

贸易法委员会
跨国界破产示范法：
司法角度的审视
(2022年增订)



进一步资料可向贸易法委员会秘书处索取：

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话：(+43-1) 26060-4060
网址：uncitral.un.org

传真：(+43-1) 26060-5813
电子邮件：uncitral@un.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

(2022年增订)



联合国
2022年, 维也纳

说明

联合国文件用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号,就是指联合国的某一文件。



©联合国, 2023年。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。

本出版物所载的互联网网址链接是为方便读者而提供的,在发布时准确可用。联合国对发布后这些网址链接的持续准确性或任何外部网站的内容概不负责。

本出版物未经正式编辑。

出版制作: 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(贸易法委员会或委员会)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次贸易法委员会/国际破产协会/世界银行多国司法座谈会¹的法官们提出的一项请求,他们提出应当考虑就《贸易法委员会跨国界破产示范法》(《跨国破产示范法》)下产生的问题为法官提供说明和指导。2010年,委员会商定应授权贸易法委员会编拟一份指导案文,其中主要须与法官但也与破产从业人员和其他专家进行磋商,方式上与当初拟订《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》(2009年)时大致相同。²

《司法角度的审视》,第一稿由新西兰高等法院Paul Heath法官编写,并通过与众多法官的磋商作了进一步修编。2010年12月提交第五工作组(破产法)讨论,2011年初分发给各国政府评议。该文件还在2011年3月于新加坡举行的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上提交给与会者。《司法角度的审视》一文的修订稿于2011年提交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、各国政府和司法座谈会与会者发表的评论意见。文本于2011年7月1日由委员会协商一致通过(见附件二.A)。2011年12月9日,大会通过了第66/96号决议,其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.B)。

《司法角度的审视》于2013年增订,以反映委员会以2013年通过的《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》(《颁布指南和解释》)一文³而对《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》作出的修订,以及2011年7月至2013年4月15日期间发表的关于适用和解释《跨国破产示范法》的司法判例。当时的增订部分由秘书处协商根据委员会2011年7月1日决定成立的专家组编写。⁴ 专家组成员是: Leif Clark (美利坚合

¹ 这次座谈会是贸易法委员会、国际破产协会和世界银行联合举办的系列座谈会之一。关于各次座谈会的报告,见: <https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency>。

² 《大会正式记录,第六十五届会议,补编第17号》(A/65/17),第261段。

³ 《颁布指南和解释》见 <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>。

⁴ 见附件二.A,第2段。

众国)、Miodrag Đorđević (斯洛文尼亚)、Allan Gropper (美利坚合众国)、Min Han (大韩民国)、Paul Heath (新西兰)、Geoffrey Morawetz (加拿大)、Alastair Norris (英国)、Diana Talero Castro (哥伦比亚)和Jean-Luc Vallens (法国)。在委员会审议之前,增订部分提交了第五工作组(破产法)2013年4月第四十三届会议和出席2013年5月在海牙举行的第十次多国司法座谈会的法官们。委员会注意到增订内容,并授权出版增订本。⁵

2022年对案文作了进一步增订,以反映适用和解释《跨国破产示范法》的司法判例发展情况,并使案文与2020年完成的《跨国破产示范法判例法摘要集》保持一致。增订部分是与根据委员会2011年7月1日决定设立的专家组协商编写的。⁴ 专家组成员是: Martin Glenn和Allan Gropper (美利坚合众国)、Paul Heath (新西兰)、Myriam Maily (法国)、Geoffrey Morawetz (加拿大)、Alastair Norris (英国)和Kannan Ramesh (新加坡)。委员会2022年第五十五届会议核准了第五工作组(破产法)向其转交的增订本,⁶ 授权秘书处以联合国六种语文加以出版,并保持出版手册反映最新的增订结果,以便继续实现其预期目的。⁷

⁵《大会正式记录,第六十八届会议,补编第17号》(A/68/17),第209段。

⁶A/CN.9/1094,第12-15段。

⁷《大会正式记录,第七十七届会议,补编第17号》(A/77/17),第191段。

目录

前言	iii
一. 导言	1
A. 目的和范围	1
B. 术语表	2
二. 背景	4
A. 《跨国破产示范法》的范围和适用	4
B. 法官的角度	8
C. 《跨国破产示范法》的目的	10
三. 《跨国破产示范法》的解释和适用	12
A. “介入”原则	12
B. “承认”原则	15
C. 承认的过程	24
D. 救济	54
E. 合作与协调	71
附件	
一 案例概要	86
二. 联合国国际贸易法委员会的决定和大会第66/96号决议	121
A. 委员会的决定	121
B. 大会第66/96号决议	122

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》（《跨国破产示范法》）。认识到一些颁布国为适合本国的国情而对《跨国破产示范法》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。¹ 本文以联合国大会1997年12月核准的《跨国破产示范法》及其随附的《颁布指南》为基础。² 一些国家基于《跨国破产示范法》颁布了立法, 为考虑到在这些国家新出现的解释《跨国破产示范法》的判例, 《颁布指南》作了修订, 以便就《跨国破产示范法》关于债务人“主要利益中心”某些方面的解释和适用增列附加指南。所作修订已由委员会2013年7月通过, 现作为“《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》”（《颁布指南和解释》）。³

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《跨国破产示范法》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, 包括关于《跨国破产示范法》的颁行立法条款来判定所审理的案件。

¹ 本文不涉及一些颁布国对《跨国破产示范法》所作的各种改动, 也不对此发表意见。

² 大会第52/158号决议。

³ 见<https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>。贸易法委员会网站上已不再提供1997年通过的《颁布指南》。法院考虑了两个指南中的任何一个是否应具有优先顺序或如何利用《颁布指南和解释》的问题。*Sturgeon*案(判例32)的复审裁定第71-84段对这一问题作了广泛分析。在有些国家, 这一问题受到《跨国破产示范法》颁行立法的影响, 其中具体提及了《颁布指南》。例如, 在*Zetta Jet*案(判例39, 判决书第37段)中, 法院规定了冲突检验标准。在另一个判例*Fibria Cellulose S/A诉Pan Ocean Co. Ltd*案, [2014] EWHC 2124 (Ch), 法规判例法1482, 法院裁定参照《颁布指南》, 但注意到《颁布指南和解释》中的相关案文未作修改。在*Sturgeon*案中, 法院得出结论认为, 《颁布指南》退出参阅流通可以被推断是《跨国破产示范法》的规则制定机构希望由在众多经验丰富的破产从业人员和颁布国政府机构协助下并与司法机关协商后拟定的《颁布指南和解释》提供一个有用的最新解释工具。在引入《颁布指南和解释》之后的其他一些英格兰判决支持将其用作解释工具: *Re Videology*案(判例35); *OGX Petroleo e Gas S.A.*案, [2016] EWHC 25 (Ch), 法规判例法1622; *The OJSC International Bank of Azerbaijan; Bakhshiyeva诉Sberbank of Russia*案 [2018] EWCA 2802, 法规判例法1822; 以及*In re Agrokor*案 [2018] Bus LR 64, 法规判例法1798。

3. 本文无意指示法官如何处理根据关于《跨国破产示范法》的颁行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《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》一般作出具体裁定时所遵循的顺序。⁴

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《跨国破产示范法》、《贸易法委员会破产法立法指南》(《立法指南》)和《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》(《实践指南》)所共有的。⁵ 这些术语在本文中的用法与其在这些法规文本中的用法相一致:

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

(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;⁶

(c) “颁布国”: 在《跨国破产示范法》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;

⁴《摘要集》中对解释《跨国破产示范法》的判例作了逐条分析。

⁵贸易法委员会的这些文本见 <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>。

⁶这些协议在《实践指南》中作了较详细的讨论。

(e) “法官”：被指定行使根据以《跨国破产示范法》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) “接案法院”：收到承认和救济申请的颁布国法院。

2. 参考材料

(a) 判例参注

6. 本文通篇列入了具体判例的参注。一般而言, 由于这些指的是附件一提供的概要中所列的判例, 所以文中仅列入简称形式, 例如“Bear Stearns案”系指关于 *In Re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* 案的程序(附件一, 判例4)。这些判例的完整引文载于附件一。与这些判例相关联提及的页数或段落号系指该附件中引述的判决书的相关部分。补充判例在脚注中提及, 但未列入附件一。

(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) “《跨国破产示范法》”: 《贸易法委员会跨国界破产示范法》(1997年);

(b) “《颁布指南和解释》”: 委员会2013年7月18日修订和通过的《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》;⁷

(c) “《立法指南》”: 《贸易法委员会破产法立法指南》, 第一和第二部分(2004年), 第三部分(2010年), 第四部分(2013年, 于2019年扩充)以及第五部分(2021年);

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

(e) 《摘要集》: 《跨国破产示范法判例法摘要集》(2021年);

⁷《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第17号》(A/68/17), 第198段。

(f) “《欧洲破产条例》”：欧洲理事会关于破产程序的2000年5月29日《第1346/2000号条例》；⁸

(g) 《欧洲破产条例》（重订）：欧洲议会和理事会2015年5月20日关于破产程序的《第2015/848号条例》（欧盟）；⁹

(h) “《欧洲公约》”：《欧洲联盟（欧盟）破产程序公约》（1995年）；¹⁰

(i) “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。¹¹

二. 背景

A. 《跨国破产示范法》的范围和适用

8. 1997年12月，大会核准了贸易法委员会拟订和通过的《跨国破产示范法》。《跨国破产示范法》附带《颁布指南》，其中提供了背景和解释资料，以帮助拟定必要立法施行《跨国破产示范法》的相关人员和负责加以适用和解释的法官和其他人员。如上所述，《颁布指南》现已作了修订，以便就《跨国破产示范法》关于主要利益中心某些方面的解释和适用添入补充的指南；所作修订已由委员会2013年7月18日通过，作为《颁布指南和解释》。¹²

9. 《跨国破产示范法》并非意在处理国内实体破产法，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

⁸《欧洲共同体公报》，L 160，第43卷，2000年6月30日，1。

⁹《欧洲共同体公报》，L 141，第58卷，2015年6月5日，19。

¹⁰关于该《公约》的历史及其与《跨国破产示范法》的关联性，见下文第97-100段；另见欧洲议会1999年4月23日关于《欧洲联盟破产程序公约》（1995年）的报告，网址链接：[Report on the Convention on Insolvency Proceedings of 23 November 1995 - Committee on Legal Affairs and Citizens' Rights | A4-0234/1999 | European Parliament \(europa.eu\)](https://www.europarl.europa.eu/press-portal/144424/144424_en.html)（上次访问于2022年7月25日）。

¹¹预期欧洲联盟成员国将通过一项破产公约，所以编写该解释性报告是为了就该公约草案中的各种概念特别是主要利益中心提供指导。尽管该《公约》已经废止，但该报告已被普遍接受，作为解释主要利益中心概念的一种辅助手段，这一概念后来被用于《欧洲破产条例》。该报告可见于：<https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency>（上次访问于2022年7月25日）。

¹²《大会正式记录，第六十八届会议，补编第17号》（A/68/17），第198段。

件。经贸易法委员会秘书处查明,截至2022年7月25日,52个国家的55个法域颁布了以《跨国破产示范法》为基础的立法。¹³

10. 《跨国破产示范法》意在适用于下列情形:¹⁴

(a) 外国法院或外国破产管理人就一外国破产程序向另一国(《跨国破产示范法》颁布国)寻求协助;

(b) 就根据颁布国有关破产的法律进行的一项程序向一外国寻求协助;

(c) 一项外国程序和一项根据颁布国有关破产的法律进行的程序正在针对同一债务人同时进行中;或者

(d) 债权人或外国其他利益关系人有意请求启动或参与一项根据颁布国有关破产的法律进行的程序。

¹³ 以下信息摘自贸易法委员会网站(截至2022年7月25日): https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status。澳大利亚(2008年)、巴林(2018年)、贝宁*(2015年)、巴西(2020年)、布基纳法索*(2015年)、喀麦隆*(2015年)、加拿大(2005年)、中非共和国*(2015年)、乍得*(2015年)、智利(2013年)、哥伦比亚(2006年)、科摩罗*(2015年)、刚果*(2015年)、科特迪瓦*(2015年)、刚果民主共和国*(2015年)、多米尼加共和国(2015年)、赤道几内亚*(2015年)、加蓬*(2015年)、加纳(2020年)、希腊(2010年)、几内亚*(2015年)、几内亚比绍*(2015年)、以色列(2018年)、日本(2000年)、肯尼亚(2015年)、马拉维*(2015年)、马里*(2015年)、毛里求斯(2009年)、墨西哥(2000年)、黑山(2002年)、摩洛哥(2018年)、缅甸(2020年)、新西兰(2006年)、尼日尔*(2015年)、巴拿马(2016年)、菲律宾(2010年)、波兰(2003年)、大韩民国(2006年)、罗马尼亚(2002年)、塞内加尔*(2015年)、塞尔维亚(2004年)、塞舌尔(2013年)、新加坡(2017年)、斯洛文尼亚(2007年)、南非(2000年)、多哥*(2015年)、乌干达(2011)、阿拉伯联合酋长国-阿布扎比全球市场(2015年)和迪拜国际金融中心(2019年)、大不列颠联合王国-大不列颠(2006年)和大不列颠及北爱尔兰联合王国海外领土-英属维尔京群岛(2003年)和直布罗陀(2014年)、美利坚合众国(2005年)、瓦努阿图(2013年)和津巴布韦(2018年)。星号表示在2015年9月10日于科特迪瓦大巴萨姆通过的《非洲商法统一组织被动诉讼集体程序法》中颁布《跨国破产示范法》的国家。免责声明:示范法是作为一种推荐模式而制定的,供立法者考虑作为其国内立法的一部分予以采纳。由于根据示范法颁布法规的国家可以灵活地偏离案文,因此上述所列仅是向贸易法委员会秘书处通报颁布法规的示意列表。为确定所通过的立法案文中任何可能偏离示范法的确切性质,应考虑每个国家的立法。以上所示颁布年份是向贸易法委员会秘书处指明的有关立法机构通过立法的年份;不涉及该项立法的生效日期,生效程序因国而异,有可能导致在颁布了一段时间后才生效。

¹⁴《跨国破产示范法》,第1条,第1款。

11. 《跨国破产示范法》预期, 在根据《跨国破产示范法》提出申请时, 已经指定了一名管理人(外国破产管理人)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。¹⁵

12. 《跨国破产示范法》要求颁布国指明有权处理《跨国破产示范法》所涉问题的法院或其他主管机关。¹⁶ 认识到有些国家将提名行政机构而不是司法机构, 因此, “外国法院”的定义包括负责管控或监督某一外国程序的司法机关或其他主管机关。¹⁷

13. 《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》适用范围之外。¹⁸

14. 《跨国破产示范法》建立在四项原则基础上:

(a) “介入”原则: 本原则确立了各种适用的情形, 在这些情形下, “外国破产管理人”¹⁹ 有权介入收到承认和救济申请的颁布国法院(接案法院)。原则也指外国债权人介入根据颁布国有关破产的法律进行的程序;²⁰

(b) “承认”原则: 根据本原则, 接案法院可下达命令, 承认外国程序为外国“主要”或“非主要”程序;²¹

(c) “救济”原则: 本原则指三种不同的情形。在寻求承认的申请正在审理之中时, 可给予临时救济, 以保全处在接案法院的管辖区内的

¹⁵ 同上, 第2条(d)项; 另见《跨国破产示范法》, 第5条设想颁布国将指明在适用的外国法律允许情况下被授权代表根据颁布国破产法启动的程序在外国行事的人。《摘要集》讨论了解释该条文的案例, 指出由于该条文不要求外国破产管理人的任命必须由外国法院作出, 所以该条文的范围足够广泛, 可以包括由其他一些特别机构作出的任命。《摘要集》还说明了可任命的机构或个人的类型: 第2条(d)项的判例法摘要。

¹⁶ 同上, 第4条。

¹⁷ 同上, 第2条(e)项, “外国法院”的定义; 《摘要集》, 第2条(e)项的判例法摘要。

¹⁸ 同上, 第1条, 第2款; 另见《颁布指南和解释》中更详细讨论了这个问题的第55-60段; 以及《摘要集》, 第1条第2款的判例法摘要。

¹⁹ 按《跨国破产示范法》第2条(d)项所定义; 《摘要集》, 第2条(d)项的判例法摘要。

²⁰ 同上, 第9-14条; 《摘要集》, 这些条款的判例法摘要。

²¹ 同上, 第17条; 《摘要集》, 第17条第2款的判例法摘要。

资产。²² 如果一项程序被承认作为“主要”程序,自动救济随之而来。²³ 对于“主要”程序,可以提供酌情附加的救济,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;²⁴

(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。²⁵

15. 这些原则旨在达到下列公共政策目标:²⁶

(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的企业提供便利,以保护投资和维持就业。

16. 2009年12月,大会核准了《实践指南》。²⁷ 《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。²⁸

²² 同上,第19条;《摘要集》,第19条的判例法摘要。

²³ 同上,第20条;《摘要集》,第20条的判例法摘要。

²⁴ 同上,第21条;《摘要集》,第21条的判例法摘要。

²⁵ 同上,第25、26、27、29和30条;《摘要集》,第25-27条和第29-30条的判例法摘要。

²⁶ 《跨国破产示范法》序言;另见《颁布指南和解释》,第3段,以及《摘要集》,序言的判例法摘要。

²⁷ 大会第64/112号决议,《实践指南》全文见 https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/explanatorytexts/practice_guide_cross-border_insolvency。

²⁸ 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。

17. 2021年出版了《摘要集》，编写该《摘要集》是为了便利查阅法规判例法中收集的适用和解释《跨国破产示范法》的越来越多的判例，并请注意解释方面的新趋势。《跨国破产示范法》第8条规定，在解释《跨国破产示范法》时“应当考虑到其国际渊源”，根据该条，《摘要集》旨在通过鼓励法官考虑颁布国法院是如何适用《跨国破产示范法》的，从而促进《跨国破产示范法》适用上的统一性。

B. 法官的角度

18. 虽然《跨国破产示范法》强调以《跨国破产示范法》国际渊源为基础统一解释方法的可取性，²⁹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。³⁰无论如何，凡法院在《跨国破产示范法》基础上考虑到立法的，都可能发现国际判例有助于其作出解释。

19. 法官³¹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法院所收到的信息（证据），不偏不倚地判定由一方当事人所提出的问题。他们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的主持人³²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官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。

20. 不同法律传统的法官如何处理其各自的工作，可能会产生《跨国破产示范法》条款解释方法上的一些差别（或其词语上的任何变通）。虽

²⁹ 在按拟定的条文颁布《跨国破产示范法》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”（《跨国破产示范法》，第8条）。《摘要集》（第8条的判例法摘要）讨论了一些判例，在这些判例中，那些颁布了第8条的国家，其法院的视野跨越了本国法域，寻求从外国关于《跨国破产示范法》的解释和其他外在资料中找寻解释上的指导，特别是在《跨国破产示范法》的规定不明确或模棱两可的情况下。

³⁰ 其实，《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》的规定（第3条和《颁布指南和解释》第91-93段）。

³¹ 见上文术语表第5(e)段中“法官”一词的扩大定义。

³² 也就是“外国法院”定义范围内的机关（《跨国破产示范法》，第2条(e)项；《摘要集》，第2条(e)项的判例法摘要）。

然总体上建议充满困难,但在一些法域,较高等度的法律法典化可能往往将注意力更多集中于《跨国破产示范法》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,³³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。³⁴

21. 这些不同的方法可能影响接案法院是否倾向于根据《跨国破产示范法》的法院之间合作和多个程序协调的原则行事。³⁵如果颁布国的国内法含有《跨国破产示范法》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。

22. 如果没有明确采用这些规定,³⁶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《跨国破产示范法》所强调的合作与协调。

23. 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。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。³⁷

24. 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。³⁸以前未经历过这类

³³关于固有管辖权的讨论,见I. H. Jacob所著“The Inherent Jurisdiction of the Court”, *Current Legal Problems* 案 23 (1970)。

³⁴实例包括英美法系中的衡平法和过失规定的发展。

³⁵《跨国破产示范法》,第25-27、29和30条;另见下文第195-227段。

³⁶例如,《欧洲破产条例》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。

³⁷另见下文第195-213段。

³⁸《跨国破产示范法》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。

程序的法官可能会要求外国破产管理人提供协助，³⁹ 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。

25. 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。

26. 出席2009年6月在加拿大温哥华举行的一次司法座谈会的约40个国家80多名法官表示认为，⁴⁰ 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《跨国破产示范法》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。⁴¹ 如前言中所述，文本于2013年作了增订。在委员会2013年7月审议之前，对已出版的《司法角度的审视》一文所作的修订曾提交给第五工作组（破产法）第四十三届会议（2013年4月）和2013年5月在海牙举行的第十次多国司法座谈会发表意见。如前言中所述，2022年使用了类似机制对出版物进行了增订。

C. 《跨国破产示范法》的目的

27. 《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》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问题。

28. 如上文所述，《跨国破产示范法》尊重各国家程序法之间的差别，并不试图从实体上统一《跨国破产示范法》，而是提供法域之间的一个

³⁹ 按《跨国破产示范法》第2条(d)项所定义；《摘要集》，第2条(d)项的判例法摘要。

⁴⁰ 司法座谈会的报告，见上文前言的脚注1。

⁴¹ 委员会2011年7月1日作出的决定，见附件二.A，其中通过了《司法角度的审视》。

合作框架, 提出若干解决办法, 从一些细微但意义深远的方面起到帮助作用。这些办法包括:

(a) 向外国破产管理人提供对颁布国法院的介入权。这允许外国破产管理人寻求将可提供临时“喘息空间”的救济, 并使接案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) 制订关于颁布国所给救济的协调规则, 协助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。

29. 《颁布指南和解释》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。⁴² 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。⁴³ 虽然《跨国破产示范法》授权法院之间开展跨国界合作与联系, 但并未指明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, 《跨国破产示范法》确实建议了开展这些合作的各种方法。⁴⁴

30. 法院在当事各方的适当参与下能够“直接”联系, 并“直接”向外国法院或外国破产管理人请求信息和协助, 就是为了避免使用传统上采用

⁴²《跨国破产示范法》, 第25和26条。另见《实践指南》。

⁴³例如, 见《实践指南》第三章中关于使用跨国界破产协议的讨论。

⁴⁴《跨国破产示范法》, 第27条; 另见《实践指南》, 第二章和《摘要集》, 第27条的判例法摘要。

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. 《跨国破产示范法》的 解释和适用

A. “介入”原则

31. 《跨国破产示范法》设想的程序是由另一国为债务人所指定的破产管理人——“外国破产管理人”向接案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；⁴⁵
- (b) 颁布国承认外国程序，⁴⁶ 以便外国破产管理人可以：
 - (i) 参与该国的一项现有破产程序；⁴⁷
 - (ii) 根据《跨国破产示范法》申请救济；⁴⁸ 或者
 - (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。⁴⁹

32. 《跨国破产示范法》第2条对“外国程序”和“外国破产管理人”都下了定义。⁵⁰

⁴⁵《跨国破产示范法》，第11条和《颁布指南和解释》，第112-114段。

⁴⁶同上，第15条和第127-136段。

⁴⁷同上，第12条和第115-117段，其中指明，第12条的目的是给予外国破产管理人地位，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。注意第24条使用了“介入”一词指称外国破产管理人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）。

⁴⁸同上，第19和21条及第170-175段和第189-195段。

⁴⁹同上，第24条和第204-208段；见上文关于“介入”一词用法的脚注47。

⁵⁰见《摘要集》，第2条(a)和(d)项的判例法摘要。

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) “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代表的个人或机构,包括临时指定的个人或机构;

33. “外国破产管理人”与“外国程序”的定义相互关联。为了归属“外国破产管理人”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。⁵¹“外国破产管理人”有权依其权利而直接向接案法院提出申请。⁵²

34. 在一些情形中,可以说“外国破产管理人”所管理的某一特定实体并非接案法院所适用的国内法意义上的“债务人”。⁵³一个这类问题出现在 *Rubin v Eurofinance* 案中(判例28)。在该案件中,美利坚合众国一家法院为称作“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《跨国破产示范法》的国际渊源,对“债务人”一词的“狭窄教区范围解释”将是“不

⁵¹“外国法院”一词的定义在上文第12段讨论。

⁵²《跨国破产示范法》,第9条。

⁵³“债务人”一词在《跨国破产示范法》中无定义。关于这一术语的讨论,另见《摘要集》第2条的判例法摘要,“其他问题:‘债务人’一词的使用”。

正当的”。⁵⁴ 法官提出了一个另外问题, 询问《跨国破产示范法》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。⁵⁵

35. “外国破产管理人”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。⁵⁶ 在一些案件中, 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案法院所熟悉的, 则可能不需要专家证据。如果任命外国破产管理人的决定表明该人符合第2条(d)项的定义, 则法院可依赖《跨国破产示范法》第16条第1款所确立的假定。

36. 在 *Stanford International Bank* 案中(判例31), 英格兰一审法院表示认为, 在美利坚合众国指定的一个接收人将不是所定义中的“外国破产管理人”, 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。⁵⁷ 这一看法是英格兰法院最终发现其并非与破产有关法律所规定的一项集体程序下的接受人时所作出的。⁵⁸

37. 《跨国破产示范法》设想“外国破产管理人”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, 因为指定破产管理人的命令在审理上诉期间暂时中止。⁵⁹ 外国破产管理人经指定后其地位改变的, 这个问题将在第18条(a)项处理。⁶⁰ 用以确定“外国破产管理人”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,⁶¹ 然后再确定申请人是否被授权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。

⁵⁴ *Rubin* 诉 *Eurofinance* 案(一审), 第39-40段。

⁵⁵ 同上, 第41段。

⁵⁶ 《跨国破产示范法》, 第5条。

⁵⁷ *Stanford International Bank* 案(一审), 第85段。

⁵⁸ 见下文第79-80段关于本判决例的进一步讨论。

⁵⁹ 见《跨国破产示范法》第2条(d)项中的“外国破产管理人”定义, 以及《摘要集》, 第2条(d)项的判例法摘要。外国破产管理人, 其指定已开始生效但其地位仍可能须由原审法院作进一步审议的, 将被视作按第2条含义所指的外国破产管理人(见 *Lightsquared* 案(判例21), 第19-20段)。但如果外国破产管理人的地位在这一进一步审议之后将作改变的, 则接案法院将必须按《跨国破产示范法》第18条对这个问题进行复审。

⁶⁰ 见《摘要集》, 第18条的判例法摘要。

⁶¹ 按《跨国破产示范法》第2条(d)项的含义。

38. 根据这一做法,法官将需要确信:

(a) 所寻求承认的“外国程序”是外国的一项司法或行政程序(包括一项临时程序⁶²);

