



大会

Distr.: General
3 May 2013
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十六届会议
2013 年 7 月 8 日至 26 日，维也纳

贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视

秘书处的说明

一. 导言

1. 委员会在其 2011 年第四十四届会议上最后审定和通过了《跨国界破产示范法：司法角度的审视》，¹并请秘书处确立一种以编写案文时同样的灵活方式不断对案文进行更新的机制，确保维持中性的语气，以及继续与其所申明的目的相一致。²
2. 秘书处成立了一个专家委员会就更新《司法角度的审视》一文提供咨询建议，以便考虑到近期的法理学对《跨国界破产示范法》的解释，并反映正在对《示范法颁布指南》拟定的文字修订。
3. 以下案文列出了为反映最近期的法理学以及工作组对《示范法颁布指南》提出的修订意见（见 A/CN.9/WG.V/WP.112）《司法角度的审视》一文作了更新的那些段落，以供委员会第四十六届会议审议，其中包括第五工作组（破产法）2013 年 4 月第四十三届会议上提出的拟议修订（见 A/CN.9/766）。未作更新（并因而保持案文原本公布形式）的段落未包括在下文；这些段落以[……]表示。附件一仅包括案文中拟增添的新案例概述；案例一览表列出完整附件将列入的所有案例。

¹ 在编印本文件之日，可从以下网址查阅：www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html。

² 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），第 198 段。



二. 贸易法委员会跨国界破产示范法：司法角度的审视

目录

	页次
一. 导言	3
A. 目的和范围	3
B. 术语表	3
二. 背景	4
A. 《贸易法委员会示范法》的范围和适用	4
B. 法官的角度	4
C. 《贸易法委员会示范法》目的	5
三. 《贸易法委员会示范法》的解释和适用	5
A. “介入”原则	5
B. “承认”原则	6
C. 承认的过程	8
D. 救济	19
E. 合作与协调	23
附件	
一. 案例概要	25
二. 联合国国际贸易法委员会的决定和大会第 66/96 号决议	36

前言

第 1-3 段[……]。

2013 年更新了《司法角度的审视》一文，以反映作为《示范法颁布指南和解释》委员会 2013 年通过对《示范法颁布指南》的修订。在委员会 2013 年审议之前，第五工作组（破产法）和 2013 年 5 月在海牙举行的第十次多国司法座谈会，对出版的《司法角度的审视》一文的更新部分进行了审议。

一. 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》。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，则可能也需要这样做，采取不同的处理方法。³本案文以联合国大会 1997 年 12 月核准的《示范法》及其随附的《颁布指南》为基础。⁴一些国家基于《示范法》颁布了立法，考虑到新出现的法理学对《示范法》在这些国家的情况作出的解释，《颁布指南》现已作了修订，以便就《示范法》关于“主要利益中心”某些方面的解释和适用添入附加指南。所作修订已由委员会 2013 年通过，作为“《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》”。

2. [……]

3. [……]

4. [……]

B. 术语表

1. 术语和解释

5. [……]

2. 参考材料

(a) 案件参注

6. [……]

³ 本案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。

⁴ 大会第 52/158 号决议。

(b) 法规的简称

7. [……]

(a) [……]

(b) 《颁布指南和解释》：2013 年修订的《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》；

(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），包括 2010 年通过的第三部分；

(d)-(g) [……]

二. 背景**A. 《贸易法委员会示范法》的范围和适用**

8. 1997 年 12 月，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》。《示范法》附带一部《颁布指南》，其中提供了背景和解释资料，以帮助拟定必要立法落实《示范法》的相关人员和负责加以适用和解释的法官和其他人员。如上所述，《颁布指南》现已作了修订，以便就《示范法》关于“主要利益中心”某些方面的解释和适用添入附加指南；所作修订已由委员会 2013 年通过，作为“《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南和解释》”。

9. 最后一句修改如下：“截至 2013 年 4 月底，20 个国家和地区已在《示范法》基础上颁布了立法。⁵”

10-15. [……]

B. 法官的角度

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，⁶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

⁵ 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（2005 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（2002 年）、塞尔维亚（2004 年）、斯洛文尼亚（2007 年）、南非（2000 年）、乌干达（2011 年）以及美利坚合众国（2005 年）。以上所示的颁布年度是向贸易法委员会秘书处通知的由相关立法机构通过立法的年度；不涉及该项立法的生效日期，生效程序因国而异，有可能在颁布了一段时间后才生效。

⁶ 在按拟定的条文颁布《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）。

布国已在其本国立法中核准了“国际”方式。⁷无论如何，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。

17-23. [……]

24. 本段末尾增加如下一句：“在委员会 2013 年审议之前，第五工作组（破产法）第四十三届会议（2013 年 4 月）和 2013 年 5 月在海牙举行的第十次多国司法座谈会注意到出版的《司法角度的审视》一文的修订。”

C. 《贸易法委员会示范法》目的

25. [……]

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》，而是提供法域之间的一个合作框架，提出若干解决办法，从一些细微但意义深远的方面起到帮助作用。这些办法包括：

(a)-(f) [……]

(g) 制订关于颁布国所给救济的协调规则，协助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。

27-28. [……]

三. 《贸易法委员会示范法》的解释和适用

A. “介入”原则

29-34. [……]

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，因为指定破产管理人的命令在审理上诉期间暂时中止。⁸外国代表经指定后其地位改变的，这个问题将在第 18 条(a)项处理。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⁹管理对债务人资产或事务实施的符合条件的重整或清算，或担任外国程序的代表。

36. 根据这一做法，法官将需要确信：

⁷ 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）和《颁布指南和解释》的第 76-78 段。

⁸ 见《贸易法委员会示范法》第 2 条(d)项中的“外国代表”定义。外国代表，其指定已开始生效但其地位仍可能须由原始法院作进一步审议的，将被视作按第 2 条含义所指的外国代表（见 *Lightsquared* 案，第 19-20 段）。但如果外国代表的地位在这一进一步审议之后将作改变的，则接案法院将必须按《示范法》第 18 条对这个问题进行复审。

⁹ 按《贸易法委员会示范法》第 2 条(d)项的含义。

(a) 所寻求承认的“外国程序”是外国的一项司法或行政程序（包括一项临时程序）；¹⁰

(b)-(e) [……]

37. [……]

B. “承认”原则

1. 引论

38-39. [……]

2. 证据要求

40. [……]

3. 承认外国程序的权力

41-45. [……]

4. 相互对等

46. 在本段脚注中添加“和乌干达”。

5. “公共政策”例外

47. 如果采取《示范法》所述的任何行动，包括给予承认或给予所寻求的救济，将“明显违反”接案法院所在国的公共政策，则接案法院保留其拒绝采取该项行动的能力。“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，特别是宪法上的保障。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。所认为的基本原则由接案国的宪法和法规立法管辖。在 *Ephedra* 案中，加拿大不能够由陪审团审判在加拿大程序中需解决的某些问题，对这些情况在美国可以享有获得如此审判的宪法权利，加拿大的这种情况被认为并非“明显违背美国的公共政策”。在上诉时，美国法院认定，“明显违背公共政策”一词所提出的例外范围很窄，“其用意是在对颁布国具有根本重要性的事项的例外情形下加以援用。”法院结论认定，尽管享有陪审团审判的宪法权利

¹⁰ 见关于 *Gerova* 案（第 12 和 18 页）临时和最终命令的讨论，下文第 54(b)段的脚注。

在美国至关重要，但所讨论的程序显然为债权人提供了公平和公正的审理过程（尽管没有陪审团审判），相当于第 6 条的美国法律的规定也没有更多的要求。¹¹

49-51. [……]

51A. 除 *Ephedra* 案外，在一些案件中也考虑了适用公共政策例外。在 *Gold & Honey* 案中，一家美国法院基于若干理由，包括公共政策理由，拒绝承认以色列程序。在该案中，在破产程序在美国启动之后，并在自动中止令生效之后，以色列针对债务人公司下达了破产财产接管令。美国法官拒绝承认该项接管程序，理由是以色列该项接管不是一项集体程序，也不是一项债务人资产和事务受法院控制或监督的程序，而且给予承认“将是犒赏违背自动中止令和[美国法院随后]就中止下达的[命令]的行为并使之合法化”。¹²因为承认“将严重妨碍美国法院落实两项最根本的政策和自动中止的目的——即防止一个债权人得到优于其他债权人的好处，并按照相对优先顺序对所有债权人高效和有序地分配债务人的资产”，¹³美国法官认为已经达到了确立公共政策例外所要求的高门槛。

51B. 在 *Toft* 案中，美国法院拒绝准予外国德国破产程序管理人在美国截取债务人信件和电子邮件的权利。法官认为，这样的命令将属于公共政策例外的范畴，因为其超出了美国法律规定的对受托人权利的传统限制，并可能使这样做的人受到刑事起诉。单方面请求这种救济也是违反美国法律的。在英格兰，一项类似的命令获得承认和执行，其依据是(a)在德国所准予的救济并不违反英格兰的公共政策，因为根据英格兰法律，法院可发布与德国相类似的邮件转递命令，以及(b)关于准予单方面救济，不必担心缺乏程序上的公正，因为在德国的程序中，债务人已经能够对邮件截取令提出反对，其提出的异议已被德国法院否决。¹⁴

6. “主要”和“非主要”外国程序

52. [……]

7. 复审或废除承认令

53. 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”，则接案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。¹⁵

54. 似宜更改或终止早先承认令的情形事例有：

(a) [……]

¹¹ *Ephedra* 案，第 349 页。

¹² *Gold & Honey* 案，第 371 页。

¹³ 同上，第 372 页。

¹⁴ 高等法院令，2011 年 2 月 16 日。

¹⁵ 同上，第 17 条第 4 款。

(b) [……]。对本段末尾添加以下脚注：“在 *Gerova* 案中，某些债权人争辩说，在美国不应当承认这些外国程序，因为启动外国程序的命令被提出上诉。美国法院认定，《美国法典》第 11 编第 1517、1515 条[《示范法》第 17 条或第 15 条第 2(a)项]并未要求裁定是终决裁定，或不能提出上诉。法院指出，外国法院的集合足以允许外国管理人肩负起其职责，如果在上诉时被扭转，第 18 条将要求外国管理人相应通知法院（第 12 页）。 ”

(c) 如果获得承认的外国程序的性质发生改变，例如重整程序改为清算程序，或者外国代表的地位发生改变；

(d) [……]

55. [……]

C. 承认的过程

1. 引论

56. [……]

