



联合国国际贸易法委员会  
第四十四届会议  
2011年6月27日至7月8日，维也纳

## 破产法

### 关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料

1. 委员会第四十三届会议（2010年）听取了秘书处的一项建议，其中指出，在贸易法委员会与国际破产协会和世界银行合作举办的司法讨论会上，与会者表示希望在涉及跨国界问题特别是有关《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）方面为法官提供信息和指导。为此目的，委员会了解到，秘书处已经在拟订一项案文草案，就使用和解释《示范法》提供一种司法角度的审视。委员会商定，应当授权秘书处在资源允许的情况下，如同《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》那样，以同样灵活的方式拟订这一案文。这将涉及主要是与法官但也与破产从业人员和专业人员进行磋商；在适当的阶段由第五工作组加以审议；以及委员会最后审订和通过，可能的话在2011年。<sup>1</sup>
2. 下文所列的案文即为“《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视”，是根据这一任务授权与法官和破产专家磋商拟订的。第五工作组2010年12月第三十九届会议<sup>2</sup>和贸易法委员会、国际破产协会及世界银行联合主办于2011年3月12日至13日在新加坡举行的第9次多国司法座谈会<sup>3</sup>对该文作了审议。案文的导言解释了其宗旨和材料的编排方式。
3. 建议定期对司法材料的案文进行更新，以确保其反映尽可能更多的法域中最新的法理学，如关于“主要利益中心”一词的使用和解释，从而确保其对使用和解释《示范法》的法官具有持续的相关意义。这种更新可由秘书处与法官并酌情与其他破产专家协商进行，与编拟案文的做法大致相似，信息的编列方

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第17号》（A/65/17），第261段。

<sup>2</sup> A/CN.9/715，第110-116段。

<sup>3</sup> 这些司法讨论会的报告见 [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia\\_insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html)。



式也保持相同不变。完成更新的时间段可根据可以得到的资源确定，同时切记应当报告的法理学上出现的任何重大变化。

4. 因此，委员会似宜请秘书处定期更新关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的司法材料，其中应考虑到各不同法域发展中的法理学，在资源许可的情况下，采取与编拟司法材料时同样的灵活方式，并与其预期的目的保持一致。

## 贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视

### 目录

	段次	页次
导言.....	1-7	4
A. 目的和范围.....	1-4	4
B. 术语表.....	5-7	4
1. 术语和解释.....	5	4
2. 参考材料.....	6-7	5
一. 背景.....	8-28	6
A. 《示范法》的范围和适用.....	8-15	6
B. 法官的角度.....	16-24	8
C. 《贸易法委员会示范法》目的.....	25-28	10
二. 《示范法》的解释和适用.....	29-55	11
A. “介入”原则.....	29-37	11
B. “承认”原则.....	38-55	13
1. 引论.....	38-39	13
2. 证据要求.....	40	13
3. 承认外国程序的权力.....	41-45	13
4. 相互对等.....	46	14
5. “公共政策”例外.....	47-51	14
6. “主要”和“非主要”外国程序.....	52	15
7. 复审或废除承认令.....	53-55	15
(在 A/CN.9/732/Add.1 号文件中继续讨论)		

