



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

《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视（续）

目录

	段次	页次
二. 《示范法》的解释和适用（续）	117-187	2
D. 救济	117-153	2
1. 介绍性评论	117-121	2
2. 临时救济	122-129	3
3. 承认“主要程序”后产生的自动救济	130-137	4
4. 承认后的救济	138-153	6
E. 合作与协调	154-187	9
1. 介绍性评论	154-158	9
2. 合作	159-170	10
3. 协调	171-187	13

(在 A/CN.9/732/Add.3 号文件中继续讨论)



二. 《示范法》的解释和适用（续）

D. 救济

1. 介绍性评论

117. 《贸易法委员会示范法》规定了三种救济类型：

- (a) 在提出申请承认外国程序后随时可寻求的临时（紧急）救济；¹
- (b) 承认外国程序为“外国主要程序”后产生的自动救济；²
- (c) 承认为主要程序或非主要程序后酌情给予的救济。³

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

118. 按照“外国程序”的定义，⁴承认的效力也扩大到外国“临时程序”。⁵这一解决办法是必要的，因为不会仅仅因为临时程序的临时性质而使其有别于其他破产程序。

119. 如果在承认以后外国“临时程序”不再具有充分的依据获得第 20 条所述的自动效力，可如第 20(2)条所述，依据颁布国的法律结束自动中止。⁶

120. 《示范法》中的内容概不限制法院或其他主管当局根据颁布国其他法律向外国管理人提供补充援助的权力。⁷

121. 有必要对颁布《示范法》的特定法令进行审议，以确定颁布国是否取消或修改了《示范法》所设想的任何一类救济（自动救济或酌情给予的救济）。⁸一旦确定了可提供的救济，接收法院便可自行在得到承认的“主要”程序所产生的自动救济之外制订所需的任何适当救济。

¹ 《贸易法委员会示范法》第 19 条。

² 同上，第 20 条。

³ 同上，第 21 条。

⁴ 同上，见第 2(a)条。

⁵ 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：实例见新西兰 1993 年《公司法》第 246 节和《高等法院规则》第 31.32 条。

⁶ 《贸易法委员会示范法》第 20(2)条。

⁷ 同上，第 7 条。该条的目的是包含以礼让或执行许可证、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。

⁸ 根据《示范法》颁布法律的国家采取了各不相同的办法。例如，在美国，自动中止范围较广（以符合其《破产法》第 11 章），在墨西哥，中止的作用不是阻止提起个别诉讼，而是相对于强制执行而言。日本和大韩民国规定，承认后可提供的救济由法院针对每个案件自行酌定，而不是像《示范法》规定的那样自动适用。

2. 临时救济⁹

122. 第 19 条述及法院以其自由裁量权命令给予的可在申请承认时提供的“紧急救济”。¹⁰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(2)条强调了这一思想，根据该款，法院可以对按照第 19 条给予的救济附加其认为合适的条件。在每个案件中，法官必须确定最适合特定案件情况的救济以及给予救济的任何前提条件。

123. 第 19 条授权法院给予通常只在集体破产程序中提供的救济类型，¹¹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。¹²不过，第 19 条规定的酌情给予的“集体”救济，其范围比按照第 21 条提供的救济要窄一些。

124. 将临时救济限于“集体”程序，与为得到承认而需要证明存在“集体性”的外国程序相一致。¹³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。¹⁴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措施和临时措施。

⁹ 下文的摘要大致以《立法指南》第 135-140 段为基础。

¹⁰ 接收法院有权按照任何公共政策上的反对理由对救济进行调整。在救济问题上对“公共政策”例外的讨论见 *Ephedra* 案和 *Tricontinental Exchange* 案以及上文第 47-51 段。*Ephedra* 案涉及在美国承认一项加拿大程序，在该案中，对于将在加拿大程序中解决的某些问题不能进行陪审团审讯，而在同样情形下，在美国是有进行此种审讯的宪法权利的，这种情况被认为并无“明显违背美国的公共政策”。法院指出，有关程序清楚地为求偿人提供了一种公平公正的程序，而且美国法律中与《示范法》第 6 条等同的规定并未作其他要求。法院给予了所请求的救济，承认并执行了在加拿大程序中通过的求偿解决程序。*Tricontinental Exchange* 案涉及承认在圣文森特和格林纳丁斯启动的程序，在该案中，美国法院按照第 22 和第 6 条，审议了是否对外国管理人寻求的救济规定附加条件，即根据第 21 条委托外国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(c)条改变立场并按照第 22(b)条行使权利，对于根据第 21(1)(e)条委托外国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。

