



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十九届会议
2010年12月6日至10日，维也纳

破产法

《贸易法委员会跨国界破产示范法》中与主要利益中心有关的部分概念的解释和适用

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-4	2
一. 与主要利益中心有关的概念的解释和适用	5-50	2
A. 背景	5-7	2
B. 《示范法》第2条下符合承认条件的程序	8-38	3
1. 关于债务人破产的要求	8-12	3
2. “外国程序”定义的要素	13-38	4
C. 统一解释和国际渊源 — 第8条	39-42	10
D. 承认	43-50	11
1. 公共政策的例外 — 第6条	43-50	11

(继续在 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件中讨论)



导言

1. 委员会 2010 年第四十三届会议收到了关于今后就破产法开展工作的一系列建议（A/CN.9/WG.V/WP.93 和 Add.1-6 及 A/CN.9/582/Add.6）。第五工作组第三十八届会议曾讨论这些建议（见 A/CN.9/691，第 99-107 段），并就可能的议题向委员会提出一项建议（A/CN.9/691，第 104 段）。第五工作组该届会议之后提交的一份补充文件（A/CN.9/709）载列了 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载瑞士建议的补充材料。
2. 经过讨论，委员会核准了第五工作组的建议，即就两个破产议题启动工作，这两个议题在当前都具有重要意义，加强各国做法的协调将有助于提供确定性和可预期性。
3. 本说明的主题是上述两个议题中的第一个，¹涉及 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 号文件第 8 段所述的美国建议，该建议旨在就《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）中与主要利益中心有关的部分概念的解释和适用提供指导意见，并且可能的话，编拟处理部分国际问题包括管辖权、准入和承认问题的破产法示范法或破产法条文，不排除编拟一部公约。²
4. 一个初步问题是，工作组似宜审议或至少要记住，需要解决建议第一部分即关于主要利益中心相关问题的指导意见的编排格式和方式。建议（A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2，第 68-70 段）指出，在审议下述问题时，工作组应当列出可能得出的任何结论的政策理由，这些政策理由可以作为拟就《示范法》的解释提供指导意见的依据。解释政策理由还可以提供有益的“立法史”，司法人员和破产当局可借以理解《示范法》各种规定的范围和含义。工作组似宜考虑如何实现这一目标。可编拟各种类别的文件，这取决于工作组寻求提供哪一层面的指导意见，如一方面可以是资料和评注，另一方面可以是建议。可附于现有《示范法》和《示范法颁布指南》（《颁布指南》）正文的资料性文件可作为一种解决办法，另一种解决办法也许是增补或修订《颁布指南》本身。

一. 与主要利益中心有关的概念的解释和适用

A. 背景

5. 《示范法》目前已获大约 19 个法域采纳，《贸易法委员会法规判例法》系列文件报告过一些解释《示范法》所产生的各种问题的案例。³

¹ 第二个议题涉及破产和破产前公司董事和高管人员的赔偿责任，在 A/CN.9/WG.V/WP.96 号文件中处理。

² 见 A/CN.9/686 号文件第 127-130 段提到的国际律师联合会关于可能编拟一部公约的有关建议。

³ 《贸易法委员会法规判例法》：A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72、73、76 和 92，载于 www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html。

6. 美国的建议指出，在多数根据颁布《示范法》的法律启动的承认程序中，债务人主要利益中心所在地基于第 16 条的推定是债务人的注册办事处，对这一点并无争议。⁴ 不过，建议还指出，一些法院裁决提出了可以加以探讨和澄清的问题。这些问题包括：满足《示范法》第 2 条中各定义特别是(a)款下“外国程序”的定义的各个要素所需条件；推翻第 16 条第 3 款中基于注册地（某些法律中称为公司注册地）的推定所需条件的范围；可否对接受管辖权的一国作出的启动破产案件的裁决或其他类似裁决提出质疑；以及在回答这些问题时采用什么标准。建议指出，统一这类标准也许是提高这一重要法律领域的确定性的一个重要因素，因为最初谈判《示范法》的协作机构的深刻见解可能在许多法域具有说服力。