## 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》（《示范法》）。认识到一些颁布国为适合本国的国情而对《示范法》作了修订，所以如果法官最终认为对所颁布的案文有必要省略或更改其中的某一条款，则可能需要这样做，采取不同的处理方法。本案文以联合国大会 1997 年 12 月核准的《示范法》为基础。文中不涉及一些颁布国对《示范法》所作的各种改动，也不对此发表意见。
2. 虽然本文提及一些法域所作的裁定，但除指出在审理类似案件时另一法官似宜考虑的问题之外，本文并不试图对这些裁定提出批评议论。也未试图就涉及解释《示范法》所提出的问题的所有相关裁定提供其参引文献出处，而是用意在仅仅使用所裁定的案件说明在处理特定问题时可能需要采取的特别推论思路。在每个案件中，法官将根据国内法，包括《示范法》的颁布立法条款来判定所审理的案件。
3. 本文无意指示法官如何处理根据《示范法》的颁布立法而提出的寻求获得承认和救济的申请。作为一个原则事项，这种做法将与司法独立的原则背道而驰。另外，从实际上看，单独一种做法是不可能的，也是不可取的。在情形的经济动态可能瞬息变化的领域，处理方法上的灵活性尤为重要。所以可以提供的只是根据《示范法》起草者的用意和实践中其使用者的经验对某一法官可能需要考虑的问题的一般性指导。
4. 本文在结构顺序上作了特意安排，有别于逐条分析，而是反映收到申请的法院根据《示范法》一般作出具体裁定时所遵循的顺序。

### B. 术语表

#### 1. 术语和解释

5. 以下段落解释本文中常见的某些表达方式的含义和用法。其中许多术语是《贸易法委员会示范法》、《贸易法委员会破产法立法指南》和《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》所共有的。<sup>4</sup>这些术语在本文中的用法与其在这些文本中的用法相一致。

(a) 法规判例法：提及法规判例法是指贸易法委员会法规判例法报告系统。案件摘要以联合国六种语文刊登在互联网上 [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html);

---

<sup>4</sup> 贸易法委员会的这些文本见 [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html)。

(b) “跨国界协议”：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；<sup>5</sup>

(c) “颁布国”：在《贸易法委员会跨国界破产示范法》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组或清算的人或机构，包括临时指定的人或机构；

(e) “法官”：被指定行使根据以《示范法》为基础的立法拥有管辖权的法院或其他主管机关的权力的司法官员或其他人；

(f) “接收法院”：收到承认和救济申请的颁布国法院。

## 2. 参考材料

### (a) 案件参注

6. 本文通篇特别是脚注中列入了具体案件的参注。一般而言，这些指的是附件提供的概要中所列的案件，所以文中仅列入简称形式，例如“贝尔斯登”系指关于贝尔斯登高级别结构信贷战略马士达基金有限公司（处于临时清算中）的程序。与这些案件相关联提及的页数或段落号系指附件中引述的判决书的相关部分。

### (b) 法规的简称

7. 本文对一些跨国界破产法使用了简称，包括如下：

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

(b) “颁布指南”：《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》；

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

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

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

(f) “欧洲公约”：欧洲联盟关于破产程序的公约；

<sup>5</sup> 《实践指南》中对这些协议作较详细的讨论。

(g) “Virgos Schmit 报告”：M. Virgos 和 E. Schmit 所著关于破产程序公约的报告，1996 年 5 月 3 日，布鲁塞尔，见 [http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency\\_report.pdf](http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency_report.pdf)。

## 一. 背景

### A. 《示范法》的范围和适用

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

9. 《示范法》并非意在处理实质性的国内破产法，而是提供程序机制，便利更有效地处理破产债务人在不止一个国家拥有资产或债务的案件。截至 2011 年 3 月底，19 个国家已在《示范法》基础上颁布了立法。<sup>6</sup>

10. 《示范法》意在适用于下列情形：<sup>7</sup>

(a) 外国法院或外国代表就一外国破产程序向另一国（颁布国）寻求协助；

(b) 根据外国法律就某一特定破产程序向该外国寻求协助；

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

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

《示范法》预期在根据《示范法》提出申请时，已经指定一名管理人（外国代表）管理破产债务人位于一个或一个以上国家的资产或作为外国程序的管理人。<sup>8</sup>

11. 《示范法》要求颁布国指明有权处理管辖之下提出的问题的法院或其他主管机关。<sup>9</sup>认识到有些国家将提名行政机构而不是法院，因此，“外国法院”的定义包括负责控制或监督某一外国程序的司法机关或其他主管机关。<sup>10</sup>

