



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第四十一届会议  
2012年4月30日至5月4日，纽约

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

	页次
导言 .....	2
贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南及解释 .....	3
一. 示范法的目的和起源 .....	3
二. 颁布指南的目的和解释 .....	5
三. 示范法作为协调各国法律的一个工具 .....	5
四. 示范法的主要特点 .....	6
五. 逐条评注 .....	9



## 导言

1. 委员会 2010 年第四十三届会议收到了关于今后破产法工作的一系列提案（A/CN.9/WG.V/WP.93 和 Add.1-6，以及 A/CN.9/582/Add.6）。第五工作组第三十八届会议讨论过这些提案（见 A/CN.9/691，第 99-107 段），并已就可能的议题向委员会提出了建议（A/CN.9/691，第 104 段）。第五工作组此届会议之后提交的一份新文件（A/CN.9/709）载有对 A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 号文件所载瑞士提案的补充材料。
2. 经讨论，委员会核可了第五工作组的建议，即就目前具有重要意义的两项破产议题开展活动，在这些方面使各国做法得到更大程度的协调将有助于提供确定性和可预测性。
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。<sup>1</sup>第二个议题涉及破产前公司董事们的赔偿责任，在 A/CN.9/WG.V/WP.104 号文件中处理。
4. 本说明是在先前讨论主要利益中心问题的工作文件，特别是 A/CN.9/WG.V/WP.95 和 Add.1、A/CN.9/WG.V/WP.99 和工作组第三十九与第四十届会议报告（分别为 A/CN.9/715 和 738）的基础上编写充实的。
5. 工作组第四十届会议决定，作为一个工作假设，应修订和充实《示范法颁布指南》（A/CN.9/738，第 13 段），本说明提出以下对《颁布指南》的修订和补充草案：
  - (a) 重新安排导言部分各段的次序，新增关于主要特点的第四小节；
  - (b) 原先主要特点一节各段或是移到逐条评注一节，或是因为所含内容在具体条文中重复、放在逐条分析部分较好而予以删除；
  - (c) 逐条分析部分得到充实和进一步强调，反映了工作组的结论。
6. 未作修订或不包含订正案文的段落不列入本说明，但绝对必须的除外。新脚注的案文予以列入；已发行版本中拟予以保留的脚注不再重复，但它们的位置在方括号中注明。参阅工作组讨论的文字也予以省略，但将加以更新以反映当前的审议情况。
7. 为查找方便起见，保留了《颁布指南》已发行版本中的段号，以表示出案文的重新排序和增补情况。因此，本说明中的段次不一定是连贯的。如增添一新段落，它就采用其上段的段号，但再加上一个字母。原版本案文中的所有标题都予以列入，相关各段的段号列入标题的方括号中，以表明内容和便利与原版本案文比较。

<sup>1</sup> 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。

贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南及解释  
[以《破产法立法指南》附件三订正文本为基础]

一. 示范法的目的和起源

A. 示范法的目的[第 1-3、3A 段]

1. 1997 年通过的《贸易法委员会跨国界破产示范法》，旨在协助各国使其破产法具有一个现代化的、统一的公平框架，以便更有效地处理涉及陷入严重财务困境或资不抵债债务人的跨国界诉讼案例。这些案例包括债务人在一个以上国家拥有资产或该债务人的债权人有的不是来自进行破产程序的国家等案件。原则上，在债务人主要利益中心的待决程序预期将对债务人破产管理负有主要责任，无论该债务人在几个国家有资产和债权人，但需有适当的协调程序来顾及本地的需要。

请工作组注意

工作组似宜注意到，“严重财务困境”一语在《指南》已发行版本关于第 2 条特别是(a)项定义的第 71 段中用过。《指南》他处用的是“破产债务人”。工作组似宜考虑，是应当保留“严重财务困境”，还是“财务困境”就足够了。

2. 示范法反映了以现代有效率的破产制度为特征的跨国界破产问题的惯例。因此，颁布示范法的国家（“颁布国”）将对国家的破产制度进行有益的增补和改进，目的是要解决跨国界破产案件所产生的问题。国家颁布示范法，就是承认某些破产法可能必须修订，以便达到国际公认标准。

3. 示范法尊重各国程序法之间的差异，而且并不试图对破产法进行实质性统一。示范法只是提供法域间的一个[界面][合作框架]，提出一些在几个不算大却有意义的方面不无助益的解决办法，其中包括：

(a)-(f) [……]