(a) 是某一外国的集体司法或行政程序；

(b)-(c) [……]

57-58. [……]

59. 判断一外国程序（对公司债务人而言）是否应称作“主要”程序，关键问题是该程序是否发生在“债务人主要利益中心所在国”。¹⁶对自然人而言，“主要利益中心”被推定为该人的“惯常居所”。在 *Re Stojevic* 案¹⁷中，英格兰法院认定，一人的惯常居所实质上是其永久定居与妻子和家人共同生活的家，是家中年少的成员长大离开之前的居所，是到外地或国外出差旅行后返回之处。还注意到，一人可能有另一居所，此处称作日常居所，是其居住之处，或因业务工作离家时或与妻子和家人度假时的居住之处，而非永久定居的家。视工作的性质而定，一人一年中在外居住的天数可能远远超过其在永久定居的家中与妻子和家人共同度过的时光。在 *Williams v Simpson (No. 5)* 案中，新西兰法院认定，关于惯常居所的判定将主要以每一案件的具体事实为根据。法院注意到，将考虑的因素例如包括“定居的目的，在一国的实际和预期逗留时间，逗留的目的，与该国和任何其他国家关系的亲密程度（无论是在过去和现在），融入该国（包括生活和学校安排）的程度，以及文化、社会和经济融入程度”。¹⁸虽然债务人已在英格兰经营业务，有时住在英格兰，并持有英国和新西兰的护照，但法院认为，所提出的证据不足以推翻推定，债务人的惯常居所在新西兰。

¹⁶ 见下文第 75-110 段中的讨论。

¹⁷ [2007]BPIR 141，第 58 段及其后部分。

¹⁸ 第 42 段，引述 *Basingstoke v Groot* 案[2007]NZFLR 363 (CA)。

60-63. [……]

64. 考虑“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”含义的几个已决案件涉及企业集团的成员。就《示范法》而言，关注焦点是个别实体，因而是企业集团内作为独立法律实体的每一个成员。¹⁹可能会发现集团每一个别成员的主要利益中心同处于同一法域，在此情况下，可集中在一个法域进行这些集团成员的破产程序，但《示范法》范围内没有规定如何处理如此的企业集团主要利益中心。

65. [……]

2. “外国程序”定义的要素

65A. 以下各段讨论第 2 条规定的“外国程序”必须具备的各种特征。这些特征虽然分别讨论，但却是累加合计的，第 2 条(a)项应当作为一个整体审议。外国破产程序是否具备或曾经具备这些特征，将在审议提出的承认申请时考虑。

(a) “集体司法或行政程序”

66. 《贸易法委员会示范法》意在仅适用于特定类型的破产程序。对《颁布指南和解释》的修订表明，“集体”破产程序的概念基于为破产程序所有利益关系方达成整体协同解决办法的可取性。《示范法》无意仅仅用作可能已经在另一国家启动托收程序的一个或一组特定债权人的一种托收安排。如果停业程序²⁰或保全程序也未列入处理债权人债权的规定，《示范法》也无意成为在这类程序中积聚资产的一种工具。《示范法》可以成为起监管作用的某些类型诉讼的适当工具，例如针对保险公司或经纪公司之类受到公共监管的实体的接管程序，但先决条件是该程序系《示范法》中该用语所指的集体程序。一个程序如果是集体程序，必须还满足定义的其他要素，包括其目的是清算或重整（见下文，第…段）。

66A. 在评价某一项程序是否是《示范法》所指的集体程序时，一个关键的考虑因素是，在不违反当地优先事项和法定例外情况以及与有担保债权人的权利有关的当地除外规定的条件下，该程序是否处理债务人几乎所有的资产和负债。然而，不应仅仅因为一个程序没有影响到某一组债权人的权利而断定该程序不属于集体程序。一个例子是，有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，并使有担保债权人得以在破产法范围之外索求其权利。第 2 条所指的集体程序处理债务人的方式包括使受到程序不利影响

¹⁹ 加拿大法院在 *Lightsquared* 案中强调了这一点，第 29 段；另见 *Eurofood* 案，第 37 段（根据《欧洲理事会条例》裁定）。

²⁰ “停业”是指结束一个公司及其业务的程序。

的债权人享有如下权利（但不一定享有义务）：申报债权加以确定；债权获得公平分配或清偿；参与程序；并得到程序的通知以便利参与。²¹

67-69. [……]

70. 在另一案件即 *Stanford International Bank* 案中，美国法院下达的破产管理令被英格兰法院认定不属于破产法意义上的集体程序。接案法院认为，该命令是在美国证券交易委员会“为防止正在发生的大规模欺诈”而进行干预之后下达的。命令的目的是防止损害投资者，而非对债务人进行重整或为所有债权人的利益将资产变现。²²上诉时该意见得到维持，主要是因为英格兰下级法院给出的理由。²³在关于 *Stanford International Bank* 案的另一项裁定中，美国上诉法院注意到美国其他法院的意见中所使用的措词，其中集体程序与接管人安排形成对照，因此认为接管人安排不属于集体程序，²⁴理由是这是根据单独一个有担保债权人的请求并为其利益而启动的救济。美国法院进一步认定，本案中的接管人安排不是那种类型的接管人安排，因为是“根据证券和交易委员会的请求为 *Stanford* 案所有实体的投资者受害人和债权人的利益而启动的”。法院结论认定，虽然所审理的案件无需其就这个问题作出裁定，但其仍认为所述的接管人安排是一项集体程序。²⁵

70A. 在 *ABC Learning Centres* 案中，美国法院认为，澳大利亚法律的各种规定表明，所申请承认的清算程序属集体性质。这些规定中包括清算人在分配债务人资产时有责任考虑债权人的权利；按优先顺序等等的安排，债务和债权同等排序，并按比例支付；向所有债权人发布关于破产程序和相关债权人会议的适当通知“启动这些程序的决定需由有数量和债务金额上占大多数的债权人的支持；按澳大利亚法律要求成立的债权人委员会中包括了各类债权人的代表；以及债权人有权寻求法院审议。在澳大利亚法律下所设想的与清算程序同时进行的接管人程序的情况，被一致认为不属于集体程序，因为根据设计，这些程序是为启动这一行动的有担保债权人的利益服务的。²⁶

(b) “依照一项关于破产的法律”

70B. 《示范法》中包括一项规定，要求外国程序必须是“依照一项关于破产的法律”，以确认实际情况中进行清算和重整所依据的法律可能不称为破产法

²¹ 在 *Ashapura Minechem* 案中，美国法院认为，虽然该外国程序启动时所依据的印度立法中并不包括无担保债权人的正式参与机制，但在实践中，这些债权人享有发言权（根据工业和财务重建委员会的酌情决定，该委员会对立法进行管理），他们可以根据与债权人的安排收到分配的款项，对于该委员会所作出的不利决定可以提出上诉，并在印度的司法制度中这些上诉得到审理。法院结论认定，上诉审议安排和债权人能够参与对委员会发言，表明这些程序是集体程序（第 5-6 页）。

²² *Stanford International Bank* 案，第 73 和 84 段。

²³ *Stanford International Bank* 案（上诉），第 26-27 段。

²⁴ 这些案例在 *Betcorp* 案中作了引述，第 281 页。

²⁵ *Stanford International Bank* 案，地区法院，德克萨斯州北区，2012 年，第 19 页，脚注 20。

²⁶ *ABC Learning Centres* 案，IV.1.c。

（例如公司法），但尽管如此，该法律涉及或处理破产或严重财务困境问题。这样措词的目的是要找到一种足够广义的表述，以涵盖一系列破产规则，而不论载列这些规则的法规或法律是什么类型，²⁷也不论载列这些规则的法律是否单纯关系到破产问题。

70C. 在关于自愿清算程序的一些案件中，法院考虑了第 2 条(a)项的这一方面。在 *Stanford International Bank* 案中，英格兰初审法院结论认定，安提瓜法院以充分公正为依据命令对安提瓜一家公司进行清算，是“依据与破产有关的法律”进行的。虽然清算的理由局限于按适用的立法所规定的不合法行为，但该公司的破产是安提瓜法院酌情下达这一命令时的一个相关因素。在上诉时，英格兰上诉法院维持这一裁定，指出既然安提瓜法律规定以充分公正的理由对公司进行清算，其中包括破产以及违反法规要求的行为，所以可确定其性质是“依据与破产相关的法律”进行的。在 *Betcorp* 案中，美国法院认定，根据澳大利亚法律启动的自愿清算是“依据与破产相关的法律”进行的，因为在从整体上考虑相关立法（《公司法》）的性质时，这是一部对澳大利亚公司整个寿命周期包括其破产在内加以规范的法律。美国法院在 *ABC Learning Centres* 案中沿用了这一裁定，该案也涉及根据同样的法律进行的澳大利亚债权人自愿清算。

70D. 在 *Chow Cho Poon* 案中，澳大利亚法院审议了新加坡一家法院以充分公正为由下令进行的司法清算是否是“依据与破产相关的法律”进行的程序。法院考虑了 *Stanford International Bank* 案、*Betcorp* 案和 *ABC Learning Centres* 案的裁定，结论认定这些裁定都具有一个明确的依据，在这一依据的基础上，关于这些清算的规定可以被划定为“与破产相关的法律”。因此，尽管下令进行特定的清算仅以充分公正为依据，并且显然没有对破产的任何明示或暗示裁决，但仍可以说这是“依据与破产相关的法律”进行的。

70E. 在工作组和委员会对这一问题进行审议和讨论之后，对《示范法颁布指南和解释》的修订采取了一种与上述裁定不相同的方法，明确指出，有偿付能力的法律实体并非寻求重组实体财务事务而是解除其法律地位的，对其实行的简单程序则很可能不是依据第 2 条(a)项意义上与破产或严重财务困境相关的法律进行的程序。如果某类程序有多种用途，包括结束有清偿能力的实体，那么只有当债务人破产或处于严重财务困境时，该程序才属于《示范法》第 2 条(a)项的范畴。

(c) “受某一外国法院控制或监督”

71. “外国法院”²⁸的定义中并未对司法机构或行政机构控制或监督的重整或清算程序作出区分。这样做是为了确保控制或监督由非司法当局实施的法律制

²⁷ 联合国文件，A/CN.9/422，第 49 段，见 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/29th.html。