<sup>6</sup> 澳大利亚（2008 年）、英属维京群岛；大不列颠及北爱尔兰联合王国海外领土（2003 年）、加拿大（2009 年）、哥伦比亚（2006 年）、厄立特里亚（1998 年）、大不列颠（2006 年）、希腊（2010 年）、日本（2000 年）、毛里求斯（2009 年）、墨西哥（2000 年）、黑山（2002 年）、新西兰（2006 年）、波兰（2003 年）、大韩民国（2006 年）、罗马尼亚（2003 年）、塞尔维亚（2004 年）、斯洛文尼亚（2007 年）、南非（2000 年）以及美利坚合众国（2005 年）。

<sup>7</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 1(1)条。

<sup>8</sup> 另见《贸易法委员会示范法》，第 5 条，颁布国能够指明可以向外国法院寻求承认和救济的管理人。

<sup>9</sup> 同上，第 4 条。

<sup>10</sup> 同上，第 2(e)条；“外国法院”的定义。

12. 《示范法》设想，特别的实体，例如一旦倒闭可能在颁布国内造成系统风险的银行或保险公司，可排除在《示范法》适用范围之外。<sup>11</sup>

13. 《示范法》建立在四项原则基础上，这些原则是：

(a) “介入”原则：本原则确立了各种适用的情形，在这些情形下，“外国代表”<sup>12</sup>有权介入收到承认和救济申请的颁布国法院（接收法院）；<sup>13</sup>

(b) “承认”原则：根据本原则，接收法院可下达命令，承认外国程序为外国“主要”或“非主要”程序；<sup>14</sup>

(c) “救济”原则：本原则可参见三种不同的情形。在寻求承认的申请正在审理之中时，可给予临时救济，以保全处在接收法院的管辖区内的资产。<sup>15</sup>如果一项程序被承认作为“主要”程序，随即自动救济。<sup>16</sup>对于“主要”程序，可以提供酌情附加救济，在某一程序被承认作为“非主要”程序情况下，可以给予同等性质的救济；<sup>17</sup>

(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。<sup>18</sup>

14. 这些原则旨在达到下列公共政策目标：<sup>19</sup>

(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，无论是通过重组还是清算方式；

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

(e) 为拯救陷入财务困境提供便利，以保护投资和维持就业。

15. 2009年12月，大会核准了《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》。<sup>20</sup>《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

<sup>11</sup> 同上，第1(2)条。

<sup>12</sup> 按《贸易法委员会示范法》第2(d)条所定义。

<sup>13</sup> 同上，第9条。

<sup>14</sup> 同上，第17条。

<sup>15</sup> 同上，第19条。

<sup>16</sup> 同上，第20条。

<sup>17</sup> 同上，第21条。

<sup>18</sup> 同上，第25、26、27、29和30条。

<sup>19</sup> 《贸易法委员会示范法》序言；另见《颁布指南》，第3段。

<sup>20</sup> 文本登载在 [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) 的“UNCITRAL Texts and Status”栏下。

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（跨国界协议）这一用以便利开展合作的一种机制作较为详细的讨论。根据适用的国内法和具体跨国界协议的主题事项而定，在有些情况下，可能需要法院（或其他主管机关）对这一协议加以批准。《实践指南》提供了这些协议的示例。<sup>21</sup>

## B. 法官的角度<sup>22</sup>

16. 虽然《贸易法委员会示范法》强调以《示范法》国际渊源为基础统一解释方法的可取性，<sup>23</sup>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。<sup>24</sup>即使如此，凡法院在《示范法》基础上考虑到立法的，都可能发现国际法理有助于其作出解释。

17. 法官在处理其工作时看问题的角度必然不同于破产管理人。司法官员的义务是根据所收到的信息（证据），不偏不倚地判定由一方当事人所提出的问题。法官的义务是按司法规则行事；这就是所有利益关系方在无特殊例外情形下，都应被给予对可能严重影响最终决定的所有问题进行申诉的机会，以确保应有的程序得到遵循。在一些国家，拥有管辖权的行政机关<sup>25</sup>的主持人可能不受这种限制的影响。虽然一些国家的适用国内法可能要求法院独立自我确信应当下达任何所寻求的法院令，但其他国家的国内法则可能设想法院单纯实现当事方的意愿。