(b) 程序具有“集体”性质;⁶³

(c) 该司法程序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;⁶⁴ 以及

(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”。⁶⁵

39. 外国破产管理人能否寻求早期承认(和随后能否寻求救济)⁶⁶ 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,接案法院有义务“在可能情况下尽早”就申请作出决定。⁶⁷ “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。⁶⁸

B. “承认”原则

1. 引论

40. “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,

⁶² 见下文脚注93关于 *Gerova* 案(判例15)临时和最终命令的讨论。

⁶³ 见下文,第74-81段,《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“集体程序”一节。

⁶⁴ 《跨国破产示范法》,第2条(e)项和上文第12段;《摘要集》,第2条(e)项的判例法摘要。

⁶⁵ 《跨国破产示范法》,第2条(d)项;《摘要集》,第2条(d)项的判例法摘要。

⁶⁶ 同上,第19-24条。

⁶⁷ 同上,第17条,第3款。

⁶⁸ 见下文,第157-167段。

并在一旦给予承认的情况下，使接案法院能够及时地确定救济问题。

41. 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 63-150 段。

2. 证据要求

42. 为寻求对外国程序的承认，外国破产管理人将需要根据《跨国破产示范法》提出一项申请。《跨国破产示范法》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，接案法院以定义中所载的管辖权先决条件为限。⁶⁹《跨国破产示范法》并未规定接案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。

第 15 条. 申请承认某项外国程序

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：
 - (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
 - (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
 - (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. 法院可要求把支持承认申请的提交文件译成本国的一种官方语言。

⁶⁹《跨国破产示范法》，第 2 条，(a) 项。

3. 承认外国程序的权力

43. 接案法院承认外国程序的权力来自《跨国破产示范法》第17条。

第17条. 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2款的诸项要求; 和
 - (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; 或者
 - (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。

44. 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破产管理人任命内容的某些假定条件。

第16条. 关于承认的推定

1. 如果第15条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。

45. 外国破产管理人负有持续的披露义务。他们必须迅速告知接案法院关于已获承认的外国程序地位发生的任何重大变化, 或其任命发生的任何重大变化, 以及外国破产管理人得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。⁷⁰

46. 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”。⁷¹ 前者是在债务人拥有主要利益中心的所在国进行的外国程序,⁷² 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”。⁷³ 其中隐含的意思是, 《跨国破产示范法》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。⁷⁴ 但是, 可以注意到, 一些颁布了《跨国破产示范法》的国家确实给予法院附加权力而使之可以根据其他法律⁷⁵

⁷⁰ 同上, 第18条; 见《摘要集》, 第18条的判例法摘要; 另见下文第60-62段。更一般地说, 在 *OGX Petroleo e Gas S.A.* 案, [2016] EWHC 25 (Ch), 法规判例法1622, 英格兰法院承认, 由于许多承认申请是单方面提出的, 因此必须在所有方面向法院进行充分和坦率的披露。

⁷¹ 同上, 这些术语的定义见第2条(b)项和(c)项; 《摘要集》, 第2条(b)项和(c)项的判例法摘要。

⁷² 这个术语在《跨国破产示范法》中未下定义; 见下文第96-139段的讨论。

⁷³ 《跨国破产示范法》, 第2条(f)项, 见下文第140-150段和《摘要集》, 第2条(f)项的判例法摘要。

⁷⁴ 见《颁布指南和解释》, 第85和156段。

⁷⁵ 例如, 根据2006年《新西兰(跨国界)破产法》第8条和1986年《英国破产法》第426条。

协助外国程序,其中可能包括按《跨国破产示范法》规定不获承认的那些类别的程序。

47. *Bear Stearns* 案(判例4)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。一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利益中心设在开曼群岛,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。第109-112段对本案作了进一步讨论。

4. 相互对等

48. 在《跨国破产示范法》中无相互对等的要求。《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》为基础的立法时,对承认事项列入了相互对等的规定。⁷⁶

5. “公共政策”例外

49. 如果采取《跨国破产示范法》所述的任何行动,包括给予承认或给予所寻求的救济,将“明显违反”接案法院所在国的公共政策,则接案法院保留其拒绝采取该项行动的能力。⁷⁷“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,《跨国破产示范法》中“公共政策”无统一定义。

50. 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,特别是宪法上的保障。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。所认为的基本原则由接案国的宪法

⁷⁶ 例如,毛里求斯、墨西哥、罗马尼亚、南非和乌干达。

⁷⁷ 《贸易法委员会示范法》,第6条;见《摘要集》,第6条的判例法摘要。

和法规立法管辖。在 *Ephedra* 案中(判例 12), 加拿大不能够由陪审团审判在加拿大程序中需解决的某些问题, 对这些情况在美利坚合众国可以享有获得如此审判的宪法权利, 加拿大的这种情况被认为并非“明显违背美国的公共政策”。美国法院认定, “明显违背公共政策”一词所提出的例外范围很窄, “其用意是在对颁布国具有根本重要性的事项的例外情形下加以援用。”法院结论认定, 尽管享有陪审团审判的宪法权利在美国至关重要, 但所讨论的程序显然为债权人提供了公平和公正的审理过程(尽管没有陪审团审判), 相当于第 6 条的美国法律的规定也没有更多的要求。⁷⁸

51. 关于在《跨国破产示范法》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。

52. 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。⁷⁹

53. 除公共政策例外之外, 关于接案法院如何评价启动程序的或指定外国破产管理人的外国法院所作该项决定是否正确, 《跨国破产示范法》并未作任何规定。⁸⁰

54. 除 *Ephedra* 案外, 在一些案件中也考虑了适用公共政策例外。在 *Gold & Honey* 案中(判例 16), 美利坚合众国一家法院基于若干理由, 包括公共政策理由, 拒绝承认以色列程序。在该案中, 在破产程序在美国启动之后, 并在自动中止令生效之后(依照《跨国破产示范法》第 20 条), 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

⁷⁸ *Ephedra* 案, 第 336-337 页; 在 *Agrokor D.D.* 案 [2017] EWHC 2791 (Ch) 中, 英格兰法院认定, 克罗地亚法律在重整或清算公司方面的优先权不同于根据英格兰法律适用或将适用的优先权, 这一事实不足以支持以公共政策为由拒绝给予承认: 载于 [131]。

⁷⁹ 例如, 见下文第 54 段。

⁸⁰ 见上文第 42 段。

接管程序,理由是以色列该项接管不是一项集体程序,也不是一项债务人资产和事务受法院控制或监督的程序,而且给予承认“将是犒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”。⁸¹ 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”,⁸² 美国法官认为已经达到了确立公共政策例外所要求的高门槛。法院没有审理任何有关在以色列财产权的问题,默示承认以色列的案件将继续审理。

55. 在新加坡的 *Zetta Jet* 案(判例39)中,新加坡发布的暂停令没有得到遵守,该暂停令要求根据《美国破产法》第11章在美国的程序中采取进一步行动。虽然在这种情况下通常会拒绝承认,但新加坡法院还是出于申请撤销新加坡禁令或对新加坡禁令提出上诉时的有限目的准予承认,并将承认定性为《跨国破产示范法》第17条第4款所述的一种变更形式或《跨国破产示范法》第21条第1款所述的一种救济形式。在 *Zetta Jet* 案随后作出的⁸³ 给予外国程序充分承认的一项裁决中,新加坡法院认定,新加坡子公司在适用日期⁸⁴ (提出承认申请之日)的主要利益中心在美国,先前违反新加坡禁令的行动并未达到违反公共政策而排除承认的程度。

56. 在 *Toft* 案中(判例34),美利坚合众国一家法院拒绝准予外国德国破产程序管理人在美国截取债务人信件和电子邮件的权利。法官认为,这样的命令将属于公共政策例外的范畴,因为其超出了美国法律规定的对受托人权利的传统限制,并可能使这样做的人受到刑事起诉。单方面请求这种救济也是违反美国法律的。在英格兰,一项类似的命令获得承认和执行,其依据是(a)在德国所准予的救济并不违反英格兰的公共政策,因为根据英格兰法律,法院可发布与德国相类似的邮件转递命令,以及(b)关于准予单方面救济,不必担心缺乏程序上的公正,因为在德国的

⁸¹ *Gold & Honey* 案,第371页。

⁸² 同上,第372页。

⁸³ *Re Zetta Jet Pte. Ltd* 案,[2019] SGHC 53 (2019年3月4日)。

⁸⁴ 见下文关于适用日期的讨论,第132至138段,以及《摘要集》,第17条的判例法摘要,“考虑主要利益中心和惯常居所的时间认定”一节。

程序中, 债务人已经能够对邮件截取令提出反对, 其提出的异议已被德国法院否决。⁸⁵

57. 在涉及外国破产管理人不守信用或未能向接案法院充分和坦率地披露重要事实的案件中, 也考虑了适用公共政策的例外。在 *Creative Finance* 案(判例 10)中, 据认为, 在美国寻求获得承认的程序是在英属维尔京群岛恶意启动的。接案法院认定, 承认问题取决于是否遵守《跨国破产示范法》第 17 条的要求, 并以程序既不是主要程序也不是非主要程序为由拒绝给予承认。关于恶意问题, 法院认为, 尽管债务人的行为冒犯了法院, 但没有先例是仅以行为不当为由而适用第 6 条公共政策例外。⁸⁶

58. 在 *Ivan Cherkasov* 案(判例 7)中, 要求承认的申请人没有向接案的英格兰法院披露与英国政府决定不协助原诉国刑事诉讼有关的事实, 理由是这样做可能损害英国的主权、安全、公共秩序或其他利益。英格兰法院认定, 在寻求承认时, 必须向法院充分和坦率地披露承认后对不在本法院面前的第三方的后果, 包括对因承认而预期得以提出的未来申请的后果。承认令从一开始就被驳回。⁸⁷

6. “主要”和“非主要” 外国程序

59. “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,

⁸⁵ 英格兰和威尔士高等法院令, 2011 年 2 月 16 日。

⁸⁶ *Creative Finance* 案, 第 515-516 页;《摘要集》, 第 6 条的判例法摘要, “公共政策: 充分和坦率的披露和恶意”一节。另见更一般性的上文脚注 70, 其中提到 *OGX Petroleo e Gas S.A.* [2016] EWHC 25 (Ch), 法规判例法 1622, 在该案中, 英格兰法院承认, 由于许多申请承认都是单方面提出的, 因此必须向法院充分和坦率地披露所有方面的情况。

⁸⁷ *Ivan Cherkasov* 案, 第 89 段;《摘要集》, 第 6 条的判例法摘要, “公共政策: 充分和坦率的披露和恶意”一节。

或针对债务人资产的执行行动自动中止,⁸⁸ 以及对这些资产的自动“冻结”,⁸⁹ 但某些例外情况除外。⁹⁰

7. 复审或废除承认令

60. 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”,则接案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。⁹¹ 在有些情况下,更改或终止承认的决定将受到第18条规定的外国破产管理人的通知义务影响,即外国破产管理人须通知法院外国程序状况或外国破产管理人的任命状况发生的改变。

61. 似宜更改或终止早先承认令的情形事例包括:

(a) 如果获得承认的外国程序已被终止;⁹²

⁸⁸《跨国破产示范法》,第20条,第1款(a)项和(b)项;《摘要集》,第20条第1款的判例法摘要。

⁸⁹同上,第20条第1款(c)项;《摘要集》,同上。

⁹⁰同上,第20条,第2款;《摘要集》,第20条第2款的判例法摘要。承认“主要”和“非主要”外国程序的问题在下文第96-150段中作更详细讨论。

⁹¹同上,第17条,第4款;《摘要集》,第17条第4款的判例法摘要。对承认决定进行复审可为法院提供更全面的记录,了解一审时的承认是否适当,但可能需要认真考虑变更关于承认的裁定,特别是如果任何有争议的问题仍须取决于外国法院的程序结果的话。在 *Sturgeon* 案(判例32)中,法院在判决书第33-47段中复审了单方面发出的承认令。申请复审是寻求根据第17条第1款(a)项终止承认令,依据是当时完全缺乏下达命令的理由,因为 *Sturgeon* 案的非破产清算不是第2条(a)项所指的“程序”。另见 *In re Cozumel Caribe, S.A. de C.V.* 案, 508 B.R. 330 (Bankr. S.D.N.Y. 2014); 以及 *SNP Boat Service* 案(判例30)。

⁹² 见 *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* 董事会诉 *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* [2017] FCA 331, 法规判例法 1799; *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* 董事会诉 *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* 案 [2018] FCA 153, 第27-29段: 在澳大利亚得到承认的外国程序后来在未通知澳大利亚法院的情况下终止。澳大利亚法院指出,虽然第18条规定的义务要求将外国程序状况的变化通知法院,但有可能产生困难,因为这项义务落在可能不再任职的外国破产管理人身上。在 *Yakushiji* 案 (No.2) (判例38) 第17、20-22段中,澳大利亚法院认为,在这种情况下,通知法院的义务似宜由债务人承担。在该案中,接案法院收到了外国程序状况发生“重大变化”的通知,即,日本法院在接受更生计划后终止了该程序。接受该计划的一个后果是,原先被指定为这两家公司代表的官员退出职务。由于先前根据《跨国破产示范法》下令提供的保护已不再适当,因此请求撤销这些命令。法院认为,在发生这种重大变化的情况下,如果《跨国破产示范法》第18条规定的义务所针对的外国破产管理人已不复存在,则公司应根据第18条通知法院。

(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；⁹³

(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，或者外国破产管理人的地位发生改变；

(d) 如果出现了新的事实要求或应当改变法院的决定，例如，如果外国破产管理人违反了准予救济的条件。⁹⁴

62. 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《跨国破产示范法》条款的影响。

C. 承认的过程

1. 引论

63. 相关的程序如要符合“外国程序”的条件，外国破产管理人就必须说服接案法院该程序：

(a) 是某一外国的集体司法程序或行政程序；⁹⁵

(b) 是遵照一项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) 为达到重整或清算目的。⁹⁶

⁹³ 在 *Gerova* 案 (判例 14) 中，某些债权人争辩说，在美利坚合众国不应当承认这些外国程序，因为启动该程序的命令被提出上诉。美国法院认定，《美国破产法典》第 15 章第 1517 或 1515 条 [《示范法》第 17 条或第 15 条] 并未要求裁定是终决裁定，或不能提出上诉。法院指出，外国法院的命令足以允许外国破产管理人肩负起其职责，如果在上诉时该命令被推翻，则第 15 章第 1518 条 [《示范法》第 18] 将要求外国破产管理人相应通知法院 (第 94 页)。

⁹⁴ 见《颁布指南和解释》，第 164-166 段。

⁹⁵ 对“外国”一词的含义考虑得很少。在一个确实考虑了该术语的案例中，*In the matter of NMC Healthcare Ltd* [2021] EWHC 1806 (Ch)，寻求在英格兰承认在“阿布扎比全球市场”进行的破产管理，该市场是阿拉伯联合酋长国 (阿联酋) 的一个特别金融自由区，按阿联酋联邦法律而建立。法院认定，虽然该市场本身不是一个“外国”，但外国程序是在一个“外国” (阿联酋) 进行的，该国有多项适用的法律。

⁹⁶ 《跨国破产示范法》，第 2 条 (a) 项，“外国程序”的定义。

64. 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:“集体司法程序或行政程序”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。⁹⁷

65. 如接案法院认定存在“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。

第2条. 定义

在本法中:

.....

(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;

.....

(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经营场所。

66. 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的所在国。这个问题将在下文作较详细的讨论。⁹⁸

67. 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

⁹⁷ 同上,第17条,第2款,其中确定有必要确定接案法院正在承认的外国程序的地位;《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要。

⁹⁸ 见下文第96-139段。

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”。⁹⁹ 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。

68. 如上所述，¹⁰⁰ 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，自动救济随之而来，其性质是中止在接案法院法域原可采取的各种执行行动。¹⁰¹ 相比之下，就“非主要”程序而言，外国破产管理人只能得到酌定给予的救济。¹⁰²

69. 从证据角度看，接案法院有权推定：

(a) 第 15 (2) 条提到的那类任何决定或证明为真实文本；¹⁰³

(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”；¹⁰⁴

(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。¹⁰⁵

70. 尽管有第 16 条第 1 款中的推定，但专家证据可能关系到评估所寻求承认的程序是否为《跨国破产示范法》所指的“外国程序”。专家证据还可能关系到对主要利益中心或营业所的评估，这主要是根据法院收到的证据进行的事实调查。根据适用的国内法而定，接案法院在缺乏专家证据的情况下也许可依赖公司章程的翻印件和其他辅助解释材料来判断所涉特定形式破产程序的地位。¹⁰⁶

⁹⁹《跨国破产示范法》，第 2 条 (f) 项；《摘要集》，第 2 条 (c) 项和 (f) 项的判例法摘要；另见下文第 140-150 段的讨论。可以注意到，如果债务人不再在任何国家从事交易（因此无法证明其营业所），但仍有资产和债务需要处理，那么就会出现难题。在这种情况下，《跨国破产示范法》无法用于处理这些资产和债务，因为无法给予承认：例如参见 *Williams 诉 Simpson 案* (No.5) (判例 37)。如上文第 46 段所述，根据接案国的其他法律，在这种情况下可以提供协助。

¹⁰⁰ 见上文第 59 段。

¹⁰¹《跨国破产示范法》，第 20 条；另见下文第 168-176 段。

¹⁰² 同上，第 21 条；另见下文第 177-194 段。

¹⁰³ 同上，第 16 条，第 1 款。

¹⁰⁴ 同上，第 16 条，第 2 款。

¹⁰⁵ 同上，第 16 条，第 3 款；见下文第 96-139 段。

¹⁰⁶ 这种方法的示例可见于 *Betcorp 案* (判例 5)，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（第 282-283 页）。

71. 考虑“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”含义的几个已决案件涉及企业集团的成员。就《跨国破产示范法》而言,关注焦点是个别实体,因而是企业集团内作为独立法律实体的每一个成员。¹⁰⁷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,可集中在一个法域进行这些集团成员的破产程序,但《跨国破产示范法》范围内没有规定如何处理如此企业集团的主要利益中心。

72. 如无相反证据,对于依据承认国与破产有关法律启动程序而言,承认外国主要程序即是债务人已告破产的证明。¹⁰⁸

2. “外国程序”定义的要素

73. 以下各段讨论第2条规定的“外国程序”必须具备的各种特征。这些特征虽然分别讨论,但却是累加合计的,第2条(a)项应当作为一个整体审议。外国破产程序是否具备或曾经具备这些特征,将在审议提出的承认申请时参考外国程序的启动日期加以评估。¹⁰⁹

(a) “集体司法程序或行政程序”

74. 《跨国破产示范法》意在仅适用于特定类型的破产程序。《颁布指南和解释》指明,“集体”破产程序的概念基于为破产程序所有利益关系方达成整体协同解决办法的可取性。¹¹⁰《跨国破产示范法》无意仅仅

¹⁰⁷ 加拿大法院在 *Lightsquared* 案中(判例21)强调了这一点,第29段;在 *In re Servicios de Petroleo Constellation S.A.* 案, 600 B.R. 237, 244 (Bankr. S.D.N.Y. 2019)中,美国法院表示,重要的是要牢记,承认是在逐个债务人的基础上给予的。在 *Agrokor D.D.* 案, 591 B.R. 163, 184 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)中,美国法院称,虽然外国特别管理程序的外国管辖法律关于企业集团方面的规定是新颖的,但申请承认涉及各自主要利益中心均在外国九个独立实体,这并没有推移超越跨国破产法的界限。在涉及同一群体的英格兰案件([2017] EWHC 2791 (Ch), 载于 [52])中,法院驳回了该程序不是外国程序的论点,因为其涉及公司及其关联公司(即一个集团),而不仅仅是公司本身,其依据是,虽然根据《跨国破产示范法》的英格兰颁行立法,集团程序不能被如此承认,但集团程序作为针对特定债务人的程序是可以被承认的。在 *Zetta Jet* 案(判例39)中,第19段,新加坡法院认定,必须遵守集团成员各自独立的法律的人格,并对每个实体各自单独处理,除非有充分理由将它们作为一个整体处理(在该案中沒有充分理由)。另见 *Eurofood* 案(判例13),第37段(根据《欧洲破产条例》裁定)和 *Mood Media Corp.* 案, 569 B.R. 556, 562-3 (Bankr. S.D.N.Y. 2017);《摘要集》,第2条的判例法摘要,“其他问题:企业集团”。

¹⁰⁸ 《跨国破产示范法》,第31条。

¹⁰⁹ 见《颁布指南和解释》,第157-160段和下文第132-138段。

¹¹⁰ 《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“集体程序”一节。

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。如果结业程序¹¹¹或保全程序也未列入处理债权人债权的规定,《跨国破产示范法》也无意成为在这类程序中积聚资产的一种工具。《跨国破产示范法》可以成为起监管作用的某些类型诉讼的适当工具,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《跨国破产示范法》中该用语所指的集体程序。一个程序如果是集体程序,必须还满足定义的其他要素,包括其目的是清算或重整。¹¹²

75. 在评价某一项程序是否是《跨国破产示范法》所指的集体程序时,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。然而,不应仅仅因为一个程序没有影响到某一组债权人的权利而断定该程序不属于集体程序。一个例子是,有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。第2条所指的集体程序处理债务人的方式包括使受到程序不利影响的债权人享有如下权利(但不一定享有义务):申报债权加以确定;债权获得公平分配或清偿;参与程序;¹¹³并得到程序的通知以便利参与。

76. 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;另一些可能注重于债务人事务的重整。《跨国破产示范法》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。¹¹⁴

¹¹¹“结业”是指结束一个公司的存续并了结其业务的程序。

¹¹²见下文,第94-95段;《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要。

¹¹³在*Ashapura Minechem*案中(判例2),美利坚合众国一审法院认为,虽然该外国程序启动时所依据的印度立法中并不包括无担保债权人参与的正规机制,但在实践中,这些债权人享有发言权(根据工业和金融重建委员会的酌情决定,该委员会对相关立法进行管理),他们可以根据与债权人的安排收到分配的款项,对于该委员会所作出的不利决定可以提出上诉,并在印度的司法制度中获得对这些上诉的审理。美国法院结论认定,上诉复审安排和债权人能够参与对委员会发言,表明印度的该程序是集体程序。在上诉时,这一裁定得到确认,第141页。

¹¹⁴《颁布指南和解释》,第71段,例如,所谓的留任债务人。

77. 法官可能被要求判断是否存在导致适用《跨国破产示范法》的“集体”破产程序。几个案件也许会有所帮助。¹¹⁵

78. 在 *Betcorp* 案中(判例5), 根据澳大利亚法律启动的一项自愿清算被美利坚合众国一家法院认定为《跨国破产示范法》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。¹¹⁶ 在 *Gold & Honey* 案中(判例16), 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。¹¹⁷ 在 *British American Ins. Co. Ltd* 案中(判例6), 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诉讼的可能性。¹¹⁸

79. 在另一案件即 *Stanford International Bank* 案中(判例31), 美利坚合众国一家法院下达的破产管理令被英格兰一家法院认定不属于破产法意义上的集体程序。接案法院认为, 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。¹¹⁹ 上诉时该意见得到维持, 主要是因为英格兰下级法院给出的理由。¹²⁰

¹¹⁵ 见《摘要集》, 第2条(a)项的判例法摘要, “集体程序”一节。

¹¹⁶ *Betcorp* 案, 第281页。关于第2条“破产程序”的含义, 澳大利亚法院在 *Tucker (no. 2)* 案, (2009) FCA1481, 法规判例法922, 第20-22段, 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》(起草该法案是为了在澳大利亚颁布《跨国破产示范法》)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《跨国破产示范法》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, 《跨国破产示范法》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。……不包括成员的自愿结业清算或法院主持下的结业清算。”[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]。

¹¹⁷ *Gold & Honey* 案, 第370页。

¹¹⁸ *British American Ins. Co. Ltd* 案, 第902页。

¹¹⁹ *Stanford International Bank* 案(一审), 第73-85段。

¹²⁰ *Stanford International Bank* 案(上诉), 第25-29段。

80. 在关于 *Stanford International Bank* 案的另一项裁定中, 美国上诉法院注意到美国其他法院的意见中¹²¹所使用的措词, 其中集体程序与接管人安排形成对照, 因此认为接管人安排不属于集体程序, 理由是这是根据单独一个有担保债权人的请求并为其利益而启动的救济。但是, 法院进一步认定, 本案中的接管人安排是一种不同类型的接管人安排, 因为其设置是“根据证券和交易委员会的请求, 为了 *Stanford* 案所有实体的投资方受害人和债权人的利益”。法院结论认定, 虽然所审理的案件无需其就这个问题作出裁定, 但其仍认为所述的接管人安排是一项集体程序。¹²²

81. 在 *ABC Learning Centres* 案中(判例1), 美国法院认为, 澳大利亚法律的各种规定表明, 所申请承认的清算程序属集体性质。这些规定中包括清算人在分配债务人资产时有责任考虑债权人的权利; 按优先顺序的安排, 债务和债权排序平等, 并按比例支付; 向所有债权人发布关于破产程序和相关债权人会议的适当通知启动这些程序的决定需由有数量和债务金额上占大多数的债权人的支持; 按澳大利亚法律要求成立的债权人委员会中包括了各类债权人的代表; 以及债权人有权寻求法院审议。在澳大利亚法律下所设想的与清算程序同时进行的接管人程序的情况, 被一致认为不属于集体程序, 因为根据设计, 这些程序是为启动这一行动的有担保债权人的利益服务的。¹²³

(b) “依照一项关于破产的法律”

82. 《跨国破产示范法》中包括一项规定, 要求外国程序必须是“依照一项与破产有关的法律”, 以确认实际情况中进行清算和重整所依据的法律可能不称为破产法(例如公司法), 但尽管如此, 该法律涉及或处理破产或严重财务困境问题。这样措词的目的是要找到一种足够广义的表

¹²¹ 例如, *British American Ins. Co. Ltd* 案(判例6), 第902页和 *Ashapura Minechem* 案(判例2), 第136-137段。

¹²² *Stanford International Bank* 案, 民事诉讼号 3:09-CV-0721-N, 美国地区法院, 德克萨斯州北区, 2012年7月30日, 第17页, 脚注20。在另一个涉及接管人安排的案件中, *Innuva Can. Ltd* 案, 案件编号 09-167362 (Bankr. D.N.J. 2009年4月15日, 第4页, 接案法院依据《跨国破产示范法》第16条第1款承认外国接管人安排相当于外国程序, 依据是原审法院已宣布该接管人为该外国程序的外国破产管理人, 并授权接管人寻求该程序在接案国获得承认。