7. 本说明审查与《示范法》第 2 条各项定义各个组成部分的解释和适用有关的法院裁决，以便更好地理解所提出问题的影响，以及已出现不确定性的领域。

B. 《示范法》第 2 条下符合承认条件的程序

1. 关于债务人破产的要求

8. 一个初步问题是，似宜注意到《示范法》并未对“破产”或“破产程序”作出界定。工作组曾审议过将这些术语的定义纳入《示范法》的可能性，但得出的结论是并无必要。不过，由于《示范法》的重点是承认外国程序，工作组普遍同意工作的重点应是查明外国破产程序具有什么特点才符合承认的条件。⁵

9. 尽管没有定义，但经过对准备工作文件⁶进行研究，似乎可以发现，虽然广泛承认，对于“破产程序”一词的内涵，不同法域可能有不同的概念，但普遍的理解是，这类程序涉及某种形式的财务困境或破产债务人。这一点反映在《颁布指南》中。第 51 段指出，《示范法》标题所用“破产”一词系指针对破产债务人的各类集体程序。第 71 段指出，“破产程序”的表述在一些法律制度中可能有技术含义，但在第 2 条(a)项中意在广泛指代涉及处于严重财务困境中的公司的程序。

10. 工作组似宜回顾，在《贸易法委员会破产法立法指南》（《立法指南》）中，“破产”的定义是“债务人基本无力偿付到期债务，或债务人负债超过其资产价值。”⁷ 工作组还似宜回顾，《立法指南》确定了有效破产法的关键目标（第一部分，第一章，第 1-14 段，和建议 1-6），以及破产法的一般特点（第一部分，第一章，第 20-27 段，和建议 7）。关于破产程序的启动，《立法指南》建议 15 和 16 设想有上文界定的破产或濒临破产。

⁴ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2，第 7 段。

⁵ 见 A/CN.9/422，第 47 段。

⁶ A/CN.9/WG.V/WP.44、46 和 48，以及 A/CN.9/422、433 和 435，可在网上查阅，网址是 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html。

⁷ 《立法指南》，术语表，(s)款。

11. 《示范法》承认，为了某些目的，在法律所界定的不一定意味着债务人确实破产的特定情形下可以启动破产程序。《颁布指南》第 195 段指出，对于将破产作为破产程序启动条件的法域，第 31 条规定在外国主要程序得到承认之后即推定对于启动本地破产程序而言债务人已告破产，但这一推定是可以推翻的。第 194 段指出这类情形可包括债务人停止支付或债务人采取某些行为，如公司决定、挥霍资产或撤销营业点。

12. 涉及根据颁布《示范法》的立法承认外国程序的一个案例提出了关于债务人破产的问题。在 *Betcorp* 案中，⁸ 寻求美国承认的程序是根据澳大利亚法律启动的成员自愿停业清理程序，债务人并未破产。⁹ 审理 *Betcorp* 案的法院指出，澳大利亚法律的相关部分¹⁰ 包括据以终止公司存在的几种不同程序；这些程序并非都要求法院监督；法律涉及的是基于公司破产的公司停业清理，以及停业清理而非破产的理由。法院认为，第 2 条(a)款中定义的要素即“遵照与破产有关的法律”，并未以公司破产为必要条件，也未考虑利用澳大利亚法律的任何条款来调整任何债务。¹¹

2. “外国程序”定义的要素

13. 为根据《示范法》得到承认，外国程序必须符合第 2 条(a)款的定义，该定义包括几个要素。程序应当（表示强调的斜体是后加的）：

- (一) 在某一外国的集体司法或行政程序，包括临时程序，
- (二) 遵照与破产有关的法律，
- (三) 在这一程序中，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督，
- (四) 为达到重组或清算目的。

14. 第 16 条第(1)款就第 2 条中“外国程序”和“外国管理人”的定义建立了一种推定。如果启动外国程序和指定外国管理人的决定表明该外国程序系第 2 条(a)款意义上的程序，并且该外国管理人系第 2 条(d)款意义上的个人或机构，则法院有权如此推定。