²⁸ 《贸易法委员会示范法》，第 2 条(c)项。

度仍然在“外国程序”定义的范畴之内。²⁹

71A. 《示范法》既没有具体规定为满足定义的这个方面而必须到达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。对《颁布指南和解释》的修订表明，虽然本意是(a)项所要求的控制或监督就其性质而言应当是正式的，但它可以是潜在的而不是实际的。债务人保留对其资产有某种程度控制（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是直接由法院行使，也可以是由例如在法院控制或监督下的破产管理人行使。破产管理人仅仅受审批机构的监督是不够的。

71B. 有些程序是，法院在破产过程的稍后阶段行使控制或监督，或法院已行使了控制或监督但在申请承认时已经不再需要这样做，对于这类程序，不应当将其排除在外。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继续具有任何职能，但程序仍然未完结或仍是在实施中的，法院仍然保留管辖权直到实施完毕。

71C. 第 2 条(a)项清楚表明，债务人的资产和事务均应受到控制或监督；如果外国程序仅涵盖其中的一项，那是不够的。³⁰

72. 到目前为止，“控制或监督”的概念受到的司法关注很少。

73. [删除]

74. 审理 *Betcorp* 案的法院认为，在澳大利亚，自愿清算程序受到司法当局即澳大利亚法院的监督。该意见以三个因素为基础：(a)自愿清算中的清算人和债权人能够寻求法院就清算中产生的任何问题作出裁决；(b)澳大利亚法院对于清算人行动的总体监督权限；(c)受到清算人的“作为、不作为或决定损害的”任何人能够向澳大利亚法院上诉，该法院可“视情况确认、彻底改变或修订这种作为或决定或纠正这种不作为”。³¹

74A. 在后面这个 *ABC Learning Centres* 案中，以若干理由对申请承认在澳大利亚启动的外国程序提出了反对，包括该外国破产程序并非由外国法院控制或监督的。但是，美国法院认为，根据在 *Betcorp* 案中概述的各种因素，虽然澳大利亚法院并不直接指导债务人的日常运作，而且大多数清算人基本上是在无法院参与的情况下履行其职责的，所以相关的法律给予了澳大利亚法院对于清算程序的各种控制和监督职责，满足了第 2 条(a)项的要求。³²

²⁹ 《颁布指南和解释》，第 74 段。例如在 *Ashapura Minechem* 案中，美国所承认的印度程序正在由工业和财务重建委员会审议，该委员会是一个获得授权的行动机构，在职能上作为根据 1985 年《萧条工业公司（特别规定）法》规定的一个行政法庭。在 *Tradex Swiss AG* 案（384 BR 34 at 42 (2008)）[《法规判例法》判例 791]中，瑞士联邦银行委员会被当作一个“外国法院”，因为其控制和监督经纪行业实体的清算。

³⁰ *Gold & Honey* 案，第 371 页。

³¹ *Betcorp* 案，第 283-284 页。

³² *ABC Learning Centres* 案，[引注待补]。

(d) “为达到重组或清算的目的”

74B. 某些类型的程序，虽然可能满足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，因而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力和使他们承担的责任与清算或重整中通常所附的权力或责任相比更为有限的程序，例如只有维护资产的权力而已。

74C. 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，有关谈判并不导致包括根据破产法启动破产程序³³。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 71-74 段）。

3. 主要程序：主要利益中心

(a) 引论

75-76. [……]

77. 在第三句起句删除“与《贸易法委员会示范法》规定相对照”等词语。

78-80. [……]

(b) 法院就“主要利益中心”进行解释的裁决

81. 已有几项法院裁决从《欧洲理事会条例》的角度或基于《贸易法委员会示范法》的国内法角度考虑“主要利益中心”一语的含义，其中列出了对《示范法》第 16 条第 3 款关于公司债务人和个人的推定予以推翻的相关因素。在方法上显出一些细微的差别，而且可以注意到，一些法域的法院与其他国家的法院相比，寻求的证据可能需要质量更高或数量更多，才能推翻所作的推定。³⁴

82-85. [……]

86. *Eurofood* 案十分重视在确定债务人主要利益中心方面需要有可预见性。在随后的 *Interdil* 案中，欧洲法院认定，第 3 条的第二句必须解释为“在判定债务

³³ 这类合同安排在《示范法》之外仍可强制执行，而不需要予以承认；《示范法》或《颁布指南和解释》无意对这类可强制执行性加以限制。

³⁴ 例如，在《美国破产法典》第 15 章（颁行《贸易法委员会示范法》的一章）中，该推定的措词从相反“proof（证明）”改成了相反“evidence（证据）”（第 1516(c)条规定，“在没有相反证据的情况下，债务人的注册办事处……被推定为债务人的主要利益中心。”）。有关这一改动的立法史表明，这一更改反映的是术语问题，即美国对“evidence”一词的用法可以更准确地反映其他一些英语国家使用的“proof”一词的含义。美国法院的裁决必须从这一角度去阅读理解。

人公司的主要利益中心时公司的中央行政所在地必须占更大的比重，这一所在地可以通过为第三方所可以查明的客观因素来确定。当公司的管理（包括作出管理决定）和监督是在所注册的同一个办公地点可以为第三方所查时，这样的推定并不可能被推翻。但是，当公司的中央行政不在其所注册的办公地点时，则必须对所有相关因素进行全面的评估，以便以可为第三方所查明的方式确定公司实际管理和监督中心以及公司利益管理中心的所在地。在这个特定案例中，法院认定，在注册的办公室所在地以外另一成员国拥的公司的资产以及存在可从财务上利用这些资产的公司，并不能被视作推翻推定的充分因素，除非对所有相关因素的全面评估都指向该另一成员国。”³⁵

87. [移至第 81 段的脚注]

88. [删除]

89. 在 *Bear Stearns*（贝尔斯登）案中，美国法院审议了确定债务人主要利益中心的问题。有关承认的申请涉及在开曼群岛注册的但该法域已对其实行临时清算的一家公司。

90. 法院指明了美国立法对上述推定所作修改的理由，即“proof”改为“evidence”的理由。³⁶法官通过参考该条文的立法史指出：

“载入注册办事处所在地亦即债务人主要利益中心这样的推定是为了在没有严重争议情况下提高举证的速度和便利性。”³⁷

91-92. [……]

93. 脚注中添加以下一句：“在向地区法院上诉时，法院维持这一裁定[2011 WL 4357421 (SDNY, 16 Sept. 2012)]，目前正在进一步上诉中。”

94. 贝尔斯登案的裁决被提起上诉，理由是判决没有“遵从”礼让与合作原则，以及据称法官对推定作出了错误的解释。在上诉时，上诉法官毫不犹豫地支持礼让原则已让位于承认的概念。上诉法官认为，“承认”应区别于“救济”。

95. 上诉法院维持下级法院的裁决，即推翻推定的举证责任在于外国代表，法院有义务独立判断此事是否完成，而不管当事方是否提出异议。³⁸

96. [……]

97. 第 1 句至第 3 句[……]；第 4 句至第 7 句述及时间日期，现挪至第 102L 段。

98. 另一些裁决是 *Stanford International Bank* 案英格兰法院一审裁决，这些裁决正被提起上诉。该案涉及申请在英格兰承认一项在安提瓜和巴布达启动的程

³⁵ *Interdil* 案，第 59 段。

³⁶ 见第 81 段的脚注。

³⁷ [引注待补。]

³⁸ 贝尔斯登案（上诉中），第 335 页。

序。该案参考 *Eurofood* 案审议了英格兰法院以往裁决中所阐述的“总部职能”检验标准是否仍然是良好法则。

99-101. [……]

102. 在本段末尾添加以下一句：“随后以《示范法》审理的一些案件确认了对可予查明的要求。”³⁹

(c) 对《颁布指南和解释》的修订

102A. [委员会 2013 年通过的]对《示范法颁布指南和解释》的修订，是对主要利益中心概念解释上出现的不确定性和不可预见性作出的答复。修订后的《指南》（第 123-123E 段）注意到，当债务人的主要利益中心与其注册地重合时，将不会发生推翻《示范法》第 16 条第 3 款推定的问题。但在实际上，债务人的主要利益中心可能并不与其注册地相重合，凡声称所在地不在该处的当事方都将需要使法院确信其所在地。接案国法院将需要独立考虑债务人主要利益中心的所在地在何处，以及是否满足了《示范法》的要求。在一些情况下，原始法院的命令中包含有关于外国程序性质的信息，这些信息可帮助进行判断，⁴⁰尽管这项法院令明显对接案法院无约束力。当债务人的主要利益中心与其注册地不重合时，主要利益中心将根据向债务人的交往对方（特别是债权人）表明了所在地的那些因素确定。

102B. 对《指南》的修订指出，作为一个整体来考虑，下列主要因素将大致表明启动了外国程序的所在地是否是债务人的主要利益中心。这些因素有：该所在地(a)为债务人的中央行政地，及(b)易于债权人确认。

102C. 当这些主要因素不能产生关于债务人主要利益中心的现成答案时，还可考虑与债务人业务有关的其他若干因素。法院可能需要根据特定案例的具体情形而给予某一既定因素或多或少的份量。但是，在所有案件中，都要努力作出这种通盘考虑，以确定外国程序所在地事实上与债务人主要利益中心的实际所在地是一致的，易于债权人确认。

102D. 这些附加因素可包括如下：债务人账簿和记录所在地；组织实行或授权实行融资的所在地；现金管理系统运营地；债务人主要资产或业务所在地；债务人主要银行所在地；雇员所在地；确定商业政策的所在地；管辖法律也就是管辖公司主要合同的法律的所在地；对采购和销售政策、工作人员、应付账款和计算机系统实施管理的所在地；（供货）合同安排所在地；正在进行债务人重

³⁹ *Lightsquared, Massachusetts Elephant & Castle; Millennium Global; Ackers v Saad* ([2010] FCA 221); *Gerova*。

⁴⁰ 例如，在 *Cinram International* 案中，加拿大法院概述了申请人所提出的一些因素，其中表明债务人的主要利益中心所在地在加拿大。法院指出，其将主要利益中心的概述包括在内，“仅供参考之用”。该法院明确承认，按案法院（本案中是美国特拉华州地区的破产法院）的职能包括确定主要利益中心的所在地以及确定公司债权人安排法（加拿大）程序是否是第 15 章意义上的一个“外国主要程序”（第 42 段）。

整的所在地；大多数争议所适用法律的归属法域；债务人接受监督或监管的所在地；账目编制和审计的管辖法律所在地以及账目编制和审计的所在地。

102E. 《指南》表明，所列这些附加因素的排列顺序无意表明对其所给予的优先顺序或权衡份量，也无意作为相关因素完整不漏的清单；在特定案件中，法院可能认为其他因素是适用的考虑因素。