¹²³ *ABC Learning Centres* 案, 第328-330页。

述,以涵盖一系列破产规则,而不论载列这些规则的法规或法律是什么类型,¹²⁴也不论载列这些规则的法律是否单纯关系到破产问题。¹²⁵

83. 在关于自愿清算程序的一些案件中,法院考虑了第2条(a)项的这一方面。在 *Stanford International Bank* 案(判例31)中,英格兰一审法院结论认定,安提瓜法院以充分公正为依据命令对安提瓜一家公司进行清算,是“依据与破产有关的法律”进行的。虽然清算的理由局限于按适用的立法所规定的不合法行为,但该公司的破产是安提瓜法院酌情下达这一命令时的一个相关因素。在上诉时,英格兰上诉法院维持这一裁定,指出既然安提瓜法律规定以充分公正的理由对公司进行清算,其中包括破产以及违反法规要求的行为,所以可确定其性质是“依据与破产有关的法律”进行的。

84. 在 *Betcorp* 案中(判例5),美利坚合众国法院认定,根据澳大利亚法律启动的自愿清算是“依据与破产有关的法律”进行的,因为在从整体上考虑相关立法(《公司法》)的性质时,这是一部对澳大利亚公司整个寿命周期包括其破产在内加以规范的法律。美国法院在 *ABC Learning Centres* 案中(判例1)沿用了这一裁定,该案也涉及根据同样的法律进行的澳大利亚债权人自愿清算。在 *Chow Cho Poon* 案中(判例8),澳大利亚一家法院审议了新加坡一家法院以充分公正为由下令进行的司法清算是否是“依据与破产有关的法律”进行的程序。法院考虑了 *Stanford International Bank* 案、*Betcorp* 案和 *ABC Learning Centres* 案的裁定,结论认定这些裁定都具有一个明确的依据,在这一依据的基础上,关于这些清算的规定可以被划定为“与破产相关的法律”。因此,澳大利亚法院认定,尽管下令进行所述的该项清算仅以充分公正为依据,并且显然没有对破

¹²⁴ 《颁布指南和解释》,第73段。

¹²⁵ 见《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“依照与破产有关的法律”一节。债务安排计划越来越受欢迎,提供这种法定工具的法域越来越多,这就提出了一个问题,即债务安排计划是否作为“依照与破产有关的法律”产生的计划而被《跨国破产示范法》所涵盖。在 *Syncreon Group B.V.* 案 2019 ONSC 5774,第28段,加拿大法院承认英格兰的一项安排计划为《跨国破产示范法》所指的外国程序,该程序依据的是与破产有关的法律,在这里,破产被解释为包括“合理预期在与实施重组的合理所需时间相比的合理近期内将耗尽流动性的公司”。美国法院根据《美国破产法典》第15章承认并执行了英国和南非的安排计划作为外国程序(例如分别见 *Avanti Commun 'c Group PLC* 案, 582 B.R. 603, 613 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) 和 *In re Cell C Proprietary Ltd.*, 542 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2017)。不过,似宜指出,《美国破产法典》第101(23)节中外国程序的定义包括了“或债务调整”这些词语,而这些词语在《跨国破产示范法》第2条(a)项的“外国程序”定义中并未出现;添加这些词语可能影响到美国对安排计划的承认。

产的任何明示或暗示裁决,但仍可以说这是“依据与破产有关的法律”进行的。

85. 英格兰法院在 *Sturgeon* 案 (判例 32) 中采取了一种不同的做法。该案涉及一家在百慕大注册的公司,其主要股东请求根据公正和公平的理由将该公司结业清盘,因为该公司成立时的基础严重崩溃,而且投资者的权利被剥夺。在回看早先一项承认外国程序的判决时,英格兰法院不同意 *Betcorp* 案的裁定,认为如果一个有偿付能力的法律实体并非寻求重组该实体的财务,而是解除其法律地位,那么对于这种实体实行的程序则很可能不是第 2 条 (a) 项所指含义内的依据与破产有关的法律进行的程序。

《颁布指南和解释》

86. 在贸易法委员会第五工作组 (破产法) 和委员会对这一问题进行审议和讨论之后,《颁布指南和解释》澄清,《跨国破产示范法》中使用的“破产”一词系指针对陷入严重财务困境或破产的债务人启动的各种类型的集体程序。一项以解散有偿付能力的实体为目的而对该实体实行结业清盘的司法或行政程序,以及不属于第 2 条 (a) 项范畴的其他外国程序,不是《跨国破产示范法》范围内的破产程序。如果一种程序服务于多种用途,包括结业清盘有偿付能力的实体,那么只有当债务人破产或处于严重财务困境时,该程序才属于《跨国破产示范法》第 2 条 (a) 项的范畴。¹²⁶

¹²⁶《颁布指南和解释》,第 48 段。应当注意,《欧洲破产条例》(重订)的叙文 16 规定:“本条例应适用于根据与破产有关的法律进行的程序。但是,以一般公司法为基础而不是专门为破产情形设计的程序,不应被视为根据与破产有关的法律进行的程序。”

(c) “受某一外国法院控制或监督”

87. “外国法院”的定义¹²⁷中并未对司法机构或行政机构所控制或监督的重整和清算程序作出区分。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。¹²⁸

88. 《跨国破产示范法》既没有具体规定为满足定义的这个方面而必须到达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。《颁布指南和解释》指明,虽然本意是(a)项所要求的控制或监督就其性质而言应当是正式的,但它可以是潜在的而不是实际的。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)的程序,例如债务人留任程序,将满足这项要求。¹²⁹控制或监督不仅可以是直接由法院行使,也可以是由例如在法院控制或监督下的破产管理人行使。仅仅由审批机构监督破产管理人是不足的。¹³⁰

89. 有些程序是,法院在破产过程的稍后阶段行使控制或监督,或法院已行使了控制或监督但在申请承认时已经不再需要这样做,对于这类程序,不应当将其排除在外。后者的一个例子可以是,重整计划已获批准,

¹²⁷《跨国破产示范法》,第2条(c)项;另见上文第12段。

¹²⁸《颁布指南和解释》,第87段。例如在*Ashapura Minechem*案中(判例2),在美利坚合众国得到承认的印度程序正在由印度工业和金融重建委员会审议,该委员会是一个获得授权的行政机构,在职能上作为根据1985年《病态工业公司(特别规定)法》规定的一个行政法庭。在*Tradex Swiss AG*案(384 BR 34 at 42 (2008)),法规判例法791,瑞士联邦银行委员会被美利坚合众国法院当作一个“外国法院”,因为其控制和监督经纪行业实体的清算。*ENNIA Caribe Holdings NV*案,594 B.R. 631, 639-640 (Bankr. S.D.N.Y. 2018),涉及一家保险公司的破产,在该案中,接案法院认定,对保险业具有监督权的机构是**有权控制或监督债务人资产和事务的机构**。

¹²⁹《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“债务人的资产和事务受外国法院控制或监督”一节。

¹³⁰《颁布指南和解释》,第74段;《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“债务人的资产和事务受外国法院控制或监督”一节。在*Agrokor D.D.*案[2017] EWHC 2791 (Ch)中,英格兰法院认为,所需的控制或监督可以是潜在的而不是实际的,以及(或者)间接的而不是直接的:载于[79]。考虑到《克罗地亚特别行政法》的各项规定赋予克罗地亚法院某些监督权和其他权力,法院认定,“诉讼程序一旦开始,并在其持续的时期内,就是处于法院通过特别管理人途径进行的控制或监督之下”:载于[93]。

虽然法院对重整计划的实施不再继续具有任何职能,但程序仍然未完结或仍是在实施中的,法院仍然保留管辖权直到实施完毕。¹³¹

90. 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;如果外国程序仅涵盖其中的一项,那是不够的。¹³²

91. 到目前为止,“控制或监督”的概念受到的司法关注很少。¹³³

92. 审理 *Betcorp* 案(判例5)的法院认为,在澳大利亚,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;(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”。¹³⁴

93. 在后面这个 *ABC Learning Centres* 案中(判例1),以若干理由对申请承认在澳大利亚启动的外国程序提出了反对,包括该外国破产程序并非由外国法院控制或监督的。但是,美国法院认为,根据在 *Betcorp* 案中概述的各种因素,虽然澳大利亚法院并不直接指导债务人的日常运作,而且大多数清算人基本上是在无法院参与的情况下履行其职责的,所以相关的法律给予了澳大利亚法院对于清算程序的各种控制和监督职责,满足了第2条(a)项的要求。¹³⁵

¹³¹ 《颁布指南和解释》,第75段。*Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.* 案, 385 B.R. 525, 535 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), 法规判例法925, 寻求在美国承认西班牙的破产程序,中止支付(*suspensión de pagos*)。反对给予承认的理由是,西班牙程序就《跨国破产示范法》而言不再是“外国程序”,因为外国程序中达成的协议(*convenio*),或还款计划,已得到西班牙法院的批准。根据西班牙法律,外国破产管理人无权干涉债务人的经营业务,除非发生对该协议的违约。法院认为,对债务人的事务仍有足够的管辖权,理由是债务人必须根据该协议付款两年,不遵守协议的条款会使债务人在外国法院被清算。美国法院称,虽然西班牙法院的控制或监督程度有所降低,但并未完全停止,这足以证明有理由根据《美国破产法典》(实施《跨国破产示范法》)第15章予以承认的“外国程序”仍然存在。

¹³² *Gold & Honey* 案(判例16),第371页;《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“债务人的资产和事务受外国法院控制或监督”一节。

¹³³ 见《摘要集》,第2条(a)项的判例法摘要,“债务人的资产和事务受外国法院控制或监督”一节。

¹³⁴ *Betcorp* 案,第283-284页。

¹³⁵ *ABC Learning Centres* 案,第331-332页。

(d) “为达到重组或清算的目的”

94. 某些类型的程序, 虽然可能满足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, 因而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: 旨在防止挥霍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不是损害所有债权人的程序(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。¹³⁶

95. 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, 有关谈判并不导致包括根据破产法启动破产程序。¹³⁷ 这类措施一般既不能满足关于集体性质的要求, 也不能满足关于法院控制或监督的要求。¹³⁸

3. 主要程序: 主要利益中心

(a) 引论

96. 要承认一项外国程序是“主要”程序, 接案法院必须确定债务人的主要利益中心位于外国程序的原诉国。¹³⁹ 回顾主要利益中心概念的由来和查看已决案件中这一概念的适用方式可能有助于法官处理这一问题。

¹³⁶ 见《摘要集》, 第2条(a)项的判例法摘要, “为清算或重整目的”一节。在 *Agrokor D.D.* 案[2017] EWHC 2791 (Ch) 中, 英格兰法院驳回所称克罗地亚《特别行政法》真正目的不是重整公司事务而是鉴于公司对克罗地亚经济的系统重要性将公司作为持续经营中企业加以保护的论点。法院说, 这两个目的并非互不相容, 虽然《特别行政法》旨在保护具有系统重要性的克罗地亚企业, 但它也旨在重整该公司的事务; 载于[105]。在 *Sturgeon* 案(判例32)中, 英格兰法院说, 将“外国程序”解释为包括有偿付能力的债务人, 并且更具体地说, 包括那些受与破产有关的法律管辖但目的是为成员而不是为债权人产生回报的行动, 将违背《跨国破产示范法》所述的宗旨和目标。

¹³⁷ 这类合同安排在《跨国破产示范法》之外仍保持可予强制执行, 而不需要予以承认; 《跨国破产示范法》或《颁布指南和解释》毫无意图对这类可强制执行性加以限制。

¹³⁸ 见上文第74-81和87-93段。

¹³⁹ 《跨国破产示范法》, 第2条, (b)项。

97. 对于《跨国破产示范法》，曾故意决定不对主要利益中心下定义。这一概念取自《欧洲公约》，出于保持一致的原因。¹⁴⁰ 在《跨国破产示范法》定稿之时，《欧洲公约》尚未生效，随后该公约因为没有得到欧盟所有成员国批准而不了了之。¹⁴¹

98. 此后，《欧洲破产条例》适用于欧盟成员国（丹麦除外），作为处理欧盟内跨国界破产问题的工具。“主要程序”和主要利益中心的概念在《欧洲破产条例》的案文中得到继续沿用。¹⁴² 《欧洲破产条例》强调主要利益中心需要“第三方可以查明”。¹⁴³ 《颁布指南和解释》指出，主要利益中心的概念与《欧洲破产条例》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。”¹⁴⁴ 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《欧洲破产条例》及其接替该条例的《欧洲破产条例》（重订）来确定主要利益中心，与应当在哪个法域启动主要程序有关。根据《跨国破产示范法》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。

99. 《欧洲破产条例》叙文(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。

¹⁴⁰ 见《颁布指南和解释》，第81段。

¹⁴¹ 相关历史见检察长在 *Re Staubitz-Schreiber* 案 ([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 所著《欧洲理事会破产程序条例：评注和指南说明》（第二版）（牛津大学出版社，2009年），第1.01-1.25段。

¹⁴² 下文第99段所载的《欧洲破产条例》，叙文(12)和(13)。分别对应于《欧洲破产条例》（重订）的叙文(23)和第3条第1款（转载于下文第102段）。

¹⁴³ 同上，叙文(13)；《欧洲破产条例》（重订），叙文(28)、(30)和第3条第1款。叙文28特别规定，“在确定债务人的主要利益中心是否可由第三方查明时，应特别考虑债权人及其对债务人在何处管理其利益的看法。这可能要求在主要利益中心转移的情况下，适时将债务人开展活动的新地点通知债权人，例如通过在商业信函中提请注意地址的变更，或通过其他适当手段公布新地点。”

¹⁴⁴ 《颁布指南和解释》，第81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《欧洲破产条例》并未对主要利益中心作出界定——（见如下叙文13）。在贸易法委员会《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》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）。

为保护多种多样的利益,本条例允许启动辅助程序¹⁴⁵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’相当于债务人常规管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。”

100. 预期欧洲联盟所有成员国将批准《欧洲公约》,编写了一份关于《欧洲公约》的解释性报告(Virgos-Schmit报告)。¹⁴⁶该报告就“主要破产程序”的概念提供了指导意见,尽管《欧洲公约》随后消亡,报告还是得到了普遍接受,被作为《欧洲破产条例》中主要利益中心一语的辅助解释材料。

101. 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常规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。

¹⁴⁵《欧洲破产条例》提及“辅助程序”,而《跨国破产示范法》使用“非主要程序”。

¹⁴⁶见上文,第7段(i)项。

“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）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。”

102. 《欧洲破产条例》(重订)第3条第1款对主要利益中心的解释如下：

“主要利益中心应是债务人常规管理其利益并可由第三方查明的地点。如果是公司或法人，则在没有相反证据的情况下，注册办事处所在地应推定为其主要利益中心。只有在申请启动破产程序前3个月内注册办事处未迁往另一成员国的情况下，才适用这一推定。”

“对于任何其他个人，在没有相反证据的情况下，主要利益中心应推定为该个人的惯常居住地。只有在申请启动破产程序前6个月内惯常居所未迁往另一成员国的情况下，才适用这一推定。”

(b) 法院就“主要利益中心”
进行解释的裁决

103. 已有几项法院裁决从《欧洲破产条例》或其接替法律《欧洲破产条例》(重订)的角度，或从以《跨国破产示范法》为基础颁布的国内法学的角度，考虑“主要利益中心”一语的含义，其中列出了对《跨国破产示范法》第16条第3款关于公司债务人和个人的推定予以推翻的相关因素。在方法上显出一些细微的差别，而且可以注意到，一些法域的法院与其

他国家的法院相比,寻求的证据可能需要质量更高或数量更多,才能推翻所作的推定。¹⁴⁷

104. 最主要的欧洲裁决是 *Eurofood* 案(判例 13), 该案源于爱尔兰法院和意大利法院之间产生争议, 争议点是一家破产的附属公司, 注册办事处所在国不同于母公司所在国, 这种情况下, 主要利益中心是在其注册办事处所在国还是在母公司的所在国。

105. 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说服力。就《欧洲破产条例》而言, 该推定载于第 3 条第 1 款:¹⁴⁸

“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。”

106. 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”。¹⁴⁹

107. 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。¹⁵⁰ 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。¹⁵¹

¹⁴⁷ 例如, 在《美国破产法典》第 15 章(颁行《跨国破产示范法》的一章)中, 该推定的措词从相反“proof(证明)”改成了相反“evidence(证据)”(第 1516(c)条规定, “在没有相反证据的情况下, 债务人的注册办事处……被推定为债务人的主要利益中心。”)。有关这一改动的立法史表明, 这一更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。美国法院的裁决必须从这一角度去阅读理解。

¹⁴⁸ 对比《跨国破产示范法》, 第 16 条, 第 3 款。另见 Virgos-Schmit 报告, 第 75 段。

¹⁴⁹ *Eurofood* 案, 第 34 段。

¹⁵⁰ 同上, 第 35 段。

¹⁵¹ 同上, 第 36 段。另见判决书第 37 段法院关于这一专题的结论的完整摘要。

108. *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。在随后的 *Interedil* 案中(判例18), 欧洲法院认定, 第3条的第二句必须解释为“在判定债务人公司的主要利益中心时公司的中央行政所在地必须占更大的比重, 这一所在地可以通过为第三方所可以查明的客观因素来确定。”当公司的管理(包括作出管理决定)和监督是在所注册的同一个办公地点可以为第三方所查时, 这样的推定并不可能被推翻。但是, 当公司的中央行政不在其所注册的办公地点时, 则必须对所有相关因素进行全面的评估, 以便以可为第三方所查明的方式确定公司实际管理和监督中心以及公司利益管理中心的所在地。在这个特定案例中, 法院认定, 在注册的办事处所在地以外另一成员国拥的公司的资产以及存在可从财务上利用这些资产的合同, 并不能被视作推翻推定的充分因素, 除非对所有相关因素的全面评估都指向该另一成员国。¹⁵²

109. 在 *Bear Stearns* 案中(判例4), 美利坚合众国法院根据《跨国破产示范法》审议了确定债务人主要利益中心的问题。有关承认的申请涉及在开曼群岛注册的但该法域已对其实行临时清算的一家公司。

110. 法院指明了颁布《跨国破产示范法》的美国立法对上述推定作出修改的理由, 即“proof”改为“evidence”的理由。¹⁴⁷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。”

111. 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

¹⁵² *Interedil* 案, 第59段。在随后的 *Re Leitzbach* 案 [2018] EWHC 1544 (Ch) 中, 英格兰高等法院考虑了《欧洲破产条例》中使用的主要利益中心, 并将所需特征归纳如下, 认为 (a) 一个人或实体在任何一段时间只能有一个主要利益中心; (b) 就个人而言, 是指可与该人联络的地方, 而且通常是该人的惯常居所; (c) 个人可以自由地迁移其主要利益中心, 问题是他们是否实质上这样做了, 或者这种变化是否是迷惑人的; (d) 债务人没有义务公布其主要利益中心, 但也不能隐瞒; (e) 主要利益中心所在地是一个客观问题, 即债务人在何处以第三方可以查明的方式对其事务进行正常管理(债务人的主观看法不是决定性的); (f) “正常管理”需要一定程度的连续性和持久性、正常感以及与诉讼程序地的稳定联系; 并且 (g) 改变主要利益中心地点的动机可能引发法院在审查证据的真实性时加以仔细审查。

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”。¹⁵³

112. 法院在 *Bear Stearns* 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破产管理人负举证责任,证明主要利益中心在注册地以外的某个地点。¹⁵⁴ 在该案中,法院认为该推定已经被外国破产管理人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。在上诉时, *Bear Stearns* 案的判决被维持原判。

113. *Bear Stearns* 案的判决受到随后法律依据的极大限制,美国法院认为,在确定债务人主要利益中心时可以适当考虑债务人的重整或清算活动。在 *Morning Mist* 案(判例25)中,法院认为, *Bear Stearns* 案的判决承认在英属维尔京群岛提起的程序为外国主要程序是正确的,因为在提出承认申请前18个多月和英属维尔京群岛案提起前7个多月,债务人实际上已停止营业,断绝了与纽约投资经理的关系,并已开始结业清算流程。法院的结论是,在确定主要利益中心时考虑这些活动是适当的,“债务人最可行的‘神经中枢’在英属维尔京群岛已经存在了一段时间”。¹⁵⁵ *British American Ins. Co. Ltd* 案(判例6)也有类似的结果。

114. *Morning Mist* 案上诉法院还列出了法院在评估主要利益中心时可以考虑的以下因素:¹⁵⁶

- (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;

¹⁵³ *Bear Stearns* 案(一审),第128页。

¹⁵⁴ 同上;关于举证责任,见下文(c)节有《颁布指南和解释》的讨论和《摘要集》,第16条第3款的判例法摘要。

¹⁵⁵ 同上,载于[64],援引 *Hertz Corp. 诉 Friend* 案,130 S. Ct. 1181、1193 - 94 (2010),其中最高法院指出,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,并指出对于与之发生交易的民众来说,该所在地是显而易见的。

¹⁵⁶ 应当指出,美国对主要利益中心的评估是在启动承认程序时进行的。下文(e)节将进一步讨论进行评估的时间问题。

(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议有关的适用法。¹⁵⁷

115. 另一些裁决是 *Stanford International Bank* 案中 (判例 31) 英格兰法院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, 其中参考 *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有效法则。

116. 一审时, 法官接受以下说法, 即效仿 *Eurofood* 案中列出的办法, 第三方能否查明所在地, 是压倒一切的考虑因素。¹⁵⁸ 法官参照 2006 年《跨国界破产条例》(该条例在大不列颠颁布了《跨国破产示范法》) 而非根据《欧洲破产条例》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的第三方通过与债务人发生交易而可了解到的信息。¹⁵⁹ 这样做之后, 法官拒绝沿用他自己在以前作出的采用“总部职能”检验标准的裁决。

117. 法官认为, 在推翻推定方面, 美利坚合众国的法院和欧洲的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。¹⁶⁰

118. 法官表示对 *Bear Stearns* 案¹⁶¹ 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, 法官说, 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。¹⁶² *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发生交易的第三方可查明哪些因素。

¹⁵⁷ *Morning Mist* 案 (判例 25), 载于 [137], 援引 *In re Sphinx Ltd* 案, 351 B.R. 103, 117 (Bankr. S.D.N.Y. 2006)。在 *LATAM Airlines Group S.A./Technical Latam S.A.* 案 (C-8553 - 2020 号案件, 2020 年 8 月 20 日) 中, 智利法院推翻了关于债务人虽然在该法域登记但在那里拥有主要利益中心的推定, 而是主张另一法域, 因为在该另一法域, 债务人有很大一部分业务, 而且是进行重整的所在地, 是债务人股份的交易地, 那里的法律管辖债务人通过发行国际债券获得的融资。

¹⁵⁸ *Stanford International Bank* 案 (一审), 第 61 页。

¹⁵⁹ 同上, 第 62 段。

¹⁶⁰ 同上, 第 63 和 65 段。

¹⁶¹ 见上文第 114 段。

¹⁶² *Stanford International Bank* 案 (一审), 第 67 段; 对比上文第 114 段所列各项因素。

119. *Stanford International Bank* 案的裁决在上诉时得到维持。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, 《跨国破产示范法》和《欧洲破产条例》所使用的措辞都有明显的相关性。¹⁶³ 经与美国当局和其他当局讨论, 他认为一审法官效仿 *Eurofood* 案是正确的, 并确认 *Virgos-Schmit* 报告中的解释¹⁶⁴ (关于可查明性) 对于《跨国破产示范法》程序同样是适当的。审判长不一定认为美国对推翻推定适用不同的举证责任, 而是并未就这个问题作出定论。¹⁶⁵ 随后以《跨国破产示范法》为依据审理的一些案件, 确认了对可予查明的要求。¹⁶⁶

120. 对于自然人, 根据《跨国破产示范法》第16条第3款, 主要利益中心被推定为该人的“惯常居所”。¹⁶⁷ 在 *Williams 诉 Simpson* 案 (*No. 5*) (判例37号) 中, 新西兰法院认为, 对惯常居所所在地的认定将主要以每个案件的事实为依据。法院指出, 将考虑“定居目的、在一国实际和打算逗留的时间、逗留的目的、与该国和任何其他国家的联系强度(过去和现在)、与该国外同化的程度(包括生活和上学安排)以及文化、社会和经济融合”等因素。¹⁶⁸ 虽然债务人曾在英格兰经营业务, 有时在英格兰居住, 并同时持有英国和新西兰护照, 但法院认为证据不足以推翻关于债务人惯常居所所在新西兰的推定。

¹⁶³ *Stanford International Bank* 案(上诉), 第39段。

¹⁶⁴ *Virgos-Schmit* 报告, 第75段; 见上文第101段。

¹⁶⁵ *Stanford International Bank* 案(上诉), 第55段。

¹⁶⁶ *Ackers 诉 Saad* 案 ([2010] FCA 221), 法规判例法 1219; *Gerova* 案 (判例 15); *Lightsquared* 案 (判例 21); *Massachusetts Elephant & Castle* 案 (判例 22); *Millennium Global* 案 (判例 24)。在 *NIKI Luftfahrt* 案 (36n IN 6433/17, 84 T 2/18 (14 Dec 2018)) 中, 柏林法院认为, 社交媒体可用于帮助第三方确定主要利益中心可否查明。

¹⁶⁷ 见《摘要集》, 第16条第3款的判例法摘要。

¹⁶⁸ *Williams 诉 Simpson* 案 (*No.5*), 第42段, 采纳了 *Basingstoke 诉 Groot* 案 [2007] NZFLR 363 (CA) 中“惯常居所”的定义, 依据是另一项国际文书, 即1980年10月25日《国际诱拐儿童民事方面的公约》中使用了该定义。另见 *Gainsford* 案 (判例 14), 判决书第40-41段。在 *Kapila* 案 (判例 20) 中, 澳大利亚法院审理了一名个人债务人, 法院认定该债务人是“一名跨国破产者, 其诉讼和企业经营活动涉及多个法域, 其四处走动的行为使人难以确定其惯常居所, 如果他确实有惯常居所的话”; 另见美国破产法院的讨论, *In re Paul Zeital Kemsley* 案, 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), 法规判例法 1274, 以及 *Pirogova* 案 (判例 26)。据认为, 与确定公司主要利益中心有关的一些因素, 对于债务人属于个人的情况是有用的——见《摘要集》, 第16条的判例法摘要, “与个人有关的主要利益中心: 惯常居所”。在欧洲联盟, 在 *MH 诉 OJ* 案 (2020 EUCJ C-253/19 和 [2021] 1WLR 2498) 中, 法院认为, 主要利益中心应当通过对第三方特别是对债权人可查明的所有客观标准进行总体评估来确定; 在个人不从事独立商业或职业活动的情况下, 推定其主要利益中心为惯常居住地, 但可辩驳推翻; 而且这一推定不能仅仅因为其唯一不动产位于惯常居住地国以外的国家而被推翻。