⁸ 本说明通篇使用案件的简短提法。案件的全称在附件中列出。

⁹ *Betcorp* 在 1998 年注册之时只在澳大利亚营业，但后来扩展业务，业务包括向美国提供网上赌博服务。这项业务的核心部分随着《非法互联网赌博执行法案》（2006 年）的通过而终止，该法案禁止在美国进行网上赌博。公司停止了在美国的业务，此后不久停止了所有业务。在 2007 年 9 月的一次会议上，股东们以压倒多数投票支持公司自愿停业清理。根据所提供的证据，公司是有偿付能力的。

¹⁰ 2001 年《澳大利亚公司法》—虽然该法第 5 章处理外部管理，但 *Betcorp* 案的有关程序是根据第 5.5 部分启动的，第 5.5 部分处理根据公司决议自愿停业清理，其中一项要求是公司有偿付能力。

¹¹ *Betcorp* 案，第 282 页，见下文第 28 段。应当指出，《美国破产法典》第 15 章（第 15 章在美国颁布了《示范法》）除“与破产有关的法律”字样之外，还包括“或调整债务”的字样。

15. 法院在几个案件中曾依赖该推定。在 *Ernst & Young* 案中，有关指定破产管理人的一项加拿大法院令在美国被承认为第 15 章所指的外国程序。虽然加拿大破产管理程序的性质受到质疑，但美国法院并未审议这个问题，而是依赖了关于指定破产管理人的加拿大法院令的内容。¹²

16. 在 *Innua Canada* 案中，美国法院也承认加拿大破产管理程序相当于外国程序。承认的依据是指定破产管理人的加拿大法院在其命令中宣布该破产管理人是外国程序中的外国管理人，并专门授权该破产管理人在美国寻求第 15 章所指的承认。美国法院认为，因此它有权适用《示范法》第 16 条第 1 款中的推定。¹³

17. 考虑第 2 条的案件有时会提出仅与一个或两个必要的要素有关的问题。本说明分别讨论每个要素，尽管注意到如英格兰上诉法院在 *Stanford International Bank* 案中所指出，虽然上述每个因素都必须得到考虑，但定义必须作为一个整体来理解。¹⁴

(a) 集体程序

18. 《颁布指南》指出了以下要求，即债务人应集体参与外国程序，¹⁵ 该程序并非用来帮助特定债权人得到付款。还指出各种集体程序都有资格得到承认，无论是强制性还是自愿性程序、法人还是个人程序、清理还是重组程序”，并包括债务人保留对其资产的某种程度的控制但须受法院监管的程序（如占有资产的债务人、暂停支付）。¹⁶ 工作组在讨论时指出，“集体性质涉及代表债权人整体”。¹⁷ 工作组似宜回顾，《立法指南》确立了有效和高效率破产法的各种关键目标，其中一些目标进一步体现了破产程序的集体性质。¹⁸ 有几个案件涉及在不同国家根据颁布《示范法》的立法承认外国程序的请求，在这些案件中都提出了不同类别程序的集体性质问题。

19. 在 *Betcorp* 案中，准予在美国承认依据澳大利亚法律启动的一项行政程序，理由是該程序符合《示范法》下“集体”程序的必要方面，因为它考虑了所有债权人的权利和义务并为所有债权人的利益变现资产。美国法院指出，该结论与例如根据单一有担保债权人请求并为其利益而提起的破产管理救济形成对照。¹⁹

20. *Standord International Bank* 案涉及请求根据英格兰实施《示范法》的立法得到承认，英格兰法院在该案中认为，美国法院下达的破产管理令并非破产法所

¹² *Ernst & Young* 案，第 776 页。

¹³ 关于 *Innua Canada Ltd* 案，*Stanford international Bank* 案中引用，第 80 段。

¹⁴ *Stanford International Bank* 案（上诉），第 23 段。

¹⁵ 《颁布指南》，第 23 段。

¹⁶ 同上，第 24 段。

¹⁷ A/CN.9/422，第 48 段。

¹⁸ 《立法指南》，第一部分，第 3-13 段。

¹⁹ *Betcorp* 案，第 281 页。

指的集体程序。裁决的依据是，该命令是在美国证券交易委员会（证交会）进行干预“以防止正在发生的大规模欺诈”之后下达的。²⁰ 法院认为，该命令的目的是防止损害投资者，而非对债务人进行重组或为所有债权人的利益变现资产。上诉时该意见得到支持，主要是因为英格兰下级法院给出的理由。

