



大会

Distr.: Limited
9 February 2022
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第六十届会议
2022 年 4 月 18 日至 21 日，纽约

“《贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视》”更新本

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 拟对“《贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视》”的修改.....	2
A. 非实质性更新.....	2
B. 实质性修改.....	4



一. 引言

1. 关于“《贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视》”¹（《司法角度的审视》）的背景资料见于工作组第六十届会议临时议程（A/CN.9/WG.V/WP.177，第 17-20 段）。如该文件所述，认为有必要编写更新出版物，因为自上次 2013 年更新《司法视角的审视》以来，已经积累了大量适用和解释《贸易法委员会跨国界破产示范法》的判例。此外，鉴于《贸易法委员会跨国界破产示范法判例法摘要集》（《摘要集》）已于 2020 年最后完成，认为有必要统一这两份文书。²

2. 在这方面，应当忆及，《摘要集》和《司法角度的审视》追求的是同一个目标。《跨国界破产示范法》第 8 条规定，在对《跨国界破产示范法》作出解释时“应考虑到其国际渊源”，该示范法旨在通过鼓励法官考虑颁布国法院如何适用《跨国界破产示范法》来促进其统一适用。为此，《摘要集》为查阅贸易法委员会法规判例法（法规判例法）系统中收集的《跨国界破产示范法》判例法提供便利，根据《跨国界破产示范法》的每一条分别归类，并提请注意解释方面的新趋势和不同观点。《司法角度的审视》从法官的角度讨论了解释和适用《跨国界破产示范法》所产生的主要问题，按顺序排列这些问题，反映出按案法院根据《跨国界破产示范法》作出特定裁决的通常顺序。两份文书均采用中性措辞，以避免对判例法作出任何评判或对法官发布指示。

3. 如临时议程所述，委员会请秘书处使用大体类似 2013 年更新版所用机制编写《司法角度的审视》更新本。根据这一请求，在与专家委员会磋商后编写了更新本，专家委员会成员包括：Geoffrey Morawetz（加拿大）、Myriam Mailly（法国）、Paul Heath（新西兰）、Kannan Ramesh（新加坡）、Alastair Norris（联合王国）以及 Martin Glenn 和 Allan Gropper（美国）。在此特别感谢第五工作组（破产法）前任秘书 Jenny Clift 女士对更新本的贡献。

4. 不妨回顾，工作组在将《司法角度的审视》第一版草稿和 2013 年更新本转交委员会之前对其进行了审议。³工作组不妨在本轮更新中采取同样的做法，在将本说明所列修改提交委员会 2022 年第五十五届会议审议之前审查这些修改。应结合法规判例法中的《司法角度的审视》、现有的《跨国界破产示范法》判例法摘要集和摘录解读本说明中所列的修改。

二. 拟对“《贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视》”的修改

A. 非实质性更新

5. 前言将参照新版本及其编写方式进行更新。

¹ 2013 年编写的本出版物第二版，可查阅 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/judicial-perspective-2013-e.pdf>。

² 《大会正式记录，第七十五届会议，补编第 17 号》（A/75/17），第一部分，第 20(c)段和 63 段。

³ A/CN.9/715，第 110-116 段，A/CN.9/WG.V/WP.97 和 Add.1 和 2 号以及 A/CN.9/766 号工作文件，第 103 段。

6. 在包括第 7 段在内的整个案文中，将根据上下文需要补充提及以下内容：

(a)《摘要集》：⁴(b)破产法领域新通过的贸易法委员会法规，即《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》及其《颁布指南》（2018 年）、⁵《贸易法委员会企业集团破产示范法》及其《颁布指南》（2019 年）⁶和《贸易法委员会破产法立法指南》第五部分（2021 年）；(c)欧洲议会和理事会 2015 年 5 月 20 日《关于破产程序的（欧盟）第 2015/848 号条例（重订）》（“《欧洲理事会条例（重订）》”）替换并取代了理事会 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》）；(d)《司法角度的审视》第二版所载更新截止日期即 2013 年 4 月 15 日之后的其他发展动态。

7. 在第 7(f)和(g)段中可添加脚注，提供更多关于《欧洲联盟破产程序公约》（1995 年）、《Virgos Schmit 报告》的历史及其与《跨国界破产示范法》的相关性的信息。可以特别提及欧洲联盟议会 1999 年 4 月 23 日的报告。⁷还可以说明，预计欧洲联盟成员国将通过一项破产公约，所以现已编写了《Virgos Schmit 报告》，就公约草案中的不同概念，特别是债务人的主要利益中心（主要利益中心）提供指导。虽然《公约》已经失效，但该报告已被普遍接受，有助于解释随后在《欧洲理事会条例》和《欧洲理事会条例》（重订）中使用的主要利益中心概念。⁸

8. 将更新第 9 段和脚注 7，提供关于颁布国和法域的最新信息，并在脚注中添加一项免责声明，内容如下：“拟订示范法是为了给立法者考虑作为本国法律一部分参照采用提供一个范本。由于根据示范法颁布法律的国家享有偏离案文的灵活性，上文所列纯为标示曾告知贸易法委员会秘书处的已颁布法律。为厘

