



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十届会议
2011年10月31日至11月4日，维也纳

破产法

《贸易法委员会跨国界破产示范法》 与主要利益中心有关的某些概念的解释和适用

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-8	2
一. 与主要利益中心有关的概念的解释和适用	9-64	3
A. 《示范法》第2条下符合承认条件的程序	9-31	3
1. 关于债务人破产的要求	9-11	3
2. “外国程序”定义的要素	12-31	4
B. 承认	32-54	8
1. 主要程序和非主要程序	32-34	8
2. 主要利益中心的所在地——第16条中的推定规定	35-37	8
3. 与确定主要利益中心相关的要素和推翻该推定	38-44	9
4. 对主要利益中心的承认所具有的效力	45-46	10
5. 欺诈的影响	47-48	10
6. 与确定主要利益中心相关的时间	49-54	11
C. 企业集团	55-64	12



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, 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某些概念的解释和适用提供指导意见, 并且可能的话, 编拟处理某些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。¹ 一项建议涉及“主要利益中心”可能的定义, 载于 A/CN.9/WG.V/WP.101 号文件。第二个议题²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.100 号文件中处理。
4. 一个初步问题是, 工作组似宜审议是否需要解决该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。该建议 (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, 第 68-70 段) 指出, 在审议下述问题时, 工作组应当列出其可能得出的任何结论的政策理由, 这些结论可以作为拟就《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”, 司法人员和破产管理机构可借以理解《示范法》各种规定的范围和含义。工作组似宜考虑如何做到这一点。可编拟各种类型的文件, 这取决于工作组寻求提供哪一层面的指导意见, 例如, 一方面是资料和评注, 另一方面则是建议。一个办法可以是为现有《示范法》和《示范法颁布指南》(《颁布指南》) 正文另附一份资料性文件, 另一种办法或许是将工作组制订的案文纳入《颁布指南》本身。工作组似应注意的是, 标题为“《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”) 文件为法官使用和解释《示范法》提供了参考材料, 其案文已由委员会 2011 年第四十四届会议最后审定并通过。³
5. 在就工作形式问题进行审议时, 工作组似应注意, 在目前的《颁布指南》中加入补充性评注或指导意见可能会给读者或使用者造成混乱, 特别是如果这些评注或指导意见背离《颁布指南》中已经涉及的观点或者就其作出进一步论

¹ 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。

² 墨西哥、西班牙和国际律师联合会代表团就“主要利益中心”的定义(《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2 条(b)项和第 16 条第(3)款)提出的建议。

³ 该文件预发本可查 www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf。

述的话。为此，对《颁布指南》进行修订或许是提供单一来源信息和指导的最切实、最高效的办法。关于这一点似应指出的是，由于下文所论及的一些问题与所颁布的《示范法》的使用和执行有关，而不是与《示范法》的颁布本身有关，因此不宜将其列入对《颁布指南》的任何修订中。然而，《颁布指南》的状况以及法院以其作为《示范法》释义指南这一点（除此之外，如《颁布指南》第 9 段所述，立法者和决策者还借助《颁布指南》颁布《示范法》），都表明将补充评注和指导意见列入《颁布指南》是适宜的。

6. 鉴于工作组尚未就这个问题作出决定，而且最后工作成果的形式也不明确，本工作组文件只提及有可能列入“补充评注”或在其中作出进一步论述的问题。但本文件还是从《颁布指南》中找出一些段落，一旦工作组决定在《颁布指南》中列入关于所论及问题的补充评注或指导意见，这些段落可能都需要加以重新审议和修正。

7. 本文件借鉴了先前论及主要利益中心问题的工作文件并在此基础上作出进一步论述，这些文件主要是 A/CN.9/WG.V/WP.95 和 Add.1 号文件，工作组上届会议讨论过这些文件。工作组似应回顾一下其上届会议未达成结论的各种问题：⁴