¹¹ 即第 21 条规定的同类型救济。

¹² 即关于债权人认明的具体资产的措施。

¹³ 另见下文第 145 段 *Rubin* 诉 *Eurofinance* 案。

¹⁴ 同上。

125. 第 19(1)条的开头语提及了措施的紧迫性。第 19(1)(a)条规定仅中止执行程序，第 19(1)(b)条述及了易腐资产和容易变质或处于其他危险之中的资产。¹⁵除此之外，根据第 19 条可以提供的措施实质上与根据第 21 条可以提供的措施相同。

126. 第 19 条规定的救济是临时性的。该救济在对承认申请作出决定时即告终止。¹⁶不过，法院有机会延长该措施。¹⁷例如，法院可能想延长该措施，以避免承认前给予的临时救济与承认后酌情给予的实质性救济之间脱节。

127. 第 19(4)条强调，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）。¹⁸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。¹⁹

128. 如上所述，《贸易法委员会示范法》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。

129. 构成第 22 条基础的观念是，应对可给予外国破产管理人的救济和可能受这种救济影响的人的利益加以平衡。²⁰这种平衡对于实现跨国界破产立法的目标是必不可少的。

3. 承认“主要程序”后产生的自动救济²¹

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

¹⁵ 例如，在 *Tucker* 一案（2009 年 11 月 20 日）中，澳大利亚法院下令对储存在澳大利亚几个地方由澳航 Qantas 控制的飞机配件存货进行临时保全，理由是，这些配件可能会由于对其所有权的争议而遭受风险。给予临时救济是为了在寻求承认英格兰程序的申请审理完毕之前的一段有限时间内，保全被告人在澳大利亚的地位和资产。关于证据，法院认为，很可能会给予承认，承认后将根据与第 20 条等等的澳大利亚规定启动救济。另一个案例是 *Williams 诉 Simpson* 一案（2010 年 9 月 17 日）。英格兰破产程序管理人提出申请后，新西兰法庭下令采取临时措施，其中包括对一特定资产签发搜查令，暂时取消债务人处理其在新西兰的财产资格，以及下令一法庭人员对其搜身。法院称，“如果[根据第 19 条]给予此类救济的权力仅延伸到已知存在的财产和容易确定位置的财产，那将是不合常理的。”法院还称“第 19 条所固有的灵活性可证明有理由签发搜查令以确定是否有隐藏的资产，这些资产可能会因没有对其采取某种形式的临时救济而受到损害。”

¹⁶ 《贸易法委员会示范法》第 19(3)条。

¹⁷ 同上，第 21(1)(f)条。

¹⁸ 同上，另见第 29 和 30 条。

¹⁹ 同上，第 15(3)条。

²⁰ 见《立法指南》第 161-164 段。

²¹ 下文的概要大致以《立法指南》第 141-153 段为基础。

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

132. 第 20 条设想的自动后果意在留出时间采取步骤组织有序而公正的跨国界破产程序，即使起源国的破产程序启动所产生的效力不同于第 20 条在承认国的效力。这一方法反映了构成《贸易法委员会示范法》基础的一个基本原则，按此原则，颁布国法院对外国程序的承认所给予的效力被认为对于公正有序地进行跨国界破产是必要的。

133. 如果在特定案件中承认所产生的结果将违背包括债务人在内的利害关系人的合法利益，承认国的法律应当提供保护这些利益的可能性。²²

134. 第 20(1)(a)条不仅提及“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下允许债权人采取这些措施。补充了第 20(1)(b)条，以充分清楚地表明，中止规定涵盖针对债务人资产的执行措施。

135. 尽管第 20 条规定的承认的效力具有“自动”或“强制”性质，但仍明确规定，这些效力的范围取决于颁布国法律中可能存在的例外或限制。²³例如，这些例外可能是有担保债权人强制执行债权，债务人在正常业务过程中的付款，对启动破产程序后（或承认外国主要程序后）产生的债权提起法院诉讼，或完成公开的金融市场交易。

