”系指在某一外国遵照与破产有关的法律而进行的集体司法程序或行政程序，包括临时程序，在这一程序中，为达到重整或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；

(b) “外国主要程序”系指在债务人主要利益中心所在国进行的外国程序；

(c) “外国非主要程序”系指有别于外国主要程序的外国程序，该程序发生在本条 (f) 项涵义内的债务人营业所所在国；

(d) “外国破产管理人”系指在外国程序中被授权管理债务人资产或事务的重整或清算，或被授权担任该外国程序管理人的人或机构，包括临时指定的人或机构；

第 2 条. 定义 (续)

(e) “外国法院”系指负责控制或监督某一外国程序的司法当局或其他主管当局;

(f) “营业所”系指债务人以人工和货物或服务进行非临时性经济活动的任何营业场所。

(a)-(d) 项

62. 由于《示范法》将会植入国家法律之中, 所以第 2 条只需界定针对跨境情况的用语。因此, 《示范法》中载有“外国程序”(a) 项) 和“外国破产管理人”(d) 项) 等用语的定义, 而没有列出可能在颁布国破产程序中受托管理债务人资产的人或机构的定义。只要在国家法规中为这类人或机构所使用的用语进行界定(而不是使用通常使用的用语来指这类人)是有助益的, 也可在颁布《示范法》的法律中添加这些定义。

63. 这些定义通过规定“外国程序”和“外国破产管理人”的必要特性, 限制了《示范法》的适用范围。要使某项程序可以依《示范法》得到承认或合作, 以及使某个外国破产管理人可以依《示范法》进入本地法院, 该外国程序和外国破产管理人必须具备(a) 和(d) 项所述的属性。

64. 不具备这些属性的程序和外国破产管理人没有资格按《示范法》获得承认。

(a) 项 – 外国程序

65. 对源于外国法域的程序或人的定义避免使用在不同法律制度中可能具有不同技术含义的词语, 而是描述其目的或职能。采用这种办法是要避免无意中缩小可能取得承认的外国程序的种类范围, 并且避免与颁布国法律中所使用的术语发生不必要的冲突。

正如上文第 50 段所指出的那样，“破产程序”这一表述在某些法律制度中可能具有某种技术含义，但在 (a) 项中它却是泛指涉及陷入严重财务困境或资不抵债的债务人的程序。

66. 属于《示范法》范围内的外国破产程序所需具备的属性包括以下内容：以起源国与破产有关的法律为基础；债权人集体参与；由法院或另一官方机构对债务人资产和事务进行控制或监督；债务人的重整或清算是程序的目的（第 2 条 (a) 项）。外国破产程序是否具备或曾经具备这些属性，将在审议要求承认的申请时确定。

67. 如序言 (e) 项所述，《示范法》的重点是有严重财务麻烦或资不抵债的债务人，以及防止或处理这些债务人财务困境的法律。如前所述（第 49 段），他们一般是《立法指南》中讨论的启动标准范围内的债务人，他们或是目前或将来全然无力偿还到期债务的债务人，或是其负债超过其资产价值的债务人（建议 15 和 16）。

68. 以下段落讨论了第 2 条下“外国程序”所需的各种特点。这些特点虽然分别讨论，但却是累加的，应当把第 2 条 (a) 项视为一个整体。

(i) 集体程序

69. 一项程序有资格获得《示范法》所述救济的先决条件是，它必须是一项集体程序，因为《示范法》意在为破产程序的所有利益攸关方提供一种达成全面协同解决办法的工具。《示范法》无意仅仅用作可能已经在另一国家启动托收程序的一个或一组特定债权人的一种托收安排。如果停业程序¹⁸或保护程序也未列入处理债权人债权的规定，《示范法》也无意成为在这类程序中汇聚资产的一种工具。《示范法》可以成为起监管作用的某些类型诉讼的适

¹⁸ 停业是指结束一个公司及其业务的程序。

当工具，例如针对保险公司或经纪公司之类受到公共监管的实体的接管程序，但先决条件是该程序系《示范法》中该用语所指的集体程序。如果一个程序是集体程序，它必须还满足定义的其他要素，包括其目的是清算或重整（见下文第 77 和 78 段）。

70. 在评价某一项程序是否系《示范法》中的集体程序时，一个关键的考虑因素是，在不违反当地优先事项和法定例外情况以及与有担保债权人的权利有关的当地除外规定的条件下，该程序是否处理债务人几乎所有的资产和负债。不应仅仅因为一个程序没有影响到一组债权人的权利而断定其不属于集体程序。一个例子是，一些破产程序不将抵押资产列入破产财产，因而使这些资产不受启动程序的影响，并使有担保债权人得以在破产法范围之外索求其权利（见《破产法立法指南》，第二部分，第二章，第 7-9 段）。第 2 条中的集体程序处理债权人的方式包括，使因程序而受到不利影响的债权人享有权利（但不一定承担义务）：提交债权以供确定，并得到公平分配或清偿；参与程序；并得到关于程序的通知以便利其参与。《立法指南》广泛阐述了债权人的权利，其中包括参与程序的权利（第二部分，第三章，第 75-112 段）。

71. 在外国程序的这个定义范围之内，多种集体程序都有资格获得承认，无论它们是强制性还是自愿性程序，是法人还是个人程序，是停业还是重整程序。该定义还将包括债务人保留对其资产的某种程度的控制但须受法院监督的程序（如暂停支付，“占有资产的债务人”）。

72. 《示范法》承认，为了某些目的，在法律界定的、并不一定意味着债务人确实资不抵债的一些特定情形下，也可启动破产程序。下文第 235 段指出，这类情形可包括债务人停止支付或债务人采取某些行为，如公司决定、耗散资产或撤销营业点。下文第 236 段指出，对于将破产作为破产程序启动条件的法域来说，第 31 条规定在外国主要程序获得承认之时即推定债务人已告破产，以启动本地破产程序，但这一推定是可以推翻的。

(ii) 根据与破产有关的法律

73. 《示范法》中使用这种行文是要承认，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，¹⁹ 也不管载列这些规则的法律是否仅仅关系到破产问题。涉及一个有偿付能力的法人实体的简单程序，如果它不寻求重组该实体的财政事务，而是要解除它的法律地位，则依据关于资不抵债或严重财务困境的法律很可能不是一个破产程序。

(iii) 外国法院的控制或监督

74. 《示范法》既没有具体规定为满足定义的这方面内容而必要的控制或监督的程度，也没有具体规定控制或监督应当产生的时间。虽然本意是规定 (a) 项所要求的控制或监督就其性质而言应当是正式的，但它可能是潜在的而不是实际的。如第 71 段所述，债务人保留对其资产有某种程度控制（虽然要受法院的监督，例如债务人占有资产）的程序，将满足这项要求。控制或监督不仅可以直接由法院行使，也可以由破产管理人行使，但该破产管理人又要受制于法院的控制或监督。仅仅由审批机构监督破产管理人是不足的。

75. 不应当排除《立法指南》提到的简易程序类型（见第二部分，第四章，第 76-94 段和建议 160-168）。在这些程序中，法院在破产过程的稍后阶段行使控制或监督。曾受到过法院的控制或监督、但在申请承认时已经不再需要接受控制或监督的程序也不应当被排除在外。后者的一个例子可以是，重整计划已获批准，虽然法院对重整计划的实施不再具有任何职能，但程序仍然是开放的或待决的，法院仍然保留管辖权直到实施完毕。

¹⁹ A/CN.9/422，第 49 段。

76. 第 2 条 (a) 项清楚表明, 债务人的资产和事务均应受到控制或监督; 如果外国程序仅涉及其中的一项, 那是不够的。

(iv) 为达到重整或清算的目的

77. 某些类型的程序, 虽然可能满足第 2 条 (a) 项中关于外国程序定义中的某些要素, 但由于它们不是为了所述的重整或清算目的, 则可能没有资格获得承认。这类程序可以采取多种形式, 其中包括: 旨在防止耗散和浪费而不是旨在清算或重整破产财产的程序; 旨在防止损害投资者而非所有债权人的程序 (在这种情形下, 程序还可能不是一个集体程序); 或者赋予外国破产管理人的权力和使他们承担的责任与清算或重整中通常所附的权力或责任相比更为有限的程序, 例如只有维护资产的权力而已。

78. 可能没有资格获得承认的各类程序可以包括债务人与其某些债权人仅仅按契约就某些债务采取的财务调整措施或安排, 有关谈判并不导致根据破产法启动破产程序²⁰。这类措施一般不能满足关于集体性或者关于法院控制或监督的要求 (见第 74-76 段)。由于这些措施可以采取多种形式, 因此难以在关于承认的一条一般规则中加以处理。²¹ 不要求由法院监督或控制的其他程序可能也没有资格获得承认。

临时程序

79. (a) 和 (d) 项中的定义还包含“临时程序”和“临时指定的”破产管理人。在临时程序或是不存在或是不符合该定义的规定条件的国家, 有可能产生这样一个问题, 即承认某项外国“临时程

²⁰ 这类合同安排显然在《示范法》之外仍可强制执行, 而不需要予以承认; 《示范法》或《颁布及解释指南》均无意对这类可强制执行性加以限制。

²¹ A/CN.9/419, 第 19 和 29 段。

序”是否会造成依据《示范法》允许出现根据情况并不应有的潜在破坏性后果的风险。可取的做法是，不管在颁布国如何对待临时程序，仍然在 (a) 项中提及“临时程序”，在 (d) 项中提及“临时”指定的外国破产管理人。其原因是，在许多国家的实践中，破产程序往往是或甚至通常是“临时”或“暂时”启动的。除了被称为临时程序外，这些程序符合第 2 条 (a) 项定义的所有其他规定条件。此类程序时常要作为“临时”程序在“临时”指定的个人管理下进行几个星期或几个月，只是在一段时间过后，法院才会发出命令，确认此类程序在非临时基础上继续进行。《示范法》的目的充分适用于此类“临时程序”（条件是要符合 (a) 项和 (d) 项的规定条件）；因此，这些程序不应仅仅因为它们被描述为具有临时性质便与其他破产程序有区别。临时程序和外国破产管理人必须符合第 2 条的全部规定条件这一点在第 17 条第 1 款中得到强调，根据该条规定，某项外国程序只有在下述情况下方可获得承认，即该外国程序是“第 2 条 (a) 项涵义内的程序”以及“申请承认的外国破产管理人是第 2 条 (d) 项涵义内的人或机构”。

80. 第 18 条涉及到这样一种情况，即在申请承认或获得承认后，该外国程序或外国破产管理人，无论是否是临时性的，不再符合第 2 条 (a) 和 (d) 项的规定条件（见下文第 168-169 段）。

(b) 项 – 外国主要程序

81. 如果外国程序是在“债务人主要利益中心”所在国启动，则将该程序视为“主要”程序。这与（以先前在《欧洲联盟破产程序公约》（《欧洲公约》）采用的提法为基础的）《欧洲理事会条例》第 3 条的提法相一致，因而得以就“主要”程序的概念进一步实现逐步统一。确定某项外国程序为“主要”程序会影响到根据第 20 和 21 条给予外国破产管理人的救济的性质，并且影响到外国程序同第四章下在颁布国可能启动的程序和第五章下同时进行的其他程序之间的协调。

82. 《示范法》没有界定“主要利益中心”这一概念。然而，一份针对《欧洲公约》编写的解释性报告（Virgos-Schmit 报告）²² 就“主要破产程序”这一概念提供了指导意见，尽管该公约后来夭折了，但报告还是得到了普遍接受，被作为《欧洲理事会条例》中“主要利益中心”一语的辅助解释材料。由于《欧洲理事会条例》中“主要利益中心”的提法与《示范法》中的提法相符，因此虽然目的不同（见下文第 141 段），但解释《欧洲理事会条例》的法理可能也与对《示范法》的解释有关。

83. 《欧洲理事会条例》陈述部分 (12) 和 (13) 规定：

“(12) 本条例使主要破产程序能够在债务人设有主要利益中心的成员国启动。这类程序具有普遍范围，旨在涵盖债务人的所有资产。为保护多种多样的利益，本条例允许启动辅助程序²³ 与主要程序平行进行。辅助程序可在债务人设有营业所的成员国启动。辅助程序的效力限于位于该国的资产。与主要程序协调的强制性规则可满足共同体内统一性的需要。

“(13) ‘主要利益中心’应当对应于债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。”

84. Virgos-Schmit 报告对“主要破产程序”的概念解释如下：

“73. 主要破产程序

“第 3(1) 条使普遍适用的主要破产程序能够在债务人设有主要利益中心的缔约国启动。主要破产程序具有普遍范围。其目的是涵盖债务人在全球范围的所有资产，并影响所有债权人，不管其位于何地。

“在《公约》所包括领土内只可启动一套主要程序。”

²² M. Virgos 和 E. Schmit : 《关于破产程序公约的报告》, 1996 年 5 月 3 日, 布鲁塞尔。该报告于 1996 年 7 月出版, 可浏览 <http://aei.pitt.edu/952> (最近一次访问日期为 2013 年 8 月 1 日)。

²³ 在《欧盟委员会条例》中称为“辅助程序”, 而在《示范法》中称为“非主要程序”。

.....