(a) 《示范法》第 2 条中“外国程序”定义的各项要素（见 A/CN.9/715，第 22 段）；

(b) 第 6 条中的公共政策例外情形的适用（A/CN.9/715，第 30 段）。工作组同意应对例外情形作狭义解释，但并未进一步讨论如何确保做到这一点；

(c) 第 16 条第(3)款中用以确定主要利益中心和推翻该推定的各项要素先后顺序排列（A/CN.9/715，第 41 段）；

(d) 欺诈行为对确定主要利益中心的影响（A/CN.9/715，第 43 段）。

8. 除以前提供的材料外，以下论述就先前论及的一些问题提供了进一步信息，并提出进一步问题提供工作组审议。

一. 与主要利益中心有关的概念的解释和适用

A. 《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（见 A/CN.9/WG.V/WP.95，第 8-12 段）

9. 在第三十九届会议上，工作组未就需要进一步讨论《示范法》是否列入一条关于债务人财务困境或债务人破产的要求达成结论，只是认为（A/CN.9/715，第 18 段），关于第 2 条中“外国程序”的定义是否需要补充《示范法颁布指南》已经提供的澄清，作出决定还为时过早。

10. 正如为第三十九届会议编写的工作文件（A/CN.9/WG.V/WP.95，第 8-12

⁴ 第五工作组第三十九届会议工作报告载于 A/CN.9/715。

段)所指出,有些问题已经在工作组早先制订《示范法》时审议过,并且作出了各种决定。例如,有一点是得到认可的,即由于不同法域对何以构成“破产程序”持不同理解,该术语下定义并非易事;因此不如侧重于外国破产程序符合承认条件所应具备的特点上(A/CN.9/WG.V/WP.95,第8段)。至于破产要求的其他要点,已经列入《颁布指南》。例如,有一点要指出的是,债务人应正在遭遇严重的财务困境或已资不抵债(《颁布指南》,第1、13、14、51和71段)。

11. 为了进一步协助《示范法》的使用者,工作组似应审议就关于这一初步问题的补充评注提出的下列建议:

(a) 比较侧重于《示范法》序言,特别是(e)项和“陷入经济困境的企业”的提法。可以为此而审议《颁布指南》第1、13、23-24、51-53和71段;

(b) 加入提及《立法指南》各项要素包括破产定义(术语表,第12(s)段)的内容或就其作出阐述;提及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)和建议15和16,其中规定启动破产程序的条件是目前存在或即将出现所界定的资不抵债的情形。与这个问题有关的可能是《颁布指南》第13-19段和51-53段;

(c) 讨论符合《示范法》所规定的承认条件的程序的一般特点,同时结合涉及这一问题的案例中出现的一些问题(A/CN.9/WG.V/WP.95,第18-23段)。例如,关键可能并不在于一项法律的名称是不是破产法,所指的法律其实是与破产有关或与防止破产有关的法律或涉及财务困境的法律,这包括可能并不要求以资不抵债作为启动正式破产程序的条件,与侧重于清理某一法律实体(特别是在该实体尚有偿债能力的情况下)的法律不同的是,此种法律着眼于财务困境。与这个问题有关的可能是《颁布指南》第23-24段和51-53段。

2. “外国程序”定义的要素(A/CN.9/WG.V/WP.95,第13-38段)

12. 外国程序若要根据《示范法》获得承认,必须符合第2条(a)项的定义,其中载有若干要素。该程序应当是(使用楷体以示强调):

- (一) 在某一外国的集体司法程序或行政程序,
- (二) 依据与破产有关的法律而实施的,
- (三) 债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督的程序,
- (四) 为达到重组或清算目的的。

13. 有一点要提醒注意,第16条第(1)项就第2条中“外国程序”和“外国管理人”的定义确立了一种推定。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)项意义上的程序,并且该外国管理人系第2条(d)项意义上的个人或机构,则法院有权如此推定。