136. 有时，法院修改或终止第 20 条的效力可能是可取的做法。关于法院这样做的权力的国内规则各不相同。在有些法律制度中，法院获准应利害关系方的要求根据本国法律规定的条件作出个别例外规定。鉴于这种情况，第 20(2)条规定，修改或终止该条规定的中止或暂停应受颁布国关于破产的法律规定的制约。

137. 第 20(4)条澄清，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。²⁴如果确实提起了本国程序，第 29 条谈及外国和本国程序之间的协调。²⁵

²² 见《贸易法委员会示范法》第 20(2)条和第 22 条。

²³ 同上。

²⁴ 《示范法》第 11-13 条笼统地述及申请启动本国破产程序并参加这种程序的权利。

²⁵ 见下文第 175-177 段。

4. 承认后的救济²⁶

(一) 《示范法》的条款

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

139. 第 21 条下的承认后救济是酌情给予的。第 21(1)条所列的救济类型是破产程序中最经常使用的救济。但其中并未包含所有类型。接收法院能够给予根据颁布国法律可以提供的任何类型救济以符合特定案件的情况，该款无意毫无必要地对此加以限制。²⁷

140. 正是由于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(2)条强调了这一思想，根据该款，法院可以对给予的救济附加其认为合适的条件。在每个案件中，法官必须确定最适合特定案件情况的救济以及给予救济的任何前提条件。第 22 条还述及承认外国程序后法院在给予或拒绝给予救济时，以及修改或终止该救济时，有必要充分保护债权人和其他利害关系人的利益。²⁸

141. 第 21(2)条设想的向外国管理人（或另一人）“移交”资产仍为自由裁量的决定。《贸易法委员会示范法》载有若干保障规定，旨在确保资产移交外国管理人以前保护本国利益。²⁹在 *Atlas Shipping* 案中，美国法院按照等同于第 21(1)(e) 条和第 21(2)条的规定，并遵照在丹麦的破产程序启动之前和之后下达的海事诉讼保全令，针对存在美国银行账户的资金给予了所请求的救济。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。³⁰法官还称，向外国管理人移交资金比较经济而高效，因为这样一来 *Atlas* 在世界各地的所有债权人都能在一个具有管辖权的法院寻求自己的权利和救济。

142. 在调整救济时，需加考虑的一个突出因素是，它是对一个外国主要程序还是非主要程序的救济。要记住，外国非主要程序管理人的利益和权力一般要小于外国主要程序管理人的利益和权力。后者通常会谋求获得破产债务人所有资产的控制权。

143. 第 21(3)条反映了上述思想，其中规定：

²⁶ 本概要大致摘自《立法指南》第 154-160 段。

²⁷ 接收法院有权按照任何公共政策上的反对理由对救济进行调整。在救济问题上对“公共政策”例外的讨论见 *Ephreda* 和 *Tri-Continental* 两案（见上文注 10）以及上文第 47-51 段。

²⁸ 见上文第 128-129 段。

²⁹ 这些保障包括：第 22(1)条中对保护本国利益这一原则的一般性陈述；第 21(2)条的规定，即法院只有在确信本国债权人的利益得到保护后，才可授权移交资产；以及第 22(2)条，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。

³⁰ *Atlas Shipping* 案，第 742 页。

(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；

(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，救济必须是关于该程序中所需的信息。

这些条款表明，给予外国非主要程序的救济不应不必要地给予外国破产管理人以广泛的权力，而且这种救济不应干扰另一破产程序的管理，特别是主要程序。

144. 在决定是否按照第 21 条酌情给予救济时，或在修改或终止所给予的任何救济时，法院必须确信，债权人和其他利害关系人的利益，包括债务人的利益，受到充分的保护。这是法院可按照其认为适当的限制条件给予救济的原因之一。³¹外国管理人和受救济影响的人均可申请修改或终止救济；法院也可自行修改或终止救济。³²

