

《贸易法委员会 跨国界破产示范法》： 司法角度的审视



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

网址: www.uncitral.org

传真: (+43-1) 26060-5813

电子邮件: uncitral@uncitral.org

联合国国际贸易法委员会

《贸易法委员会
跨国界破产示范法》：
司法角度的审视



联合国
2012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，2012 年 4 月。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。

出版：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

前言

“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”已由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）于2011年7月1日最后审定和通过。项目产生于出席2009年在加拿大温哥华举行的第八届贸易法委员会/国际破产协会/世界银行多国司法专题讨论会的法官们提出的一项请求，他们提出应当考虑就《示范法》下产生的问题为法官提供协助。2010年，委员会商定这种协助的筹备工作应当以非正式方式进行，主要通过和法官的磋商，但也与破产从业人员和其他专家进行磋商，所采用的方式与当初拟订《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》（2009年）时大致相同。

司法角度审视的第一稿由新西兰高等法院（Heath法官编写，并通过与众多法官的磋商作了进一步编拟。2010年12月提交第五工作组（破产法）讨论，并于2011年初分发给各国政府评议。该文件还在2011年3月与新加坡举行的第九届贸易法委员会/国际破产协会/世界银行多国司法专题讨论会上提交给与会者。

司法角度审视一文的修订稿于2011年提交给委员会第四十四届会议最后审定和通过，其中考虑到工作组、各国政府和司法专题讨论会提出的意见。文本于2011年7月1日协商一致通过；2011年9月9日，大会通过第66/96号决议，大会在该决议中对委员会完成和通过《司法角度的审视》一文表示赞赏（见附件二）。

目录

	页次
一. 导言	1
A. 目的和范围.....	1
B. 术语表.....	2
二. 背景	3
A. 《贸易法委员会示范法》的范围和适用.....	3
B. 法官的角度.....	6
C. 《贸易法委员会示范法》的目的.....	9
三. 《贸易法委员会示范法》的解释和适用	10
A. “介入”原则.....	10
B. “承认”原则.....	13
C. 承认的过程.....	17
D. 救济.....	35
E. 合作与协调.....	46
附件	
一. 案例概要	55
二. 联合国国际贸易法委员会的决定和大会第66/96号 决议	71

一. 导言

A. 目的和范围

1. 本文从法官的角度讨论《贸易法委员会跨国界破产示范法》。认识到一些颁布国为适合本国的国情而对《示范法》作了修订，所以如果法官最终认为对所颁布的案文有必要省略或更改其中的某一条款，则可能也需要这样做，采取不同的处理方法。本案文以联合国大会 1997 年 12 月核准的《示范法》为基础。¹文中不涉及一些颁布国对《示范法》所作的各种改动，也不对此发表意见。

2. 虽然本文提及一些法域所作的裁定，但除指出在审理类似案件时法官似宜考虑的问题之外，本文并不试图对这些裁定提出批评议论。也未试图就涉及解释《示范法》所提出的问题的所有相关裁定提供其参引文献出处，而是用意在于仅仅使用所裁定的案件说明在处理特定问题时可能需要采取的特别推论思路。在每个案件中，法官将根据国内法，包括《示范法》的颁布立法条款来判定所审理的案件。

3. 本文无意指示法官如何处理根据《示范法》的颁布立法而提出的寻求获得承认和救济的申请。作为一个原则事项，这种做法将与司法独立的原则背道而驰。另外，从实际上看，单独一种做法是不可能的，也是不可取的。在情形的经济动态可能瞬息变化的领域，处理方法上的灵活性尤为重要。所可以提供的只是根据《示范法》起草者的用意和实践中其使用者的经验对某一法官可能需要考虑的问题的一般性指导。

4. 本文在结构顺序上作了特意安排，有别于逐条分析，而是反映收到申请的法院根据《示范法》一般作出具体裁定时所遵循的顺序。

¹大会第 52/158 号决议。

B. 术语表

1. 术语和解释

5. 以下段落解释本文中常见的某些表达方式的含义和用法。其中许多术语是《贸易法委员会示范法》、《贸易法委员会破产法立法指南》和《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》所共有的。² 这些术语在本文中的用法与其在这些文本中的用法相一致：

(a) 法规判例法系统：系指贸易法委员会法规判例法报告系统。与《贸易法委员会示范法》相关的案件摘要以联合国六种正式语文刊登在网站上：www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html；

(b) “跨国界破产协议”：法院之间、法院与破产管理人之间以及破产管理人之间，有时也涉及其他利益方，为便于协调跨国界破产程序与合作而达成的一项口头或书面协议；³

(c) “颁布国”：在《贸易法委员会示范法》基础上颁布立法的国家；

(d) “破产管理人”：在破产程序中被授权管理破产财产的重整或清算的人或机构，包括临时指定的人或机构；

(e) “法官”：被指定行使根据以《贸易法委员会示范法》为基础的立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；

(f) “接收法院”：收到承认和救济申请的颁布国法院。

2. 参考材料

(a) 案件参注

6. 本文通篇列入了具体案件的参注。一般而言，由于这些指的是附件提供的概要中所列的案件，所以文中仅列入简称形式，例如“贝尔斯登”系指关于贝尔斯登高级别结构信贷战略马士达基金

² 贸易法委员会的这些文本见 www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html。

³ 《贸易法委员会实践指南》中对这些协议作较详细的讨论。

有限公司（附件一第2个案例）的程序。与这些案件相关联提及的页数或段落号系指附件中引述的判决书的相关部分。

(b) 法规的简称

7. 本文对一些涉及跨国界破产的法规使用了简称，包括如下：

(a) “贸易法委员会示范法”：《贸易法委员会跨国界破产示范法》及《颁布指南》（1997年）；

(b) “颁布指南”：《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》；

(c) “贸易法委员会立法指南”：《贸易法委员会破产法立法指南》（2004年）；

(d) “贸易法委员会实践指南”：《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》（2009年）；

(e) “欧盟条约”：欧洲理事会关于破产程序的2000年5月29日第1346/2000号条例；

(f) “欧洲公约”：欧洲联盟关于破产程序的公约（1995年）；

(g) “Virgos Schmit 报告”：M. Virgos 和 E. Schmit 所著关于破产程序公约的报告，1996年5月3日，布鲁塞尔，见 <http://aei.pitt.edu/952>。

二． 背景

A. 《贸易法委员会示范法》的范围和适用

8. 1997年12月，大会核准了联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）拟订和通过的《跨国界破产示范法》。

9. 《示范法》并非意在处理实质性的国内破产法，而是提供程序机制，便利更有效地处理破产债务人在不止一个国家拥有资产或

债务的案件。截至 2011 年 3 月底,19 个国家和地区已在《示范法》基础上颁布了立法。⁴

10. 《示范法》意在适用于下列情形：⁵

(a) 外国法院或外国代表就一外国破产程序向另一国（颁布国）寻求协助；

(b) 根据外国法律就某一特定破产程序向该外国寻求协助；

(c) 一项外国程序和根据颁布国特定法律一项破产程序正在针对同一债务人同时进行中；

(d) 债权人或其他利益关系人有意请求启动或参与一项根据颁布国特定法律进行的破产程序。

《示范法》预期在根据《示范法》提出申请时,已经指定一名管理人（外国代表）管理破产债务人位于一个或一个以上国家的资产或作为外国程序的管理人。⁶

11. 《示范法》要求颁布国指明有权处理《示范法》所涉问题的法院或其他主管机关。⁷ 认识到有些国家将提名行政机构而不是法院,因此,“外国法院”的定义包括负责控制或监督某一外国程序的司法机关或其他主管机关。⁸

12. 《示范法》设想,特别的实体,例如一旦倒闭可能在颁布国内造成系统风险的银行或保险公司,可排除在《示范法》适用范围之外。⁹

⁴ 澳大利亚（2008 年）、英属维京群岛；（大不列颠及北爱尔兰联合王国海外领土；2003 年）、加拿大（2009 年）、哥伦比亚（2006 年）、厄立特里亚（1998 年）、大不列颠（2006 年）、希腊（2010 年）、日本（2000 年）、毛里求斯（2009 年）、墨西哥（2000 年）、黑山（2002 年）、新西兰（2006 年）、波兰（2003 年）、大韩民国（2006 年）、罗马尼亚（2003 年）、塞尔维亚（2004 年）、斯洛文尼亚（2007 年）、南非（2000 年）以及美利坚合众国（2005 年）。

⁵ 《贸易法委员会示范法》，第 1 条第 1 款。

⁶ 另见《贸易法委员会示范法》，第 5 条，颁布国能够指明可以向外国法院寻求承认和救济的管理人。

⁷ 同上，第 4 条。

⁸ 同上，第 2 条(e) 项；“外国法院”的定义。

⁹ 同上，第 1 条第 2 款。

13. 《示范法》建立在四项原则基础上，这些原则是：

(a) “介入”原则：本原则确立了各种适用的情形，在这些情形下，“外国代表”¹⁰有权介入收到承认和救济申请的颁布国法院（接收法院）；¹¹

(b) “承认”原则：根据本原则，接收法院可下达命令，承认外国程序为外国“主要”或“非主要”程序；¹²

(c) “救济”原则：本原则可参见三种不同的情形。在寻求承认的申请正在审理之中时，可给予临时救济，以保全处在接收法院的管辖区内的资产。¹³如果一项程序被承认作为“主要”程序，随即自动救济。¹⁴对于“主要”程序，可以提供酌情附加救济，对于被承认为“非主要”程序的某一程序，可以给予同等性质的救济；¹⁵

(d) “合作”与“协调”原则：本原则规定了不同国家的法院和破产管理人在可能的最大限度内进行联系与合作的义务，以确保公平和有效地管理同一个债务人的破产财产，争取为债权人实现利益最大化。¹⁶

14. 这些原则旨在达到下列公共政策目标：¹⁷

(a) 需要为贸易和投资提高法律确定性；

(b) 需要为所有债权人和其他利益关系人，包括债务人在内，公平和有效地管理国际破产程序；

(c) 保全债务人资产的价值并使之最大化，以便向债权人进行分配，无论是通过重整还是清算方式；

(d) 在处理多个国家中的破产程序时，法院和其他主管机关理应和需要进行联系与合作；以及

(e) 为拯救陷入财务困境提供便利，以保护投资和维持就业。

¹⁰ 按《贸易法委员会示范法》第2条(d)项所定义。

¹¹ 同上，第9条。

¹² 同上，第17条。

¹³ 同上，第19条。

¹⁴ 同上，第20条。

¹⁵ 同上，第21条。

¹⁶ 同上，第25、26、27、29和30条。

¹⁷ 《贸易法委员会示范法》序言；另见《颁布指南》，第3段。

15. 2009年12月，大会核准了《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》。¹⁸《实践指南》通过参引实际案例，讨论了破产管理人、法院或其他主管机构之间可以加强合作的各种方式，以便对于破产债务人在一个以上法域拥有资产或债权人的情况，提高管理其破产财产的公平性和效率。现对跨国界破产协议这一用以便利开展合作的一种机制作较为详细的讨论。根据适用的国内法和具体跨国界协议的主题事项而定，在有些情况下，可能需要法院（或其他主管机关）对这一协议加以批准。《实践指南》讨论了这类协议的示例。¹⁹

B. 法官的角度

16. 虽然《贸易法委员会示范法》强调以《示范法》国际渊源为基础统一解释方法的可取性，²⁰但大多数国家的国内法都可能要求按国内法加以解释；除非颁布国已在其本国立法中核准了“国际”方式。²¹即使如此，凡法院在《示范法》基础上考虑到立法的，都可能发现国际法理有助于其作出解释。

17. 法官²²在处理其工作时看问题的角度必然不同于破产管理人。司法官员的义务是根据所收到的信息（证据），不偏不倚地判定由一方当事人所提出的问题。法官的义务是按司法规则行事；这就是所有利益关系方在无特殊例外情形下，都应被给予对可能严重影响最终决定的所有问题进行申诉的机会，以确保应有的程序得到遵循。在一些国家，拥有管辖权的行政机关²³的主持人可能不受这种限制的影响。虽然一些国家的适用国内法可能要求法院

¹⁸ 大会第 64/112 号决议，全文见 www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html。

¹⁹ 一般见《贸易法委员会实践指南》第三章和《实践指南》附件一所列的案件概要。

²⁰ 在按拟定的条文颁布《示范法》的国家中，对条款作出解释时，必须考虑到“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”（《贸易法委员会示范法》，第 8 条）。

²¹ 其实，《贸易法委员会示范法》本身已明确规定，凡颁布国作为一方加入的任何相关条约或协定，其中的条款优先于《示范法》的规定（第 3 条）。

²² 见术语表中“法官”一词的扩大定义。

²³ 也就是“外国法院”定义范围内的机关（《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (e) 项）。

独立自我确信应当下达任何所寻求的法院令，但其他国家的国内法则可能设想法院单纯实现当事方的意愿。

18. 不同法律传统的法官如何处理其各自的工作，可能会产生《示范法》条款解释方法上的一些差别（或其词语上的任何变通）。虽然总体上建议充满困难，但在一些法域，较高程度的法律法典化可能往往将注意力更多集中于《示范法》的案文，而不是像其他一些法域那样，没有同等程度的法典化，或其中许多高等法院具有一种固有的管辖权，能够以不与任何规章或条例相违背的方式决定法律问题，²⁴ 或拥有职权而可以对无成文法规则的事项拟订所涉及的特别法律方面。²⁵

19. 这些不同的方法可能影响接收法院是否倾向于根据《示范法》的法院之间合作和多个程序协调的原则行事。²⁶ 如果颁布国的国内法含有《示范法》的合作与协调规定，那么将会有成文法上对这方面可能采取的步骤给予的确认。

20. 如果没有明确采用这些规定，²⁷ 那么便可能产生疑虑，不明确作为国内法的事项法院是否有权与外国法院进行对话或批准不同国家的破产管理人和其他利益关系方所达成的跨国界破产协议。法院能否这样做将取决于相关国内法的其他规定。另一方面，那些拥有固有管辖权的法院则可能享有更大的灵活性，能够确定法院之间可以采取什么步骤，以便落实《示范法》所强调的合作与协调。

21. 应有程序是所有法律传统的法域中广为周知的一个概念。最低限度标准要求程序透明化，将相关法院之间可能发生的任何联系通知当事各方，以及当事各方能够就所出现的任何问题进行陈述，无论是通过亲自出庭还是通过提出书面材料的机会。不论法律

²⁴ 关于固有管辖权的讨论，见 I. H. Jacob 所著 “The Inherent Jurisdiction of the Court” 23 *Current Legal Problems* 23 (1970)。

²⁵ 这方面的例子包括英美法系中的衡平法和过失规定的发展。

²⁶ 《贸易法委员会示范法》，第 25-27、29 和 30 条。另见下文第 154-187 段。

²⁷ 例如，在涉及欧洲联盟成员国（丹麦除外）的案件中，《欧洲破产程序条例》虽然要求破产管理人之间的跨国界合作，但只字未提法院之间的合作。

传统如何，可取的做法是建立保障措施确保应有的程序得到遵循。²⁸ 在发生法院之间联系的情况下，这些原则的重要性甚至更大。

22. 与破产管理人直接参与管理破产财产不同，在最初向法院提出申请之时，特定的法官不可能对所提出的问题有具体的知识，即使涉及复杂问题和大笔金额的破产案件通常存在紧迫性。²⁹ 以前未经历过这类程序的法官可能会要求外国代表³⁰ 提供协助，一般是通过其法律顾问这样做。这种协助可以包括简明但内容详实的概要和证据。

23. 从机构的角度来看，法官在开庭审理之前需要有足够的时间阅读和消化所提供的信息。在处理任何案件中所需要的审前阅读时间将由多方面因素决定，包括处理申请的紧迫性、相关的破产管理工作规模、其复杂性、所涉及的国家数目、具体决定的经济后果以及相关的公共政策因素等。

24. 出席 2009 年 6 月在加拿大温哥华举行的一次司法座谈会³¹ 的约 40 个国家 80 多名法官表示认为，应当考虑向法院提供协助（但以维护特定国家司法系统司法独立和完整性的至高需要为限度），辅导如何处理在《示范法》下出现的问题。本文的用意正是提供这类协助。文本最后形式已经过一系列非正式协商而形成，主要是与法官但也与破产从业人员和其他专家协商，并与第五工作组（破产法）和出席 2011 年 3 月在新加坡举行的第九次多国司法座谈会³² 的与会者协商。文本还在委员会 2011 年 7 月审议之前分发给各国政府发表评议。³³

²⁸ 另见下文第 154-187 段。

²⁹ 《贸易法委员会示范法》第 17 条第 3 款强调需要迅速处理关于外国程序寻求获得承认的申请。

³⁰ 按《贸易法委员会示范法》第 2 条 (d) 项所定义。

³¹ 第八次贸易法委员会 / 国际破产协会 / 世界银行多国司法座谈会，于 2009 年 6 月 20 日和 21 日举行。座谈会的报告见 www.uncitral.org/pdf/English/news/eighthJC.pdf。

³² 第九次贸易法委员会 / 国际破产协会 / 世界银行多国司法座谈会于 2011 年 3 月 12 日和 13 日在新加坡举行。座谈会的报告见 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html。