14. 还有一点要提醒注意,在几个案件中,给予承认的法院曾依赖这种推定

(见 A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 15-16 段), 在这些案件中, 启动外国破产程序的法院(原法院)指出, 就寻求承认而言, 破产管理人是外国管理人, 程序是外国程序。工作组似应审议, 是否应鼓励原法院只限于声明有关程序属于第 2 条(a)项的范畴且为《示范法》之目的该程序因此而成为“外国程序”, 还是说除此之外还应鼓励原法院在所下达的命令中扼要阐明向其提交的有利于承认该程序为第 2 条(a)项所定义的外国程序的证据。关于外国管理人的任命以及承认该人为第 2 条(a)项所定义的外国管理人, 可以适用同样的考虑。《示范法》第 15 和 17 条的评注(《颁布指南》第 30-31、67-68、125 段)可以指出, 原法院的决定和命令不是决定性的, 对接管法院也没有约束力, 接管法院必须自行认定该程序符合第 2 条(a)项的要求, 但是, 在适当情况下, 接管法院在审议和达成关于这个问题的结论时是可以对这些决定和命令给予一定权重的。

15. 一个相关的问题涉及外国程序作为主要程序或非主要程序的地位问题(A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, 第 1-3 段)。工作组在上届会议上一致认为, 要求接管法院在其下达的命令中列入关于程序地位的说明不失为一种有益的做法, 这一点或许可以列入补充评注(A/CN.9/715, 第 37 段)。与这个问题有关的可能是《颁布指南》第 73 段和 126-127 段。

(a) 集体程序 (A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 18-23 段)

16. 有一点要提醒注意, 《颁布指南》指出了以下要求, 即债务人应集体参与外国程序,⁵该程序并非用来帮助某一特定债权人得到付款。还要注意的, 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、法人程序还是个人程序、清理还是重组”, 并包括债务人对其资产保留某种程度的控制但须受法院监管的程序(例如, 债务人占有资产的安排、暂停支付等)。⁶在工作组拟订《示范法》的讨论中曾指出, “集体性质涉及大多数债权人的参与”。⁷

17. 在前一份工作文件(A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 19-23 段)所讨论的案例中, 法院确定了满足“集体性”要求的各种必要条件, 其中包括, 该程序应当: 考虑所有债权人的权利和义务并为所有债权人受益而变现资产; 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; 或者涉及债务人资产的收缴和分配。虽有这些列出的条件, 但关于可满足或不能满足“具体性”要求的各类程序仍然缺乏具体规定。在这方面, 工作组似应注意下述关切: 有些程序并非真正的集体程序, 有可能试图利用《示范法》的规定取得对接管法域中的资产的控制权或者组织在该法域的诉讼, 从而挫败其他真正属于“集体”程序的程序。为了使规定更加具体, 或许不仅要考虑何以构成“集体”程序, 还要考虑哪些程序不构成“集体”程序。

18. 工作组在上届会议上提出(A/CN.9/715, 第 21 段), 秘书处可以指明某些程序并非明确属于第 2 条(a)项定义的范畴, 列入这样一些程序可能引起或已经

⁵ 《颁布指南》, 第 23 段。

⁶ 同上, 第 24 段。

⁷ A/CN.9/422, 第 48 段。

引起各种关切。

19. 举例来说，引起关切的程序有，那些在涉及保险公司债务人的程序中只代表一类债权人（如保单持有人）的程序，或者在涉及重组部分债务但不一定涉及全部债务的程序中代表优先债权人（如银行）的程序。后者可能涉及各类不同称谓的程序，包括《立法指南》所描述的那种简易程序（第二部分，第四章）。

20. 有一点要提醒注意，《立法指南》（第二部分，第四章，第 81-82 段）在论述简易程序时指出，简易程序之前进行的自愿重组谈判并非总能让所有债权人参与，有时甚至没有必要让所有债权人参与。这些谈判通常涉及债务人和一类或多类债权人，例如贷款人、债券持有人和股东，而且某些种类的非机构债权人和贸易债权人等其他债权人继续在正常经营过程中获得偿付是很常见的。因此，这些债权人并不需要参与程序。但是，如果提议改变这些债权人的权利，他们就需要参与程序并对拟议的改变表示同意。《立法指南》还指出，关于简易程序的启动，债务人根据破产法一般规定尚不符合启动程序的条件，但已有可能基本无能力偿还其未来到期债务的，仍应有机会申请启动简易程序（第 84 段，建议 160）。