145. 在起初拒绝予以救济的一个案例是 *Rubin 诉 Eurofinance* 案。接收法院接到救济申请，请求强制执行在美国作出裁决后下达的向某一债权人付款的命令。出现的问题是，《示范法》是否设想了这类救济。法官承认，作出该裁决的程序是在美国进行的第 11 章所述破产程序³³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权利得到承认或确立的债权人对债务人财产进行集体管理的情形³⁴（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《贸易法委员会示范法》的规定强制执行。对于强制执行，仍然适用英格兰国际私法中的通用规则。

146. 在上诉时，上诉法院同意，这些程序是第 11 章所述程序的一部分，但不同意下级法院的结论，而是裁定有关裁决是为了集体强制执行破产程序的制度作出的。因此，法院认为，这些裁决受有关破产的国际私法规则管辖，而不受普通国际私法规则管辖，后者不允许强制执行裁决，因为被告不受外国法院的管辖。³⁵

(二) 自由裁量的救济问题处理办法

147. 由于承认后自由裁量给予的救济一律会按特定案件的情况调整，因此不可能在本文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

³¹ 见上文第 140 段。

³² 《贸易法委员会示范法》第 22 条。

³³ *Rubin 诉 Eurofinance* 案，第 47 段。

³⁴ 同上，第 58 段，援引了 *Cambridge Gas Transportation Corporation 诉 Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* 案[2007] 1 AC 508 (PC)，第 13 段。

³⁵ *Rubin 诉 Eurofinance* 案（上诉），第 61 段。

取的不同立场的有益案例（尽管是在未适用《贸易法委员会示范法》的程序中）涉及在澳大利亚的清算程序，在英格兰寻求救济。尽管英格兰和澳大利亚都根据《示范法》颁布了法令，但该程序在英格兰启动时，这些法令均未生效。³⁶

148. 澳大利亚清算人采取步骤变现并保护在英格兰的资产，其中大部分是在伦敦取得的保险单的分保。该清算人请求英格兰法院将这些资产转到澳大利亚，按照澳大利亚法律分发给公司的所有债权人。澳大利亚法律规定，分保合同的收益应先用于支付相关保险合同下的负债，然后才能用于偿还一般债务，而英格兰法律（当时）没有此种规定。问题是，英格兰法院是否应当给予救济，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。³⁷ 上诉法院维持原判。³⁸ 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。³⁹

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

(a) 一种意见是，原则上，应当形成单一的破产资产，所有债权人（无论位于何处）都有权且必须证明其债权。尽管澳大利亚的法律规定了另一种优先顺序，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。⁴⁰ 在此基础上，应当允许澳大利亚的主要程序具有普遍效力。⁴¹

(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。⁴²

(c) 第三种办法依赖的是给予救济的四个具体要素：⁴³

- (一) 受清算的公司是澳大利亚保险公司；
- (二) 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；
- (三) 澳大利亚的优先规则与英格兰在关键时间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；

³⁶ 澳大利亚清算人的申请是按照 1986 年《破产法》（联合王国）第 426(4)节审理的，其中规定，联合王国任何地区在破产法方面有管辖权的法院均有义务向某些特定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。

³⁷ *Re HIH*。

³⁸ *Re HIH*（第一次上诉）。

³⁹ *McGrath 诉 Riddell*。

⁴⁰ 比较上文第 110 段在 *Re Gold & Honey Ltd* 案中对公共政策的讨论。

⁴¹ *McGrath 诉 Riddell* 案，第 30、36 和 63 段。

⁴² *McGrath 诉 Riddell* 案，第 59、62 和 76-77 段。

⁴³ 同上，第 42 段。

(四) 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。

(三) 牵涉先前可疑交易的案件中的救济

150. 第 23 条⁴⁴规定了外国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。

151. 如果外国程序已经被承认为“非主要程序”，法院便有必要具体考虑，按照第 23 条的授权采取的任何行动是否“应在外国非主要程序中予以管理”。⁴⁵这再次区分了“主要”程序的性质和“非主要”程序的性质，并强调“非主要”程序中的救济很可能比“主要”程序的救济更有限。

152. 第 23 条的措词很狭窄。即使颁布国授权外国管理人提起某些诉讼，也有一个先决条件，即破产管理人可在颁布国内提起这类诉讼。⁴⁶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 条所设想任何程序是否可正当进行，将视国内法律冲突规则而定。