³³ 委员会 2011 年 7 月 1 日作出的决定见附件二，委员会该项决定通过了《司法角度的审视》。

C. 《贸易法委员会示范法》的目的

25. 《贸易法委员会示范法》反映了处理跨国界破产事项的做法，这些是现代、有效的破产制度的特征。鼓励颁布国使用《示范法》对国内破产制度加以有益的补充和改进，以做好更充分的准备，解决跨国界破产案件中出现的問題。

26. 如上文所述，《示范法》尊重各国家程序法之间的差别，并不试图从实体上统一破产法。《示范法》提供以若干轻微但重要方式起帮助作用的解决办法。这些办法包括：

(a) 向外国代表提供对颁布国法院的介入权。这允许外国代表寻求将可提供“喘息空间”的救济，并使接收法院能够决定为了破产案件的最佳化处理而需要法域之间的什么协调或其他救济；

(b) 决定何时对外国破产程序给予“承认”以及承认的后果可能是什么；

(c) 提供一套透明的制度，让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外国破产程序的法院和管理人有效开展合作；

(e) 授权颁布国法院和该国的破产程序管理人向国外寻求协助；

(f) 制订当颁布国破产程序与另一国破产程序同时进行时的协调规则；

(g) 制订关于颁布国给予的救济的协调规则，优先考虑可能在多个国家进行的涉及同一债务人的两个或多个破产程序。

27. 《贸易法委员会示范法颁布指南》强调跨国界破产案件中开展合作的中心作用，以实现有效进行这些程序和达到最佳结果。一个关键要素是涉及各个程序的法院之间以及这些法院与不同程序中所指定的破产管理人之间开展合作。³⁴ 合作的一项重要内容可能是鼓励破产管理人和（或）有关国家的其他管理机关之间进行联系。³⁵ 虽然《示范法》授权法院之间开展跨国界合作

³⁴ 《贸易法委员会示范法》，第 25 和 26 条。另见《贸易法委员会实践指南》。

³⁵ 例如，见《贸易法委员会实践指南》第三章中关于使用跨国界协议的讨论。

与联系，但并未指明可以如何实现这种合作与联系，而是将此交由每个法域通过适用自己本国的国内法或实践做法来决定。但是，《示范法》确实建议了开展这些合作的各种方法。³⁶

28. 法院在当事各方的适当参与下能够“直接”联系，并“直接”向外国法院或外国代表请求信息和协助，就是为了避免使用传统上采用的耗费时间的程序，例如委托调查函。由于破产程序的内在混乱以及资产价值随着时间迅速蒸发，所以在需要法院紧急行动时，法院的这种能力至关重要。

三. 《贸易法委员会示范法》的 解释和适用

A. “介入”原则

29. 《贸易法委员会示范法》设想的程序是由另一国为债务人所指定的破产管理人——“外国代表”向接收法院提出申请后而启动的程序。申请可以是寻求：

- (a) 根据颁布国的法律启动一项破产程序；³⁷
- (b) 颁布国承认外国程序，³⁸ 以便外国代表可以：
 - (i) 参与该国的一项现有破产程序；³⁹
 - (ii) 根据《示范法》申请救济；⁴⁰ 或者

³⁶ 《贸易法委员会示范法》，第 27 条；另见《贸易法委员会实践指南》，第二章。

³⁷ 同上，第 11 条和《颁布指南》，第 97-99 段。

³⁸ 同上，第 15 条和第 112-121 段。

³⁹ 同上，第 12 条和第 100-102 段，其中指明，第 12 条的目的是给予外国代表程序上的地位，使之可以“参加”程序，就债务人的资产保全、变现或分配，或就与外国程序的合作等议题，提出申诉、请求或陈述。如若颁布国法律未使用“参加”而是另一个词来表达这一概念，则在颁布条款时可使用该另一词。现注意到第 24 条使用了“介入”一词指称外国代表加入由债务人或针对债务人提起的个别诉讼（相对于集体破产程序）。

⁴⁰ 同上，第 19 和 21 条及第 135-140 段和第 154-160 段。

(iii) 在国内法允许的限度内，介入债务人为当事一方的任何程序。⁴¹

30. 《贸易法委员会示范法》第2条对“外国程序”和“外国代表”都下了定义。

31. “外国代表”与“外国程序”的定义相互关联。为了归属“外国代表”的定义，该人必须是正在管理一项“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，……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”，或该人必须是正在担任外国程序的代表。⁴²“外国代表”有权依其权利而直接向接收法院提出申请。⁴³

32. 在一些情形中，可以说“外国代表”所管理的某一特定实体并非接收法院所适用的国内法意义上的“债务人”。⁴⁴一个这类问题出现在 *Rubin 诉 Eurofinance* 案件中。⁴⁵在该案件中，美国一家法院为称作“消费者信托公司”的一个债务人指定了接收人和管理人。在美国法律中，如此描述的一个信托公司被承认为法律实体“商业信托公司”，而在英格兰法律中则不被承认为法律实体。在收到向英格兰法院提出的寻求获得承认的申请时，据指称该信托公司并非英格兰法律上的一个“债务人”。法官驳回了提出的申请，认定考虑到《贸易法委员会示范法》的国际渊源，对“债务人”一词的“狭窄教区范围解释”将是“不正当的”。⁴⁶法官提出了一个另外问题，询问《示范法》的救济规定是否可适用于不被英格兰法律所承认的债务人，但是根据案件的事实，没有必要判定这一点。⁴⁷

33. “外国代表”是否被授权作为债务人清算或重整程序的代表，这个问题由破产程序的启动国的适用法律加以决定。⁴⁸在一些

⁴¹ 同上，第24条和第168-172段；见关于“介入”一词用法的脚注39。

⁴² 《贸易法委员会示范法》，第2条(a)项。“外国法院”一词的定义在上文第11段讨论。

⁴³ 同上，第9条。

⁴⁴ “债务人”一词在《示范法》中无定义。

⁴⁵ 文中所提案件的完整引述载于附件一。

⁴⁶ *Rubin 诉 Eurofinance* 案，第39和40段。

⁴⁷ 同上，第41段。

⁴⁸ 《贸易法委员会示范法》，第5条。

案件中，为确定特定的程序是否属于定义的范畴内，可能需要有适用法律的专家证据。在其他案件中，如果所述的这一步骤是接收法院所熟悉的，则可能不需要专家证据。如果任命外国代表的决定表明该人符合第2条(d)项的定义，则法院可依赖《示范法》第16条第(1)款所确立的假定。

34. 在 *Stanford International Bank* 案件中，英格兰初审法院表示认为，在美国指定的一个接收人将不是所定义中的“外国代表”，因为在指定该接收人的阶段并没有提供管理债务人公司清算或重整事务的授权。⁴⁹ 这一看法是针对最终发现接受人非属与破产相关法律所规定的一项集体程序时所作出的。

35. 《贸易法委员会示范法》设想“外国代表”包括“临时”指定的管理人，但并不包括所作指定尚未开始生效的情况，例如，因为在审理上诉期间指定破产管理人的命令中止。⁵⁰ 用以确定“外国代表”是否有地位的一种方法是首先考虑是否符合“外国程序”的定义，然后再确定申请人是否被授权⁵¹ 管理对债务人资产或事务实施的符合条件的重整或清算，或担任外国程序的代表。

36. 根据这一做法，法官将需要确信：

(a) 所寻求承认的“外国程序”是外国的一项（临时或终决）司法或行政程序；

(b) 程序具有“集体”性质；⁵²

(c) 该司法或行政程序出自一项与破产有关的法律，而且在该程序中，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；

(d) 控制或监督正在由某一“外国法院”实施，即由“负责控制或监督某一外国程序的司法或其他主管机关”实施；⁵³ 以及

⁴⁹ *Stanford International Bank* 案，第85段。

⁵⁰ 见《贸易法委员会示范法》第2条(d)项中的“外国代表”定义。

⁵¹ 按《贸易法委员会示范法》第2条(d)项的含义。

⁵² 见下文，第66-70段。

⁵³ 《贸易法委员会示范法》，第2条(e)项和上文第11段。

(e) 申请人在外国程序中已被授权“管理债务人资产或事务的重整或清算，或担任外国程序的代表”。⁵⁴

37. 外国代表能否寻求早期承认（和随后能否寻求救济）⁵⁵ 往往对于有效保全债务人的资产免于失散或隐匿至关重要。为此原因，接收法院有义务“在可能情况下尽早”就申请作出决定。⁵⁶ “在可能的情况下尽早”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，“在可能情况下尽早”就可能是以月来衡量的。可以提供临时救济的情况是在寻求获得承认的申请正在审理过程之时需要某种命令。⁵⁷

B. “承认”原则

1. 引论

38. “承认”原则的目的是通过规定迅速处理寻求获得承认的申请而避免漫长和耗费时间的过程。这为处理过程带来确定性，并在一旦给予承认的情况下，使接收法院能够及时地确定救济问题。

39. 以下是关于承认原则的概述。对其各组成部分更详细的讨论载于下文第 56-116 段。

2. 证据要求

40. 为寻求对外国程序的承认，外国代表将需要根据《贸易法委员会示范法》提出一项申请。《示范法》第 15 条确立了该申请应当符合的要求。在决定是否应当承认外国程序时，接收法院以

⁵⁴ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (d) 项。

⁵⁵ 同上，特别是见第 20、21、23 和 24 条。关于寻求获得承认的申请正在审理过程中时的临时救济，见第 19 条。

⁵⁶ 同上，第 17 条第 3 款。

⁵⁷ 见下文，第 122-129 段。

定义中所载的管辖权先决条件为限。⁵⁸《示范法》并未规定接收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，依照第 17 条即应当随之而获承认。

3. 承认外国程序的权力

41. 接收法院承认外国程序的权力来自《贸易法委员会示范法》第 17 条。

42. 为便利承认，第 16 条确立了关于文件真实性和外国程序启动令及外国代表任命令内容的某些假定条件。

43. 外国代表负有持续的披露义务。他或她必须迅速告知接收法院已获承认的外国程序的地位发生的任何重大变化，或其任命发生的任何重大变化，以及外国代表得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。⁵⁹

44. 第 17 条第(2)款确定为承认目的而拟给予外国程序的地位。该条设想的承认仅以两个理由为根据——或者作为“外国主要程序”或者作为“外国非主要程序”。⁶⁰前者是在“债务人拥有其主要利益中心”⁶¹的所在国进行的外国程序，后者则是在债务人拥有“营业所”的所在国进行的外国程序。“营业所”一词系指“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”。⁶²其中隐含的意思是，《贸易法委员会示范法》并未规定对其他类型的破产程序给予承认，例如在仅仅存在有资产的当地国所启动的程序。⁶³但是，可以注意到，一些颁布了《示范法》的国家确实给予法院附加权力而使之可以根据其他法律⁶⁴协助外国程序，其中可能包括按《示范法》规定不获承认的那些类别的程序。

⁵⁸ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (a) 项。

⁵⁹ 同上，第 18 条。

⁶⁰ 这些术语的定义见第 2 条 (b) 项和 (c) 项。

⁶¹ 这个术语在《贸易法委员会示范法》中未下定义；见下文第 75-100 段的讨论。

⁶² 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (f) 项。

⁶³ 见《颁布指南》，第 73 和 128 段。

⁶⁴ 例如，根据 2006 年《新西兰（跨国界）破产法》第 8 条和 1986 年《联合王国破产法》第 426 条。

45. 贝尔斯登案件就是一项“外国程序”既未被认作“外国主要程序”也未被认作“外国非主要程序”的一个案例。初审法院和上诉法院都认定，在开曼群岛启动的临时清算并不符合其中任何一个类别，因为证据既未证明债务人的主要营业地设在开曼群岛，也未证明在该地发生了某种非临时性的活动。因此，该程序未获承认。

4. 相互对等

46. 在《贸易法委员会示范法》中无相互对等的要求。《示范法》中并未设想外国程序被拒绝获得承认完全是因为该外国程序启动地所在国的法院将不会为颁布国的破产管理人提供同等的救济这种情况。然而，法官应当注意到，有些国家在颁布以《示范法》为基础的立法时，对承认事项列入了相互对等的规定。⁶⁵

5. “公共政策”例外

47. 如果给予承认将“明显违反”接收法院所在国的公共政策，则接收法院保留拒绝给予承认的能力。“公共政策”的概念建立在国内法基础上，可能因国而异。为此原因，《示范法》中“公共政策”无统一定义。

48. 在有些国家，可能给予“公共政策”一词广泛的含义，因为可能在原则上涉及国内法的任何强制性规则。但是，在许多国家，公共政策例外被理解为局限于法律的基础原则，特别是宪法上的保证。在这些国家，只有在违背这些基本原则时，才以公共政策为由拒绝适用外国法律或拒绝承认外国司法裁定或仲裁裁决。

49. 关于在《贸易法委员会示范法》情况下能否适用公共政策例外的情形，应当区分两个概念，一个是在适用于国内事务时公共政策的概念，另一个是在国际合作事项和承认外国法律效力问题上使用的公共政策概念。特别是在后面这种情况下，对公共政策

⁶⁵ 例如墨西哥、罗马尼亚和南非。

的理解比国内公共政策的局限性更大。这种一分为二的做法反映了如果“公共政策”在国际合作中作广义解释将使国际合作受到不当阻碍的现实。

50. 许多国际法律文书都使用“明显违背”一词作为“公共政策”的限定语，其目的是强调应当对公共政策例外作狭义解释，而且这种例外的用意是仅仅在涉及对颁布国具有根本重要性的事项的特殊情形下才加以援用。⁶⁶

51. 除公共政策例外之外，关于接收法院如何评价启动程序的或指定外国代表的外国法院所作该项决定是否正确，《示范法》并未作任何规定。⁶⁷

6. “主要”和“非主要”外国程序

52. “外国程序”只可以被承认为“主要”或“非主要”程序。外国程序划为“主要”和“非主要”程序，两者之间的基本区别涉及在承认之后是否提供救济。承认“主要”程序即触发对个别债权人诉讼的自动中止，或针对债务人资产的执行行动自动中止⁶⁸，以及对这些资产的自动“冻结”，⁶⁹但某些例外情况除外。⁷⁰

7. 复审或废除承认令

53. 在有限的情形中，接收法院可以复审其关于承认外国程序为“主要”或“非主要”程序的决定。如果情况表明下达承认令的理由“完全或部分告缺，或已不复存在”，则接收法院可重新审查其先前的命令。⁷¹

⁶⁶ 例如，见下文第 110 段。

⁶⁷ 见上文第 40 段。

⁶⁸ 《贸易法委员会示范法》，第 20 条第 1 款 (a) 项和 (b) 项。

⁶⁹ 同上，第 20 条第 1 款 (c) 项。

⁷⁰ 同上，第 20 条第 2 款。承认“主要”和“非主要”外国程序的问题在下文第 75-116 段中作更详细讨论。

⁷¹ 同上，第 17 条第 4 款。

54. 似宜更改或终止早先承认令的情形事例有：

- (a) 如果获得承认的外国程序已被终止；
- (b) 如果据以启动外国破产程序的命令被该国上诉法院所推翻；
- (c) 如果获得承认的外国程序的性质发生改变，例如重整程序改为清算程序；
- (d) 如果出现了新的事实要求或理当改变法院的决定，例如，如果外国代表违反了准予救济的条件。⁷²

55. 根据适用的国内法，也可以对关于承认的决定提出上诉或进行复审。一些国内法规定的上诉程序授权上诉法院对整个案件的实质问题包括事实方面进行复审。颁布国的国内上诉程序不受《贸易法委员会示范法》条款的影响。

C. 承认的过程

1. 引论

56. 相关的程序如要符合“外国程序”的条件，外国代表就必须说服接收法院该程序：⁷³

- (a) 是某一外国的（临时或终决）集体司法或行政程序；
- (b) 是遵照与破产有关的法律而提起的，而且在该程序中，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；以及
- (c) 目的是重整或清算。

57. 在剖析“外国程序”定义的各项要素时，会出现下列方面的问题：“集体司法或行政程序”一语的含义，“与破产有关的法律”的性质，以及是否存在“由某一外国法院控制或监督”的情况。这些概念反映的是管辖权要求，因此，必须在决定“外国程序”是“主要”还是“非主要”程序之前作出判断。⁷⁴

⁷² 见《颁布指南》，第129-131段。

⁷³ 同上，第2条(a)项，“外国程序”的定义。

⁷⁴ 同上，第17条第2款，该款规定需要确定接收法院承认的外国程序的地位。

58. 如接收法院认定存在“外国程序”，就会将注意力转向该程序的地位。“外国主要程序”和“外国非主要程序”两个术语在第2条中界定。

59. 判断一外国程序（对公司债务人而言）是否应称作“主要”程序，关键问题是该程序是否发生在“债务人主要利益中心所在国”。⁷⁵对自然人而言，“主要利益中心”被推定为该人的“惯常居所”。⁷⁶

60. 证明存在着“非主要程序”要求关联程度较低的证据，即债务人在外国程序所在国设有“营业所”。“营业所”一语界定为“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营业场所”。⁷⁷关于“非临时性”一词是指相关经济活动的持续时间还是指进行这类活动所在的具体地点，这里有一个法律问题。