21. 在 *Gold & Honey* 案中，美国法院拒绝承认一个以色列破产管理程序，认定该程序非破产或集体程序，因为它没有要求破产管理人考虑所有债权人的权利和义务。法院认为，破产管理程序更像个别债权人为重新占有而采取的行动，而不像独立受托人进行的重组或清算，重组或清算都是债务人为在法院监督下清偿所有债权人而实施的，法院监督的目的是确保公平。²¹

22. 在 *British American Insurance* 案中，法院同意 *Betcorp* 案和 *Gold & Honey* 案中关于“集体程序”的含义的结论。法院补充说，“集体”一词同时设想考虑和最终处理各类债权人的债权，以及债权人参加外国诉讼的可能性。在该分析中，针对债权人包括普通无担保债权人的通知可能发挥作用。在确定特定外国诉讼是否属于所要求的集体诉讼时，应当既考虑管辖该外国诉讼的法律，也考虑例如监督该诉讼的外国法庭命令中所界定的特定程序的各项因素。²²

23. 在 *Rubin 诉 Eurofinance* 案中，上诉法院指出对程序属于集体程序并无争议，但认为程序属于集体程序的原因是它涉及“收缴和分配债务人的资产。”²³ 法院提及另一案件，在该案件中，认为破产，不管是个人还是公司破产，属于执行权利而非确立权利的集体程序。²⁴ 上诉法院认为，破产程序包括各种机制[本案中涉及破产程序的集体执行制度]，这类机制允许破产管理人为所有债权人的集体利益对第三方提起诉讼。这些机制是破产的集体性质的组成部分和核心所在，而不仅仅是附带的程序问题。²⁵

(b) 遵照与破产有关的法律

24. 准备工作文件指出，这种表述用来暗指一个事实，即可能根据严格意义上的破产法以外的法律（例如公司法）进行清算和重组。²⁶ 工作组核准该表述，认为它“足够广泛，可以涵盖各种破产规则，而不管这类规则包含在哪类法规中。”²⁷

25. 几个法院曾审议过什么构成“与破产有关的法律”的问题，特别是在确定破产管理程序是否属于符合承认条件的外国程序时。

²⁰ *Stanford International Bank* 案，第 73 段。

²¹ *Gold & Honey* 案，第 370 页。

²² *British American Insurance* 案，第 902 页。

²³ *Rubin 诉 Eurofinance* 案（上诉），第 41 段。

²⁴ *Cambridge Gas Transportation Corporation 诉 Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007]1 A.C. 508, Lord Hoffman, 第 15 段。

²⁵ *Rubin 诉 Eurofinance* 案（上诉），第 61 段。

²⁶ A/CN.9/WG.V/WP.44, 对第 2(c)条的说明，第 2 段。

²⁷ A/CN.9/422, 第 49 段。

26. 在 *Stanford International Bank* 案中，英格兰法院认定证交会启动的美国程序不符合外国程序的条件，除其他原因外，一个原因是该程序并非基于与破产有关的法律。²⁸ 法院指出，导致下达破产管理令的诉讼的根本原因与破产毫无关系，证交会的指控中并没有有关破产的指控。²⁹ 法院进而指出，一些破产管理程序可为某些目的归类为“破产程序”，或作为破产的可接受的替代方案对待，但这一事实并不意味着破产管理程序满足《示范法》中对外国程序的要求。³⁰ 法院指出，与任命破产管理人和进行破产管理程序有关的一般性普通法或衡平法原则均非与破产有关的法律，因为这些原则在许多不同情况下适用，其中许多情况与破产毫无关系。³¹

27. 在上诉时，审判长进一步阐述了“与破产有关的法律”的性质，结论是这种法律不必是制定法（例如，可以包括普通法），也不必是专门与破产有关的法律。法院指出，第一步是“确定提起有关程序所依据或所遵照的法律，然后考虑该法是否与破产有关，以及[第 2 条中的]定义提及的其他因素可否视为‘遵照’该法而提出。”³²