21. 虽然此种简易程序将满足“外国程序”定义的某些要求，但能否在所有情况下都满足“集体性”要求并不很清楚。首先，所谓“集体性”条件是否要求在程序中考虑到**所有**债权人或者程序中必须有**所有**债权人或其代表参与，而不论其是否受到影响，还是只要求其权利因延迟或其他修改等因素而受到影响的债权人参与。第二个问题涉及债权人参与程序的方式以及“集体性”是否要求（法院或破产管理人）在程序进行过程中考虑到所有债权人的权利和利益，还是说“集体性”是指债权人或其代表参与程序。债权人可以不同方式参与程序，可以直接参与也可以间接参与，取决于程序是何性质。重组程序要求有法定或约定比例的债权人批准计划的，须满足对直接参与的要求。然而，在清算中，可能没有为债权人的此种直接参与提供明确机会。关于代表问题也有不同做法，例如可以选出债权人委员会或由法院指定代表（关于债权人参与问题的论述，见《立法指南》第二部分，第三章，第 75-114 段）。

22. 关于何以构成“集体程序”问题，可以采取的另一种做法是，建议程序的实施必须是为了所有债权人的集体利益（意思是说，人人都将在债务人摆脱财务困境时受益），而不是侧重于要求在程序中考虑到所有债权人的权利或者要求所有债权人或其代表都参与程序。

23. 有些法律对定义问题采取的做法是参照不同法域对每一类程序确定的名称。以欧洲联盟为例，《欧洲理事会条例》中的一个附件列出了该条例所涵盖的各类程序的名称。虽然这种做法在区域范围内对数目有限的法域或许行得通，但在全球范围内可能证明无济于事，因为对于这些名称所谓何物并非所有法域都有共同理解，若要包罗万象，相当麻烦，恐非易事。

24. 工作组似应考虑这些做法哪些是可取的，是否还有更好的选择。

(b) 依据与破产有关的法律 (A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 24-29 段)

25. 有一点要提醒注意,《示范法》准备工作文件表明,这种表述用来暗指一个事实,即可以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。⁸工作组核可了这一表述,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。”⁹

26. 前一份工作文件(A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 26-29 段)指出,若干法院特别结合接管程序是否为符合承认条件的外国程序的问题,审议了关于何以构成“与破产有关的法律”的问题。这些案例确定了这一要求的这项要素:这种法律不必是成文法(即也可包括普通法),也不必是破产方面的专门法律。有一个案例做出的决定是,在确定提起有关程序所依据的法律之后,法院应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“依据该法”而提出。¹⁰

27. 有些案例还表明了不符合《示范法》要求的某些程序的特点。例如,所提到的程序目的是防止资产离散和浪费而不是清算或重组债务人财产;法院意欲防止的损害是对投资人的损害而不是对所有债权人的损害;对破产管理人赋予的权力和规定的义务是汇集和保全资产而不是清算或分配资产;破产管理人没有权力分配债务人资产。

28. 上文第 11 段中的提议也涉及“与破产有关的法律”的目的。为了就这一点提供进一步指导,工作组似应考虑是否在补充评注中论述破产法的目的就是防止或处理财务困境,并就不符合这一定义的其他目的作出论述。

(c) 债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督

(A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 30-35 段)

29. 有一点要提醒注意,《颁布指南》除指出外国程序将包括债务人对其资产保留某种程度控制但须受法院监管的程序之外,¹¹并没有界定为符合该定义而需达到的控制或监管程度,也没有界定监管或控制应当发生的时间。准备工作文件表明,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“当事方可能在司法或行政程序之外订立的,并且可能采取多种形式的私下财务调整安排”¹²不适合列入关于承认的一般规则。

30. 有些案例在对这一要求进行审议后作出如下结论:债务人的资产和事务都必须置于法院的控制和监督之下;法院在程序稍后阶段介入,例如在债权人批准重组计划之后介入,足以达到承认所要求的监督程度;只要相关法律规定可