61. 如上所述，⁷⁸承认为“主要”程序或“非主要”程序的决定具有重要影响。一旦一外国程序被承认为“主要”程序，类似中止在接收法院法域原可采取的各种执行行动的自动救济就会随之而来。⁷⁹相比之下，就“非主要”程序而言，外国代表只能得到酌定给予的救济。⁸⁰

62. 从证据角度看，接收法院有权推定：

⁷⁵ 见下文第75-110段中的讨论。

⁷⁶ 见《贸易法委员会示范法》，第16条第3款，关于法人和自然人有关“债务人的主要利益中心”的推定；另见上文第58段和下文第81-104段。关于此种情形下“惯常居所”一语的讨论，见 *Re Stojevic* ([2007] BPIR 141, 第58段及其后)。在该案中，法院认定，一人的惯常居所实质上是其永久定居与妻子和家人共同生活的家，是家中年少的成员长大离开之前的居所，是到外地或国外出差旅行后返回之处。还注意到，一人可能有另一居所，此处称作日常居所，是其居住之处，或因业务工作离家时或与妻子和家人度假时的居住之处，而非永久定居的家。视工作的性质而定，一人一年中在外居住的天数可能远远超过其在永久定居的家中与妻子和家人共同度过的时光。另见 *Williams v Simpson* (No. 5), 第41-49段。

⁷⁷ 《贸易法委员会示范法》，第2条(f)项，以及下文第111-116段的讨论。

⁷⁸ 见上文第52段。

⁷⁹ 《贸易法委员会示范法》，第20条；另见下文第130-137段。

⁸⁰ 同上，第21条；另见下文第138-153段。

(a) 第 15(2) 条提到的任何决定或证明为真实文本；⁸¹

(b) 在申请承认时提出的所有支持文件为真实文本，无论其是否经过“公证”；⁸²

(c) “如无相反证据”，“债务人的注册办事处或债务人为个人时其惯常居住地”为债务人的主要利益中心。⁸³

63. 一般来说，“外国程序”是否具有符合“主要”程序标准的特点将取决于启动程序所在国相关国内法领域的专家证据。判断是否存在“营业所”（以证明非主要程序）涉及事实问题。根据适用的国内法而定，接收法院在缺乏专家证据的情况下也许可依赖公司章程复印件和其他辅助解释材料，以判断所涉特定形式破产程序的地位。⁸⁴

64. 考虑“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”意义的几个已决案件涉及企业集团的成员。但《贸易法委员会示范法》针对的是个别实体，而非一个整体的企业集团。⁸⁵就《示范法》而言，重点是企业集团内作为独立法律实体的每一个成员。可能会发现集团每一个别成员的主要利益中心同处于同一法域，在此情况下，可合并处理这些集团成员的破产案，但《示范法》范围内没有如此处理企业集团主要利益中心的规定。

65. 如无相反证据，对于依据承认国的法律启动一项程序而言，对一项外国主要程序的承认即证明债务人已告破产。⁸⁶

⁸¹ 同上，第 16 条第 1 款。

⁸² 同上，第 16 条第 2 款。

⁸³ 同上，第 16 条第 3 款。

⁸⁴ 这种方法的示例可见于 *Betcorp* 案，在该案中，美国破产法院使用了澳大利亚立法草案所附的用于为议会提供帮助的谅解备忘录，以便于议会理解所提请审议的立法的目的和结构。澳大利亚国内法院可以利用该备忘录解决模棱两可的问题，但法院没有义务这样做。

⁸⁵ 另见 *Eurofood* 案，第 37 段（根据《欧洲理事会条例》裁定）。

⁸⁶ 《贸易法委员会示范法》，第 31 条。

2. 集体司法或行政程序

66. 《贸易法委员会示范法》意在仅适用于特定类型的破产制度。“集体”破产程序的概念基于单一破产管理人能够为在所有债权人之间按比例分配的目的（须遵守国内法定优先顺序）控制资产的变现，与之相对应的是协助特定债权人得到支付，或者实现某种其他目的而不是处理债务人的破产事务。

67. 在“外国程序”定义的范围内，可能有各种集体程序有资格获得承认。预计其中一些程序是强制性的，而另一些程序可能是自愿性的。一些程序与债务人资产的清算有关；另一些可能侧重于债务人事务的重整。《示范法》还意在涵盖债务人（公司或个人）对其资产保留某种程度的控制但须受法院或其他主管当局监管的情形。⁸⁷

68. 法官可能被要求判断是否存在导致适用《示范法》的“集体”破产程序。几个案件也许会有所帮助。

69. 在 *Betcorp* 案中，根据澳大利亚法律启动的一项自愿清算被美国一家法院认定为《示范法》范畴内的行政程序。由于该自愿清算为所有债权人的利益而将资产变现，认定“集体”程序的必要条件是具备的。⁸⁸ 在 *Gold & Honey* 案中，根据以色列法律启动的破产管理程序被一家美国法院认定不属于破产或集体程序，理由是該程序并未要求破产管理人考虑所有债权人的权利和义务，并且其目的主要是允许某个当事方收回债款。⁸⁹ 在 *British*

⁸⁷ 《颁布指南》，第 24 段，例如，所谓的占有式债务人。

⁸⁸ *Betcorp* 案，第 281 页。关于对第 2 条“破产程序”含义的考虑，澳大利亚法院在 *Tucker (no. 2)* 案第 1485-86 页（见案件概要）提及对这类自愿程序的一种不同看法。法院引述了 2008 年《跨国界破产法案》的解释备忘录，其中指出，“虽然‘破产程序’一语可能有专门的含义，但 (a) 项 [指《示范法》第 2 条] 的用意是泛指针对严重财务困境中的公司的程序”。法院还提及澳大利亚财政部编写的一份协商文件，其中指出，“就《澳大利亚公司法》而言，《示范法》的范围将包括第 5.1 部分所述的因破产、重建和重整而产生的清算和第 5.3A 部分所述的自愿管理。……也不包括成员的自愿停业清算或法院主持下的停业清算。” [公司法经济改革方案的改革建议：第 8 号文件，跨国界破产——促进国际合作与协调，第 23 页]。

⁸⁹ *Gold & Honey* 案，第 370 页。

American Insurance 案中，法院同意审理 *Betcorp* 案的法院和审理 *Gold & Honey* 案的法院关于“集体”的含义的观点，指出这类程序既设想了考虑和最终处理各类债权人的债权，又设想了债权人参加外国行动的可能性。⁹⁰

70. 在另一案件即 *Stanford International Bank* 案中，美国法院下达的破产管理令被英格兰法院认定不属于破产法意义上的集体程序。接收法院认为，该命令是在美国证券交易委员会“为防止正在发生的大规模欺诈”而进行干预之后下达的。命令的目的是防止损害投资者，而非对债务人进行重整或为所有债权人的利益将资产变现。⁹¹ 上诉时该意见得到支持，主要是因为英格兰下级法院给出的理由。⁹²

3. 受某一“外国法院”控制或监督

71. “外国法院”⁹³ 的定义中并未对司法机构或行政机构控制或监督的重整或清算程序作出区分。这样做是为了确保控制或监督由非司法当局实施的法律制度仍然在“外国程序”定义的范畴之内。⁹⁴

72. 到目前为止，“控制或监督”的概念受到的司法关注很少。有两种可能的做法，第一种已在 *Betcorp* 案中讨论。尽管寻求承认所涉的程序是在没有法院参与的情况下经过本公司的投票而启动的，法院仍然认定“控制或监督”标准⁹⁵ 已经达到，原因是因为相对于对债务人资产和事务的控制或监督，负责代表所有债权人管理集体程序的清算人受到行政或司法监督。法官认为澳大利亚证券和投资委员会对于监督清算人履行职责负有责任，可以要求清算人在采取某些行动（例如销毁账簿和记录）之前取得许可，

⁹⁰ *British American Insurance* 案，第 902 页。

⁹¹ *Stanford International Bank* 案，第 73 和 84 段。

⁹² *Stanford International Bank* 案（上诉），第 26-27 段。

⁹³ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (e) 项。

⁹⁴ 《颁布指南》，第 74 段。

⁹⁵ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (a) 项。

并能够取消或撤回任何人担任清算人的权力。在此基础上，法院认为澳大利亚证券和投资委员会为《贸易法委员会示范法》中“外国程序”定义所指的“负责控制并监督外国程序的当局”。⁹⁶

73. 一种不同的意见是，某种监管制度的存在本身并不构成对债务人资产和事务的控制或监督，特别是在监管者的权力局限于确保破产管理人正确履行职责而不是监督特定破产程序的情况下。

74. 审理 *Betcorp* 案的法院认为，除了与监管者有关的结论外，自愿清算程序受到司法当局即澳大利亚法院的监督。该意见以三个因素为基础：(a) 自愿清算中的清算人和债权人能够寻求法院就清算中产生的任何问题作出裁决；(b) 澳大利亚法院对于清算人行动的总体监督权限；以及 (c) 受到清算人的“作为、不作为或决定损害的”任何人能够向澳大利亚法院上诉，该法院可“视情况确认、彻底改变或修订这种作为或决定或纠正这种不作为”。⁹⁷

4. 主要程序：主要利益中心

75. 就公司债务人而言，要承认一项外国程序是“主要”程序，接收法院必须确定“[债务人]主要利益中心”位于外国程序的起源国。⁹⁸ 回顾“主要利益中心”概念的由来和查看已决案件中适用这一概念的方式可能有助于法官处理这一问题。

76. 对于《贸易法委员会示范法》，曾故意决定不给“主要利益中心”下定义。这一概念取自《欧洲联盟破产程序公约》，目的

⁹⁶ *Betcorp* 案，第 284 页。为支持该论点，法官援引了 *Tradex Swiss AG* (384 BR 34 at 42 (2008)) 案 [法规判例法第 791 号判例]，在该案中瑞士联邦银行委员会被认定是“外国法院”，因为它对经纪业实体的清算发挥控制和监督作用。

⁹⁷ *Betcorp* 案，第 283-284 页。

⁹⁸ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条 (b) 项。

是保持一致。⁹⁹ 在《示范法》定稿之时,《欧洲公约》尚未生效,随后该公约因为没有得到所有成员国批准而不了了之。¹⁰⁰

77. 随后,关于破产程序的《欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日第 1346/2000 号条例》(《欧洲理事会条例》)适用于欧洲联盟所有成员国(丹麦除外),以处理欧洲联盟内的跨国界破产问题。“主要程序”和“主要利益中心”的概念在《欧洲理事会条例》的案文中得到沿用。¹⁰¹ 与《贸易法委员会示范法》的条文形成对照,《欧洲理事会条例》强调主要利益中心需要“第三方可以查明”。¹⁰² 《颁布指南》指出“主要利益中心”的概念与《欧洲公约》第 3 条的表述相一致,并承认应当“增进‘主要’程序概念方面正在出现的一致性。”¹⁰³ 两个案文中的概念虽然是相似的,但却服务于不同目的。根据《欧洲理事会条例》确定“主要利益中心”与应当在哪个法域启动主要程序有关。根据《示范法》确定“主要利益中心”则与承认的后果有关,其中最主要的是可用来协助外国程序的救济手段。

78. 《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¹⁰⁴ 与主要程序平行进行。辅助程序可在债务人设有

⁹⁹ 见《颁布指南》,第 31 段;参见《欧洲公约》第 3 条。

¹⁰⁰ 有关历史见检察长在 *Re Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701 和 *Eurofood* 案中的意见,第 2 段。更全面的讨论见 Moss、Fletcher 和 Isaacs 著“欧洲理事会破产程序条例:评注和指南说明”(第二版)(牛津出版社,2009 年),第 1.01-1.25 段。

¹⁰¹ 下文所载的《欧洲理事会条例》,陈述部分 (12) 和 (13)。

¹⁰² 同上,陈述部分 (13)。

¹⁰³ 《颁布指南》,第 31 段;另见 A/52/17,第 153 段,其中指出“……结合《公约》对该术语所作解释对结合《示范[法]》解释该术语也将是有益的。”还应指出《欧洲理事会条例》并未对主要利益中心作出界定——(见下文陈述部分 13)。在贸易法委员会《示范法》谈判工作组的讨论期间,注意到选用主要利益中心的概念确定主要程序具有若干优点,包括这将与《欧洲公约》中使用的方法和术语协调一致。这样可使《示范法》的运用促进广为理解的标准术语的发展,而不至于无意中促成术语不必要的多样化(A/CN.9/422,第 90 段)。

¹⁰⁴ 《欧洲理事会条例》提及“辅助程序”,而《示范法》使用“非主要程序”。《欧洲理事会条例》下的辅助程序是停业清算程序(第 3 条第 3 款)。

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。”

79. 预期所有成员国将批准《公约》，编写了一份关于《欧洲公约》的解释性报告(Virgos-Schmit 报告)。¹⁰⁵ 该报告就“主要破产程序”的概念提供了指导意见，尽管《公约》随后夭折了，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。

80. Virgos-Schmit 报告将“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。

...

“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。这使得发生破产时必须承担的法律风险能够计算出来。

“使用‘利益’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）

¹⁰⁵ 见上文，第 7 段 (g) 项。该报告于 1996 年 7 月出版。

的活动包括在内。‘主要’一词是一种判定标准，用来处理这些利益包括在不同中心开展不同类别的活动的情况。

“原则上，主要利益中心对于从业人员而言是其从业场所所在地，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相一致。”

81. 现在已有几项考虑“主要利益中心”一语的含义的法院裁决，这些裁决要么依据《欧洲理事会条例》，要么依据基于《贸易法委员会示范法》的国内法。在方法上有一些微妙的差别，不过，这些差别可能只是表面现象而非实质问题。

82. 最主要的欧洲裁决是 *Eurofood* 案，该案源于爱尔兰法院和意大利法院之间产生争议，争议点是一家注册办事处所在国不同于母公司所在国的破产的附属公司的“主要利益中心”是在其注册办事处所在国还是在母公司所在国。

83. 要回答这个问题，欧洲法院必须确定注册办事处将被视为特定公司主要利益中心这一推定的确凿性。就《欧洲理事会条例》而言，该推定载于第 3 条第 1 款：¹⁰⁶

“第 3 条

国际管辖权

“1. 债务人主要利益中心位于其领土内的成员国的法院应对启动破产程序拥有管辖权。对公司或法人而言，如无相反证据，注册办事处应推定为其主要利益中心。”

84. 欧洲法院认为，“在确定债务人公司的主要利益中心时，共同体立法机关确立的主张注册办事处的简单推定……只有在下述情况下才可以推翻：既客观又可为第三方查明的因素能够确定所存在

¹⁰⁶ 对比《贸易法委员会示范法》，第 16 条第 3.3 款。另见 Virgos-Schmit 报告，第 76 段。

的实际情况与将主要利益中心定位于该注册办事处应当反映的情况不同。”¹⁰⁷

85. 在考虑该推定时,欧洲法院指出,对于不在其注册办事处所在国领土开展任何业务的“信箱公司”,可以推翻该推定。¹⁰⁸相反,它认为母公司就附属公司的注册办事处设在哪里作出经济选择(例如,为税收原因)这一“简单事实”不足以推翻该推定。¹⁰⁹

86. *Eurofood* 案十分重视在确定债务人主要利益中心方面需要有可预见性。与 *Eurofood* 案形成对比的是,在美国第一上诉法院关于 *SPhinX* 案的裁决中,法院对确定主要利益中心的权力采取了较为广义的观点。

87. 在《美国破产法典》第 15 章(颁行《贸易法委员会示范法》的一章)中,该推定的措辞从相反“proof(证明)”改成了相反“evidence(证据)”。¹¹⁰有关该修改的立法史表明,这种修改反映的是术语问题,即美国对“evidence”一词的用法可以更准确地反映其他一些英语国家使用的“proof”一词的含义。¹¹¹在这方面,必须阅读一下 *SPhinX* 案和美国法院随后的裁决。

88. *SPhinX* 案涉及在开曼群岛注册的一家公司的临时破产管理人申请承认该群岛的程序为“主要程序”。法院拒绝这样做,只承认其为非主要程序。*SPhinX* 案表明,对不当选择法院的认定可能是在确定债务人公司利益中心时可以考虑的一个因素。上诉法院指出:¹¹²

“这些不当目的和反驳分析,加上一些实际考虑,所有这些导致破产法院得出结论认为,在有这么多客观因素表明开曼群岛并非债务人主要利益中心,并且似乎承认开曼群岛程序

¹⁰⁷ *Eurofood* 案,第 34 页。

¹⁰⁸ 同上,第 35 段。

¹⁰⁹ 同上,第 36 段。另见该判决第 37 段关于法院结论的完整概要。

¹¹⁰ 《美国破产法典》第 1516 (c) 条:“如无相反证据,债务人注册办事处……推定为债务人主要利益中心。”

¹¹¹ 《美国国会报告》阐述了立法来历:HR Rep No 31, 109th Congress, 1st Session 1516 (2005)。

¹¹² *SPhinX* 案,第 21 页。

为非主要利益不会产生不利的结果的情况下，这是一种较好的选择。

“总体而言，破产法院考虑它所考虑的因素、保留灵活性并作出得到已认定事实支持的切合实际的解决办法是适当的。援引的权威意见无相反认定。”

