联合国

大会

Distr.
GENERAL

A/CN.9/419
1 December 1995
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

A

联合国国际贸易法委员会
第二十九届会议
1996 年 5 月 28 日至 6 月 14 日，纽约

破产法工作组第十八届会议工作报告
（1995 年 10 月 30 日至 11 月 10 日，维也纳）

目　录

	段　次	页 次
一. 导言	1 - 10	3
二. 审议情况和决定	11 - 12	4
三. 跨国界破产中的司法合作及介入和承认问题	13 - 93	5
A. 一般性评述	13 - 21	5
B. 介入和承认的可能决定性因素	22 - 45	6
(1) 管辖权限	22 - 25	6
(2) 源自规定国家的外国程序	26	7
(3) 法院裁量权	27	7
(4) 程序的类别	28 - 32	8
(5) 债务人的类别	33 - 35	9
(6) 外国代表的代理权	36 - 39	10
(7) 公共政策考虑	40	10
(8) 可能的附加因素	41 - 45	11
C. 承认的效力	46 - 69	12
(1) 可能的立法方法	46 - 59	12
(2) 排除某些类别的资产	60 - 61	14
(3)承认生效的程序方面	62 - 69	15
D. 第二破产程序	70 - 76	17
E. 外国代表的介入	77 - 79	19
F. 司法合作	80 - 83	19

G. 其他问题 ..... 84－93 20
(1) 通知债权人的义务 ..... 84－87 20
(2) 管理人之间相互交流信息的义务 88 21
(3) 索赔偿付率的均平 ..... 89－93 21
四. 审议条文初稿 ..... 94－189 22
A. “外国程序”的定义 ..... 95－110 22
B. “外国代表”的定义 ..... 111－117 26
C. 司法合作 ..... 118－133 27
D. 承认的效力 ..... 134－177 30
E. 关于外国程序的证据 ..... 178－189 39
五. 今后的工作 ..... 190－193 41

一. 导言

1. 在本届会议上，破产法工作组根据委员会第二十八届会议（1995 年 5

月 2 日至 26 日，维也纳）作出的决定，开始制定有关跨国界破产的法律文书的工作。[1]

2. 委员会关于进行跨国界破产问题的工作的决定是根据与该问题直接有关的从业者主要在贸易法委员会“21 世纪统一商业法”大会（1992 年 5 月 17 日至 21 日结合第二十五届会议在纽约举行）上提出的建议作出的。委员会第二十六届会议决定进一步探讨这些建议。[2]后来，为了评估在这一领域开展工作的可取性和可行性及适当确定该项工作的范围，贸易法委员会和破产处理从业者国际联合会召开了一次跨国界破产问题学术讨论会（1994 年 4 月 17 日至 19 日，维也纳），与会者有来自不同学科的破产处理从业者、法官、政府官员和包括贷款人在内的其他有关部门的代表。[3]

3. 贸易法委员会和破产处理从业者国际联合会第一次学术讨论会建议，委员会的工作至少在本阶段应具有促进司法合作和外国破产管理人介入法院程序及承认外国破产处置程序(以下称“司法合作”和“介入及承认”)这些有限但有益的目标。还建议举行一次国际法官会议，专门征求他们对委员会本阶段工作的意见。委员会第二十七届会议很好地接受了这些建议。[4]

4. 随后，举行了贸易法委员会和破产处理从业者国际联合会跨国界破产问题司法学术讨论会（1995 年 3 月 22 日至 23 日，多伦多）。该讨论会的目的是为着手进行跨国界破产问题工作的委员会征求法官和关注破产立法的政府官员对跨国界破产案例中司法合作的具体问题和有关的介入及承认的主题的意见。[5]司法学术讨论会的协商一致意见是，委员会可以示范立法规定的形式提供一个促进司法合作的立法框架并在拟编写的案文中列入关于介入和承认的规定。在注意到人们在司法学术讨论会上所表达的看法时委员会指出，工作组将审查司法学术讨论会提出的有关拟议的法律文本的可能范围、方法和作用的一系列问题。

5. 由委员会所有成员国组成的工作组在其 1995 年 10 月 30 日至 11 月 11 日在维也纳举行的第十八届会议上开始工作。参加这届会议的有工作组下列成员国的代表：阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、奥地利、巴西、智利、中国、厄瓜多尔、芬兰、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、尼日利亚、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、新加坡、斯洛伐克共和国、西班牙、泰国、乌干达、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和乌拉圭。