⁸ A/CN.9/WG.V/WP.44, 第 2 条(c)项的说明, 第 2 段。

⁹ A/CN.9/422, 第 49 段。

¹⁰ *Stanford International Bank* (上诉), A/CN.9/WG.V/WP.95, 第 27 段, 脚注 32。

¹¹ 《颁布指南》, 第 24 段。

¹² A/CN.9/419, 第 29 段。

以由法院监督，即使某一特定案件中事实上没有监督，亦足以满足该要求。

31. 工作组似应考虑是否进一步阐述这一问题，以着重说明法院以何种方式、在什么时间监督或控制债务人的资产和事务才足以满足第 2 条(a)项定义的要求。这段论述或可列入《颁布指南》第 67-68 段，可以述及下列几个问题：

(a) 法院可以在稍后阶段介入的各类程序，如简易程序；

(b) 必须达到的监督或控制程度，以及是实际监督或控制还是潜在可能的监督或控制。例如，应当要求法院对债务人的资产和事务进行实际监督或控制，还是说法院有监督破产管理人的可能性就够了，对债务人资产和事务的监督其实是由破产管理人负责？

(c) 在提出承认申请时是否必须有实际控制或监督，例如，注意到在有些案例中，承认申请是在程序稍后阶段提出的，如批准重组计划之后，此时法院已不再介入。

B. 承认

1. 主要程序和非主要程序（A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1，第 1-3 段）

32. 《示范法》第 17 条规定，应当承认第 2 条(a)项涵义内的外国程序为外国主要程序或外国非主要程序。

33. 工作组在上一届会议上一致认为，《示范法》明确规定只承认两类程序，即主要程序和非主要程序。如《颁布指南》所指出，不属于其中任何一类的程序不得予以承认。例如，第 128 段确认，如果债务人的资产在某一国家而第 2 条(c)项所定义的营业所不在该国，《示范法》并未设想承认在此种国家启动的程序。

34. 鉴于对《示范法》这一方面的解释存在着一定程度的不明确性，工作组应考虑《颁布指南》第 73 段和 128 段所提供的解释是否充分，这个问题是否应以补充评注加以明确。

2. 主要利益中心的所在地——第 16 条中的推定规定

（A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1，第 4-18 段）

35. 有一点要提醒注意，《示范法》第 16 条规定了一项推定，法院有权依赖这一推定确定主要利益中心。第 16 条第(3)款规定，如无相反证据，债务人的注册办公处所（或个人的惯常居住地）推定为债务人的主要利益中心。《颁布指南》第 122 段明确指出，第 16 条规定了允许法院加快举证过程的推定。同时，这种推定并不妨碍法院根据适用的程序法要求提供其他证据或评估其他证据，如果法院或某一有关方对这种推定所得出的结论表示异议的话。可能还要注意的，在没有接管法院进行独立审查的情况下，对此种推定的依赖有可能助长以不当方式择地行讼。

36. 在若干案件中出现的问题涉及债务人主要利益中心的所在地以及对第 16 条

中推定的解释。特别令人关切的是推翻这一推定以及这方面的相关要素，特别是在公司债务人的情形下。A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件第 6-18 段载有这些决定，包括与《欧洲理事会条例》和《示范法》有关的判例。

37. 关于主要利益中心的问题，工作组似应考虑是否宜在补充评注中提及《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视，特别是第二.C 节，其中详述了承认过程中需采取的步骤。这些信息虽然是面向法官而不是面向立法者的，但对后者可能不无裨益。

3. 与确定主要利益中心相关的要素和推翻该推定 (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, 第 19-21 段)

38. 在上一届会上，工作组审议了 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 第 20 段中列出的各种要素，一致认为一份提示性要素清单将有助于法官进行主要利益中心方面的分析 (A/CN.9/715, 第 41 段)。对于所列各种要素的相对重要性，表示了不同看法。虽有意见认为最后清单要简短并应排出各项要素的优先顺序，但也有意见认为此种做法对法官来说可能限制性过强。

39. 工作组似应注意《颁布指南》第 127 段作了下述规定：

“关于外国程序是否定为主要程序，不宜列入一项以上的标准，也不宜规定根据其中的任何标准可将某一程序视作主要程序。这种‘多重标准’方法将会增加外国程序竞相要求被承认为主要程序的危险。”