89. 在贝尔斯登案中，美国法院进一步审议了确定债务人主要利益中心的问题。有关承认的申请也涉及在开曼群岛注册、在该法域被付诸临时清算的一家公司。

90. 法院查明了美国立法对上述推定所作修改的理由，即“proof”改为“evidence”的理由。法官通过参考该条文的立法史指出：

“载入注册办事处所在地亦即债务人主要利益中心这样的推定是为了在没有严重争议情况下提高举证的速度和便利性。”¹¹⁰

91. 法官指出，这样做“允许并鼓励在速度至关重要的案件中迅速采取行动，但对于事实比较可疑案件中债务人真正的‘中心’却未有定论”。他补充说，在公司注册法域与其实际所在地分离的情况下，这种“推定并非一个优选选择”。¹¹³

92. 法院在贝尔斯登案中提到推翻该推定的举证责任。法院认为应由寻求承认的外国代表负举证责任，证明主要利益中心在注册地以外的某个地点。¹¹⁴在该案中，法院认为该推定已经被外国代表为支持其申请而举出的证据推翻。所有证据都表明主要营业地在美国。

93. 经过讨论 *Eurofood* 案的判决，美国法院认为，债务人平时管理其利益并因而一般可以由第三方查明的地点等同于美国法律中“主要营业地”的概念。¹¹⁵最近，美国最高法院在审理 *Hertz Corp*

¹¹³ 贝尔斯登案，第128页。

¹¹⁴ 同上。

¹¹⁵ 同上，第129页。

诉 *Friend* 案时，为适用某些法律而将“主要营业中心”界定为“神经中心”。¹¹⁶ 似乎在 *Fairfield Sentry* 案中为适用《示范法》而仿效了这种办法。¹¹⁷

94. 贝尔斯登案的裁决被提起上诉，理由是判决没有“遵从”礼让与合作原则，以及据称法官对推定作出了错误的解释。在上诉时，上诉法官毫不犹豫地支持礼让原则已让位于承认的概念。上诉法官认为，“承认”应区别于“救济”。贝尔斯登案的裁决被 *Atlas Shipping* 案仿效，在该案中，法院认为一旦法院承认一项外国主要程序，第 15 章专门规定法院将行使酌处权确定与礼让原则相一致的适当的承认后救济。¹¹⁸ 上述裁决也被 *Metcalfe & Mansfield* 案仿效，在该案中，美国法院被请求执行一家加拿大法院下达的某些救济令，这些救济令比美国法院所允许的要宽泛。法院指出，礼让原则并不要求外国程序所给予的救济与可在美国得到的救济完全相同。关键的决定因素是外国程序中采用的程序符合美国关于公平性的根本标准；法院认定加拿大程序符合这一检验标准。¹¹⁹

95. 在 *SPhinX* 案中，上诉法院认为，如果没有当事方反对就视为推定已被推翻，这样做也许是适当的。在贝尔斯登案中，上诉法院支持下级法院的裁决，即推翻推定的举证责任在于外国代表，法院有义务独立判断此事是否完成，而不管当事方是否提出异议。¹²⁰

96. 与下级法院一样，上诉法院在贝尔斯登案中承认，主要利益中心的概念和推定来源于《欧洲公约》——“主要利益中心”

¹¹⁶ 130 S.Ct. 1181 (2010)。最高法院指出，法院应将重点放在对公司事务进行协调、指挥和控制的实际发生地，指出对于与之打交道的民众来说，该所在地是显而易见的。

¹¹⁷ *Fairfield Sentry* 案，第 6 页。法院认定，面前的事实表明，该债务人最可行的行政神经中心已在英属维京群岛存在了一段时间。这些事实包括一个管理债务人事务的独立诉讼委员会的组成和其决策地；在英属维京群岛通过电话与债务人律师进行董事会议；以及自 2009 年启动英属维京群岛清算程序以来，英属维京群岛清算人指导并与英属维京群岛驻地受雇人员和办公室协调债务人的事务。

¹¹⁸ *Atlas Shipping* 案，第 78 页。

¹¹⁹ *Metcalfe & Mansfield*，第 697-698 页。

¹²⁰ 贝尔斯登案（上诉），第 335 页。

等同于“主要营业地”。上诉法院还确认了一审裁决中所列的一系列因素，在评估是否与有关承认的申请相一致已建立主要利益中心时应考虑到这些因素。查明的因素包括：¹²¹

- (a) 债务人总部所在地；
- (b) 债务人公司指挥者所在地；
- (c) 债务人主要资产所在地；
- (d) 多数债权人至少是受案件影响的债权人所在地；
- (e) 与债务人和债权人之间可能发生的争端有关的适用法。

97. 在 *Betcorp* 案中，虽然对澳大利亚公司主要利益中心似乎没有严重争议，法官还是对这一问题提供了一些思考。他的结论是，“……分析债务人[主要利益中心]的案件的共性表明，法院没有适用任何严格的公式，也没有一致认为某一因素起决定作用；相反，法院对各种因素进行分析，以客观地查明特定债务人的主要营业地在什么地方。这项调查审查债务人的行政、管理和业务，以及正常和普通的第三方可否查明或认清债务人在哪里履行这些各种职能”。¹²² 法官认为，确定主要利益中心的时间是提出有关承认的申请的时间。¹²³ 这种解释似乎源于“外国主要程序”定义所用的动词现在时的时态：“系指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序”。“外国非主要程序”定义：“系指在债务人营业所所在国实施的某项外国程序……”下，“营业所”所在地也有类似的问题。*Betcorp* 案中采取的做法在 *Lavie v Ran* 案和 *British American Insurance* 案中得到仿效。

98. 其余裁决是 *Stanford International Bank* 案一审裁决和上诉裁决。该案涉及申请在英格兰承认一项在安提瓜和巴布达启动的程序。该案参考 *Eurofood* 案审议了英格兰法院以往裁决中所阐述的“总部职能”检验标准是否仍然是良好法则。

¹²¹ 贝尔斯登案，第128页；贝尔斯登案（上诉），第336页。

¹²² *Betcorp* 案，第292页。

¹²³ 同上。

99. 一审时，法官接受以下说法，即仿效 *Eurofood* 案中所阐述的办法，第三方能否查明是压倒一切的考虑因素。¹²⁴ 法官参照 2006 年《跨国界破产条例》（该条例在大不列颠颁布了《贸易法委员会示范法》）而非根据《欧洲理事会条例》作出了该裁决。在确定“可查明”一词的含义时，法官提及公众领域的信息以及典型第三方通过与债务人打交道掌握的信息。这样，法官拒绝仿效他自己在以前作出的采用“总部职能”检验标准的裁决。¹²⁵

100. 法官认为，在推翻推定方面，美国法院和欧洲法院在做法上的差别在于，美国法院将举证责任归于宣称特定程序是“主要程序”的人，而 *Eurofood* 案将举证责任归于寻求推翻该推定的当事方。¹²⁶

101. 法官表示对贝尔斯登案¹²⁷中所列各因素是否符合“可查明性”这一要求有某种疑虑，指出“可查明性”是 *Eurofood* 案中的要求。不过，即使美国法院没有考虑该具体标准清单是否符合此要求，以下说法也显得貌似可信，即知情的债权人可能至少知悉指挥债务人公司者所在地、其总部、主要资产所在地以及债务人开展国内业务还是国内业务。¹²⁸ *Stanford International Bank* 案一审意见的重要性在于，它暗中强调需要证据证明与债务人打交道的第三方可查明哪些因素。

102. *Stanford International Bank* 案的裁决在上诉时得到支持。在主判决中，审判长认为，不管是对于“主要利益中心”，还是对于推定，《贸易法委员会示范法》和《欧洲理事会条例》所使用的措辞都有明显的相关性。¹²⁹ 经与美国当局和其他当局讨论，他认为一审法官仿效 *Eurofood* 案是正确的，并确认 Virgos-Schmit 报告中的解释¹³⁰（关于可查明性）对于《示范法》程序同样是适当

¹²⁴ *Stanford International Bank* 案，第 61 页。

¹²⁵ 同上，第 61-62 段。

¹²⁶ 同上，第 63 和 65 段。

¹²⁷ 见上文第 96 段。

¹²⁸ *Stanford International Bank* 案，第 67 段；对比上文第 96 段所列因素清单。

¹²⁹ 同上，（上诉），第 39 段。

¹³⁰ Virgos-Schmit 报告，第 75 段；见上文第 80 段。

的。审判长不一定认为美国对推翻推定适用不同的举证责任,而是将这个问题留待以后解决。¹³¹

103. 法院一名成员赞同审判长的意见,同意他所述理由。¹³² 法院第三名成员虽然总体上同意审判长的意见,但对于“总部职能”检验标准发表了看法:¹³³

“对于用来审查关于 [主要利益中心] 所在地的一审裁决的检验标准,我与 [审判长的意见] 稍有不同。法官必须做的是就在每个潜在 [主要利益中心] 开展哪些活动得出结论,然后查看这些活动是否等同于执行总部职能,然后从量和质两个方面查看这些活动是否比在注册办事处进行的活动更加重要。”

也许可以认为,这些意见表明法院需要根据收到的证据客观地裁决债务人主要利益中心在何地,而不是基于债务人和在债务人营业寿命期限内与其打交道的其他有关当事方实际可查明因素的证据作出裁决。*Stanford International Bank* 案中其余的上诉判决和 *Eurofood* 案的裁决倾向于支持后一种论点。

104. 通过对涉及“主要利益中心”难题的案件进行审查,发现有下列冲突领域:

(a) 推翻“注册办事处”推定的举证责任由谁承担?

(b) 鉴于使用“主要利益中心”的不同目的,这一检验标准是否应在《示范法》和《欧洲理事会条例》中作不同解释?

(c) 在确定“主要利益中心”所在地时可以考虑哪些客观上可以确定的情形? 尤其是:

(i) 是应当参照主要营业地(或“神经中心”),或是参照与公司打交道者将哪里视为债务人协调、指挥和控制的实际发生地来处理这一问题?

¹³¹ *Stanford International Bank* 案(上诉),第55段。

¹³² 同上,第159段。

¹³³ 同上,第153段。

- (ii) 按照 *Eurofood* 案中所设想的思路，哪些因素是第三方客观上可以查明的？尤其是就主要利益中心进行查询发生在什么时间？债务人与第三方交易之时，债务人被纳入集体破产程序之时，还是就承认问题进行审理之时？
- (iii) 法院在确定是否应予承认时，可否考虑债务人从自身角度寻找更好的法院的企图？

105. 确定的问题都是法官在解释基于《贸易法委员会示范法》的国内立法时需要考虑的问题，同时也要考虑到国际判例和有关公共政策因素。

106. 如前所述，¹³⁴ 由哪一当事方承担推翻推定的举证责任在绝大多数案件中不可能起决定作用。一般来说，从有关当事方提供的证据中就可以明显看出注册办事处所在地是否构成主要利益中心。只有在证据处于均衡状态的情况下，推翻推定的举证责任才有可能对有关承认的申请起决定作用。

107. 虽然确定债务人主要利益中心的方法存在差别，但已决案件的总体趋势似乎支持在相关时间与债务人打交道的第三方客观地查明这一标准。¹³⁵ 在一些法域这个问题更加侧重特定的因素，如承认申请事由所指的特定实体的“神经中心”或“总部”。

108. 关于承认申请，法院是否应当能够将滥用其程序作为拒绝承认的理由？《贸易法委员会示范法》本身没有规定表明对于承认申请应考虑额外情形，如滥用程序。《示范法》设想参照“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”各定义所列具体标准确定对申请作出判断。然而，在下述情况下很明显是有问题的，就是非法的诉讼地选择导致债务人被置于更有利的地位，并因而对债权人造成伤害。《示范法》并不妨碍接收法院适用国内法特别是程序规则处理滥用程序的问题。

¹³⁴ 见上文第段。

¹³⁵ *Eurofood* 案和贝尔斯登案。

109. 处理非法选择诉讼地问题的另一种方式也许是考虑可否基于公共政策而拒绝承认。¹³⁶从这个角度看，非法选择诉讼地问题属于滥用法院程序这一更广泛的范畴。可以提出理由支持以下论点，即如果负责追求申请的人明知主要利益中心在别处，却故意决定将注册办事处移至不同地点，在申请承认时不告知实际情况并（或）掩盖这类信息，则有关承认为主要程序的申请属于滥用程序。基于“公共政策”例外的办法的好处是以与《贸易法委员会示范法》条款和精神相符的方式将有关承认的调查与滥用程序问题分开。

110. 在 *Gold & Honey* 案中，一家美国法院基于公共政策理由拒绝承认以色列程序。在该案中，清算程序在美国启动之后，并在自动中止令生效之后，以色列针对债务人公司下达了破产财产接管令。美国法官拒绝承认该项破产财产接管程序，“因为这种承认将奖赏违背自动中止令和 [美国法院随后] 就中止下达的 [命令] 的行为并使之合法化”。¹³⁷ 因为承认“将严重妨碍美国法院落实两项最根本的政策和自动中止的目的——即防止一个债权人得到优于其他债权人的好处，并按照相对优先顺序对所有债权人高效和有序地分配债务人的资产”，¹³⁸ 美国法官认为已经达到了确立公共政策例外所要求的较高门槛。

5. 非主要程序：“营业所”

111. 程序若被承认为“非主要程序”，债务人必须在外国法域设有“营业所”。“营业所”一词属于《贸易法委员会示范法》中“外国非主要程序”的组成部分。在《欧洲理事会条例》中，该词还用来帮助成员国法院判断，在主要利益中心位于另一成员国的情况下，是否存在启动辅助破产程序的管辖权。《欧洲理事会条例》第3条第2款规定：

¹³⁶ 见上文第 47-51 段关于公共政策例外的讨论。

¹³⁷ *Gold & Honey* 案，第 371 页。

¹³⁸ 同上，第 372 页。

“第3条

国际管辖权

.....

“2. 如债务人主要利益中心位于一成员国的领土内，只有在该债务人在另一成员国领土内设有营业所的情况下，该另一成员国的法院才有权针对该债务人启动破产程序。这些程序的后果应限于债务人在该另一成员国领土内的资产。”

112. 《颁布指南》指出，¹³⁹“营业所”的定义是受《欧洲联盟破产程序公约》第2条(h)项的启发而形成的。Virgos Schmit 关于该公约的报告提供了“营业所”的一些进一步解释：

“经营地系指在市场上（即对外）从事经济活动的发祥地，不论该活动是商业、工业还是职业属性的。

“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。”¹⁴⁰

113. “营业所”是否存在很大程度上是一个事实问题；《示范法》未作任何推定。事实问题必然取决于出示的具体证据。必须证明该债务人在有关国家“以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动”。¹⁴¹不过，一个法律问题是，“非临时性”一语究竟指有关经济活动的持续时间还是进行活动所在的具体地点。

114. 一些当局曾讨论过“营业所”一语。在贝尔斯登案中，¹⁴²认为“营业所”等同于“本地营业地”。在该案中，法院认为没有证

¹³⁹ 《颁布指南》，第75段。

¹⁴⁰ Virgos Schmit 报告，第71段。

¹⁴¹ 《贸易法委员会示范法》，第2条(f)项。

¹⁴² 贝尔斯登案，第131页；另见 *Lavie re Ran* (2009)，第286-287页及 *British American Insurance*，第914-915页。

据证明在开曼群岛进行了非临时性经济活动。在上诉时，上诉法院明确指出，为准备组建公司的文件进行的审计活动并不构成“营业所”涵义内的“业务”或“经济活动”；临时清算人对先前交易可否撤销进行的调查也是如此。¹⁴³

115. 也许应当更加重视“营业所”定义中“以人工和实物或服务”这样的词语。商业业务，由人工进行且涉及实物或服务，这些似乎是足以符合“营业所”一语定义的那类本地商业活动所隐含的特征。

116. 在“*In re Ran*”案中，上诉法院从个人债务人和什么可足以构成营业所的角度考虑营业所的问题。法院注意到出自《示范法》的营业所定义来源，以及对公司债务人而言，要求必须有营业地。¹⁴⁴ 法院指出，“将公司的主要营业地等同于个人债务人的主要或惯常居所，则可以设想营业地与债务人在接管人所称营业所所在地国拥有第二住所或也许是职业地的情况相一致”。¹⁴⁵ 接管人称，债务和破产程序在以色列即构成承认意义上的“营业所”。法院不同意，认为破产程序和债务在以色列并不能使以色列的程序符合要求而被承认为非主要程序。¹⁴⁶