⁴ 例如，脚注 9 可扩展为：“《摘要集》讨论了解释该条文的案例，指出由于它不要求外国破产管理人由外国法院指定，其范围足够广泛，可以包括由其他一些专门机构来指定。《摘要集》还指出了可以指定的机构或个人类型：关于第 2 条(d)项的判例法概要。”；而脚注 23 可以扩展如下：“《摘要集》（第 8 条的判例法概要）讨论了已颁布第 8 条的国家的法院不为自身的法域所限，利用外国对《跨国界破产示范法》的解释和其他外部材料来提供解释性指导的案例，特别是在《跨国界破产示范法》的规定不明确或模棱两可的情况下。”可以添加新的第 16 段之二，承认《摘要集》的出版及其目的。

⁵ 例如，在 *Rubin* 案（第 177 段和脚注 219）中，可以提到《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》，说明该示范法旨在探讨以下几点：(a)涉及判决承认和执行的为数不多的现有国际文书一般都将与破产有关的事项排除在其范围之外，从而也将与破产有关的判决承认和执行排除在其范围之外；(b)对于《跨国界破产示范法》第 7 条和第 21 条的解释存在一些不确定性，需要为这种承认和执行提供必要的授权，作为承认外国破产程序时可利用的一种救济形式。

⁶ 例如，在《司法角度的审视》全文中，多处讨论了企业集团破产问题，并适当地互相参照《企业集团破产示范法》（例如，在脚注 97 和 239 中）。脚注 97 可以扩展，提及其他案例，如关于 *Servicos de Petroleo Constellation S.A.* 案、*Eurofood* 案（根据《欧洲理事会条例》作出裁决）和 *Mood Media Corp* 案。在其中一些案例中，评估了《跨国界破产示范法》的相关性（例如，在 *Agrokor* 案中，美国法院指出，虽然管辖外国特别行政程序的外国法律的企业集团方面是全新内容，但涉及九个独立实体的承认申请并没有超出跨国界破产法范围，每个实体在外国都有主要利益中心。在涉及同一集团的英格兰案例中，法院驳回了该程序不是外国程序这一论点，因为它涉及的是公司及其关联公司（即一个集团），而不仅仅是公司本身，其依据是，虽然根据颁布《跨国界破产示范法》的英国立法集团程序不能被承认为此种程序，但集团程序作为针对特定债务人的程序可得到承认。在 *Zetta Jet* 案中，新加坡法院认定，必须尊重集团成员的独立法律人格，并单独对待每个实体，除非证明有充足的理由将其作为一个整体对待。

⁷ 可查阅 www.europarl.europa.eu。

⁸ <https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency>。

清所通过的立法案文中任何有可能偏离示范文本之处确切性质，应当对各国立法情况加以考量。”

B. 实质性修改

1. 总体情况

9. 本说明随后各部分侧重于建议对《司法角度的审视》进行的实质性修改，以确保该出版物依然符合其既定宗旨。之所以需要进行这些修改，主要是因为2013年4月15日之后《跨国界破产示范法》出现了新判例，特别是：

(a) *Ivan Cherkasov*、*William Browder*、*Paul Wrench* 诉 *Nogotkov Kirill Olegovich*, *Dalnyaya Step LLC*（清算中）的正式破产接管人案，法规判例法 1797；

(b) *Creative Finance Ltd.* 案，法规判例法 1624；

(c) *Jaffé* 诉 *Samsung Electronics Co. Ltd.* 案，法规判例法 1337；

(d) *Kapila*、*Re Edelsten* 案，法规判例法 1475；

(e) 关于 *Pirogova* 案，593 B.R. 402（Bankr. S.D.N.Y. 2018）；⁹

(f) 关于 *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd*（清算中）案，法规判例法 1860，推翻法规判例法 1819 中报告的 2019 年案例；

(g) *Re Videology Limited* 案，法规判例法 1823；

(h) *Yakushiji* 案（第 2 号）[2016] FCA 1277 关于对法规判例法 1620 中报告的 2015 年案例的上诉；以及

(i) 关于 *Zetta Jet Pte Ltd and Others* 案，法规判例法 1815 和 1816。

10. 将相应地更新《司法角度的审视》附件一中的案例清单和概要，以反映相应的法规判例法摘要的内容。为使《司法角度的审视》中的案例引证与《摘要集》中使用的案例引证保持一致，2013 年版《司法角度的审视》中提到的 *Condor Ins Ltd* 案和 *Fairfield Sentry Ltd* 案将分别作为 *Fogarty* 诉 *Petroquest Resources, Inc.* 案和 *Morning Mist Holdings Ltd.* 诉 *Krys* 案纳入更新版本。

2. 1997 年《跨国界破产示范法颁布指南》及其后续指南、2013 年《颁布及解释指南》的解释性价值

11. 在所述的涉及 1997 年《跨国界破产示范法颁布指南》（贸易法委员会网站上已不再提供该指南）及其后续文件 2013 年《颁布及解释指南》的解释性价值的判例法中，法院审议了任一指南是否具有优先权或者如何利用《颁布及解释指南》这一问题。在一些国家，这个问题受到颁布《跨国界破产示范法》的立法的影响，该立法具体提及《颁布指南》。例如，在 *Zetta Jet* 案中，法院提出了冲突检验标准。在另一个案例，*Fibria Cellulose S/A* 诉 *Pan Ocean Co. Ltd* 案，法规判例法 1482 中，法院决定参照《颁布指南》，但指出在《颁布及解释指