18. 不同法律传统的法官如何处理其各自的工作，可能会产生《示范法》条款解释方法上的一些差别（或其词语上的任何变通）。虽然总体上建议充满困难，但在一些法域，较高程度的法律法典化可能往往将注意力更多集中于《示范法》的案文，而不是像其他一些法域那样，没有同等程度的法典化，或其中许多高等法院具有一种固有的管辖权，能够以不与任何规章或条例相违背的方式决定法律问题，<sup>26</sup>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。<sup>27</sup>

<sup>21</sup> 一般见《实践指南》，第三章和附件一所列的案件概要。

<sup>22</sup> 见术语表中“法官”一词的扩大定义。

<sup>23</sup> 在颁布《示范法》的国家中，对条款作出解释时，必须考虑到“其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚实信用的必要性”：《贸易法委员会示范法》，第8条。

<sup>24</sup> 其实，《贸易法委员会示范法》本身已明确规定，凡颁布国作为一方加入的任何相关条约或协定，其中的条款优先于《示范法》的规定：第3条。

<sup>25</sup> 也就是“外国法院”定义范围内的机关，《贸易法委员会示范法》，第2(e)条。

<sup>26</sup> 关于固有管辖权的讨论，见 Master Jacob 所著 *The Inherent Jurisdiction of the Court*, (1970) *Current Legal Problems* 23。

<sup>27</sup> 这方面的例子是英美法系中的衡平法和过失规定的发展。



19. 这些不同的方法可能影响接收法院是否倾向于根据《示范法》的法院之间合作和多个程序协调的原则行事。<sup>28</sup>如果颁布国的国内法含有《示范法》的合作与协调规定，那么将会有成文法上对这方面可能采取的步骤给予的确认。

20. 如果没有明确采用这些规定，<sup>29</sup>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协议。法院能否这样做将取决于相关国内法的其他规定。另一方面，那些拥有固有管辖权的法院则可能享有更大的灵活性，能够确定法院之间可以采取什么步骤，以便落实《示范法》所强调的合作与协调。

21. 应有程序是所有法律传统的法域中广为周知的一个概念。最低限度标准要求程序透明化，将相关法院之间可能发生的任何联系通知当事各方，以及当事各方能够就所出现的任何问题陈述，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。<sup>30</sup>在发生法院之间联系的情况下，这些原则的重要性甚至更大。

22. 与破产管理人直接参与管理破产财产不同，在最初向法院提出申请之时，特定的法官不可能对所提出的问题有具体的知识，即使涉及复杂问题和大笔金额的破产案件通常存在紧迫性。<sup>31</sup>以前未经历过这类程序的法官可能会要求外国代表<sup>32</sup>提供协助，一般是通过其法律顾问这样做。这种协助可以包括简明但内容详实的概要和证据。

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

24. 出席 2009 年 6 月在温哥华举行的一次司法座谈会<sup>33</sup>的约 40 个国家 80 多名法官表示认为，应当考虑向法院提供协助（但以维护特定国家司法系统司法独立和完整性的至高需要为限度），辅导如何处理在《示范法》下出现的问题。本文的用意正是提供在温哥华座谈会上法官们请求的这类协助。其最后的形式已经过一系列非正式协商，特别是与法官但也与破产从业人员和其他专家协商之后而形成。

<sup>28</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 25、26、27、29 和 30 条。进一步见下文第 165-187 段。