(c) 《颁布指南和解释》

121. 《颁布指南和解释》是对主要利益中心概念解释上出现的不确定性和不可预见性作出的回应。其中注意到,当债务人的主要利益中心与其注册地重合时,将不会发生推翻《跨国破产示范法》第16条第3款推定的问题。但在实际上,债务人的主要利益中心可能并不与其注册地相重合,凡声称所在地不在该处的当事方都将需要使法院确信其所在地。¹⁶⁹ 接案国法院将需要独立考虑债务人主要利益中心的所在地在何处,以及是否满足了《跨国破产示范法》的要求。在一些情况下,原审法院的命令中包含有关于外国程序性质的信息,这些信息可帮助进行判断,¹⁷⁰ 尽管这项法院令明显对接案法院无约束力。当债务人的主要利益中心与其注册地不重合时,主要利益中心将根据向债务人发生交易的对方(特别是债权人)表明了所在地的那些因素确定。

122. 《颁布指南和解释》提出,作为一个整体来考虑,下列主要因素将大致表明启动了外国程序的所在地是否是债务人的主要利益中心。这些因素是:参照外国程序的启动日期加以分析,该所在地(a)为债务人的中央行政地,以及(b)易于债权人查明。¹⁷¹

123. 当这些主要因素不能产生关于债务人主要利益中心的现成答案时,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情形而给予某一既定因素或多或少的权衡比重。但是,在所有案件中,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,易于债权人查明。

124. 这些附加因素可包括如下:债务人账簿和记录所在地;组织实行或授权实行融资的所在地;现金管理系统运营地;债务人主要

¹⁶⁹《颁布指南和解释》,第141-144段。

¹⁷⁰ 例如,在 *Cinram International* 案(判例9)中,加拿大法院在其判决书中概述了申请人所提出的一些因素,以表明债务人的主要利益中心所在地在加拿大。法院称,其将主要利益中心的概述包括在判决书内是“仅供参考之用”。法院明确承认,确定主要利益中心所在地以及确定加拿大程序是否是第15章意义上的一个“外国主要程序”,这是接案法院(本案中是美国特拉华州地区的破产法院)的职能(第42段)。

¹⁷¹《颁布指南和解释》,第145段;关于作出判断的时间,另见下文第132-138段。

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; 大多数争议的适用法律所属法域; 债务人接受监督或监管的所在地; 账目编制和审计的管辖法律所在地以及账目编制和审计的所在地。¹⁷²

125. 《颁布指南和解释》指出, 所列这些附加因素的排列顺序无意表明对其所给予的优先顺序或权衡份量, 也无意作为相关因素的穷尽清单; 在特定案件中, 法院可能认为其他因素是适用的考虑因素。¹⁷³

126. 在(2010-2013年)修订《颁布指南》期间所裁决的一些案例考虑了主要利益中心的确定因素, 采取的方法是着重于一些主要因素。在 *Massachusetts Elephant & Castle* 案(判例22)中, 加拿大法院考虑了三个主要因素——即该所在地是(a)债务人主要资产或业务办公的地点; (b)债务人实施管理时的地点; 以及(c)易于多数债权人确认其为债务人的主要利益中心; 法院指出, 虽然其他因素也可被考虑作为相关因素, 但也许应当被视作次要因素, 而且仅以其可辅助以上三个因素为限。¹⁷⁴

127. 在 *Lightsquared* 案(判例21)中沿用了这些因素,¹⁷⁵ 加拿大法官还指出, 虽然在大多数情况下这些主要因素都将共同指向单独一个法域作为主要利益中心, 但在有些情况下, 这些因素之间可能相互冲突, 将需要对事实作更加仔细的审查。根据特定案件的情形, 法院可能需要给予某个因素或多或少的权衡比重。但在所有案例中, 法官都说, 审查的目的是为了确定程序的所在地事实上与债务人真正的所在地或实际业务的主要地点相一致, 与程序启动前企业业务对方的预期相一致。

¹⁷²《颁布指南和解释》, 第147段。关于对考虑到这些因素的判例的讨论, 见《摘要集》第16条第3款的判例法摘要, “公司债务人的主要利益中心: 相关因素”。

¹⁷³《颁布指南和解释》, 第147段。

¹⁷⁴ *Massachusetts Elephant & Castle* 案, 第30-31段。

¹⁷⁵ *Lightsquared* 案, 第25-26段。

128. 在 *think3* 案(判例 33) 中,¹⁷⁶ 日本法院被要求确定外国主要程序是在美利坚合众国启动的程序还是在意大利启动的程序。在一审和上诉时, 法院都考虑了在修订《颁布指南》过程中所讨论的因素, 并考虑了债务人总公司职能或神经中心的所在地是否是应当考虑的其中一个因素。

(d) 主要利益中心的转移

129. 债务人的主要利益中心可能在破产程序启动之前转移, 在有些情况下, 在即将启动之前, 甚至是在申请启动之后和实际启动这些程序之前。¹⁷⁷ 只要有证据证明在外国程序即将启动前发生了这种转移, 则接案法院在决定是否承认这些程序时, 似宜更仔细地考虑上文第 122 和 124 段所列出的因素, 并从更广泛的角度考虑债务人的情形。特别是, 如果主要利益中心的转移是在即将启动程序前发生的, 则可能更难符合第三方易于查明主要利益中心这一标准。

130. 在根据《欧洲破产条例》裁决的 *Interedil* 案(判例 18) 中, 欧洲法院考虑了债务人注册办公处在破产程序启动前搬迁的影响。法院认为, 债务人公司的注册办公处是在申请启动破产程序之前迁移的, 因此公司的主要利益中心被推定是新注册办公处的所在地。¹⁷⁸ 《欧洲破产条例》(重

¹⁷⁶ 在日本颁布《跨国破产示范法》的立法中, 使用的是“主要营业地”一语, 而不是“主要利益中心”, 没有与《跨国破产示范法》第 16 条第 3 款相等同的对注册办公处的推定。但是, 正如一审法院在 *think3* 案中所解释的, 主要营业地被认为在日本法律中具有与“主要利益中心”实质上同样的含义, 将需要考虑到和审查其他国家关于主要利益中心的司法先例和贸易法委员会的讨论趋势[第 3 章, 议题 2-2 (2), 第 19 页]。

¹⁷⁷ 在一些实例中, 地址转移的用意在于让债务人有机会进入与其原先主要利益中心所在地的法律下所能提供的程序相比更加切合其需要的破产程序, 例如重整。在其他一些实例中, 主要利益中心的转移可能是作为计谋使债权人和第三方当事人的合理期望破灭。例如参见 *In re Ocean Rig UDW Inc* 案, 570 B.R. 687 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), 所提上诉因缺乏上诉资格而被驳回, 585 B.R. 31 (S.D.N.Y. 2018); 获得确认, 764 F. Appx. 46 (2d Cir. 2019)。主要债务人是在马绍尔群岛成立的一家控股公司, 该公司已采取步骤将其主要利益中心从马绍尔群岛迁往开曼群岛, 变更了注册, 在那里设立了办事处, 并向开曼法院提交了债务安排计划。它采取这些步骤是为了确立开曼群岛的管辖权, 并实行获债权人支持的债务重组。在申请美国承认开曼程序为外国主要程序时, *Ocean Rig* (海洋钻井机) 债务人证实, 他们从未在马绍尔群岛开展过任何业务, 他们已公开披露了主要利益中心的变更, 他们得到了大多数债权人的支持, 他们在开曼群岛有银行账户、账簿、记录和人员, 记录中没有证据表明其主要利益中心设在开曼群岛以外的任何地方。根据这些调查结果, 美国法院认为, 债务人没有恶意操纵其主要利益中心, 而是表明转移主要利益中心具有合法、善意的目的(570 B.R., 载于 706-07)。

¹⁷⁸ *Interedil* 案, 第 59 段。

订) 包括一项关于公司和法人在申请启动破产程序前三个月内以及自然人在申请启动破产程序前六个月内转移主要利益中心的规则。¹⁷⁹

131. 债务人不太可能在破产程序启动后转移其注册地(或惯常居所), 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, 也不应影响对《跨国破产示范法》所指的主要利益中心作出的判定, 因为如下文所讨论的, 与作出这种判定相关的时间点是外国程序的启动日期。

(e) 确定主要利益中心的日期

132. 《跨国破产示范法》第17条第2款(a)项规定, “如果该外国程序正在债务人主要利益中心的所在国发生”, 应被承认为主要程序。除此之外, 《跨国破产示范法》没有明文指出应当以哪个日期为准作为判定主要利益中心的时间。第17条使用的现在时态要求在作出承认决定时该外国程序正在进行中或尚未完结; 如果寻求承认的程序在原诉国已不再进行中或已完结, 则不存在有资格依照《跨国破产示范法》获得承认的程序。

133. 关于时间问题有一些司法角度的考虑。在 *Betcorp* 案中(判例5), 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。¹⁸⁰ 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”。根据“外国非主要程序”的定义, “营业所”所在地也有类似的问题, “外国非主要程序”的定义是: “系指在债务人营业所所在国实施的某项外国程序……”。¹⁸¹

¹⁷⁹ 见上文第102段。在 *Galapagos BidCo* 案(判例 C-723/20)中, 欧洲法院裁定, 如果在向欧洲联盟成员国一家法院提出启动主要破产程序申请之后主要利益中心转移到欧洲联盟另一成员国, 则在该法院作出裁定之前, 该法院保留启动这类程序的专属管辖权。因此, 只要《欧洲破产条例》(重订)仍然适用于该项申请, 则随后为同一目的向欧洲联盟另一成员国法院提出另外申请时, 该另一国法院在直至初始法院作出裁定并拒绝行使管辖权之前, 原则上不能宣布其拥有启动主要破产程序的管辖权。

¹⁸⁰ *Betcorp* 案, 第290-292段。

¹⁸¹ *Betcorp* 案的做法在若干案件中得到沿用, 包括 *British American Ins. Co. Ltd* 案(判例6); *Gainsford* 案(判例14), 涉及确定惯常居所的时间; *Morning Mist* 案(判例25); *Ran* 案(判例27); 以及 *Zetta Jet* 案(判例39)。见《摘要集》, 第17条第2款的判例法摘要, “关于考虑主要利益中心和惯常居所的时间”一节, (a)小节。

134. 其他的法院认为,确定主要利益中心的相关日期是外国程序启动的日期。在 *Millennium Global* 案(判例24)中,一审法官指出,承认程序从属于外国程序,申请承认的日期不过是一个偶然的日期而已,可以在外国程序启动后的任何时候甚至若干年后发生。另外,如果主要利益中心被视为等同于债务人的主要营业地,这也是一些法院所使用的解释,那么主要利益中心所指的必须是在外国程序启动前的债务人业务,因为在启动后,特别是在启动清算程序后,业务一般都停止下来,没有营业地。¹⁸² *Morning Mist* 案(判例25)的上诉法院否决了这一裁定。

135. 在 *Think3* 案(判例33)中,日本一审法院采用了对启动外国程序提出申请的日期或该程序的启动日期,在上诉时,这一做法得到维持。¹⁸³ 日本一审法院指出,如果确定的时间以申请承认的日期为准,那么在出现在不同国家对同一外国程序提出了多重申请承认的情况下,确定的时间结果将是在其中每个国家都不同,并将导致缺乏统一,不同的法院有不同的结果。另外,法院指出,使用申请承认的日期可能鼓励任意选择申请承认的时间。¹⁸⁴

136. 已查明的第三种可能性是法院被要求就申请承认作出裁定的日期。这种做法强调了《跨国破产示范法》的灵活性,如第18条所示,以及似宜考虑与法院裁定有关的实际事实,而不是设定一个任意的判定时间点。¹⁸⁵

137. 在根据《欧洲破产条例》所裁决的 *Interedil* 案(判例18)中,欧洲法院认定,在提出申请启动破产程序之日的债务人主要利益中心所在地才是确定法院是否拥有管辖权的相关因素。

¹⁸² *Millennium Global* 案(一审),第71页及随后部分;上诉法院没有考虑在哪个日期确定主要利益中心和营业所的问题,但在 *Morning Mist* 案中,上诉法院考虑了这个问题,见上文第134段。

¹⁸³ *Think3* 案,东京高等法院,第3-2章,第6页;东京地区法院,第3章,议题2-1,第12-14页。

¹⁸⁴ 在一些案件中,包括 *Kapila* 案(判例20)、*Stanford International Bank* 案(判例31)和 *Videology* 案(判例35),都采取了这种做法。见《摘要集》,第17条第2款的判例法摘要,“关于考虑主要利益中心和惯常居所的时间”一节,(b)小节。

¹⁸⁵ 在一些案件中,包括 *In the matter of Legend International Holdings Inc* 案 [2016] VSC 308,法规判例法1619和 *Moore, as Debtor-in-possession of Australian Equity Investors* 案 [2012] FCA 1002,法规判例法1477,都采取了这种做法。见《摘要集》,第17条第2款的判例法摘要,“关于考虑主要利益中心和惯常居所的时间”一节,(c)小节。

138. 《颁布指南和解释》指出,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,外国程序的启动日期是判定债务人主要利益中心所在地的适当参照日期。¹⁸⁶ 选用这一日期提供了可对所有破产程序明确适用的一项检验标准。也处理了许多情况下可能产生的问题,例如在申请承认时债务人的经营活动已经停止,¹⁸⁷ 在重整时可能出现的继续拥有主要利益中心的不是债务人实体而是进行重整的实体这种情况,以及在外国程序启动后至依照《跨国破产示范法》申请承认之时住所地发生改变的情形。

(f) 滥用程序

139. 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?《跨国破产示范法》本身没有规定表明对于承认申请应考虑额外情形。《跨国破产示范法》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的判断。这是因为,什么构成滥用程序取决于国内法或程序法。《跨国破产示范法》并不明文阻止接案法院适用国内法特别是程序规则来处理所认为的滥用程序问题。¹⁸⁸

¹⁸⁶《颁布指南和解释》,第159段。

¹⁸⁷ 在 *Morning Mist* 案(判例25)中,美国一审法院注意到,在启动清算程序之前和申请承认之前的一段时间债务人实际上已经停止了经营业务,在相当长的一段时间里,其开展的活动仅仅与清算其业务相关。法官认定,在确定债务人的主要利益中心时,似宜考虑到这段相当长的时期(第64-65页)。在 *British American Ins. Co. Ltd* 案(判例6)中,法院提出,债务人的主要利益中心可能已随着外国破产管理人在该地停留达相当长一段时期而固定下来,并将债务人的所有主要业务活动都搬迁到该地(或停止该地的业务活动),从而造成债权人和其他当事方将[外国破产管理人]所在地看作是该债务人的营业地(第914页)。

¹⁸⁸ 见上文第6条(第三部分B节“承认”原则”第5小节“公共政策例外”下关于滥用程序的讨论)。美国有几个判例把启动第15章承认程序的日期用作确定主要利益中心的适用日期,其中指出,法院仍然可以考虑债务人是否在原破产程序启动之日至第15章申请承认之日这段时间内改变了主要利益中心,造成对债权人的不利:例如参见 *Morning Mist* 案(判例25),载于[139](备有“回看过去以阻止操纵”)和 *Ran* 案(判例27),载于[1022](没有证据表明债务人为逃避债务责任而改变了居所)。

4. 非主要程序：“营业所”

(a) 引论

140. 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《跨国破产示范法》中“外国非主要程序”的组成部分。在《欧洲破产条例》和《欧洲破产条例》（重订）中，该词还用来帮助欧盟成员国法院判断，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。《欧洲破产条例》（重订）第3条第2款规定：

“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。”

141. 《欧洲破产条例》（重订）第2条第(10)款包括一项“营业所”定义，其中规定：

“‘营业所’系指债务人在申请启动主要破产程序之前的3个月期间利用人工和资产进行或已经进行非临时性经济活动的任何经营场所。”

142. 《颁布指南和解释》指出，¹⁸⁹《跨国破产示范法》的“营业所”定义是受《欧洲破产条例》第2条(h)项启发而形成的。Virgos-Schmit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）从事经济活动的始发地，不论该活动是商业、工业还是职业属性的。

¹⁸⁹《颁布指南和解释》，第88段。

“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。”¹⁹⁰

143. “营业所”是否存在很大程度上是一个事实问题;《跨国破产示范法》未作任何推定。事实问题必然取决于提出的具体证据。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”。¹⁹¹ 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。¹⁹² 如同“外国程序”的定义一样,“营业所”定义的各个要素应作为一个整体来理解,而不应分解为若干独立的要素,因为每个要素都可能影响其他要素的对比色彩。¹⁹³

(b) 关于解释“营业所”的 法院判决

144. 一些当局曾讨论过“营业所”一语。¹⁹⁴ 在 *Bear Stearns* 案(判例4)中,¹⁹⁵ 认为“营业所”等同于“本地营业地”。在该案中,法院认为没有证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”含义内的“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。¹⁹⁶

¹⁹⁰ Virgos-Schmit 报告,第71段。

¹⁹¹ 《跨国破产示范法》,第2条,(f)项。

¹⁹² 在根据《欧洲破产条例》所裁决的 *Office Metro Limited* 案 [2012] EWHC 1191 (Ch)[第33段]中,法院称,“非临时性”概念意在概括“活动的频率;其发生是否是有计划的、偶然的或是不确定的;活动的性质;以及活动本身的时间长度”。

¹⁹³ *Videology Limited* 案(判例35),第79段,援引 *Trustees of the Olympic Airlines SA Pension & Life Assurance Scheme* 诉 *Olympic Airlines SA* 案 [2015] 1 WLR 2399 的相关部分。

¹⁹⁴ 《摘要集》,第2条(c)和(f)项的判例法摘要。

¹⁹⁵ *Bear Stearns* 案(一审),第131-132页;另见 *Ran* 案(判例27),第285-288页和 *British American Ins. Co. Ltd* 案(判例6),第914-916页。

¹⁹⁶ *Bear Stearns* 案(上诉),第338-339页。

145. 也许应当更加强调“营业所”定义中“以人工和实物或服务”这些词语。商业经营业务,由人工进行且涉及实物或服务,似乎是足以符合“营业所”一词定义的那类当地商业活动所隐含的特征。在 *Videology* 案(判例35)中,法院指出,关于活动应当利用债务人资产和代理人进行,这一要求意味着商业活动包括与第三方的交易,而不是内部管理行为。¹⁹⁷ 在根据《欧洲破产条例》裁定的 *Interedil* 案中(判例18),欧洲法院指出,定义将从经济活动与存在人力资源联系起来,这一事实表明需要有最低限度的组织安排和一定程度的稳定性。相反,这也意味着仅仅存在孤立的货物或银行账户原则上并不能满足划定为“营业所”的要求。¹⁹⁸

146. 在 *Ran* 案(判例27)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《跨国破产示范法》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。¹⁹⁹ 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”。²⁰⁰ 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。²⁰¹

147. 同样,在 *Pirogova* 案(判例26)中,接案法院认为,外国破产管理人提供的证明债务人与俄罗斯有联系的证据——具体而言,一套公寓的所有权、与公寓有关的水电费账单、目前正在清算的一家俄罗斯公司的100%所有权,一家会所的成员资格和在俄罗斯拥有两辆汽车——不足以证明债务人在俄罗斯有一个进行非临时性经济活动的营业地。法院称,即使法院得出结论认为单一资产的所有权

¹⁹⁷ 第79段。

¹⁹⁸ 第5和64段。“营业所”的概念也用于增值税。例如,在 *Titanium Ltd* 诉 *Bundesfinanzgericht Austria* 案(判例C-931/19)中,法院确认,“营业所”是一个企业,其特性是具有足够的长期性和适当的人力和技术资源结构,使其能够提供所供应的服务。

¹⁹⁹ 指 *Bear Stearns* 案(一审)中的检验标准,第130-131页。

²⁰⁰ *Ran* 案(5th Cir. 2010),第1027页。

²⁰¹ 同上,第1028页。

足以构成营业地,也必须证明债务人自该营业地开展了非临时性活动。²⁰²

148. 在 *Williams* 诉 *Simpson* 案 (No.37) 案中(判例30), 困难是, 虽然根据英格兰法律, 在英国(通过偿付债务) 结束业务即构成债务人可能需按英格兰破产法处理的理由, 但这并不等同于一个已退休了大约12年并在该国无(实际) 现有业务的人的一个“营业所”。

149. 在 *Kapila* 案(判例20) 中, 接案法院面对的是一个债务人个人, 法院发现该债务人是“一个跨国破产者, 附有各式各样的诉讼和企业经营活动, 遍布许多法域, 其走动行为使其难以确定其惯常居所, 如果他确实有惯常居所的话”。不过, 法院认为, 他在美国的商业交易足以构成营业所, 因此在美国启动的程序可被承认为外国非主要程序。²⁰³

(c) 确定存在有营业所的日期

150. 如上所述, 《跨国破产示范法》并未明确指出什么时间是确定债务人主要利益中心的相关日期。确定是否存在营业所的情况也同样如此。《颁布指南和解释》指明, 外国程序的启动日期是确定债务人是否存在营业所的适当日期。²⁰⁴

²⁰² *Pirogova* 案, 第417页; 另见 *Gainsford* 案(判例14), 第48-52段。

²⁰³ *Kapila* 案, 第56-57段。

²⁰⁴ 《颁布指南和解释》, 第160段。

D. 救济

1. 引论

151. 《跨国破产示范法》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；²⁰⁵
- (b) 承认外国程序为“外国主要程序”后给予的自动救济；²⁰⁶ 以及
- (c) 承认外国程序为主要或非主要程序后酌情给予的救济。²⁰⁷

152. 《跨国破产示范法》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。

153. 按照“外国程序”的定义，²⁰⁸ 承认的效力还扩大到外国“临时程序”。²⁰⁹ 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。

154. 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。

155. 《跨国破产示范法》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破产管理人提供补充援助的权力。²¹⁰

156. 有必要对颁布《跨国破产示范法》的特定法令进行审议，以确定颁布国是否取消或修改了《跨国破产示范法》所设想的任何一类救济（自

²⁰⁵《跨国破产示范法》，第19条。

²⁰⁶同上，第20条。

²⁰⁷同上，第21条。

²⁰⁸同上，第2条，(a)项。

²⁰⁹一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。

²¹⁰《跨国破产示范法》，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。

动救济或酌情救济)。²¹¹ 一旦确定了可提供的救济,便由接案法院负责在对得到承认的“主要”程序所给予的自动救济之外制订所需的任何适当救济。*Bear Stearns*案(判例4)关于救济问题应当明确区别于承认问题的裁决,在*Atlas Shipping*案中(判例3)被仿效,在该案中,美利坚合众国法院认为一旦法院承认了一项外国主要程序,按《美国破产法典》第15章专门规定,法院将可行使酌处权确定与礼让原则相一致的适当的承认后救济。²¹² 上述裁决也被*Metcalfe & Mansfield*案中(判例23)效仿,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,这些救济令可以认为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。²¹³

2. 临时救济²¹⁴

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,可给予临时性的救济,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。

²¹¹ 根据《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》规定的那样自动适用。

²¹² *Atlas Shipping*案(判例3),第738页。

²¹³ *Metcalfe & Mansfield*案(判例23),第697-698页。

²¹⁴ 下文的概要大致以《颁布指南和解释》第170-175段为基础。另见《摘要集》,第19条的判例法摘要。

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。

157. 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。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形的救济以及给予救济的任何前提条件。²¹⁵

158. 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，²¹⁶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。²¹⁷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。²¹⁸

²¹⁵ 接案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，见上文第49-58段。*Tricontinental Exchange*案(349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006)，法规判例法766)涉及在美利坚合众国承认在圣文森特和格林纳丁斯启动的程序，在该案中，接案法院按照第6和第22条，审议了是否对外国破产管理人寻求的救济规定附加条件，即根据第21条委托外国破产管理人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)项委托外国破产管理人行事规定附加条件。这些条件可包括交付保证金或提交保证书。

²¹⁶ 即第21条规定的同类型救济。

²¹⁷ 即关于债权人认明的具体资产的措施。

²¹⁸ 在*Halo Creative & Design Limited*诉*Comptoir des Indes Inc*案中，案件号14C 8196 (N.D. Ill Oct. 2, 2018)，所寻求的临时救济是中止诉讼，美国法院指出，根据《跨国破产示范法》第21条，只有在外国程序得到承认时才可中止诉讼。

159. 将可以提供的救济限于“集体”程序基础上的临时救济,这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。²¹⁹ 将所提供的临时救济扩展到集体救济范围之外会使上述目的受挫。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临时措施。不过,在准予临时救济时应当考虑的因素之一是适时下达承认令的可能性。²²⁰

160. 《跨国破产示范法》第19条第1款的句首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。²²¹ 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。

161. 第19条规定的救济是临时性的。该救济在对申请承认作出决定时即告终止。²²² 不过,法院有机会延长该救济。²²³ 例如,法院可能想这么做,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。

²¹⁹ 另见下文第185-186段关于 *Rubin* 诉 *Eurofinance* 案(判例28)的讨论。

²²⁰ 例如见 *Williams* 诉 *Simpson* 案(2010年9月17日)(判例37)和 *Whittman* 诉 *UCI Holdings Ltd* 案[2016] NZHC 1228,法院在其中称,虽然实质性申请成功的可能性很大并不是准予临时救济的必要条件,不过,取得实质性成功的可能性是准予临时救济时的一个相关考虑因素(沿用 *Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd* 诉 *Aero Inventory (UK) Limited* 案[2009] FCA 1354)。

²²¹ 例如,在 *Tucker* 案(2009年11月20日)(2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354,法规判例法922,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条等同的澳大利亚规定启动救济。另一个案例是 *Williams* 诉 *Simpson* 案(2010年9月17日)(判例37)。英格兰破产程序管理人提出申请后,新西兰法院下令采取临时措施,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,以及下令由一名法院人员对其进行核查。法院称,“如果[根据第19条]给予此类救济的权力仅涵盖已知存在的财产和容易确定位置的财产,那将是不合理的。”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因不加以采取某种形式临时救济而可能处境危险的隐藏资产”(第47段)。在同一案件中,还提出了另一项对临时救济的申请,希望对某些人进行审查,以便确定依照搜查令扣押的物品的所有权问题。法院拒绝批准该项申请,理由是所寻求的救济并非如第19条第1款规定的那么紧迫。法院认为,所有权有疑问的资产已被扣押,而且在就是否承认外国程序作出判定后,所有权问题将成为相关议题,所以不需要这样的行动令。

²²² 《跨国破产示范法》,第19条,第3款。

²²³ 同上,第21条,第1款(f)项。

162. 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)。²²⁴ 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。²²⁵

163. 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。

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. 法院可根据外国破产管理人或根据受到按第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。

164. 构成第22条基础的理念是, 应当平衡兼顾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。这种平衡对于实现跨国界破产立法的目标必不可少。²²⁶