“75. ‘主要利益中心’的概念必须解释为债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。

“本规则的理由不难解释。破产是一种可以预期的风险。因此，重要的是国际管辖权（我们将会看到，这种管辖权导致适用该缔约国的破产法）基于债务人的潜在债权人所知悉的地点。这使得必须推定发生破产时必须承担的法律风险能够计算出来。

“使用‘权益’一词的目的是不仅涵盖商业、工业或专业活动，而且涵盖一般经济活动，以便将私人个人（例如消费者）的活动包括在内。“主要”一词是一种判定标准，用来处理这些权益包括在不同中心开展不同类别的活动的情况。

“原则上，主要利益中心对于专业人员而言是其职业住所所在地，对于一般自然人而言是其惯常居住地。

“就公司和法人而言，《公约》推定，如无相反证据，债务人主要利益中心是其注册办事处所在地。该所在地通常与债务人的总部是一致的。”

主要利益中心问题在关于第 16 条的评注中进一步讨论。

(c) 项 – 外国非主要程序

85. (c) 项要求，“外国非主要程序”发生在债务人拥有“营业所”的国家（见下文第 88-90 段）。这样，可根据第 17 条 2 款得到承认的某项外国非主要程序，可能只是在债务人拥有第 2 条 (f) 项涵义内的营业所的国家开始的程序。这项规则并不影响第 28 条的规定，即破产程序只可在债务人拥有资产的颁布国启动。不过，应该注意的是，只是以存在资产为由而启动的破产程序的效力通常仅限于在该国的资产；如果债务人的其他在国外资产根据颁布国的法律应在该破产程序中管理（如第 28 条所设想的那样），这

一跨境问题将依据《示范法》第 25 至 27 条作为国际合作与协调事项来处理。

(d) 项 – 外国破产管理人

86. (d) 项承认，外国破产管理人可以是在外国程序中被授权管理这些程序的人，程序管理包括在另一个法域寻求承认、救济和合作，外国破产管理人还可以只是被特别授权代表这些程序的人。《示范法》没有特别说明外国破产管理人必须由法院授权（如第 2 条 (e) 项所定义的），因此该定义的范围足以包含法院之外的一个专门机构所作的指定。它还包括临时指定（见上文第 79-80 段）。在外国程序中指定外国破产管理人以上述任何一种或两种身份行事，都足以适合《示范法》的目的；第 15 条要求出具经核证的指定该外国破产管理人的决定的副本、证实指定的证书，或者可以为受诉法院所接受的证明该指定的其他证据。(d) 项中定义的范围足以包括在破产程序启动后仍然占管的债务人。

(e) 项 – 外国法院

87. 符合第 2 条 (a) 项规定条件的外国程序应受到同等的待遇，而不论其是由司法机构还是行政机构所启动或监督。因此，为避免一提到外国法院就必须提到外国非司法当局，(e) 项中“外国法院”的定义也包括了非司法当局。(e) 项沿用了《欧洲理事会条例》第 2 条 (d) 项、《立法指南》（导言，第 12(i) 段）及《贸易法委员会实践指南》（导言，第 7-8 段）所用的类似定义。

(f) 项 – 营业所

88. “营业所”一词的定义受到了《欧洲理事会条例》第 2 条 (h) 项的启发。该措词用于《示范法》中对“外国非主要程序”的定义（第 2 条 (c) 项）和第 17 条第 2 款，根据该条规定，要使某项

外国非主要程序获得承认，债务人必须在该外国设有营业所（另见上文第 85 段）。

89. Virgos-Schmit 关于该公约的报告提供了对“营业所”的一些进一步解释：

“经营地系指在市场上（即对外）从事经济活动的所在地，不论所述活动是商业、工业还是专业性的。

“强调必须使用人力资源从事经济活动表明需要某种最低限度的组织部署。纯粹偶尔使用的经营地不能被归类为“营业所”。需要某种固定性。否定式表述（“非临时性”）旨在避免最低限度的时间要求。决定因素是活动的外在表象，而不是债务人的意图。”²⁴

90. 由于“营业所”是一个界定用语，法院询问债务人是否有营业所纯粹是询问事实。与“外国主要程序”不同，在确定营业所问题上没有推定。这里的一个法律问题是，“非临时性”一语究竟是指相关经济活动的延续时间还是实施该活动的特定地点。破产程序的启动、债务的存在，以及独立的货物、银行账户或财产的存在本身，原则上并不能满足营业所这项定义。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 152-158 段。

A/CN.9/419, 第 95-117 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 7-10 页。

A/CN.9/422, 第 34-65 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 5-7 页。

A/CN.9/433, 第 33-41 段和第 147 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 6-7 页。

A/CN.9/435, 第 108-113 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 43-45 段。

A/CN.9/442, 第 67-75 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/715, 第 14-15 段、第 17-22 段、第 32-35 段和第 46 段。

A/CN.9/738, 第 17-19 段。

²⁴Virgos-Schmit 报告（见脚注 22），第 7.1 段。

- (c) 《颁布及解释指南》(续) A/CN.9/763, 第 23-25 段。
- A/CN.9/WG.V/WP.103, 第 67-68A 段、第 23-23G 段、第 69-70 段、第 31-31C 段和第 73-75B 段。 A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 68-68A 段、第 71-72 段、第 23-23C 段、第 24-24G 段、第 70 段、第 31-31C 段和第 73-75B 段。
- A/CN.9/742, 第 25-36 段和第 58 段。
- A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 68 段、第 31 段和第 73-75B 段。 A/CN.9/766, 第 27-28 段。

第 3 条. 本国的国际义务

本国作为一方同另一国或多国签订的任何条约或其他形式协定使本国承担的某一义务与本法发生冲突的, 以该条约或协定的规定为准。

91. 第 3 条表述颁布国的国际义务高于国内法的原则, 该条仿效了贸易法委员会拟订的其他《示范法》的类似规定。

92. 在颁布该条时, 立法者不妨考虑, 采取措施避免对国际条约做出过宽的解释是否可取。例如, 该条可能导致把优先权给予那些尽管处理《示范法》所涉及的事项(如进入法院和法院之间或行政当局之间的合作问题等), 但其目的在于解决非《示范法》集中关注的那些问题的国际条约。某些此类条约仅仅因为它们措词笼统或广泛, 可能被误解为也处理《示范法》所处理的事项。这样一种结果会损害实现统一性和促进破产事项上的跨境合作的目标, 减少适用《示范法》的确定性和可预见性。颁布国不妨规定, 为要使第 3 条免除国内法的某项规定, 在有关的国际条约与该国内法规定所处理的问题之间, 必须存在充分的联系。这种条件就可避免无意中过分限制实施《示范法》的国内立法的效力。不过, 这种规定不宜太过分, 以致强加一种条件, 使有关条约必须是专门处理破产事项的条约才能满足这一条件。

93. 虽然在某些国家中具有约束力的国际条约是自行生效的，但在其他国家，除有某些例外情形之外，国际条约并非自行生效，它们需要有国内立法才能成为可强制执行的法律。关于后一组国家，鉴于它们处理国际条约和协定的通常做法，把第3条纳入其立法是不妥当或不必要的，或者，比较妥当的办法或许是以经过修改的形式将其纳入。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 159-162 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 11 页。

A/CN.9/422, 第 66-67 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 7 页。

A/CN.9/433, 第 42-43 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 7-8 页。

A/CN.9/435, 第 114-117 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 46 段。

A/CN.9/442, 第 76-78 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 78 段。

A/CN.9/763, 第 26 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 78 段。

A/CN.9/766, 第 29 段。

第 4 条. [主管法院或当局]¹

本法中提到的关于承认外国程序及与外国法院合作的职能，应由 [此处具体指明颁布国负责履行这些职能的法院或当局] 负责履行。

¹ 凡属将有关破产程序某些职能交由政府指定官员或机构负责执行的国家，不妨在第 4 条或在第一章其他地方列入下述规定：

本法中任何条款概不影响本国现行的涉及 [此处写入政府指定的个人或机构名称] 的权力的规定。

94. 如果第 4 条提到的任何职能在颁布国是由法院以外的当局履行，则该国将在第 4 条和颁布立法的其他有关处写进该主管当局的名称。

95. 《示范法》中涉及的各种司法职能的权限可能属于颁布国不同的法院，颁布国将修改该条的案文以适合其自己的法院权限制度。第4条在某一国家颁布的意义是，它可提高透明度并更便于尤其是外国破产管理人和外国法院对破产法的使用。

96. 在界定第4条所述事项的管辖权时，实施《示范法》的法律不应将颁布国其他法院的管辖权作不必要的限制，尤其是在受理外国破产管理人提出的有关临时救济的请求方面。

脚注

97. 在一些国家，破产法律将某些与全面监督该国破产案件处理程序有关的任务交由政府任命的官员负责，他们通常是公务员或司法官员，长期履行他们的职责。他们使用的名称不同，包括诸如“官方指定的财产管理人”、“官方指定受托人”或“官方受托人”等。他们的活动和他们职责的范围和性质因国家的不同而异。《示范法》并未限制这些官员的权力，某些颁布国不妨像脚注中所表明的那样对这一点予以澄清。不过，根据颁布国在第25条和第26条中提及“按颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称”时所使用的措词，这些官员可能有责任按第25至27条所规定的进行合作。

98. 在某些法域，上段提及的官员可能也被任命作为个人破产案件的管理人。如出现这种情况，对这些官员应属于《示范法》适用的范围。

贸易法委员会和工作组的讨论

- (a) 《示范法》
A/52/17, 第163-166段。
A/CN.9/419, 第69段。
A/CN.9/WG.V/WP.44, 第11页。
A/CN.9/422, 第68-69段。
- A/CN.9/WG.V/WP.46, 第8页。
A/CN.9/433, 第44-45段。
A/CN.9/WG.V/WP.48, 第8-9页。
A/CN.9/435, 第118-122段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 47-50 段。

A/CN.9/442, 第 79-83 段。

第 5 条. [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构的名称] 在外国行动的授权

[此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构的名称] 被授权代表依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序, 在适用的外国法律允许的情况下, 在某一外国采取行动。

99. 第 5 条的意图是使在颁布国启动的破产程序中被任命的破产管理人或其他主管当局能够在外国担任上述程序的外国破产管理人。事实证明, 在某些国家, 由于缺乏这类授权而妨碍了跨境案件进行有效的国际合作。破产管理人已有权担任外国破产管理人的颁布国也可决定不列入第 5 条, 不过即使这样的国家也许会希望保留第 5 条, 以便为这种权力提供明确的法定证据。

100. 拟订第 5 条是为了表明, 破产管理人在国外行使的权力的范围将取决于外国法律和法院。在颁布国任命的破产管理人可能希望在某一外国采取的行动, 将是《示范法》中所涉类型的行动。但在某一外国行事的权力并不取决于该国是否颁布了基于《示范法》的法规。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 8 页。

A/52/17, 第 167-169 段。

A/CN.9/433, 第 46-49 段。

A/CN.9/419, 第 36-39 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 9 页。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 12 页。

A/CN.9/435, 第 123-124 段。

A/CN.9/422, 第 70-74 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 51-52 段。

A/CN.9/442, 第 84-85 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 84 段。

A/CN.9/763, 第 26 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 84 段。

A/CN.9/766, 第 30 段。

第 6 条. 公共政策的例外

本法范围内的一项行动明显违反本国公共政策的, 本法中的任何规定概不妨碍法院拒绝采取该项行动。

101. 由于公共政策的概念是以国家法律为基础的, 而且有可能会因国而异, 所以第 6 条中并未试图就此下一个统一的定义。

102. 在有些国家, “公共政策”这一措词可能具有广泛的含义, 它可能大体上与国内法的任一强制性规则有关。不过, 在许多国家, 公共政策的例外被解释为仅限于法律的根本原则, 特别是宪法规定的各项保障; 在这些国家, 公共政策只被用来拒绝适用与上述基本原则相抵触的外国法律, 或拒绝承认与上述基本原则相抵触的外国司法判决或仲裁裁决。

103. 为在《示范法》范围内适用公共政策的例外, 必须注意的是, 有越来越多的法域认识到公共政策概念是一分为二的: 适用于国内事务的公共政策概念以及用于国际合作事务和承认外国法律的效力问题的公共政策概念。特别是在后一种情形之下, 较之国内的公共政策, 公共政策受到了更为严格的限制性解释。这种一分为二反映了这样一种认识, 即如果对公共政策给予广义的解释, 则国际合作就会不必要地受到妨碍。

104. “明显”一词也在许多其他国际法律文件中作为“公共政策”一词的修饰语使用, 其目的是为了强调, 公共政策的例外应当作限制性的解释, 并强调只打算在涉及到对颁布国来说至关重要的问题的特殊情况下才援引第 6 条。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第170-173段。

A/CN.9/419, 第40段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第15页。

A/CN.9/422, 第84-85段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第16页。

A/CN.9/433, 第156-160段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第9页。

A/CN.9/435, 第125-128段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第53段。

A/CN.9/442, 第86-89段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/715, 第26-30段。

A/CN.9/738, 第32段。

第7条. 根据其他法律提供进一步援助

本法中任何规定概不限制法院或 [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称] 根据本国其他法律向外国破产管理人提供进一步援助的权力。

105. 《示范法》的目的是要增加和协调颁布国向外国破产管理人提供的现有的跨境协助。不过, 由于颁布国的法律在颁布《示范法》之时可能已经有了各种规定, 依照这些规定外国破产管理人可以取得跨境协助, 而且由于《示范法》的目的并非取代那些提供更多的或不同于《示范法》所涉协助类型的协助的规定, 因此颁布国可考虑是否需要第7条以使这一点更明确。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第175段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第90段。

第 8 条. 解释

对本法作出解释时，应考虑到本法的国际渊源以及促进本法统一适用和遵守诚信的必要性。

106. 类似于第 8 条所载规定的条款亦在若干私法条约（如《联合国国际货物销售合同公约》第 7 条 1 款）中出现。最近人们认识到，在像示范法这样的非条约案文中，这样一项规定也是有益的，因为颁布示范法的国家也希望对示范法有统一的解释。第 8 条仿效了《贸易法委员会电子商业示范法》第 3 条 1 款。

107. 贸易法委员会法规的判例法 (CLOUT) 资料系统将促进对《示范法》的统一解释，按照该系统的要求，贸易法委员会秘书处出版对贸易法委员会的各项公约和《示范法》加以解释的司法判决（和视情形而定的仲裁裁决）的摘要。（欲知有关该系统的更详细情况，见下文第 243 段。）

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 174 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第 91-92 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/715, 第 23-25 段。

A/CN.9/WG.V/WP.103, 第 92 段。

A/CN.9/742, 第 37-38 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 91 段。

A/CN.9/763, 第 26 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 91 段。

A/CN.9/766, 第 30 段。

第二章 外国破产管理人和外国债权人对本国法院的进入

第 9 条 直接进入权

外国破产管理人有权直接向本国法院提出申请。

108. 《示范法》的一个重要目的是要使外国破产管理人能够简便、直接地进入颁布国法院。第 9 条仅限于表述外国破产管理人直接进入颁布国法院的原则，从而使破产管理人无须办理诸如许可证或领事行动等正式手续。第 4 条涉及颁布国法院在向外国破产管理人提供救济方面的权限。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 176-178 段。

A/CN.9/419, 第 77-79 段和
第 172-173 段。

A/CN.9/422, 第 144-151 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 9 页。

A/CN.9/433, 第 50-58 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 10 页。

A/CN.9/435, 第 129-133 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 54 段。

A/CN.9/442, 第 93 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103, 第 93 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 93 段。

A/CN.9/766, 第 31 段。

第 10 条 有限管辖权

外国破产管理人依照本法向本国法院提出了申请的，不得仅仅基于这一事实使外国破产管理人或者使债务人的外国资产和事务因该申请以外的任何理由而受本国法院的管辖。

109. 第 10 条规定是一种“安全通行”规则，旨在确保颁布国法院不仅仅以外国破产管理人提出了承认外国程序的申请为由而对

债务人的所有资产行使管辖权。本条还表明，仅是申请并非颁布国法院就与破产无关的事项对外国破产管理人行使管辖权的充分理由。本条回应了外国破产管理人和债权人对因依《示范法》提出的申请而引发行使无所不包的管辖权的担心。