102F. 在修订《颁布指南和解释》时确定的一些案例考虑了主要利益中心的确定因素，采取的方法是着重于一些主要因素。在 *Massachusetts Elephant & Castle* 案中，加拿大法院考虑了三个主要因素——即该所在地是(a)债务人主要资产或业务办公的地点；(b)债务人实施管理时的地点；以及(c)易于多数债权人确认其为债务人的主要利益中心；法院指出，虽然其他因素也可被考虑作为相关因素，但也许应当被视作次要因素，而且仅以其可辅助以上三个因素为限。⁴¹在 *Lightsquared* 案中沿用了这些因素，⁴²加拿大法官还指出，虽然在大多数情况下这些主要因素都将共同指向单独一个法域作为主要利益中心，但在有些情况下，这些因素之间可能相互冲突，将需要对事实作更加仔细的审查。根据特定案件的情形，法院可能需要给予某个因素或多或少的权衡比重。但在所有案例中，法官都说，审查的目的是为了确定程序的所在地事实上与债务人真正的所在地或实际业务的主要地点相一致，与程序启动前企业业务对方的预期相一致。

102G. 在 *Think3* 案中，⁴³日本法院被要求确定外国主要程序是在美国启动的程序还是在意大利启动的程序。在初审和上诉时，法院都考虑了在修订《颁布指南和解释》过程中所讨论的因素，还考虑了债务人总公司职能或神经中心的所在地是否是应当考虑的其中一个因素。

(d) 主要利益中心的转移

102H. 债务人的主要利益中心可能在破产程序启动之前转移，在有些情况下，在即将启动之前，甚至是在申请启动之后和实际启动这些程序之前⁴⁴。只要有证据证明在外国程序即将启动前发生了这种转移，则接案法院在决定是否承认这些程序时，似宜更仔细地考虑上文第 102B 和 102D 段所列出的因素，并从更广泛的角度考虑债务人的情形。特别是，如果主要利益中心的转移是在即将启动程序前发生的，则可能更难符合第三方易于确认主要利益中心这一标准。

⁴¹ *Massachusetts Elephant & Castle* 案，第 30 段。

⁴² *Lightsquared* 案，第 25-26 段。

⁴³ 在日本颁布《示范法》的立法中，使用的是“主要营业地”一语，而不是“主要利益中心”，没有与《示范法》第 16 条第 3 款相等同的对注册办公处的推定。但是，正如初审法院在 *Think3* 案中所解释的，主要营业地被认为在日本法律中具有与“主要利益中心”实质上同样的含义，将需要考虑和审查其他国家关于主要利益中心的司法先例和贸易法委员会的讨论趋势[第 3 章，议题 2-2(2)，第 19 页]。

⁴⁴ 在某些实例中，转移的用意在于让债务人有机会进入与其原先主要利益中心的法律下所能提供的程序相比更加切合其需要的破产程序，例如重整。在其他一些实例中，主要利益中心的转移可能是为了阻挠债权人和第三方当事人的合理期望。

102I. 在 *Interdil* 案中，欧洲法院考虑了债务人注册办公处在破产程序启动前搬迁的影响。法院认为，债务人公司的注册办公处是在申请启动破产程序之前迁移的，因此公司的主要活动中心被推定是新注册办公处的所在地。⁴⁵

102J. 债务人不太可能在破产程序启动后转移其注册地（或惯常居所），因为许多破产法有禁止此类转移的具体规定。无论如何，即使发生了转移，也不应影响对《示范法》所指的主要利益中心作出的判定，因为如下文第 102O 段所讨论的，与作出这种判定相关的时间是外国程序的启动日期。

(e) 确定主要利益中心的日期

102K. 《示范法》第 17 条第 2 款(a)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”，应被承认为主要程序。除此之外，《示范法》没有明文指出应当以哪个日期为准作为判定主要利益中心的时间。第 17 条使用的现在时态要求在作出承认决定时该外国程序正在进行中或尚未了结；如果寻求承认的程序在起源国已不再进行中或已了结，则不存在有资格依照《示范法》获得承认的程序。

102L. 对时间问题有一些司法考虑。在 *Betcorp* 案中，法官认为，确定主要利益中心的时间是提出有关承认的申请的时间。⁴⁶这种解释似乎源于“外国主要程序”定义所用的动词现在时的时态：“系指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序”。“外国非主要程序”定义：“系指在债务人营业所所在国实施的某项外国程序……”下，“营业所”所在地也有类似的问题。*Betcorp* 案中采取的做法在 *In Re Ran* 案（第五巡回法院）和 *British American Insurance* 案中得到仿效。

102M. 在比较近期的案例中，法院认为，确定主要利益中心的相关日期是外国程序启动的日期。在 *Millennium Global* 案中，美国初审法官指出，承认程序从属于外国程序，申请承认的日期不过是一个偶然的日期而已，可以在外国程序启动后的任何时候甚至若干年后发生。另外，如果主要利益中心被视为等同于债务人的主要营业地，这也是一些法院所使用的解释，那么主要利益中心所指的必须是在外国程序启动前的债务人业务，因为在启动后，特别是在启动清算程序后，业务一般都停止下来，没有营业地。⁴⁷*Gerova* 案中沿用了这一裁定，美国法官指出，在申请承认之日，债务人没有与百慕大的业务活动或联系，只有清算人了结业务的活动。⁴⁸在 *Think3* 案中，提出申请启动外国程序的日期或该程序的启动日期，这一裁定在上诉时得到维持。⁴⁹日本初审法院指出，如果确定的时间以申请承认的日期为准，那么在出现在不同国家对同一外国程序提出了多

⁴⁵ *Interdil* 案，第 59 段。

⁴⁶ *Betcorp* 案，第 292 段。

⁴⁷ *Millennium Global* 案，第 12-19 页；上诉法院没有考虑在哪个日期确定主要利益中心和营业所的问题。

⁴⁸ *Gerova* 案，第 10 页。

⁴⁹ 高等法院，第 3-2 章，第 6 页；地区法院，第 3 章，议题 2-1，第 12-14 页。

重申请承认的情况下，确定的时间结果将是在其中每个国家都不同，并将导致缺乏统一，不同的法院有不同的结果。另外，法院指出，使用申请承认的日期可能鼓励任意选择申请承认的时间。

102N. 在根据《欧洲理事会条例》所裁定的 *Interdil* 案中，欧洲法院认定，在提出申请启动破产程序之日的债务人主要利益中心所在地才是确定法院是否拥有管辖权的相关因素。

102O. 对《颁布指南和解释》的修订表明，考虑到根据第 15 条申请承认时所附的必要证据以及启动外国程序和指定外国破产管理人的决定所具有的相关性，外国程序的启动日期是判定债务人主要利益中心所在地的适当参照日期。选用这一日期提供了可对所有破产程序明确适用的一项检验标准。也处理了许多情况下可能产生的问题，例如在申请承认时债务人的经营活动已经停止，⁵⁰在重整时可能出现的继续拥有主要利益中心的不是债务人实体而是进行重整的实体这种情况，以及在外国程序启动后至依照《示范法》申请承认之时住所地发生改变的情形。

103-107. [删除]

(f) 滥用程序

108. 关于承认申请，法院是否应当能够将滥用其程序作为拒绝承认的理由？《贸易法委员会示范法》本身没有规定表明对于承认申请应考虑额外情形。《示范法》设想参照“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”各定义所列具体标准确定对申请作出的判断。这是因为，什么构成滥用程序取决于国内法或程序法。《示范法》并不明文阻止接案法院适用国内法特别是程序规则处理所认为的滥用程序问题。

109. [删除]

110. [挪至第 6 条 — 第 51A 段]

4. 非主要程序：“营业所”

(a) 引论

111-113. [……]

⁵⁰ 在 *Fairfield Sentry* 案中，美国初审法院注意到，在启动破产程序之前和申请承认之前的一段时间债务人实际上已经停止了经营业务，在相当长的一段时间里，其开展的活动仅仅与清算其业务相关。法官认定，在确定债务人的主要利益中心时，似宜考虑到这段相当长的时期（第 64 页）。在 *British American Insurance* 案中，法院认定，债务人的主要利益中心可能已固定在国外管理人相当长一段时期所属的地方，债务人的所有主要业务活动都搬迁到该地（或停止了业务活动），从而造成债权人和其他当事方将[外国管理人]所在地看作是债务人营业地，（第 914 页）。

(b) 法院关于“营业所”解释问题的裁决

114. [……]

115. 也许应当更加强调“营业所”定义中“以人工和实物或服务”这些词语。商业经营业务，由人工进行且涉及实物或服务，似乎是足以符合“营业所”一词定义的那类当地商业活动所隐含的特征。在根据《欧洲理事会条例》裁定的 *Interedil* 案中，欧洲法院指出，定义将从事经济活动与存在人力资源联系起来，这一事实表明需要有最低限度的组织安排和一定程度的稳定性。相反，这也意味着仅仅存在孤立的货物或银行账户原则上并不能满足划定为“营业所”的要求。

116. 在本段末尾添加以下一句：“在 *Williams v Simpson*（第 5 号）案中，案情的困难在于，虽然根据英格兰法律，在英国（通过偿付债务）结束业务构成债务人可能需按英格兰破产法处理的理由，但其并不等于已退休了大约 12 年并且在该国无（现行）现有业务的人的一个‘营业所’。”

(c) 确定存在有营业所日期

116A. 如上所述，《示范法》并未明确指出什么时间是确定债务人主要利益中心的相关日期。确定是否存在营业所的情况也同样如此。对《颁布指南和解释》的修订表明，外国程序的启动日期是确定债务人是否存在营业所的适当日期。

D. 救济

1. 引论

117-120. [……]

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（自动救济或酌情救济）。⁵¹一旦确定了可提供的救济，便由接案法院负责在得到承认的“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。贝尔斯登案关于救济问题应当明确区别于承认问题的裁决，在 *Atlas Shipping* 案中被仿效，在该案中，美国法院认为一旦法院承认了一项外国主要程序，按《美国破产法典》第 15 章专门规定，法院将可行使酌处权确定与礼让原则相一致的适当的承认后救济。⁵²上述裁决也被 *Metcliffe & Mansfield* 案仿效，在该案中，美国法院被请求执行一家加拿大法院下达的某些救济令，这些救济令比美国法院所允许的要宽泛。法院指出，礼让