D. 救济

1. 引论

117. 《贸易法委员会示范法》规定了三种救济类型：

(a) 在提出申请承认外国程序后随时可寻求的临时（紧急）救济；¹⁴⁷

¹⁴³ 贝尔斯登案（上诉），第 339 页。

¹⁴⁴ 指贝尔斯登案中的检验标准，第 131 页。

¹⁴⁵ 607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010)，第 16 页。

¹⁴⁶ 同上，第 17-18 页。

¹⁴⁷ 《贸易法委员会示范法》第 19 条。

(b) 承认外国程序为“外国主要程序”后产生的自动救济；¹⁴⁸ 以及

(c) 承认为主要程序或非主要程序后酌情给予的救济。¹⁴⁹

《示范法》具体指明了可提供的救济类型,特别是在承认之后。其中没有说明在外国法律下启动外国程序所产生的效力,也不依赖承认国可以提供的救济。

118. 按照“外国程序”的定义,¹⁵⁰ 承认的效力还扩大到外国“临时程序”。¹⁵¹ 这一解决办法是必要的,因为不会仅仅因为临时程序的临时性质而使其有别于其他破产程序。

119. 如果在承认以后外国“临时程序”不再具有充分的依据获得第 20 条所述的自动效力,可如第 20 条第 2 款所述,依据颁布国的法律结束自动中止。

120. 《示范法》中的内容概不限制法院或其他主管当局根据颁布国其他法律向外国代表提供补充援助的权力。¹⁵²

121. 有必要对颁布《示范法》的特定法令进行审议,以确定颁布国是否取消或修改了《示范法》所设想的任何一类救济(自动救济或酌情给予的救济)。¹⁵³ 一旦确定了可提供的救济,便由接收法院负责在得到承认的“主要”程序所产生的自动救济之外制订所需的任何适当救济。

¹⁴⁸ 同上,第 20 条。

¹⁴⁹ 同上,第 21 条。

¹⁵⁰ 同上,见第 2 条 (a) 项。

¹⁵¹ 一个实例是在下达正式命令使债务人公司进入清算之前任命一个临时清算人,若干国家的法律均允许这样做。例如见新西兰 1993 年《公司法》第 246 节和《高等法院规则》第 31.32 条。

¹⁵² 《贸易法委员会示范法》,第 7 条。该条的目的是包含以礼让、执行许可证或调查委托书为依据的救济,或某一国的其他任何法律所规定的救济。

¹⁵³ 根据《示范法》颁布法律的国家采取了各不相同的办法。例如,在美国,自动中止范围较广(以符合其《破产法》第 11 章)。在墨西哥,中止的作用不是阻止提起个别诉讼,而是相对于强制执行而言。日本和大韩民国规定,承认后可提供的救济由法院针对每个案件自行酌定,而不是像《示范法》规定的那样自动适用。

2. 临时救济¹⁵⁴

122. 第 19 条述及法院以其自由裁量权命令给予的可在申请承认时提供的“紧急救济”。正是由于这种自由裁量的救济性质，法院可以使它适合于正在审理的案件。¹⁵⁵ 第 22 条第 2 款强调了这一思想，根据该款，法院可以对按照第 19 条给予的救济附加其认为合适的条件。在每个案件中，法官必须确定最适合特定案件情况的救济以及给予救济的任何前提条件。

123. 第 19 条授权法院给予通常只在集体破产程序中提供的救济类型，¹⁵⁶ 而不同于在根据国内民事诉讼规则启动破产程序以前可以给予的“个人”类救济。¹⁵⁷ 不过，第 19 条规定的酌情给予的“集体”救济，其范围比按照第 21 条提供的救济要窄一些。

124. 将临时救济限于“集体”程序，与为得到承认而需要证明存在“集体性”的外国程序相一致。在对承认作出裁决之前，即使是有限的集体措施，也可能是急需的，目的是保全债务人的资产和债权人的利益。¹⁵⁸ 将所提供的临时救济扩展到集体救济范围之外

¹⁵⁴ 下文的概要大致以《立法指南》第 135-140 段为基础。

¹⁵⁵ 接收法院有权按照任何公共政策上的反对理由对救济进行调整。在救济问题上对“公共政策”例外的讨论见 *Ephedra* 案和 *Tri-Continental Exchange* 案以及上文第 47-51 段。*Ephedra* 案涉及在美国承认一项加拿大程序，在该案中，对于将在加拿大程序中解决的某些问题在加拿大不能进行陪审团审讯，而在同样情形下，在美国是有进行此种审讯的宪法权利的，这种情况被认为并无“明显违背美国的公共政策”。法院指出，有关程序清楚地为求偿人提供了一种公平公正的程序，而且美国法律中与《示范法》第 6 条等同的规定并未作其他要求。法院给予了所请求的救济，承认并执行了在加拿大程序中通过的求偿解决程序。*Tri-Continental Exchange* 案涉及承认在圣文森特和格林纳丁斯启动的程序，在该案中，美国法院按照第 6 和第 22 条，审议了是否对外国代表寻求的救济规定附加条件，即根据第 21 条委托外国代表在美国的领土管辖范围内管理或变现债务人的资产，但不委托其分配这些资产。法院的结论是，这种条件在本案情形下毫无必要。按照诉讼记录，法院没有资格妨碍圣文森特和格林纳丁斯的主要程序的进程，如果法院后来发现有理由认为这一结论不妥，可按照第 22 条第 3 款改变立场并按照第 22 条第 2 款行使权利，对于根据第 21 条第 1 款 (e) 项委托外国代表行事规定附加条件。这些条件可包括交付保证金或提交保证书。

¹⁵⁶ 即第 21 条规定的同类型救济。

¹⁵⁷ 即关于债权人认明的具体资产的措施。

¹⁵⁸ 另见下文第 145 段 *Rubin* 诉 *Eurofinance* 案。

会使上述目的受挫。另一方面，由于尚未给予承认，因此临时救济原则上应仅限于紧急措施和临时措施。

125. 第 19 条第 1 款的开头语提及了措施的紧迫性。(a) 项规定仅中止执行程序，(b) 项述及了易腐资产和容易变质或处于其他危险之中的资产。¹⁵⁹ 除此之外，根据第 19 条可以提供的措施实质上与根据第 21 条可以提供的措施相同。

126. 第 19 条规定的救济是临时性的。该救济在对承认申请作出决定时即告终止。¹⁶⁰ 不过，法院有机会延长该措施。¹⁶¹ 例如，法院可能想延长该措施，以避免承认前给予的临时救济与承认后酌情给予的实质性救济之间脱节。

127. 第 19 条第 4 款强调，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（或不应对其造成干扰）。¹⁶² 为了促进承认前救济与任何外国主要程序的协调，要求申请承认的外国破产管理人，在提出承认申请时附上一份说明，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。¹⁶³

128. 如上所述，第 22 条述及临时救济可能要服从于法院认为合适的条件，此外该条还述及在承认外国程序后给予或拒绝给予救济时，以及在修改或终止该救济时，法院有必要充分保护债权人和其他利害关系人的利益。

¹⁵⁹ 例如，在 *Tucker* 一案（2009 年 11 月 20 日）中，澳大利亚法院下令对储存在澳大利亚几个地方由澳航 Qantas 控制的飞机配件存货进行临时保全，理由是，这些配件可能会由于对其所有权的争议而遭受风险。给予临时救济是为了在寻求承认英格兰程序的申请审理完毕之前的一段有限时间内，保全被告人在澳大利亚的地位和资产。关于证据，法院认为，很可能会给予承认，承认后将根据与第 20 条等等的澳大利亚规定启动救济。另一个案例是 *Williams* 诉 *Simpson* 一案（2010 年 9 月 17 日）。英格兰破产程序管理人提出申请后，新西兰法庭下令采取临时措施，其中包括对一特定资产签发搜查令，暂时取消债务人处理其在新西兰的财产资格，以及下令一法庭人员对其搜身。法院称，“如果 [根据第 19 条] 给予此类救济的权力仅延伸到已知存在的财产和容易确定位置的财产，那将是不合常理的。”法院还称“第 19 条所固有的灵活性可证明有理由签发搜查令以确定是否有隐藏的资产，这些资产可能会因没有对其采取某种形式的临时救济而受到损害。”

¹⁶⁰ 《贸易法委员会示范法》第 19 条第 3 款。

¹⁶¹ 同上，第 21 条第 1 款 (f) 项。

¹⁶² 同上，另见第 29 和 30 条。

¹⁶³ 同上，第 15 条第 3 款。

129. 构成第 22 条基础的观念是，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。¹⁶⁴ 这种平衡对于实现跨国界破产立法的目标是必不可少的。

3. 承认主要程序后产生的自动救济¹⁶⁵

130. 第 20 条述及承认外国主要程序后发生的效力，特别是自动效力和所应符合的条件。

131. 虽然第 19 和 21 条所规定的救济是酌情给予的，但第 20 条所规定的效力却不是；这些效力是承认为外国主要程序后自动产生的。第 19 和 21 条下的酌情救济和第 20 条下的效力之间的另一个区别是，酌情救济可以给予主要程序和非主要程序，而自动效力仅适用于主要程序。承认的自动效力不同于许可令的效力。

132. 第 20 条设想的自动后果意在留出时间采取步骤组织有序而公正的跨国界破产程序，即使起源国的破产程序启动所产生的效力不同于第 20 条在承认国的效力。这一方法反映了构成《贸易法委员会示范法》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所给予的效力被认为对于公正有序地进行跨国界破产是必要的。

133. 如果在特定案件中承认所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，承认国的法律应当提供保护这些利益的可能性。¹⁶⁶

134. 第 20 条第 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

¹⁶⁴ 见《立法指南》第 161-164 段。

¹⁶⁵ 下文的概要大致以《立法指南》第 141-153 段为基础。

¹⁶⁶ 见《贸易法委员会示范法》第 20 条第 2 款。

措施，一些国家在某些情况下允许债权人采取这些措施。补充了第 20 条第 1 款 (b) 项，以充分清楚地表明，中止规定涵盖针对债务人资产的执行措施。

135. 尽管第 20 条规定的承认的效力具有“自动”或“强制”性质，但仍明确规定，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。¹⁶⁷ 这些例外可能包括有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，对启动破产程序后（或承认外国主要程序后）产生的债权提起法院诉讼，或完成公开的金融市场交易。

136. 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国内规则各不相同。在有些法律制度中，法院获准应利害关系方的要求根据本国法律规定的条件作出个别例外规定。鉴于这种情况，第 20 条第 2 款规定，修改或终止该条规定的中止或暂停应受颁布国关于破产的法律规定的制约。

137. 第 20 条第 4 款澄清，依据第 20 条的自动中止和暂停并不阻止任何人（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。¹⁶⁸ 如果确实提起了本国程序，第 29 条述及外国和本国程序之间的协调。¹⁶⁹

4. 承认后救济¹⁷⁰

(a) 《示范法》的条款

138. 第 21 条述及承认外国程序时可给予的救济，并举出了可提供的一些救济类型。

¹⁶⁷ 同上。

¹⁶⁸ 《示范法》第 11-13 条笼统地述及申请启动本国破产程序并参加这种程序的权利。

¹⁶⁹ 见下文第 175-177 段。

¹⁷⁰ 本概要基本上摘自《立法指南》第 154-160 段。

139. 第 21 条下的承认后救济是酌情给予的。第 21 条第 1 款所列的救济类型是破产程序中最经常使用的救济。但其中并未包含所有类型。接收法院能够给予根据颁布国法律可以提供的任何类型救济以符合特定案件的情况，该款无意毫无必要地对此加以限制。¹⁷¹

140. 正是由于自由裁量的救济性质，法院可以使这种救济适合于正在审理的案件。第 22 条第 2 款强调了这一思想，根据该款，法院可以对给予的救济附加其认为合适的条件。在每个案件中，法官必须确定最适合特定案件情况的救济以及给予救济的任何前提条件。第 22 条还述及承认外国程序后法院在给予或拒绝给予救济时，以及修改或终止该救济时，有必要充分保护债权人和其他利害关系人的利益。¹⁷²

141. 第 21 条第 2 款设想的向外国代表（或另一人）“移交”资产仍为自由裁量的决定。《贸易法委员会示范法》载有若干保障规定，旨在确保资产移交外国代表以前保护本国利益。¹⁷³ 在 *Atlas Shipping* 案中，美国法院以丹麦的破产程序启动之前和之后下达的海事诉讼保全令为限，针对存在美国银行账户的资金给予了丹麦破产管理人按照等同于第 21 条第 1 款 (e) 项和第 2 款的规定所请求的救济。美国法官指出，债权人若有权在丹麦破产法院对先前扣押的资金主张权利，所给予的救济不会损害这种权利。¹⁷⁴ 法官还称，向外国代表移交资金比较经济而高效，因为这样一来 *Atlas* 在世界各地的所有债权人都能在一个具有管辖权的法院寻求自己的权利和救济。

¹⁷¹ 如前所述，接收法院有权按照任何公共政策上的反对理由对救济进行调整。在救济问题上对“公共政策”例外的讨论见 *Ephreda* 案和 *Tri-Continental* 案（上文脚注 155）以及上文第 47-51 段。

¹⁷² 见上文第 128-129 段。

¹⁷³ 这些保障包括：第 22 条第 1 款中对保护本国利益这一原则的一般性陈述；第 21 条第 2 款的规定，即法院只有在确信本国债权人的利益得到保护后，才可授权移交资产；以及第 22 条第 2 款，其中规定，法院可对给予的救济附加其认为适当的限制条件。

¹⁷⁴ *Atlas Shipping* 案，第 742 页。

142. 在调整救济时，需加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。要记住，外国非主要程序管理人的利益和权力一般要小于外国主要程序管理人的利益和权力。后者通常会谋求获得破产债务人所有资产的控制权。

143. 第 21 条第 3 款反映了上述思想，其中规定：

(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。

这些条款表明，给予外国非主要程序的救济不应不必要地给予外国破产管理人以广泛的权力，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。

144. 在决定是否按照第 21 条酌情给予救济时，或在修改或终止所给予的任何救济时，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。这是法院可按照其认为适当的限制条件给予救济的原因之一。¹⁷⁵ 外国代表和受救济影响的人均可申请修改或终止救济。法院也可自行修改或终止救济。¹⁷⁶

145. 在起初拒绝予以救济的一个案例是 *Rubin 诉 Eurofinance* 案。接收法院接到救济申请，请求强制执行在美国作出裁决后下达的向某一债权人付款的命令。出现的问题是，《示范法》是否设想了这类救济。法官承认，作出该裁决的程序是在美国进行的第 11 章所述破产程序¹⁷⁷的“重要部分”。法官按照英格兰法律，承认法院可实行在外国破产程序过程中作出的命令，但表示，下达命令以提供机制使债权已获认定或确立的债权人对债务人财产进行集体管理的情形¹⁷⁸（这将证明救济是正当的）不同于向单一债权人

¹⁷⁵ 见上文第 140 段。

¹⁷⁶ 《贸易法委员会示范法》第 22 条。

¹⁷⁷ *Rubin 诉 Eurofinance* 案，第 47 段。

¹⁷⁸ 同上，第 58 段，援引了 *Cambridge Gas Transportation Corporation 诉 Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* 案 [2007] 1 AC 508 (PC)，第 13 段。

付款的裁决（这不能证明救济是正当的）。法官认为，在第 11 章所述程序中所作的命令属于后者，意即该裁决不能按照《贸易法委员会示范法》的规定强制执行。对于强制执行，仍然适用英格兰国际私法中的通用规则。

146. 在上诉时，上诉法院同意，这些程序是第 11 章所述程序的一部分，但不同意下级法院的结论，而是裁定有关裁决是为了集体强制执行破产程序的制度作出的。因此，法院认为，这些裁决受有关破产的国际私法规则管辖，而不受普通国际私法规则管辖，后者不允许强制执行裁决，因为被告不受外国法院的管辖。¹⁷⁹

(b) 自由裁量的救济问题处理办法

147. 由于承认后自由裁量给予的救济一律会按特定案件的情况调整，因此不可能在本类文件中举出具体的救济例子。不过，法院在决定是否给予救济以及给予多大程度的救济时，可作出不同的政策选择。一个关于在酌情给予救济时可能采取的不同立场的有益案例（尽管是在未适用《贸易法委员会示范法》的程序中）涉及在澳大利亚的清算程序，在英格兰寻求救济。尽管英格兰和澳大利亚都根据《示范法》颁布了法令，但该程序在英格兰启动时，这些法令均未生效。¹⁸⁰

148. 澳大利亚清算人采取步骤变现并保护在英格兰的资产，其中大部分是在伦敦取得的保险单的分保。该清算人请求英格兰法院将这些资产转到澳大利亚，按照澳大利亚法律分发给公司的所有债权人。澳大利亚法律规定，分保合同的收益应先用于支付相关保险合同下的负债，然后才能用于偿还一般债务，而英格兰法律（当时）没有此种规定。问题是，英格兰法院是否应当给予救济，

¹⁷⁹ *Rubin 诉 Eurofinance 案*（上诉），第 61 段。

¹⁸⁰ 澳大利亚清算人的申请是按照 1986 年《联合王国破产法》第 426(4) 节审理的，其中规定，联合王国任何地区在破产法方面有管辖权的法院均有义务向特定一些国家具有相应管辖权的法院提供协助，这些国家包括澳大利亚。

使得向债权人分配的优先顺序不符合英格兰法律的要求。一审驳回了这一请求；¹⁸¹ 上诉法院维持原判。¹⁸² 第二次上诉则推翻了前两次判决，对澳大利亚清算人给予了救济。¹⁸³