在考虑用何种方法列出与确定主要利益中心相关的要素时，工作组似应审议如何明确指出目的不是要提供多重标准，而是就如何解释单一项标准也就是主要利益中心提供指导。

40. 工作组要审议的一个初步问题涉及提供要素清单的目的，例如，清单的目的：

(a) 或者是使法官和《示范法》的其他使用者了解在确定主要利益中心时可能要考虑（或已经考虑）的各类要素；

(b) 或者是限定性的，限制应予考虑的要素，也就是属于建议性质。

41. 如果目的是前者，可以对文字作出一些调整后，将 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件第 20 段所载清单列入补充评注。评注可以指出，有些要素可能视为比其他要素更重要，但所有要素都可以得到考虑，视具体案件的情况而定。例如，这里的评注似可作如下说明：(f)项——筹资安排所在地或筹资批准所在地或债务人主要银行所在地——只在银行控制债务人的情况下才相关；(k)项——雇员所在地——或许在雇员可能成为未来债权人的情况下才相关，但如果以下述几点为依据就不那么重要了：对雇员的保护更多的是保护相关方权利问题，与主要利益中心分析无关，而且《示范法》第 22 条无论如何都已处理这一问题；(e)项——适用于大部分争议的法律所属的法域，其重要性不足以成为一项决定性因素，而且这种法域在任何情况下都有可能是一个与债务人的管理地或业务实施地无关的法域，比(e)项更重要的因素反倒是债务人的管理地或业务实施

地。这样的解释或许可以放在《颁布指南》第 126 段之后这样的位置。

42. 如果采取第二种做法，首先一个问题涉及工作组所通过的最后工作产品的形式以及列入一些建议是否妥当。第二个问题则与任何建议所采用的形式有关。要提醒注意的是，《立法指南》中的建议风格各异。有的建议指出破产法应采用具体的、有时相当详细的做法，有的建议则指出破产法应涉及特定问题，但不作更具体的规定。例如，对于 A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 号文件第 20 段所列各项要素，可以建议考虑的关键要素是以下几点：(a) 债务人总部职能或总公司职能或“神经中枢”的所在地；(b) 债务人的管理层所在地；(m) 债权人所承认的公司业务中心的所在地。建议还可指出，虽然其他要素可能会在某些具体案件涉及，但它们应被视为次要的，仅限于与上述三项要素相关或支持这三项要素的情形。

43. 关于这个问题，不论采取哪种做法，进一步阐述所列出的各项要素，对《示范法》使用者都会有帮助，例如，可以就每项要素可能具有重要性或已被证明具有重要性的各类情形提供信息，但不提及任何具体案例或法域。

44. 提醒注意第 16 条第(3)款有关个人债务人的推定与惯常住所有关，为此，工作组似应考虑是否应确定某些具体要素以推翻该推定中的这一部分。对个人来说，这些要素只与惯常住所有关，不影响对法人实体的主要利益中心分析。关于这一点或许要指出的是，虽然个人异地流动比较容易，但涉及法人实体时情况更复杂，在有些情况下，法人实体的行为可能显现出投机性。而在另一些情况下，法人实体有可能显现出利用更有利的破产制度的意愿，例如，倾向于重组而非清算的破产制度。

4. 对主要利益中心的承认所具有的效力

45. 《示范法颁布指南》规定，承认某一程序为主要程序或非主要程序，其效力与准予救济有关。《指南》不涉及这一承认所产生的其他效力，例如，主要利益中心所在地的法律有可能是适用于该程序多个方面的法律，这一点在《立法指南》建议 31 中作了规定。关于实务处理这些其他效力的案例，如雷曼兄弟案，或可就这些问题提供有益的示例。

46. 工作组似应考虑，是否应在任何补充评注或指导意见中更详细地论述承认效力问题。

5. 欺诈的影响 (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, 第 22-25 段)

47. 如前一份工作文件所指出，已有若干案件讨论了欺诈的影响问题。在这些案例中，对于注册地只是幌子而未开展实际业务的情形，法院审视了欺诈可能对确定主要利益中心有多大影响。所提出的一项建议是审视欺诈实施地。