⁵¹ 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。

⁵² *Atlas Shipping* 案，第 78 页。

原则并不要求外国程序所给予的救济与可在美国得到的救济完全相同。关键的决定因素是外国程序中采用的程序符合美国关于公平性的根本标准；法院认定加拿大程序符合这一检验标准。⁵³

2. 临时救济⁵⁴

122-124. [……]

125. 脚注中添加以下几句：“在同一案件中，还提出了另一项对临时救济的申请，希望对某些人进行审查，以便确定依照搜查令扣押的物品的所有权问题。法院拒绝批准该项申请，理由是所寻求的救济并非如第 19 条第 1 款规定的那么紧迫。法院认为，所有权有疑问的资产已被扣押，而且在就是否承认外国程序作出判定后，所有权问题将成为相关议题，所以不需要这样的行动令。”

126-129. [……]

129A. 一些案例考虑了与充分保护债务人相关的问题。在 *Sivec* 案中，债务人意大利重整程序获得承认作为外国主要程序，并获得对自动中止令的修改，以便可以在美国对两项可能相互抵消的债权进行诉讼。这一诉讼导致美国的一个债权人寻求解除中止令以便两项判决可以相互抵消。意大利债务人请求执行意大利程序，这显然将会使美国的债权人无法实现两项判决的相互抵消。美国法院判定，对意大利程序将不给予礼让，因为意大利债务人“未能提供关于意大利法律的情况、意大利破产案件的状况，也未能履行其在请求礼让时的取证责任。”法院对缺乏向美国债权人的通知表示特别关切，认为缺乏正当程序的基本要素，并且未能保护一个美国债权人的利益。⁵⁵

129B. 在 *SNP Boat Service* 案中，“充分保护”的概念作了较为狭义的解释。在该案例中，一个加拿大债权人反对在法国破产程序中的债务人寻求把位于美国的资产返还法国，理由是在法国程序中其利益将受不到“充分保护”。在上诉时，美国法院对《示范法》第 21 条第 2 款和第 22 条第 1 款下的救济作了区分，后者作了较为广义的规定，指出只有在“债权人和其他利益关系实体包括债务人的利益受到充分保护”的情况下，法院才可准予第 19 条和第 21 条规定的救济。⁵⁶虽然提出异议的债权人是加拿大人，但法院认定，并不排除使自己确信在一般外国债权人的利益受到充分保护之后才将财产移交到外国法域，但否定了

⁵³ *Metcalfe & Mansfield* 案，第 697-698 页。

⁵⁴ 下文的摘要大致以《立法指南和解释》第 135-140 段为基础。

⁵⁵ *Sivec* 案，第 324-326 页。

⁵⁶ *SNP Boat Service* 案，第 11 页。

关于其可调查特定债权人将在法国受到的个别待遇的主张。⁵⁷

3. 承认“主要程序”后产生的自动救济⁵⁸

130-133. [……]

134. [……]本段添加如下脚注：“在 *JSC BTA Bank* 案[434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)]中，美国法院认为，[根据《破产法典》所适用的]自动中止措施的范围，局限于可能对债务人位于美国的财产造成影响的程序。启动第 15 章程序之后而在瑞士进行的仲裁并未违反自动中止措施，在那里，债务人主要利益中心的法律并未中止仲裁，债务人显然没有表示反对而参加了仲裁。同样，自动中止措施也不适用于对外国债务人或相关的非债务人纯粹是承认后的违约行为进行的诉讼。”

135. [……]

136. [……]添加如下脚注：“例如，美国法律中包括了对以执法或警方身份行事的政府部门的例外。在 *In re Nortel Networks Corp.* 案[669 F.3d 128 (3d Cir. 2011)]中，英国养老金管理人寻求就 Nortel 公司英国养老基金的资金缺额启动程序，并根据英国法律向 Nortel 公司在美国和加拿大的附属公司发出通知，所有这些公司都参与了全体出席的和同时进行的破产案件。美国法院认定，既然英国养老金管理人是为了资金事务而代表私人债权人作为受托人行事的，并不是作为一个保护公共安全或福利的管理人，所以其提出的诉讼将违反自动中止措施。”

137. [……]

4. 承认后的救济⁵⁹

(a) 《示范法》的条款

138-143. [……]

144. 在第一句后添加互见注释参见上文第 129-129C 段。

145. [……]

⁵⁷ 在另一个美国案例 *In re Lee* 案[472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012)]中，位于香港的债务人的外国管理人申请对债务人在美国拥有的财产取得占有和控制权，证明指出其根据香港法律有义务取得对财产利益的占有权，并且其是一个理性的代理人，有义务保护财产的价值并使之最大化，以及尊重所适用的转让限制。美国法院结论认定，该外国管理人满足了举证责任要求，如果下达占有权令，债权人和债务人都将会受到充分保护，而且债务人并未履行其“确定不存在充分保护的最终责任。”

⁵⁸ 下文的概要大致以《立法指南》第 141-153 段为基础。

⁵⁹ 本概要基本上摘自《立法指南和解释》第 154-160 段。

146. 在第二次上诉时，最高法院推翻了上诉法院的裁定，认定所作出的判决应服从关于防止强制执行的一般国际私法规则，因为被告受外国法院的管辖。⁶⁰法院还认定，《示范法》条文并未表明可适用于针对第三方作出的外国判决给予承认和执行。

(b) 自由裁量的救济问题处理办法

147-149. [……]

149A. *In re Vitro* 案提供了另一个实例，在该案中，美国上诉法院简要说明了对根据第 7 条和第 21 条请求救济进行分析的方法，这种方法要求法院首先判定外国管理人请求的救济是否属于第 21 条所列的其中一个类别。如果不是，法院应当决定是否可根据第 21 条第 1 款将这一救济视作“适当的救济”，其中包括考虑是否从前已根据第 15 章颁布之前所适用的法律准予了所请求的救济，以及根据美国法律是否可以通过其他方式提供。第三，如果所请求的救济超出之前的法律或美国目前的法律所可以提供的救济范围，则第 7 条作为一项“囊括全部方面”的规定，其中包括比根据第 21 条具体或一般规定所允许的救济“更加特殊的”救济形式。⁶¹法院提出的理由是，这样一种框架将阻止法院对第 7 条的救济施加与第 21 条的救济同样的限制条件，除非这些限制条件可专门适用，并且避免在第 7 条下“囊括一切的适用范围”和“在条件不成熟时扩大第 15 章的范围超出目前的国际破产法。”⁶²

149B. 法院在对面前的事实适用这一框架时肯定了就外国管理人请求执行一项命令所给予的否决，因为该命令确认了墨西哥的一项重整计划，其中更新和实际上解除了墨西哥债务人子公司的义务，这些子公司拥有债务人签发的担保票据，但公司本身并未申请启动破产程序。法院首先判定，第 21 条第 1 款和第 2 款并未规定解除非债务人担保人的义务。其次，法院判定，第 21 条第 1 款一般准予的救济并不提供所请求的那种救济，因为根据美国法律，“一般没有”这种通过破产程序非双方同意、非债务人解除义务的做法，而且在特定法院也是“明文禁止的”。⁶³谈到第 7 条，法院注意到，其他法院有时候可允许这样解除义务，因此第 7 条并未排除所寻求的这种救济。但是，法院认定，虽然一些法院的法律允许这样解除义务，但 *Vitro* 公司并未提供存在特殊情形的充分证据作为依法解除债务人义务的理由，所以下级法院在否决第 7 条的救济时并未滥用

⁶⁰ 英国最高法院对 *Rubin* 案的裁决与 *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor V Grant and others* 案 [2012] UKSC 46 的上诉结合在一起。在该案中，最高法院认定，该项外国判决可以执行，因为 *New Cap* 在外国破产程序中提交了债务证明，所以已接受其管辖。

⁶¹ *Vitro* 案，第 19 段。

⁶² *Vitro* 案，第 20 段。

⁶³ *Vitro* 案，第 22 段。

其自由裁量权。⁶⁴

(c) 对牵涉先前可疑交易的案件提供的救济

150-153. [……]

E. 合作与协调

1. 引论

154-156. [……]

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》并不要求先正式裁定承认该项外国程序。因此，可以在早期阶段以及在提出要求承认的申请之前开展合作。由于第 4 章各条适用于第 1 条所述事项，所以不仅可以在颁布国所提出的协助申请方面提供合作，而且还可以就根据颁布国的程序对其他地方的协助提出的申请（另见第 5 条）提供合作。此外，合作并不局限于第 2 条(a)款含义内的外国程序，这类程序根据第 17 条（即这类程序是主要或非主要程序）而有资格得到承认，因此，可以就存在资产的基础上所启动的程序提供合作。

158. [……]

2. 合作

159. [……]

160. [……]

(a) [……]

(b) 在“有关方面”一语的脚注中添加如下几句：“在 *Chow Cho Poon*（周藻泮疗养院）案中，法院指出，所涉及的法院必须明确表示确认合作，一家法院不可能与另一家法院合作而对方却不知道。法院指出，《示范法》第 27 条设想的合作是从一家法院向另一家法院提出请求或通过同意加入一项约定的计划开始合作（第 56 段）。”

(c)-(e) [……]

161-165. [……]

⁶⁴ *Vitro* 案中拒绝承认第三方解除义务，相比之下，*Metcalfe & Mansfield* 案中则承认如此解除义务。在该案中，法院认定，加拿大法院在有限的情形下批准非债务人救济，这与美国法院在狭窄的范围内适用第 7 条是相一致的。因此，美国法院结论认定，应当执行该外国程序所准予的救济令。

165A. 一个不同的实例是当法院的裁定与另一家法院的裁定相冲突时，法院通过限制其裁定的效力而努力给予合作。此外 *Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc.* 案中，⁶⁵收到一系列请求之后，英格兰法院对美国法院作出答复，答复的形式是解释在英格兰所采取的步骤和作出的裁定，并请美国法官在当时不要下达可能与英格兰法院令相冲突的正式命令。⁶⁶美国法院知道其裁定将与英国法院的裁定直接发生冲突，所以声明了其法律观点，但并不要求当事人立即遵守。法院讨论了冲突，但并未解决，不过随后在美国的案件中解决了其中一部分。