149. 在第二次上诉时，终审法院认为，确实存在按请求作出的命令的管辖权，而且，这是自由酌量问题，因此应当作出这一命令。审理上诉的五名法官就这一结果达成了一致意见，但他们得出这一结论的理由却各不相同：

(a) 一种意见是，原则上，应当形成单一的破产资产，所有债权人（无论位于何处）都有权且必须证明其债权。尽管澳大利亚的法律规定了不同的优先顺序，但这不会引发可能与所要给予的救济相抵触的基本公共政策考虑。¹⁸⁴ 在此基础上，应当允许澳大利亚的主要程序具有普遍效力。¹⁸⁵

(b) 第二种意见是，1986年《破产法》规定澳大利亚为可获得援助的国家，因此没有理由不执行援助澳大利亚清算人这一法定要求。使澳大利亚清算人无权获得救济的基本公共政策考虑是不存在的。¹⁸⁶

(c) 第三种办法依赖的是给予救济的四个具体要素：¹⁸⁷

- (i) 受清算的公司是澳大利亚保险公司；
- (ii) 澳大利亚法律对于这类公司破产时的资产分配作了具体的规定；
- (iii) 澳大利亚的优先规则与英格兰当时实行的旨在保护在英格兰承保的保单持有人的法律规定没有冲突；
- (iv) 澳大利亚优先规则的基本政策（在终审法院作出裁决之时）符合对英格兰法律的修订。

¹⁸¹ *Re HIH 意外和一般保险有限公司*（2005年）。

¹⁸² *Re HIH*（第一次上诉）。

¹⁸³ *McGrath 诉 Riddell*。

¹⁸⁴ 比较上文第110段在 *Gold & Honey* 案中对公共政策的讨论。

¹⁸⁵ *McGrath 诉 Riddell* 案，第30、36和63段。

¹⁸⁶ 同上，第59、62、76和77段。

¹⁸⁷ 同上，第42段。

(c) 牵涉先前可疑交易的案件中的救济

150. 第 23 条¹⁸⁸ 规定了外国代表在得到承认后针对先前的非法交易启动某种程序的资格。颁布国法律可能会列举第 23 条提及的具体程序类型。

151. 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涉及“应在外国非主要程序中予以管理”的资产。¹⁸⁹ 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”程序的救济更有限。

152. 第 23 条措词上限定狭窄。即使颁布国授权外国代表提起某些诉讼，也有一个先决条件，即本国破产管理人可在颁布国内提起这类诉讼。¹⁹⁰ 第 23 条没有创立任何实质性权利。也没有陈述法律冲突规则；在每个案件中，要确定第 23 条所设想的任何程序是否可正当进行，将视国内法律冲突规则而定。

153. 在 *Fogarty* 诉 *Petroquest* ((*Condor Insurance*) 案中，当事人请求美国上诉法院审议一破产法院是否有权在第 15 章所述的美国程序中根据外国法律提供撤销救济。上诉法院推翻了一审和二审法院的裁决，认为该破产法院具有上述权力。该案涉及在美国承认在尼维斯岛启动的外国主要程序，该程序启动后，外国代表启动了一项程序，援引尼维斯岛法律对债务人索偿，以追回用欺诈手段转到美国的某些资产。第 15 章将撤销权排除在可根据相当于第 21 条第 1 款 (g) 项的规定所给予的救济之外，而在第 23 条中规定，在正式的破产程序中可行使这类权力。不过，上诉法院裁定，第 15 章并不拒绝给予外国代表外国适用法所规定的撤销权，在法律中使用的措词表明，需要宽泛地解释给予法院的权力，以促进对外国法域的礼让承认这一目标。¹⁹¹ 在上诉裁决

¹⁸⁸ 另见《立法指南》第 165-167 段。

¹⁸⁹ 《贸易法委员会示范法》第 23 条第 (2) 款。

¹⁹⁰ 同上，第 23 条第 (1) 款。

¹⁹¹ *Condor Insurance* 案（上诉），第三节，第 3-17 页。

作出之前，在 *Atlas Shipping* 案中核准了一种类似的解释，法院得出结论，*Condor Insurance* 案二审法院的裁决值得商榷：不允许外国代表依据外国法律提起撤销诉讼这一结论在第 15 章的“立法史上无任何明确证据支持”。¹⁹²

E. 合作与协调

1. 引论

154. 《贸易法委员会示范法》第 25-27 条旨在促进不同国家的破产管理人和法院之间的合作，以确保以最适合其所有债权人需要的方式处理涉及一个债务人的破产程序。其目的是，通过对破产资产进行公平而高效的管理，尽量提高债权人（在清算和重整程序中）的收益以及（在组织程序中）协助保护投资和维持就业¹⁹³。

155. 法院合作与协调是《示范法》的核心部分。例如，合作往往是防止资产的消散、使资产具有最大价值¹⁹⁴ 或为企业的重整找到最优的解决方案的唯一的务实方式。合作也往往是在不同国家针对同一企业集团不同成员进行的程序之间相互协调的唯一方式。¹⁹⁵ 合作会使各个破产程序更好地协调，并简化程序，以便为债权人实现更大的利益。

156. 第 25 和 26 条不仅授权跨国界合作，而且还要求必须这样做。其中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广泛存在的一个问题，即缺乏为本国法院与外国法院在处理跨国界破产案方面进行合作提供法律依据的规则。在一些法律制度中，给予法官在明确法定授权领域以外工作的酌处权十分有限，因而制定这样的规定将特别有用。即使

¹⁹² *Atlas Shipping* 案，第 744 页。

¹⁹³ 《贸易法委员会示范法》序言 (e) 段。

¹⁹⁴ 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。

¹⁹⁵ 见《贸易法委员会立法指南》，第三部分：破产企业集团的对待办法，关于促进企业集团破产中的跨国界合作的建议 239-254。

在传统上司法自由空间较大的法域中，促进合作的立法框架也可能证明是有益的。

157. 这些条款将关于何时和如何进行合作的决定留给法院酌情作出，也留给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，《贸易法委员会示范法》并不要求先正式决定承认该项外国程序。

158. 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，如调查委托书。当法院需要紧急采取行动时，这种能力至关重要。

2. 合作

159. 在《贸易法委员会示范法》完成之前举行的第二次贸易法委员会 / 国际破产协会跨国界破产问题多国司法座谈会¹⁹⁶强调，必须使法院在与外国法院或外国破产管理人合作时具有灵活性和酌处权。在这次讨论会上，参与审理案件的法官报告了实际进行司法合作的若干案例。

160. 从这些报告得出了若干要点：¹⁹⁷

(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；¹⁹⁸

(b) 联系应当公开进行，事先通知有关方面¹⁹⁹并让其到场（极端情况例外）；²⁰⁰

¹⁹⁶ 会议报告见 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html 和 www.insol.org。座谈会于 1997 年 3 月 22 日和 23 日在（美国）新奥尔良举行。另见 A/52/17 号文件第 17-22 段；网址：www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/30th.html。迄今共举行了九次司法座谈会；这些会议的报告见 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html。

¹⁹⁷ 《贸易法委员会立法指南》第三部分目前提及了其中的若干要点，具体是第三章第 14-40 段以及关于跨国界企业集团破产中法院之间合作的建议 240-245。

¹⁹⁸ 同上，第三章第 21-34 段和建议 241-243。

¹⁹⁹ 目前已有各种法院规则对此作了明确阐述，例如《美国联邦破产程序规则》第 2002 条 (q) 款第 (2) 项。

²⁰⁰ 《贸易法委员会立法指南》第三部分，第三章，第 24-27 段以及建议 243(b) 和 (c)。

(c) 可以进行的交流形式多种多样，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；以及传递法院程序记录抄本；²⁰¹

(d) 联系手段包括：电话、视频链接、传真、电子邮件等；²⁰²

(e) 若能适当进行必要的联系，可为参与跨国界破产的人和受跨国界破产影响的人带来很大的好处。

161. 有若干案例显示了法院和破产管理人之间的联系如何有助于协调既涉及个人债务人也涉及属于同一企业集团成员的债务人的多个程序并确保更迅速地完成对破产债务人资产的管理。

162. 在 *Maxwell Communication* 案²⁰³ 中，纽约和英格兰的法官各自向每个国家的当事人的法律代表提出可以谈判一个跨国界破产协议，²⁰⁴ 以协助协调这两套程序。每个法院都任命了一名调解员，并为若干棘手问题提出了解决办法。²⁰⁵

163. 在一些案例中，举行了电话会议或视频链接会议，参加的有每个法域的法官和法律代表。2001 年的一个实例是通过视频链接联合审理，参加的有美国和加拿大的法官以及各法域所有当事人的代表。从程序上说，审理是同时进行的。²⁰⁶ 每个法官都听取了关于与其法院有关的实质性问题的论证，然后决定适当的结果。尽管当事人和法官在实质性论证期间看到并听到了另一法域的情形，但并没有积极参与那一部分的审理。

²⁰¹ 同上，第 20 段和建议 241。

²⁰² 同上，第 20 段。

²⁰³ In *In re Maxwell Communication Corp.*, 93 F.3d 1036, (2nd Cir. 1996) (Nos. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076 and 95-5084), and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in *In re Maxwell Communication Corp.* between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 91B 15741 (Bankr. S.D.N.Y. Jan. 15, 1992) and the High Court of England and Wales, Companies Court, No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

²⁰⁴ 见《贸易法委员会实践指南》，第三章。

²⁰⁵ 另见 *In re Olympia & York Developments Ltd*, Ontario Court of Justice, Toronto, No. B125/92 (26 July 1993) (1993), 20 C.B.R. (3d) 165) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. Nos. 92-B-42698-42701 (Bankr. S.D.N.Y. July 15, 1993) (cross-border insolvency protocol and order approving protocol).

²⁰⁶ *In re PSI Net Inc.*, Ontario Superior Court of Justice, Toronto, No. 01-CL-4155 (10 July 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 01-13213, (Bankr. S.D.N.Y. July 10, 2001) (cross-border insolvency protocol and order approving protocol).

164. 在每个法院的实质性论证结束时（在当事人的同意下）两名法官宣布休庭，以便彼此（通过电话）私下交谈，随后继续进行联合审理，每个法官都在各自的程序中宣布了命令。这样，虽然一名法官确认结果是他们商定的，但很明显，每个法官都是仅仅针对自己处理的程序独立作出决定的。²⁰⁷

165. 参加这类审理的人所作的报告显示，由于每个法院对于另一法域所发生的情况有了更多了解，并积极努力以最符合债权人利益的方式协调程序，因而债权人的收益大大增加。

166. 另一个合作实例是信件往来，其中有的是参与程序的法院之一提出援助请求，有的是回应这类请求。在 *Perpetual Trustee Company Ltd* 诉 *Lehman Bros. Special Financing Inc.* 案中，²⁰⁸ 由于一系列请求之故，英格兰法院答复美国法院，解释了在英格兰采取的步骤和作出的决定，并请美国法官暂时不要下达可能与英格兰下达的命令相冲突的正式命令。其意图是鼓励在出现相互冲突的决定时进一步进行联系。²⁰⁹

167. 还可通过跨国界破产协议实现合作，协议当事人和法院的任何指定代表彼此联络，以协调有关的破产程序。²¹⁰

168. 关于破产管理人之间进行国际合作管理破产债务人资产的第 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能起的重要作用。该项规定表明，破产管理人在有管辖权的法院的

²⁰⁷ *In re PS-Net Inc.* 案会议记录，United States Bankruptcy Court, Southern District of New York and Superior Court of Justice of Ontario, 2001 年 9 月 26 日，贸易法委员会秘书处存档。

²⁰⁸ [2009] EWHC 2953, 在第 12-23 段。

²⁰⁹ 同上，在第 41-50 段。

²¹⁰ 关于这一技术的应用实例，见《贸易法委员会实践指南》第二章第 2-3 段。如《实践指南》中所示，采用这一技术的案例包括 *Maxwell Communication* 案（见上文第 162 段）；*In re Matlack Sys. Inc.* 案，Superior Court of Justice of Ontario, No. 01-CL-4109 and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, No. 01-01114 (Bankr. D. Del. May 24, 2001)；和 *In re Nakash* 案，United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 94B 44840 (Bankr. S.D.N.Y. May 23, 1996) (cross-border insolvency protocol and order approving protocol) and the District Court of Jerusalem, No. 1595/87 (23 May 1996)。关于这些案件中所使用的协议的说明载于《贸易法委员会实践指南》附件一中的案例概要。

全面监督下行事。法院能够促成跨国界协议以便利各程序之间协调是“合作”原则运作的一个范例。²¹¹

169. 2000年，美国法学会编写了《法院间交流指引》²¹²，作为其在北美洲自由贸易协议国跨国破产方面的工作的一部分。来自加拿大、墨西哥和美国这三个北美洲自由贸易协议国的法官、律师和学者在该项目上进行了合作。《法院间交流指引》意在鼓励和促进在国际案件中的合作，而不是改变任何国家所适用的国内规则或程序，也不是要影响或限制任何当事方在法院审理的程序中的实质性权利。该《指引》已经得到不同国家若干法院的核准并用于若干跨国界案件中。²¹³

170. 关于合作问题，《贸易法委员会示范法》和《欧洲理事会条例》的术语之间有一个重要差异。《欧洲理事会条例》未载有任何法院间交流的规定，而是规定在成员国启动的主要程序和次要程序的破产管理人负有义务“彼此交流信息”，“彼此合作”，次要程序的清算人有义务使主要程序的破产管理人“在早期阶段有机会提交建议书”，论及该程序或在次要程序中如何使用资产。²¹⁴

3. 协调

171. 第28和29条述及同时进行的程序，特别是在承认外国主要程序后启动本国破产程序，以及如何调整救济以确保同时进行的程序保持一致。

172. 第28和29条联合规定，承认外国主要程序不妨碍针对同一债务人启动本国破产程序，只要该债务人在该国拥有资产。

²¹¹ 《贸易法委员会示范法》第26条第(1)和(2)款，以及对合作可行度造成影响的任何其他国内法)。

²¹² 以下网址有14种语文版本可供查阅：www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394 [2011年7月25日查阅]。

²¹³ 安大略和特拉华州的法院在 *In re Matlack Inc.* 案中核可了一项跨国界破产协议（见上文脚注210），显示了《法院间指引》如何变通用于实际案件。还有一些跨国界破产协议也采用了该《指引》；见《贸易法委员会实践指南》附件一中的摘要。

²¹⁴ 《欧洲理事会条例》第31条。

173. 通常，该条设想的那种本国破产程序将限于位于该国的资产。不过，在某些情况下，对本国程序有意义的管理可能还须包括某些在国外的资产，尤其是在资产所在国没有必要的或可以利用的外国程序时。²¹⁵ 为了允许本国程序涵盖此种有限的跨国界范围，第 28 条规定，程序的效力在必要情况下可扩大到应在颁布国程序中予以管理的债务人其他资产。

174. 第 28 条中关于可能将本国破产程序的效力扩大到位于国外的资产的规定包括两项限制：

(a) 可允许扩大到“履行第 25、26 和 27 条规定的合作与协调所必要的限度”；以及

(b) 这些外国资产必须“根据 [颁布国] 法律”在颁布国加以管理。

这些限制规定强调，在承认外国主要程序后开始的任何本国破产程序只能处理债务人在启动本国程序所在国的资产，且只服从于鼓励在外国主要程序方面进行合作与协调这一需要。

175. 第 29 条为法院如何处理债务人同时受到外国程序和本国破产程序限制的案件提供指导。突出的原则是，启动本国程序并不阻止或终止承认外国程序。这一原则对于实现《贸易法委员会示范法》的目标是至关重要的，因为它在所有情况下都允许接收法院为外国程序提供救济。

176. 不过，第 29 条保持本国破产程序优于外国程序的地位。其方式如下：

(a) 给予外国程序的任何救济必须与本国程序相一致；²¹⁶

²¹⁵ 例如，如果本国营业所在外国法域内拥有开工的工厂，如果有可能把债务人在颁布国的资产和国外的资产作为“经营中企业”出售，或如果以欺诈方式将资产从颁布国转移到国外。

²¹⁶ 《贸易法委员会示范法》第 29 条 (a) 款第 (i) 项。

(b) 必须审查和修改或终止已经给予外国程序的任何救济，以确保与本国程序相一致；²¹⁷

(c) 如果外国程序是主要程序，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；²¹⁸

(d) 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。²¹⁹

177. 第 29 条避免在程序之间划分严格的等级，因为这将不必要地使法院难以进行合作并行使第 19 和 21 条规定的酌处权。

178. 第 29 条 (c) 款含有这样一项原则，即给予外国非主要程序管理人的救济应当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需的信息。第 21 条第 3 款也表述了这项原则，第 29 条又加以重申，以强调要在协调本国程序和外国程序时适用。

179. 第 30 条述及的案件情况是，债务人在国外不止一个国家进入破产程序，且不止一个外国程序的外国代表在颁布国寻求承认或救济。无论在颁布国是否正在进行破产程序，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。

180. 第 30 条的目标与第 29 条的目标类似。其目的是通过适当的协调协助合作。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，便可实现处理方法上的统一。