⁹ 法规判例法中尚未收录的 *Pirogova* 案概要见本说明附件。

南》中相关法规没有修改。在 *Sturgeon* 案中，法院的结论是，通过撤回《颁布指南》使其不再流通，编写《跨国界破产示范法》的机构有意让《颁布及解释指南》成为一个有用和最新的解释工具。在推出《颁布及解释指南》之后，许多其他英国裁决支持将其用作解释工具。¹⁰

12. 建议在第 1 段脚注 3 中反映这一判例。

3. 公共政策例外

13. 在 *Zetta Jet* 案中，对公共政策例外作了限制性解释，认为仅限于有限目的给予承认。在该案例之前，新加坡发布了一项暂停令，禁止根据《美国破产法》第 11 章通过美国的程序采取进一步行动，但该暂停令没有得到遵守。虽然在这种情况下通常会拒绝承认，但新加坡法院还是出于申请撤销新加坡禁令或对其提起上诉的有限目的给予了承认，将承认定性为《跨国界破产示范法》第 17(4)条下的一种修改形式或《跨国界破产示范法》第 21(1)条下的一种救济形式。据称，先前违反新加坡禁令的行动并没有达到违反公共政策以致不能获得承认的程度。作出这种有限承认时要铭记《跨国界破产示范法》第 8 条，该条规定需要顾及《跨国界破产示范法》的国际起源和促进其统一适用。

14. 此外，在涉及外国破产管理人恶意或未能向接案法院充分和坦诚披露重要事实的案例中，也考虑了适用公共政策例外。在 *Creative Finance* 案中，据称在美国寻求承认的程序是在英属维尔京群岛恶意启动的。关于这个问题，法院指出，虽然债务人的行为冒犯了它，但没有以不当行为为唯一理由适用第 6 条公共政策例外的先例。在 *Ivan Cherkasov* 案中，寻求承认的申请人没有向接案英国法院披露与联合王国政府决定不为起源国的刑事诉讼提供协助有关的事实，因为这样做有可能损害联合王国的主权、安全、公共秩序或其他利益。英国法院认为，在寻求承认时，必须就承认对未出庭的第三方造成的后果，包括承认带来的预期未来申请的后果向法院进行充分和坦率的披露。因此，承认令从一开始就被驳回。

15. 建议这一判例应反映在第 53 段之二（*Zetta Jet* 案）、第 54 段之二（*Creative Finance* 案）和第 54 段之三（*Ivan Cherkasov* 案）中。

16. 由于与公共政策例外有关，第 49 段脚注 71 可以扩展，提到 *Agrokor* 案，在该案中，英国法院认定，克罗地亚法律在公司重整或清算中的优先顺序不同于英国法律规定的适用或将适用的优先顺序，这一事实不足以支持以公共政策为由拒绝承认。

4. 承认令的复核或撤销

17. 在 *Sturgeon* 案中，法院对单方面批准的承认令进行了复核。复核申请寻求根据《跨国界破产示范法》第 17(1)(a)条终止承认令，理由是当时完全缺乏发出该命令的理由，因为对 *Sturgeon* 的非破产清算不属于《跨国界破产示范法》第

¹⁰ *Re Videology* 案；*OGX Petroleo e Gas S.A.* 案，法规判例法 1622；*The OJSC International Bank of Azerbaijan* 案；*Bakhshiyeva* 诉 *Sberbank of Russia* 案，法规判例法 1822；关于 *Agrokor* 案，法规判例法 1798。

2(a)条意义下的“外国程序”。根据这一认定结果，法院终止了承认令。建议在脚注 80 中反映这一判例，脚注 80 也可提及 *Cozumel* 案和 *SNP Boat Service* 案。

18. 在 *Yakushiji* 案（第 2 号）中，接案法院收到了外国程序状况发生“实质性变化”的通知，即在重组计划被接受后，该程序被日本法院终止。接受该计划的一个后果是先前被指定为两家公司破产管理人的官员退休。由于先前根据《跨国界破产示范法》下令提供的保护不再合适，因此寻求撤销这些命令。法院认为，在发生这种实质性变化的情况下，第 18 条规定的义务所适用的外国破产管理人不复存在，公司根据第 18 条通知法院是适当的。建议这一判例反映在第 57(a)段的脚注中，该脚注还可提及 2017 年和 2018 年的 *Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* 诉 *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* 案，在这些案例中，澳大利亚承认的外国程序随后被终止，而且没有通知澳大利亚法院。澳大利亚法院指出，虽然第 18 条规定的义务要求向其通知外国程序状况的变化，但可能会存在困难，因为这一义务由可能已不再任职的外国破产管理人承担。脚注可以指出，在 *Yakushiji* 案（第 2 号）中，澳大利亚法院认定，在这种情况下，通知法院的义务可能恰好落在债务人身上。

19. 第 56 段可以扩展，指出在某些情况下，修改或终止承认的裁决将受到第 18 条规定的外国破产管理人有义务通知法院外国程序或外国破产管理人指定情况发生变化的影响。该段的脚注可进一步指出，复核承认裁决时可向法院提供更全面的记录，说明最初的承认是否适当，虽然修改承认的裁决可能需要认真考虑，特别是如果任何有争议的问题仍受外国法院程序的管辖。