<sup>29</sup> 例如，在涉及欧洲联盟成员国（丹麦除外）的案件中，《欧洲破产程序条例》虽然要求破产管理人之间的跨国界合作，但只字未提法院之间的合作。

<sup>30</sup> 进一步见下文第 155-187 段。

<sup>31</sup> 《贸易法委员会示范法》第 17(3)条强调需要迅速处理寻求获得承认的申请。

<sup>32</sup> 按《贸易法委员会示范法》第 2(d)条所定义。

<sup>33</sup> 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，2009 年 6 月 20 日至 21 日，温哥华。座谈会的报告见 <http://www.uncitral.org/pdf/English/news/eighthJC.pdf>。

### C. 《贸易法委员会示范法》目的

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

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

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

(b) 决定何时对外国破产程序给予“承认”以及承认的后果可能是什么；

(c) 提供一套透明的制度，让外国债权人有权在颁布国启动或参与破产程序；

(d) 允许颁布国的法院与涉及外国破产程序的法院和管理人有效开展合作；

(e) 授权颁布国法院和该国的破产程序管理人向国外寻求协助；

(f) 制订当颁布国破产程序与另一国破产程序同时进行时的协调规则；

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

27. 《贸易法委员会示范法颁布指南》强调跨国界破产案件中开展合作的中心作用，以实现有效进行这些程序和达到最佳结果。一个关键要素是涉及各个程序的法院之间以及这些法院与不同程序中所指定的破产管理人之间开展合作。<sup>34</sup> 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构之间进行联系。<sup>35</sup> 虽然《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，而是交由每个法域通过适用自己本国的国内法或实践做法来决定。但是，《示范法》确实建议了开展这些合作的各种方法。<sup>36</sup>

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

<sup>34</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 25 和 26 条。

<sup>35</sup> 例如，见《贸易法委员会实践指南》中关于使用跨国界协议的讨论。

<sup>36</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 27 条。

## 二. 《示范法》的解释和适用

### A. “介入”原则

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

- (a) 根据颁布国的法律启动一项破产程序；<sup>37</sup>
- (b) 颁布国承认外国程序，<sup>38</sup>以便外国代表可以：
  - (一) 参与该国的一项现有破产程序；<sup>39</sup>
  - (二) 根据《示范法》申请救济；<sup>40</sup>或者
  - (三) 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。<sup>41</sup>

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

31. “外国代表”与“外国程序”的定义相互关联。为了归属“外国代表”的定义，该人必须是正在管理一项“遵照与破产有关的法律而实施的集体司法程序或行政程序，……在这一程序中，为达到重组或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督”，或该人必须是正在担任外国程序的代表。<sup>42</sup>“外国代表”有权依其权利而直接向法院提出申请。<sup>43</sup>

32. 在一些情形中，可以说“外国代表”所管理的某一特定实体并非接收法院所适用的国内法意义上的“债务人”。<sup>44</sup>一个这类问题出现在 Rubin 诉 Eurofinance 案件中。在该案件中，美国法院对称作“消费者信托公司”的一个债务人指定了接收人和管理人。在英格兰法律中，如此描述的一个信托公司不被承认为法律实体，但在美国则被认作一个“商业信托公司”。在收到向英格兰法院提出的寻求获得承认的申请时，据指称该信托公司并非英格兰法律上的一个“债务人”。法官驳回了提出的申请，认定考虑到《贸易法委员会示范法》的

<sup>37</sup> 同上，第 11 条和《颁布指南》，第 97-99 段。

<sup>38</sup> 同上，第 15 条和第 112-121 段。

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

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

<sup>41</sup> 同上，第 24 条和第 168-172 段，见注 38 关于“介入”一词的用法。

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

<sup>43</sup> 同上，第 9 条。

<sup>44</sup> “债务人”一词在《示范法》中无定义。

国际渊源，对“债务人”一词的“狭窄教区范围解释”将是“不正当的”。<sup>45</sup>法官提出了一个另外问题，询问《示范法》的救济规定是否可适用于不被英格兰法律所承认的债务人，但是根据案件的事实，没有必要判定这一点。<sup>46</sup>