28. 审判长大致同意下级法院的推理，补充说法院可能随后下令实施一项可能被承认为破产程序的程序，这一事实并没有实质意义，除非并且直到已经下达此种命令。普通法或衡平法的原则并不“与破产法有关”，除非且直到已为此目的启用这些原则。³³

29. 在 *Betcorp* 案中，美国法院指出，定义中这一要素并不以公司破产为必要条件，也未考虑利用澳大利亚法律的条款调整任何债务。在得出澳大利亚程序满足该定义的这一部分的结论时，法官依赖的是澳大利亚公司法（据此启动了自愿清算）的全面性和澳大利亚政府关于其公司法符合《示范法》所规定条件的解释性说明。关于第一点，法院指出有关法律涉及澳大利亚公司的整个公司寿命周期，第 5 章处理的是公司破产，可在其中找到关于自愿清算的条文。关于第二点，法院提及随附澳大利亚实施《示范法》的立法的解释性备忘录，指出澳大利亚法院在解释议会通过的立法时可使用这类备忘录。该备忘录提及《公司法》第 5 章哪些部分由《示范法》涵盖，哪些部分排除在外；由于处理自愿

²⁸ *Stanford International Bank* 案，第 84 段。

²⁹ 同上，第 84(三)段。

³⁰ 同上，第 84(八)段。

³¹ 同上，第 84(九)段。

³² *Stanford International Bank* 案（上诉），第 24 段。

³³ 同上，第 26 段。

清算的部分并未专门排除在外，法院的结论是这类清算将由《示范法》涵盖。³⁴

(c) 债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督

30. 《颁布指南》没有指出外国程序将包括债务人保留对其资产的某种程度控制但须受法院监管的程序，³⁵ 没有界定为符合该定义而需要的控制或监管程度或监管或控制应当发生的时间。准备工作文件指出采用这种表述是为了明确控制或监管要求的正式性，并说明“当事方可能会在司法或行政程序之外缔结的可能采取多种形式的私下财务调整安排”³⁶ 不宜用关于承认问题的一般规则来处理。几个案例曾考虑过该要求的一些方面。

31. 在 *Gold & Honey* 案中，法院认为资产和事务均须由法院控制或监管。法院认定破产管理人已证明，债务人在以色列的所有资产将在破产管理程序中受到以色列法院的控制，但没有证明破产管理人在债务人商业事务方面获得授权。此外，出借人（申请任命破产管理人的人）在口头辩论中承认破产管理人没有获得有关其中一个债务人实体的商业事务的授权。³⁷

32. 在 *Betcorp* 案中，美国法院认为，负责代表所有债权人管理集体程序的清算人受到行政或司法监督已满足外国法院监管或控制的要求。负责总体监管清算人履行职责的当局可以要求清算人在采取某些行动之前取得许可，并能够取消或撤回某人担任清算人的权力。在此基础上，认定它是“‘外国程序’定义所指的主管控制或监管外国程序的当局”。³⁸ 提及 *Tradex Swiss* 案，在该案中瑞士联邦银行委员会被认为是第 15 章所指的外国法院，因为它控制和监管着类似债务人这样的证券经纪商的清算。在另一种处理办法中，处理 *Betcorp* 案的法院认定清理程序也受到了法院的监管，因为清算人或任何债权人可以求助于法院，寻求就清算中产生的任何问题作出裁决，法院可就清算人的行动采取它认为合适的任何行动。外国法院控制或监管的要求也可在此基础上得到满足。³⁹