166. 另一个合作实例是信件往来，其中有的情况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 *In re Lehman Brothers Australia Limited* 案中，⁶⁷法院讨论了美国 and 英国 Lehman 公司案的裁决对澳大利亚实体清算人法定责任的影响，以及这些清算人提出的由法院与美国法院联系的请求。澳大利亚法院当时拒绝这样做，理由是可能事先阻拦美国法院关于某些事项的裁定；违反建立在共同礼仪和相互尊重基础上的礼让原则并被美国法官认为是无理干涉；申请是单方面提出的，未听取所有有关各方的意见；澳大利亚法院和任何外国法院之间的合作通常将在法院事先核准的框架或协议内进行，并且在具体程序中为当事各方所知悉。然而，法官同意，似宜写信给美国法官，通知其目前所提出的申请，并寻问是否可制订今后联系的协议。准备向美国法院寄送的意向书草案附在了判决书之后。

167-170. [……]

3. 协调

171-187. [……]

⁶⁵ [2009] EWHC 2953, 第 12-23 段。在 *Belmont Park Investments Pty Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* 案 ([2011] UKSC 38) 中，英格兰最高法院将英格兰法院与美国法院之间的通信归结如下（第 33 段）：“在英格兰高等法院与纽约破产法院之间的通信之后，双方商定，为了限制两个法域的裁决彼此可能发生的冲突，救济将局限于公告的救济：*Perpetual Trustee Co. Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc.* (2010) 422 BR 407 (Bankr. SDNY)。”

⁶⁶ *Perpetual Trustee* 案，第 41-50 段。

⁶⁷ *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited (in liq)* [2011] FCA 1449[《法规判例法》判例 1215]。

附件一

案例概要

- | | | |
|-----|--|--|
| 1. | <i>In re ABC Learning Centres Limited</i> | 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010)
[《法规判例法》判例 1210] |
| 2. | <i>Ashapura Minechem Ltd</i> | 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012) |
| 3. | <i>In re Atlas Shipping A/S</i> | 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009) |
| 4. | <i>In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd</i> | 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008)
[《法规判例法》判例 760、794] |
| 5. | <i>In re Betcorp Ltd (in liquidation)</i> | 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009)
[《法规判例法》判例 927] |
| 6. | <i>In re British American Ins. Co. Ltd</i> | 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010)
[《法规判例法》判例 1005] |
| 7. | <i>Re Chow Cho Poon (Private) Limited</i> | (2011) NSWSC 300 (15 April 2011)
[《法规判例法》判例 1218] |
| 8. | <i>Re Cinram International Inc</i> | 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[《法规判例法》判例...] |
| 9. | <i>In re Ephedra Products Liability Litigation</i> | 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006)
[《法规判例法》判例 765] |
| 10. | <i>Re Eurofood IFSC Ltd</i> | [2006] Ch 508 (ECJ) |
| 11. | <i>In re Fairfield Sentry Ltd</i> | 2011 WL 4357241 |
| 12. | <i>Fogarty v Petroquest Resources Inc. (In re Condor Ins. Ltd)</i> | 601 F.3d 319, (5th Cir. 2010)
[《法规判例法》判例 928、1006] |
| 13. | <i>Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum</i> | (2012) FCA 904
[《法规判例法》判例 1214] |
| 14. | <i>In re Gerova Financial Group, Ltd.</i> | 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) |
| 15. | <i>In re Gold & Honey, Ltd</i> | 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009)
[《法规判例法》判例 1008] |
| 16. | <i>Re HIH Casualty and General Insurance Ltd</i> | [2005] EWHC 2125; 第一次上诉
[2006] EWCA Civ 732; |
| | <i>McGrath v Riddle</i> | 第二次上诉[2008] UKHL 21 |
| 17. | <i>Interdil, Srl</i> | [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582 |

- | | |
|--|---|
| 18. <i>Re Lightsquared LP</i> | 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[《法规判例法》判例 1204] |
| 19. <i>Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.</i> | 2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[《法规判例法》判例 1206] |
| 20. <i>In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investment</i> | 421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)
[《法规判例法》判例 1007] |
| 21. <i>Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al</i> | District Ct 11 Civ. 7865 June 2012 |
| 22. <i>In re Ran</i> | 607 F.3d. 1017 (5th Cir. 2010)
[《法规判例法》判例 929] |
| 23. <i>Rubin v Eurofinance SA</i> | [2012] UKSC 46 |
| 24. <i>In re Sivec Srl, as successor in liquidation to Sirz Srl</i> | 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla 2012) |
| 25. <i>SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James</i> | 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012) |
| 26. <i>Stanford International Bank Ltd</i> | [2010] EWCA Civ. 137
[《法规判例法》判例 1003] |
| 27. <i>Think3</i> | 2012 年判例 1757, 对关于请求承认和协助外国破产程序的驳回令和行政令提出的上诉 (初审法院的判例号: 东京地区法院 2011 年年判例 3 和 5) |
| 28. <i>In re Juergen Toft</i> | 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011)
[《法规判例法》判例 1209] |
| 29. <i>In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.</i> | 2012 WL 5935630
(5th Cir. 28 Nov 2012) |
| 30. <i>Williams v Simpson</i> | [2011] B.P.I.R. 938 (High Court of New Zealand, Hamilton, 17 September 2010); |
| <i>Williams v Simpson (no. 5)</i> | High Court of New Zealand, Hamilton, 12 October 2010 |

1. *In re ABC Learning Centres Limited*⁶⁸

债务人是拥有 38 家子公司集团的澳大利亚母公司，在澳大利亚、新西兰、英国、加拿大和美利坚合众国拥有和开办托儿中心。2008 年 11 月，债务人及其 38 家子公司的董事会决定，鉴于公司可能破产，所以应当在澳大利亚进入自愿清理并指定了管理人。启动自愿清理违背了某些贷款协定的条款，出借人根据《澳大利亚公司法》行使其作为有担保债权人的权利，指定了财产接管人代表其利益，并启动了接管程序。2010 年 6 月，债权人决定对公司进行清算，并指定管理人作为清算人。接管程序与清算程序同时进行。2008 年和 2009 年，在美国启动了对债务人某些公司的诉讼。2010 年，清算人请求在美国承认清算程序为外国主要程序。法院认定，该清算程序是第 15 章意义上的“外国程序”，并给予承认作为外国主要程序。

2. *Ashapura Minechem Ltd*⁶⁹

2011 年 10 月，债务人（总部设在孟买的一家工矿企业）的外国管理人寻求在美利坚合众国承认在印度启动的程序，该程序目前正由印度工业和金融重建委员会审议（这是一家根据 1985 年《萧条工业公司（特别规定）法》获得授权的机构，履行行政法庭的职能）。美国法院认为，虽然所述的印度法律中并不包括无担保债权人参与的正规机制，但在实践中这些债权人可以参与程序的方式表明程序是《美国法典》第 11 编第 101(23)条[《示范法》第 2 条]意义上的集体程序。虽然一些债权人申辩指出公共政策例外，但法院认定，这些债权人在这一问题上没有履行举证责任，因而不能以此为据而拒绝承认所提出的申请。

4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*⁷⁰

在本段末尾添加如下一句：“在上诉时，这一裁定得到维持。”

7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited*⁷¹

2007 年，新加坡高等法院命令对在新加坡组建的 Chow Cho Poon（周藻泮疗养院）公司进行清算，理由是这样做是有充分依据和公正的（这项决定并非以债务人破产为依据）。当发现该疗养院在澳大利亚拥有银行资产后，新加坡指定的清算人就这些资产提出了多项请求，而在澳大利亚承认清算人的任命之前澳大利亚的有关银行拒绝执行请求。虽然还根据其他立法寻求承认，但法院考虑了这些规定对[在澳大利亚颁布《示范法》的]2008 年《跨国界破产法》的影响。特别是，法院考虑了新加坡程序是否是《示范法》第 2 条含义内的外国程

⁶⁸ 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010) [《法规判例法》判例 1210]。

⁶⁹ 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012)。

⁷⁰ 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y. 2008) [《法规判例法》判例 760、794]。

⁷¹ (2011) NSWSC 300 (15 April 2011) [《法规判例法》判例 1218]。

序。法院认定，该清算人是第 2 条含义内的外国管理人，该项清算工作是一项司法程序，以及该公司的资产受到外国法院的控制或监督。两个问题仍有待考虑：该疗养院是否是一个债务人，以及该程序是否是一项依据“与破产相关的法律”的程序。虽然法院指出，其对这两个问题本能的答复是否定的，但考虑到英格兰法院（*Stanford International Bank Ltd* 案）的裁定和美国法院（*Betcorp* 案和 *ABC Learning* 案）的裁定，因而结论认为，有明确的依据可以将“整部《新加坡公司法》或至少整套结业清理规定可归类为‘与破产相关的法律’，即使这一特定的结业清理仅仅是在以充分理由和公正基础上命令进行的，并且显然没有关于破产的任何（明示或暗示的）裁决。”关于第二个问题，法院指出，在所考虑的各项裁定中，完全都没有单独留意接受结业清理的公司是否是正常所述的“债务人”，凡由“外国程序”处理的实体作为唯一原因即属于相关“债务人”概念的范畴，每家法院都显然满意在此基础上开展工作。

8. *Re Cinram International Inc*⁷²

Cinram 集团是 CD 和 DVD 光盘的一个复制商和经销商，业务足迹遍布北美洲和欧洲。在遭遇财务困境之后，该集团的一些加拿大公司实体在加拿大启动程序，寻求广泛的救济，以便使公司可以实行各种结构调整措施，并寻求授权债务人的其中一个实体作为外国管理人申请加拿大的程序在美国获得承认。除加拿大的公司实体外，该集团中还包括美国和欧洲的公司实体，尽管后者将不构成程序中的一部分。加拿大程序中的当事人争辩说该集团的主要利益中心是加拿大，同时提供了支持这一主张的广泛证据。法院启动了程序，并准予所寻求的救济。关于主要利益中心问题，法院在其命令中概述了加拿大债务人所提供的证据，并附带说明这样做只是为了提供信息而已。法院称，其明确承认就主要利益中心所在地作出判定以及判断加拿大程序是否是《美国破产法典》第 15 章意义上的“外国主要程序”，那是按案法院（在本案中是美国特拉华地区破产法院）的职能。

11. *In re Fairfield Sentry Ltd*⁷³

在本段末尾添加如下一句：“在向地区法院上诉时，这一裁定被维持，现正提出进一步的上诉。”

13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum*⁷⁴

Tannenbaum 是一名南非公民，2007 年迁居到澳大利亚，其南非的破产管理人寻求在澳大利亚承认南非的程序，以及关于审查债务人及其妻子和其他指定人员及实体事务的各项命令。法院考虑了什么构成《跨国界破产法》第 17(2)(a)和