110. 第 10 条所体现的限制对外国破产管理人行使管辖权的规定并不是绝对的。其本意不过是为外国破产管理人提供必要程度的保护，从而使进入法院成为有意义的事情。这种保护是通过这样的规定来提供的：为要求承认的目的而在颁布国法院出庭并不会致使由外国破产管理人监督的全部财产都受该法院管辖。依据颁布国法律对外国破产管理人或资产行使管辖权的其他可能的理由并不受影响。例如，外国破产管理人的侵权行为或不端行为可以提供对该外国破产管理人此类行动的后果行使管辖权的理由。此外，申请在颁布国给予救助的外国破产管理人须受法院可能指示的与所给予救济有关的条件的限制（第 22 条第 2 款）。

111. 在关于管辖权的规则不允许法院仅以申请人出庭为由对向法院提出申请者行使管辖权的国家，第 10 条似乎是多余的。但是，在这些国家颁布本条，可能会有助于消除外国破产管理人或债权人对可能会仅以向法院提出申请为由而对其行使管辖权所存的忧虑。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 179-182 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 24 页。

A/CN.9/422, 第 160-166 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 10-11 页。

A/CN.9/433, 第 68-70 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 10 页。

A/CN.9/435, 第 134-136 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 55-56 段。

A/CN.9/442, 第 94-96 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 96 段。

A/CN.9/763, 第 27 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 96 段。

A/CN.9/766, 第 31 段。

第 11 条. 外国破产管理人根据 [此处指明颁布国与
破产有关的法律] 申请启动程序

外国破产管理人有权根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 申请启动程序, 但应满足启动此种程序的其他条件。

112. 许多国内法在列举哪些人可申请启动破产程序时, 并没有提及外国破产程序管理人; 根据这类法律, 外国破产管理人是否可提出这类申请可能是有疑问的。

113. 第 11 条的目的是确保 (一外国主要或非主要程序的) 外国破产管理人有资格²⁵ 请求启动破产程序。不过, 本条 (通过 “但应满足启动该程序的其他条件” 这一措词) 已清楚表明, 它并没有另外修改在颁布国启动破产程序所应符合的条件。

114. 外国破产管理人拥有这种权利, 而无须事先使外国程序得到承认, 因为在急需保护债务人资产的情况下, 启动某项破产程序可能至关重要。第 11 条承认, 不仅是外国主要程序的管理人, 外国非主要程序的管理人也有正当权益在颁布国启动破产程序。必须满足根据颁布国法律启动此种程序的其他条件这一规定, 为防止滥用申请提供了足够的保障。

贸易法委员会和工作组的讨论

- | | |
|-------------------------------|----------------------------|
| (a) 《示范法》 | A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 11 页。 |
| A/52/17, 第 183-187 段。 | A/CN.9/433, 第 71-75 段。 |
| A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 24-25 页。 | A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 11 页。 |
| A/CN.9/422, 第 170-177 段。 | A/CN.9/435, 第 137-146 段。 |

²⁵ 也称作 “程序合法化”、“主动式合法化” 或 “合法化”。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 57 段。

A/CN.9/442, 第 97-99 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 98 段。

A/CN.9/763, 第 27 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 98 段。

A/CN.9/766, 第 31 段。

第 12 条. 外国破产管理人参与根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序

外国程序一经得到承认, 外国破产管理人即有权参与根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 对债务人进行的程序。

115. 第 12 条的目的是确保当某项有关债务人的破产程序正在颁布国进行时, 有关该债务人的某项程序的外国破产管理人将有资格 25 就有关保护、变卖或分配债务人的资产或与外国程序合作等问题提出申请、请求或主张。²⁵

116. 第 12 条仅限于给予外国破产管理人资格, 并未赋予外国破产管理人任何特定的权力或权利。本条规定未指明外国破产管理人可以提出的申请的类型, 因而并不影响颁布国破产法中关于任何此类申请的最终结果的条款。

117. 如果颁布国的法律采用“参与”以外的其他术语来表达这一概念, 在颁布规定时可采用该其他术语。不过, 应注意第 24 条已经采用“介入”这一术语来指外国破产管理人参与债务人提起或针对债务人提起的单个诉讼 (与集体破产程序相对) 的情况 (见下文第 205 和 208 段)。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 188-189 段。

A/CN.9/422, 第 114-115 段、
第 147 段和 149 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 9 页。

A/CN.9/433, 第 58 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 11 页。

A/CN.9/435, 第 147-150 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 58-59 段。

A/CN.9/442, 第 100-102 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103, 第 100 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 100-102 段。

A/CN.9/763, 第 27 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 100-102 段。

A/CN.9/766, 第 31 段。

第 13 条. 外国债权人进入根据 [此处指明颁布国与
破产有关的法律] 进行的程序

1. 在服从本条第 2 款的情况下, 就启动和参与根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序而言, 外国债权人享有与本国债权人相同的权利。

2. 本条第 1 款并不影响在根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序中的债权排序, 但外国债权人的债权排序不应低于 [此处指明普通非优先债权的排序, 同时规定如果一项同等的当地债权 (例如, 对罚款的债权或延期付款的债权) 的排序低于普通非优先债权, 则外国债权的排序应低于普通非优先债权]。²

²颁布国亦可考虑以下措词取代第 13 条第 (2) 款:

2. 本条第 1 款并不影响在依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 进行的程序中的债权排序, 也不影响在此种程序中将外国税收和社会保险债权排除在外。尽管如此, 除涉及税收和社会保险应缴款的债权之外, 外国债权人的其他债权的排序不应低于 [此处指明普通非优先债权的排序, 同时规定如果一项同等的当地债权 (例如, 对罚款的债权或延期付款的债权) 的排序低于普通非优先债权, 则外国债权的排序应低于普通非优先债权]。

118. 除第 2 款所载的例外之外, 第 13 条体现了这样的原则, 即外国债权人在颁布国申请启动一项破产程序或在此种程序中提交债权申请时, 其待遇不应低于本国债权人的待遇。

119. 第 2 款明确规定，第 1 款中体现的不歧视原则，毫不影响在破产程序中有关债权排序的规定，包括任何可能为外国债权人的债权指定特殊排序规定。目前很少有国家有为外国债权人指定特殊排序的规定。不过，为了避免因为给予外国债权最低等级的规定而使非歧视原则失去意义，第 2 款确定了外国债权人债权的最低限度级别，即普通无担保债权级别。还为下列情况规定了最低限度级别的例外：在这类情况中，有关债权如为本国债权人，则所列级别将低于普通无担保债权（例如，这类低级别债权可能是某国家当局提出的罚款或罚金，因债务人与债权人的特殊关系而推迟付款的求偿权，或者是提交债权申请的时限满期之后提出的债权）。按照颁布国的法律规定，这些特别债权的级别可能将低于普通无担保债权，其原因并不在于债权人的国籍或地点。

120. 脚注中的备选规定与正文中规定的不同之处仅仅在于：备选案文向拒绝承认外国税收和社会保险追缴权的国家提供了继续对此类债权区别对待的措词。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 190-192 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 25-26 页。

A/CN.9/422, 第 179-187 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 11-12 页。

A/CN.9/433, 第 77-85 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 11-12 页。

A/CN.9/435, 第 151-156 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 60-61 段。

A/CN.9/442, 第 103-105 段。

第 14 条. 通知外国债权人关于根据

[此处写入颁布国与破产有关的法律名称] 进行的程序

1. 凡根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 应向本国债权人发出的通知，亦应发给地址不在本国的已知债权人

人。法院可命令采取适当措施，通知尚未知道地址的任何债权人。

2. 此类通知应分别发给每个外国债权人，除非法院认为在所涉情况下采用某种其他通知方式更为适当，而无需以调查委托书或其他类似的手续做出。

3. 当向外国债权人发出启动程序的通知时，该通知应：

(a) 指明提出债权申请的合理期限，并明确债权申请的地点；

(b) 指明担保的债权人是否需要提出其有担保债权的求偿申请；以及

(c) 载有按照本国法律和法院命令的要求，在向债权人发出的该项通知中需包含的任何其他资料。

121. 第 1 款中规定的通知外国债权人的主要目的，是告知他们破产程序的开始和他们提交求偿申请的期限。此外，作为第 13 条确定的同等待遇原则的必然结果，第 14 条规定，凡需要向颁布国的债权人发布通知时，就应该通知外国债权人。

122. 各国对通知债权人的方法都有不同的规定或做法；例如，在官方公报或当地报纸上公布，个别通知，在法院处所张贴通知或综合采取此类程序等。如果把通知的形式留给国内法去处理，则外国债权人可能会处于比本国债权人不利的地位，因为他们一般不直接接触当地的出版物。有鉴于此，第 2 款原则上规定个别通知外国债权人，但仍让法院在特定情况下自由裁量做出其他决定（例如，如果个别通知的费用太大，或在当时情况下似乎不可能）。

123. 关于个别通知的形式，国家可对在外国法域内送达的通知采用特别程序（例如，通过外交渠道送出通知）。在破产程序情况下，这些特别程序常常都很麻烦费时。使用这些程序通常并不

能向外国债权人及时提供有关破产程序的通知。因此，由法院以其认为适当的便捷手段发出这些通知是合理的。上述这些考虑是在第2款中做出“无须以调查委托书或其他类似的手续”规定的理由。

124. 许多国家是司法合作双边或多边条约的缔约国，其中常常载有向国外收件人送达司法或司法外文书的程序的规定。此类多边条约之一便是在海牙国际私法会议主持下通过的1965年《民商事司法和司法外文件国外送达公约》²⁶。尽管这些条约所设想的程序与通过外交渠道的传统通讯方式相比可能是一种简化，但由于上段所述原因。它们对于跨境破产案件来说可能通常是不适宜的。第2款允许无须使用调查委托书或类似的手续，因而可能会产生第2款是否与这些条约相符的问题。每一国家都必须根据其条约义务来考虑这个问题，但一般而言，第2款的规定不会与颁布国的国际义务发生冲突，因为上文提到的这些条约的目的通常是要促进通讯，而不是排除使用比条约规定的程序更为简化的通知程序；例如，上述公约第10条规定如下：

“如送达目的国不表示异议，本公约不应妨碍：

“a) 通过邮寄途径直接向身在国外的人送交司法文书的自由；

“b) 文书发出国的司法助理人员、官员或其他主管人员直接通过送达目的地的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由；

“c) 任何在司法程序中有利害关系的人直接通过送达目的地的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由。”²⁷

如果第14条第2款的第2句与一个条约之间可能仍旧有冲突，《示范法》的第3条规定了解决的办法。

²⁶ 联合国，《条约汇编》，第658卷，第9432号。

²⁷ 同上。

125. 尽管第 2 款提到调查委托书并非依据第 14 条发出通知所必需的一种手续，但在许多国家此类通知从未以调查委托书的形式传送过。在这些国家，调查委托书被用于其他目的，诸如请求在外国取证，或请求允许在国外实施某些其他司法行为。调查委托书的此种使用方式例如由海牙国际私法会议主持通过的 1970 年《民商事案件国外取证公约》²⁸ 所管辖。

第 3 款

126. 在某些法律制度中，在破产程序中提交求偿申请的有担保债权人被视为放弃了该债权的担保或该债权所附的某些特权，而在其他法律制度中，不提交债权申请则导致对此种担保或特权的放弃。在可能产生此种情况的国家，颁布国在第 3 款 (b) 项列入一项规定较为妥当，即通知中应包括有关于提交或不提交担保债权的债权申请的效果的信息。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 193-198 段。

A/CN.9/419, 第 84-87 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 19-20 页。

A/CN.9/422, 第 188-191 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 11-12 页。

A/CN.9/433, 第 86-98 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 12-13 页、
第 16 和 20 页。

A/CN.9/435, 第 157-164 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 63-65 段和第 84 段。

A/CN.9/442, 第 106-111 段和
第 120-121 段。

²⁸ 同上, 第 847 卷, 第 12140 号。

第三章． 对外国程序的承认和救济

第 15 条． 申请承认外国程序

1. 外国破产管理人可向法院提出申请，要求承认其已被一项外国程序指定为破产管理人的该外国程序。
2. 申请承认应附具：
 - (a) 经核证的关于启动该外国程序和指定该外国破产管理人的决定的副本；或者
 - (b) 外国法院出具的、证实该外国程序存在和指定该外国破产管理人的证明；或者
 - (c) 没有 (a) 和 (b) 项所述证明的，应附上法院可接受的、证明该外国程序存在和指定该外国破产管理人的任何其他证明。
3. 申请承认尚应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。
4. 法院可要求将承认申请的佐证文件译成本国的一种官方语言。

整个第 15 条

127. 《示范法》避免了必须依靠繁琐、费时的调查委托书或其他形式的外交或领事函件，而这类手段本来是必须采取的。这有助于对跨境破产采取有协调的合作办法，并从而有可能迅速采取行动。第 15 条界定了外国破产管理人申请承认的核心程序性规定。在将本项规定纳入本国法时，最好是不对程序加上超出所提及的规定之外的额外规定。将第 15 条和第 16 条相结合，《示范法》就为外国破产管理人取得承认提供了一个简单、快捷的结构。

128. 《示范法》推定，为支持承认申请而提交的文件不需要任何特别形式的核证，特别是公证：根据第 16 条第 2 款，法院有权推

定这些文件为真实文件，无论其是否经过公证。“公证”这一术语经常用于提出文件的国家的外交或领事人员证实签字的真伪，签署文件者的签字身份，以及视情形而定，证实文件上的印记或图章属实的正式手续。

129. 根据第 16 条第 2 款（按照该款，法院“有权推定”申请承认时提出的文件的真实性），法院保留拒绝依赖这种真实性的推定或断定以相反的证据为准的酌处权。这种灵活的解决办法考虑到了这一情况：法院可以弄清楚某项文件即使未经过公证也是出自某一特定法院，但在其他情况下，法院可能不愿意基于一项未经过公证的外国文件行事，特别是如果这些文件来自其不太熟悉的法域。这种推定是有益的，因为公证程序可能繁琐、费时（例如，还因为在一些国家这些程序涉及不同级别的不同当局）。

130. 关于放宽任何办理公证的要求的规定，可能会产生这是否与颁布国的国际义务相冲突的问题。有几个国家是有关文件相互承认和公证的双边或多边条约缔约国，例如由海牙国际私法会议主持通过的 1961 年《取消外国文书认证要求的公约》²⁹，该公约对来自签字国的文件的公证规定了具体的简化程序。然而在许多情况下，关于调查委托书和类似手续等文件公证的条约，仍维持废除或简化公证程序的法律和规则继续有效；因此，不大可能出现相互冲突的情况。例如，上述公约在第 3 条第 2 款中规定：³⁰