³⁴ *Betcorp* 案，第 281-282 页。解释性备忘录还引用了《颁布指南》第 71 段的最后一句话，其中提及“陷入严重财务困境的公司”（解释性备忘录第 2 章，第 12 段），见上文第 9 段。解释性备忘录载于 [www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/\\$file/13020811.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf)。为审议澳大利亚通过《示范法》一事而发表的讨论文件持不同观点，其中指出：在《澳大利亚公司法》中，[.....]《示范法》的范围将扩及第 5.1 部分规定的破产、重建和重组所产生的清算和第 5.3A 部分规定的自愿行政管理所产生的清算。其范围并不延伸适用于涉及私下指定控制人的破产管理程序，也不延伸适用于成员的自愿停业清理或法院基于公平和衡平法理由进行的停业清理，因为这类程序可能并不与破产有关。” [CLERP 8 (202)，第 23 页，载于 www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf。

³⁵ 《颁布指南》，第 24 段。

³⁶ A/CN.9/419，第 29 段。

³⁷ *Gold & Honey* 案，第 371 页。

³⁸ *Betcorp* 案，第 284 页。

³⁹ 同上。

33. 在 *Multicanal* 案中，法院认为法院参与了债务重新调整协议，该案并非依《示范法》裁决的，但涉及在美国对一项阿根廷程序的承认。基本论点是，就承认而言，法院对程序的监督是不充分的，因为法院只是在征求投票结束之后才介入该过程，法院仅被授权审议程序中有限的几个方面，如债务人的资产和负债报表是否适当，以及投票过程中是否取得法定多数。在对阿根廷程序进行详细分析之后，法院的结论是，该程序在许多方面与类似的美国程序相似，包括在司法监督方面，属于可以根据美国法律予以承认的程序类别。⁴⁰

34. 定义的这一部分以及“外国管理人”定义下产生的另一个问题是，由外国管理人管理的特定实体是否是审理破产财产管理问题的法院所适用的国内法意义上的“债务人”，《示范法》未对该术语作出界定。

35. *Rubin 诉 Eurofinance* 案中曾产生这类问题。在该案中，美国法院为称作“*The Consumers Trust*”的债务人指定了破产管理人和管理人。根据美国法律，这类信托被承认为法律实体，即“商业信托”。针对向英格兰法院提出的承认申请，一种论点认为，由于英格兰法律并不承认这类信托为法律实体，因此就颁布《示范法》的立法所规定的承认而言，它并非一个“债务人”。法官驳回了这种论点，认为考虑到《示范法》的国际渊源，“狭义地解释”“债务人”一词是“不正当的”。⁴¹

(d) 为达到清算或重组目的

36. 考虑过这个问题的案件是涉及指定破产管理人的案件，问题涉及外国程序的目的，以及授予破产管理人的权力是否与进行清算或重组相符。

37. 在 *Stanford International Bank* 案中，下级法院认为，在判断美国破产管理程序是否符合第 2 条要求的外国程序时，重要的是要考虑美国法院令赋予或加于破产管理人的实际权力和职责。法院引用 *Gold & Honey* 案为例，指出外国破产管理程序的名称很难在承认问题上起决定作用。法院认为所引用的破产管理程序的目的是防止挥霍和浪费，而不是对债务人的资产进行清算或重组；法院意欲防止的损害是对投资者的损害；赋予破产管理人的权力和加于它的职责是汇总并保全资产，而非清算资产或分配资产；根据命令，破产管理人无权分配被告的资产。⁴² 综上所述，这些结论导致法院最终认定该程序不属外国程序。上诉时，审判长认为，如上所述，在对申请进行审议的阶段，证交会的程序非以重组或清算为目的，而是以保护投资者和债务人资产为目的。美国法院随后可能下达命令实施一项可能被承认为破产程序的程序这一事实并没有实质意义，除非并且直到确实下达这样的命令。⁴³

⁴⁰ *Multicanal* 案，第 509 页。

⁴¹ *Rubin 诉 Eurofinance* 案，第 39 和 40 段；经上诉而获确认。

⁴² *Stanford International Bank* 案，第 84 段。

⁴³ *Stanford International Bank* (上诉)，第 26 段。

(e) 供审议的问题

38. 工作组似宜审议上文所引用案件提出的关于“外国程序”的定义的问题，其中包括：

- (a) 外国程序是否需要满足定义的所有要素才有资格得到承认；
- (b) 是否应当制定用来确定什么构成集体程序的标准，《立法指南》可能在多大程度上与确定这类标准有关，以及非集体的程序是否有资格得到承认；
- (c) 破产或财务困境是否是“外国程序”定义的一个因素，因而是承认所要求的；
- (d) 符合定义条件所要求的外国法院对债务人资产和事务进行控制或监管的程度；
- (e) 程序应何时处理清算或重组—究竟是在请求承认时处理还是若有可能额外授予权力便延后处理；
- (f) 是否需要到什么构成《示范法》所指的债务人作出界定。