181. 同第 29 条（该条原则上给予本国程序优先地位）不一样，第 30 条对外国主要程序给予优先，如果有外国主要程序的话。若有不止一项外国非主要程序，该项规定本身并不优先考虑其中任何

²¹⁷ 同上，第 29 条 (b) 款第 (i) 项。

²¹⁸ 同上，第 29 条 (b) 款第 (ii) 项。自动效力不会自动终止，因为这些效力可能是有益的，法院或许想要予以保留。

²¹⁹ 同上，第 29 条 (a) 款第 (ii) 项。

一项程序。外国主要程序的优先地位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。²²⁰

182. 如果在命令下达后又出现一项外国非主要程序，根据第 30 条给予的救济可终止或更改。终止或更改先前救济的命令只能是“为了促进程序之间的协调”而下达的。²²¹

183. 关于同时进行的程序，对偿付债务有特别的规则。

184. 第 32 条所列的规则（有时候叫做“财产混合”规则），在促进协调与合作管理跨国界破产程序的法律制度中，是一项有益的保障措施。它旨在避免下述情况：某一债权人在不同法域的破产程序中获得同一债权的偿付，从而可能获得比同等序列的其他债权人更有利的待遇。

185. 例如，假设一无担保债权人在一项外国破产程序中获得其求偿额的 5%，该债权人也参加了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仅获得其求偿额的 10%。第 32 条间接授权接收法院下达命令执行这一规则。

186. 第 32 条不影响颁布国法律所确立的债权顺序，其意图只是规定同等序列债权人得到平等待遇。如果有担保债权人或有物权债权人得到全额偿付（此事取决于进行程序所在国的法律），则这些债权不受本规定影响。

187. “担保债权”²²² 一词用于泛指有特定资产担保的债权，而“物权”一词旨在表示在某一特定财产上享有的也可对第三方

²²⁰ 同上，第 30 条 (a) 和 (b) 款。

²²¹ 同上，第 30 条 (c) 款。

²²² 《贸易法委员会立法指南》术语表第 12(m) 段中将“担保债权”定义为：“用担保权益辅助支持的债权，以此保证在债务人不履约时可强制执行债务”。

强制执行的权利。某一特定的权利可能同时属于这两种用语的范围，这取决于适用法中的分类和术语。颁布国可以使用另外的术语来表达这些概念。

附件一

案例概要

1. *In re Atlas Shipping A/S*^a

2008年在丹麦启动了针对债务人的破产程序。丹麦破产管理人向一家美国法院提出申请，要求撤销外国债权人在破产程序启动之前和之后取得的对债务人留存在纽约各银行资金实行的海事查封。依照丹麦法律，所有此类查封在破产程序启动时失效，且不得就债务人的资产实行进一步的查封措施。美国法院指出，在决定是否在根据相当于《示范法》第20条的美国规定[《美国法典》第11编第1520条]可自动得到的救济之外再给予外国代表承认后救济时，法院一般应以与外国法院礼让与合作原则为指导。法院指出，这样做的逻辑理由是，“服从外国破产程序往往便利公平、有序、高效和系统地而非随意、不规则和零散地分配债务人的资产”。法院认定，撤销查封与给予丹麦程序以礼让是一致的，不管是按照启用第15章之前适用的规定还是按照第15章的规定均是如此。^b具体而言，法院认定所寻求的救济类别符合相当于第21(1)(e)和21(2)条的美国规定的条件[《美国法典》第11编第1521(a)(5)和1521(b)条]，因而外国代表能够收回在美国的财产并在外国案件中予以分配。美国法院的结论是，所有查封应予撤销，扣押的资金应交还破产管理人在丹麦程序中予以管理。

^a404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. April 2009)。

^b《美国破产法典》第15章在美国颁布了《示范法》。

2. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*^f

在开曼群岛进入破产程序的两个债务人的共同破产管理人在美国申请承认这些程序，并根据相当于《示范法》第 21 条的美国规定（《美国法典》第 11 编第 1521 条）寻求救济。法院在推理过程中首先指出，必须就外国程序是否符合相当于《示范法》第 2 条和第 17 条的规定 [《美国法典》第 11 编第 1502 条、第 1517 条] 的定义要求作出独立裁定。法院讨论了外国主要程序的要求，并审查了《示范法》第 16(3) 条 [《美国法典》第 11 编第 1516 (c) 条] 的推定，即债务人的注册办事处是其主要利益中心。法院解释说，该推定只应在没有严重争议的案件中适用，从而允许并鼓励在明朗的案件中迅速采取行动，外国代表负有举证责任。在审查推翻该推定所需证据类别时，法院提到《示范法》第 8 条，其中指示对《示范法》作出解释时应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用的必要性。法院研究了欧洲联盟对“主要利益中心”概念的解释，注意到欧洲法院在 *Eurofood* 一案中的裁决，即“特别是对于未在其注册办事处所在的成员国境内开展任何业务的‘信箱’公司的情况”，可推翻“主要利益中心”推定。美国法院认定，在本案中，外国代表自己提供了恰恰相反的证据：在开曼群岛没有受雇人员或经理人；资金的投资经理人所在地是纽约；进行基金后台业务运作的管理人以及资金账册和档案都在美国；在外国程序启动之前，资金的所有流动资产都不在开曼群岛。法院还指出，投资人登记簿和应收账款都不在开曼群岛，主要回购和互换协议的对方所在地也不在开曼群岛。

在研究依据《示范法》第 2(c) 条（《美国法典》第 11 编第 1502(5) 条）开曼程序是否因在开曼群岛有营业所而属于外国非主要程序时，法院指出，债务人没有在开曼群岛进行任何（有关的）非临时性经济活动，在开曼群岛破产程序启动之前在那里也没有任何

^f 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007) [《法规判例法》判例 760]。389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008) 维持原判 [《法规判例法》判例 794]。

存款。法院拒绝给予承认,理由是该外国程序不是在债务人“主要利益中心”但所在国或其营业所所在国进行的程序。法院指出,虽然不予承认,但申请人并非得不到任何救济。法院提及与《示范法》第29条等同的规定[《美国法典》第11编第1529条],其中要求针对同一债务人同时进行的外国程序和国内程序依据《示范法》第25-27条[《美国法典》第11编第1525-1527条]进行合作和协调。

3. *In re Betcorp Ltd (in liquidation)*^d

Betcorp 在 1998 年注册之时只在澳大利亚营业,但后来扩展业务而包括向美国提供网上赌博服务。这项业务的核心部分随着《非法互联网赌博执行法案》(2006 年)的通过而终止,该法案禁止在美国进行网上赌博。公司停止了在美国的业务,此后不久停止了所有业务。在 2007 年 9 月的一次会议上,股东们以压倒多数投票任命了清算人,在澳大利亚对公司实行自愿停业清算。根据向法院提供的证据,公司是有偿付能力的。继 Betcorp 在美国以侵犯版权被提起诉讼之后,澳大利亚破产管理人寻求美国承认澳大利亚程序,以便在澳大利亚的停业清算程序中处理版权索赔。美国法院认定澳大利亚程序符合相当于《示范法》第 2(a) 条的美国规定[《美国法典》第 11 编第 101(23) 条]的要求,承认其为外国主要程序。

4. *In re British American Ins. Co. Ltd*^e

债务人是根据巴哈马法律设立的一家保险公司,在许多其他国家有分支业务,其中包括圣文森特和格林纳丁斯。巴哈马与圣文森特和格林纳丁斯分别启动了程序,两项程序均指定了破产管理人。两个破产管理人均提出申请,要求承认其各自的程序为外国主要

^d 400 B.R. 266, 284 (Bankr. D. Nev. 2009) [《法规判例法》判例 927]。

^e 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010) [《法规判例法》判例 1005]。

程序,或者承认为外国非主要程序,并要求根据相当于《示范法》第20条和第21条的规定[《美国法典》第11编第1520条和第1521条]给予救济,以及根据相当于《示范法》第30条的规定[《美国法典》第11编第1530条]协调多项外国程序。本案的难题涉及按照相当于《示范法》第2条(b)项和(c)项的规定[《美国法典》第11编第1502(4)和(5)条],巴哈马程序是否构成主要程序或非主要程序。法院审查了债务人事务的管理(主要是由设在特立尼达和多巴哥的独资子公司进行的),债务人主要资产和多数债权人所在地(均不在巴哈马),以及第三方的看法。在证据基础上,法院认定债务人的主要利益中心不在巴哈马。

法院还认定,根据相当于《示范法》第2条(c)项或(f)项的规定[《美国法典》第11编第1502(2)和(5)条],债务人在巴哈马没有营业所,因而拒绝承认巴哈马程序为外国非主要程序。无可争议,在提交承认申请时,除外国代表根据其任命进行的活动以外,债务人在巴哈马没有业务活动。至于圣文森特和格林纳丁斯,证据表明债务人在该国拥有财产,开展业务;债务人在该地的分支机构拥有雇员,开展保险业务活动;在该国拥有与在该地开展保险业务有关的账户;并在目前拥有投保人。法院的结论是债务人在圣文森特和格林纳丁斯拥有营业所,因此那里的程序是外国非主要程序。法院拒绝根据相当于《示范法》第30条的规定给予救济,因为法院只承认单独一项外国非主要程序。

5. *In re Ephedra Products Liability Litigation*^f

加拿大一债务人破产管理人向美国的法院提出申请,要求承认加拿大破产程序为外国主要程序,而在该美国法院,对同一个债务人提出的多地区产品赔偿责任诉讼正在审理之中。在美国法院承认该程序为外国主要程序之后,加拿大法院下令批准关于

^f349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006)[《法规判例法》判例765]。

简化评估和评价针对该债务人的所有产品赔偿责任诉讼请求的债权解决程序。加拿大破产管理人随之在美国法院申请承认并执行该命令。有人提出异议，理由是债权解决程序显然违背了相当于《示范法》第6条的美国规定[《美国法典》第11编第1506条]所规定的美国公共政策，因为这一程序使得债权人无法享受正当程序和由陪审团审判案件的权利。美国法院同意，债权解决程序规定必须进行强制性调解，如果经调解产生由法定的债权人多数批准的计划，就必须对剩余债权进行估价和清算，这一程序可以理解为允许债权办案人员在未经向相关当事人提供申诉机会的情况下拒绝接纳证据并对债权实施清算。债权解决程序作了修订，要求提供这类机会，根据该修订意见，法院断定，该债权解决程序满足了有关正当程序的要求。关于拒绝陪审团审理权明显违背了美国公共政策的说法，法院认为，相当于《示范法》第6条的美国规定或任何其他法律均未规定法院仅仅因为清算债权的外国破产程序不包括陪审团审理权而不得承认和执行该程序。在得出该结论时，法院参考了《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》和美国执行外国判决案例法，两者都强调，只有在非常情况下，才有理由认定，这种承认“明显违背”关于国家公共政策的考虑。

6. *Re Eurofood IFSC Ltd*⁸

Eurofood 是在意大利注册并通过设在 30 多个国家的子公司开展业务的总公司 Parmalat 属下的一家独资子公司，在爱尔兰成立和注册，主要目的是向 Parmalat 集团的各公司提供融资便利。2003 年 12 月，在意大利对 Parmalat 启动了一些破产程序。2004 年 1 月，一个债权人向爱尔兰法院申请对 Eurofood 启动破产程序。2004 年 2 月，意大利法院裁定，应在意大利对 Eurofood 启动破产程序，宣布该公司已经破产，并裁定债务人的主要利益中心在意大利。2004 年 3 月，爱尔兰法院裁定，根据爱尔兰法律，有关 Eurofood

⁸[2006] Ch 508 (ECJ)。

的破产程序在启动申请提交之日即 2004 年 1 月 27 日已经启动，这些程序属于主要程序。意大利破产管理人对爱尔兰裁决提起上诉，爱尔兰上诉法院然后将某些问题提交欧洲法院作初步裁定。关于确定债务人主要利益中心的问题，欧洲法院裁定，若债务人是一家子公司，其注册办事处和母公司的注册办事处位于两个不同的成员国，则《欧洲理事会关于破产程序的第 1346/2000 号条例》第 3(1) 条所规定的关于该子公司的主要利益中心在其设有注册办事处的成员国的推定，只有在可以由第三方查明的客观因素能够证明存在不同情况之时才能推翻。公司不在设有注册办事处的成员国境内开展任何业务尤其属于此种情况。相反，如果公司在其设有注册办事处的成员国的境内开展业务，那么仅凭其经济选择受控或可能受控于另一成员国内的母公司这一事实，并不足以推翻该条例所规定的推定。

7. *In re Fairfield Sentry Ltd*^h

债务人公司在英属维京群岛组建并设有注册办事处，作为主要是非美国人和美国某些享受免税的实体在 Bernard Madoff Investment Securities LLC 投资的工具。这些公司的股东和债权人于 2009 年在英属维京群岛申请为这些公司指定清算人，在此之前的几个月，债务人已经停止开展业务。2010 年，寻求美国承认这些程序为主要程序或非主要程序。美国法院认定，债务人的主要利益中心在英属维京群岛，因为这里是债务人神经中枢所在地——债务人设有总部并指挥、控制和协调公司各项活动的地点。法院在审查评估主要利益中心的时间时指出，即使注重申请承认的时间的法院（*In re Ran, Betcorp and British American Insurance*）“也很可能赞成在适当情形下采用总体情况办法。”法院进而指出，如果可能存在“另外建立主要利益中心的投机行为（即内部人的非法操作、不当操纵、公然阻碍实现第三方的预期）”，新的法理学不排除考虑对主要利益中心进行时间范围较广的评估。法院指出，

^h 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)。

在债务人停止交易的情况下，债务人的主要利益中心可能在破产管理人所在地，由于这一事实，以及注册办事处所在地，认定债务人的主要利益中心在英属维京群岛。

8. *Fogarty v Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd)*ⁱ

在美国承认根据尼维斯法律对一家尼维斯保险公司启动的破产程序之后，债务人的尼维斯管理人依据尼维斯法律提起诉讼，要求撤销对另一公司进行的涉嫌欺诈的转移。被告要求驳回该诉讼，理由是相当于《示范法》第 21 条和第 23 条的美国规定 [《美国法典》第 11 编第 1521 条和第 1523 条] 并未授权外国主要程序或外国非主要程序的外国代表启动撤销诉讼，尽管该程序得到承认；而是允许外国代表仅在根据美国法律启动清算或重整程序之后提起这种诉讼。美国法院驳回了该诉讼，第一次上诉时原判得到维持。外国代表又提出上诉，辩称第 21 条和第 23 条对外国代表根据美国法律提起撤销诉讼的权力施加了限制，但并不限制根据有关撤销的外国法律享有的权力。第二次上诉时推翻了第一次上诉作出的裁决。法院认定在没有根据《破产法典》其他章节（例如第 7 章或第 11 章）提出启动破产程序申请的情况下，相当于第 21 条和第 23 条的美国规定只是在第 15 章案件中明文排除根据美国法律提起所规定的撤销诉讼。两个条款均未排除外国代表根据外国法律提起撤销诉讼，法院得出结论认为，它不一定因此而认为美国国会打算拒绝外国代表根据适用的外国法律使用撤销权。在研究法规的措辞及其立法史之后，法院考虑了实际关切。如果不就本案作出上述裁决，尼维斯程序的尼维斯管理人将不能撤销有关交易。如本案中债务人这样的外国保险公司将没有资格得到美国破产法下第 7 章或第 11 章程序中的救济。这样，正常行动过程——外国代表在外国程序得到承认之后启动的第 7 章或第 11 章程序——在本案中将无从实现。法院认为国会不可能无意中为债务人超越外国管辖权范围而在美国藏匿资产这种伎俩提供

ⁱ 601 F.3d 319, (5th Cir. 2010) [《法规判例法》判例 1006], 推翻 411 B.R. 314 (S.D. Miss. 2009) [《法规判例法》判例 928]。

便利,因为有些被告可能会藐视正在审理外国程序的法院的管辖权范围。因此,法院的结论是,国会不打算限制美国法院适用正在进行主要程序的国家的法律,因此第 15 章的规定并不排除这一结果。

9. *In re Gold & Honey, Ltd*^j

2008 年 7 月,在以色列启动了破产财产接管程序,但以色列法院否定了对接管人的任命。2008 年 9 月,在美国启动了重整程序,法院下令债务人的所有资产归其管辖。尽管美国法院下达了此命令,但关于任命接管人的申请继续向以色列法院提出,以色列法院裁定本法院拥有管辖权,可以不顾美国的程序和世界范围内中止令的适用而任命接管人对在以色列的资产进行清算。2009 年 1 月,以色列接管人在纽约申请对以色列程序的承认,以便将在纽约的资产转移至以色列以适用以色列程序。美国法院拒绝给予承认,认定:(a) 以色列管理人没有根据相当于《示范法》第 2 条 (a) 项的规定 [《美国法典》第 11 编第 101(23) 条] 中的定义举证以色列程序系集体程序以及债务人的资产和事务须由外国法院控制或监督; (b) 以色列管理人的任命违背了自动中止令; 以及 (c) 相当于《示范法》第 6 条的规定 [《美国法典》第 11 编第 1506 条] 中确立公共政策例外所要求的门槛已经达到。