“然而，如果是制作文件的国家现行的法律、规则或做法或一项两个或更多缔约国之间的协定已废除或简化了认证程序，或是准许该文件免经认证，即不能要求进行上段提及的 [认证]。”

根据《示范法》第 3 条规定，如果《示范法》与某项条约之间仍存在冲突，将以该条约为准。

²⁹ 同上，第 527 卷，第 7625 号。

³⁰ 同上。

第 2 款 (c) 项

131. 为了不仅仅因未遵守技术上的规定（例如，申请人未能提交在所有细节上均符合第 2 款 (a) 项和 (b) 项规定的文件）而阻碍承认，第 2 款 (c) 项允许考虑除 (a) 项和 (b) 项规定以外的证明；不过，这项规定并不损害法院坚持让申请人提出其可接受的证明的权力。最好是在颁布《示范法》时保留这种灵活性。第 16 条第 2 款规定法院“有权推定”在申请承认时提出的文件为真实文本，该规定也适用于根据 2 款 (c) 项提交的文件（见上文第 129-130 段）。

第 3 款

132. 第 3 款规定，申请承认应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明，法院需要这种信息主要不是为对承认本身做出决定，而是需要这种信息做出对外国程序给予救济的任何决定。为了适当调整这种救济并确保该救济符合有关该同一债务人的任何其他破产程序，法院需要了解有关该债务人可能在第三国正在进行的一切外国程序。

133. 确定这项通告责任的明文规定很有益处，首先是因为外国破产管理人很可能比法院掌握更全面的有关债务人在第三国事务的信息，其次是因为外国破产管理人主要关注的也许是获取有利于他或她的外国程序的救助，而较少关心与另一外国程序的协调问题。（第 18 条规定了在做出有关承认的决定后，外国破产管理人向法院告知外国破产管理人得知的有关外国程序的责任；关于一个以上外国程序的协调问题，见第 30 条。）

第 4 款

134. 第 4 款授权，但并未强迫法院要求把申请承认所附的某些或全部文件进行翻译。这种酌处权若与该法院的程序相符合，则可便于就申请尽早作出决定，如第 17 条第 3 款所述，如果法院能够无需文件翻译而审议申请的话。

通知

135. 关于是否要求法院就申请承认发出通知，也存在着不同的解决办法。在一些法域，在某些情况下宪法中庄严载入的正当程序的基本原则，可以被理解为提出了这样的要求：承认某项外国破产程序重要性的决定只有在听取了有关各方的意见之后才能做出。然而，在另一些国家里，则认为有关承认外国程序的申请需要加以迅速处理（因为它们常常是在存在资产挥霍或隐匿等迫在眉睫的危险的情况下提出的），因此，就不要要求在法院做出任何有关承认的决定之前发出通知。在这些情况下，强加这种要求将导致不必要的拖延，而且也与第 17 条第 3 款的规定不符，该款规定应尽早对一项承认外国程序的申请做出决定。

136. 有关此类通知的程序性事项不由《示范法》解决，这样便由颁布国法律的其他条款加以处理。没有明文提及有关提交申请承认的通知或给予这种承认决定的通知，并不妨碍法院在法律上有规定时根据其本身有关民事程序或破产程序的规则发出此种通知。出于同样原因，《示范法》中的任何条款并未授权在不存在此种要求时发出此种通知。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 199-209 段。

A/CN.9/419, 第 62-69 段和
第 178-189 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 22-23 页。

A/CN.9/422, 第 76-93 段和
第 152-159 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 9-10 页。

A/CN.9/433, 第 59-67 段和
第 99-104 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 13-15 页。

A/CN.9/435, 第 165-173 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 66-69 段。

A/CN.9/442, 第 112-121 段。

- (c) 《颁布及解释指南》 A/CN.9/763, 第 28 段。
 A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 112 段
 第 112 段。 和第 119-120 段。
 A/CN.9/742, 第 40 段。 A/CN.9/766, 第 32 段。
 A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 119-120 段。

第 16 条. 关于承认的推定

1. 如果第 15 条第 2 款提到的决定或证明表明, 该外国程序系属于第 2 条 (a) 项涵义内的程序, 并且该外国破产管理人系属于第 2 条 (d) 项涵义内的个人或机构, 则法院有权如此推定。
2. 法院有权推定在申请承认时提出的佐证文件为真实文本, 无论其是否经过公证。
3. 如无相反证据, 债务人的注册办事处或个人的惯常居住地推定为债务人的主要利益中心。

137. 第 16 条规定了允许并鼓励在速度至关重要的案件中迅速采取行动的推定。这种推定使法院得以加快举证程序。同时, 这种推定并不妨碍法院根据适用的程序法要求或评估其他证据, 如果对这种推定所得的结论有异议的话。

第 1 款

138. 第 16 条第 1 款就第 2 条中“外国程序”和“外国破产管理人”的定义设定了一个推定。如果启动外国程序和指定外国破产管理人的决定表明该外国程序系第 2 条 (a) 项涵义内的程序, 并且该外国破产管理人系第 2 条 (d) 项涵义内的个人或机构, 则受诉法院有权如此推定。在实务中, 如果启动程序的法

院已经将该项信息列入其命令，则诸多受诉法院就相信这一推定。³¹

139. 在法院所发出的启动外国程序的命令中列入第2条界定的有关外国程序的性质和外国破产管理人的相关信息可便利有关案件中的承认工作。这些命令或决定对颁布国的受诉法院没有约束力，后者应当独立地查清第2条的要求是否得到满足（第152-153段作了进一步讨论）。

第2款

140. 对于免除公证要求的2款的评注，见上文第128-130段。

第3款

141. 虽然第16条第3款所载列的推定与《欧洲理事会条例》中的推定相对应，但它们的目的是不同的。在《示范法》中，推定的目的是便利对外国破产程序的承认和为这类程序提供协助。而根据《欧洲理事会条例》，推定所涉及的是启动破产程序的适当地点，从而确定适用法以及欧洲联盟其他成员国对这类程序的自动承认。按照《条例》，关于主要利益中心的决定应由接收启动破产程序申请的法院在审议该项申请时作出。根据《示范法》，要求承认外国程序的请求可以在该程序启动后的任何时候提出；在某些情况下，这种请求是在几年之后提出的。因此，按《示范法》审议承认申请的法院必须在事后确定寻求承认的外国程序是否正在程序启动时债务人主要利益中心当时所在的诉讼地进行（确定主要利益中心的时间问题在下文157-160段讨论）。虽然这两个文书中的主要利益中心有不同的目的，但《欧洲理事会条例》中关于解释这个概念的法理可能与《示范法》中解释这个概念的法理相关。

³¹ 例如，见 A/CN.9/WG.V/WP.95，第15-16段。

142. 第 16 条第 3 款中的推定引起了相当多的讨论，最常见的是当涉及到公司债务人而不是个人债务人情形时，讨论的重点则是要推翻这个推定所需要的证据。债务人的主要利益中心可能是它的注册地，在这种情形下，将不会产生任何推翻推定的问题。

143. 不过，当外国破产管理人寻求承认外国程序为主要程序而债务人的注册办事处所在地与他的指称主要利益中心看来不尽相同时，指称的主要利益中心并非注册地的当事方应能说服法院认定哪一个是主要利益中心的所在地。颁布国的法院应当独立审议债务人的主要利益中心所在地。

主要利益中心

144. 债务人主要利益中心这一概念对于《示范法》的运作至关重要。³²《示范法》要求更多地服从在主要利益中心启动的程序，并规定了更加直接的自动救济。债务人主要利益中心的基本属性也就是能够让那些和债务人有着业务往来的人（特别是债权人）弄清有关债务人的破产程序有可能在哪里启动。如前所述，《示范法》推定债务人的注册地即为符合这些属性的地点。但实际上债务人的主要利益中心可能并非其注册地，对于主要利益中心所在地与注册地不同的情况，《示范法》规定可推翻该推定。在这些情形下，确定主要利益中心要靠向与债务人有业务往来的人（特别是债权人）表明主要利益中心所在地的其他因素。因此，应当考虑那些可独立表明某一国家为债务人主要利益中心的因素。

与确定主要利益中心相关的因素

145. 在大多数案例中，以下主要因素若能通盘加以考虑，常常便可指明启动外国程序的所在地是否就是债务人的主要利益中心。这些因素有：(a) 该所在地即为债务人的中央行政地，(b) 该所在

³² 如同第 82 段所述，主要利益中心的概念也是《欧洲理事会条例》所述计划的基础。

地易于债权人确认。关于应当在哪个日期对这些因素进行分析以确定债务人主要利益中心所在地的问题，下文 157-160 段作了讨论。

146. 如果通过这些主要因素无法就债务人主要利益中心得出现成的答案，还可考虑与债务人业务有关的其他若干因素。法院可能需要根据特定案例的具体情形而判别某一既定因素的份量。在所有案例中都要努力作出这种通盘考虑，以确定外国程序所在地事实上与债务人主要利益中心的实际所在地是一致的，且易于债权人确认。

147. 下文所列的这些附加因素的排列顺序无意表明孰先孰后或孰轻孰重，也无意作为相关因素完整不漏的清单；在特定案件中，法院可能认为其他因素是适用的考虑因素。这些附加因素可能包括以下因素：债务人账簿和记录所在地；组织或授权融资的所在地；现金管理系统运营地；债务人主要资产或业务所在地；债务人主要银行所在地；雇员所在地；确定商业政策的所在地；管辖法律也就是管辖公司主要合同的法律的所在地；对采购和销售政策、工作人员、应付账款和计算机系统实施管理的所在地；（供货）合同安排所在地；正在进行债务人重整的所在地；大多数争议所适用法律的归属法域；债务人接受监督或监管的所在地；账户编制和审计的管辖法律所在地以及账户编制和审计的所在地。

主要利益中心的转移

148. 债务人的主要利益中心可能在启动破产程序之前转移。在有些案件中，债务人在即将启动破产程序时转移了登记地，在某些情形下甚至是在申请启动程序后到实际启动程序前这段时期转移的。³³ 只要有证据证明在外国程序即将启动时转移了注册地，则受诉法院在决定是否承认这些程序时，最好更谨慎地审议

³³ 在某些实例中，转移的意图是，使债务人所能进入的重整等破产程序，较之于在其原先主要利益中心的法律下所能提供的程序，更能满足其需求。在其他一些实例中，主要利益中心的转移可能是为了挫败债权人和第三方当事人的合理期望。_

上文第 145 和 147 段所列出的因素，并从更大范围的角度考虑到债务人的情形。特别是，如果转移主要利益中心是在即将启动程序时发生的，可能更难符合主要利益中心容易为第三方确认这一标准。

149. 债务人不太可能在破产程序启动后转移登记地（或惯常居住地），因为许多破产法有禁止此类转移的具体规定。无论如何，即使发生了转移行为，也不应影响到对《示范法》中主要利益中心的确定，因为与确定主要利益中心有关的日期是启动外国程序的日期（见下文第 157-159 段）。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 204-206 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 13 页。

A/CN.9/435, 第 170-172 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第 122-123 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/68/17, 第 197 段。

A/CN.9/715, 第 14-15 段、
第 38-41 段和第 44-45 段。

A/CN.9/738, 第 22-30 段。

A/CN.9/WG.V/WP.103, Add.1,
第 122-122A 段和 123A-K 段。

A/CN.9/742, 第 41-56 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 122B、
123A-123G、123I 和 123K-M 段。

A/CN.9/763, 第 29-48 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112,
第 122-122B 段、第 123A-D、
F-G、I、K 和 M 段。

A/CN.9/766, 第 33-40 段。

第 17 条 承认外国程序的决定

1. 在服从第 6 条的情况下，符合下列条件的，一项外国程序应得到承认：
 - (a) 该外国程序是第 2 条 (a) 项涵义内的程序；
 - (b) 申请承认的外国破产管理人是第 2 条 (d) 项涵义内的个人或机构；
 - (c) 该申请符合第 15 条第 2 款的各项要求；并且
 - (d) 该申请已提交第 4 条所述及的法院。
2. 应承认该外国程序为：
 - (a) 外国主要程序，条件是该外国程序正在债务人主要利益中心所在国发生；或者
 - (b) 外国非主要程序，条件是债务人在该外国拥有第 2 条 (f) 项涵义内的营业所。
3. 应尽早对承认外国程序的申请作出决定。
4. 情况表明准予承认的理由完全或部分缺失，或已不复存在的，第 15 条、第 16 条、第 17 条和第 18 条的各项规定不得妨碍对承认作出修改或终止。

第 1 款

150. 第 17 条的目的是要指出，如果承认不违反颁布国的公共政策（见第 6 条），而且如果这种申请符合本条所规定的各项条件，则将当然地给予承认。

151. 在决定是否应当承认外国程序时，受诉法院以定义中所载的管辖权先决条件为限。这要求确定该程序是第 2 条 (a) 项涵义内的外国程序。《示范法》并未规定受诉法院对外国程序是否根据适用法律正确启动这一问题进行审议；只要程序符合第 15 条的要求，而且与第 6 条无关，依照第 17 条即应当随之而获承认。

152. 受诉法院在对承认作出决定时，可以考虑到原审法院所作的任何决定和命令，以及可能呈送给原审法院的任何信息。这些命令或决定对颁布国的受诉法院没有约束力，后者应当独立地弄清楚外国程序是否满足第 2 条的要求。然而，该法院有权依照第 16 条第 1 和 2 款的推定（见第 138 段）相信为支持承认申请而提供的证书和文件所载信息。在适当情况下，该信息将有助于受诉法院的审议工作。

153. 因此，如果原审法院在其命令中列入曾呈送它的信息，而这些信息能便利受诉法院认定该程序是第 2 条涵义范围内的外国程序，便会有助于外国程序得到承认。当原审法院意识到债务人或其经营具有国际性质而很有可能依照《示范法》寻求对程序的承认时，这样做将特别有益。同样的考虑也将适用于对外国破产管理人的指定和承认。

第 2 款

154. 第 17 条第 2 款依据外国程序管辖权基础的不同（见上文第 88 段），对被归入“主要”程序的外国程序与未被归入该类的外国程序之间做出基本区分。随着承认而出现的救济可能取决于外国程序所属的类别。例如，承认某一“主要”程序可自动中止有关债务人资产的个人债权人诉讼或中止有关债务人资产的执行行动（第 20 条第 1 款 (a) 项和 (b) 项）以及自动“冻结”这些资产（第 20 条第 1 款 (c) 项），但第 20 条第 2 款所述某些例外除外。