33. “外国代表”是否被授权作为债务人清算或重组程序的代表，这个问题由破产程序的启动国的适用法律加以决定。<sup>47</sup>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收法院所熟悉的，则可能不需要专家证据。如果任命外国代表的决定表明该人符合第 2 条(d)款的定义，则法院可依赖《示范法》第 16(1)条所确立的假定。

34. 在 *Stanford International Bank* 案件中，英格兰初审法院表示认为，在美国指定的一个接收人将不是所定义中的“外国代表”，因为在该阶段并没有提供管理债务人公司清算或重组事务的授权。<sup>48</sup>这一看法是针对最终发现接受人非属与破产相关法律所规定的一项集体程序时所作出的。

35. 《贸易法委员会示范法》设想“外国代表”包括“临时”指定的管理人，但并不包括所作指定尚未开始生效的情况；例如，因为在审理上诉期间指定破产管理人的命令中止。<sup>49</sup>用以确定“外国代表”是否有地位的一种方法是首先考虑是否符合“外国程序”的定义，然后再确定申请人是否被授权<sup>50</sup>管理对债务人资产或事务实施的符合条件的重组或清算，或担任外国程序的代表。

36. 根据这一做法，法官将需要确信：

(a) 所寻求承认的“外国程序”是外国的一项（临时或终决）司法或行政程序；

(b) 程序具有“集体”性质；<sup>51</sup>

(c) 该司法或行政程序出自一项与破产有关的法律，在该程序中，为达到重组或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；

(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；<sup>52</sup>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组或清算，或担任外国程序的代表”。

<sup>45</sup> *Rubin* 诉 *Eurofinance* 案，第 34 和 40 段。

<sup>46</sup> 同上，第 41 段。

<sup>47</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 5 条。

<sup>48</sup> *Stanford International Bank* 案，第 85 段。

<sup>49</sup> 见《贸易法委员会示范法》第 2(d)条中的“外国代表”定义。

<sup>50</sup> 按《示范法》第 2(d)条的含义。

<sup>51</sup> 见下文，第 66-70 段。

<sup>52</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 2(e)条。

37. 外国代表能否寻求早期承认（和随后能否寻求救济）<sup>53</sup>往往对于有效保全债务人的资产免于失散或隐匿至关重要。为此原因，接收法院有义务“在可能情况下尽早”就申请作出决定。<sup>54</sup>“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。<sup>55</sup>

## B. “承认”原则

### 1. 引论

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

39. 以下是关于承认原则的概述。对其各组成部分更详细的讨论载于下文第 56-114 段。

### 2. 证据要求

40. 为寻求对外国程序的承认，外国代表将需要根据《贸易法委员会示范法》提出一项申请。《示范法》第 15 条确立了该申请应当符合的要求。在决定是否应当承认外国程序时，接收法院以定义中所载的管辖权先决条件为限。<sup>56</sup>《示范法》并未规定接收法院对外国程序是否根据适用法律正确启动这一问题进行审议；只要程序符合第 15 条的要求，依照第 17 条即应当随之而获承认。

### 3. 承认外国程序的权力

41. 接收法院承认外国程序的权力来自《贸易法委员会示范法》第 17 条。

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

43. 外国代表负有持续的披露义务。他或她必须迅速告知接收法院已获承认的外国程序的地位发生的任何重大变化，或其任命发生的任何重大变化，以及外国代表得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> 同上，特别是见第 20、21、23 和 24 条。关于寻求获得承认的申请正在审理过程中时的临时救济，见第 19 条。

<sup>54</sup> 同上，第 17(3)条。

<sup>55</sup> 见下文，第 122 段及其后。

<sup>56</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 2(a)条。

<sup>57</sup> 同上，第 18 条。

44. 第 17(2)条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”<sup>58</sup>或者作为“外国非主要程序”。<sup>59</sup>前者是在“债务人拥有其主要利益中心”的所在国进行的外国程序，后者则是在债务人拥有“营业所”的所在国进行的外国程序。“营业所”一词系指“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。<sup>60</sup>其中隐含的意思是，《贸易法委员会示范法》并未规定对其他类型的破产程序给予承认，例如在仅仅存在有资产的当地国所启动的程序。<sup>61</sup>但是，可以注意到，一些颁布了《示范法》的国家并未给予法院附加权力而使之可以根据其他法律<sup>62</sup>协助其中可能包括按《示范法》规定无须获承认的程序类别的外国程序。