⁷² 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Commercial List])。

⁷³ 2011 WL 4357241 (S.D.N.Y., 16 Sept. 2012)。

⁷⁴ (2012) FCA 904 [《法规判例法》判例 1214]。

16(3)条[《示范法》第 17(2)(a)和 16(3)条]意义上的债务人惯常居所，其中注意到 *Williams v Simpson* 案（见下文）中的裁定以及 1980 年 10 月 25 日《国际儿童拐骗事件的民事问题海牙公约》使用的该词的解釋。法院指出了两点：首先，使用“惯常居所”这一表达方式允许对涉及被称作某人居住地的广泛各种情形进行考虑，以及考虑该居所是否可称作惯常居所。其次，所考虑的该人过去和目前的意图经常对特定情形附带有重要意义，例如某人与特定居住地相关联的时间段。鉴于 Tannenbaum 2007 年已故意决定离开南非、自 2007 年起在澳大利亚生活和工作并且在澳大利亚拥有其惯常居所，因此他虽然保留南非的国籍以及并未采取任何步骤登入澳大利亚的选民名册这一事实并非决定性的。由于债务人不是南非的惯常居民，在南非也没有营业所，因此该外国程序不能被承认作为主要或非主要程序。根据其他适用的立法准予了救济。

14. *Gerova Financial Group, Ltd*⁷⁵

Gerova 的两个实体都是在百慕大注册的。在一名证券分析员发表了一份报告声称 Gerova 实际上是一个庞氏骗局之后，Gerova 在美国被起诉，随后 2011 年 5 月停止了所有业务。2011 年 10 月，三个债权人寻求在百慕大启动破产程序。程序应 Gerova 的请求暂告休止，Gerova 设法清偿了其中两个债权人的债权，并成功阻止了第三个债权人的债权要求。第四个债权人换作一个请求人，并提出了一项修订后的请求，法院拒绝中止程序或驳回申请。但这的确使 Gerova 有机会全额偿付第四个债权人的债务。在未能这样做的情况下，法院 2012 年 7 月和 8 月下令对两个 Gerova 实体启动破产程序。清算人寻求在美国承认百慕大的程序；当时正在审理对百慕大法院 7 月的命令提出的上诉。一些债权人反对给予承认，理由是(a)不必要，包括因为很多债权人都提出反对，(b)正在对启动命令提出上诉，以及(c)由于这些原因，承认事宜将被涵盖在《美国法典》第 11 编第 1506 条[《示范法》第 6 条]的公共政策例外范畴。法院认定，百慕大程序是外国主要程序，《美国法典》第 11 编第 1507 条[《示范法》第 7 条]并未规定承认是以成本效益分析或多数债权人的批准为条件的；应当由百慕大法院来决定是否应当启动程序，而不是由接案法院以重新审查这一必要性作为承认与否的条件；《美国法典》第 11 编第 1517 条[《示范法》第 17 条]的措词并未要求百慕大的裁定是终决裁定或不可上诉的裁定，而且由于百慕大法院的命令足以使清算人承担其职责，所以第 1518 条[《示范法》第 18 条]要求如果在上诉时该决定被推翻，清算人应当通知美国法院；以及本案概未违反将可援引公共政策例外从而具有根本重要性的事项。

15. *In re Gold & Honey, Ltd*⁷⁶

2008 年 7 月，债务人的首要债权人在以色列启动了破产财产接管程序，但由于发生了某些事件，以色列法院否定了对接管人的任命。2008 年 9 月，重整程序

⁷⁵ 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012)。

⁷⁶ 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [《法规判例法》判例 1008]。

在美国启动，首要债权人获得该程序的启动通知。尽管程序在美国启动以及启动时自动适用中止，但首要债权人继续向以色列法院申请任命一名接管人，争辩说自动中止不适用于其诉讼或试图让法院指定一名接管人。2008年10月，根据债务人的申请和首要债权人所出席的庭审，美国法院裁定，自动中止适用于债务人的财产，无论该财产在何处以及由谁在持有。虽然法院未涉及该项中止令是否具体适用于以色列的接管人任命或是否具有对首要债权人的个人管辖权，但法院确实通知了首要债权人，如果其在以色列继续进行接管人程序，风险自负。首要债权人继续进行接管人申请，2008年10月，以色列法院裁定本法院拥有管辖权，2008年11月，不顾美国的程序和世界范围的中止令，任命了接管人对债务人在以色列的资产进行清算。2009年1月初，首要债权人在纽约寻求美国法院下令撤除对以色列接管人的自动中止令，或撤销美国进行的破产程序。2009年1月下旬，以色列接管人申请在纽约承认以色列的程序，以便将在纽约的资产转移至以色列以适用以色列程序。美国法院拒绝给予承认，认定：(a)以色列管理人没有根据《美国法典》第11编第101(23)条[《示范法》第2条(a)项]中的定义举证以色列程序系集体程序以及债务人的资产和事务已由外国法院控制或监督；(b)以色列管理人的任命违背了自动中止令；(c)《美国法典》第11编第1506条[《示范法》第6条]中确立公共政策例外所要求的门槛已经达到。

17. *Interdil Srl*⁷⁷

Interdil 2001年7月之前一直是在意大利注册的，最后其注册办公处迁移至英国，从意大利的公司登记册中除名，并加入了英国的公司登记册。在迁移时，一家英国集团 *Canopus* 收购了 *Interdil*，几个月后，作为这一收购的一部分，*Interdil* 在意大利的财产权转给了另一家英国公司。2002年，*Interdil* 从英国公司登记册除名。2003年10月，*Intesa* 在意大利巴里申请启动对 *Interdil* 的破产程序。*Interdil* 对申请提出质疑，理由是只有英国法院才享有管辖权，*Interdil* 寻求意大利高等法院就管辖权作出裁决。巴里法院没有等候这一裁决，2004年5月启动了程序。2004年6月，*Interdil* 对该命令提出上诉。2005年5月，意大利高等法院就第一次申请作出裁决，裁定巴里法院具有管辖权，依据是不可以推翻关于债务人主要利益中心是其注册办公处的推定，在本案中，即使在意大利存在有不动产，有两个酒店的租赁协议，与一家银行签订了合同，以及意大利公司登记处并未收到注册办公处转移的通知。巴里法院然后将一些问题提请欧洲法院进行初步裁定。关于推翻注册办公处推定的问题，欧洲法院裁定，必须通过对债务人中央行政所在地给予更大的权衡比重来判定债务人的主要利益中心，中央行政地必须通过第三方可能查明的客观因素来确定。当管理包括作出管理决定和监督是以第三方可查明的方式在注册办公处的同样地点进行时，即不能推翻这一推定。如中央管理不在注册办公处的同一地点，本案中所引述的因素便不足以推翻该规定，除非对各项因素进行全面评估后能够以第三方可查明的方式确定实际管理和监督中心的所在地在该另外之处。法院接着认定，

⁷⁷ [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582。

当债务人公司的注册办公处在申请启动破产程序之前发生转移时，即推定主要利益中心是新注册办公处的所在地。

18. *Re Lightsquared LP*⁷⁸

债务人包括 *Lightsquared* 及其大约 20 家分公司——16 家分公司的组建地和总部在美国，三家分公司在加拿大不同的省组建，一家在百慕大组建。每个公司都在美国启动了自愿重整程序，2012 年 5 月，*Lightsquared* 作为债务人的外国管理人寻求在加拿大承认美国程序为外国主要程序，以及承认美国法院的某些命令和某些辅助救济。加拿大法院考虑了债务人实体的组织结构事实来确定加拿大实体的主要利益中心所在地。法官结论认定，在需要超出注册办公处推定的情况下，下列主要因素作为一个整体来考虑将基本上表明启动程序的所在地是否是债务人的主要利益中心：(一)该所在地易于为债权人所查明；(二)该所在地是债务人主要资产或业务运作的地点；以及(三)该所在地是债务人进行管理的地点。根据这些因素，法官认定，债务人实体的主要利益中心在美国，从而承认该外国程序为外国主要程序，承认美国法院的命令，并准予了所寻求的辅助救济。

19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.*⁷⁹

债务人在美利坚合众国和加拿大开设和通过特约经营方式经营整套服务的英国式酒吧。2011 年 6 月，在美国启动了对债务人的第 11 章程序，并在加拿大寻求对这些程序的承认。除在加拿大组建的集团三个成员之外，债务人其余的 11 家公司都是在美国组建的。加拿大法院审议了与确定加拿大三个公司主要利益中心所在地相关的因素，认定下列三个因素一般是重要因素：(a)债务人总部和总公司职能或神经中心的所在地，(b)债务人实行管理的所在地，(c)重大债权人所确认的公司业务中心的所在地。虽然在具体案件中可能有其他相关因素，但法院认为，其他因素应当视为次要因素，而且只能以其与三个主要因素相关或支持三个主要因素为限。在对实际情况适用这些因素之后，法院注意到：第 11 章所有债务人公司的总公司都设在波士顿；该集团北美洲业务作为一个整体运作，其所有决策都统一集中在波士顿的总公司；以及债务人管理工作的所有组成部分，例如人力资源、会计/财务、其他行政职能以及信息技术职能等都在波士顿。法院认定，加拿大公司的主要利益中心所在地在波士顿，从而承认了美国程序作为外国主要程序，并准予了在承认时必须给予的救济之外的附加救济，主要是承认了美国法院在第 11 章程序中的某些命令。

⁷⁸ 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Commercial List]) [《法规判例法》判例 1204]。

⁷⁹ 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th) [《法规判例法》判例 1206]。

21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al*⁸⁰

两个债权人（一个子基金和一个主基金）是在百慕大组建的海外投资基金，投资于发展中国家发行者的主权债务和公司债务工具。在主基金组建之后，子基金将其整个资产基本上都转至主基金，以换取对主基金 97% 的所有权利益。2008 年 10 月，基金遭遇严重的现金流问题，未能就若干次的补仓通知作出响应。基金董事申请在百慕大启动清算程序，2009 年，法院启动了程序，并指定了外国管理人作为两个基金的清算人。清算人寻求设在美国的一些实体提供非正式披露，但当试图洽谈非正式出示文件不成功时，清算人即寻求在美利坚合众国对百慕大的程序给予承认。在初审时，美国法院认定，债务人的主要利益中心应当以启动外国程序之日来确定，而两个债权人的主要利益中心在该日都是在百慕大。关于主要利益中心所在地的裁定受到质疑，理由是有关债务人事务安排的一些事实均指向主要利益中心在英国。关于日期时间的裁定没有受到质疑。在上诉时，法院按五个因素（债务人总部所在地、债务人管理者所在地、债务人主要资产所在地、涉及案件的债务人大多数债权人的所在地，以及大多数争议所适用的法律的当地法域）以及债权人和具有利益关系的其他第三方关于基金主要利益中心能否加以确定而持有的期待，对案情进行了评估。法院结论认定，虽然其中一些因素可能支持主要利益中心在英国，但大多数证据都支持百慕大是债务人的主要利益中心，无论主要利益中心是以启动外国程序之日来确定，还是以提交第 15 章申请之日来确定。