(g) 制定规则协调在颁布国准予的救济，以协助在外国可能对同一债务人进行的两个或两个以上的破产程序。

3A. 那些目前须处理许多跨国界破产案件的法域和那些希望为跨国界破产案件有可能日益增多做好充分准备的法域，都会发现示范法是助益良多的。

B. 示范法的起源[第 13、18、19 段]

13. 跨国界破产的发生与日俱增，这是贸易和投资在全球范围内不断发展的反映。然而，国家的破产法一般说来跟不上这种发展趋势，而且它们往往没有对付跨国界性质案件的规定。这往往导致法律做法的不适当和不协调，从而影响了挽救陷入财政困境的企业，无助于公平而有效率地管理跨国界破产，妨碍了

保护破产债务人资产免于散失的工作，并阻碍最大限度发挥这些资产的价值。此外，跨国界破产案件处理的缺乏可预测性，也妨碍了资本的流动，而且对跨国界投资起着消极作用。

18. 示范法考虑到了其他种种国际性努力的成果，其中包括最终导致订立欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的《第 1346/2000 号条例》（“《欧洲理事会条例》”）、《关于破产的某些国际方面的欧洲公约》（1990 年）<sup>2</sup>、蒙得维的亚国际商法条约（1889 年和 1940 年）、《北欧国家间关于破产的公约》（1933 年）以及《国际私法公约》（《布斯特曼特法典》）（1928 年）<sup>3</sup>的各个谈判。考虑到的由非政府组织提出的建议包括：《国际破产合作示范法》和《跨国界破产协议》，这两者都是由国际律师协会商法科 J 委员会拟订的。<sup>4</sup>

19. [……]

### C. 准备工作和通过[第 4-8 段]

4. 本项目是由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）与重组和破产管理专业人员国际协会密切合作开始的。在准备工作的所有阶段，本项目均从破产管理从业人员国际协会的专家意见中获益。另外，在拟订示范法的过程中，国际律师协会商法科前 J 委员会（破产问题）也提供了咨询援助。

5. 在贸易法委员会决定开始关于跨国界破产问题的工作之前，贸易法委员会和破产管理从业人员国际协会举办了为期两期破产管理从业人员、法官、政府官员和其他有关部门代表的国际研讨会。<sup>5</sup>这些研讨会提出的建议是，贸易法委员会的工作应确立有限但却是有益的目标——促进司法合作、外国破产管理人进入法院和承认外国破产程序。

6. 在贸易法委员会于 1995 年决定拟订一项关于跨国界破产问题的法律文书时，贸易法委员会把这项工作交给了破产法工作组，该工作组是贸易法委员会的附属机构之一。<sup>6</sup>工作组用了四届每届为期两周的会议专门讨论关于这个项目的的工作。<sup>7</sup>

7. [……]

8. [……]

<sup>2</sup> [脚注 9]。

<sup>3</sup> [脚注 10]。

<sup>4</sup> 可浏览 <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html>（2012 年 2 月 15 日最后一次访问）。

<sup>5</sup> [脚注 3]。

<sup>6</sup> [脚注 4]。

<sup>7</sup> [脚注 5]。

## 二. 颁布指南的目的和解释[第 9-10 段]

9. 贸易法委员会认为，如果示范法能附带背景情况和解释性资料，就将成为一件更为有效的工具。虽说此种资料主要针对的是编写必要的法律修订的政府执行部门和立法者，但它也可为负责解释和适用示范法者，如法官、<sup>8</sup>从业人员和学术机构等文本其他使用者，提供有益的见解。这些资料或许还可以协助各国考虑需对哪些条文（如有的话）做出修改，以适应具体的国情。

10. 本指南系由秘书处根据贸易法委员会 1997 年第三十届会议结束时提出的要求所编写[，并按贸易法委员会第……届会议提出的要求加以修订]。它以委员会通过示范法的第三十届会议上的审议和决定<sup>9</sup>以及从事准备工作的破产法工作组的审议为基础。修订系以工作组（2010 年）第三十九届、（2011 年）第四十届和（2012 年）第四十一届会议以及委员会（20……年）第[……]届会议的审议为基础。

## 三. 示范法作为协调各国法律的一个工具[第 11-12 段]

11. [……]

### A. 示范法的灵活性

12. 国家在将示范法文本纳入其体系时，可以修改或略去示范法的某些条款。如果是一项公约，缔约国修改统一文本（通常称为“保留”）的可能性则要受到更多的限制；尤其是各类贸易法公约，它们一般或是完全禁止保留，或是仅允许有特定的保留。示范法的这种内在的灵活性，在国家希望对统一文本做出各种修改，而后才可能准备将其作为国家法颁布的情况下，尤其可取。在统一文本与国家法院和程序制度密切相关时（《贸易法委员会跨国界破产示范法》就是这种情况），尤其可望对其进行一些修改。不过，这也意味着，通过示范法所实现的统一的程度以及其确定性，可能要低于公约所能实现的。因此，为了实现令人满意的统一程度和确定性，建议各国在将示范法纳入其法律制度时，尽可能不要进行太多的修改。