²²⁴ 同上, 另见第29和30条。

²²⁵ 同上, 第15条, 第3款。

²²⁶ 总体上见《颁布指南和解释》, 第196-199段, 以及《摘要集》, 第22条的判例法摘要。在 *Tri-continental Exchange* 案 (349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006), 法规判例法766) 中, 法院称, 关于酌情给予救济时而对 [第22条] 保护措施进行分析的标参照准, 强调需按具体情况确定给予的救济和条件, 以便平衡对外国破产管理人给予的救济和受这种救济影响的人的利益, 不致造成债权人类别之间不适当的厚此薄彼 (第637页)。

165. 一些案例考虑了与充分保护债权人相关的问题。²²⁷ 在 *Jaffé* 诉 *Samsung Electronics* 案 (判例 19) 中, 问题是德国受托人是否可以根据德国法律拒绝向美国当事人发放专利许可证, 或者这些当事人是否有权根据《美国破产法典》第 365(n) 条获得不被拒绝的保护。上诉法院作出了有利于许可证接受人的裁决, 该项裁决的依据是《跨国破产示范法》²²⁸ 第 22 条规定的“充分保护”, 并认定“破产法院合理行使了自由裁量权, 以平衡许可证接受人的利益相对于债务人的利益, 以及适用第 365(n) 条是必要的, 以便确保在 [外国债务人的] 美国专利下, 许可证接受人得到充分的保护。”

166. 在 *Sivec* 案 (判例 29) 中, 债务人获得意大利重整程序被承认作为外国主要程序, 并获得对自动中止令的修改, 以便可以在美国就两项可能相互抵消的债权进行诉讼。这一诉讼导致美国的一个债权人寻求救济而解除中止令, 以便两项判决可以相互抵消。意大利债务人请求执行意大利程序, 这显然将会使美国的债权人无法实现两项判决的相互抵消。美国法院判定, 对意大利程序将不给予礼让, 因为意大利债务人“未能提供关于意大利法律的情况、意大利破产案件的状况, 也未履行其在请求礼让时的取证责任。”法院对缺乏向美国债权人的通知表示特别关切, 认定缺乏正当程序的基本要素, 并且未能保护一个美国债权人的利益。²²⁹

167. 在 *SNP Boat Service* 案中 (判例 30), 充分保护的概念作了较为狭义的解释。在该案例中, 一个加拿大债权人反对在法国破产程序中的债务人寻求把位于美国的资产返还法国, 理由是在法国程序中其利益将得不到“充分保护”。在上诉时, 美国法院对《跨国破产示范法》第 21 条第 2 款和第 22 条第 1 款下的救济作了区分, 后者作了较为广义的规定, 指出只有在“债权人和其他利益关系实体包括债务人的利益受到充分保护”

²²⁷ 另见《摘要集》中讨论的案例, 第 22 条的判例法摘要。

²²⁸ 《美国破产法典》(颁布了《跨国破产示范法》) 第 15 章称之为“sufficient protection (充分保护)”, 而不是“adequate protection (充分保护)” (中文译法相同)。使用这一措词是为了避免将《跨国破产示范法》中使用的 adequate protection (充分保护) 概念与美国破产法别处也使用的 adequate protection (充分保护) 概念混淆起来。在后一种情况下, 这一般是指根据《美国破产法典》中止强制执行程序, 保护有担保债权人不受其抵押品价值缩减的影响。没有改变实质内容的意思。

²²⁹ *Sivec* 案 (判例 29), 第 324-326 页。

的情况下,法院才可准予第19条和第21条规定的救济。²³⁰ 虽然提出异议的债权人是加拿大人,但法院认定,并不排除使自己确信在一般外国债权人的利益受到充分保护之后才将财产移交到外国法域,但否定了关于其可调查特定债权人将在法国受到的个别待遇的主张。²³¹

3. 承认“主要程序”后产生的 自动救济²³²

168. 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。

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,
 - (a) 即中止启动或中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) 即中止执行对债务人资产的行动;以及
 - (c) 即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。

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。

²³⁰ *SNP Boat Service* 案(上诉),第783-784页。法院确定了关于充分或适当保护概念的三项基本原则:(a)对破产财产全体债权人持有人的公正待遇;(b)保护本国债权人在外国程序处理债权时免受损害和不便;以及(c)基本按照本国法律规定的顺序分配外国财产的收益[第786页]。

²³¹ 在另一个美国案例 *In re Lee* 案(472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012))中,债务人公司设在香港,该案外国管理人申请对债务人在美国拥有的财产取得占有和控制权,证明指出其根据香港法律有责任取得对财产利益的占有权,并且其是一个理性的行为人,有义务保护财产的价值并使之最大化,以及尊重所适用的转让限制。美国法院结论认定,该外国管理人满足了举证责任要求,如果下达占有权令,债权人和债务人都将会受到充分保护,而且债权人并未履行其“确证不存在充分保护的最终责任。”

²³² 下文的概要大致以《颁布指南和解释》第176-188段为基础。另见《摘要集》,第20条的判例法摘要。

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在这种程序中提出求偿的权利。

169. 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。

170. 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《跨国破产示范法》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。

171. 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。²³³

172. 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措施,一些国家在某些情况

²³³ 见《跨国破产示范法》,第20条,第2款。

下允许债权人采取这些措施。²³⁴ 补充了第20条第1款(b)项,以充分地表明,针对债务人资产的执行措施²³⁵已涵盖在中止的范围内。²³⁶

173. 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。²³⁷ 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。

174. 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

²³⁴ 在 *Fibria Cellulose S/A 诉 Pan Ocean Co. Ltd* 案 [2014] EWHC 2124 (Ch), 第67-70段和第75段,法规判例法1482,英格兰法院得出结论认为,根据合同条款送达关于终止合同的通知,不是个人诉讼或程序的启动或继续,因此法院无权根据第21条第1款(a)项限制送达。

²³⁵ 在 *Kim and Yu 诉 STX Pan Ocean Co. Ltd* 案 [2014] NZHC 845 [第16-18段],法规判例法1481),新西兰法院审议了“债务人资产”的含义,其中参照了《立法指南》中该术语的定义,考虑到《跨国破产示范法》第8条和颁行立法中授权参照《跨国破产示范法》进行解释的条文,以及源自贸易法委员会的或协助拟订《跨国破产示范法》的工作组的任何与之有关的文件。

²³⁶ 在 *JSC BTA Bank* 案 (434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010),法规判例法1211)中,美利坚合众国法院认为,[根据《破产法典》所适用的]自动中止措施的范围,局限于可能对债务人位于美国的财产造成影响。启动第15章程序之后而在瑞士进行的仲裁并未违反自动中止措施,在那里,债务人主要利益中心的法律并未中止仲裁,债务人显然没有表示反对而参加了仲裁。同样,自动中止措施也不适用于对外国债务人或相关的非债务人纯粹是承认后的违约行为进行的诉讼。在 *Samsung Logix Corporation 诉 DEF* 案 [2009] EWHC 576 (Ch)中,仲裁审理定于英格兰法院审议申请承认的次日在英格兰进行,法院认定,由于作出承认裁定,仲裁中止。在 *OGX Petroleo e Gas S.A.* 案 [2016] EWHC 25 (Ch),法规判例法1622,在重整计划不涵盖根据该计划批准后订立的合同进行的仲裁程序情况下,英格兰法院称,自动中止的目的不是阻止那些债权不受外国程序管辖的人能够对债务人追索这些债权。

²³⁷ 见《跨国破产示范法》,第20条,第2款。

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的,应受颁布国与破产有关的法律规定制约。²³⁸

175. 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。²³⁹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。²⁴⁰

176. 虽然《跨国破产示范法》没有具体规定自动中止的期限,但一些法院考虑了这个问题。在 *Yakushiji* 案 (No.2) (判例38) 中,澳大利亚法院称,自动中止通常与相应外国程序中适用的中止有相同的终止期,因此在外国程序结束时即告终止,因为到那时中止的目的——使债务人有时间制定计划并防止债权人寻求替代补救办法——将不再适用。²⁴¹另据指出,在有些情况下,在外国程序结束后可能可以继续执行中止措施,例如中止措施在结束前遭到违反,²⁴²或为了使外国程序中批准的计划能够掌控债务人资产的分配,防止债权人寻求追收超过计划规定数额的债务。²⁴³

²³⁸ 例如,美国法律把以监管部门或警方身份行事的政府单位所执行的中止行动排除在外。在 *In re Nortel Networks Corp.* 案 [669 F.3d 128 (3d Cir. 2011)] 中,英国养老金管理部门寻求就 Nortel 公司英国养老基金的资金短缺启动程序,并根据英国法律向 Nortel 公司在美国和加拿大的附属公司发出通知,所有这些公司都参与了全体出席的和同时进行的破产案件。美国法院认定,既然英国养老金管理部门是为了资金事务而代表私人债权人作为受托人行事的,并不是作为一个保护公共安全或福利的管理部门,所以其提出的诉讼将违反自动中止措施。在加拿大,英国监管部门的行动违反了《公司债权人安排法》规定的中止措施。监管部门在加拿大送达了根据英国立法发出的“警告通知”,这被认定是在程序中的一个步骤,构成违反中止令: *Re Nortel Networks Corp.* 案 (2010) 65 C.B.R. (5th) 231 (Ont. S.C.J. [商业一览表]); 获得确认 (2010) 67 C.B.R. (5th) 21 (Ont. C.A.); 向 S.C.C. 上诉的许可被驳回 (2011), 2011 CarswellOnt 303 (S.C.C.)。

²³⁹ 申请启动本国破产程序并参加这种程序的权利,在《跨国破产示范法》第11-13条笼统述及。

²⁴⁰ 见下文第219-222段。

²⁴¹ *Yakushiji* 案 (No. 2) (判例38), 第21-22段; 另见 *Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De-Carlini Armatori SpA* 诉 *Rizzo-Bottiglieri-De-Carlini Armatori SpA* 案 [2017] FCA 331 [第17-19段], 法规判例法 178-179; *Daewoo Logistics Corp.* 案, 461 B.R. 175, 179 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), 法规判例法 1315。

²⁴² *Daewoo Logistics Corp.* 案, 461 B.R. 175, 180 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), 法规判例法 1315。

²⁴³ *Ho Seok Lee* 案, 348 B.R. 799, 803 (Bankr. W.D. Wash., 2006), 法规判例法 754; 比较 *In Re OJSC International Bank of Azerbaijan* 案 [2018] EWCA Civ 2802, 第97-101段, 法规判例法 1822, 英格兰法院在其中指出,一旦外国程序终止,就不再有外国管理人可以向英格兰法院申请协助,也不再可以寻求此种协助的外国程序。法院称,在此基础上,如果允许外国程序终止前准予的中止措施无限期地继续有效,那将是反常的。法院拒绝探讨 *Daewoo* 案和 *Ho Seok Lee* 案中的做法,理由是美国纳入《跨国破产示范法》时的背景与英国或澳大利亚的背景大不相同。

4. 承认后的救济²⁴⁴

(a) 《跨国破产示范法》的条款

177. 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。

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,法院可根据外国破产管理人的请求,给予任何适当的救济,包括:

(a) 仅在未依第20条第1款(a)项的规定采取中止措施的情况下,中止启动或中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)项的规定采取中止措施的情况下,中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,无论是主要或非主要程序当得到承认后,法院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,但法院要确信本国债权人的利益得到充分的保护。

²⁴⁴ 本概要基本上摘自《颁布指南和解释》,第189-195段。另见《摘要集》,第21条的判例法摘要。

3. 在根据本条给予外国非主要程序的破产管理人的救济时,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。

178. 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。²⁴⁵ 接案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。²⁴⁶

179. 正是由于自由裁量救济的性质,法院可以使这种救济适合于正在审理的案件。²⁴⁷ 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形的救济以及给予救济的任何前提条件。第22条还述及

²⁴⁵ 例如,在 *In re CGG S.A.* 案, 579 B.R. 716 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) 中,美国法院承认法国的保全程序为外国程序,并执行了法国法院关于确认保全计划为第1521条下的适当救济和第15章第1507条下的补充协助的命令(《跨国破产示范法》第21条和第7条)。另见 *T. com.* 案, 2017年6月14日,巴黎, RG n° 2017033581 (巴黎商事法院关于对CGG SA提起保全程序的命令)和 *T. com.* 案, 2017年12月1日,巴黎, RG n° 2017049128 (巴黎商事法院关于批准CGG SA保全计划的命令)。

²⁴⁶ 美国法院承认外国程序中准予的救济与美国可提供的救济不必完全相同这一既定原则,所以一致认为,根据第21条可提供的救济并不限于《美国破产法典》规定可予提供的救济。关于 *In re Rede Energia, S.A.* 案, 515 B.R. 69, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), 美国法院认为,第15章“为法院提供了广泛、灵活的规则,用以制定适当的救济,以便根据礼让实现本章的目标”,并指出了“外国程序中给予的救济与美国提供的救济不必完全相同这一既定原则”。法院认定,第15章第1521条(《跨国破产示范法》第21条)规定的适当救济包括强制执行外国确认令。另见 *In re Oi, S.A.* 案, 587 B.R. 253 (Bankr. S.D.N.Y. 2018); 还有 *In re Agrokor D.D.* 案, 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)。外国法院准予的救济可以超出《美国破产法典》规定的救济范围这一原则已适用于涉及第三方解除义务的若干案件,根据美国法律,第三方解除义务不像根据其他国家法律规定的那样可广泛运用。在 *Metcalf & Mansfield* 案(判例23)中,美国法院认定,加拿大法院在有限的情况下批准了非债务人救济,这符合美国法院对第7条的狭义适用。因此,美国法院得出结论,外国程序中下达的命令应予执行。相反的一个案例是 *Vitro* 案(判例36),其中赞同地援引了 *Metcalf & Mansfield* 案例。还应当指出, *Vitro* 案所载的一些具体事实似乎导致上诉法院拒绝给予救济。在该案中,法院还审议了根据第15章第1507条(《跨国破产示范法》第7条)的美国版本条文,该条文并非标准规定,因为其中详细阐述了可向外国管理人提供的额外协助)所寻求的救济与根据第15章第1521条寻求的救济之间的关系,后者与《跨国破产示范法》第21条基本相同。

²⁴⁷ 如前所述,接案法院有权调整救济以满足任何公共政策异议。关于救济问题中“公共政策”例外的讨论,见 *Tri-Continental* 案(上文脚注215)和上文第49-58段;另见 *Fibria Cellulose S/A* 诉 *Pan Ocean Co. Ltd* (*In the matter of Pan Ocean Co. Ltd*) 案 [2014] EWHC 2124 (Ch), 法规判例法1482, 其中英格兰法院讨论了美国和英国对 *Toft* 案(判例34)所寻求救济的不同结果。

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。

180. 第21条第2款设想的向外国破产管理人(或另一人)“移交”资产仍为自由裁量的决定。《跨国破产示范法》载有若干保障规定，旨在确保资产移交外国破产管理人以前保护本国利益。²⁴⁸ 在 *Atlas Shipping* 案(判例3)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扣押令为限，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。²⁴⁹ 法官还称，向外国破产管理人移交资金比较经济而且高效，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。

181. 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。

182. 第21条第3款反映了上述观念，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。

183. 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。

²⁴⁸ 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总体陈述；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(见《摘要集》，第21条第2款的判例法摘要)；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(见《摘要集》，第22条第2款的判例法摘要)。

²⁴⁹ *Atlas Shipping* 案(判例3)，第742页。

184. 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。²⁵⁰ 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。²⁵¹ 外国破产管理人和受救济影响的人均可申请修改或终止救济。²⁵² 法院也可自行修改或终止救济。

185. 在起初拒绝予以救济的一个案例是 *Rubin 诉 Eurofinance* 案(判例 28)。英格兰接案法院接到救济申请,其中请求强制执行在美利坚合众国作出裁决后下达的向某一债权人付款的命令。出现的一个问题是关于《跨国破产示范法》是否设想了这类救济。²⁵³ 一审时,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执行的情形²⁵⁴ (这将证明救济是正当的)不同于向单一债权人付款的裁决(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《跨国破产示范法》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。

186. 最高法院维持原判(推翻了上诉法院的裁定²⁵⁵),认定所作出的判决应服从关于防止强制执行的一般国际私法规则,因为被告受外国法院的管辖。法院还认定,《跨国破产示范法》条文丝毫并未表明可适用于针对第三方作出的外国判决给予承认和执行。²⁵⁶ 最高法院在 *Rubin* 案中的裁决与 *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor 诉 Grant and others* 案中

²⁵⁰ 见上文第 164-167 段。

²⁵¹ 《跨国破产示范法》,第 22 条,第 2 款。

²⁵² 同上,第 22 条,第 3 款。

²⁵³ *Rubin 诉 Eurofinance* 案(一审),第 47 段。

²⁵⁴ 同上(一审),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。

²⁵⁵ 在第一次上诉时,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,而是裁定有关判决是为了破产程序集体强制执行制度作出的。因此,法院认为,这些判决受与破产有关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判决,因为被告不受外国法院的管辖(*Rubin 诉 Eurofinance* 案(上诉),第 61 段)。

²⁵⁶ 《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法及颁布指南》(2018 年)第十条规定,尽管先前有任何相反解释,但《跨国破产示范法》第 21 条规定的救济包括承认和执行判决。

的上诉结合在一起。²⁵⁷ 在该案中，最高法院认为，外国判决可以执行，因为 New Cap 在外国破产程序中提交了债务证明，所以已接受其管辖。

(b) 自由裁量的救济问题处理办法

187. 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《跨国破产示范法》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《跨国破产示范法》颁布了法令，但该程序在英格兰启动时，这些法令均未生效。²⁵⁸

188. 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，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；²⁵⁹ 上诉法院维持原判。²⁶⁰ 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。²⁶¹

189. 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财产，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

²⁵⁷ [2012] UKSC 46。

²⁵⁸ 澳大利亚清算人的申请是按照 1986 年《英国破产法》第 426 (4) 节审理的，其中规定，英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。

²⁵⁹ *HIH Casualty and General Insurance Ltd* (2005) (判例 17)。

²⁶⁰ *HIH* 案（第一次上诉）(判例 17)。

²⁶¹ *McGrath* 诉 *Riddell* (*HIH Casualty and General Insurance Ltd*) 案 (判例 17)。

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。²⁶²在此基础上,应当允许澳大利亚的主要程序具有普遍效力;²⁶³

(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;²⁶⁴

(c) 第三种办法依赖的是给予救济的四个具体要素:²⁶⁵

- (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。

(c) 对牵涉先前可疑交易的案件提供的救济

第23条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼

1. 一项外国程序得到承认后,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]。

²⁶² 比较上文第54段在*Gold & Honey*案中对公共政策的讨论。

²⁶³ *McGrath* 诉 *Riddell (HIH Casualty and General Insurance Ltd)* 案,第30、36和63段。

²⁶⁴ 同上,第59、62、76和77段。

²⁶⁵ 同上,第42段。

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。

190. 第 23 条²⁶⁶ 规定了外国破产管理人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。

191. 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。²⁶⁷ 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。

192. 第 23 条措词限定狭窄。即使颁布国授权外国破产管理人提起某些诉讼, 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。²⁶⁸ 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。

193. 在 *Condor Insurance (Fogarty 诉 Petroquest)* 案 (判例 11) 中, 美国上诉法院被请求审议破产法院是否有权在根据《美国破产法典》第 15 章进行的程序中按外国法律提供撤销救济。²⁶⁹ 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, 外国破产管理人启动了一项程序, 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。虽然第 15 章根据美国法律将撤销权排除在可

²⁶⁶ 另见《颁布指南和解释》, 第 200-203 段。

²⁶⁷ 《跨国破产示范法》, 第 23 条, 第 2 款。

²⁶⁸ 同上, 第 23 条, 第 1 款。

²⁶⁹ 应当指出, 美国通过了一项关于撤销交易规定的非标准条款。《破产法典》第 15 章第 1521(a)(7) 条规定, 法院可以准予“受托人所可能获得的任何额外救济, 但第 522、544、545、547、548、550 和 724(a) 条规定的救济除外”。这些是美国法律中的撤销权条款; 根据第 15 章, 不向外国破产管理人提供, 但根据《破产法典》第 7 章或第 11 章提起全体程序的外国破产管理人可以援用这些条款。

根据相当于第21条第1款(g)项的规定所给予的救济之外,但第15章并不拒绝给予外国破产管理人按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。²⁷⁰ 在上诉裁决作出之前,在*Atlas Shipping*案(判例3)中核准了一种类似的解释,美国法院得出结论,*Condor Insurance*案二审法院的裁决值得商榷:不允许外国破产管理人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”。²⁷¹

194. *Condor Insurance*案被适用于美国后来的一些案件,允许根据英格兰法律²⁷²和挪威法律²⁷³坚持撤销权主张。

E. 合作与协调²⁷⁴

1. 合作

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[此处写入按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,或直接要求其提供资料或协助。

²⁷⁰ *Condor Insurance*案(上诉),第三节,第321-329页。另见《摘要集》,第23条的判例法摘要。

²⁷¹ *Atlas Shipping*案,第744页。

²⁷² *Hosking*诉*TPG Capital Mgmt., L.P. (In re Hellas Telecom. (Luxembourg) II SCA)*案,535 B.R. 543 (Bankr. S.D.N.Y. 2015)。

²⁷³ *Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA*诉*Cyrus Capital Ptnrs, L.P. (In re Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA)*案,629 B.R. 717 (Bankr. S.D.N.Y. 2021)。

²⁷⁴ 本概要基本上摘自《颁布指南和解释》,第209-223段。另见《摘要集》,第25-27条的判例法摘要。

**第26条. [此处写入按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整或清算的
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
破产管理人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整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破产管理人直接
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式进行, 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) [颁布国尚可列举其他合作形式或示例]。

195. 《跨国破产示范法》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单独一个债务人的破产程序。目的是通过对破产财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(在重整程序中)协助保护投资和维持就业。²⁷⁵

²⁷⁵ MLCBI《跨国破产示范法》, 序言, (e)段。

196. 法院合作与协调是《跨国破产示范法》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²⁷⁶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。²⁷⁷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。

197. 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。

198. 虽然《欧洲破产条例》没有述及合作问题,但《欧洲破产条例》(重订)列入了一项关于法院之间合作的条款。第42条第1款规定,法院“应同任何其他法院合作……,但以这种合作不违背每一项程序所适用的规则为限”,而第3款则指出,合作可以以法院认为适当的任何方式实施,特别是:(a)协调对破产从业人员的指定;(b)以本法院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)协调进行审理过程;以及(e)必要时协调议定书的批准。

199. 《跨国破产示范法》的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,《跨国破产示范法》并不要求先正式裁定承认该项外国程序。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,所以不仅可以在颁布国所提出的协助申请方面提供合作,而且还可以就根据颁布国的

²⁷⁶ 例如,将位于两国的生产设备合起来出售的价值会大于分别出售的价值。

²⁷⁷ 见《立法指南》,第三部分:破产企业集团的解决办法,关于促进企业集团破产中的跨国界合作的建议239-254;以及《贸易法委员会企业集团破产示范法和颁布指南》(2019年),第2章(第9-18段),其中讨论集团背景下的协调与合作;另见上文第71段。

程序对其他地方的协助提出的申请(另见第5条)提供合作。此外,合作并不局限于第2条(a)款含义内的外国程序,这类程序根据第17条(即这类程序是主要或非主要程序)而有资格得到承认,因此,可以就存在资产的基础上所启动的程序提供合作。

200. 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。

201. 必须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,这一点在通过《跨国破产示范法》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上得到强调。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。

202. 从这些报告得出了若干要点:²⁷⁸

(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;²⁷⁹

(b) 联系应当公开进行,事先通知有关当事方并让其到场²⁸⁰(极端情况例外);²⁸¹

(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;²⁸²

²⁷⁸《立法指南》提及了其中的若干要点,具体是第三部分,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。

²⁷⁹同上,第三章,第21-34段和建议241-243。

²⁸⁰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。在 *Chow Cho Poon* (周藻洋疗养院)案(判例8)中,澳大利亚法院指出,所涉及的法院必须明确表示确认合作,一家法院不可能与另一家法院合作而对方却不知道。法院指出,《跨国破产示范法》第27条设想的合作是自一家法院向另一家法院提出请求或通过同意加入一项约定的计划开始合作(第56段)。

²⁸¹《立法指南》,第三部分,第三章,第24-27段以及建议243(b)和(c)。

²⁸²同上,第20段和建议241。

(d) 联系手段包括: 电话、视频链接、传真、电子邮件等;²⁸³

(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。

203. 下文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财产的管理。

204. 在《跨国破产示范法》问世之前的一个案例即 *Maxwell Communications* 案中,²⁸⁴ 美国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,²⁸⁵ 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。²⁸⁶

205. 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。²⁸⁷ 从程序上说, 审理是同时进行的。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。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

²⁸³ 同上, 第 20 段。

²⁸⁴ *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, Chancery Division, Companies Court, No. 0014001 of 1991 (31 December 1991)。

²⁸⁵ 见《实践指南》, 第三章。

²⁸⁶ 另见 *In re Olympia & York Developments Ltd* 案, 安大略法院, 安大略, 案件编号 B125/92 (26 July 1993) (1993), 20 C.B.R. (3d) 165 和美国纽约南区破产法院, 案件编号 92-B-42698-42701 (Bankr. S.D.N.Y. July 15, 1993) (跨国破产议定书和核可法院令议定书)。

²⁸⁷ *In re PSI Net Inc.* 案, 安大略高等法院, 安大略, 案件编号 01-CL-4155 (10 July 2001) 和美国纽约南区破产法院, 案件编号 01-13213, (Bankr. S.D.N.Y. July 10, 2001) (跨国破产议定书和核可法院令议定书)。

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。²⁸⁸

206. 跨国界破产案件中联合审理的实例不断增加。²⁸⁹ 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。

207. 一个不同的实例是当法院的裁定与另一家法院的裁定相冲突时,法院通过限制其裁定的效力而努力给予合作。此外 *Perpetual Trustee Company Ltd* 诉 *Lehman Bros. Special Financing Inc.* 案中,²⁹⁰ 收到一系列请求之后,英格兰法院对美利坚合众国法院作出答复,答复的形式是解释在英格兰所采取的步骤和作出的裁定,并请美国法官在当时不要下达可能与英格兰法院令相冲突的正式命令。²⁹¹ 美国法院知道其裁定将与英国法院的裁定直接发生冲突,所以声明了其法律观点,但并不要求当事人立即遵守。法院讨论了冲突,但并未解决,不过随后在美国的案件中解决了其中一部分。

208. 另一个合作实例是信件往来,其中有的情况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 *In re Lehman Brothers Australia Limited* 案中,²⁹² 澳大利亚法院讨论了美国和英国 *Lehman* 公司案的裁决对澳大利亚实体清算人法定责任的影响,以及这些清算人提出的由澳大利亚法院与美国法院联系的请求。澳大利亚法院当时拒绝这样做,理由是可能事先阻拦美国法院关于某些事项的裁定;违反建立在