10. *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd*^k

McGrath v Riddell^l

HIH 集团是一家大型企业集团,在澳大利亚、英格兰和美国等国从事各种保险和再保险业务。在 2001 年 3 月倒闭之前,HIH 集团是澳大利亚第二大保险集团。本案涉及该集团四个成员,其中每个

^j410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [《法规判例法》判例 1008]。

^k[2005] EWHC 2125; First appeal [2006] EWCA Civ 732。

^lSecond appeal [2008] UKHL 21。

成员或多或少在英国从事保险和再保险业务，这些业务以各种方式开展，包括通过分支机构或在当地组建的公司。虽然各公司多数资产在澳大利亚，但在英格兰也有大量资产。分别在澳大利亚和英格兰启动了破产程序。鉴于澳大利亚破产法与英格兰破产法以及优先权安排存在差异，英格兰破产管理人寻求英格兰法院提供指示，说明债务人在英格兰的资产应当如何处理。澳大利亚破产法规定保险债权人对再保险回收款享有优先权，而英格兰法律不承认这种优先权，要求平等地对所有债权人进行分配。澳大利亚破产管理人从澳大利亚法院取得一封请求信，其中请求英格兰法院提供协助（本案并不涉及在澳大利亚或大不列颠颁布《示范法》的立法）。澳大利亚破产管理人请求在英格兰收回的所有资产汇往澳大利亚法院，以便按照澳大利亚破产法和优先权安排进行分配。在一审时，英格兰法院裁定不能将英格兰资产汇往澳大利亚，因为其优先权和分配顺序与英格兰适用的不同。在上诉时，法院裁定虽然它有权汇出这些资产，但拒绝这样做，因为这样将损害非再保险债权人的权益。在第二次上诉时，法院裁定有权汇出这些资产，本案中应当行使这种权力。法院就该权力的渊源发表了不同意见，但法官们在汇出资产这一问题上是一致的（见上文第 147-149 段）。

11. *Lavie v Ran*^m

债务人是一家以色列公司的首席执行官。在该公司出现财务困难之后，债务人于 1997 年离开以色列，迁往德克萨斯。1997 年在以色列启动了对债务人的非自愿破产程序。以色列法院宣布债务人破产，任命了一名破产管理人，并命令清算债务人的财产。以色列管理人于 2006 年在美国提出申请，要求根据第 15 章承认以色列程序是外国主要程序或外国非主要程序。美国法院驳回了该申请，以色列管理人提起上诉。上诉法院发回案件要求提供

^m 406 B.R. 277 (S.D. Tex. 2009)[《法规判例法》判例 929]，维持原判，*In re Ran*, 390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Tex. 2008)，*Lavie v Ran* 发回案件，384 B.R. 469 (S.D. Tex. 2008)。*In re Ran* 维持原判，607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010)。

进一步的事实认定。在审理发回的案件时,法院再次拒绝承认外国程序是外国主要程序或外国非主要程序。在再次上诉之后,拒绝承认的裁决得到确认。不承认债务人主要利益中心在以色列的裁决以下述事实为依据:债务人(a)离开以色列近10年后才提出承认申请,(b)在美国有固定的职业和住所,(c)将其财务完全放在美国,并(d)表示无意返回以色列。至于否定而不承认为非主要程序,裁决依据的是债务人在以色列没有《示范法》第2条(c)项[《美国法典》第11编第1502(5)条]定义范围内的营业所。外国代表关于外国程序本身构成满足该定义的活动这一论点被驳回。

12. *In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investment*⁴²¹

2008年3月在加拿大针对债务人启动了破产程序,以便对债务人所有未偿还的第三方(非银行机构保证的)资产抵押型商业票据债务进行重整。2008年6月,加拿大法院下达了修订制裁令和计划实施令,此前,该计划得到批准,在所有参与的票据持有人中,赞成者(从数量和价值上)占96%。这些命令于2008年8月在上诉中得到确认,并于2009年1月生效。随着加拿大法院批准最终的现金分配,2009年1月和5月对票据持有人进行了临时现金分配。2009年11月,加拿大破产管理人根据第15章提出申请,请求美国承认加拿大程序为外国主要程序,并请求在美国执行加拿大的命令作为承认后救济。加拿大程序被承认为外国主要程序。加拿大命令包括非常广泛的第三方非债务人放弃权利和强制令,其范围要比美国法律所允许的广泛。关于执行这些命令,法院审议了相当于《示范法》第7条的美国规定[《美国法典》第11编第1507条],其中要求在确定是否在承认外国程序之后给予外国代表进一步援助时要考虑一系列因素。法院参考在贝尔斯登案中的裁决,注意到该条文下的承认后救济在很大程度上可以酌情处理,启用的是包含礼让原则在内的主观标准。法院还注意到,相当于《示范法》第6条的规定[《美国法典》

⁴²¹ 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) [《法规判例法》判例1007]。

第 11 编第 1506 条] 在承认明显违背美国的政策时对承认规定了限制。法院注意到，礼让原则并不要求可在美国得到的救济和可在外国程序中得到的救济是相同的，但关键确定因素是加拿大的程序是否符合美国公平性的根本标准。美国法院认为加拿大命令符合公平性的根本标准，因此批准了加拿大管理人关于执行这些命令的请求。

13. *Rubin v Eurofinance SA*^o

2007 年在美国针对 The Consumers Trust (TCT) 启动的破产程序的管理人寻求根据在大不列颠实施《示范法》的 2006 年《跨国界破产条例》在英格兰承认这些程序，并寻求执行美国法院关于 Eurofinance 应对 TCT 的债务承担责任的判决。TCT 是一家商业信托公司，是依美国法律承认的法律实体。2009 年，英格兰法院承认该外国破产程序为主要程序，但驳回了关于执行判决的申请。在承认该破产程序时，法院认定尽管英格兰法律不承认商业信托公司为法律实体，但《示范法》的规定，如第 20 条所规定的暂停，事实上可适用于债务人，考虑到《示范法》的国际渊源，对“债务人”一词作狭义解释是不应当的。法院还认定，外国代表是导致作出针对 Eurofinance 的判决的程序的代表，这些程序是针对 TCT 的破产程序不可分割的组成部分。关于执行判决，法院认定该判决是对人而非对物判决，法院所能做的是授权外国代表就判决提起诉讼或在英格兰提起新的诉讼。允许外国代表执行美国法院的判决并不构成《示范法》第 27 条意义上的“合作”。

在针对驳回执行申请提起的上诉中，法院允许提起上诉，得出的结论是关于执行或不执行外国对人判决的普通规则并不适用于破产程序，破产程序中可用的为所有债权人的共同利益而针对第三方提起诉讼的机制是破产的集体性的组成部分，而不只是

^o[2009] EWHC 2129 ; on appeal [2010] EWCA CIV 895。

附带的程序事项。针对 Eurofinance 的命令因而是破产程序的组成部分，目的是推行破产程序的集体执行制度。因此，这些命令无须服从国际私法关于因被告不受外国法院的管辖而禁止执行判决的普通规则。法院承认作出针对 Eurofinance 判决的程序为外国主要程序。法院认为根据普通法，协助外国程序延及执行由美国法院下达的命令；关于《示范法》第 27 条，法院指出该条并未提及执行，虽然“尽最大可能予以协助”肯定包括执行，但在本案中无须就此得出结论。

14. *In re SPhinX Ltd*^P

债务人为根据开曼群岛的法律注册成立的对冲基金。这些债务人与商品和期货合同的经纪人具有投资关系，后者在美国启动了破产程序，在一项撤销权诉讼中涉及债务人。达成了诉讼和解协议，但在和解协议获得批准之前，已在开曼群岛对债务人启动了破产程序。债务人的开曼群岛破产管理人寻求同一家美国法院承认该外国程序为“外国主要程序”，而在这家法院，和解协议尚在审理批准中。美国法院承认这些程序为外国非主要程序，而不是“外国主要程序”。这一结论部分是基于以下事实，即债务人未在开曼群岛从事交易或业务，除了开曼群岛法律规定为在该地营业而必需的公司账册和档案外，债务人在该地没有任何雇员、实体办事处或任何资产。该法院还认定，存在一些有利于得出以下结论的实际考虑，即债务人的主要利益中心位于开曼群岛之外，也就是说，在开曼群岛没有资产意味着破产管理人必须依靠其他法院的帮助才能向债权人分配资产。最后，法院强调指出，促使启动开曼群岛程序和申请承认的动机不纯，该动机是在不考虑案件本身是非的情况下寻求通过拖延来推翻对 [SPhinX 的] 撤销权诉讼的解决办法。外国代表对有关承认的裁决提出了上诉。在收到上诉以后，法院维持下级法院的原判。

^P 371 B.R. 10 (S.D.N.Y 2007) [《法规判例法》判例 768]。

15. *Stanford International Bank Ltd*⁹

2009年2月，美国证券交易委员会（证交会）对一家公司集团的所有人（“X先生”）和于X先生属下公司包括“Y”公司提出投诉，声称除其他外存在证券欺诈行为。在同一天，美国法院任命了一名破产管理人，接管X先生属下包括Y公司在内的公司集团的资产和X先生本人的资产。X先生具有美国和安提瓜和巴布达双重国籍，Y公司在安提瓜和巴布达成立，并在该国拥有注册办事处。2009年4月，安提瓜和巴布达法院颁布了停业清算令，并为Y公司任命了两名清算人。美国的破产财产接管人和安提瓜和巴布达的清算人均根据在大不列颠实施《示范法》的2006年《跨国界破产条例》在英格兰申请承认。他们均声称，任命他们的各自的破产程序是按2006年《跨国界破产条例》规定的“外国主要程序”。英格兰法院承认安提瓜和巴布达程序为外国主要程序，认定该程序满足“外国程序”定义的所有方面，按照*Eurofood*一案中的检验标准，Y公司主要利益中心在其注册办事处所在地即安提瓜和巴布达的推定没有被推翻。至于美国的程序，法院认为证券交易委员会的接管不属于破产法意义上的集体程序（因而不是可以承认的外国程序），因为证券交易委员会进行干预是为了“防止正在发生的大规模欺诈”，从而防止损害投资者，而非如相当于《示范法》第2条(a)项的美国规定[《美国法典》第11编第101(23)条]所要求的对债务人进行重整或为所有债权人的利益变现资产。上诉时法院维持原判。

16. *In re Tri-Continental Exchange Ltd*⁷

债务人为根据圣文森特和格林纳丁斯的法律登记注册的保险公司，根据《圣文森特和格林纳丁斯公司法》在东加勒比最高法院的高等法庭接受破产程序审理。债务人仅在圣文森特和格林纳丁斯设有办事处，约有20名雇员。虽然债务人向美国和加拿大

⁹[2009] EWHC 1441 (Ch) [《法规判例法》判例923], on appeal [2010] EWCA Civ 137 [《法规判例法》判例1003]。

⁷349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [《法规判例法》判例766]。

的投保人出售了大约 5,800 份保险单，但其所有业务都是通过债务人在金斯敦的注册办事处开展的。保险费付款票据邮寄至美国的地址，而这些“投递邮箱”中的大批邮件又转递至债务人在圣文森特和格林纳丁斯的办事处，然后背书交存，存入债务人在美国开立的银行账户。破产管理人根据第 15 章在美国寻求将圣文森特和格林纳丁斯程序承认为外国主要程序。美国法院承认圣文森特和格林纳丁斯程序为外国主要程序，依据是债务人的主要利益中心在其设有注册办事处的圣文森特和格林纳丁斯。法院还认定，债务人作为外国保险公司，没有资格根据美国法律申请启动破产程序，但却有资格得到第 15 章规定的救济。

17. *Re Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd*
***v Aero Inventory (UK) Limited*^s**
Re Tucker, Aero Inventory (UK) v
***Aero Inventory (UK) Limited (No. 2)*^f**

2009 年 11 月，在英格兰和威尔士高等法院启动了针对 Aero Inventory 的破产程序，并任命了共同破产管理人。Aero Inventory 在澳大利亚拥有并控制着航空动产。破产管理人在得到任命的次日，根据在澳大利亚颁布《贸易法委员会示范法》的立法（2008 年《跨国界破产法》）申请承认英格兰程序为外国主要程序，并申请临时救济。临时救济涉及保全在澳大利亚各地存放并由澳航 Qantas 控制的航空器零件存货，因为这些存货可能由于所有权争议而处于危险之中。法院根据相当于《示范法》第 19 条和第 21 条的澳大利亚规定准予临时救济，禁止在损害共同破产管理人及其债权人利益的情况下对债务人财产进行任何处理。在最后审理时（Aero Inventory (No. 2)），澳大利亚法院承认英格兰程序，认定这些程序是外国主要程序（债务人的主要利益中心以其在英格兰的注册办事处为依据，且没有足够证据排代第 16 条第 3 款的推定），破产管理人属于《示范法》所要求的外国

^s(2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354。

^f(2010) 77 ACSR 510; (2009) FCA 1481 [《法规判例法》判例 922]。

代表。按照相当于《示范法》第 21 条第 1 款 (e) 项的规定，法院授权外国代表对债务人在澳大利亚的所有资产进行管理和变现，并下令任何人不得执行债务人财产上的抵押权，占有债务人财产的质权或留置权持有人可以继续占有，但不得出售或以其他方式执行该留置权或质权。

18. *Williams v Simpson*,⁴⁴*Williams v Simpson (No. 5)*⁴⁵

2009 年 9 月 9 日，在英格兰启动了针对 Simpson 先生（债务人）的破产程序。启动英格兰程序基于债务人对提出申请的债权人所欠的债务，债权人在诉状中称债务人的主要利益中心不在欧洲联盟的成员国内，还基于债权人可申请针对“在英格兰和威尔士开展业务”的债务人启动破产程序。2010 年 9 月 10 日，破产管理人（Williams 先生）根据在新西兰颁布《示范法》的立法（2006 年《破产（跨国界）法》）申请在新西兰承认英格兰程序，并寻求临时救济。⁴⁶9 月 17 日，按某些条件准予了临时救济，随后几日准予了更多的救济。2010 年 10 月 1 日对承认申请进行了审理。法院认定，虽然英格兰程序是《示范法》所要求的外国程序，但该程序既非外国主要程序，因为债务人惯常居住地在新西兰，也非外国非主要程序，因为不符合《示范法》所规定的营业所这一检验标准。法院认定，虽然根据英格兰法律，债务人须服从该国的破产法，因为他仍然正在那里清理结束其业务活动，但并没有理由认定他确实在那里拥有营业所定义所要求的目前开展活动的业务场所。因此，法院拒绝承认外国程序。不过，根据新西兰法律第 8 条，法院可以给予援助以协助英格兰程序，在不能适用颁布《示范法》的条文的极少情形下可以适用这一规定。该援助将使破产管理人能够收集债务人在新西兰拥有的资产并予变现，随后按有关变卖后所获任何收益的分配而可能需要遵循的任何进一步指示处理。

⁴⁴ [2011] B.P.I.R. 938 (High Court of New Zealand, Hamilton, 17 September 2010).

⁴⁵ High Court of New Zealand, Hamilton, 12 October 2010.

⁴⁶ 另见关于已准予临时救济的脚注 159。

附件二

联合国国际贸易法委员会的决定和 大会第 66/96 号决议

1. 联合国国际贸易法委员会在 2011 年 7 月 1 日第 934 次会议上通过了下述决定：

“联合国国际贸易法委员会，

“注意到由于贸易和投资的增长，在全球范围开展业务以及企业和个人在不止一个国家拥有资产和利益的情形也在增加，

“又注意到如果破产诉讼的主体是在不止一个国家拥有资产的债务人，通常就紧迫需要跨国界合作与协调，监督和管理这些债务人的资产和业务，

“考虑到在跨国界破产案件中进行合作与协调，有可能大为增加救助陷入财务困境的债务人的机会，

“相信《贸易法委员会跨国界破产示范法》^a（《示范法》）能显著促进建立一个统一的法律框架处理跨国界破产问题和便利协调与合作，

“认识到跨国界合作与协调及其实际操作方式尚未广为熟知，

“深信如果关于《示范法》的解释和现行做法的信息易于法官调阅，供其在破产诉讼中参考使用，就有可能推动更广泛地使用和了解《示范法》，便利跨国界司法合作与协调，避免不必要的延误和费用，

^a 联合国出版物，出售品编号：E.99.V.3。

“1. 通过 A/CN.9/732 和 Add.1-3 号文件所载 ‘贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视’（‘司法角度的审视’），同时授权秘书处根据委员会审议情况编辑审定该文本；

“2. 请秘书处建立一个机制，采用拟订 ‘司法角度的审视’ 的同样灵活方式持续更新这一文本，确保维持中立的语气和继续符合所申明的目的；

“3. 请秘书长发表包括以电子形式发布 ‘司法角度的审视’ 一文，该文件将根据本决定第 2 段不断更新或修订，并将其分送各国政府，请各国政府向相关机构提供该文件，从而使之广为周知和可供查阅；

“4. 建议法官、破产从业人员和跨国界破产程序的其他利益相关方酌情适当考虑 ‘司法角度的审视’；

“5. 还建议所有国家继续审议《示范法》的实施情况。”