### B. 示范法适应于现有的国家法[第 20-21、49 段]

20. 示范法将其范围限于跨国界破产案件的某些程序方面，其目的在于作为颁布国现有破产法的一个不可分割的部分发挥作用。这可以从几个方面表现出来：

(a) [……]

<sup>8</sup> “法官”将包括被指定行使根据[颁布示范法的]国内破产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。

<sup>9</sup> [脚注 8]。

(b) 示范法使颁布国有可能把因承认外国程序而产生的救济与国家法中类似程序中现有的救济取得一致（第 20 条）；

(c) 承认外国程序并不妨碍本地债权人在颁布国提出和继续进行集体破产程序（第 28 条）；

(d)-(f) [……]。

21. 为使示范法在适应颁布国法律制度时具有灵活性，在使用时应适当考虑到其解释的统一性需要，并考虑到颁布国在破产事项方面采取现代的、普遍接受的国际惯例的好处。因此，将对统一文本的偏离限制在最低限度是明智的。这将有助于使国家法对外国使用者来说显得尽可能透明（另见上文第 11 和 12 段）。统一和透明的好处是使颁布国更易于显示国家跨国界破产法的依据，在破产事项方面获得其他国家的合作。

49. [……]

#### 四. 示范法的主要特点[第 49A-D、37、37A-H、32-33、33A-G 段]

49A. 示范法的案文着重于四个关键要素，这四个关键要素在 1990 年代早期关于示范法的谈判开始前进行的研究和磋商中被确定为是可能就此达成国际协议的一些领域：

(a) 外国破产程序管理人和债权人能够进入本地法院，准许本地程序管理人在他处寻求协助；

(b) 对外国法院签发的某些命令予以承认；

(c) 为协助外国程序提供救济；

(d) 促进债务人资产所在国法院之间的合作，协调同时进行的程序。

##### A. 准入

49B. 准入规定涉及到跨国界破产案件的进来和出去两个方面。颁布国的破产管理人能获准代表本地的程序在外国行事（第 5 条）。外国破产管理人有权直接进入颁布国的法院（第 9 条）；有权申请在颁布国按该国的适用条件启动本地的程序（第 11 条），不必为此要求承认；如获承认，有权参与依据该国法律在颁布国实施的与破产有关的程序（第 12 条）。

49C. 外国破产管理人有权向颁布国法院提出申请一事，不得造成外国破产管理人或债务人的外国资产和事务因申请以外的任何理由受颁布国管辖（第 10 条）。

49D. 重要的是，外国债权人与本国债权人享有相同的权利启动和参与在颁布国实施的程序（第 13 条）。

37. [……]

## B. 承认

37A. 示范法的一个主要目的是为承认合格的外国程序制订一个简化程序，避免耗费时日的公证或者其他过程，为决定是否承认提供确定性。示范法并不打算承认所有外国破产程序。第 17 条规定，以第 6 条为条件，如果第 2 条关于外国程序和外国破产管理人性质的特定要求得到满足，第 15 条所要求的证据已经提供，则法院理应承认该外国程序。为了协助申请和承认，第 16 条订立的推定使颁布国法院能够推定源自外国的证明和文件具有第 15 条所要求的真实性和有效性。

37B. 第 6 条允许在将“明显违反”承认国的“公共政策”时拒绝予以承认。这可能是就一项承认申请应考虑的基本问题。没有试图对什么构成公共政策作出界定，因为有关概念因国家而异。然而，本意是应对此作严格的解释，只有在极个别的情况下才采用第 6 条（见第 86-89 段）。

37C. 外国程序应当被承认为主要程序或者非主要程序（第 17 条第 2 款）。主要程序是发生在[外国程序启动日]债务人主要利益中心所在国的程序。原则上，这种程序预期将对管理债务人的破产负主要责任，无论债务人在多少国家有资产和债权人，但需有适当的协调程序来顾及本地需要。示范法没有界定主要利益中心，但可以按债务人的注册办事处或经常居住地推定（第 16 条第 3 款）。

37D. 非主要程序是发生在债务人营业所所在地的程序。它被界定为“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”（第 2 条(f)项）。基于其他理由，例如资产的存在启动的程序，如果没有主要利益中心或营业所，根据示范法的制度将没有资格获得承认。对主要程序和非主要程序将在下文第[……]段中作更详细的讨论。

37E. 考虑到事后可能发现准予承认的理由在承认时缺失、发生了变化或者不复存在，示范法（第 17 条第 4 款）规定可以修改或者终止承认。

37F. 根据示范法承认外国程序具有若干效力。其中主要的是给予救济以协助外国程序（第 21 和 22 条），但此外，外国破产管理人还有权参与本地任何与债务人有关的破产程序（第 13 条），有资格提起诉讼以避免先前交易（第 23 段），和可以干预以债务人为当事一方的任何程序（第 24 条）。