²⁸⁸ 纽约南区破产法院的正式记录注明记录稿于2001年10月12日交存入档。这些记录中附有一份副本,按惯例是在一段等候期之后将记录稿放在诉讼案件的公共目录表上备查。该文件也是加拿大公共记录的一部分,因此向公众开放查阅。

²⁸⁹ 例如,见 *Loo* 诉 *Quinlan and Kelly* (in their capacity as liquidators) 案 [2021] NZCA 561 [26 October 2021] 和 *Kelly, in the Matter of Halifax Investment Services Pty Ltd* (in liq) 案 (No 5) [2019] FCA 1341 (*Re Halifax*), 涉及澳大利亚和新西兰之间跨国界破产案件的联合审理。

²⁹⁰ [2009] EWHC 2953. 在 *Belmont Park Investments Pty Ltd* 诉 *BNY Corporate Trustee Services Ltd.* 案 ([2011] UKSC 38) 中,英格兰最高法院将英格兰法院与美国法院之间的通信归结如下(第33段):“在英格兰高等法院与纽约破产法院之间的通信之后,双方商定,为了限制两个法域的裁决彼此可能发生的冲突,救济将局限于公告的救济: *Perpetual Trustee Co. Ltd* 诉 *BNY Corporate Trustee Services Ltd.* 案 [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc.* 案 (2010) 422 BR 407 (US Bankruptcy Court, SDNY, 2010)。”

²⁹¹ *Perpetual Trustee* 案,第41-50段。

²⁹² *Parbery, in the matter of Lehman Brothers Australia Limited* (in liq) 案 [2011] FCA 1449, 法规判例法 1215。

共同礼仪和相互尊重基础上的礼让原则并被美国法官认为是无理干涉；申请是单方面提出的，未听取所有有关各方的意见；澳大利亚法院和任何外国法院之间的合作通常将在法院事先核准的框架或协议内进行，并且在具体程序中为当事各方所知悉。然而，澳大利亚法官同意，似宜写信给美国法官，通知其目前所提出的申请，并询问是否可制订今后联系的协议。准备向美国法院寄送的意向书草案附在了判决书之后。

209. 北电网络有限公司是一家在全球 140 个法域开展业务的公司，涉及该公司的跨国案件表明，司法合作和沟通特别是在复杂的国际企业集团破产案件中至关重要。还表明，法院和参与这些案件的外国破产管理人可能需要采取一系列复杂措施，以实现案件的有效、高效和及时解决：

(a) 母公司在其所在地加拿大启动破产程序，欧洲子公司在英格兰启动，美国子公司在特拉华州启动；

(b) 特拉华法院根据《美国破产法典》第 15 章分别承认加拿大程序和英格兰程序为外国主要程序，前提是加拿大是母公司的主要利益中心，英国是在英国和欧洲经营的子公司的主要利益中心；²⁹³

(c) 这三个集团得以根据一项临时供资协定，在持续经营的基础上出售其在世界各地的大部分财产，出售所得将在进一步诉讼程序之前被代管；

(d) 美国法院随后的一项判决指出，出售所得将由第三方代管，“直至双方当事人就合意的分配达成一致，或在无此种协议情况下，依照（无合意协议时）有待在单一的跨法域诉讼地决定的一项约定分配议定书，获得具有约束力的分配决定”；²⁹⁴

(e) 双方同意“真诚地进行谈判，争取就分配协议程序的条款达成协议”，分配将部分基于“北电各实体对所售资产价值的各自贡献”；

²⁹³ 见 2009 年 2 月 27 日的法院令，*In re Nortel Networks Corp.* 案，案件编号 09 10164 (KG) (Bankr. D. Del.) (第 15 章诉讼程序)，关于加拿大的程序；以及 2009 年 6 月 26 日的法院令，*In re Nortel Networks UK Limited* 案，案件编号 09 11972 (KG) (Bankr. D. Del.) (第 15 章诉讼程序)，关于英格兰的程序。加拿大程序和英格兰程序中的监督人/管理人分别与同一家公司相关。在法国和以色列也有对当地子公司提起的诉讼。

²⁹⁴ *In re Nortel Networks Corp.* 案，426 B.R. 84, 95 (Bankr. D. Del. 2010)。

(f) 后来在调解人帮助下进行的分配收益努力没有成功；

(g) 英格兰破产管理人动议就分配问题强制进行仲裁。这一努力被美国法院驳回，但在上诉时得到确认维持，²⁹⁵ 法院认为，所涉临时供资协议并不构成关于分配出售所得的问题而同意对双方当事人的争议进行仲裁的协议；²⁹⁶

(h) 然后，诉讼双方在美国法院和加拿大法院进行了一次联合审判；

(i) 2015年，美国和加拿大法官发布了各自的判决。²⁹⁷ 尽管每位法官依据的是国内法，但这些裁决实质上是相同的。法院认为，代管的出售所得（由于诉讼费用消耗而大大减少）应按比例在债务人实体的所有债权人之间分配；因此，为了分配的目的，每个债权人将只有权从代管的资金中获得一次分配，即使其有权对多项破产财产提出债权主张（例如，由于资产担保）。美国法院驳回了替代方法，认定总研发协议并管辖分配，分配不应取决于对基础知识产权拥有纯所有权或对集团收入流或多或少有些贡献的实体。法院还认为，这种分配方法并不构成破产财产的实质性合并；

(j) 在这两项裁定之后，双方进行了另一次进一步调解，并于2017年初达成协议。在美国，该决议被纳入经由破产法院确认的重整计划。²⁹⁸ 在加拿大和英国，计划也得到确认或批准（核准），分配所得在拖延了7年多之后进入日程安排。

²⁹⁵ *In re Nortel Networks Inc* 案，737 F.3d 265, 267–68 (3d Cir. 2013)。

²⁹⁶ 同上，载于272。

²⁹⁷ 见 *In re Nortel Networks, Inc* 案，532 B.R. 494 (Bankr. D. Del. 2015) 和 *Nortel Networks Corp. (Re)* 案，2015 ONSC 2987（安大略高等法院，2015年5月12日）。

²⁹⁸ 见 dm.epiq11.com/nortel（上次访问时间：2021年12月30日）。

210. 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。²⁹⁹ 第26条关于破产管理人之间进行国际合作管理破产债务人的资产, 其中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。³⁰⁰

211. 2000年, 美国法学会编写了《法院间交流指引》, 作为其在北美洲自由贸易协定(北美自贸协定)各国跨国破产方面工作的一部分。³⁰¹ 由美国法学会和国际破产研究会委托进行并意在改编这些指引使之适合全球使用的一项联合研究产生了《2012年美国法学会-国际破产研究会全球国际破产案件合作原则》(《2012年美国法学会-国际破产研究会全球原则和指引》)。³⁰² 《2012年美国法学会-国际破产研究会全球原则和指引》包括37项《全球国际破产案件合作原则》和18项《全球国际破产案件法院间交流指引》。该《原则和指引》构成一项不具约束力的声明, 其起草的措词方式既适用于世界各地的大陆法系, 也适用于世界各地的英美法系。

212. 2016年10月, 司法破产网络在新加坡举行了成立大会, 会议结束时发布了由与会者起草的一套准则, 题为“跨国界破产事项法院间联系

²⁹⁹ 关于这一技法的应用实例, 见《实践指南》, 第二章, 第2-3段。如《实践指南》中所示, 采用这一技法的案例包括 *Maxwell Communication* 案(见上文第195段); *In re Matlack Sys. Inc.* 案, 安大略高等法院, 案件编号01-CL-4109和美国特拉华州地区破产法院, 案件编号01-01114 (Bankr. D. Del. May 24, 2001); 以及 *In re Nakash* 案, 美国纽约南区破产法院, 案件编号94B 44840 (Bankr. S.D.N.Y. May 23, 1996) (跨国破产议定书和核可法院令议定书), 还有耶路撒冷地区法院, 案件编号1595/87 (1996年5月23日)。关于这些案件中所使用的协议的说明, 载于《实践指南》附件一中的案例概要。此外, 在 *LATAM Airlines Group S.A./Technical Training LATAM S.A.* 案(案件编号C-8553-2020, 2020年8月20日)中, 根据智利主管机关的建议, 开曼群岛、智利、哥伦比亚和美国的法院实施了一项合作议定书, 以促进适当和高效地管理相关程序。议定书述及联系途径(电话、视频会议等)、联合审理听证会、翻译要求、机密文件的保管、进度报告的提交以及对进度报告进行解释的联合审理听证会等程序方面的问题。随后, 债务人每月向所有有关法院提交报告, 概述美国第11章程序的进展情况。

³⁰⁰ 《跨国破产示范法》, 第26条, 第1和2款, 以及对合作可行性造成影响的其他任何国内法。

³⁰¹ 加拿大安大略省和美国特拉华州法院在 *In re Matlack Sys. Inc.* 案中认可的跨国界破产协议(见上文脚注299)证明了如何改编《法院间指引》用于一个实际案件。《指引》还在其他一些跨国界破产协议中得到采用(见《实践指南》附件一的案例摘要)。

³⁰² 查阅网址: www.iiiglobal.org/international-resource-library。

与合作指引”，又称《司法破产网指引》。³⁰³《指引》述及法院、破产管理人和跨国界破产程序所涉其他当事人之间进行联系与合作的关键方面和方式，包括进行联合审理听证会。《指引》的总体目标是维护企业价值和减少法律费用。

213. 作为欧洲联盟题为“欧洲跨国界破产：促进司法合作”的一部分，由法官和其他专家制定了一套26项《欧洲联盟跨国界破产法院间合作原则》（《欧盟法官合作原则》）和18项《欧洲联盟跨国界破产法院间联系指引》（《欧盟法官指引》）。³⁰⁴ 这些原则不具约束力，旨在克服欧洲联盟成员国法院目前的合作障碍，并包括《欧盟法官指引》，以便利在个别跨国案件中的联系。这些案文是在《欧洲破产条例》（重订）的范围内拟订的，通过强调法院间的合作，要求对跨国界司法合作采取更加具体详细的做法（《欧洲破产条例》（重订）叙文45以及第41-44条和第56-59条）。

2. 协调同时进行的程序

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 而启动的某项程序

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]的规定启动一项程序；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。

³⁰³《指引》可在以下网址查阅：www.jin-global.org/jin-guidelines.html（上次访问时间：2021年12月30日），连同采用该《指引》的各法域一览表和各国通过时的声明案文。

³⁰⁴附有导言和评注的案文扩展本可在以下网址查阅：www.tri-leiden.eu（上次访问时间：2021年12月30日）。

**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[此处写入颁布国与破产有关的法律]实施的一项程序同时进行情况下, 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,
 - (一) 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;
 - (二) 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启动时,
 - (一) 根据第19条或第21条给予的任何救济, 应由法院加以重新审议, 对与本国程序不一致之处应予修改或终止; 而且
 - (二) 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破产管理人的救济时, 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。

214. 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。³⁰⁵

215. 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。

³⁰⁵ 见《摘要集》, 关于第28和29条的判例法摘要。

216. 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, 尤其是当资产所在国没有必要的或可以利用的外国程序时。³⁰⁶ 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。

217. 第28条中关于可能将本国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”;

(b) 这些外国资产必须“根据[颁布国]法律”在颁布国加以管理。

218. 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。

219. 第29条为法院如何处理债务人同时受到外国程序和本国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《跨国破产示范法》的目标是至关重要的, 因为它在所有情况下都允许接案法院为外国程序提供救济。

220. 不过, 第29条保持本国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;³⁰⁷

(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;³⁰⁸

(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;³⁰⁹

³⁰⁶ 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。

³⁰⁷ 《跨国破产示范法》, 第29条, (a)款, 第(一)项。

³⁰⁸ 同上, 第29条, (b)款, 第(一)项。

³⁰⁹ 同上, 第29条, (b)款, 第(二)项。这些自动效力不会自动终止, 因为这些效力可能是有益的, 法院或许要予以保留。

(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。³¹⁰

221. 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。

222. 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。

第30条. 一个以上外国程序的协调

对于第1条所述事项, 如属针对同一债务人的外国程序不止一个, 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破产管理人的任何救济, 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加以重新审议, 对与该外国主要程序不一致之处应予修改或终止;

(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, 则法院应以促进这些程序的协调为目的, 给予、修改或终止救济。

223. 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破产管理人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。

³¹⁰ 同上, 第29条, (a)款, 第(二)项。

224. 第30条的目标与第29条的目标类似,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。

225. 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。³¹¹

226. 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。³¹²

227. 关于同时进行的程序,对偿付债务有特别的规则。

第32条. 多项程序同时进行时的偿付规则

在不损害担保债权或物权的前提下,已从外国根据与破产有关法律进行的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再得到对其同一求偿权的偿付。

228. 第32条所列的规则(有时称作“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。³¹³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。

229. 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

³¹¹ 同上,第30条,(a)款和(b)款。

³¹² 同上,第30条,(c)款。

³¹³ 《摘要集》,第32条的判例法摘要。

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条言下之意是授权接案法院下达命令执行这一规则。

230. 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。

231. “担保债权”一词³¹⁴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。

³¹⁴《立法指南》术语表第12 (nn)段中解释“担保债权”的意思是“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”。

附件一

案例概要

1. *ABC Learning Centres Limited (In re)*
728 F.3d 301 (3d Cir. 2013), cert. denied, 571 U.S. 1198 (2014), 法规判例法 1338 和法规判例法 1210
2. *Ashapura Minechem Ltd (In re)*
480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012), 法规判例法 1313, 维持了案件编号 1114668 (Bankr. S.D.N.Y. 22 November 2011) (一审)
3. *Atlas Shipping A/S (In re)*
404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), 法规判例法 1277
4. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd (In re)*
389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), 法规判例法 794 (上诉), 维持了 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), 法规判例法 760 (一审)
5. *Betcorp Ltd (In re) (in liquidation)*
400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009), 法规判例法 927
6. *British American Ins. Co. Ltd (In re)*
425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Fla.2010), 法规判例法 1005
7. *Ivan Cherkasov、William Browder、Paul Wrench 诉 Dalnyaya Step LLC (in liquidation) 的官方接管人 Nogotkov Kirill Olegovich*[2017] EWHC 3153 (Ch) (2017年12月5日), 法规判例法 1797
8. *Chow Cho Poon (Private) Limited (Re)*
(2011) NSWSC 300 (2011年4月15日), 法规判例法 1218
9. *Cinram International Inc (Re)*
2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Commercial List]), 法规判例法 1269

10. *Creative Finance Ltd (In re)*
543 B.R. 498 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), 法规判例法 1624
11. *Condor Ins. Ltd (In re) (Fogarty v Petroquest Resources Inc)*
601 F.3d 319 (5th Cir. 2010), 法规判例法 1006, 推翻了 411 B.R. 314, *Condor Insurance Limited (In re)*(S.D. Miss. 2009), 法规判例法 928
12. *Ephedra Products Liability Litigation (In re)*
349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), 法规判例法 765
13. *Eurofood IFSC Ltd (Re)*
[2006] Ch 508 (ECJ)
14. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum*
(2012) FCA 904, 法规判例法 1214
15. *Gerova Financial Group, Ltd (In re)*
482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), 法规判例法 1275
16. *Gold & Honey, Ltd (In re)*
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), 法规判例法 1008
17. *HIH Casualty and General Insurance Ltd (Re)*
McGrath v Riddell [2008] UKHL 21 (第二次上诉); [2006] EWCA Civ 732 (第一次上诉); [2005] EWHC 2125
18. *Interedil Srl*
[2011] EUECJ C396/09, [2012] Bus LR 1582
19. *Jaffév Samsung Electronics Co. Ltd.*
737 F.3d 14 (4th Cir. 2013), 法规判例法 1337; 462 B.R. 165 (2011) 和 433 B.R. 547 (2009), 法规判例法 1212
20. *Kapila, Re Edelsten*
[2014] FCA 1112, 法规判例法 1475

21. *Lightsquared LP (Re)*
2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Commercial List]), 法规判例法 1204
22. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc (Re)*
2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ [Commercial List]), 法规判例法 1206
23. *Metcalf & Mansfield Alternative Investment (In re)*
421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), 法规判例法 1007
24. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd (In re)*
474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012), 维持了 458 B.R. 63 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), 法规判例法 1208 (一审)
25. *Morning Mist Holdings Ltdv Krys (In re Fairfield Sentry Ltd)*
714 F.3d 127 (2d Cir. Apr. 16, 2013), 法规判例法 1339, 维持了 458 B.R. 665 (S.D.N.Y. 2011), 法规判例法 1316 (二审), 维持了 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) (一审)
26. *Pirogova (In re)*
593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)
27. *Laviev Ran (In re Ran)*
607 F.3d 1017 (5th Cir. 2010), 法规判例法 1276, 维持了 406 B.R. 277 (S.D. Tex.2009), 法规判例法 929 和 390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Tex.2008)
28. *Rubin & Anorv Eurofinance SA and others*
[2012] UKSC 46, 法规判例法 1270 (第二次上诉), 推翻了 [2010] EWCA Civ 895 (上诉), 推翻了 [2009] EWHC 2129 (Ch) (一审)
29. *Sivec Srl (In re)*
476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla.2012), 法规判例法 1312
30. *SNP Boat Service, S.A.v Hotel le St. James*
483 B.R. 776 (S.D. Fla.2012), 法规判例法 1314 (上诉) 435 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla.2011) (一审)

31. *Stanford International Bank Ltd*
[2010] EWCA Civ.137, 法规判例法1003 (上诉), 维持了 [2009] EWHC 1441 (Ch), 法规判例法923 (一审)
民事诉讼编号 3:09-CV-0721-N (N.D. Tex.2012)
32. *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd (in liq) (In the matter of)*
[2020] EWHC 123 (上诉), 推翻了 [2019] EWHC 1215 (Ch) (2019年5月17日), 法规判例法1819 (一审)
33. *Think3 Inc*
东京地方法院2011年第3号和第5号案件(2012年7月31日); 东京高等法院2012年第1757号案件(上诉)(2012年11月2日), 法规判例法1335
34. *Toft (In re)*
453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), 法规判例法1209
35. *Videology Ltd (re)*
[2018] EWHC 2186 (Ch) (2018年8月16日), 法规判例法1823
36. *Vitro S.A.B. de C.V. (In re)*
701 F.3d 1031 (5th Cir. 2012), 法规判例法1310
37. *Williams v Simpson*
[2011] B.P.I.R. 938 (新西兰高等法院, 汉密尔顿, 2010年9月17日); *Williams v Simpson* 案 (No. 5) [2010] NZHC 1786 (2011) NZLR 380 (2010年10月12日), 法规判例法1220
38. *Yakushiji* (以 *Kaisha* 的外国管理人身份) 诉 *Kaisha* 案 [2015] FCA 1170, 法规判例法1620; *Yakushiji* (以 *Kaisha* 的外国管理人身份) 诉 *Kaisha* (No. 2) [2016] FCA 1277
39. *Zetta Jet Pte Ltd and Others (Re)*
[2018] SGHC 16 (2018年1月24日), 法规判例法1815;
[2019] SGHC 53 (2019年3月4日), 法规判例法1816

1. ABC Learning Centres Limited

债务人是拥有38家子公司集团的澳大利亚母公司，在澳大利亚、加拿大、新西兰、英国和美国拥有并经营托儿中心。2008年11月，债务人及其38家子公司的董事会决定，鉴于公司可能破产，所以应当在澳大利亚进入自愿清理并指定了管理人。启动自愿清理违背了某些贷款协定的条款，出贷人根据《澳大利亚公司法》行使其作为有担保债权人的权利，指定了财产接管人代表其利益，并启动了接管程序。2010年6月，债权人决定对公司进行清算，并指定管理人作为清算人。接管程序与清算同时进行。2008年和2009年，在美国启动了对债务人某些公司的诉讼。2010年，清算人寻求根据《美国破产法典》第15章（《跨国破产示范法》在美国的颁行法律）在美国承认澳大利亚清算程序为外国主要程序。法院认定，该清算程序是《美国破产法典》第15章意义上的“外国程序”，并承认其为外国主要程序。

2. Ashapura Minechem Ltd

2011年10月，债务人（总部设在孟买的一家工矿企业）的外国管理人寻求在美国根据《美国破产法典》第15章承认在印度启动的程序，该程序目前正由印度工业和金融重建委员会审议；这一委员会是根据1985年《病衰工业公司（特别规定）法》获得授权的机构，履行行政法庭的职能。美国法院认为，虽然所述的印度法律中并不包括无担保债权人参与的正规机制，但在实践中这些债权人可以参与程序的方式表明程序是《美国破产法典》第101(23)条[《跨国破产示范法》第2条]意义上的集体程序。虽然一些债权人申辩以公共政策例外为由不承认印度程序，但法院认定，这些债权人在这一问题上没有履行举证责任，因而不能以此为据而拒绝承认所提出的申请。

3. Atlas Shipping A/S

2008年在丹麦启动的破产程序的丹麦破产管理人在美国提出申请，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

存在纽约各银行的资金实行的海事扣押。根据丹麦法律,所有此类扣押在破产程序启动时即告失效,不得对债务人的资产作进一步扣押。美国法院指出,在决定是否在根据《美国破产法典》第15章第1520条[《跨国破产示范法》第20条]可自动得到的救济之外再给予外国管理人承认后救济时,法院一般应遵循与外国法院礼让与合作的原则。法院指出,这样做的逻辑理由是,“服从外国破产程序往往有助于公平、有序、高效和系统地而不是随意、无规律和零散地分配债务人的资产”。法院认定,解除扣押符合给予丹麦程序礼让的原则,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。具体而言,法院认定所寻求的救济类别属于第15章第1521(a)(5)条和第1521(b)条[《跨国破产示范法》第21条第1(e)款和第2款]规定的范畴,能够使外国管理人收回在美国的财产并在外国案件中予以分配。美国法院得出结论认为,应当撤销所有扣押,扣押的资金应交还破产管理人在丹麦程序中予以管理。

4. Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd

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申请根据《美国破产法典》第15章在美国承认这些程序。美国法院在推理过程中首先指出,必须就外国程序是否符合第15章第1502条和第1517条[《跨国破产示范法》第2条和第17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,并审查了第15章第1516(c)条[《跨国破产示范法》第16条第3款]的推定,即债务人的注册办事处是其主要利益中心。法院指出,这一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,而且外国管理人负有举证责任。在审查推翻该推定所需证据类别时,法院提到《跨国破产示范法》第8条,其中指示对《跨国破产示范法》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。法院参考了欧洲联盟对“主要利益中心”概念的解释,注意到欧洲法院在*Eurofood*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”的推定。美国法院认定,

在本案中,外国管理人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;资金的投资经理人身处纽约;进行资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。在根据第15章第1502(5)条[《跨国破产示范法》第2条(c)项]审查开曼程序是否因在开曼群岛设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存款。法院拒绝给予承认,理由是该外国程序进行的地点并非债务人主要利益中心或营业所的所在国。在上诉时,这一裁定得到维持。

5. Betcorp Ltd (in liquidation)

Betcorp在1998年注册成立之时仅在澳大利亚营业,后来扩展业务,开始在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。该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,股东们以压倒性多数投票任命了清算人,在澳大利亚对该公司实行自愿清盘。根据法院收到的证据,该公司是有偿付能力的。继Betcorp在美国因侵犯版权被提起诉讼之后,澳大利亚破产管理人寻求在美国根据《美国破产法典》第15章承认澳大利亚程序,以便在澳大利亚的清盘程序中处理版权索赔。美国法院认定澳大利亚程序符合《美国破产法典》第101(23)条[《跨国破产示范法》第2条(a)项]的要求,并承认其为外国主要程序。

6. British American Ins. Co. Ltd

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

理人都在美国提出申请,要求根据《美国破产法典》第15章承认其各自的程序,根据第15章第1520条和第1521条[《跨国破产示范法》第20条和第21条]给予救济,根据第1530条[《跨国破产示范法》第30条]协调多个外国程序。该案的难题是,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(由设在特立尼达和多巴哥的全资子公司进行),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,债务人在巴哈马没有营业所,因而巴哈马程序不能被承认为外国主要或非主要程序。无可争议的是,在提交承认申请时,除外国管理人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。而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并开展业务;在该国的分支机构保留雇员;从事保险业务活动;在该国拥有与在当地开展保险业务有关的账户;且在目前拥有投保人。法院得出结论认为,因为债务人在圣文森特和格林纳丁斯拥有营业所,所以那里的程序是外国非主要程序。法院拒绝给予第15章第1530条规定的救济,理由是法院只承认了单独一项外国非主要程序。

7. Ivan Cherkasov

2010年至2013年期间,俄罗斯主管机关向英国主管机关提出了至少12项单独的司法协助请求,涉及俄罗斯针对与在俄罗斯进入清算程序的债务人公司有关联的某些当事人提起的刑事诉讼。这些请求均被拒绝,英国政府对其中几项请求表示,“英国无法提供所请求的任何援助,因为内阁大臣认为这样做可能损害英国的主权、安全、公共秩序或其他基本利益”。2016年4月,俄罗斯清算程序在英格兰被承认为外国主要程序。为支持申请承认令,外国管理人的律师向英格兰法院表示,该申请没有引起任何公共政策考虑,也没有提及刑事诉讼或司法协助请求。随后,外国管理人于2016年8月发表声明,表示他没有在申请承认令时将欺诈指控这一刑事诉讼事由告知承认法院,因为他认为这些指控与债务人或其清算没有任何联系。他接着说,既然现在有人指控称,清算程序是与欺诈有关的被指控犯罪计划的“表现”,他认为应当

提请接案法院注意这些事项。法院指示,承认令应维持有效。2017年9月,鉴于自获得承认后发生的诸多事件,外国管理人申请终止承认令。英格兰法院必须断定:(a)关于俄罗斯“DSL”破产程序中的外国管理人在根据2006年《跨国界破产条例》(《跨国破产示范法》在大不列颠的颁行法律)申请承认令时违反了其充分坦白披露义务的指控,法院是否应当审理并作出判决,尽管这一问题已经过期;(b)如果考虑充分披露的问题,外国管理人是否确实违反了义务;(c)是以未披露重要资料为由判定先前下达的承认令自始无效,还是应根据外国管理人的请求终止承认令。法院表示,虽然当事人一致认为承认令不应继续有效,但对于应当现在终止承认令还是声明承认令自始无效的问题存在分歧。此外,鉴于对不法行为的严重指控,法院就这一问题作出裁决符合公共利益。法院还认为,外国管理人在申请承认令时违反了充分坦白披露义务。法院未获充分告知相关重要事实,包括该案政治性很强这一事实。法院本应有机会根据《跨国界破产条例》附表1第6条[《跨国破产示范法》第6条]判定是否应以明显违背公共政策为由拒绝给予承认。因此,判定承认令自始无效。