155. 关于外国程序是否定为“主要”程序，不宜列入一项以上的标准，也不宜规定根据其中的任何标准可将某一程序视作主要程序。这种“多重标准”方法将会增加外国程序争相要求获得承认作为主要程序的危险。

156. 关于第 2 款 (b) 项，上文第 85 段已经提出，《示范法》并未设想承认在债务人拥有资产但不拥有第 2 条 (c) 项涵义内的营业所的外国启动的程序。

确定主要利益中心和营业所的日期

157. 《示范法》没有明文指出与确定债务人主要利益中心相关的日期。

158. 第 17 条第 2 款 (a) 项规定, “条件是该外国程序正在债务人主要利益中心所在国发生”, 该外国程序应被承认为主要程序 [楷体字表示强调]。第 17 条使用的现在时态并未述及相关日期的问题, 而是要求在作出承认决定时该外国程序正在进行或待决; 如果所寻求承认的程序此时已不再是在起源国正在进行的程序或者是待决程序 (即不再 “发生”, 已经终止或结束), 则将没有任何程序有资格依照《示范法》获得承认。

159. 关于应当在哪个日期确定债务人的主要利益中心, 考虑到根据第 15 条申请承认时所附的必要证据以及启动外国程序和指定外国破产管理人的决定所具有的相关性, 该程序的启动日期即为适当日期。³⁴ 如果债务人的经营活动在外国程序启动后停止, 所有在申请承认时存在的能够表示债务人的主要利益中心的将是该外国程序和外国破产管理人管理破产财产的活动。在这种情况下, 参照启动这些程序的日期来确定债务人的主要利益中心将产生一个明确的结果。同一推理也可适用于重整情况, 在重整情形中, 根据某些法律, 继续具有主要利益中心的将不是债务人, 而是重整实体。在这种情况下, 第 17 条第 2 款 (a) 项中外国程序正在发生的要求显然得到满足, 外国程序应当有权获得承认。此外, 采用启动日期来确定主要利益中心提供了一个肯定能够适用于所有破产程序的测试标准。

160. 相同的考虑适用于就债务人营业所的存在而应当作出任何确定的日期。因此, 外国程序的启动日期即为在作出该确定时将予以考虑的相关日期。

³⁴ 一些破产法规定, 启动的效力追溯到提出启动申请的日期, 或者由于启动是自动的, 提出申请的日期即为启动日期。在这两种情形下, 在确定主要利益中心时适宜参照启动日期, 因为《示范法》所关涉的只是现有的外国程序以及它们是何时启动的。

滥用程序

161. 所产生的一个问题是，对于承认申请，法院可否以滥用其程序作为拒绝承认的理由。《贸易法委员会《示范法》本身没有任何规定表明应当对与承认申请无直接关系的情形给予考虑。《示范法》的设想是，参照“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”这些定义所列具体标准确定对申请作出判断。由于何为滥用程序取决于国内法或程序规则，《示范法》并未明确禁止受诉法院适用国内法或程序规则来处理所发现的滥用程序行为。但是，应当牢记《示范法》范围更广的目的，即第1条所述的促进国际合作以最大限度扩大所有利益方的成果，以及第8条所述的《示范法》的国际渊源和促进其统一适用的必要性。考虑适用国内法和程序规则的法院还可回顾一下第6条，其中的公共政策例外情形（见上文第101-104段）意在作狭义解释，只有在根据《示范法》采取的行动将明显违反一国的公共政策时才能援用。一般规则是，第6条只应在极少数情况下成为拒绝承认申请的依据，即便该条可能成为对所提供救济的性质加以限制的依据。

162. 如果申请人假称主要利益中心在某一国，则受诉法院可以认定存在故意滥用程序的行为。《示范法》不禁止受诉法院对任何此类滥用程序的行为适用国内法或程序规则。

第3款

163. 外国破产管理人获取及早承认的能力（以及因此产生的特别是援引第20、21、23和24条的能力），对有效保护债务人的资产不致挥霍和隐匿常常是至关重要的。因此，第3款要求法院“应尽早”对申请做出决定。“尽早”这一短语具有一定程度的伸缩性。有些案件可能非常直截了当，承认过程可以在几天内完成。而在有些案件中，特别是如果对承认提出了争议，“尽早”则可能要几

个月。如有必要在要求承认的申请尚在审理时下达某种命令，则可提供临时救济。

第 4 款

164. 同任何其他法院裁决一样，承认外国程序的决定通常均须复审并可予以撤销。第 4 款明确指出，如果准予承认的理由完全或部分缺乏或已不复存在，则可重新审议有关承认的决定。

165. 承认决定的修改或终止可能是在做出承认的决定后情况发生了变化的结果，例如，被承认的外国程序已经终止或其性质已经改变（如重整程序可能已转为清算程序）或外国破产管理人的任命状况有所改变或任命已经终止。此外，也许会产生需要或有理由改变法院决定的新情况，例如，如果外国破产管理人无视法院据以给予救济的条件。有助于法院复审关于承认的决定的能力的是，第 18 条规定外国破产管理人有义务向法院通报这种情况的变化。

166. 有关承认的决定可能也须复审，检查在决策过程中承认的条件是否已得到遵守。某些上诉程序给予上诉法院审议整个案件的实质（包括其事实方面）的权力，如果对有关决定的上诉限于在决定承认外国程序时是否遵守了第 15 和 16 条的规定，则它将符合《示范法》的目的，也符合给予承认的决定的性质（该决定仅限于核实申请人是否符合第 17 条的规定）。

对承认外国程序的决定的通知

167. 如上文第 135 和 136 段所指出的那样，有关给予承认之决定的通知规定的程序性事项，不由《示范法》来处理，而留给颁布国法律的其他规定处理。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 29-33 段和第 201-202 段。

A/CN.9/419, 第 62-69 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 13-15 页。

A/CN.9/422, 第 76-93 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 12-13 页。

A/CN.9/433, 第 99-104 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 13-16 页。

A/CN.9/435, 第 167 和第 173 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 68-69 段。

A/CN.9/442, 第 124-131 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/715, 第 14-15 和第 32-35 段。

A/CN.9/738, 第 33-35 段。

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, 第 124-124C 段、第 126 段、第 128A-E 段、第 125 段和第 129-130 段。

A/CN.9/742, 第 57-62 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 124B-C 段、第 128A 段、第 128C 段、第 123J 段、第 125 段和第 130-131 段。

A/CN.9/763, 第 49-55 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 124-124C 段、第 128A-D 段、第 123J 和 L 段、第 125 段和第 129-131 段。

A/CN.9/766, 第 41-44 段。

第 18 条. 后续信息

自提出要求承认外国程序的申请之时起, 外国破产管理人应迅速将下列情况告知法院:

(a) 已获承认的外国程序的状况或者外国破产管理人指定状况发生的任何重大变化;

(b) 外国破产管理人得知的针对同一债务人的其他任何外国程序。

(a) 项

168. 第 18 条要求外国破产管理人有义务在提交要求承认外国程序的申请之后, 迅速将下列情况告知法院: “已获承认的外国程序的状况或者外国破产管理人指定状况发生的任何重大变化”。规

定这种义务的目的在于，允许法院修改或终止承认的结果。如上所述，有可能在提出要求承认的申请之后或在获得承认之后，外国程序发生了变化，会影响到关于承认的决定或影响基于这种承认所给予的救济，例如终止外国程序或从一类程序转为另一类程序。(a) 项考虑到了这样的事实，即程序的状况或外国破产管理人任命的期限经常会出现技术性变动，但此类变动中只有某些变动将会影响给予救济的决定或承认该程序的决定；因此，该项规定仅要求提供有“重大”变化的信息。特别重要的是，在法院关于承认的决定涉及一外国“临时程序”时或者“临时指定”了外国破产管理人时（见第 2 条 (a) 和 (d) 项），应及时让法院了解这些变化。

(b) 项

169. 第 15 条第 3 款规定，申请承认时应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。第 18 条 (b) 项将该项责任延伸到提交要求承认的申请之后。这种信息将使法院得以考虑已经给予的救济是否应与在关于承认的决定之后启动的破产程序相协调（见第 30 条），并为第四章所述的合作提供便利。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 113-116 段、
第 201-202 段和第 207 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 15 页。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第 133-134 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 133-134 段。

A/CN.9/742, 第 63 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 133-134 段。

A/CN.9/763, 第 56 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 133-134 段。

A/CN.9/766, 第 45 段。

第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济

1. 自提出承认申请之时至对申请作出决定之时, 法院根据外国破产管理人的请求, 在为保护债务人资产或债权人利益而紧急需要救济的情况下, 可给予临时性救济, 包括:

(a) 中止执行对债务人资产的行动;

(b) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产, 以保护并维持那些由于本身性质或由于其他情形而易变质、可能贬值或处于其他危险中的资产的价值;

(c) 第 21 条第 1 款 (c)、(d) 和 (g) 项提及的任何救济。

2. [此处写入 (或提及颁布国现行的) 与通知有关的条款。]

3. 除非根据第 21 条第 1 款 (f) 项规定予以延期, 否则根据本条规定给予的救济在对承认申请作出决定时终止。

4. 本条规定的救济可能会干扰外国主要程序的管理的, 法院可拒绝给予该项救济。

170. 第 19 条涉及法院以其酌处权命令给予的, 可在申请承认时提供的“紧急救济”(不同于根据第 21 条给予的救济, 该救济也是酌情给予的, 但只能在承认时方可提供)。

171. 第 19 条授权法院给予通常只在集体破产程序中提供的那类救济(即根据第 21 条可提供的同类救济), 而不同于在根据民事诉讼规则启动破产程序以前可以给予的“个人”类救济(即涵盖债权人认明的具体资产的措施)。不过, 第 19 条规定的酌情给予的“集体”救济, 其范围比第 21 条规定的救济要窄一些。

172. 可以获得集体措施(虽然以有限制的形式)的理由是, 在做出承认的决定前就可能已经迫切需要集体性质的救济, 以便保护债务人的资产和债权人的利益。排除集体救济可能使这些目标受

挫。另一方面，尚未给予承认，因此集体救济限于紧迫和临时的措施。第1款的开头语提及了措施的紧迫性，而第1款(a)项将中止限于执行程序，第1款(b)项所述的措施限于易腐资产和容易贬值或处于其他危险之中的资产。此外，根据第19条可以获得的措施实质上与根据第21条可以获得的措施相同。

第2款

173. 许多国家的法律载有规定。要求在给予第19条所述的那类救济时（或者由破产管理人奉法院命令，或者由法院本身）做出通知。颁布国适宜在第2款为此种通知做出规定。

第3款

174. 第19条规定的救济是临时性的，因为如第3款规定，在对承认申请做出决定时，救济即终止；不过，如第21条第1款(f)项所规定，法院有机会延长措施。例如，法院可能想这样做，以避免承认前发布的临时措施与承认后发布的措施之间出现中断。

第4款

175. 第19条第4款追求的目标与构成第30条(a)项基础的目标相同，即如果有一项外国主要程序正在进行，给予一项外国非主要程序的任何救济必须与该外国主要程序相一致（或不应干扰）。为了促进承认前救济与任何外国主要程序的此种协调，第15条第3款要求申请承认的外国破产管理人，在承认申请时附上一份证明，指明该外国破产管理人已知的，有关债务人的所有外国程序。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 34-46 段。

A/CN.9/419, 第 174-177 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 22-23 页。

A/CN.9/422, 第 116、119 和 122-123 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 9、13-16 页。

A/CN.9/433, 第 110-114 段。

A/CN.9/435, 第 17-23 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 71-75 段。

A/CN.9/442, 第 135-140 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 135-140 段。

A/CN.9/763, 第 57 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 16-17 页。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 135-140 段。

A/CN.9/766, 第 46 段。

第 20 条. 承认外国主要程序后的效力

1. 作为外国主要程序的外国程序一经得到承认,

(a) 即中止了涉及债务人资产、权利、债务或赔偿责任的个人诉讼或个人程序的启动或继续进行;

(b) 即中止了执行针对债务人资产的行动;

(c) 即中止了对债务人任何资产进行转让、抵押或者作其他处分的权利。

2. 本条第 1 款所述中止的范围及其修改或终止应受到 [此处提及颁布国与破产有关的、适用于本条第 1 款所述中止措施之例外、限制、修改或终止的任何法律规定] 的制约。

3. 本条第 1 款 (a) 项不影响在维护针对债务人的债权所必需的限度内启动个人诉讼或程序的权利。

4. 本条第 1 款不影响依据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定请求启动程序的权利或者在此种程序中提出债权申请的权利。

176. 第 19 和 21 条规定的救济是酌情给予的，而第 20 条规定的效力则不是这样，因为它们自动产生于对外国主要程序的承认。第 19 和 21 条规定的酌情救济与第 20 条规定的效力之间的另一个差异是，酌情救济既可以发布给主要程序，也可以发布给非主要程序，而自动效力则只适用于主要程序。承认的其他效力载于第 14、23 和 24 条。

177. 在需要法院发布适当命令以使第 20 条的效力发生作用的国家中，颁布国为了实现本条的目的，应当（也许在第 1 款的开头措词中）写入有关用语，指示法院发布使该款 (a)-(c) 项规定的后果发生效力的命令。

178. 第 20 条设想的自动后果对于允许采取步骤组织有序和公正的跨境破产程序是必要的。为了实现这些好处，有正当理由在颁布国（即破产债务人保持有限业务存在的国家）对该债务人施加第 20 条的后果，即使债务人主要利益中心所在的国家对启动破产程序提出不同的（可能较不严格的）条件，或者即使起源国的破产程序的自动效力不同于第 20 条在颁布国的效力。这一方针反映了构成《示范法》基础的一个基本原则，按此原则，颁布国法院对外国程序的承认将产生被认为对于公正有序地进行跨境破产案所必要的效力。因此，承认有它本身的效力，而不是将外国法律的后果引进颁布国的破产制度。如果在一特定案件中承认产生的结果将违背包括债务人在内的利害关系人的合法利益，颁布国的法律应当如第 20 条第 2 款所示（而且在下文第 184 段中所论述的），包含适当的保护措施。

179. 凭借第 2 条 (a) 项，承认的效力也扩大到外国“临时程序”。这一解决办法是必要的，因为如上文第 79 段所解释，不应仅仅因为临时程序的临时性而将它们（假如它们符合第 2 条 (a) 项的必要条件的话）与其他破产程序相区分。如果在承认以后外国“临时程序”不再具有第 20 条效力的充分的基础，可以依据颁布国的法律自动中止，如第 20 条第 2 款所表明的。（另见第 18 条，它论述外国破产管理人“迅速将已获承认的外国程序的状况