## C. 救济

37G. 示范法的一项基本原则是应当可以给予为公正、有序进行跨国界破产所认为必须的救济来协助外国程序，无论这种救济是临时性的还是作为承认的结果。示范法相应地对在这两种情况下可以给予的救济作出了具体规定。为此，它既不一定将外国法的后果引入颁布国的破产制度，也不一定对外国程序适用按颁布国的法律可以给予的救济。然而，如上文所指出的，使因承认外国程序而产生的救济与在按颁布国法律启动的类似程序中可以给予的救济相互一致起来，这是可能的（第 20 条）。

37H. 自提出要求承认的申请之时至对申请作出决定之时，法院可以酌情给予临时救济（第 19 条）；承认主要程序程序时可以给予特定形式的救济（第 20 条）；无论是主要程序还是非主要程序得到承认后法院可以酌情给予救济（第 21 条）。对于主要程序来说，酌情给予的救济将是除了在接受时可给予的救济之外的救济。

32. 承认某一外国“主要”程序时所给予的救济的基本要素是，中止个人债权人对债务人的诉讼或中止有关债务人资产的强制执行程序，并中止债务人转让或抵押其资产的权利（第 20 条第 1 款）。这类中止或停止从下面这层意义上看是“强制性”的（或“自动的”）：此类中止或停止或者是因为承认某项外国主要程序而自动产生，或者是在需要为中止或停止发出法院命令的国家，法院必然发出适当的命令。中止诉讼或强制执行的程序之所以必要，是因为可在采取适当措施进行重整或公平处理债务人资产之前提供一个“考虑的时间”。中止转让之所以必要，是因为在现代全球化经济中多国债务人可以迅速将金钱和财产转移至国外。因此，承认外国主要程序所启动的强制性暂停可以迅速实行“冻结”，而这对在法院有机会通知有关各方和评估情势之前防止欺诈行为和保护所涉各当事方合法权益是十分必要的。

33. [……]

33A. 对于临时性救济和酌情给予的救济，法院可以施加条件和修改或终止救济，以保护受救济令影响的债权人和其他相关方的权益（第 22 条）。

#### D. 合作和协调

合作

33B. 示范法明文授权法院在示范法所辖领域中开展合作和直接与外国对应方进行沟通。还授权在法院与外国破产管理人之间以及外国破产管理人相互之间进行合作。合作问题在第 173-183 段详细讨论。

请工作组注意

第 173A 段在述及合作与协调问题的第四章条文时指出，根据示范法开展的合作并不取决于承认，因此可以在申请承认前的早期阶段以及并非第 2 条所指外国程序的程序中开展。工作组似宜考虑是否应在导言中将此项澄清列入。

33C. 考虑到许多法官和破产管理人可能并不熟悉合作这个概念，第 27 条列出了开展合作的某些可能手段。这些手段在《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》<sup>10</sup>中得到了进一步讨论和充实，其中还汇集了跨国界破产协定的使用和谈判方面的做法和经验。

<sup>10</sup> 《实践指南》的文本可浏览 [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html)。



## 同时进行的程序

33D. 示范法的一些规定涉及到同时进行的程序的协调，目的是促进作出将能够以最佳方式实现两个程序的目的的决定。

33E. 承认外国主要程序并不妨碍启动本地程序（第 28 条），而启动本地程序也不终止已经给予外国程序的承认或者影响对外国程序的承认。

33F. 第 29 条处理如何调整在有同时进行的程序时可给予的救济。基本原则是准予已获承认的外国程序的救济应当与本地程序相一致，无论该外国程序是在本地程序启动之前还是之后获得承认。例如，如果本地程序在提出要求承认的申请时已经启动，准予外国程序的救济必须与本地程序相一致。如果外国程序被承认为主要程序，根据第 20 条的规定在承认时可给予的自动救济将不适用。

33G. 第 31 和 32 条载有促进协调的另外一些手段。第 31 条设立了一个推定，即对于要求破产才能启动本地程序而言，承认外国程序是破产的充分证据。第 32 条设立了一条财产合并规则，以避免某一债权人可能在不同法域的多个破产程序中提出诉求和获得偿付，从而有可能获得比其他债权人更加优惠待遇的情形。

## 五. 逐条评注

序言[第 54、55、51、51A、52、53、56 段]

54. 序言是示范法的基本政策目标的简明声明。它无意创立实质性权利，而只是想为示范法的使用者指出一个总的方向，并协助对示范法进行解释。

55. [……]

“破产”一词的使用[第 51-51A、52-53、56 段]