6. 下列国家的观察员参加了会议：波斯尼亚－黑塞哥维那、加拿大、哥斯达黎加、加蓬、希腊、印度尼西亚、伊拉克、科威特、荷兰、巴拉圭、菲律宾、大韩民国、瑞典、瑞士、土耳其和也门。

7. 下列国际组织的观察员参加了会议：欧洲联盟银行联合会、欧洲破产处理从业者协会、破产处理从业者国际联合会、国际律师协会和国际信贷保险协会。

8. 工作组选出了下列主席团成员：

主 席：Kathryn Sabo 女士（加拿大）

报告员：Ruthai Hongsiri 先生（泰国）

9. 工作组收到了下列文件：临时议程(A/CN.9/WG.V/WP.41)和秘书处的一份说明(A/CN.9/WG.V/WP.42)，其中载有对可能纳入涉及跨国界破产案例中司法合作、介入和承认的司法文书的一些问题的审查，工作组把该说明用作其讨论的基础。

10. 工作组通过了下列临时议程：

1. 选举主席团成员；
2. 通过议程；
3. 跨国界破产；
4. 其他事项；
5. 通过报告。

二．审议情况和决定

11. 工作组以秘书处编写的说明(A/CN.9/WG.V/WP.42)为基础审议了跨国界破产中的司法合作及介入和承认问题。

12. 工作组在审议 A/CN.9/WG.V/WP.42 号文件过程中，设立了一个非正式起草小组，就一些问题编拟条文初稿，用以反映审议情况和业已作出的决定。工作组的审议情况和结论，包括它对各条文草案的审议情况，载于下文第三和第四章。

三．跨国界破产中的司法合作及介入和承认问题

A．一般性评述

13. 工作组本届会议首先对委员会在跨国界破产领域所从事工作的各种背景和一般方面进行了讨论。

14. 工作组注意到，在委员会可能开展的工作方面，人们对破产法问题的看法显然有所进展。这种进展从下述情况便可看出：在过去更早些时候，

委员会并不讨论物权担保等问题，部分的原因是那样会大量涉及破产法，而现在委员会却正在着手研究与破产法有关的问题。为说明委员会目前对跨国界破产工作的可取性和可行性的观点而列举的各个因素中，特别包括在此期间所开展的重大的区域性协调努力、随着贸易和投资的继续全球化而自然发生的跨国界破产案件增多，以及所从事工作的范围和目标都很有限。

15. 为了表明委员会可在此刻在这一领域作出积极贡献而列举的另一个因素是从业人员所开展的密切合作，这种合作充分体现在项目迄今所开展的筹备工作方面，也是确定项目范围的一项关键内容。人们提到了作为这种合作的结果而举行的司法学术讨论会，这次学术讨论会体现了不同国家和不同法律制度下的法官对开展处理跨国界破产方面的合作的兴趣和积极性，也体现出他们对委员会所进行工作的兴趣。

16. 关于正在进行的工作的范围，许多发言者都强调指出，为了确保项目切实取得圆满结果，有必要象委员会所设想的那样比较保守地确定工作的范围和目标。会议注意到，鉴于法律在目前尚不统一，而且有关跨国界破产的规定还存在着大量空白，委员会所设想的介入和承认方面的工作虽然并非石破天惊之举，却可通过提高预见性和法律确定性而大大有助于国际贸易和投资的发展。

17. 有人认为，使项目保持在较小但可行的范围之内所应进行的工作之一是，必须尽可能避免某些可能会造成困难的术语或概念性提法。在这方面所列举的例子包括“相互性”的概念，人们可以从颇不相同的角度去理解这一概念。另一个例子是“住所”的概念，人们认为难以确定这一用语的意义，因而有可能造成不确定性。

18. 作为使项目保持在可行的范围之内的另一个方面，人们还促请工作组考虑到势必会出现的一种情况，即各种大不相同的政策方针将会继续决定各国对破产问题的态度，而委员会工作的目标并不是去克服或消除这些分歧。人们强调指出，应当将工作限制在确定为数有限的几条基本原则和界限规则范围内，只要这些原则和规则能有助于提高对跨国界破产案件的处理的效率和速度，而且既适用于利用司法手段处理破产问题的国家又适用于那些利用行政办法处理的国家。