153. 在 *Condor Insurance* 案中，请求上诉法院审议一破产法院是否有权在第 15 章所述的美国程序中根据外国法律提供撤销救济。上诉法院推翻了一审和二审法院的裁决，认为该破产法院具有上述权力。该案涉及在美国承认在尼维斯岛启动的外国主要程序，该程序启动后，外国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。第 15 章将撤销权排除在可根据与第 21(1)(g)条相当的规定所给予的救济之外，而在第 23 条中规定，在正式的破产程序中可行使这类权力。不过，上诉法院裁定，第 15 章并不拒绝给予外国管理人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。⁴⁷在上诉裁决作出之前，在 *Atlas Shipping* 案中核准了一种类似的解释，法院得出结论，*Condor Insurance* 案二审法院的裁决值得商榷：不允许外国管理人依据外国法律提起撤销诉讼这一结论“在立法史上无任何明确证据支持”。⁴⁸

E. 合作与协调

1. 介绍性评论

154. 《贸易法委员会示范法》第 25-27 条旨在促进不同国家的破产管理人和法院之间的合作，以确保以最适合其所有债权人需要的方式处理涉及一个债务人的破产程序。其目的是，通过对破产资产进行公平而高效的管理，尽量提高债权

⁴⁴ 另见《立法指南》第 165-167 段。

⁴⁵ 《贸易法委员会示范法》第 23(2)条。

⁴⁶ 同上，第 23(1)条。

⁴⁷ *Condor Insurance* 案（上诉），第三节，第 3-17 页。

⁴⁸ *Atlas Shipping* 案，第 744 页。

人（在清算和重整程序中）的收益以及（在组织程序中）协助保护投资和维持就业。⁴⁹

155. 法院合作与协调是《示范法》的核心部分。例如，合作往往是防止资产的消散、使资产具有最大价值⁵⁰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。⁵¹合作会使各个破产程序更好地协调，并简化程序，以便为债权人实现更大的利益。

156. 第 25 和 26 条不仅授权跨国界合作，而且还要求必须这样做。其中规定法院和破产管理人“应进行最大限度的合作”。这些条款旨在克服各国法律中广泛存在的一个问题，即缺乏为本国法院与外国法院在处理跨国界破产案方面进行合作提供法律依据的规则。在一些法律制度中，给予法官在明确法定授权领域以外工作的酌处权十分有限，因而制定这样的规定将特别有用。即使在传统上司法自由空间较大的法域中，促进合作的立法框架也可能证明是有益的。

157. 这些条款将关于何时和如何进行合作的决定留给法院酌情作出，也留给破产管理人在法院监督下酌情做出。就法院（或第 25 和 26 条所述的人或机构）与外国法院或外国破产管理人就一项外国程序进行合作而言，《贸易法委员会示范法》并不要求先正式决定承认该项外国程序。

158. 法院在各方适当参与情况下“直接”联系和“直接”要求外国法院或外国破产管理人提供信息或帮助的能力旨在避免使用一向使用的耗时的程序，如调查委托书。当法院需要紧急采取行动时，这种能力至关重要。

2. 合作

159. 在《贸易法委员会示范法》完成之前举行的第二次贸易法委员会/国际破产协会跨国界破产问题多国司法讨论会⁵²强调，必须使法院在与外国法院或外国破产管理人合作时具有灵活性和酌处权。在这次讨论会上，参与审理案件的法官提交了实际进行司法合作的若干案件的报告。

160. 从这些报告得出了若干要点：⁵³

(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；⁵⁴

⁴⁹ 《贸易法委员会示范法》序言(e)。

⁵⁰ 例如将位于两国的生产设备合起来出售的价值会大于分散出售的价值。

⁵¹ 见《贸易法委员会立法指南》，第三部分：破产企业集团的对待办法，关于促进企业集团破产中的跨国界合作的建议 239-254。

⁵² 这次会议的报告可在 www.uncitral.org/pdf/english/news/SecondJC.pdf 和 www.insol.org 查阅。这次讨论会于 1997 年 3 月 22 日至 23 日在新奥尔良举行。另见贸易法委员会 A/52/17 号文件第 17-22 段，可在 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/30th.html 查阅。