51. 鉴于不同的法域对“破产程序”一语的内容可能有不同的理解，示范法并没有界定“破产”一词。<sup>11</sup>然而，“破产”一词在示范法使用时指的是对陷入严重财务困境或资不抵债的债务人启动的各种类型的集体程序。其理由在于，示范法涉及有关不同类型债务人的程序，在这些程序中，有旨在对债务人进行清算或重整的程序，以解散一有偿付能力的实体为目的来清理该实体的司法或行政程序，和其他不在第 2 条(a)项范围之内的外国程序，都不是示范法范围内的破产程序。

<sup>11</sup> 《立法指南》将破产（insolvency）解释为“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”，将破产程序解释为“为重整或清算进行的须受法院监督的集体程序”。

51A. 示范法所涉及的债务人一般来说属于《贸易法委员会破产法立法指南》的范围之内，因此是根据《立法指南》建议 15 和 16<sup>12</sup>有资格启动破产程序的债务人，他们或是目前或将来全然无力偿还到期债务的债务人，或是其负债超过其资产价值的债务人。

52. 应该注意的是，在有些法域，“破产（insolvency）程序”这一表述具有狭义的技术含义，例如，它可以仅指涉及一个公司或类似法人的集体程序，或者仅指针对自然人的集体程序。示范法中使用“insolvency”一词并无作此区分的意图，因为示范法的目的只是适用于程序，而不管其所涉债务人是自然人还是法人。如果在颁布国“insolvency”一词可能被误解为特指某一类集体程序，则应使用另一词来提及该法所涉及的程序。

53. [……]

“国（State）”

56. 序言和整个示范法中所用的“国（State）”一词，系指颁布示范法的实体（“颁布国”）。该词不应理解为例如指某一联邦制国家的某一个州。国家法规可使用为此目的的习惯上使用的另一种表述。

请工作组注意

文件 A/CN.9/WG.V/WP.95 第 34-35 段提出了由外国破产管理人管理的特定实体是否是承认国法律所设想的“债务人”问题。“债务人”是未在示范法中得到界定的一个词。工作组似宜考虑这个问题是否应当在《颁布指南》中加以处理；现有关于示范法涵盖的债务人类型的材料只有第 1 条第 2 款（《颁布指南》第 60-66 段），其中规定排除某些债务人，例如受到特别监管的实体。

<sup>12</sup> 建议 15 和 16 规定：

15. 破产法应当具体规定，如果债务人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债务人提出的申请而启动：
  - (a) 债务人目前或者将来全然无力偿还到期债务；
  - (b) 债务人的负债超过其资产的价值。
16. 破产法应当具体规定，如果债权人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债权人提出的申请而启动：
  - (a) 债务人目前全然无力偿还到期债务；
  - (b) 债务人的负债超过其资产的价值。

## 第一章. 总则——第 1-8 条

### 第 1 条. 适用范围

#### 第 1 款[第 57 和 59 段]

57. 第 1 条第 1 款概述了跨国界破产案件中可能产生的、而示范法为其提供了解决办法的问题的类型：(a)由外向内的要求承认某项外国程序的请求；(b)由内向外的由颁布国法院或[破产]管理人提出的要求承认根据颁布国法律启动的某项破产程序的请求；(c)对同时在两个或多个国家进行的程序进行协调；以及(d)外国债权人参与在颁布国进行的破产程序。

58. [删除]

59. 第 1 款(a)项和(b)项中的“协助”意在概括示范法中所处理的各种情况，在这类情况中，某一国家的法院或破产管理人可向另一国家的法院或破产管理人提出给予示范法范围内的协助的请求。这些措施中有的在示范法中明确提到了（如在第 19 条第 1 款(a)和(b)项；第 21 条第 1 款(a)至(f)项和第 2 款；或第 27 条(a)至(e)项），有的则由（诸如第 21 条第 1 款(g)项中的那种）更广泛的提法所包括。

#### 第 2 款（特别管理的破产程序）[第 60-65 段]

#### 非商人或自然人[第 66 段]

### 第 2 条. 定义

#### (a)-(d)项[第 67-68A 段]

67. 由于示范法将会植入国家破产法之中，所以第 2 条只需界定针对跨国界情况的用语。因此，示范法中载有“外国程序”（(a)项）和“外国破产管理人”（(d)项）等用语，而没有列出可能在颁布国破产程序中受托管理债务人资产的人或机构的用语。只要在国家法规中为这类人或机构所使用的用语进行界定（而不是使用通常使用的用语来指这类人）是有助益的，也可在颁布示范法的法律中添加这些定义。<sup>13</sup>