19. 针对所开展工作的实质性范围和结构而提出的更具体的意见包括这样的建议，即似可有分析地从两个基本方面着手。第一个方面是资产的保护和集中；第二个方面是资产的分配。人们还强调指出，应当说明应予包括在内的各种诉讼程序的基本要素。就这种基本要素提出的建议包括：应予包括在内的诉讼程序应带有集体性，应涉及某一独立方对债务人的监督，但不应包括各当事方所采取的纯属私人性质的各种无须法院或行政参与的

财务调整措施。

20. 还就展开或补充工作组所收到的工作文件中所提出的问题的工作提出了一些建议。建议之一是，委员会可很好地加以促进的一个基本前提是，国家破产法应给予外国债权人以“国民待遇”，但以该债权人不致因国籍原因而受到歧视为限。另外也有人指出，可将“国民待遇”一语看成是与资产分配问题有关的问题，而且，将对这一问题的审议放在对与资产的保护和集中有关的问题的审议之后进行更为适宜。

21. 另一条建议与向债权人发出的破产程序通知的性质有关。有人指出，一种特别带有普遍性而且比涉及多国性的债务人案例更常见的案例是，一个债务人有几个不止在一个法域的债权人。有人认为，这后一种情况在很多时候都能说明现有的通知要求并不充分，因为这种通知要求往往仅限于公布通知，不能有效地给外国债权人以参加破产诉讼程序的机会。工作组议定将在其讨论中审议这些问题和其他可能提出的问题。

B. 介入和承认的可能决定性因素

(1) 管辖权限

22. 工作组注意到，有些法域把首先审查是否已有效地开启外国程序的问题作为它们对承认外国破产程序作出答复的先决条件。据建议，在委员会编拟的文书中反映这一办法是妥当的，这种做法涉及债务人与立案办理破产程序的法域之间存在着必要的“相关因素”，作为承认的要求，。

23. 会议就表述这一要求的可能方法，以及就几个可能的相连因素中哪一个是就承认之目的而言评估外国法域立案办理要求得到承认的程序的权限的关键因素交换了看法。这些可能的因素包括住所、惯常居住地、公司的注册办公室所在地、主要营业地、债务人的主要利益中心，以及资产所在地。

24. 一种看法认为，从尽量提供最大的可预见性的角度来看，支配性的相关因素，对于法人来说，应当是其活动中心或注册营业地，而对于自然人来说，则应当是其住所。据认为，此种办法将提供最大程度的可预见性和确定性。有人提出，此种办法的不足之处是缺乏灵活性，不能考虑到其他可能的重要相连因素，也不能处理最好承认从债务人住所或活动中心以外法域启动的程序的情形。据建议，较为妥当的提法因而应当是“债务人主要利益的中心”。

25. 人们提出的第三种办法是，关于如何评估所涉外国程序的有效性，与其提出一个或其他具体的相关因素，不如干脆为外国破产程序的有效性确

定一个可驳回的推定。赞成此种办法的人举出的优点包括，此种办法既便利于跨境援助，同时又可保留对涉及境外法域权限问题的承认提出质疑的可能性。另据指出，此种办法还可照顾到这样一种情况：在大量的案例中，并不一定会对外国程序的有效性提出质疑，原因之一是，在承认法域内可能没有任何债权人对有效性提出质疑。第三个办法的另一可取之处是，它可避免根据某个单一因素进行检验而可能产生的不必要的排除作用，即任何并非以作为过滤标准使用的相关因素作为依据的程序都会被排除在承认之外。

(2) 源自规定国家的外国程序

26. 工作组注意到，一些国家采用的办法是规定向外国破产程序提供援助，但此种程序须源自规定可接受此种援助的国家名单中的国家。

(3) 法院裁量权

27. 工作组注意到，与承认外国破产程序有关的另一个办法涉及根据法定准则行使法院裁量权。一种看法认为，不妨结合承认的效力问题进一步讨论此种办法。

(4) 程序的类别

28. 工作组审议了关于哪些类别的程序应属于承认条款范围的问题。有人提到在关于应包括的程序这个定义中列入诸如债权人集体代表和取消债务人对资产的控制权等某些基本要素。