45. 贝尔斯登案件<sup>63</sup>就是一项“外国程序”既未被认作“外国主要程序”也未被认作“外国非主要程序”的一个案例。初审法院和上诉法院都认定，在开曼群岛启动的临时清算并不符合其中任何一项名称的要求，因为证据并未证明债务人的主要营业地设在开曼群岛，也未证明在该国发生了某种非临时性的活动。因此，该程序未获承认。

#### 4. 相互对等

46. 在《贸易法委员会示范法》中无相互对等的要求。《示范法》中并未设想外国程序被拒绝获得承认完全是因为该外国程序启动地所在国的法院将不会为颁布国的破产管理人提供同等的救济这种情况。然而，法官应当明白，有些国家在颁布以《示范法》为基础的立法时，对承认事项列入了相互对等的规定。<sup>64</sup>

#### 5. “公共政策”例外

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

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

<sup>58</sup> 同上，见第 2(b)条中的定义。

<sup>59</sup> 同上，见第 2(c)条中的定义。

<sup>60</sup> 同上，见第 2(f)条中的定义。

<sup>61</sup> 见《颁布指南》，第 73 和 128 段。

<sup>62</sup> 例如，根据 2006 年《新西兰（跨国界）破产法》第 8 条和 1986 年《联合王国破产法》第 426 条。

<sup>63</sup> 本文中所列案件的完整引证载于附件。

<sup>64</sup> 例如罗马尼亚、墨西哥、南非。

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

50. 许多国际法律文书都使用“明显”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仅仅是在特殊情形才加以援用，即在涉及对颁布国具有根本重要性的事项时。<sup>65</sup>

51. 除公共政策例外之外，《示范法》并未规定接收法院应评价启动程序或指定外国代表的外国法院所作的该项决定是否正确。<sup>66</sup>

## 6. “主要”和“非主要”外国程序

52. 对“外国程序”，只可以承认其为“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影响到在承认之后是否提供救济。承认“主要”程序即触发对个别债权人诉讼的自动中止，或针对债务人资产的执行行动自动中止<sup>67</sup>，以及对这些资产的自动“冻结”，<sup>68</sup>但某些例外情况除外。<sup>69</sup>

## 7. 复审或废除承认令

53. 在有限的情形中，接收法院可以复审其关于承认外国程序为“主要”或“非主要”程序的决定。如果情况表明下达承认令的理由“完全或部分告缺，或已不复存在”，则接收法院可重新审查其早先的命令。<sup>70</sup>

54. 似宜更改或终止早先承认令的情形事例有：

- (a) 如果获得承认的外国程序已被终止；
- (b) 如果据以启动外国破产程序的命令被该国上诉法院所推翻；
- (c) 如果获得承认的外国程序的性质发生改变，可能是因为重组程序改为清算程序；

<sup>65</sup> 例如，见下文，第 110 段。

<sup>66</sup> 见上文，第 40 段。

<sup>67</sup> 《贸易法委员会示范法》，第 20(1)(a)和(b)条。

<sup>68</sup> 同上，第 20(1)(c)条。

<sup>69</sup> 同上，第 20(2)条。承认“主要”和“非主要”外国程序问题在下文第 75-114 段中作更详细讨论。

<sup>70</sup> 同上，第 17(4)条。

(d) 如果出现了新的事实要求或理当改变法院的决定；例如，如果外国代表违反了准予救济的条件。<sup>71</sup>

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

---

<sup>71</sup> 见《颁布指南》，第 129-131 段。