68. 通过规定“外国程序”和“外国破产管理人”所需的特性，这些定义限制了示范法的适用范围。要使某项程序可以依示范法得到承认或合作，以及某个外国破产管理人可以依示范法进入本地法院，该外国程序和外国破产管理人必须具备(a)和(d)项的属性。

68A. 不具备这些属性的程序没有资格按示范法获得承认。

<sup>13</sup> “破产管理人”一词在《立法指南》中被用来描述这样一个人，他被解释为是“在破产程序中被授权管理破产财产进行重整或清算的个人或机构，包括临时指定的个人或机构”。

## (a)项——外国程序[第 71、23-23B, 24-24G、69、70 段]

71. 对源于外国法域的程序或人的定义避免使用在不同法律制度中可能具有不同技术含义的词语，而是描述其目的或职能。采用这种办法是要避免无意中缩小可能取得承认的外国程序的种类范围，并且避免与颁布国法律中所使用的术语发生不必要的冲突。正如上文第 52 段所指出的那样，“破产程序”这一表述在某些法律制度中可能具有某种技术含义，但在(a)项中它却是泛指涉及陷入严重财务困境或资不抵债的债务人的程序。

72. [删除]

23. 外国破产程序要归属示范法的范围，需具备某些属性，其中包括：起源国与破产有关的法律的基础；债权人集体参与；由法院或另一官方机构对债务人资产和事务进行控制或监督；债务人的重整或清算是程序的目的。外国破产程序是否具备这些属性，将在审议承认申请时确定。

23A. 如序言(e)项所述，示范法的重点是有严重财务麻烦或资不抵债的债务人，以及防止或处理这些债务人财务困境的法律。如前所述（第 51A 段），他们一般是《立法指南》中讨论的启动标准范围内的债务人，他们或是目前或将来全然无力偿还到期债务的债务人，或是其负债超过其资产价值的债务人（建议 15 和 16）。

## (一) 集体程序

23B. 作为一条一般原则，集体程序是一种处理债务人所有资产和负债以及所有债权人权利和诉求的程序，与此相对应的是旨在协助特定债权人得到偿付的程序，或者目的并非是要处理债务人资不抵债或严重财务困境的程序。不应仅仅因为一组债权人的权利不受某一程序的影响而将该程序排除在外，也不应将这样一些破产程序排除在外：这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，而使有担保债权人得以在破产法范围之外索求其权利（见《立法指南》，第二部分，第二章，第 7-9 段）。

24. 在对外国程序的这个定义参数范围之内，多种集体程序都有资格获得承认，无论它们是强制性还是自愿性程序，是法人还是个人程序，是清理还是重整程序。这还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督的程序（如暂停支付，“占有资产的债务人”）。

24A. 示范法承认，为了某些目的，在法律界定的、并不一定意味着债务人确实资不抵债的一些特定情形下，也可启动破产程序。下文第 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。下文第 195 段指出，对于将破产作为破产程序启动条件的法域来说，第 31 条规定在外国主要程序获得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。

## (二) 依据与破产有关的法律

24B. 示范法中使用这种行文是要承认，进行清算和重整所依据的法律可以不称为破产法（例如公司法），但它一定要涉及或处理资不抵债或严重财务困境问题。其目的是要找到一种足够宽泛的表述，以包含一系列破产规则，而不管载列这些规则的法规或法律是什么类型，<sup>14</sup>也不管载列这些规则的法律是否仅仅关系到破产问题。涉及一个有偿付能力的法人实体的简单程序，如果它不寻求重组该实体的财政事务，而是要解除它的法律地位，则依据关于资不抵债或严重财务困境的法律很可能不是一个破产程序。

## (三) 外国法院的控制或监督

24C. 示范法既没有具体规定为满足定义的这方面内容而必要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。虽然本意是(a)项所要求的控制或监督其性质应当是正式的，但它可能是潜在的而不是实际的。如第 24 段所述，债务人保留对其资产某种控制程度（虽然要受法院的监督）的程序，例如债务人占有资产程序，将满足这项要求。控制或监督不仅可以直接由法院行使，也可以由破产管理人行使，但该破产管理人又要受制于法院的控制或监督。仅仅由审批机构监督破产管理人是不足的。

24D. 不应当排除《立法指南》中提到的这种类型的简易程序（见第二部分，第四章，第 76-94 段和建议 160-168）。在这些程序中，法院在破产过程的稍后阶段行使控制或监督。曾受到过法院的控制或监督，但在申请承认时已经不再需要接受控制或监督的程序也不应当被排除在外。后者的一个例子可以是，重整计划已获批准，虽然法院对重整计划的实施不再具有任何职能，但程序仍然是开放的[或待决]，法院仍然保留管辖权直到实施完毕。