29. 有人认为，承认应当仅限于那些已经以某种方式—不论是以法院传票或行政当局发出命令的方式—得到官方认可的程序；这种意见得到广泛的支持。有人指出，当事方可能会在司法或行政程序之外缔结形式多样的私人财务调整安排，这类安排不宜用关于承认问题的一般性规则来处理。工作组普遍认为，规定承认司法或行政当局经管的破产程序，可以处理一般类别的案例，可作为工作范围的适当界线。

30. 有人询问应如何处理这种情况：在某些法域中存在的改组程序在其他法域中不存在或不会轻易得到承认。“债务人掌管”类型的改组程序即属于上述情况的一个例子。与此相关的一个关切是承认条款不应当使承认法庭处于不得不重新确定所要承认的程序实际上是否涉及破产这样一个位置上。为了消除这类关切，有人建议列入一项应将债务人置于某一独立方的监督之下的要求。还有人建议规定如果一项外国程序在其原来的法域中被

作为破产程序对待，则承认其为破产程序。还有人提到，如果关于承认的要求是由一个法院直接向另一个法院提出的，那么就会减轻由于被请求法院感到它必须确定是否涉及破产程序这样一个基本问题而带来的问题。

31. 在讨论中，有人发言说，对目的在于为使外国债务人确定哪些资产属于不动产和目的在于使外国债权人对债务人的位于正在进行破产程序的法域之外的资产提出索赔（对外国债权人的承认）这两种介入和承认应当加以区别。有人问对这两种情况是否应当适用不同的先决条件。

20. 有人认为，其中某些困难可能是可以避免的，如果工作组能够首先——至少作为一种工作方法——把重点放在清算问题上，然后再转向改组程序问题。作为对这种方法的支持，有人认为在承认外国清算问题上达成协商一致或许比在改组程序上达成协商一致容易一些，因为在一些法域中不存在改组程序。有人说，一旦为清算程序商定了一套规则，工作组就可以审议这些程序是否可以应用于改组程序的问题。另外还指出，同时处理清算和改组程序问题将需要对这两种不同类别的程序加以区别，这可能很困难，因为清算往往涉及到资产的改组，反之亦然。

(5) 债务人的类别

33. 工作组就关于在准备编写的文本中对于债务人的类别是否应当加以任何限制，特别是非贸易者或消费者的破产是否应当排除在包括范围之外这个问题进行了初步讨论。据指出，将这种情况排除在外的一种方式是将范围只限于法人。将“消费者”破产排除在外的理由包括从经济角度来说，特别是在跨国的情况下，这种破产相对来说并不重要，而且这种破产案件将会使外国法院陷入由于在其他法域适用于保护消费者的各种特别规定和特权（例如，债务人的某些家庭或个人财产的豁免）所造成的复杂情况。但是，主张既包括自然人也包括法人者认为，如果将自然人排除在外，则会导致那些大量资金属于非贸易者的大案不能被包括在内。在这方面，据指出，如果要将非贸易者的个人包括在工作范围之内，那么可能需要将某些类型的财产，例如家庭或个人财产，排除在债务人不动产范围之外。还列举了另外一个因素，认为很难在消费者破产和商业破产之间划出一条明确的界线，因为不一定能够找到划分这种界线的公认的标准。为了解决这后一种复杂情况，有人建议为了界定“消费者”破产的目的而提及为私人或个人举债。

34. 提出的另外一个可能有的排除问题涉及诸如银行、保险公司和投资公司这类机构性债务人。据指出，根据有些国内立法，某些这类金融机构不属于普通破产法范围，因为这些机构作为受管制的机构，一般受另外的管理法律和主管当局的约束。据指出，银行的清理通常是在一种特殊的行政

环境下进行的，一般破产立法所规定的范围会由于存款保险的存在而复杂化，这个问题一般是由银行所在的法域的法律来管制的。另外一点是，是否应将这类机构包括在内，可视具体情况而定。例如，如果一家银行在某一法域中的营业方式使其受国内管理法的约束，那么一般来说就不属于普通国内破产法范围，而某家银行如果只是在某一特定法域内有资产，则这些资产在与这些资产有关的问题上可能要受该法域从属程序的约束。