⁵³ 目前《贸易法委员会立法指南》第三部分述及了其中的若干要点，特别是第 14-40 段以及关于跨国界破产中法院之间合作的建议 240-245。

(b) 联系应当公开进行，事先通知有关方面⁵⁵并让其到场（极端情况例外）；⁵⁶

(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；⁵⁷

(d) 联系手段包括：电话、视频链接、传真、电子邮件等；⁵⁸

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

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

162. 在 *Maxwell Communications*⁵⁹案中，纽约和英格兰的法官各自向每个国家的当事人的法律代表提出下述可能性：谈判跨国界协议，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。⁶⁰

163. 在一些案例中，举行了电话会议或视频链接会议，参加的有每个法域的法官和法律代表。2001 年的一个实例是通过视频链接联合审理，参加的有美利坚合众国和加拿大的法官以及各法域所有当事人的代表。从程序上说，审理是同时进行的。⁶¹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。

164. 在每个法院的实质性论证结束时（在当事人的同意下）两名法官宣布休庭，以便彼此（通过电话）私下交谈，随后继续进行联合审理，每个法官都在

⁵⁴ 同上，第 21-34 段和建议 241-243。

⁵⁵ 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(q)(2)条。

⁵⁶ 《贸易法委员会立法指南》第三部分，第 24-27 段以及建议 243(b)和(c)。

⁵⁷ 同上，第 20 段和建议 241。

⁵⁸ 同上，第 20 段。

⁵⁹ *In Re Maxwell Communication Corporation plc*, 93 F.3d 1036, 29 Bankr Ct. Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 August 1996) (No. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084), and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in *Re Maxwell Communication plc* between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), and the High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

⁶⁰ 另见 *Re Olympia and York Developments Ltd*, Ontario Court of Justice, Toronto, Case No. B125/92 (26 July 1993), and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos. 92-B-42698-42701 (15 July 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165)。

⁶¹ *PSI Net Inc.*, Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 01-CL-4155 (10 July 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13213 (10 July 2001).

各自的程序中宣布了命令。这样，虽然一名法官确认结果是他们商定的，但很明显，每个法官都是仅仅针对自己处理的程序独立作出决定的。⁶²

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

166. 另一个合作实例是信件往来，其中有的是参与程序的法院之一提出援助请求，有的是回应这类请求。在 *Perpetual Trustee Company Ltd 诉 LehmanBros. Special Financing Inc* 案中，⁶³由于一系列请求之故，英格兰法院答复美国法院，解释了在英格兰采取的步骤和作出的决定，并请美国法官暂时不要下达可能与英格兰下达的命令相冲突的正式命令。其意图是鼓励在出现相互冲突的决定时进一步进行联系。⁶⁴

167. 还可通过跨国界协议实现合作，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。⁶⁵

168. 关于破产管理人之间进行国际合作管理破产债务人资产的第 26 条反映出此类人员在其权限内对于制订和执行合作协议能起的重要作用。该项规定表明，破产管理人在有管辖权的法院的全面监督下行事。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。⁶⁶

169. 2000 年，美国法学会编写了《法院间交流指引》⁶⁷，作为其在北美洲自由贸易协议国跨国破产方面的工作的一部分。来自加拿大、墨西哥和美国这三个北美洲自由贸易协议国的法官、律师和学者在该项目上进行了合作。《法院间交流指引》意在鼓励和促进在国际案件中的合作，而不是改变任何国家所适用的国内规则或程序，也不是要影响或限制任何当事方在法院审理的程序中的实质

⁶² *Re PSI-Net* 案会议记录 (US Bankruptcy Court, Southern District of New York and Superior Court of Justice of Ontario), 2001 年 9 月 26 日, 贸易法委员会秘书处存档。

⁶³ [2009] EWHC 2953, 在第 12-23 段。

⁶⁴ 同上, 在第 41-50 段。

⁶⁵ 关于这一技术的应用实例, 见《贸易法委员会实践指南》第二章第 2-3 段。如《实践指南》中所示, 采用这一技术的案例包括 *Maxwell* 案 (见上文注 62); *Matlack* 案, Superior Court of Justice of Ontario, Case No. 01-CL-4109 and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-01114 (2001) 和 *Nakash* 案, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94B 44840 (23 May 1996) and the District Court of Jerusalem, Case No. 1595/87 (23 May 1996)。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。