20. 与这一讨论相关的是，第 44 段的脚注 63 可以扩展，提及 *OGX Petroleo e Gas S.A.* 案，法规判例法 1622，指出，英国法院在该案中承认，由于许多承认申请是单方面提出的，因此必须就所有方面向法院进行充分和坦诚的披露。

5. “外国”的含义

21. 对“外国”一词的含义很少给予考虑。在第 59(a)段中，可以添加一个脚注，提及确实考虑了这一术语的一个案例。在关于 *NMC Healthcare Ltd.* 案中，寻求英格兰承认在阿布扎比全球市场进行的管理，阿布扎比全球市场是阿拉伯联合酋长国（阿联酋）境内根据阿联酋联邦法律存在的一个特别金融自由区。法院认定，虽然阿布扎比全球市场本身不是“外国”，但外国程序是在“外国”即阿联酋进行的，而该国有多项适用法律。

6. “集体司法或行政程序”

22. 第 77 段脚注 110 可以扩展，提及 *Innua Can., Ltd.* 案。作为判例法的一个例子，接案法院根据《跨国界破产示范法》第 16 (1)条承认外国破产接管。法院认定，外国破产接管相当于外国程序，因为原审法院已宣布接管人是外国程序的外国破产管理人，并授权接管人寻求接收国对该程序的承认。

7. “遵照与破产有关的法律”

23. 《跨国界破产示范法》第 2(a)条中“与破产有关的法律”的含义在 *Sturgeon* 案中得到澄清。该案例涉及一家在百慕大注册的公司，其主要股东请求以公正和公平的理由让该公司停业，理由是该公司成立的基础严重受损，投资者的权利被剥夺。在复核一项承认外国程序的早期裁决时，英国法院认为，不同意 *Betcorp* 案中的结论，即，对于有偿付能力的法律实体，不寻求重组实体财务而是解散其法律地位的程序很可能不符合第 2 (a)条原意所指的与破产有关的法律。

24. 建议在第 83 段中反映这一判例。该段还可以注意到，《欧洲理事会条例》（重订）叙文 16 规定，它适用于“[……]基于与破产有关的法律的程序。但是，基于并非专门为破产情形设计的一般公司法的程序不应被视为基于与破产有关的法律。”

25. 此外，安排计划越来越受欢迎，提供这种法定手段的法域越来越多，这提出了一个问题，即《跨国界破产示范法》是否涵盖“遵照与破产有关的法律”产生的安排计划。第 83 段的脚注 113 可以扩展，提及相关的判例法。例如，可以提及 *Syncreon Group B.V.* 案，在该案中，加拿大法院承认英国的一项安排计划为《跨国界破产示范法》所指的外国程序，该程序是根据与破产有关的法律进行的，在该案中，破产被解释为包括“根据合理预计，将在与实施重组所需合理时间接近的合理时间内耗尽流动性”的公司。美国法院也承认并执行了联合王国和南非的安排计划，作为《美国破产法》（实施《跨国界破产示范法》）第 15 章下的外国程序。¹¹

8. “由某一外国法院控制或监督”

26. 第 84 段脚注 115 可提及 *ENNIA Caribe Holdings N.V.* 案，该案涉及一家保险公司的破产，在该案中，接案法院认定负责监管保险业的机构是一家有权控制或监督债务人资产和事务的机构。

27. 第 85 段中的脚注 116 可以扩展，提及 *Agrokor* 案，在该案中，英国法院认定，所要求的控制或监督可能是潜在的而非实际的，或者是间接的而非直接的。考虑到赋予克罗地亚法院某些监督权和其他权力的《克罗地亚特别行政法》的各项规定，法院认定，“一旦程序启动，只要程序持续，它就通过特别行政官处于法院的控制或监督之下”。

28. 可在本条中增加一个脚注，提及 *Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.* 案，法规判例法 925，在该案中，在美国寻求承认西班牙的破产程序，即临时破产管理人，但遭到驳回，理由是，就《跨国界破产示范法》而言，该程序不再是“外国程序”，因为在外国程序中达成的协定或偿付计划已得到西班牙法院的批准。根据西班牙的法律，外国破产管理人无权干预债务人的业务，除

¹¹ 分别见关于 *Avanti Commun'c Group PLC* 案和关于 *Cell C Proprietary Ltd.* 案。然而，《美国破产法》第 101(23)条中的外国程序定义纳入了《跨国界破产示范法》第 2(a)条中“外国程序”定义中没有出现的“或债务调整”词语。添加这些词语可能会影响美国对计划程序的承认。这一点可以反映在相关背景下的《司法视角的审视》中。

非根据协定的条款发生了违约。法院认定，对债务人的事务仍有充分的管辖权，因为债务人必须根据该协定支付两年的款项，不遵守该协定的条款会使债务人在外国法院受到清算。美国法院指出，虽然法院在西班牙的控制或监督程度已经降低，但并未完全停止，这足以证明有理由根据《美国破产法》第 15 章予以承认的“外国程序”仍然存在。

9. “为达到重整或清算目的”