或者外国破产管理人指定状况发生的任何重大变化告知法院”的义务。)

180. 第1款(a)项由于不对各种个人诉讼进行区分,也包括向仲裁庭提起的诉讼。这样,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议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。这种限制并不违背1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》。³⁵不过,考虑到国际仲裁的特殊性,特别是它对于仲裁程序进行国的法律体系的相对独立性,实际上也许并不总是能够执行仲裁程序的自动中止规定的。例如,如果仲裁不在颁布国进行,也许也不在主要程序国进行,可能很难执行仲裁程序的中止规定。除此以外,各方的利益可能是允许仲裁程序继续进行的一个理由,第2款设想了这种可能性并留给颁布国的法律处理。

181. 第1款(a)项不仅提及“个人诉讼”,而且也提及“个人程序”,以便除了债权人在法院对债务人或其资产提起的“诉讼”以外,也包括债权人在法院系统以外提起的强制执行措施,在一些国家在某些情况下允许债权人采取这些措施。添加了第1款(b)项,以充分清楚地表明,中止规定包括针对债务人资产的执行措施。

182. 《示范法》并不论述可能适用于无视第20条第1款(c)项规定中止转让资产的行为的制裁。这类制裁在不同的法律体系中互不相同;可能包括刑事制裁、罚金和罚款,或行为本身可能无效或可被撤销。从债权人的观点看,这种制裁的主要目的是便于为破产程序追回债务人不适当转让的任何资产,为此,最好是撤销这种交易,而不是对债务人实施刑事或行政制裁。

³⁵ 联合国,《条约汇编》,第330卷,第4739号。

第 2 款

183. 尽管有第 20 条规定的“自动”或“强制”性的效力，它仍明确规定，这些效力的范围取决于颁布国法律中可能存在的例外或限制。例如，这些例外可能是担保债权人强制执行债权，债务人在正常业务过程中的付款，对开始破产程序后（或承认外国主要程序后）产生的债权提起法院诉讼，或完成未完成的金融市场交易。

184. 有时，法院修改或终止第 20 条的效力可能是可取的做法。关于法院这样做的权力的规则互不相同。在有些法律体系中，法院获准应利害关系人的要求根据本国法规定的条件对个别情况作例外处理，而在另一些法律体系中，按照这样一个原则，即在一般情况下，法院无权撤销法定规则的适用，因此，它们不拥有该项权力。如果法院被授予这种权力，有些法律体系通常将要求法院提出它们能够据以修改或终止第 20 条第 1 款规定的承认的强制性效力的理由。鉴于这种情况，第 20 条第 2 款规定，修改或终止该条规定的停止或中止应受颁布国关于破产的法律规定的制约。

185. 一般来说，允许受到第 20 条第 1 款规定的停止或中止不利影响的人有机会向法院进行陈述是有益的，然后应允许法院修改或终止这些效力。如果颁布国详细说明或指明管理这个问题的规定，将是符合《示范法》的目标的。

第 3 款

186. 《示范法》不涉及这样一个问题，即当求偿人由于第 20 条第 1 款 (a) 项的适用而不能启动个人程序时，求偿权的时效期限是否中止。对这个问题订出协调一致的规则将是不可行的；不过，由于必须保护债权人免于因为依据第 20 条第 1 款 (a) 项的中止而丧失债权，因此增加第 3 款以使在必要时授权开始个人诉讼以维护对债务人的债权。一旦债权得到维护，诉讼继续受中止的影响。

187. 在有的国家中，第3款似乎是不必要的，因为在该国债权人对债务人提出的支付或履约要求促使时效期限中止计算，或者第1款(a)项设想的那类中止引起时效期限的中止。不过，即使在这种国家中，第3款也可能仍然有用，因为依据关于法律冲突的规则，时效期限中止计算的问题可能受颁布国之外的一个国家的法律管辖；此外，该款作为对外国求偿人的保证将是有益的，可保证他们的债权在颁布国中将不受损害。

第4款

188. 第4款澄清，依据第20条的自动中止和中止并不阻止任何人（包括外国破产管理人或外国债权人）要求启动本国破产程序和参加这种程序。申请启动本国破产程序和参加该程序的权利在第11-13条中作了一般的论述。如果确实提起了本国程序，第29条论述外国和本国程序的协调。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第47-60段。

A/CN.9/419, 第137-143段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第15-19页。

A/CN.9/422, 第94-110段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第13-16页。

A/CN.9/433, 第115-126段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第17-18页。

A/CN.9/435, 第24-48段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第76-79段。

A/CN.9/442, 第141-153段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第141段和第143段。

A/CN.9/742, 第64段。

A/CN.9/WG.V/WP.107,
第144-146段、第149段和
第151-153段。

A/CN.9/763, 第58段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第141段、
第143段、第144-146段、
第149段、第151-153段。

A/CN.9/766, 第47段。

第 21 条 承认外国程序时可给予的救济

1. 一项外国程序，无论是主要程序还是非主要程序，一经得到承认，法院即可在需要保护债务人资产或债权人利益时，根据外国破产管理人的请求，给予任何适当的救济，包括：

(a) 尚未根据第 20 条第 1 款 (a) 项的规定采取中止措施的，中止涉及债务人资产、权利、债务或赔偿责任的个人诉讼或个人程序的启动或继续进行；

(b) 尚未根据第 20 条第 1 款 (b) 项的规定采取中止措施的，中止执行针对债务人资产的行动；

(c) 尚未根据第 20 条第 1 款 (c) 项的规定采取中止措施的，中止对债务人任何资产进行转让、抵押或者作其他处分的权利；

(d) 就债务人的资产、事务、权利、债务或赔偿责任事项提供对证人的讯问、收取证据或传送信息；

(e) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产；

(f) 延长根据第 19 条第 1 款给予的救济；

(g) 给予 [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称] 根据本国法律可以取得的任何额外救济。

2. 一项外国程序，无论是主要程序还是非主要程序，一经得到承认，法院即可根据外国破产管理人的请求，委托外国破产管理人或由法院指定的另一人，分配债务人在本国的全部或部分资产，但法院须认定本国债权人的利益得到充分的保护。

3. 在根据本条向外国非主要程序的破产管理人给予救济时，法院必须认定该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或者涉及该程序中所必需的资料。

189. 除了第 20 条规定的强制性中止外，《示范法》还授权法院在承认外国程序之后为该程序而给予救济。第 21 条规定的承认后救济是酌情给予的，就如第 19 条规定的承认前救济一样。第

21 条第 1 款列出的救济种类是破产程序中最典型、最常见的救济；不过，该清单并不是详尽无遗的，法院不必受到限制，它能给予根据颁布国法律可以提供的和案情需要的任何种类的救济。

190. 关于第 20 条第 1 款 (a) 项中“个人诉讼”和“个人程序”词语的使用和关于执行程序覆盖面的解释（见上文第 180 和 181 段）也适用于第 21 条 1 款 (a) 项。

191. 正是由于酌情救济的性质，法院可以使之适合于正在审理的案件。第 22 条第 2 款强调了这一看法，根据该款，法院可以对给予的救济附加它认为合适的任何条件。

第 2 款

192. 第 2 款设想的向外国破产管理人（或另一人）“移交”资产是裁量性决定。应当指出，《示范法》载有数项保障规定，旨在确保资产移交外国破产管理人以前保护本国利益。这些保障规定包括如下：第 22 条第 1 款中保护本国利益原则的一般性说明；第 21 条第 2 款中的规定，即法院在认定本国债权人利益得到保护前，不应核准移交资产；以及第 22 条第 2 款，依据该款，法院可以对它给予的救济附加它认为合适的限制条件。

第 3 款

193. 确定具体救济办法需考虑的一个突出因素是，它是对一个外国主要程序还是非主要程序的救济。外国非主要程序管理人的利益和权力一般小于外国主要程序管理人的利益和权力，后者通常谋求获得破产债务人全部资产的控制权。第 3 款反映这种看法，它规定 (a) 给予外国非主要程序的救济，应限于应在该项非主要程序中加以管理的资产，以及 (b) 如果外国破产管理人寻求关于债务人资产或事务的信息，救济必须是关于该非主要程序中所需的信息。目标是告知法院，给予外国非

主要程序的救济不应不必要地赋予外国破产管理人广泛的权力，而且这种救济不应干扰另一破产程序的管理，特别是主要程序。

194. 限制性条件“根据本国法律”体现作为《示范法》基础的这样一个原则，即外国程序的承认并不意味着按外国法律可能规定的那样扩大外国程序效力的范围。相反，外国程序的承认导致对外国程序产生颁布国法律设想的后果。

195. 构成第 21 条第 3 款基础的想法也体现在第 19 条第 4 款（承认前救济）、第 29 条 (c) 项（外国程序与本国程序的协调）和第 30 条（一个以上外国程序的协调）中。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 61-73 段。

A/CN.9/419, 第 148-152 段和
第 154-166 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 15-19 页。

A/CN.9/422, 第 111-113 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 13-16 页。

A/CN.9/433, 第 127-134 段和
第 138-139 段。

A/CN.9/435, 第 49-61 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 80-83 段。

A/CN.9/442, 第 154-159 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 154 段。

A/CN.9/742, 第 65 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 18-19 页。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 154、
第 156 段、第 158 段和第 160 段。

A/CN.9/763, 第 59 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 154 段、
第 156 段、第 158 段和第 160 段。

A/CN.9/766, 第 48 段。

第 22 条. 对债权人和其他相关人的保护

1. 在给予或拒绝给予第 19 条或第 21 条规定的救济时，或者在根据本条第 3 款修改或终止救济时，法院必须认定债权人和其他相关人的利益得到充分的保护其中包括债务人的利益。
2. 法院可对根据第 19 条或第 21 条给予的救济附加其认为适当的限制条件。
3. 法院可根据外国破产管理人的请求，或者根据受到根据第 19 条或第 21 条给予的救济的影响的人的请求，修改或终止此种救济，法院也可根据自己的动议修改或终止此种救济。

196. 构成第 22 条基础的想法是，应对可给予外国破产管理人的救济和可能受这种救济影响的人的利益加以平衡。这种平衡对于实现跨境破产立法的目标是必不可少的。

197. 第 22 条第 1 款中提及债权人、债务人和其他利害关系人的利益，对指导法院行使其依第 19 和 21 条的权力提供了有益的因素。为了使法院能够适当地调整救济，明确授权法院可对救济附加限制条件（第 2 款）和修改或终止给予的救济（第 3 款）。第 3 款的另外一个特点是，它明确给予可能受第 19 和 21 条后果影响的人请求法院修改和终止这些后果的资格。除此以外，第 22 条还旨在在颁布国程序体系的范围内实施。

198. 在许多情况下，受影响的债权人将是“本国”债权人。尽管如此，在制定第 22 条时，试图将它局限于本国债权人的做法是不可取的。第 1 款中对本国债权人的任何明示性提及都将要求对这些债权人下个定义。企图起草这样一种定义（以及制定有关标准，特定类别的债权人可以据此接受特殊的待遇）将不仅表明难以起草适当的案文，而且也将显示，没有正当理由根据诸如营业地或国籍等标准区别对待债权人。

199. 对所有相关人的保护是与国家法律关于通知要求的规定相联系的，这些可能是一般性的公告要求，旨在通报潜在的相关人（例如本国债权人或债务人的本国代理人），外国程序已得到承认，或

可能有对个别通知的要求，法院根据其本身的程序性规则，必须向将会直接受法院给予的承认或救济影响的人发出这种通知。各国法律对于要求就外国程序的承认所作的通知的形式、时间和内容是不一致的，而《示范法》并不试图修改这些法律（也见上文第 167 段）。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 82-93 段。

A/CN.9/422, 第 113 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 15-16 页。

A/CN.9/433, 第 140-146 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 21 页。

A/CN.9/435, 第 72-78 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/715, 第 39 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 162-164 段。

A/CN.9/763, 第 60 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 162-164 段。

A/CN.9/766, 第 49 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 85 段。

A/CN.9/442, 第 161-164 段。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼

1. 一项外国程序一经得到承认，外国破产管理人即有资格提起 [此处提及负责管理重整或清算的个人或机构为避免有损于债权人的行为或以其他方式使这种行为丧失效力而在本国可以提起的诉讼类别]。
2. 当外国程序是一项外国非主要程序时，法院必须认定该诉讼与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关。

200. 根据许多国家的法律，个人债权人和破产管理人都有权提起诉讼，以避免有损于债权人的行为或以其他方式使之无效。就这种权利涉及个人债权人而言，它常常不受破产法管理，而受一般法律规定（例如民法）的管理；这种权利不一定与针对债务人的

破产程序的存在与否相挂钩，因而可以在这种程序开始以前提起诉讼。拥有这种权利的人一般只是受影响的债权人，不是诸如破产管理人等另一人。此外，这些个人债权人诉讼的条件不同于适用于可能由破产管理人提起的类似诉讼的条件。第 23 条给予的资格²⁵只扩大到在破产程序情况下本国破产管理人可加利用的诉讼，而且该条并不将外国破产管理人与在一组不同条件下可能拥有类似权利的个人债权人等同起来。个人债权人的此类诉讼不属于第 23 条的范围之内。

201. 第 23 条第 1 款明确规定，作为根据第 17 条承认外国程序的效力，外国破产管理人有“资格”²⁵根据颁布国法律提起诉讼，以免有损于债权人的法律行为或以其他方式使之无效。该项规定措词范围较窄，因为它不创立关于此类诉讼的任何实质性权利，也不提供任何对法律冲突的解决办法。《示范法》并不述及外国破产管理人根据外国程序所在国的法律而在颁布国提起这类诉讼的权利。第 17 条的效力是，不能仅仅以该外国破产管理人不是在颁布国任命的破产管理人这一事实为由不许该外国破产管理人提起诉讼。

202. 如果外国程序已经被承认为“非主要程序”，法院便有必要具体考虑，按照第 23 条的授权采取的任何行动是否关系到“应在外国非主要程序中予以管理”的资产（第 23 条第 2 款）。这再次区分了“主要程序”的性质和“非主要程序”的性质，并强调“非主要”程序中的救济很可能比“主要”程序的救济更为有限。

203. 给予外国破产管理人提起此类诉讼的资格²⁵并不是没有困难的。特别是，此种诉讼可能不会受到有利的看待，因为它们有可能给已达成或履行的交易造成不确定性。不过，由于开始这种诉讼的权利对于保护债务人资产的完整性至关重要，而且常常是实现这种保护的唯一现实的途径，它被认为对于确保以下这一点很重要：不会仅仅以外国破产管理人不是本国任命的理由拒不给予他（或她）这种权利。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 210-216 段。