48. 在上一届会上，工作组审议了欺诈的影响问题，认为这个问题需作进一步审议 (A/CN.9/715, 第 43 段)。工作组似应以早先提供的材料为基础继续讨论这个问题。

6. 与确定主要利益中心相关的时间 (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, 第 26-36 段)

49. 有一点要提醒注意,《示范法》和《欧洲理事会条例》之下出现的若干案件涉及债务人在临近破产程序启动时从一法域转移到另一法域。《示范法》并未提及这一可能性,除了第 17 条(a)项词句的时态之外,也未提及在确定主要利益中心方面的时间问题,该项规定:“如果该外国程序正在债务人主要利益中心的所在国发生”,该外国程序应被承认为外国主要程序(使用楷体以示强调)。

(a) 《示范法》下的案例

50. 在《示范法》下处理这个问题的案例中,多个法院作出如下结论:

(a) 在提出承认申请之时,程序必须正在进行;

(b) 为了取得对外国主要程序的承认,在寻求承认之时,主要利益中心必须是在承认寻求国:一种实际做法是考虑债务人与某一国家发生关联的历史,但此种做法不能被接受;

(c) 对主要利益中心的确定必须依赖在提出承认申请之时存在的事实;

(d) 不能排除在适当案件中采用“总体情况办法”,例如,案件中可能存在改变公司注册办公处所以图建立主要利益中心的投机行为(即内部人非法操作、不当操纵、公然阻碍实现第三方的预期、带偏见活动或动机)。

(b) 《欧洲理事会条例》下的案例

51. 在《欧洲理事会条例》下的几个案例中,法院作出如下结论:

(a) 对债务人主要利益中心的确定应当参照提出启动破产程序申请的时间;

(b) 债务人提出该申请之后、在程序启动之前搬迁的,该搬迁不足以改变主要利益中心;

(c) 转移注册地法域可能不足以转移公司的主要利益中心,除非能够提出充足证据推翻关于注册办公处所的推定;

(d) 与审定主要利益中心相关的时间是启动申请的审理日期,如提出临时救济申请则以更早日期为准;

(e) 主要利益中心的审定应以客观、可核实的事实为依据。

52. 在比较《示范法》下的做法和《欧洲理事会条例》下的做法时,要提醒工作组注意的是,根据《示范法》,主要利益中心与承认正在进行的外国程序的有关,而根据《欧洲理事会条例》,主要利益中心与启动程序的适当地点有关。工作组前一届会议一致认为,根据《示范法》,确定主要利益中心的相关时间应当是提出启动破产程序初步申请的日期,这一结论应当反映在工作组的最后工作成果中(A/CN.9/715,第 45 段)。

53. 工作组似应考虑是否以及如何处理在即将提出破产程序启动申请时转移主要利益中心这种投机性做法。如前所述，可能会有因正当择地行诉而转移主要利益中心的情形，例如，寻找一个其破产程序（如重组）比原籍法域的法律更能满足债务人需要的法域，也可能会有通过操纵而转移主要利益中心的情形。对于欺诈性操纵和上文所说的那种根本性欺诈——即债务人无正当商业目的，或许要加以区分。

54. 举例来说，评注可以指出，如果有证据表明发生了属于这种情形的主要利益中心转移，则法院更加仔细地审议这个问题是有必要的。这种审议可以要求法院全面审视上述要素清单，而不是将其审议范围局限于几项可能更重要的要素。评注还可以指出，虽然接管法院的决定可能是以原法院的调查结论为依据的，但该决定归根结底还是接管法院的决定，不是不可以复审的。

C. 企业集团

55. 在上一届会上，工作组指出（A/CN.9/715，第 47-48 段），根据《示范法》处理的许多案件涉及企业集团，还就如何解释主要利益中心与企业集团之间的关系提供指导或裨益。经过讨论，工作组一致同意请秘书处在资源允许的情况下就主要利益中心与企业集团之间的关系编写一份研究报告，供今后届会审议，其中包括以下几点：(一)工作组以前就《立法指南》第三部分开展工作期间的讨论，(二)有关企业集团的现行做法，以及尽可能提出(三)今后工作所涉范围的建议。