29. 在本条中，可在第 91 段添加一个脚注，提及 *Agrokor* 案，在该案中，英国法院驳回了以下论点，即《克罗地亚特别行政法》的真正目的不是重整公司事务，而是鉴于该公司对克罗地亚经济的系统重要性，保护该公司，使其继续经营。法院表示，这两个目的并非互不相容，虽然《克罗地亚特别行政法》旨在保护一家具有系统重要性的克罗地亚企业，但也打算重整该公司的事务。脚注还可提及 *Sturgeon* 案，英国法院指出，将“外国程序”解释为包括有偿付能力的债务人，尤其是包括受与破产有关的法律管辖但旨在为成员而非债权人带来回报的行动，将违背《跨国界破产示范法》的既定宗旨和目标（见上文第 23 段）。

10. 主要利益中心

30. 可在第 98 段之后添加《欧洲理事会条例》（重订）中的以下内容：“根据《欧洲理事会条例》（重订），主要利益中心应为债务人定期开展利益管理的地点，该地点可由第三方查明。就公司或法人而言，如无相反证据，应推定注册办事处所在地为其主要利益中心。这一推定仅限于在请求启动破产程序之前 3 个月内注册办事处未迁至另一成员国的情况下适用。对于任何其他个人，如无相反证据，应推定主要利益中心为该个人的惯常居住地。这一推定仅限于在请求启动破产程序之前 6 个月内惯常居住地未迁至另一成员国的情况下适用。”

31. 可在第 108 段中添加以下句子：“*Bear Stearns* 案的裁决在上诉中得到确认”。以下内容可取代第 109-110 段：

“*Bear Stearns* 案中的裁决受到之后权威机构的实质性限制，其中，美国法院认定，在确定其主要利益中心时，可以适当考虑债务人的重整或清算活动。在 *Morning Mist* 案中，法院认定，*Bear Stearns* 案的裁决承认在英属维尔京群岛提起的程序为外国主要程序是正确的，其依据是，在申请承认前超过 18 个月和在英属维尔京群岛提起诉讼前 7 个多月，债务人实际上已经停止营业，断绝了与其纽约投资经理的关系，并开始了停业程序。法院的结论是，在确定主要利益中心时考虑这些活动是适当的，而且‘债务人’最可行的‘神经中枢’在英属维尔京群岛已经存在了一段时间。*在 *British American Ins. Co. Ltd.* 案中的结果相似。

* 同上。第 64 段，引证了 *Hertz Corp. 诉 Friend* 案，130 S. Ct. 1181, 1193-94 (2010)，其中最高法院指出，法院应将重点放在对公司进行协调、指导和控制的实际地点，注意到该地点对与之打交道的公众成员来说可能是显而易见的。”

32. 可添加第 117 段之二，以合并关于自然人的主要利益中心的讨论，该问题目前出现在《司法角度的审视》全文的不同地方。其内容如下：

“就自然人而言，根据《跨国界破产示范法》第 16 条第 3 款，推定主要利益中心为该人的‘惯常居住地’。在 *Williams 诉 Simpson* 案（第 5 号）中，新西兰法院认为，对惯常居住地的认定主要基于每个案例的事实。法院指出，要考虑的因素包括‘定居目的、在一国的实际和预期居留时间、居留目的、与该国和任何其他国家（过去和现在）的联系强度、与该国的同化程度（包括生活和教育安排），以及文化、社会和经济融合。’*虽然债务人在英格兰经营业务，有时居住在英格兰，并持有联合王国和新西兰护照，但法院认定证据不足，无法推翻推定，而且债务人的惯常居住地在新西兰。

* *Williams 诉 Simpson* 案（第 5 号），第 42 段，在 *Basingstoke 诉 Groot* 案[2007] NZFLR 363(CA)中，采用了‘惯常居住地’的定义，因为该定义已在另一项国际文书即 1980 年 10 月 25 日《国际诱拐儿童民事方面的公约》中使用。另见 *Gainsford* 案，判决书第 40 至 41 段。在 *Kapila* 案中，澳大利亚法院面对的是一名个人债务人，法院认定他是‘跨国界破产者，在许多法域有各种各样的诉讼和企业活动，其流动行为使得很难确定他的惯常居住地，如果他确实有的话’；另见美国破产法院在关于 *Paul Zeital Kemsley* 案，489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013)，法规判例法 1274 和 *Pirogova* 案中的讨论。法院认定，与确定公司的主要利益中心有关的一些因素在债务人是个人的情形下是有帮助的——见《摘要集》，第 16 条‘个人的主要利益中心：惯常居住地’的判例法概要。”

11. 主要利益中心的转移

33. 若干案例涉及主要利益中心的转移，这可以反映在第 126-128 段和第 135 段的脚注中。例如，脚注 161 可以扩展，提及关于 *Ocean Rig UDW Inc.* 案，该案的主要债务人是一家在马绍尔群岛成立的控股公司，该公司已采取步骤将其主要利益中心从马绍尔群岛转移到开曼群岛，变更了注册，在开曼群岛设立了办事处，并向开曼群岛法院提交了安排计划。它采取这些步骤，是为了在开曼群岛确立管辖权，并在债权人的支持下实施债务重组。*Ocean Rig* 债务人在申请获得美国对开曼群岛程序作为外国主要程序的承认时证实，他们从未在马绍尔群岛开展过任何业务，他们公开披露了他们对主要利益中心的变更，他们得到了大多数债权人的支持，并在开曼群岛有银行账户、账簿、记录和人员，记录中没有证据表明他们的主要利益中心在开曼群岛以外的任何地方。根据这些调查结果，美国法院认定，债务人没有恶意操纵其主要利益中心，而是表明转移主要利益中心出于合法、善意目的。