24E. (a)项清楚表明，债务人的资产和事务均应受到控制或监督；如果外国程序仅涉及其中的一项，那是不够的。

## (四) 为达到重组或清算的目的

24F. 某些类型的程序，虽然可能满足第 2 条(a)项中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，则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利和使他们承担的责任与清算或重整中通常所附的权利或责任相比更为有限的程序，例如只有维护资产的权利而已。

24G. 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，有关谈判并不导致启动破产程

<sup>14</sup> A/CN.9/422，第 49 段。

序，包括根据破产法进行的、在《立法指南》中被称为简易程序的那些程序（见第 24D 段）。这类措施一般不能满足关于集体性或者关于法院控制或监督的要求（见第 24C-E 段）。由于这些措施可以采取非常多种的形式，因此难以在一条关于承认的一般规则中加以处理。<sup>15</sup>其他不要求由法院监督或控制的程序可能也没有资格获得承认。

#### 临时程序

69. (a)和(d)项中的定义还包含“临时程序”和“临时指定的”破产管理人。在临时程序或是不存在或是不符合定义的规定条件的国家，有可能产生这样一个问题，即承认某项外国“临时程序”是否会造成依据示范法允许出现根据情况并不应有的潜在破坏性后果的风险。可取的做法是，不管在颁布国如何对待临时程序，仍然在(a)项中提及“临时程序”，在(b)项中提及“临时”指定的外国破产管理人。其原因是，在许多国家的实践中，破产程序往往是或甚至通常是“临时”或“暂时”开始的。除了被称为临时程序外，这些程序符合第 2 条(a)项定义的所有其他规定条件。此类程序时常要作为“临时”程序在“临时”指定的个人管理下进行几个星期或几个月，只是在一段时间过后，法院才会发出命令，确认此类程序在非临时基础上继续进行。示范法的目的充分适用于此类“临时程序”（条件是要符合(a)项和(d)项的规定条件）；因此，这些程序不应仅仅因为它们被描述为具有临时性质便与其他破产程序有区别。临时程序和外国破产管理人必须符合第 2 条的全部规定条件这一点在第 17 条第(l)项中得到强调，根据该条规定，某项外国程序只有在下述情况下方可获得承认，即该外国程序是“第 2 条(a)项涵义内的程序”以及“申请承认的外国破产管理人是第 2 条(d)项涵义内的人或机构”。

70. 第 18 条涉及到这样一种情况，即在申请承认或获得承认后，该外国程序或外国破产管理人，无论是否是临时性的，不再符合第 2 条(a)和(d)项的规定条件（见下文第 133-134 段）。

#### (b)项——外国主要程序[第 31-31C 段]

31. 如果外国程序是在“债务人主要利益中心”所在国启动，则将该程序视为“主要”程序。这与（以先前在《欧洲联盟破产程序公约》采用的提法为基础的）《欧洲理事会条例》第 3 条的提法相一致，因而使示范法基于“主要”程序概念的逐步统一之上。确定某项外国程序为“主要”程序会影响到给予外国破产管理人的救济的性质。确定某项外国程序为“主要”程序会影响到根据第 20 和 21 条给予外国破产管理人的救济的性质，外国程序与第四章中在承认法域启动的程序和第五章中其他同时进行的程序的协调。

<sup>15</sup> A/CN.9/419，第 19 和 29 段。

31A. 示范法没有界定“主要利益中心”这一概念。然而，一份针对《欧洲公约》编写的解释性报告（Virgos-Schmit 报告）<sup>16</sup>就“主要破产程序”这一概念提供了指导意见，尽管该公约后来夭折了，但报告还是得到了普遍接受，被作为《欧洲理事会条例》中“主要利益中心”一语的辅助解释材料。由于《欧洲理事会条例》中“主要利益中心”的提法与示范法中的提法相符，虽然为了不同的目的（见第 123A 段），解释《欧洲理事会条例》的法理可能也与解释示范法相关。

31B. 《欧洲理事会条例》陈述部分(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。为保护多种多样的利益，本条例允许启动辅助程序<sup>17</sup>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”应当对应于债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。”

31C. 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平时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。

“使用“权益”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，用来处理这些权益包括在不同中心开展不同类型的活动的情况。

<sup>16</sup> M. Virgos 和 E. Schmit: 《关于破产程序公约的报告》，1996 年 5 月 3 日，布鲁塞尔。该报告于 1996 年 7 月出版，可浏览 <http://aei.pitt.edu/952>。

<sup>17</sup> 《欧洲理事会条例》称为“辅助程序”，而示范法称为“非主要程序”。

“原则上，主要利益中心对于专业人员而言是其职业住所所在地，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是一致的。”

主要利益中心问题在关于第 16 条的评注中进一步讨论。

(c)项——外国非主要程序[第 73 段]