⁶⁶ 《贸易法委员会示范法》第 26(1)和(2)条 (以及影响合作可行度的任何其他国内法)。

⁶⁷ 以下网址有 14 种语文版本可供查阅: www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394 [...时访问]。

性权利。该《指引》已经得到不同国家若干法院的核准并用于若干跨国界案件中。⁶⁸

170. 关于合作问题，《贸易法委员会示范法》和《欧洲理事会规则》的术语之间有一个重要差异。《欧洲理事会规则》未载有任何法院间交流的规定，而是规定在成员国启动的主要程序和次要程序的破产管理人“彼此交流信息”，“彼此合作”，次要程序的清算人有义务使主要程序的破产管理人“在早期阶段有机会提交建议书”，论及该程序或在次要程序中如何使用资产。⁶⁹

3. 协调

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

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

173. 通常，该条设想的那种本国破产程序将限于位于该国的资产。不过，在某些情况下，对本国程序有意义的管理可能还须包括某些在国外的资产，尤其是在资产所在国没有必要的或可以利用的外国程序时。⁷⁰为了允许本国程序涵盖此种有限的跨国界范围，第 28 条规定，程序的效力在必要情况下可扩大到应在颁布国程序中予以管理的债务人其他资产。

174. 第 28 条中关于可能将本国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。

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

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

⁶⁸ 安大略和特拉华州的法院核可跨国界破产协议的一个案例是 *Re Matlack Inc.* 案，见上文注 65。其中显示了美国法学会《指引》如何变通用于实际案件。还有一些跨国界破产协议也采用了该《指引》；见《贸易法委员会实践指南》附件一中的摘要。

⁶⁹ 《欧洲理事会条例》第 31 条。

⁷⁰ 例如：本国营业所在外国法域内拥有开工的工厂的情况；有可能把债务人在颁布国的资产和国外的资产作为“经营中企业”出售的情况；或以欺诈方式将资产从颁布国转移到国外的情况。

176. 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；⁷¹

(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；⁷²

(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；⁷³

(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。⁷⁴

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

178. 第 29(c)条含有这样一项原则，即给予外国非主要程序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(3)条也表述了这项原则，第 29 条又加以重申，以强调要在协调本国程序和外国程序时适用。

179. 第 30 条述及的案件情况是，债务人在国外不止一个国家进入破产程序，且不止一个外国程序的外国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。

180. 第 30 条的目标与第 29 条的目标类似。其目的是通过适当的协调协助合作。通过适当调整拟给予的救济或通过修改或终止已经给予的救济，便可实现处理方法上的统一。

181. 同第 29 条（该条原则上给予本国程序优先地位）不一样，第 30 条对外国主要程序有利，如果有外国程序的话。若有不止一项外国非主要程序，该项规定本身并不优待任何外国程序。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。⁷⁵

182. 如果在命令下达后又出现一项外国非主要程序，根据第 30 条给予的救济可终止或更改。终止或更改先前救济的命令只能是“为了促进程序之间的协调”而下达的。⁷⁶

183. 关于同时进行的程序，对偿付债务有特别的规则。

⁷¹ 《贸易法委员会示范法》第 29(a)(-)条。

⁷² 同上，第 29(b)(-)条。

⁷³ 同上，第 29(b)(-)条。自动效力不会自动终止，因为这些效力可能是有益的，法院或许想要予以保留。

⁷⁴ 同上，第 29(a)(-)条。

⁷⁵ 同上，第 30(a)和(b)条。

⁷⁶ 同上，第 30(c)条。

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

185. 例如，假设一无担保债权人在一项外国破产程序中获得其求偿额的 5%，该债权人也参加了颁布国中的破产程序，其分配比率是 15%。为了使该债权人在颁布国中与其他债权人处于平等的地位，该债权人在颁布国中将仅获得其求偿额的 10%。第 32 条间接授权接收法院下达命令执行这一规则。

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

187. “担保债权”⁷⁷一词用于泛指有特定资产担保的债权，而“物权”一词旨在表示在一特定财产上享有的、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。

⁷⁷ 在《贸易法委员会立法指南》术语表第 12(nn)款中，“担保债权”的定义是：“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”。