35. 有人认为，至少在目前阶段，不宜假设排除包括银行及类似机构的可能性，这特别是因为某些最大的跨国界破产案例涉及到了银行。还有人指出，大银行日益成为大贸易公司的附属机构，承认这类银行的破产程序对使破产总资产价值达到最高限度来说可能是至关重要的。

(6) 外国代表的代理权

36. 工作组审议了承认法院可能希望以什么方式和有多大把握确信外国代表特别是在对位于国外的资产方面拥有得到承认的程序的法域的在国外进行代理的授权这个问题。据报告，这一问题在实践中并未引起什么无法克服的问题，因为在多数法域，代表的委任即意味着具有普遍授权的效力。但是，人们仍然认为这一问题是重要的，因为它确实涉及某些为法院所关切的问题。

37. 有人认为，要使外国代表在国外得到承认，其身份和职能应是不言而喻的，而这一点并非总是如此，除非外国代表为此目的得到了发起法域某一法院的授权并且能就此提出证据。但有人指出，要求在任命之外再出示具体的法院命令，会对外国代表有效开展工作造成严重的障碍，因为这会使代表丧失以迅捷方式保护资产这种事关重大的能力。还有人认为，可以采用一种替代性的办法使外国的承认法院确信外国代表在国外的代理权，即由代表的本国向那类向外国法院提出承认请求的代表发出一般性的在国外代理的法定授权。

38. 在讨论中，对于有些国家中代表公众利益或债权人利益对破产案件代表的活动进行监督的特别机构可在多大程度上在国外享有司法援助权的问题，有人提出了疑问。有人认为这并不构成什么问题，只要这类虽然也许是由法院之外的当局任命的机构在资产方面只是作为准外国代表行事。还有人建议说，这类机构的权力不应超出正常外国代表的权力，尽管它们可能与政府有联系或者是由政府任命的。

39. 人们还进一步指出，外国代表问题的这一方面以及其他方面都要求对“外国代表”从职能角度加以定义，而不是从采用具体术语的方面加以定

义，因为那样会造成种种不同的解释或不同程度的理解。人们还补充说，如果关于承认的申请由外国法院而不是外国代表提出，承认法院对外国代表在国外代理权可能持有的疑问便会有所减轻。

(7) 公共政策考虑

40. 一般看法认为，今后的整套规则应当包括一项规定，承认国家有权以公共政策为由拒绝承认。据认为，在涉及承认外国程序的各种多边文书和国内法规中都有这样的例外情形。工作组对下述做法是否可行或是否可取进行了审议：鉴于不无可能包括在此种排除性条款中的理由众多，以及鉴于此种条款带有与正在制定的法律文本的目的相悖的风险，对公共政策考虑进行定性分析或作出定义将确保这一排除性条款的妥善运用。例如，据认为，某些此种性质的规定在承认将“明显违背”公共政策时就适用。除了这种基本的特点说明之外，考虑到国与国之间在关于公共政策的具体概念方面意见不同，增加一条限制性较强的措辞未能得到足够的支持。

(8) 可能的附加因素

41. 与可能决定给予承认的因素有关的附加问题的建议包括，诸如上文所述“外国代表”和“外国程序”之类用语的定义应当侧重于职能方面。据认为，此种办法有助于防止因各种法律制度的用语不同而产生的不确定性。
42. 关于可能的附加因素本身，工作组审议了是否应提到对等性。对等性在一些国家中适用，主张提到这种对等性的意见认为，这样一种过滤办法有助于进一步协调法律，增加对各国的压力，促使其在本国法律中纳入有关跨国界破产的规定。
43. 同时，对于在委员会将编拟的文书中提到对等性因素的不利之处，人们提出了各种意见。一种看法是，提到对等性会造成不确定性，因为有关这一概念的理解和法律概念不同，而且难以确定实际适用对等性的程度。另据指出，列入这一因素与这项工作要促进更大的国际合作这一基本目的不符，会发出与这一目的相违背的不适当的信号。
44. 有人认为，为了减少对等性规定的不利影响，至少可以区分一下就对等性采取的两种办法。按照这种看法，其中一种被称为“积极的”对等性办法不大可取，因为它需要有给予对等待遇的证据；另一种办法的弊病较小，称为“消极的”对等性，它涉及这样一项可以反驳的推定：对等性在其程序被承认的法域内适用。
45. 另据认为，如文书采用公约的形式，可以看作是最直接地满足了对等