8. Chow Cho Poon (Private) Limited

2007年,新加坡高等法院下令对在澳大利亚注册成立的Chow Cho Poon(周藻泮疗养院)公司进行清算,理由是这样做是公正和公平的(这项裁定并非以债务人破产为依据)。当发现该疗养院在澳大利亚拥有银行资产后,新加坡任命的清算人就这些资产提出了多项请求,而在澳大利亚承认清算人的任命之前,澳大利亚的有关银行拒绝执行请求。虽然寻求承认时依据的是其他立法,但法院考虑了这些规定对2008年《跨国界破产法》(《跨国破产示范法》在澳大利亚的颁行法律)的影响。特别是,法院审议了新加坡程序是否是《跨国破产示范法》第2条意义上的外国程序。法院认定,该清算人是第2条含义内的外国管理人,该项清算工作是一项司法程序,以及该公司的资产受到外国法院的控制或监督。两个问题仍有待审议:该疗养院是不是债务人,以及该程序是不是一项依据“与破产有关的法律”进行的程序。虽然法院指出,它对这两个问题本能的答复是

否定的,但考虑到英格兰法院(*Stanford International Bank Ltd*案)和美国法院(*Betcorp*案和*ABC Learning Centres*案)的裁定,因而得出结论认为,有明确的依据表明,“整部《新加坡公司法》或至少整套清盘规定可归类为‘与破产有关的法律’,即使这一特定的清盘令仅基于公正和公平的原则颁布,并且显然没有关于破产的任何(明示或暗示的)裁决”。关于第二个问题,法院指出,所参考的各项裁定都没有单独关注被清盘的公司是否被恰当地称为“债务人”的问题,各法院显然都满足于根据凡由“外国程序”处理的实体皆属相关“债务人”概念范畴这一基础开展工作。

9. Cinram International Inc

Cinram 集团是 CD 和 DVD 光盘的复制商和经销商,业务足迹遍布北美洲和欧洲。该集团的几个加拿大公司实体在遇到财务困难后,在加拿大启动了破产程序并寻求广泛救济,以便能够实行多项重组措施,并寻求授权其中一个债务人实体担任外国管理人,以争取加拿大程序在美国得到承认。除加拿大的公司实体外,该集团中还包括美国和欧洲的公司实体,尽管后者不构成破产程序中的一部分。加拿大程序的当事人争辩说该集团的主要利益中心是加拿大,并为支持这一主张提供了大量证据。法院启动了程序,并准予所寻求的救济。关于主要利益中心问题,法院在其命令中概述了加拿大债务人所提供的证据,并说明这样做只是为了提供信息。法院称,其明确承认,就主要利益中心所在地作出判定以及判断加拿大程序是否是《美国破产法典》第 15 章意义上的“外国主要程序”,都属于接案法院(在本案中是美国特拉华地区破产法院)的职能。

10. Creative Finance Ltd

债务人是根据英属维尔京群岛法律组建的,并通过设在英属维尔京群岛境外的外汇经纪人提供的账户从事外汇交易。其未在英属维尔京群岛开展任何业务,而是在英国开展业务,业务指令来自西班牙和迪拜。

在英属维尔京群岛启动破产程序之前，一家英国公司根据受英格兰和威尔士法律管辖的合同在英格兰对债务人提起诉讼。英格兰法院口头宣布将作出对原告有利的判决，并指示债务人作出安排以支付判决款项。但在正式登记判决之前，债务人在英格兰的账户中有超过950万美元被转至海外。随后，债务人在英属维尔京群岛提出自愿破产程序，并任命了自己的清算人，向其提供的资金仅够遵守英属维尔京群岛法律的最低要求（如向债权人发出通知、举行债权人会议以及向英属维尔京群岛法院提交材料），但不足以调查950万美元转账事宜或债务人内部人士提出的巨额索赔，也不足以确定债务人资产的所在地并予以清算。不过，该清算人得以寻求根据《美国破产法典》第15章（《跨国破产示范法》在美国的颁行法律）在美国承认英属维尔京群岛的程序。美国法院拒绝承认英属维尔京群岛的程序，理由是债务人在英属维尔京群岛既无营业所，也无主要利益中心[《跨国破产示范法》第17条]。债务人辩称，在程序启动一段时间过后，其主要利益中心已转移至英属维尔京群岛。尽管法院同意管辖该问题的先例法指示其考虑自提交承认申请之时起债务人的主要利益中心问题，但法院认为，鉴于清算人在这些程序中“活动极少”，债务人的业务继续在英属维尔京群岛以外开展。另一方面，英格兰诉讼中的判决胜诉债权人请美国法院驳回承认申请，理由是英属维尔京群岛的程序是恶意启动的。虽然法院注意到《跨国破产示范法》并未就此类驳回作出明文授权，但法院认为根据普遍适用的美国破产法律，可能有充分的理由予以驳回。不过，法院拒绝讨论恶意问题，因为它没有承认英属维尔京群岛程序是主要或非主要外国程序。

11. Condor Ins. Ltd (Fogarty v Petroquest Resources Inc)

在美国根据《美国破产法典》第15章承认根据尼维斯岛法律对一家尼维斯岛保险公司启动的破产程序之后，债务人的尼维斯岛管理人依据尼维斯岛法律在美国提起诉讼，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，理由是第15章第1521条和第1523条[《跨国破产示范法》第21条和第23条]并未授权外国主要程序或非

主要程序的外国管理人启动撤销诉讼,即使该程序已得到承认;而是允许外国管理人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。美国法院表示同意并驳回了该诉讼,第一次上诉时该裁定得到维持。外国管理人对这一裁定提出上诉,辩称第 1521 条和第 1523 条对外国管理人根据美国法律提起撤销诉讼的权力施加了限制,但并不限制根据外国撤销法律享有的权力。第二次上诉中推翻了第一次上诉作出的裁定。第二上诉法院认定,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,第 1521 条和第 1523 条只是在第 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。由于两个条款均未排除外国管理人根据外国法律在美国提起撤销诉讼,法院得出结论认为,这不一定意味着美国国会打算拒绝外国管理人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。如果不就本案作出裁定,尼维斯岛管理人将不能撤销有关交易;因为外国保险公司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,所以没有机会诉诸启动第 7 章或第 11 章程序的正常过程。法院得出结论认为,国会无意限制美国法院适用主要程序待决所在国法律的权力,因此第 15 章中没有任何规定排除这一结果。

12. Ephedra Products Liability Litigation

加拿大一债务人的加拿大破产管理人申请根据《美国破产法典》第 15 章在美国承认加拿大破产程序为外国主要程序。在美国,对同一债务人提出的多地区产品责任诉讼正在审理之中。在美国承认该程序为外国主要程序之后,加拿大法院核准了一项债权解决程序,以便简化对债务人提出的所有产品责任债权的评估和估价。加拿大破产管理人随后向美国法院申请承认并执行该命令。有人提出异议,理由是依照第 15 章第 1506 条[《跨国破产示范法》第 6 条],债权解决程序明显违背美国的公共政策,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,债权解决程序可以理解为允许债权办案人员在未经向相关当事人提供陈述机会的情况下拒绝接

纳证据并对债权实施清算。在为提供陈述机会而修订债权解决程序之后,法院得出结论认为,修订后的程序将符合正当程序的要求。关于否认陪审团审判权明显违背美国公共政策的说法,法院认为,第1506条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判权而不得承认和执行该程序。在得出该结论时,法院参考了《示范法颁布指南》和美国执行外国判决案例法,两者都强调,只有在特殊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。

13. Eurofood IFSC Ltd

Parmalat 在意大利注册成立并通过设在 30 多个国家的子公司开展业务; Eurofood 是 Parmalat 的一家全资子公司,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 的破产程序在启动申请提交之日即 2004 年 1 月 27 日已经在爱尔兰启动,这些程序属于主要程序。意大利破产管理人对爱尔兰的裁定提起上诉,爱尔兰上诉法院随后将某些问题提请欧洲法院作初步裁决。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《欧洲理事会破产条例》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境内的母公司这一事实,并不足以推翻上述条例所规定的推定。

14. Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum

Tannenbaum 是一名南非公民, 2007 年迁居到澳大利亚, 其南非破产管理人寻求根据 2008 年《跨国界破产法》在澳大利亚承认南非的程序, 以及有关审查债务人及其妻子和其他指定人员及实体事务的各项命令。法院审议了何处构成《跨国界破产法》第 17(2)(a) 条和第 16(3) 条 [《跨国破产示范法》第 17(2)(a) 条和第 16(3) 条] 意义上的债务人惯常居所, 其中注意到 *Williams* 诉 *Simpson* 案 (见下文) 中的裁定以及 1980 年 10 月 25 日《国际诱拐儿童民事方面的海牙公约》使用的该术语的解释。法院指出了两点。首先, 使用“惯常居所”这一表达方式, 可以考虑有哪些多种多样的情形影响到某人居所在以及该居所是否应被称为惯常居所的问题。其次, 所涉人员过去和目前的意图往往影响到特定情形的重要性, 例如某人与特定居住地相关联的持续时间。鉴于 Tannenbaum 已于 2007 年主观决定离开南非、自 2007 年起在澳大利亚生活和工作且在澳大利亚拥有惯常居所, 因此他保留南非国籍并且未采取任何步骤加入澳大利亚选民名册这一事实并不是决定性的。由于债务人不是南非的惯常居民, 在南非也没有营业所, 因此该外国程序不能被承认为主要或非主要程序。根据其他适用的立法准予了救济。

15. Gerova Financial Group, Ltd

Gerova 集团的两个实体都是在百慕大注册的。在一名证券分析员发表了一份报告声称 Gerova 实际上是一个庞氏骗局之后, Gerova 在美国遭起诉, 随后于 2011 年 5 月停止了所有业务。2011 年 10 月, 三个债权人申请在百慕大启动破产程序。程序应 Gerova 的请求而暂停, Gerova 设法清偿了其中两个债权人的债权, 并成功驳回了第三个债权人的债权要求。第四个债权人替代作为申请人, 并提出了一项经修订的申请, 对于该申请法院拒绝中止或驳回。但这的确使 Gerova 有机会全额偿付第四个债权人的债务。由于债务人未能这样做, 法院于 2012 年 7 月和 8 月下令对两个 Gerova 实体启动破产程序。清算人寻求根据《美国破产法典》第 15 章在美国承认百慕大程序; 当时正在审理对百慕大法院 7 月的命

令提出的上诉。一些债权人反对给予承认,理由是:(a)不必要,包括因为很多债权人都提出反对,(b)正在对启动令提出上诉,以及(c)由于这些原因,承认事宜将由第15章第1506条[《跨国破产示范法》第6条]的公共政策例外范畴所涵盖。法院认定,百慕大程序是外国主要程序,第15章第1507条[《跨国破产示范法》第7条]并未规定承认是以成本效益分析或多数债权人的批准为条件的;应由百慕大法院来决定是否应当启动程序,而不是由接案法院以重新审查这一必要性作为承认与否的条件;第15章第1517条[《跨国破产示范法》第17条]的措辞并未要求百慕大的裁定是终决裁定或不可上诉的裁定;由于百慕大法院的命令足以使清算人承担其职责,所以第15章第1518条[《跨国破产示范法》第18条]要求如果该命令在上诉时被推翻,清算人应当通知美国法院;本案概未违反可援引公共政策例外的根本重要性事项。

16. Gold & Honey, Ltd

2008年7月,债务人的首要债权人在以色列启动了破产财产接管程序,但由于发生了某些事件,以色列法院否定了对接管人的任命。2008年9月,重整程序在美国启动,债务人的首要债权人获悉该程序的启动。尽管在美国启动了程序,而且由于该程序的启动而自动适用了中止,但首要债权人继续向以色列法院申请任命一名接管人,争辩说自动中止不适用于其诉讼,也不适用于其任命接管人的申请。2008年10月,根据债务人的申请和有首要债权人出席的庭审,美国法院裁定,自动中止适用于债务人的财产,无论财产位于何处或由谁持有。虽然法院未涉及该项中止令是否具体适用于以色列的接管人任命或是否具有对首要债权人的个人管辖权的问题,但法院确实告知了首要债权人,如果其在以色列继续进行接管人程序,则风险自负。首要债权人继续进行接管人申请,2008年10月晚些时候,以色列法院裁定本法院拥有管辖权,并于2008年11月,不顾美国的程序和世界范围的中止令,任命了接管人,以清算债务人在以色列的资产。2009年1月初,首要债权人请求美国法院下令撤除对以色列接管人的自动中止令,或撤销美国的破产程序。2009年1月下旬,以色列接管人申请根据《美国破产法典》第15章在纽约承认以色列的程序,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)以色列管理人没有按《美国破产法典》第101(23)条[《跨国破产示范法》第2条(a)项]中的定义举证说明以色列程序系集体程序以及债务人的资产和事务已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;(c)第15章第1506条[《跨国破产示范法》第6条]中关于确立公共政策例外从而不予承认所要求的门槛已经达到。因而拒绝给予承认。尽管如此,法院认为,与债务人在以色列的财产有关的问题应由以色列法院裁决。

17. HIH Casualty and General Insurance Ltd; McGrath v Riddell

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,其中每个成员都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注册的公司。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。鉴于澳大利亚与英格兰在破产法和优先权安排方面存在差异,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,要求平等分配给所有债权人。澳大利亚破产管理人从澳大利亚法院取得一封寻求英格兰法院提供协助的请求函(本案发生在澳大利亚和大不列颠颁布《跨国破产示范法》之前)。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,该案中应当行使该权力。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意见一致(见上文第187-189段)。

18. Interdil Srl

在2001年7月之前Interdil的注册地一直是意大利，之后其注册办事处迁至英国，从意大利的公司登记册中除名，并加入了英国的公司登记册。在迁移时，一家英国公司集团收购了Interdil，几个月后，作为这次收购的一部分，Interdil在意大利的财产权转给了一家英国公司。2002年，Interdil从英国公司登记册除名。2003年10月，一个债权人在意大利巴里申请启动对Interdil的破产程序。Interdil对申请提出质疑，理由是只有英国法院才享有管辖权，Interdil寻求意大利高等法院就管辖权作出裁决。巴里法院并未等候这一裁决，于2004年5月启动了破产程序。2004年6月，Interdil对该命令提出上诉。2005年5月，意大利高等法院就第一项申请作出裁决，裁定巴里法院拥有管辖权，依据是债务人的主要利益中心是其注册办事处的推定可以推翻，因为在本案中债务人在意大利拥有不动产、有两家旅馆的租赁协议、与一家银行签订了合同，以及意大利公司登记处未被告知注册办事处的转移这一事实。巴里法院随后将一些问题提请欧洲法院作初步裁定。关于推翻注册办事处推定的问题，欧洲法院裁定，在确定债务人的主要利益中心时，必须更加重视其中央行政所在地，而中央行政所在地必须根据第三方可查明的客观因素来确定。当以第三方可查明的方式确定管理（包括作出管理决定和监督）是在与注册办事处相同的地点进行时，则不能推翻这一推定。法院称，若中央行政管理与注册办事处不在同一地点，则本案中引述的因素不足以推翻该推定，除非对因素进行全面评估后能够以第三方可查明的方式确定实际管理和监督中心位于另一地点。法院还认定，若债务人公司的注册办事处是在申请启动破产程序之前发生转移的，即推定主要利益中心是新注册办事处的所在地。

19. Jaffé v Samsung Electronics Co. Ltd

债务人公司的外国管理人申请在美国根据《美国破产法典》第15章承认在德国进行的破产程序，并且取得了成功。在承认的同时，《美国破产法典》的某些条款自动适用，但第365条除外，该条限制了破产管理

人否决某些合同的传统权力,规定知识产权被许可人可以作出选择,要么将许可合同视为经由破产管理人否决而终止,要么保留其根据许可享有的权利,只要继续支付所要求的特许权使用费。然而,破产法院的一则补充命令规定第365条可适用于第15章程序。根据德国破产法,未充分履行的合同自然无法强制执行。外国管理人告知债务人的专利被许可人他不会履行合同,而被许可人回应称要主张其在第365条下的权利。外国管理人请求修改补充令,并将第365条从可适用的《破产法典》条款清单中删除。法院限制了第365条的适用,如此一来,在外国管理人根据德国法律行使债务人权利时,被许可人将不受保护。被许可人对经修改的命令提出上诉。地区法院将案件发回破产法院,要求对第15章第1506条和第1522条[《跨国破产示范法》第6条和第22条]进行更详细的审查。

在发回重审时,破产法院拒绝向外国管理人给予救济,因为其请求的酌情救济会影响根据美国破产法给予被许可人的法定保护,从而损害美国促进技术创新的基本公共政策。法院还认为,即使没有这些公共政策考虑,外国管理人请求的救济也应被拒绝,因为根据《美国破产法典》第1506条[《跨国破产示范法》第6条],允许外国管理人单方面取消债务人的许可将“明显违背美国的公共政策”。

在直接上诉中,第四巡回法院的结论是,破产法院恰当地:(a)认识到根据第1521(a)条[《跨国破产示范法》第21条第1款]提出的酌情救济请求要求法院根据第1522(a)条[《跨国破产示范法》第22条第1款]考虑“债权人和包括债务人在内的其他相关实体的利益”;(b)将第1522(a)条解读为需要平衡各种受影响的利益。因为第1522条要求法院考虑一系列“往往相互冲突”的利益,上诉法院同意“根据所处的情形在考量相对伤害和利益的基础上平衡各方的利益”最有利于进行分析。在得出这一结论时,第四巡回法院与第五巡回法院一致反对以下说法,即第1506条[《跨国破产示范法》第6条]的公共政策例外排除了对第1522条中平衡检验的依赖。该法院还支持下级法院平衡债务人与被许可人利益的做法,并认为,考虑到本案涉及很多交叉许可协议,有必要适用《美国破产法典》第365(n)条,以确保保护被许可人在债务人的美国专利中的利益。由于上诉法院维持了破产法院根据第

1522(a)条的利益平衡标准作出的裁定,所以未对下级法院根据第1506条作出的另一项裁定(即剥夺美国专利被许可人享有第365(n)条所提供的保护将“明显违背美国的公共政策”)给予明确说法。

20. Kapila

债务人的外国管理人寻求在澳大利亚根据2008年《跨国界破产法》(《跨国破产示范法》在澳大利亚的颁行法律)承认在美国启动的程序。债务人为一名澳大利亚公民,在多米尼加共和国、印度尼西亚和美国等地有大量海外业务和财产利益。几乎没有直接证据能证明债务人目前的居所。法院审议了可确定债务人主要利益中心所在地的相关因素(《跨国破产示范法》第16条第3款)以及应当作出确定的时间(《跨国破产示范法》第2条(b)项和第17条)。在时间选择问题上,法院审议了解释《跨国破产示范法》的各个可用信息来源以及各个可能日期:(a)提出承认申请的日期,(b)外国程序启动的日期,(c)法院审议承认申请的日期。法院指出使用外国程序启动日期有种种优点,并接着表示,如果用其他可能的日期,结果可能会受债务人在启动外国程序后进行的活动和转移的影响,从而导致在不同国家产生多种结果。法院表示,这种做法无法实现《跨国破产示范法》序言和第8条规定的合作和提高法律确定性的目标。法院表示倾向于使用外国程序启动的日期。³¹⁵法院结合《跨国破产示范法》第16条第3款审议债务人的惯常居所所在地,并指出有多种多样的情形可能关涉到何处是债务人居所、该居所能否被视为惯常居所以及债务人过去和目前的意图对这些问题的影响。法院指出,这些意图不应被赋予决定性的权重,它们可能模糊不清,而且一名跨国债务人可能过着四处游走的生活,没有惯常居所。各种因素都指向其居所位于澳大利亚,包括这是债务人提供的居所地址,债务人在澳大利亚拥有不动产(未披露在美国的永久地权或租用地权),其分居妻子的证据也支持其居所位于澳大利亚。法院审议了《颁布和解释指南》第147段列出的因素,并认定根据《跨国破

³¹⁵ 法院指出,此前采用不同日期的裁定也并不算错: Moore案(法规判例法1477)和 Gainsford案(法规判例法1214; 见上文第14号案件)。

产示范法》第16条第3款作出的推定未被推翻。尽管债务人在美国有许多债权人和业务,但大量更有形的资产和确定的债权人,不论是有担保、无担保还是监管性的,似乎都在澳大利亚。然而,债务人近期在美国的业务交易足以构成在美国的营业所,而且该程序也被承认为外国非主要程序。在救济方面,法院根据《跨国破产示范法》第21条第(1)(e)项任命了一名澳大利亚从业人员作为指定人员。法院确信,根据《跨国破产示范法》第21条第3款,债务人在澳大利亚的资产应在美国非主要程序中予以管理,并且债权人的利益根据《跨国破产示范法》第21条第2款得到了充分的保护,特别是因为美国法庭已经下达命令:(a)允许外国债权人,包括澳大利亚税务局副局长,提起和证明债权并参与美国程序;(b)规定这些债权将与其他一般非担保债权人享有同等待遇和地位。³¹⁶ 法院接着表示,所作救济命令对副局长施加的限制将不会大于债务人根据澳大利亚法律宣布破产并根据该法律管理其财产的情况。

21. Lightsquared LP

债务人包括Lightsquared及其大约20家分公司,其中16家分公司在美国注册并设有总部,三家分公司在加拿大不同省份注册,一家在百慕大注册。每家公司都在美国启动了自愿重整程序;2012年5月,Lightsquared作为债务人的外国管理人,寻求在加拿大根据1985年《公司债权人安排法》(《跨国破产示范法》在加拿大颁行法律)承认美国程序为外国主要程序,以及承认美国法院的某些命令和某些辅助救济。加拿大法院考虑了债务人实体的组织结构事实,以确定加拿大实体的主要利益中心所在地。法官的结论是,在需要超越注册办事处推定的情况下,综合考虑下列主要因素往往能表明程序启动所在地是否是债务人的主要利益中心:(a)该所在地易于为债权人所查明;(b)该所在地是债务人主要资产或业务运作的地点;(c)该所在地是债务人进行管理的地点。根据这些因素,法官认定加拿大实体的主要利益中

³¹⁶ 见Akers [Akers] 诉Saad Investments有限公司(法规判例法1219、1332和1474),在该案中,法院下令保护税务局副局长,以免其无法在外国主要程序中提起和证明税收债权。在此前判例汇编中,外国管理人的名称为“Akers”而非“Akers”。

心在美国,承认外国程序为外国主要程序,承认美国法院的命令,并准予所寻求的辅助救济。

22. Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc

债务人在美国和加拿大开设和通过特许经营方式经营全套服务的英式酒吧。2011年6月,在美国启动了第11章程序,并寻求根据1985年《公司债权人安排法》在加拿大承认这些程序。除在加拿大注册成立的三个集团成员外,其余11家债务人公司均在美国注册成立。加拿大法院审议了与确定三家加拿大公司主要利益中心所在地相关的因素,认定下列三个因素一般是重要因素:(a)债务人总部或总公司职能或“神经中枢”所在地,(b)债务人实行管理的所在地,以及(c)重大债权人所确认的公司业务中心的所在地。虽然在具体案件中可能有其他相关因素,但法院认为,其他因素应当视为次要因素,而且其意义仅限于涉及或支撑三个主要因素。在对实际情况适用这些因素之后,加拿大法院注意到:所有第11章债务人的总公司都设在波士顿;该集团北美洲业务作为一个整体运作,所有决策都集中在波士顿的总公司;债务人管理层的所有成员以及人力资源、会计/财务、其他行政职能和信息技术职能部门都设在波士顿。法院认定,加拿大公司的主要利益中心位于波士顿,承认美国程序作为外国主要程序,并准予了在承认时必须给予的救济之外的附加救济,主要是承认了美国法院在第11章程序中的某些命令。

23. Metcalfe & Mansfield Alternative Investment

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;此前该拟议计划得到批准,在所有参与的票据持有人中赞成者占96%(按数量和价值计算)。这些命令于2008年8月在上诉中得到维持,并于2009年1月生效。随着加拿大法院批准了最终的现金分配安排,

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,加拿大破产管理人申请根据《美国破产法典》第15章在美国承认加拿大程序为外国主要程序,并请求作为承认后的救济在美国执行加拿大的命令。承认获准。加拿大的命令包括第三方非债务人免责和禁令,其范围大于美国法律所允许的程度。在这些命令的执行方面,法院审议了第15章第1507条[《跨国破产示范法》第7条,但美国版本有所扩充],其中要求在确定是否在承认外国程序之后给予外国管理人额外援助时要考虑一系列因素。法院指出该条款规定的承认后救济在很大程度上可以酌情处理,取决于体现礼让原则的主观因素,为此援引了*Bear Stearns*案中的裁定。法院还指出,第15章第1506条[《跨国破产示范法》第6条]规定,如果向外国程序给予承认将明显违背美国公共政策,则对承认作出限制。法院指出,礼让原则并不要求在美国可得到的救济与外国程序完全相同,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,因此批准了关于执行这些命令的请求。

24. Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd

两个债务人(一个子基金和一个母基金)是在百慕大注册成立的海外投资基金,投资于发展中国家发行者的主权债务和公司债务工具。在母基金成立之后,子基金将其全部资产基本上转至母基金,以换取对母基金97%的所有权利益。2008年10月,两个基金遭遇严重的现金流问题,多次未能响应追加保证金通知。基金董事在百慕大申请启动清算程序,法院于2009年启动该程序,并指定了外国管理人作为两个基金的清算人。清算人向设在美国的若干实体寻求非正式证据开示,但在谈判非正式出示文件的努力失败后,清算人转而寻求根据《美国破产法典》第15章在美国承认百慕大的程序。在一审时,美国法院认为,债务人的主要利益中心应当参照外国程序的启动日期来确定,而两个债务人在该日期的主要利益中心都在百慕大。关于主要利益中心所在地的裁定受到质疑,理由是有关债务人事务安排的一些事实表明主要利益中心在英国。关于日期的裁定没有受到质疑。在上诉时,法院根

据五个因素(债务人总部所在地、债务人管理者所在地、债务人主要资产所在地、将受案件影响的债务人多数债权人的所在地,以及适用于大多数争议的适用法律所属法域)以及债权人和其他有关第三方对基金主要利益中心是否可确定的期望,对案情进行了评估。法院的结论是,虽然其中一些因素可能表明主要利益中心在英国,但绝大多数证据都证明百慕大是债务人的主要利益中心,无论主要利益中心是以启动外国程序之日来确定,还是以提交第15章申请之日来确定。³¹⁷