A/CN.9/433, 第 134 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 19 页。

A/CN.9/435, 第 62-66 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 86-88 段。

A/CN.9/442, 第 165-167 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/68/17, 第 197 段。

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 165-167 段。

A/CN.9/742, 第 66 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 165-167 段。

A/CN.9/763, 第 61 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 165-167 段。

A/CN.9/766, 第 50 段。

第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的介入

一项外国程序一经得到承认, 外国破产管理人在符合本国的法律规定的情况下, 可介入以债务人为当事一方的任何程序。

204. 第 24 条的目的是避免仅仅因为程序性立法没有预期将外国破产管理人列入具有“介入”诉讼资格的人之列而拒不给予外国破产管理人“介入”程序的资格。²⁵ 本条适用于主要程序和非主要程序二者的外国破产管理人。

205. 第 20 条中的“介入”一词旨在指明这样的案件: 外国破产管理人出庭并在程序中进行陈述, 而不管这些程序是债务人对第三方提起的个人法院诉讼或其他程序(包括庭外程序), 还是第三方对债务人提起的程序。外国破产管理人可以介入的程序只能是未根据第 20 条第 1 款 (a) 项或第 21 条第 1 款 (a) 项中止的那些程序。

206. 第 24 条限于规定资格,²⁵ 它(通过规定“在符合本国的法律规定的情况下”)明确指出, 本国法律中使一个人能够介入的所有其他条件均维持不变。

207. 许多（如果不是所有）国家的程序性法律考虑到这样的情况：法院可以允许证明在其他两方之间争端的结果上具有合法利益的一方（本条中为外国破产管理人）在程序中进行陈述。这些程序性法律以不同的用语指明这类情况，而“介入”一语使用得很经常。如果颁布国使用另一用语表示这种概念，在第 24 条中使用这另一种用语将是合适的。

208. 第 12 条中使用的“参与”一词系指这样的情况，即外国破产管理人在一项集体破产程序中进行陈述（见上文第 117 段），而第 24 条中使用的“介入”一词则是指这样一种情况，即外国破产管理人参加由债务人提起或向债务人提起的个人诉讼的程序。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 117-123 段。

A/CN.9/422, 第 148-149 段。

A/CN.9/433, 第 51 和 58 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 21 页。

A/CN.9/435, 第 79-84 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 170 段。

A/CN.9/763, 第 62 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 170 段。

A/CN.9/766, 第 51 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 89-90 段。

A/CN.9/442, 第 168-172 段。

第四章. 与外国法院和外国破产管理人的合作

209. 不同法域的法官在跨境破产案中的合作和协调普遍受到限制，其原因是在同外国法院开展合作方面缺乏法律框架，或者现有的立法授权的范围不确定。

210. 经验表明，不管一个国家的法院通常享有酌处权如何，通过一项具体的法律框架对于促进跨境案件的合作仍是有益的。因此，

《示范法》通过明确授权法院在受《示范法》管辖的领域开展合作，从而填补了许多国家法律中的空白（第 25-27 条）。

211. 因此，关于跨境合作的第四章（第 25-27 条）是《示范法》的核心部分。其目标是使两个或多个国家的法院和破产管理人能够有效率地实现最适宜的结果。本章描述的合作常常是实现下列目标的唯一现实的途径，例如：防止资产的挥霍，使资产具有最大的价值（例如将位于两国的生产设备合起来出售的价值会大于分散出售的价值），或者为企业的重整找到最优的解决方案。

212. 合作并不取决于承认，因此可以在较早阶段在申请承认之前就进行合作。由于第四章各条适用于第 1 条所述及的事项，不仅可以就在颁布国提出的提供协助的申请，而且可以就颁布国的程序在他处提出的获得协助的申请开展合作（另见第 5 条）。合作并不局限于第 2 条 (a) 项涵义范围内根据第 17 条有资格获得承认的那些外国程序（即它们是主要或非主要程序），因此也可以就以资产的存在为由启动的程序开展合作。当程序是在颁布国启动而要在他处寻求协助时，这样一条规定可能是有益的。当颁布国除了《示范法》之外还有其他法律便利同外国程序的协调和合作（见第 7 条）时，这条规定也可能是相关的。

213. 第 25 和 26 条不仅授权进行跨境合作，而且还指示这样做，因为它规定法院和破产管理人“应……进行最大限度的合作”。这些条款旨在克服各国法律中普遍存在的一个问题，即缺乏规则为本地法院与外国法院在处理跨境破产案方面进行合作提供法律依据。在给予法官在明确法定授权领域以外行事的酌处权有限的法律体系中，制定这样一种法律基础将特别有用。不过，即使在具有较大司法自由空间传统的法域中，为合作制定立法框架也已证明是有益的。

214. 如果颁布国跨境司法合作是以国与国之间礼让原则为基础的，第 25-27 条的颁布提供了一个机会，使这一原则更加具体和更适应跨境破产的特定情况。

215. 在跨境破产领域国际合作的适当的法律基础不是礼让原则而是以对等原则为基础的国际协定（例如双边或多边条约或合作当局之间的换文）的国家中，《示范法》第四章可以作为拟订这种国际合作协定的样板。

216. 第四章的条款将某些决定，特别是关于何时和如何进行合作的决定，留给法院和破产管理人（在法院监督下）酌情做出。就法院（或第 25 和 26 条所述的人或机构）与外国法院或外国破产管理人就一项外国程序进行合作而言，《示范法》并不要求事先有承认该项外国程序的正式决定。

217. 给予法院在与外国法院或外国破产管理人合作时的灵活性和酌处权的重要性，在第二次贸易法委员会 / 破产管理从业人员国际协会跨境破产问题多国司法讨论会上得到了强调。在这次讨论会上，参与案件的法官提交了多项实际进行司法合作的案件的报告。从这些报告得出了若干要点，可以将它们归纳如下：*(a)* 法院之间进行联系是可能的，但应谨慎从事，并为保护当事方实质性权利和程序性权利提供适当的保障；*(b)* 联系应当公开进行，事先通知有关方面并让这些方面到场（极端情况例外）；*(c)* 可以进行的交流通讯形式多种多样，其中包括：交流正式的法院命令或判决；提供一般性信息、问题和看法的非正式书面材料；和传递性法院程序记录抄本；*(d)* 联系手段包括诸如电话、传真、电子邮件和视频；以及 *(e)* 在需要联系和明智地使用它的情况下，可给参与跨境破产和受其影响的人带来很大的好处。

第 25 条. 本国法院与外国法院或
外国破产管理人的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项, 法院应直接或通过 [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称], 与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。
2. 法院有权与外国法院或外国破产管理人直接联系, 或者直接要求其提供资料或协助。

218. 法院在各方适当参与情况下“直接”联系和“直接”要求外国法院或外国破产管理人提供信息或帮助的能力旨在避免使用一向使用的耗时的程序, 例如调查委托书。当法院认为它们应当紧急采取行动时, 这种能力至关重要。为了强调合作的灵活性和潜在紧迫性, 颁布国可能发现有益的做法是, 在颁布的《示范法》中列入一项明确的规定, 它授权法院在根据第 25 条进行跨境联系时不使用不符合该项规定基础政策的手续 (例如, 经由上级法院进行联系, 调查委托书或其他外交或领事渠道)。

第 26 条. [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或
清算的个人或机构名称] 与外国法院或
外国破产管理人的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项, [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称] 应在履行其职能时, 在法院监督下与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。
2. [此处写入根据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称] 有权在履行其职能时, 在法院监督下与外国法院或外国破产管理人直接联系。

219. 关于被任命管理破产债务人资产的人员之间国际合作问题的第 26 条，反映出此类人员在其权限内对于制订和执行合作协议所能起到的重要作用。该项规定（通过指出“在履行其职能时，在法院监督下”）表明，破产管理人在有管辖权的法院的全面监督下行事。《示范法》不修改颁布国破产法中已有的关于法院对破产管理人活动的监督职能的规则。一般说来，在司法监督的总的范围内，让破产管理人拥有某种自由和主动性，是实际合作的支柱；因此，颁布国在颁布《示范法》时不改变这种规则是明智的。特别是，不应当暗示破产管理人与外国机构每次联系时都将需要特别授权。

第 27 条. 合作形式

第 25 条和第 26 条所述及的合作可采取任何适当方式进行，包括：

- (a) 指定某人或某机构按法院的指示行事；
- (b) 法院以其认为适当的任何方式传递信息；
- (c) 协调对债务人资产和事务的管理和监督；
- (d) 法院批准或实施关于程序协调的协议；
- (e) 协调对同一债务人同时进行的多项程序；
- (f) [颁布国可列举其他合作形式或示例]。

220. 建议颁布国使用第 27 条，就第 25 和 26 条授权的各类合作向法院提供提示性清单。在直接跨境司法合作历来有限的国家中，以及在司法酌处权历来受到限制的国家中，这种提示性清单可能特别有用，而且它作为提示性清单，还使立法者有机会列入其他形式的合作。任何可能的合作形式的清单都应是列举性的，而不

应是详尽无遗的，以免无意之中排除某些形式的适当合作，限制法院根据具体情况制定补救的能力。

221. 合作的实施将服从颁布国适用的任何强制性规则；例如，在要求提供信息的情况下，限制信息交流（例如出于保护隐私的理由）的规则将适用。

222. 第 27 条 (f) 项使颁布国有机会填入可能合作的其他形式。例如，这些可能包括中止或终止颁布国中现存的程序。

223. 《贸易法委员会跨境破产合作实务指南》扩充了第 27 条中提及的各种合作，特别是汇集了使用跨境破产协议方面的实务和经验。³⁶

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 124-129 段。

A/CN.9/419, 第 75-76 段、
第 80-83 段和第 118-133 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 21-22 页。

A/CN.9/422, 第 129-143 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 17 页。

A/CN.9/433, 第 164-172 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 22 页。

A/CN.9/435, 第 85-94 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 173-175 段、第 177 段、
第 181 段和第 183A 段。

A/CN.9/742, 第 67-68 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107,
第 183-183A 段。

A/CN.9/763, 第 63 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 173A 段、
第 181 段和第 183-183A 段。

A/CN.9/766, 第 52 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 91-95 段。

A/CN.9/442, 第 173-183 段。

³⁶ 见脚注 15。《示范法》适用于不管是作为公司还是作为自然人的个别债务人。不过，《破产法立法指南》第三部分述及对破产企业集团的处理，建议 240 至 254 重点处理跨境破产程序涉及企业集团成员时旨在便利此类程序的进行的合作和交流。《立法指南》第三部分可在 http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html 查阅。

第五章 同时进行的程序

第 28 条. 承认外国主要程序后根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定启动程序

在承认外国主要程序后，只有当债务人在本国拥有资产时，才可根椐 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 的规定启动一项程序；该程序的效力应限于债务人在本国的资产，在为执行第 25 条、第 26 条和第 27 条规定的合作与协调所必需的限度内，还限于根据本国法律应在该程序中予以管理的债务人的其他资产。

224. 《示范法》对颁布国法院启动或继续破产程序的管辖权实际上未施加任何限制。第 28 条与第 29 条合在一起规定，对外国主要程序的承认将不阻止启动关于同一债务人的本地破产程序，只要该债务人在该国拥有资产。

225. 第 28 条采取的立场实质上无异于许多国家采取的立场。不过，在有些国家，要使法院拥有开始本国破产程序的管辖权，在该国仅仅存在资产是不够的。要使这种管辖权得以存在，债务人必须在该国从事某种经济活动（用《示范法》中的术语来说，债务人在该国必须拥有“营业所”，就如第 2 条 (f) 项所界定的）。在债务人已经卷入了一项外国主要程序的背景下，第 28 条中选用了限制性较少的解决方案。该项解决方案为在承认外国主要程序后开始本国程序留有广阔的空间，但它有助于表明，如果债务人在该国无资产，就没有启动破产程序的管辖权。

226. 尽管如此，颁布国可能想采用一种限制性较大的解决方案，即只有当债务人在本国拥有一个营业所时，才允许提起本地程序。采取这种限制做法并不与《示范法》的基本政策相悖。其理论依据可能是，当在颁布国的资产不是某个营业所的组成部分时，一般来说启动本地程序将不是保护包括本地债权人在内的债权人的最有效率的方法。通过调整给予外国主要程序的救济和与外国法院和外国破产管理人合作，颁布国的法院将有充分

的机会确保对位于本国的资产的管理将使本地权益得到充分的保护。因此，如果颁布国制定该条时以“只有当债务人在本国设有营业所时”取代目前第 28 条所用的措词“只有当债务人在本国拥有资产时”，颁布国的行动仍将与《示范法》的哲理保持一致。

227. 通常，第 28 条设想的那种本国程序将限于位于该国的资产。不过，在某些情况下，对本国破产程序的富有意义的管理可能还得包括某些在国外的资产，尤其是在资产所在国没有必要或可以利用的外国程序时（例如，本国营业所在外国法域内拥有开工的工厂的情况；有可能把债务人在颁布国的资产和国外的资产作为“正常经营的企业”出售的情况；或以欺诈方式将资产从颁布国转移到国外的情况）。为了允许本国程序此种有限的跨境范围，该条加上“只限于……应在该程序中予以管理的债务人的其他资产”等字。在关于可能将本国程序的效力扩大到位于国外的资产的条款中包括两项限制：首先，“在为执行第 25 条、第 26 条和第 27 条规定的合作与协调所必需的限度内”允许扩大；第二，这些外国资产必须是在颁布国“根据 [颁布国] 法律”加以管理的。这些限制是有益的，以便避免建立一种不加限制的权力，将本国程序的效力扩大到位于国外的资产，这种结果将会对该项规定的应用造成不确定性，并且可能导致管辖权的冲突。

228. 如果颁布国的法律规定债务人必须是资不抵债才能启动破产程序，《示范法》提出了一项可推翻的推定，即对一项外国主要程序的承认构成该债务人已经破产的必要证据（第 31 条），因而可以启动破产程序（见第 235-238 段）。

贸易法委员会和工作组的讨论

- (a) 《示范法》
A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 18 页。
A/52/17, 第 94-101 段。 A/CN.9/433, 第 173-181 段。
A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 26-29 页。 A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 23 页。
A/CN.9/422, 第 192-197 段。 A/CN.9/435, 第 180-183 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 96 段。

A/CN.9/442, 第 184-187 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 184 段和第 186-187A 段。

A/CN.9/742, 第 69 段。

A/CN.9/WG.V/WP.107, 第 185 段
和第 187A 段

A/CN.9/763, 第 64 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112,
第 184-186 段第 187A 段。