23. *Rubin v Eurofinance SA*⁸¹

2007 年在美国针对 The Consumers Trust (TCT) 启动的破产程序的管理人寻求根据在大不列颠实施《示范法》的 2006 年《跨国界破产条例》在英格兰承认这些程序，并寻求执行美国法院关于 Eurofinance 应对 TCT 的债务承担责任的判决。TCT 是一家商业信托公司，是依美国法律承认的法律实体。2009 年，英格兰初审法院承认该外国破产程序为主要程序，但驳回了关于执行判决的申请。对驳回执行申请第一次提起的上诉获准，结论认定，关于执行或不执行外国对当事人判决的普通规则并不适用于破产程序，破产程序中可用的为所有债权人共同利益而针对第三方提起诉讼的机制是破产的集体性的组成部分，而不只是附带的程序事项。针对 Eurofinance 的命令因而是破产程序的组成部分，目的是推行破产程序的集体执行制度。因此，这些命令无须服从国际私法关于因被告不受外国法院的管辖而禁止执行判决的一般规则。在第二次上诉时，最高法院否定了上诉法院的做法，驳回了执行判决申请。法院认定，法院令应遵守国际私法的一般规则，而执行判例法的任何条件都未能满足。法院还认为，《示范法》第 21 条和第 25 条涉及的是程序事项，并没有授权法院对第三方执行外国破产判决的意思。

⁸⁰ District Ct 11 Civ. 7865 (LBS) June 2012.

⁸¹ [2010] EWCA Civ. 895.

24. *In re Sivec*⁸²

在 *Sivec* 案中，债务人获得在美国承认意大利重整程序作为外国主要程序，并获得对自动中止令的变更，以便允许在美国对两项可能相互抵消的债权进行诉讼。诉讼的结果是第一项债权主张意大利债务人胜诉，第二项为美国债权人胜诉。债权人随后寻求免除自动中止令，以便抵消这两笔数额，而意大利债务人则请求执行重整程序，重整程序显然是要求债权人支付第一项判决令的债权，而在意大利案件中则不能够根据第二项判决令追要欠款，因为债权人没有及时提出债权请求（债权人称从未收到适当的通知）。美国法院判定，将不会给予意大利程序礼让，因为意大利债务人“未能提供关于意大利法律的信息、意大利破产案件的状况，也没有履行请求礼让时的举证责任。”关于缺乏对债权人的通知，法院表示特别关注，认定缺少正当程序的基本要素，没有能够对美国债权人的利益提供保护。法院行使其所称的“在本案中形成适当救济的广泛自由空间权，”认为债权人应当得到免于中止令的救济，以便根据美国法律实行抵消或行使扣除权。

25. *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James*⁸³

SNP Boat Service 是一家法国公司，与一个第三方缔结了合同，该合同要求其接受一家加拿大公司 *St James* 财产的折旧交换交易。在履行合同时发生了问题，争议导致在法国和加拿大进行诉讼。法国启动了对 *SNP* 的破产程序，*St James* 在其中提出了债权主张。在加拿大的诉讼中，*St James* 寻求对 *SNP* 在佛罗里达州的财产进行强制执行，法院作出了缺席判决，判 *St James* 胜诉。外国管理人寻求在美国对法国的程序给予承认后该财产才可变卖。给予了承认，并对出售佛罗里达州财产下达了中止令。随后，财产让渡给外国管理人，但禁止将其转移出法院的法域，并且其出售需经由法院批准。外国管理人接着寻求批准将财产发还法国，以便根据法国的程序进行处理。*St James* 表示反对，除其他外，声称其利益在法国程序中将不会得到“充分的保护”。下级法院下令披露，以确定 *St James* 作为一个债权人的利益在法国程序中是否受到充分的保护，法院最终否决了发还请求，指令将财产交送给相关的当地官员，并否决了第 15 章程序。在上诉时，法院认定，没有什么因素使其不能够确信在将财产发还外国法域之前外国债权人的利益一般将得到充分的保护。但对于所提出的由法院查询该债权人在法国将可获得的个别待遇的主张，法院予以驳回，结论认定，“破产法院无权查询特定债权人的利益在任何特定外国程序中是否受到充分保护。”法院结论认定，披露令和否决发还请求是滥用了自由裁量权，法院发回案件作进一步审理。

⁸² 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012)。

⁸³ 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012)。

27. *Thinks3*⁸⁴

债务人（think3.Inc）是原先在意大利和美利坚合众国成立的几家公司的接替者。公司在美国组建，在意大利设有一个分公司并在六个国家包括意大利和日本设有子公司。2011 年 4 月在意大利启动了破产程序，随后是 2011 年 5 月在美国的第 11 章程序。2011 年 8 月 1 日，在美国寻求对意大利程序的承认。2011 年 8 月 11 日，在日本寻求对美国程序的承认，当天即获得承认，并连同某些救济。2011 年 10 月，又在日本寻求对意大利程序的承认，理由是债务人的主要营业地（在颁布《示范法》的日本法律中使用这一术语，被认为与主要利益中心的含义实质上相同）在意大利，而不是美国。⁸⁵在判断关于债务人的主要营业地需要考虑的因素时，初审法院查看了贸易法委员会为修订《示范法颁布指南》而正在开展的工作。发现虽然似宜考虑到世界上不同法院所提出的所有各种因素，但重点应当是总公司职能的所在地、关键资产所在地、债务人实际营业地、债务人业务管理所在地，以及该所在地是否可为债权人所知悉。关于时间问题，法院认为，应以最初提出破产程序或启动这些程序的时间为准来确定。根据应当考虑到的各项因素在对债务人最近历史的复杂事实进行审议之后，法院结论认定，债务人的主要营业地在美国。在上诉时，这一裁定获得维持。

28. *In re Dr. Juergen Toft*⁸⁶

债务人是德国破产程序的主体，拒绝与外国管理人合作，隐藏其资产，并转移到一个无人知晓的国家。外国管理人在德国程序中获得了对于信件和电子邮件的截取令，以及在英格兰单方面承认的外国程序和强制执行德国的邮件截取令。外国管理人寻求在美国对德国程序的承认，以及在美国强制执行邮件截取令的单方面救济，强制某些服务提供商向其披露和发送目前在供应商服务器中储存的债务人的所有邮件以及今后收到的邮件。因为根据美国法律不对外国管理人提供这类救济，而且这样做将违反关于隐私权和窃听从而承担刑事责任的某些立法，所以法院拒绝给予所寻求的救济，认为根据《美国法典》第 11 编第 1506 条[《示范法》第 6 条]这种救济明显违背美国的公共政策。如此拒绝不影响外国管理人可有权根据美国法律提供所要求的通知之后寻求承认。

29. *In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.*⁸⁷

Vitro 是一家控股公司，连同其分公司一起构成墨西哥最大的玻璃制造商。2003-2007 年，Vitro 主要从美国投资人那里借入了大笔资金，以三期系列无担保债券

⁸⁴ 2012 年判例 1757，对关于请求承认和协助外国破产程序的驳回令和行政令提出的上诉（初审法院的判例号：东京地区法院 2011 年判例 3 和 5），英文和日文见 www.insol.org/page/304/japan。

⁸⁵ 见上文第 102G 段的脚注 157。

⁸⁶ 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [《法规判例法》判例 1209]。

⁸⁷ 2012 WL 5935630 (5th Cir., 28 Nov 2012)。

作为凭证，其到期日分别是 2012 年、2013 年和 2017 年，主要由其所有子公司提供担保。这些担保由纽约法律管辖，担保条款规定，结果不会因为任何清算或解除责任或涉及 Vitro 的任何资不抵债、重整或破产程序而解除或取消担保人的责任，或以其他方式影响到担保人，以及发生的争议将在纽约进行诉讼审理。2008 年，Vitro 宣布其意图重整债务，并停止对那些无担保债权给予支付。2009 年，Vitro 与其最大的债权人之一 Fintech Investments Ltd. 达成了某些协议，造成 Vitro 产生大笔公司间债务。这些债务在完成交易后大约 300 天内都未向无担保票据的持有人披露，从而超出了墨西哥的 270 天嫌疑期，在该嫌疑期内，公司进入破产之前是需要对这些交易进行附加审查的。2009-2010 年，Vitro 进行了几轮重整谈判，但其提出的建议被债权人拒绝。2010 年 12 月，Vitro 根据墨西哥的《企业重整法》提出申请。该项申请最初被否决，因为 Vitro 未能达到不需要依靠公司间债权而获得支持这一申请所需的最低限度 40% 的债权人的批准，但在上诉时，这一裁定被推翻，Vitro 2011 年 4 月被宣布破产。随后与所承认的债权人（包括持有公司间债务的那些债权人）谈判了一项重整计划，其中除其他外，规定消灭无担保票据和解除担保人所承担的义务。该项计划最终获得必要百分比的债权人的批准，并于 2012 年 2 月获得墨西哥法院的批准。随后对这一批准裁定提出了上诉。对重整不满意的债权人试图以各种方式收回无担保票据和担保凭证的款项。在纽约所启动的一项诉讼中，法院认定，纽约法律适用于这些担保，禁止未经双方同意而解除、取消或更改担保义务。2011 年 4 月，在美国寻求对墨西哥程序的承认，最终被给予承认作为外国主要程序。对该项裁定提出了上诉。2012 年 3 月，Vitro 的外国管理人在美国寻求各种救济令，包括强制执行墨西哥的重整计划以及禁止在美国对 Vitro 提出某些诉讼的禁令，但这些请求被否决。对这一裁定提出了上诉，理由是法院拒绝强制执行计划是在法律事务上犯错，因为其更改了非债务人当事人的担保义务。在上诉时，美国法院确认了承认墨西哥程序的法院令以及拒绝给予所请求的救济的法院令，理由是虽然在例外情形下法院可以根据第 15 章强制执行一项消除非债务人当事方义务的命令，但 Vitro 在本案中未能表明存在这种例外情形。

附件二

联合国国际贸易法委员会的决定和大会第 66/96 号决议

[……]