56. 关于第(一)点，似应提醒注意工作组为上几届会议编写的论及企业集团和主要利益中心各个方面的几份工作文件：A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2、A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2、A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4、A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1。

57. 虽然无法重复这些文件中所提供的材料，但工作组可以回顾一下其第三十一届至第三十六届会议经过讨论这些材料所达成的结论。

58. 工作组第三十一届会议作出的结论是（A/CN.9/618，第 54 段），就企业集团的主要利益中心达成一致同意的定义有种种困难，这表明需要侧重于促进有可能对企业集团不同成员启动破产程序的各个法院之间的协调与合作，同时承认有必要避免在涉及企业集团时实施多个程序。

59. 在第三十二届、第三十三届和第三十四届会议上，工作组就国际问题作了有限讨论，讨论主要限于试图确定前进方向和有关问题可能采取的讨论方式。

60. 在第三十五届会议上，工作组普遍认为（A/CN.9/666，第 26-27 段），难以就企业集团主要利益中心达成一个定义，将其用于诸如限制启动并行程序或减少在不同国家针对同一集团若干成员启动的破产程序所适用的法律的数目。工作组还一致认为，使用集团主要利益中心的概念对企业集团适用《示范法》中的承认制度也很困难。工作组作出以下几点结论（A/CN.9/666，第 32 段）：《示范法》第 16 条第(3)款所载的推定不能直接适用于集团企业情形；就集团企业主要利益中心的问题制订一条规则，或许有利于促进针对集团成员的多个破产程序的协调；这一规则可按第 16 条第(3)款的思路，确立一个可予推翻的推定，用以确定掌握控制权

的集团成员的所在地，与推翻这一推定有关的要素以 A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 号文件第 6 段和第 13 段所列要素为依据。

61. 在第三十六届会议上，经过进一步审议协调中心的概念表示了下述看法（A/CN.9/671，第 18 段），即确定企业集团协调中心会带来与确定单个债务人的主要利益中心有关的诸多难题。其中特别包括，一国确定某一协调中心的决定在另一国可否强制执行或至少得到承认，以及应由哪个国家作出确定协调中心的决定。普遍认为（A/CN.9/671，第 20 段），确定协调中心的法院作出的决定不应在其他国家有约束力。

62. 虽然对保留一条关于协调中心的建议表示了一定支持，但工作组不能确定，这种协调中心除了对法院和破产管理人之间协调与合作提出比较一般的建议之外还能发挥什么明确作用。在审议其他建议草案后，工作组又回到协调中心问题并同意（A/CN.9/671，第 23 段）删除建议草案 1 和 2（其中提供了对确定协调中心的推定），因为关于协调中心的决定既然不具约束力就不会产生任何法律后果。但工作组认识到由一个实体在合作中起牵头作用的意义，因此商定在评注中提及指定一个实体作为协调成员的重要性。这个问题后来又在建议 250 的最后案文中提及，该建议规定，破产管理人之间的合作方式可以包括由其中一人牵头协调。

63. 关于第(二)点，由于缺乏可用资源无法为本届会议编写所请求的进一步研究报告。不过，工作组似应注意的是，对于工作组已经查明的与主要利益中心和企业集团有关的各种问题，从目前关于企业集团的做法的变化发展来看，还看不出可为这些问题提供解决办法的任何新动向。但近来有一些做法的确表明，在处理涉及企业集团成员的多个跨国界程序方面，以基本符合《立法指南》第三部分所载建议的方式进行协调与合作的情形有所增加。

64. 鉴于以上各点，难以就上述第(三)点提供建议。特别是考虑到普遍认为《示范法》不适用于企业集团本身，工作组似应考虑，在补充评注中列入关于涉及企业集团成员的多个程序如何适用《示范法》的材料是否合适，还是说在修订《司法角度的审视》¹³时再将这方面的材料列入其中或许更合适。工作组还似应考虑，鉴于上述情况，如何进一步研究企业集团和主要利益中心问题。

¹³ 委员会关于通过《司法角度的审视》的决定（A/66/17，第 200 段）为必要时增订《司法角度的审视》提供了条件，以反映在适用和解释《示范法》方面的变化发展。