C. 统一解释和国际渊源 — 第 8 条**(a) 第 8 条的含义**

39. 《示范法》第 8 条规定在对本法作出解释时，应考虑到其国际渊源以及促进统一的可取性。《颁布指南》指出，与第 8 条类似的条文出现在许多私法条约和示范法中，前者包括联合国的条约，后者包括贸易法委员会的示范法。⁴⁴ 几个法院都在裁决中注意到第 8 条对于解释的重要性。

40. 例如，在 *Bear Stearns* 案中，法院指出，“第 15 章还指示法院从外国法域对类似法规的适用中得到指导：‘在解释本章时，法院应考虑其国际渊源，以及促进以与外国法域通过的类似法规的适用相一致的方式适用本章的必要性。’”⁴⁵ 在 *Stanford International Bank* 案中，上诉法院指出 “[《示范法》] 实施条例要求在解释时参考编拟《示范法》的联合国工作组的任何文件和根据联合国国际贸易委员会 1997 年 5 月提出的请求而编写的《颁布指南》。”⁴⁶ 上诉法院在 *Rubin 诉 Eurofinance* 案中认为，英格兰和美国法律在某些方面惊人的相似性证明应当采用统一的解释。⁴⁷

41. 在 *Betcorp* 案中，美国法院指出，第 15 章第 1508 条要求，在解释“主要利益中心”等短语时，法院“应当考虑”已通过类似法规的其他法域是如何解释

⁴⁴ 《颁布指南》，第 91 段。

⁴⁵ *Bear Stearns* 案，第 10 页。

⁴⁶ *Stanford International Bank* 案（上诉），大法官的判决，第 4 段；另见 *Rubin 诉 Eurofinance* 案，第 40 段。

⁴⁷ *Rubin 诉 Eurofinance* 案（上诉），第 60 段。

这类短语的，这意味着“不仅考虑国内案件，而且考虑其他国家的法院裁决的案件。”如[美国]立法史所指出：“这些来源不仅有说服力，而且推动了解释的统一性这一重要目标。”⁴⁸如上所述（第 28 段），审理 *Betcorp* 案的法院不仅注意到其他法院裁决的案件，而且注意到与外国法律有关的各种背景和解释性文件。

(b) 供审议的问题

42. 工作组似宜审议是否宜就用来帮助根据第 8 条解释《示范法》的来源提供进一步指导。

D. 承认

1. 公共政策的例外 — 第 6 条

(a) 第 6 条的解释

43. 《示范法》第 6 条就承认外国程序规定了例外，如果这种承认“明显违背”接受国的“公共政策”的话。《颁布指南》指出，一般而言这种例外应作严格解释，仅打算适用于涉及对颁布国具有根本重要性的例外情形。⁴⁹委员会第三十届会议进行的讨论确认，本条意在仅指根本的法律原则，特别是宪法保证和个人权利，应当仅用于在适用外国法律将违背这些根本原则的情况下拒绝该外国法律的适用。据指出，例如如果法院适用广义的“国内”公共政策概念，“那么只有极少数外国判决能得到承认，因为大多数外国程序总会在某一个方面偏离在国内构成受强制性规则制约的事项的程序。”⁵⁰“明显”一词用来避免由于某一特定步骤或措施被认为与某项强制性的纯技术性规定相违背，根据《示范法》进行的合作受到妨碍的情况。⁵¹

44. *Ephedra* 案涉及在美国承认一项加拿大程序，在该案中，对于将在加拿大程序中解决的某些问题不能进行陪审团审讯，而在同样情形下，在美国是有进行此种审讯的宪法权利的，这种情况被认为并无“明显违背美国的公共政策”。法院裁定例外应作狭义解释，并限于美国的最根本政策。⁵²