A/CN.9/766, 第 53 段。

第 29 条. 根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律]
进行的程序与外国程序之间的协调

在针对同一债务人的一项外国程序与根据 [此外写入颁布国与破产有关的法律] 进行的一项程序同时进行的情况下, 法院应寻求第 25 条、第 26 条和第 27 条规定的合作与协调, 并应适用下述规定:

- (a) 提交承认外国程序的申请时本国程序正在进行的;
 - (i) 根据第 19 条或第 21 条给予的任何救济必须与本国程序相一致;
 - (ii) 本国承认该外国程序为外国主要程序的, 第 20 条不适用;
- (b) 本国程序是在外国程序得到承认后或者是在提交承认外国程序的申请后启动的,
 - (i) 根据第 19 条或第 21 条给予的任何救济应由法院重新审查, 与本国程序不一致的, 应予修改或终止; 并且
 - (ii) 该外国程序是外国主要程序的, 第 20 条第 1 款所述的中止, 与本国程序不一致的, 应根据第 20 条第 2 款加以修改或终止;
- (c) 在给予、延长或修改已给予某一外国非主要程序管理人的救济时, 法院必须认定该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关, 或者涉及该程序中所必需的资料。

229. 第 29 条为法院处理债务人同时受制于外国程序和本地程序的案件提供指导。本条和第 30 条规定的目的是促进有协调地做出能最佳实现这两项程序目的的决定（如尽量增大债务人资产的价值或对企业进行最有利的重整）。第 29 条的开头语指示法院，在所有这些案件中，它必须依据《示范法》第四章（第 25、26 和 27 条）寻求合作和协调。

230. 第 29 条体现的突出的原则是，开始一项本国程序并不阻止或终止承认一项外国程序。这一原则对于实现《示范法》的目标是至关重要的，因为它在所有情况下都允许颁布国法院向外国程序提供救济。

231. 不过，该条保持本国程序优于外国程序的地位。这是采用下列方式这样做的：首先，给予外国程序的任何救济必须与本国程序相一致（第 29 条 (a) 项 (i) 目）；其次，已经给予外国程序的任何救济必须重新审查和修改或终止，以确保与本国程序相一致（第 29 条 (b) 项 (i) 目）；第三，如果外国程序是一项主要程序，依据第 20 条产生的自动效力如果与本国程序相矛盾，必须加以修改和终止（这些自动效力并不自动终止，因为它们可能是有益的，而且法院可能想维持它们）（第 29 条 (b) 项 (ii) 目）；第四，如果在外国程序被承认为主要程序时本国程序正在进行，外国程序不享受第 20 条的自动效力（第 29 条 (a) 项 (ii) 目）。第 29 条避免在程序之间建立死板的等级体系，因为这将不必要地阻碍法院进行合作和行使其第 19 和 21 条规定的酌处权的能力。在颁布第 29 条时最好不限制法院的自由。

232. 第 29 条 (c) 项纳入这样一项原则，即给予外国非主要程序的救济应当仅限于在非主要程序中加以管理的资产，或必须涉及该项程序所必需的资料。该项原则在第 21 条第 3 款（一般涉及可给予外国破产管理人的那类救济）中作了表达，并在第 29 条（涉及本国与外国程序的协调）中重申。关于承认前救济的第 19 条第 4 款和关于不止一个外国程序的协调的第 30 条也受到这一原则的启发。（另见上文第 175 段评议）。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 106-110 段。

A/CN.9/435, 第 190-191 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第 188-191 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 188 段。

A/CN.9/742, 第 70 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 188 段。

A/CN.9/766, 第 53 段。

第 30 条. 一个以上外国程序的协调

对于第 1 条所述事项, 如果针对同一债务人的外国程序不止一个, 法院应寻求第 25 条、第 26 条和第 27 条规定的合作与协调, 并应适用下述规定:

(a) 外国主要程序得到承认后根据第 19 条或第 21 条给予外国非主要程序管理人的任何救济必须与该外国主要程序相一致;

(b) 外国主要程序是在外国非主要程序得到承认后或者是在提交承认外国非主要程序的申请后得到承认的, 根据第 19 条或第 21 条给予的任何已生效的救济应由法院重新审查, 与该外国主要程序不一致的, 应予修改或终止;

(c) 在承认一项外国非主要程序后又承认了另一项外国非主要程序的, 法院应以促进这些程序的协调为目的, 给予、修改或终止救济。

233. 第 30 条涉及针对债务人的不止一个外国破产程序和不止一个外国程序的外国破产管理人在颁布国寻求承认或救济的案件。不管一项破产程序是否正在颁布国进行, 该项规定均适用。如果除了两项或多项外国程序外还在颁布国有一项程序, 法院将不得不依照第 29 和 30 条行事。

234. 第 30 条的目标类似于第 29 条的目标, 因为在同时进行程序情况下的关键问题是促进合作、协调和给予不同程序的救济的统

一。通过适当调整拟给予的救济或通过修改或终止已经给予的救济，就将实现这种统一。同第 29 条（它作为一个原则问题给予本国程序优先地位）不一样的是，第 30 条给予外国主要程序优先，如果有一项外国主要程序的话。在不止有一项外国非主要程序的情况下，该项规定并非理所当然地优先对待任何外国程序。外国主要程序的优先体现在这样一项要求中：给予外国非主要程序的任何救济（不论是已给予还是拟给予的）必须与外国主要程序相一致（第 30 条 (a) 和 (b) 项）。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 111-112 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/442, 第 192-193 段。

第 31 条. 基于对外国主要程序的承认而推定破产

如无相反证据,对于依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定启动的程序而言,承认外国主要程序即构成债务人破产的证明。

235. 在有些法域,要启动破产程序,需要提供债务人已告破产的证明。在另一些法域,在法律所界定的具体情况下,即可启动破产程序,这些情况并不一定意味着债务人事实上破产;例如,这些情况可以是债务人停止付款或债务人的某些行动,如某项公司决定、其资产的挥霍或其营业所的放弃。

236. 在破产是启动破产程序的一个条件的法域内,第 31 条规定,在对一项外国主要程序承认时有可予驳回的债务人已破产的推定,以便在颁布国启动破产程序。如果外国程序是一项非主要程序,该项推定即不适用。理由是,在债务人拥有其主要利益中心的国家以外的国家中启动的破产程序,并不一定意味着债务人应服从其他国家有关破产的法律。

237. 对于为启动破产程序并不需要债务人已破产的证明的国家法律而言，第 31 条规定的推定也许没有什么实际意义，颁布国可以决定不颁布该条。

238. 然而，对于那些启动某项破产程序须有关于债务人事实上已经资不抵债的证明的法律制度来说，这项规则是大有益处的。在下列情况下，第 31 条将具有特殊的意义：作为启动破产程序先决条件证明破产的手续是一项耗费时间的工作，考虑到债务人在其拥有主要利益中心的国家已进入破产程序，该项手续已无什么另外的好处，而且为了保护本地债权人，可能迫切需要启动本地程序。尽管如此，颁布国的法院不受外国法院决定的约束，而且，就如“如无相反证据”措词所指明的那样，证明破产的本地标准依然有效。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 94 段和第 102-105 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 27 页。

A/CN.9/422, 第 196 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 18 页。

A/CN.9/433, 第 173 段和第 180-181 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 23 页。

A/CN.9/435, 第 180 段和第 184 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 97 段。

A/CN.9/442, 第 194-197 段。

(c) 《颁布及解释指南》

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1,
第 197 段。

A/CN.9/742, 第 71 段。

A/CN.9/WG.V/WP.112, 第 197 段。

A/CN.9/766, 第 53 段。

第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则

在不损害有担保债权或物权的前提下，如果某一债权人的债权已在根据外国破产相关法律的某一程序中得到部分偿付，只要同等级的其他债权人获得的偿付按比例低于该债权人所获得的偿付，该债权人便不得在根据 [此处指明颁布国与破产有关的法律] 对同一债务人的程序中就同一债权获得偿付。

239. 第 32 条所列的规则（有时称作“财产混合后平分”规则），在管理跨境破产程序方面协调和合作的法律制度中，是一项有益的保障措施。它旨在避免某个债权人通过在不同法域的破产程序中获得同一债权的偿付，可能获得比同等级的其他债权人更有利的待遇的情况。例如，一名无担保的债权人在一项外国破产程序中获得其债权额的 5%；该债权人也参加颁布国中的破产程序，其分配比率是 15%；为了使该债权人在颁布国中与其他债权人处于平等的地位，该债权人在颁布国中将获得其债权额的 10%。

240. 第 32 条不影响颁布国法律确立的债权排列顺序，而且纯粹是为了确定同等级债权人的平等待遇。在有担保债权人和享有物权的债权人获得全额偿付（此事取决于程序所在国的法律）的情况下，这些债权不受本规定影响。

241. “有担保债权”一词被用来泛指由特定资产担保的债权，而“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。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。颁布国可以使用其他术语来表示这些概念。

贸易法委员会和工作组的讨论

(a) 《示范法》

A/52/17, 第 130-134 段。

A/CN.9/419, 第 89-93 段。

A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 29-30 页。

A/CN.9/422, 第 198-199 段。

A/CN.9/WG.V/WP.46, 第 18 页。

A/CN.9/433, 第 182-183 段。

A/CN.9/WG.V/WP.48, 第 23 页。

A/CN.9/435, 第 96 段和第 197-198 段。

(b) 《颁布指南》

A/CN.9/436, 第 98 段。

A/CN.9/442, 第 198-200 段。

六. 贸易法委员会秘书处提供的协助

A. 起草立法方面的协助

242. 贸易法委员会秘书处提供技术咨询协助各国起草以《示范法》为基础的立法。进一步资料可向贸易法委员会秘书处索取(邮寄地址: Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria ; 电话: (+43-1) 26060-4060 ; 传真: (+43-1) 26060-5813 ; 电子邮件: uncitral@uncitral.org ; 互联网主页: <http://www.uncitral.org>)。

B. 关于解释基于《示范法》立法的信息

243. 《示范法》将被列入贸易法委员会法规判例法 (CLOUT) 资料系统, 该系统用于收集和传播关于贸易法委员会制定的公约和示范法的判例法, 目的是提高对这些立法文本的国际认识并促进对它们的统一解释和适用。秘书处以联合国的六种正式语文出版判决的摘要, 并备有完整的原始判决供索取。该系统在一份使用者指南中解释, 该指南登载在上述贸易法委员会互联网主页上。

附件一

大会 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议

52/158. 联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法

大会，

回顾其 1966 年 12 月 17 日第 2205 (XXI) 号决议设立了联合国国际贸易法委员会，任务是促进国际贸易法的逐渐协调和统一，并在这方面念及各国人民特别是发展中国家人民在国际贸易扩大发展中的利益，

注意到跨国界贸易和投资增加，企业和个人资产分散于多国的情况因而日增，

还注意到资产散布于多国的债务人一旦成为破产程序的对象，在监管破产债务人的资产和事务方面往往亟需进行跨国界合作和协调，

考虑到发生跨国界破产时如果缺乏协调和合作，就会减少挽救有财务困境但应可继续经营的企业的可能性，阻碍公平而有效率地办理跨国界破产，造成债务人资产更可能被隐瞒或耗竭的情况，妨碍重整或清算债务人的资产和事务以尽量维护债权人和其他有关的人的利益，包括债务人及其雇员的利益，

注意到许多国家缺乏可进行或促进有效的跨国界协调和合作的法律框架，

深信公平和国际协调的跨国界破产立法，如尊重国内程序和司法制度，并得到法律，社会和经济制度不同的国家的接受，将有助于发展国际贸易和投资，

考虑到需要有一套国际协调的跨国界破产示范法律条款，以协助各国使其跨国界破产立法现代化，

1. 表示赞赏联合国国际贸易法委员会完成并通过了载于本决议附件的《跨国界破产示范法》；^a
2. 请秘书长将示范法案文连同秘书处编写的《示范法立法指南》分送各国政府及有关机构；
3. 建议所有国家审查其关于破产的跨国界方面的立法，以确定其立法是否符合现代的有效率的破产制度的目的，并在审查中有利考虑示范法，铭记着需要有一项处理跨国界破产事件的国际协调立法；
4. 又建议 作出一切努力，确保人们广泛知道并且能够获得《示范法》和指南。

1997年12月15日
第72次全体会议

^a《贸易法委员会跨境破产示范法》载于本出版物第一部分。

附件二

联合国国际贸易法委员会的决定

在 2013 年 7 月 18 日其第 973 次会议上，委员会通过了如下决定：

联合国国际贸易法委员会，

“注意到有大约 20 个国家颁布了以《贸易法委员会跨境破产示范法》³⁷ 为基础的法规，

“还注意到跨境破产程序发生率普遍增加，因而在跨境破产程序中使用和适用《示范法》以及发展对其条文进行解释的国际判例法的机会日渐增多，

“又注意到法院经常参引《示范法颁布指南》³⁸，作为指导了解《示范法》条文的起草和解释的背景，

“认识到在实际适用《示范法》时形成的判例法中，《示范法》某些条文的解释存在某种不确定性，

“确信在解释这些条文时，应当考虑到《示范法》的国际渊源和需要促进《示范法》的统一适用，

“还确信应当通过修订《示范法颁布指南》，就《示范法》某些方面的解释和适用提供额外指导，以促进此种统一解释，

“赞赏活跃于破产法改革领域的国际政府间组织和非政府组织对《示范法颁布指南》修订工作的支持和参与，

³⁷大会第 52/158 号决议，附件（仅载有示范法）。

³⁸A/CN.9/442，附件。

“表示赞赏第五工作组（破产法）在修订《示范法颁布指南》方面所做的工作，

“1. 通过经工作组第四十三届会议（见 A/CN.9/766 号文件）和委员会本届会议修订的载于 A/CN.9/WG.V/WP.112 号文件的《贸易法委员会跨境破产示范法颁布及解释指南》，³⁹ 并授权秘书处按照这些修订意见编辑和审定《颁布及解释指南》的案文；

“2. 请秘书长发布包括以电子形式发布《示范法颁布及解释指南》修订本，连同《示范法》案文一起，并分送各国政府和相关机构，使之广为周知和可供查阅；

“3. 还建议立法者、决策者、法官、破产从业人员和跨境破产法律和程序其他相关人员酌情适当考虑《示范法颁布及解释指南》；以及

“4. 建议所有国家继续考虑实施《贸易法委员会跨境破产示范法》，并请以《示范法》为基础颁布了法规的国家相应通报委员会。”

³⁹《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 17 号》(A/68/17)，第 197 段。

United Nations publication
Printed in Austria



V.13-86393—February 2014—110