34. 可在第 135 段中添加一个脚注，指出若干美国案例将第 15 章承认程序的启动日期作为确定主要利益中心的适用日期（见下文关于这一主题的内容），这表明，法院仍然可以考虑在最初的破产程序启动至第 15 章申请承认之日这段时间债务人是否变动了主要利益中心而对债权人不利。¹²

35. 第 127 段可以反映出，《欧洲理事会条例》（重订）包括一条关于在申请启动破产程序之前的某段时间主要利益中心转移的规则，互相参照了之前就这一问题所作的陈述（见上文第 30 段）。

¹² 例如，见法规判例法 139 的 *Morning Mist* 案（有一个“回头看以阻止操纵”）和法规判例法 1022 的关于 *Ran* 案（没有证据表明债务人为逃避其债务责任改变了其居住地）。

12. 确定主要利益中心的日期

36. 《司法角度的审视》讨论了确定主要利益中心的日期的不同选择。《摘要集》中报告了关于这一问题的其他判例法。在 *Zetta Jet* 案中，法院保留了提出承认申请的时间。在 *Millennium Global* 案中，上诉法院驳回了在 *Morning Mist* 案中确定主要利益中心的时间应为外国程序启动日期这一裁定。然而，*Kapila* 案和 *Videology* 案采用了这种做法。

37. 建议这一判例应在第 129 至 134 段的相关地方得到反映，并注意到一些案例采用了 *Betcorp* 案中的做法，其中包括关于确定惯常居住地的时间的 *Gainsford* 案、*British American Insurance* 案、*Morning Mist* 案和 *Ran* 案。

38. 可以增加第 132 段之二，说明已经确定的第三种可能性：要求法院就承认申请日期作出裁决。这种做法强调《跨国界破产示范法》第 18 条所证明的灵活性以及考虑与法院裁决相关的实际事实的可取性，而不是设定一个任意的判定点。几个案例中都采用了这种做法，其中包括关于 *Legend International Holdings Inc.* 案（法规判例法 1619）和 *Moore, as Debtor-in-possession of Australian Equity Investors* 案（法规判例法 1477）。

13. “营业所”的定义

39. 新增的案例阐述了确定债务人是否拥有《跨国界破产示范法》第 2(f)条所指的用于承认外国程序为外国非主要程序的营业所的事实要素。在 *Videology* 案中，法院指出，应当利用债务人的资产和人工开展活动的要求表明，商业活动包括与第三方的交易，而不是内部管理行为。在 *Pirogova* 案中，接案法院认定，外国破产管理人提供的证据宣称债务人与俄罗斯有联系——具体情况是，在俄罗斯，拥有一套公寓、有与公寓有关的水电费账单、对一家目前正在清算的俄罗斯公司拥有 100%的所有权、是一家俱乐部的成员以及有两辆汽车，这不足以证明债务人在俄罗斯有一个开展非临时性经济活动的经营场所。法院指出，即使法院认定单一资产的所有权足以构成一个营业场所，也必须证明债务人在该场所开展了非临时性活动。在 *Kapila* 案中，接案法院面对的是一名个人债务人，法院发现他是“跨国界破产者，在许多法域有各种各样的诉讼和企业活动，其流动行为使得很难确定他的惯常居住地，如果他确实有的话”。然而，法院认定，他在美国的商业交易足以构成一个营业场所，因此可将在美国启动的程序承认为外国非主要程序。

40. 建议在第 140 段（*Videology* 案）、第 141 段之二（*Pirogova* 案）和第 142 段之二（*Kapila* 案）中反映这一判例。

41. 该条还可以用《欧洲理事会条例》（重订）第 2 条第(10)款中“营业所”的定义来扩展：“‘营业所’是指债务人在请求启动主要破产程序之前的三个月内以人工和资产进行或已经进行非临时性经济活动的任何营业场所。”此外，一些判例法涉及该定义中使用的“非临时性”一词。这可以反映在第 138 段的另一个脚注中，该脚注将提及根据《欧洲理事会条例》作出裁决的 *Office Metro Limited* 案，法院在该案中指出，“非临时性”概念旨在涵盖“活动的频率，无论是有计划的还是意外的，或者发生时间是不确定的，涵盖活动的性质以及活

动本身的时间长度”等内容。第 138 段可以指出，与“外国程序”定义相同，“营业所”定义的各种要素应作为一个整体来理解，而不是分成几个独立的要素，因为每个要素都可能影响其他要素。可以在脚注中互相参照提及 *Videology Limited* 案。¹³

42. 与此相关的是，如果债务人不再在任何国家进行交易（因此无法证明其营业所），但仍有资产和债务需要处理，就会遇到困难。在这种情况下，《跨国界破产示范法》无法用于处理这些资产和债务，因为无法给予承认（例如，*Williams 诉 Simpson* 案）。根据接收国的其他法律，在这种情况下可能会提供援助。例如，这一点可以反映在第 64 段的脚注 89 中。