25. Morning Mist Holdings Ltd v Krys (In re Fairfield Sentry Ltd)

债务人公司在英属维京群岛注册成立并设有注册办事处,主要服务于非美国人和美国某些享受免税的实体,助其在Bernard L. Madoff Investment Securities LLC投资。债务人停止业务几个月后,其股东和债权人于2009年在英属维京群岛申请为每个债务人公司指定清算人。2010年寻求根据《美国破产法典》第15章在美国承认英属维京群岛程序为主要或非主要程序。美国一审法院认定,债务人的主要利益中心在英属维京群岛,因为那里是债务人“神经中枢”所在地,是债务人设有总部并指挥、控制和协调公司活动的地方。法院在审查评估主要利益中心的时间时指出,即使是侧重于申请承认时间的法院(*Betcorp*案、*British American Ins. Co. Ltd*案和*Ran*案)“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(即内部人员谋私利、不当操纵、公然阻挠第三方预期)”,新出现的判例并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,在债务人停止交易的情况下,债务人的主要利益中心可能会交由破产管理人掌控,由于这一事实,加上注册办事处的所在地,表明债务人的主要利益中心在英属维京群岛。在向地区法院上诉后,这一裁定得到维持,随后又得到第二巡回法院的维持。上诉法院明确否定了在*Millennium Global*案中法院的结论,即确定一实体的主

³¹⁷下文所述*Morning Mist*案件的裁定详细讨论了*Millennium Global*案的裁定,并明确否定了其结论,即确定主要利益中心的日期应当是寻求承认的破产程序的启动日期,而不是第15章案件的启动日期。

要利益中心应以外国程序的启动日期而不是承认申请的启动日期为依据。

26. Pirogova

俄罗斯清算程序的外国管理人寻求美国承认这些程序为外国主要程序。美国法院必须考虑债务人是否在俄罗斯有主要利益中心或营业所。法院认为,所提供的证据不足以构成依据,使法院认定截至申请之日债务人的住所或惯常居所是俄罗斯。提出的证据包括债务人在莫斯科有子女、孙子女和朋友;持有有效的俄罗斯国内护照;一直是莫斯科一家游艇俱乐部的长期会员;仍然在俄罗斯为一辆机动车投保;在俄罗斯拥有资产,其债权人期望债权在俄罗斯破产程序中得到裁决,并一直在实施欺诈、逃避债务和躲避俄罗斯当局。法院在考虑这些证据的同时,还权衡了以下因素:债务人在2008年声明意图永久离开俄罗斯并不再在俄罗斯居住;她已于2008年获得美国永久居留身份;没有直接证据证明她在申请之日在俄罗斯有惯常居所。法院还认为,证据不足以认定债务人在俄罗斯有营业所并在该营业所开展非临时性经济活动;尽管她可能在莫斯科拥有一套公寓,但几乎没有证据证明她在该地址从事过这种经济活动。此外,参与债务人所拥有公司(但目前处于破产的后期阶段)的破产程序的能力并不满足“最低限度管理”的要求,破产程序的存在本身也不构成经济活动。法院拒绝承认俄罗斯程序为主要或非主要程序。

27. Ran

债务人是一家以色列公司的首席执行官。在公司出现财务困难后,债务人于1997年4月离开以色列,移居美国。1997年7月,在以色列对债务人提起了非自愿破产程序。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《美国破产法典》第15章承认以色列程序为外国主要程序或非主要程序。美国法院驳回该申请,以色列管理人提

起上诉。上诉法院发回案件要求提供进一步的事实认定。在审理发回的案件时,下级法院再次拒绝承认该外国程序为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维持。不承认债务人主要利益中心位于以色列的裁定以下述事实为依据: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居所;(c)将其财务完全放在美国;(d)表示无意返回以色列。至于拒绝承认为非主要程序,裁定的依据是债务人在以色列没有第15章第1502(5)条[《跨国破产示范法》第2条(c)项]定义所指的营业所。外国管理人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。

28. Rubin & Anor v Eurofinance SA and others

针对The Consumer Trust的破产程序于2007年在美国启动,破产程序管理人寻求根据2006年《跨国界破产条例》(《跨国破产示范法》在大不列颠的颁行法律)在英格兰承认这些程序,并寻求执行美国法院关于Eurofinance应对The Consumers Trust的债务承担责任的判决。The Consumers Trust是一家商业信托公司,是美国法律承认的法律实体。2009年,英格兰一审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。对驳回执行申请提出的第一次上诉获准,法院得出结论认为,关于执行或不执行外国对当事人判决的普通规则并不适用于破产程序,破产程序中为所有债权人共同利益而对第三方提起诉讼的现有机制与破产的集体性质密不可分,而不仅仅是附带的程序事项。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一般规则。在第二次上诉时,最高法院否定了上诉法院的做法,驳回了执行判决申请。法院认定,法院令应遵守国际私法的一般规则,而普通法执行的任何条件皆未得到满足。法院还认为,《跨国破产示范法》第21条和第25条涉及的是程序事项,并没有默示授权法院对第三方执行外国破产判决。

29. Sivec Srl

债务人成功在美国根据《美国破产法典》第15章将一项意大利重整程序承认为外国主要程序,并获得对自动中止令的变更,以允许在美国对两项可能相互抵消的债权提起诉讼。诉讼的结果是第一项债权主张意大利债务人胜诉,第二项为美国债权人胜诉。债权人随后寻求免除自动中止令,以便抵消这两笔数额,而意大利债务人则请求执行重整程序;重整程序显然要求债权人支付第一项判决令的债权,而使其无法在意大利案件中根据第二项判决令追要欠款,因为债权人没有及时提出债权请求(债权人称从未收到适当的通知)。美国法院判定,将不会给予意大利程序礼让,因为意大利债务人“未能提供关于意大利法律的情况、意大利破产案件的状况,也未履行其在请求礼让时的举证责任”。法院对未通知债权人表示特别关切,认为缺乏正当程序的基本要素,而且未能保护美国债权人的利益。法院行使其所称的“在本案中形成适当救济的广泛自由度”,裁定债权人应当得到免于中止令的救济,以便根据美国法律行使抵消或收回权利。

30. SNP Boat Service, S.A. v Hotel le St. James

SNP Boat Service 是一家法国公司,与第三方缔结了合同,该合同要求其接受加拿大公司 St. James 的财产折旧交易。合同的履行出现了问题,争端导致在法国和加拿大进行诉讼。在法国启动了对 SNP 的破产程序,St. James 在该程序中提出了债权主张。在加拿大的诉讼中,法院作出缺席判决,判 St. James 胜诉; St. James 寻求对 SNP 在美国的财产执行该判决。财产出售前,外国管理人寻求根据《美国破产法典》第15章在美国承认法国的程序。承认获准,并对美国财产的出售下达了中止令。财产随后被交给外国管理人,但禁止将其移出法院的法域,并且其出售需经由法院批准。外国管理人接着寻求批准将财产发还法国,以便根据法国的程序进行处理。St. James 表示反对,除其他外,声称其利益在法国程序中不会得到第15章第1522(a)条[《跨国

破产示范法》第22条第1款]规定的“充分保护”。下级法院下令进行证据开示,以确定 St. James 作为债权人的利益在法国程序中是否得到充分保护,法院最终否决了发还请求,指示将财产移交给有关地方官员,并驳回了第15章程序。在上诉时,法院认定,并不排除使自己确信在外国债权人的利益总体上受到充分保护之后才将财产移交到外国法域。但是,法院否定了关于它可以调查债权人在法国将得到的个别待遇的主张,认定“破产法院无权调查特定债权人的利益在任何特定外国程序中是否得到充分保护”。法院得出结论认为,证据开示令和否决发还请求都滥用了自由裁量权,并将案件发回下级法院进一步审理。

31. Stanford International Bank Ltd

2009年2月,美国证券交易委员会对一家公司集团的所有人(“X先生”)和X先生下属公司、包括“Y”公司提出投诉,指控存在证券欺诈等行为。在同一天,美国法院任命了一名接管人,接管包括Y公司在内的X先生下属公司集团的资产和X先生本人的资产。X先生拥有美国及安提瓜和巴布达双重国籍,Y公司在安提瓜和巴布达注册成立并设有注册办事处。2009年4月,安提瓜和巴布达法院发出清盘令,并为Y公司任命两名清算人。美国的财产接管人以及安提瓜和巴布达的清算人都根据2006年《跨国界破产条例》(《跨国破产示范法》在大不列颠的颁行法律)在英格兰申请承认。他们均声称,他们各自被委派的破产程序才是《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,而且按照 *Eurofood* 案的检验标准,Y公司主要利益中心在其注册办事处所在地安提瓜的推定没有被推翻。至于美国的程序,英格兰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《跨国界破产条例》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”,从而防止对投资者造成损害,而不是《跨国破产示范法》第2条(a)项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。

32. Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd

一家根据百慕大法律注册成立的公司(“公司”)的临时清算人寻求根据2006年《跨国界破产条例》(《跨国破产示范法》在大不列颠的颁行法律)承认该公司在百慕大的清算为外国主要程序。百慕大上诉法院已下令根据1981年《百慕大公司法》以公正和公平的理由对该公司进行清盘,该公司在下达命令时无可争议地具有偿付能力。英格兰法院必须裁定,接受公正和公平清盘的非破产公司是否可以获得《跨国界破产条例》的承认。接案法院指出,《跨国破产示范法》旨在关注根据与破产有关法律启动的程序,而不是关注如何界定破产。法院认为不应要求接案法院调查实体的破产情况,而且完全不清楚如何确定财务困境和最低限度。此外,这将与允许高效承认这一目标背道而驰,因为在承认过程中需要进行事实调查,而这是《跨国破产示范法》有意避免的。因此,法院认定可以在大不列颠承认百慕大的清盘程序为外国程序。由于公司的注册办事处所在地是主要利益中心,没有相反的证据,所以在百慕大的清盘程序被承认为外国主要程序。

在审查时,法院广泛分析了《跨国破产示范法》第2条(a)项中“外国程序”含义的起源和起草历史,以及该术语的国际解释。其结论是,第2条(a)项中的“目的”一词应理解为是指破产(清算)或严重财务困境(重整)的目的。法院接着指出,如果将“外国程序”解释为涵盖有偿付能力的债务人,尤其是涵盖受与破产有关法律管辖但旨在为成员而非债权人带来回报的诉讼,这将违背《跨国破产示范法》的既定宗旨和目标。法院也不认同如果以这种方式限制“外国程序”的适用,则每个法院都必须对破产进行调查的说法,并指出绝大多数案件“将是显而易见的”。法院终止了承认令。

33. Think3 Inc

债务人(Think3 Inc)是原先在意大利和美国成立的几家公司的接替者,在美国注册成立,在意大利设有分公司,在包括意大利和日本在内

的六个国家设有子公司。2011年4月在意大利启动了破产程序,随后于2011年5月在美国启动了第11章程序。2011年8月1日,在美国寻求对意大利程序的承认。2011年8月11日,寻求在日本根据2000年《承认和协助外国破产程序法》(《跨国破产示范法》在日本的颁行法律)承认美国的程序,且当天即获得承认和某些救济。2011年10月,又在日本寻求对意大利程序的承认,理由是债务人的主要营业地(在颁布《跨国破产示范法》的日本法律中使用这一术语,被认为与主要利益中心的含义实质上相同)³¹⁸在意大利,而不是美国。在确定债务人主要营业地方面应予考虑的因素时,日本一审法院参考了贸易法委员会为修订《颁布指南》而正在开展的工作。法院认为,虽然应考虑到世界各地不同法院提出的所有各种因素,但重点应当是总公司职能的所在地、关键资产所在地、债务人实际营业地、债务人业务管理所在地,以及该所在地是否可为债权人所知悉。关于时间问题,法院认为,确定日期时应当参照对债务人提起第一个破产程序的时间或该程序启动的时间。法院根据应考虑的各种因素审议了债务人近期历史的复杂事实,得出结论认为,债务人的主要营业地在美国。上诉时法院维持原判。

34. Toft

债务人是德国破产程序的主体,他拒绝与外国管理人合作,藏匿资产并迁至一个未知的国家。外国管理人在德国程序中获得了对于信件和电子邮件的截取令,并在英格兰获得了对德国程序的单方面承认和对德国邮件截取令的强制执行。外国管理人寻求根据《美国破产法典》第15章在美国承认德国的程序,以及在美国强制执行邮件截取令的单方面救济,强制某些服务提供商向其披露和发送目前在提供商服务器中储存的债务人的所有邮件以及今后收到的邮件。因为美国法律不对破产管理人提供这类救济,而且这样做将违反关于隐私和窃听的某些立法而带来刑事责任,所以美国法院拒绝给予所寻求的救济,认为根据第15章第1506条[《跨国破产示范法》第6条],这种救济明显违背

³¹⁸ 见上文脚注176。

美国公共政策。救济被拒绝不妨碍外国管理人仍有权按照美国法律的要求在发出通知后寻求承认。

35. Videology Ltd

Videology Inc (“股份有限公司”)是一家在美国注册的公司,其全资子公司 Videology Ltd (“有限责任公司”)在英国注册成立;在美国启动了关于这两家公司的第 11 章程序,随后寻求根据 2006 年《跨国界破产条例》(《跨国破产示范法》在英国的颁行法律)对该程序给予承认和救济。高等法院认定,股份有限公司的主要利益中心确实在美国。因此,高等法院承认与股份有限公司有关的第 11 章程序是外国主要程序,并下令采用一种经修改的机制,中止对它的个别诉讼、程序和执行行动。但法院驳回了有限责任公司的主要利益中心也在美国这一说法。相反,法院认定,有限责任公司的注册地点(英国)是主要利益中心的推定没有被推翻。有限责任公司的主要资产在英国,它的大部分业务是在英国聘用当地雇员开展的,其合同涉及英格兰法律和管辖权,这些要素都是其债权人可查证的。此外,一份与该公司有关的贷款协议表明其主要利益中心在英格兰。因此,法院认定有限责任公司的主要利益中心在英国,并驳回了将有限责任公司的第 11 章程序承认为外国主要程序的申请。不过,法院得出结论认为,由于存在一个营业所,与美国的联系证明有理由承认该程序为外国非主要程序。法院还根据《跨国破产示范法》第 21 条批准了与该程序有关的酌情救济,保护有限责任公司免受债权人索赔的影响,并委托第 11 章程序中的美国法院监督有限责任公司资产的变现和分配。法院指出,在这种情况下,如果在美国通过第 11 章程序进行协调出售,将充分保护有限责任公司债权人的利益,对债权人是有利的。

36. Vitro S.A.B. de C.V.

Vitro 是一家控股公司,连同其子公司一起构成墨西哥最大的玻璃制造商。2003 年至 2007 年间, Vitro 借入大笔资金,贷款方主要是美国投资

人,以三期系列无担保票据作为凭证,其到期日分别是2012年、2013年和2017年,主要由其所有子公司提供担保。这些担保由纽约法律管辖,担保条款规定,不会因为涉及Vitro的任何资不抵债、重整或破产程序而进行的任何清算或解除责任导致担保人解除或取消责任或以其他方式受到影响,而且发生的争议将在纽约进行诉讼审理。2008年,Vitro宣布打算重组债务,并停止支付无担保票据。2009年,Vitro与其最大债权人之一签订了若干协议,导致Vitro产生了大量公司间债务。这笔债务直到交易完成约300天后才向无担保票据持有人披露,使得这些交易超出了墨西哥规定的270天嫌疑期;公司进入破产程序前在嫌疑期内的交易本应接受额外审查。2009年至2010年间,Vitro进行了多轮重整谈判,但其提议遭到债权人拒绝。2010年12月,Vitro根据墨西哥《企业重整法》提出申请。该项申请最初被否决,因为Vitro未能达到不需要依靠公司间债权而获得支持这一申请所需的至少40%债权人的批准,但在上诉时这一裁定被推翻,Vitro于2001年4月被宣布破产。随后与得到承认的债权人(包括持有公司间债务的债权人)谈判了一项重整计划,其中除其他外,规定消灭无担保票据和解除担保人所负有的债务责任。该计划最终获得所需比例债权人的批准,并于2012年2月获得墨西哥法院批准。随后这一批准裁定遭到上诉。对重整不满的债权人试图以各种方式收回无担保票据和担保款项。在纽约启动的一项诉讼中,法院认定,纽约法律适用于这些担保,禁止未经双方同意而解除、取消或更改债务担保责任。2011年4月寻求在美国根据《美国破产法典》第15章承认墨西哥程序,并最终获准作为外国主要程序。此裁定遭到上诉。2012年3月,Vitro的外国管理人在美国寻求多项救济令,包括强制执行墨西哥的重整计划以及禁止在美国对Vitro提出某些诉讼的禁令,但这些请求被否决。对这一裁定提出了上诉,理由是法院拒绝强制执行计划是在法律问题上失误,因为其换置了非债务人当事人的债务担保责任。在上诉时,美国法院维持了承认墨西哥程序的命令和拒绝所寻求救济的命令,理由是,虽然在特殊情况下,法院根据第15章可以执行一项消灭非债务人当事人债务责任的命令,但Vitro未能证明本案中存在特殊情况。

37. Williams v Simpson; Williams v Simpson (No. 5)

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。英格兰程序启动的依据是债务人对提出申请的债权人所欠债务,债权人在诉状中称债务人的主要利益中心不在欧洲联盟成员国之内,而且债权人可以申请对“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)申请在新西兰根据2006年《破产(跨国界)法》(《跨国破产示范法》在新西兰的颁行法律)承认英格兰程序,并寻求临时救济。2010年9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。³¹⁹2010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《跨国破产示范法》规定的外国程序,但该程序既非外国主要程序,因为债务人惯常居所在新西兰,也非外国非主要程序,因为不符合《跨国破产示范法》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,因为他仍在该国对业务活动进行清盘,但不能因此认定他事实上在那里拥有“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《跨国破产示范法》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,随后按变卖后所获任何收益的分配方面可能需要遵循的任何进一步指示进行处理。

38. Yakushiji; Yakushiji (No. 2)

有两家分别在日本和巴拿马注册成立的船运公司,其民事再生程序在日本启动,随后寻求在澳大利亚根据2008年《跨国界破产法》(《跨国破产示范法》在澳大利亚的颁行法律)承认日本的民事再生程序。根据《跨国破产示范法》第19条下达了单方面临时救济命令。因为两

³¹⁹ 另见上文脚注221关于准予的临时救济。

个债务人的主要利益中心都在日本, 两项程序都被承认为外国主要程序。关于第二债务人的主要利益中心, 法院确信其在巴拿马没有资产; 它是由身处日本的人控制的第一债务人的全资子公司; 由于没有自己的雇员, 它依赖第一债务人的雇员, 其中大多数人居住在日本; 它在日本执行行政职能, 包括会计核算、编制财务报告、编制预算和现金管理; 其大部分债权人都在日本。法院下达了支持承认的多个命令, 包括依据《跨国破产示范法》第21条将第一债务人在澳大利亚所有资产的管理或变现事宜委托给外国管理人; 声称持有担保权益的人提出的关于由澳大利亚签发对第一债务人拥有或包租的任何船舶的扣押令的任何申请, 应向联邦法院的法官提交, 并在提出任何此种申请时提请法院注意本申请中以及 *Yu 诉 STX Pan Ocean Co Ltd* 案 [2013] FCR 189 (法规判例法 1333) 中下达命令的判决理由; 任何声称对第一债务人拥有或包租的任何财产或船舶拥有担保权益的人, 或声称是第一债务人的债权人的人, 均有申请更改或撤销这些命令的自由。法院指出, 这些命令给予船运公司的保护不应被视为必然会使作为留置权债权的正当海事索赔请求权失效, 任何留置权债权 (以及任何“准留置权债权”) 的地位问题将需要在诉讼中解决, 除非已就该事项达成一致意见。法院继而指出, 预先阻止这类索赔请求权抗辩排斥外国程序是错误的, 但仅仅因为可能存在这类索赔请求权就阻止外国程序得到《跨国破产示范法》的颁行立法的支持也是错误的。随后 (在 *Yakushiji* 案, No. 2 中), 法院收到了外国程序状况发生“重大变化”的通知, 即日本法院在再生计划被接受后终止了该程序。接受该计划的一个后果是先前被指定为两家公司破产管理人的官员辞职。由于先前根据《跨国破产示范法》下令提供的保护不再合适, 因此寻求撤销这些命令。法院认为, 在发生这种重大变化的情况下, 《跨国破产示范法》第18条规定的义务所适用的外国管理人不复存在, 公司应根据第18条通知法院。法院还审议了《跨国破产示范法》第20条和第21条规定的中止期限, 得出结论认为, 中止期限不会持续到外国程序结束之后 (根据 *In re Daewoo Logistics Corporation*, 461 B.R. 175, (Bankr. S.D.N.Y. 2011), 法规判例法 1315)。

39. Zetta Jet

在新加坡注册成立的 Zetta Jet Pte Ltd (“新加坡 Zetta Jet”) 拥有在美国成立的 Zetta Jet USA, Inc (“美国 Zetta Jet”)。2017 年 9 月 15 日, 新加坡 Zetta Jet 和美国 Zetta Jet (下文简称“Zetta 实体”) 在美国破产法院启动了第 11 章程序。2017 年 9 月 18 日, 新加坡 Zetta Jet 的股东之一 Asia Aviation Holdings 私营有限公司 (AAH) 从新加坡高等法院获得禁令, 禁止新加坡 Zetta Jet 及其其他股东继续进行美国破产程序, 或采取与之相关的步骤。尽管有这一禁令, 但美国的破产程序仍然继续, 并转换为第 7 章程序。最终, 美国破产法院授权指定的第 7 章托管人在新加坡启动承认程序。AAH 对申请进行干预, 反对准予承认, 理由是美国的程序是在违反新加坡法院令的情况下进行的。高等法院在作出裁定时认为, 新加坡在《公司法》(“新加坡法律”) 附表十中颁布的《跨国破产示范法》改变了《跨国破产示范法》条款中使用的一些措辞。特别是, 新加坡法律省略了《跨国破产示范法》第 6 条中的“明显”一词, 允许新加坡法院在承认令“违背”公共政策、而不是明显违背公共政策的情况下拒绝承认外国程序。虽然省略“明显”一词的原因没有得到记录, 但新加坡法院得出结论认为, 由于这一省略是故意的, 新加坡基于公共政策理由的排除标准低于未作修改颁布《跨国破产示范法》第 6 条的法域。在本案中, 对违反了新加坡禁令的第 7 章托管人给予承认会破坏司法。然而, 如果完全否决对第 7 章托管人的承认, 将使 Zetta 实体无法撤销新加坡禁令, 因为 Zetta 实体正在美国进行清算。基于公正和公平的原则, 法院对第 7 章托管人给予有限的承认, 但仅使之得以申请撤销新加坡禁令或就禁令提出上诉。这种有限的承认是在考虑到新加坡法律第 8 条 [《跨国破产示范法》第 8 条] 的情况下作出的, 其中规定需要顾及《跨国破产示范法》的国际性并促进其得到统一适用。法院指出, 所给予承认的有限性可认为是根据《跨国破产示范法》第 17 条第 4 款对承认的一种修改, 或是根据《跨国破产示范法》第 21 条第 1 款作出的一种救济, 因为申请人已在其提交的材料中列入类似的内容。

法院随后准予完全承认该外国程序, 认定新加坡子公司的主要利益中心在美国, 考虑主要利益中心的日期为申请承认的日期。

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

A. 委员会的决定

1. 2011年7月1日,联合国国际贸易法委员会在其第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,越来越多的案件涉及业务遍布全球范围以及企业和个人在不止一个国家拥有资产和利益的情形,

“又注意到如果破产程序的主体是在不止一个国家拥有资产的债务人,通常会迫切需要在监督和管理这些债务人的资产和事务方面进行跨国界合作与协调,

“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》)能显著推动建立一个统一的法律框架,以处理跨国界破产事宜并促进协调与合作,

“认识到跨国界合作与协调及其实际落实方式尚未得到广泛了解,

^a联合国出版物,出售品编号:C.99.V.3。

“深信关于《示范法》的解释和现行做法的信息如易于法官调阅,供其在破产程序中参考和使用,就有可能推动更广泛地使用和理解《示范法》,促进跨国界司法合作与协调,避免不必要的延误和费用,

“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》),并授权秘书处根据委员会审议情况编辑和审定该文本;

“2. 请秘书处建立一个机制,持续以编制文本时的灵活方式更新《司法角度的审视》,确保保持其中立基调,继续实现其既定宗旨;

“3. 请秘书长公布根据本决定第2段不时更新或修订的《司法角度的审视》案文,包括以电子方式公布,并将其转发各国政府,请其将案文提供给有关主管部门,使其广为人知并可供查阅;

“4. 建议法官、破产从业人员和参与跨国界破产程序的其他利益攸关方酌情适当考虑《司法角度的审视》;

“5. 又建议所有国家继续考虑实施《示范法》。”

B. 大会第 66/96 号决议

2. 2011年12月9日,大会通过了以下决议:

跨国界破产示范法：司法角度的审视

“大会,

“回顾其1966年12月17日第2205 (XXI)号决议,其中设立联合国国际贸易法委员会,其目的是为各国人民的利益,特别是为发展中国家人民的利益,促进国际贸易法的逐渐协调和统一,

“注意到如果个人和企业在全球范围开展业务且在不止一个国家拥有资产和利益,要高效率处理这些个人和企业的破产事宜,就需要在监督和管理这些资产和事务方面进行跨国界合作与协调,

“考虑到《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》¹能显著推动建立一个统一的法律框架,来有效处理跨国界破产事宜并促进合作与协调,

“认识到关于跨国界破产案件的合作与协调以及《示范法》的实际落实方式尚未得到广泛了解,

“深信关于《示范法》的解释和现行做法的信息如易于法官调阅,供其在破产程序中参考和使用,就有可能推动更广泛地使用和理解《示范法》,促进跨国界司法合作与协调,避免不必要的延误和费用,

“满意地注意到委员会第四十四届会议于2011年7月1日完成并通过《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法:司法角度的审视》,²

“注意到《跨国界破产示范法:司法角度的审视》是与各国政府、法官和其他破产专业人员协商拟订的,

“1. 赞赏联合国国际贸易法委员会完成并通过《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法:司法角度的审视》;²

“2. 请联合国秘书处建立一个机制,持续以编制文本时的灵活方式更新《跨国界破产示范法:司法角度的审视》,确保其保持中立基调,继续实现其既定宗旨;

“3. 请秘书长公布根据本决议第2段不时更新或修订的《跨国界破产示范法:司法角度的审视》案文,包括以电子方式公布,并将其转发各国政府,请其将案文提供给有关主管部门,使其广为人知并可供查阅;

“4. 建议法官、破产从业人员和参与跨国界破产程序的其他利益攸关方酌情适当考虑《跨国界破产示范法:司法角度的审视》;

¹《贸易法委员会跨国界破产示范法及颁布指南》(联合国出版物,出售品编号:C.99.V.3),第一部分。

²《大会正式记录,第六十六届会议,补编第17号》(A/66/17),第198段。

“5. 又建议所有国家考虑执行《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》。¹

第 82 次全体会议

2011 年 12 月 9 日”