73. (c)项要求，“外国非主要程序”发生在债务人拥有“营业所”的国家（见下文第 75-75A 段）。这样，可根据第 17 条第 2 款获得承认的某项外国非主要程序，可能只是在债务人拥有第 2 条(f)项涵义内的营业所的国家启动的程序。这项规则并不影响第 28 条的规定，即破产程序可在债务人拥有资产的颁布国启动。不过，应该注意的是，只是以存在资产为由而启动的破产程序的效力通常仅限于在该国的资产；如果债务人的其他国外资产根据颁布国的法律应在该破产程序中管理（如第 28 条所设想的那样），跨国界问题将依据示范法第 25-27 条作为国际合作与协调事项来处理。

(e)项[第 74 段]

74. 符合第 2 条(a)项规定条件的外国程序应受到同等的待遇，而不论其是由司法机构还是行政机构所启动或监督。因此，为避免一提到外国法院就必须提到外国非司法当局，(e)项中“外国法院”的定义也包括了非司法当局。(e)项沿用了《欧洲理事会条例》第 2 条(d)项以及《立法指南》（导言，第 12(-)段）、《贸易法委员会实践指南》（导言，第 7-8 段）和《司法角度的审视》所用的类似定义。

(f)项[第 75-75B 段]

75. “营业所”一词的定义受到了《欧洲联盟破产程序公约》第 2 条(h)项的启发。该措词用于示范法中对“外国非主要程序”的定义（第 2 条(c)项）和第 17 条第 2 款，根据该条规定，要使某项外国非主要程序获得承认，债务人必须在该外国设有营业所（另见上文第 73 段）。

75A. Virgos Schmit 关于该公约的报告提供了“营业所”的一些进一步解释：

“经营地系指在市场上（即对外）从事经济活动的发祥地，不论该活动是商业、工业还是职业属性的。

“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。”<sup>18</sup>

75B. 由于“营业所”是一个有界定的用语，法院询问债务人是否有营业所纯粹是据实询问。与“外国主要程序”不同，在确定营业所问题上没有推定。这里的一个法律问题是“非临时性”一语指的是相关经济活动的延续时间，还是实施该活动的特定地点。破产程序的启动、债务的存在、分离货物、银行账户或财产的存在本身，原则上并不能满足营业所这项定义。[然而，资产的存在并连同对该资产的最低限度的管理可能足以构成“营业所”。]

请工作组注意

工作组似宜考虑列入第 75B 段的最后一句，以便为确定什么可能构成营业所提供灵活性，避免作狭义解释。

第 3 条. 本国的国际义务[第 76-78 段]

第 4 条. [有管辖权的法院或当局]<sup>1</sup>[第 79-83 段]

第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]在外国行动的授权[第 84-85 段]

第 6 条. 公共政策的例外[第 86-89 段]

第 7 条. 根据其他法律提供进一步协助[第 90 段]

第 8 条. 解释[第 91-92 段]

91. [……]

92. 贸易法委员会法规的判例法（CLOUT）资料系统将促进对示范法的统一解释，按照该系统的要求，贸易法委员会秘书处出版对贸易法委员会的各项公约和示范法加以解释的司法判决（和视情形而定的仲裁裁决）的摘要。欲知有关该系统的更详细情况，见下文第 202 段。

## 第二章. 外国破产管理人和债权人对本国法院的进入——第 9-14 条

第 9 条. 直接进入的权利[第 93 段]

93. 示范法的一个重要目的是要使外国破产管理人能够简便、直接地进入颁布国法院。第 9 条仅限于表述外国破产管理人直接进入颁布国法院的原则，从而

<sup>18</sup> Virgos Schmit 报告，第 7.1 段。

使破产管理人无须办理诸如许可证或领事行动等正式手续。第 4 条涉及颁布国法院在向外国破产管理人提供救济方面的权限。

第 10 条. 有限的管辖权[第 94-96 段]

第 11 条. 外国破产管理人依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]申请启动一项程序[第 97-99 段]

第 12 条. 外国破产管理人参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序[第 100-102 段]

100. 第 12 条的目的是确保当某项有关债务人的破产程序正在颁布国进行时，有关该债务人的某项程序的外国破产管理人就将作为承认该外国程序的一种效力，获得地位[（或“程序性合法”）]，就保护、变卖或分配债务人的资产或与外国程序的合作等问题提出申请、请求或主张。

请工作组注意

工作组似宜考虑是否有必要保留“程序性合法地位”字样（另见下文第 166 段）。

101. [……]

102. [……]

第 13 条. 外国债权人介入依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序[第 103-105 段]

第 14 条. 通知外国债权人关于依据[此处写入颁布国与破产有关的法律]进行的程序[第 106-111 段]

[下接 A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1]