43. 此外，在 *Kim 和 Yu 诉 STX Pan Ocean Co. Ltd* 案，法规判例法 1481 中，新西兰法院参照《贸易法委员会破产法立法指南》中该术语的定义审议了“债务人的资产”的含义，同时考虑到《跨国界破产示范法》第 8 条和授权参照《跨国界破产示范法》和贸易法委员会或协助编写《跨国界破产示范法》的工作组产生的任何相关文件进行解释的颁布立法的规定。这可以反映在第 164 段涉及第 20(1)(b)条的脚注中或其他地方。

14. 临时救济

44. 在第 151 段中，可以添加一个脚注，提及 *Halo Creative & Design Limited 诉 Comptoir des Indes Inc.* 案，在该案例中寻求的临时救济是中止诉讼，美国法院指出，根据《跨国界破产示范法》第 21 条，只有在外国程序得到承认的情况下，才可利用该救济。

45. 还可以在第 152 段中添加一个脚注，指出在给予临时救济时要考虑的因素之一是在适当时候下达承认令的可能性。例如，在 *Williams 诉 Simpson* 案和 *Whittman 诉 UCI Holdings Ltd* 案中，法院指出，虽然实质性申请成功的可能性很大并不是给予临时救济的必要条件，但实质性成功的可能性是给予临时救济的一个相关考虑因素。¹⁴

15. 自动中止

46. 在第 164 段中可针对第 20(1)(a)条添加一个脚注，提及 *Fibria Cellulose S/A 诉 Pan Ocean Co. Ltd* 案，法规判例法 1482，在该案中，英国法院认定，根据合同条款，送达终止合同通知并不表示单个诉讼或程序的启动或继续，因此，法院无权根据《跨国界破产示范法》第 20(1)(a)条限制其送达。第 166 段的脚注 206 可以扩展，提及 *Nortel Networks Corp.* 案，在该案中，法院认定，在加拿大，联合王国监管机构送达根据联合王国立法发出的“警告通知”，构成违反中止令的程序中的一个步骤。

¹³ 第 79 段引证了 *Trustees of the Olympic Airlines SA Pension & Life Assurance Scheme 诉 Olympic Airlines SA* 案的相关部分。

¹⁴ 采用 *Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd 诉 Aero Inventory (UK) Limited* 案[2009] FCA 1354 中的做法。

47. 其他判例法专门处理自动中止对仲裁的影响，这可以反映在脚注 204 中。例如，可以参考 *Samsung Logix Corporation* 诉 *DEF* 案，在该案中，法院考虑了承认裁决对仲裁听证会的影响，仲裁听证会定于在英国法院审理承认申请的次日在英格兰举行。法院认定，由于承认裁决，仲裁被中止。在 *OGX Petroleo e Gas S.A.* 案，法规判例法 1622 中，英国法院指出，自动中止并非意在阻止索偿不受外国程序制约的人能够对债务人提出这些索偿（该案涉及的仲裁程序是根据重整计划批准后订立的合同进行的，该合同不在重整计划的涵盖范围内）。

16. 自动中止的期限

48. 在 *Yakushiji* 案（第 2 号）中，澳大利亚法院指出，自动中止通常与相应外国程序适用的中止是几乎一致的，因此，自动中止在外国程序结束时停止，因为此时中止的目的——允许债务人有时间制定计划并防止债权人寻求其他补救——不再适用。

49. 建议这一判例应在第 167 段之二中得到反映，同时指出，在外国程序完结后，可能存在继续执行中止的情形，例如在完结前违反中止令（参见 *Daewoo Logistics Corp.* 案，法规判例法 1315），或允许外国程序中批准的计划控制债务人资产的分配，并防止债权人寻求收回超过该计划规定数额的债务（参见 *Ho Seok Lee* 案 348 B.R.，法规判例法 754）。这可以与关于 *OJSC International Bank of Azerbaijan* 案，法规判例法 1822 相比较，在该案中，英国法院指出，一旦外国程序终止，将不再有可以向英国法院申请援助的外国破产管理人，也不再有可以寻求这种援助的外国程序。在此基础上，法院指出，允许在外国程序终止前准许的中止无限期有效是不正常的。法院拒绝探讨 *Daewoo* 案和 *Ho Seok Lee* 案中的做法，理由是英国纳入《跨国界破产示范法》的背景与英国或澳大利亚有很大不同。

17. 承认后救济

50. 第 169 段脚注 210 可以扩展，提及 *Fibria Cellulose S/A* 诉 *Pan Ocean Co. Ltd* 案（关于 *Pan Ocean Co. Ltd* 案），法规判例法 1482，在该判例中，英国法院讨论了美国和英格兰在 *Toft* 案中寻求救济的不同结果。可为第 169 段添加脚注，提及关于 *CGG S.A.* 案，在该案中，美国法院承认法国的中断程序为外国程序，并执行法国法院的命令，确认中断计划是第 15 章第 1521 条下的适当救济和第 1507 条下的额外援助（《跨国界破产示范法》第 21 条和第 7 条）。增加的脚注还可以提及关于 *Rede Energia, S.A.* 案，在该案中，美国法院认定，第 15 章“为法院提供了广泛、灵活的规则，以制定适于按照礼让原则实现该章目标的救济”，并指出“公认的原则是，外国程序中给予的救济和美国提供的救济不必完全相同。”法院认定，第 15 章第 1521 条（《跨国界破产示范法》第 21 条）下的适当救济包括执行外国确认令。¹⁵脚注还可以提及 *Metcalfe & Mansfield* 案，在该案中，美国法院认定，加拿大法院在有限的情形中批准了非债务人救济，这符合美国法院对《跨国界破产示范法》第 7 条的狭义适用。也可以提及一个相反的案