45. 在 *Ernst & Young* 案中，反对在美国承认加拿大破产管理程序的当事方提出与公共政策例外有关的两个论点。最初，他们声称科罗拉多州投资者（或广义的美国投资者）从加拿大破产管理程序中得到的可能少于将从科罗拉多州法院或联邦法院得到的，前一个程序将包括来自加拿大和以色列的债权人。但是，

⁴⁸ *Betcorp* 案，第 289 页。

⁴⁹ 《颁布指南》，第 86-89 段。

⁵⁰ A/52/17，第 171 段。

⁵¹ 同上，第 172 段。

⁵² *Ephedra* 案，第 336-337 页。

法院并未被该论据说服，理由是所有受到不公正待遇的投资者都应分享在破产管理程序中积累的资产，不管其是何国籍，处于何地。⁵³

46. 其次，持异议的当事方声称，与加拿大破产管理程序有关的费用将把债务人的资产耗减到某种程度，使受到不公正待遇的投资者所得的分配微乎其微。不过，除了指出破产管理人是一个国际公司，持异议的当事方并没有提供证据支持这一论点。美国法院认为，清算成本是一个事实，不管程序是本地程序还是外国程序。因此，法院没有找到证据支持以下结论，即破产管理程序产生的结果将有重大差异，以致于“明显违背”美国的公共政策。

47. 在 *Gold & Honey* 案中，一家美国法院基于公共政策理由拒绝承认以色列程序。在第 11 章程序于美国启动之后以及在自动暂停令生效之后，在以色列下达了针对相同债务人公司的破产管理令。美国法官拒绝承认该以色列程序，“因为这种承认将奖赏违背自动暂停令和[美国法院随后]就暂停下达的[命令]的行为并使之合法化”。⁵⁴ 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暂停的目的——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”⁵⁵——法官认为已经达到了确立公共政策例外的较高门槛。

48. 在 *Metcalf and Mansfield* 案中，除寻求承认外，加拿大外国管理人还寻求按照执行外国判决所适用的法律即第 15 章所体现的国际礼让原则和公共政策，在美国执行加拿大某些命令。法院没有对承认外国程序提出异议。法院引用 *Bear Stearns* 案，指出承认依据的是相当于《示范法》第 17 条的美国客观标准，而启动后救济在很大程度上可以酌情处理，依据的是包含礼让原则在内的主观标准。法院裁决外国程序中给予的救济和美国程序中可以获得的救济不一定相同。法院要求关键是确定加拿大使用的程序是否符合美国关于公平的根本标准。法院的结论是，第 15 章中相当于第 6 条的规定没有排除在本案中给予加拿大命令以礼让。⁵⁶

49. 有一个问题引起某种程度的注意，就是公共政策例外可否用于处理例如导致债务人被置于更有利地位并因而损害债权人的法院选择问题，或者可否用于处理违背承认国法律的行为。在一起并非根据《示范法》进行裁决但与 *Stanford International Bank* 案有关的案件中，一家加拿大法院认定在加拿大寻求承认的安提瓜清算人的行为违背了加拿大法律。这使他们无法在加拿大提起诉讼并请求承认安提瓜的诉讼程序。⁵⁷

⁵³ Ernst & Young 案，第 781 页。

⁵⁴ Gold & Honey 案，第 371 页。

⁵⁵ 同上，第 372 页。

⁵⁶ Metcalfe and Mansfield 案，第 697-698 页。

⁵⁷ 在 *Stanford International Bank* 破产案中，魁北克省蒙特利尔区高等法院 2009 年 9 月 11 日就清算人的请求所作的裁决，第 59 段。

(b) 供审议的问题

50. 工作组似宜审议与使用和解释第 6 条的公共政策例外有关的下列问题：

(a) 处理《示范法》下承认问题的法院阐述可以实施公共政策例外的情形是否有助于本条的解释和适用；

(b) 在请求《示范法》下的救济的申请人违背一国既定法律或程序的情况下，该违背行为可否作为依据公共政策例外而拒绝承认的依据。