¹⁵ 另见关于 *Oi* 案和关于 *Agrokor* 案。

例（*Vitro* 案），虽然该案中的具体事实可能导致上诉法院驳回救济。尽管如此，该案还是在批准的情况下援引了 *Metcalf & Mansfield* 案。

18. 对债权人的充分保护

51. 在 *Jaffé* 诉 *Samsung Electronics Co.* 案中，问题是德国受托人是否可根据德国法律拒绝向美国境内的当事人发放专利许可，或者这些当事人是否有权根据《美国破产法》获得保护以免被拒绝。上诉法院作出了有利于被许可人的裁决，其裁决依据的是《跨国界破产示范法》第 22 条规定的充分保护，并认定破产法院在平衡被许可人的利益与债务人的利益方面合理地行使其自由裁量权，适用第 365 (n) 条对于确保外国债务人美国专利下的被许可人得到充分保护是必要的。

52. 这一判例可以反映在第 158 段中，第 158 段的其余部分放在单独的第 158 段之二中。此外，脚注 200 可详述所引证的 *SNP Boat Service* 案，特别是法院在该案中确定了关于充分保护概念的三项基本原则：(a) 公平对待对破产财产提出索偿的所有持有人；(b) 保护本国索偿人在外国程序中处理索偿时免受损害和不便；(c) 基本上按照本国法律规定的顺序分配外国财产的收益。

19. 不利于债权人的行为

53. 第 183 至 186 段可以扩展，指出 *Condor Insurance* 案已适用于随后的案例中，允许根据英国和挪威法律提出撤销权主张。这些段落的脚注可以参考 *Hosking* 诉 *TPG Capital Mgmt., L.P.* 案（关于 *Hellas Telecomm. (Luxembourg) II SCA* 案）和关于 *Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA* 案。

20. 合作

54. 第 21 段，脚注 30 可注意到《欧洲理事会条例》（重订）第 42 条第 1 和第 3 款的内容，其中呼吁法院进行合作，只要这种合作不违背适用于每一项程序的规则，并指出这种合作可以以法院认为适当的任何方式进行，特别是：(a) 协调指定破产从业人员；(b) 以法院认为适当的任何方式传递信息；(c) 协调对债务人资产和事务的管理和监督；(d) 协调举行听证会；(e) 必要时协调批准协议。

55. 第 203 至 204 段在更新时可参考 2012 年美国法学会-国际破产研究会《国际破产案件合作的全球原则》；司法破产网络准则；¹⁶《欧盟跨国界破产法院间合作原则》（《欧盟法官合作原则》）；和《欧盟跨国界破产法院间交流准则》（《欧盟法官合作准则》）。

56. 脚注 250 可以扩展，提及 *Loo* 诉 *Quinlan* 和 *Kelly* 案，该案涉及澳大利亚和新西兰之间跨国界破产的审理以及对每家法院判决提起的上诉。

57. 该部分还可以扩展，提及 *Nortel Networks Corp.* 案，作为企业集团破产案件的一个例子，强调法院和破产管理人之间需要开展高效和有效的跨国界合作。

¹⁶ www.jin-global.org/jin-guidelines.html。

附件

关于 *Pirogova* 案 593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)：将在更新的《司法角度的审视》附件一中添加概要

俄罗斯清算程序的外国破产管理人寻求美利坚合众国承认这些程序为外国主要程序。美国法院必须考虑债务人是否在俄罗斯有主要利益中心或营业所。法院认定，所提供的证据不足以提供一个依据，使法院能够得出结论，截至申请之日，债务人的住所或惯常居住地是俄罗斯。提出的证据包括债务人在莫斯科有子女、孙子女和朋友；持有有效的俄罗斯国内护照；现在是且一直是莫斯科一家游艇俱乐部的长期会员；仍然在俄罗斯为一辆机动车投保；在俄罗斯拥有资产，债权人希望其索偿通过俄罗斯破产程序来裁定，并且一直在进行欺诈、逃避债务和逃避俄罗斯当局。法院权衡了该证据与债务人在 2008 年声明的永久离开俄罗斯并不再在俄罗斯居住的意图；她已于 2008 年获得美国永久居留身份；没有直接证据证明她在申请之日在俄罗斯有惯常居住地。法院还认定，证据不足以认定债务人在俄罗斯有营业所，并在该营业所开展非临时性经济活动；尽管她可能在莫斯科有一套公寓，但几乎没有证据证明她在那个地址从事过这种活动。此外，参与债务人所拥有公司的破产程序的能力（但目前处于破产的后期阶段）并不满足“最低限度管理”要求，破产程序的存在本身也不构成经济活动。法院拒绝承认俄罗斯程序为主要或非主要程序。