待遇的目的，但也可以想象，此种目的体现在示范法中未尝不可。另据建议，一项为人们普遍接受的成功的示范法，不在示范法中列入一条对等性规定，也可达到对等性的目标。

C. 承认的效力

(1) 可能的立法方法

46. 工作组就承认委员会所从事的这项工作参数范围之内的外国破产程序将会产生的各种效力这个中心问题的各种可能的处理方法交换了意见。

47. 作为讨论的基础的基本理解是可归于承认所可能产生的效力多种多样，包括为了集中和保护资产而制订的临时措施，例如中止或冻结对承认法域内的资产采取个别债权人的行动，授权外国代表获得有关债务人的这些资产和经济活动的资料和证据并经营和管理资产。在接近效力清单的末尾之处有一项效力是授权外国代表将资产和收益从承认法域转移出去。

48. 作为委员会正在进行的工作的基本前提的另一项理解是，外国代表实施承认的效力通常需要—至少在最初阶段—承认法域的法院或行政当局进行某种干预。因此，为各国建立一种系统，使外国代表能在没有某些这类官方认可或援助的情况下在外国法域行动，将不属于本项工作的范围。然而，此类做法可能是愿意向此方向前进的国家将会考虑的一种可能性，也可考虑将其列入由委员会向各国提出的任选清单。

49. 所审议的表明承认效力的一种可能方法有时会需要尽可能详尽地列举所有的承认效力，类似伊斯坦布尔公约所采用的方法。但是，这种方法没有得到广泛的支持，特别是因为人们担心效力包括范围如此之广，无法做到无一遗漏地如数列举。

50. 对所审议的表明承认效力的第二种方法—这种方法要求提及适用法律—交换了不同的看法。可对这种方法的各种变式加以考虑，取决于承认法院得到授权是根据自己的法律，还是其破产程序正在得到承认的法域的法律来确定承认的效力。还有一种可能性是授权承认法院适用上述两种法律中的任何一种。

51. 赞成采取以适用承认法院的法律为基础的方法的人列举了种种考虑因素，其核心是，与适用其很可能不熟悉的外国法律相比，承认法院适用自己的、熟悉的法律相对容易一些。据说，采用这种方法因此较易从而较有可能向外国程序提供援助，此外由于这种原因而使委员会的文书更能为各国所接受。

52. 赞成采取以适用得到承认的程序的法律为基础的方法的人所列举的种

种好处源自这样一种可能性，即这种方法可产生更一致、协调的结果，因为各国破产法不尽相同，如果承认法院适用一种与主要程序的法律不一致的法律，那些不同之处便可能会占据显著的位置。另据认为，最好适用主要程序的法律，以防助长债务人利用另一种法律来隐瞒资产，那种法律可能会为这些资产提供庇护所，例如，通过不承认这些资产为财产的一部分而使其逃避主要破产程序的管理。

53. 工作组还讨论了介于上述几段所提及的两种备选“适用法律”方法之间的一种方法。这种方法需要授权承认法院适用自己的法律得到承认的程序的起始法域的法律。赞成采用这种混合方法的与会者说，这样做有着限制资产不脱离破产程序所需要的灵活性，因此，最符合债权人的利益，最有利于使财产价值达到最高限度。对这样一种方法，有人问，这是否会导致使外国代表能够行使比指派法域的法律向代表所提供的权力更多的权力。

54. 作为关于如何规定承认的效力的讨论的另一个方面，工作组指出，在某种程度上，其中一部分需视适用的法律传统和制度而定，根据具体案件的情节，承认的确切效力可涉及由法官行使裁定权，或特别是按一些法律制度的理解，可涉及“司法裁量权”。工作组进一步指出，虽然各种法律制度都要求并且由法官行使这种裁定权，但对于“司法裁量权”范围的概念，各种法律制度之间传统上有明显的差别。

55. 为了在处理跨国界破产案件时，各法院之间能够有迅速而有效的机会建立合作联系，为了达到这一基本和有限的目的，并且同时又照顾到不同的传统和适用的法律概念，工作组饶有兴趣地注意到一项建议，这项建议主张将讨论中提出的一些考虑和做法合并和结合起来。根据合并做法的建议，委员会编拟的文书将列出承认后会引起的一系列“ 最低限度”措施或效力，核心是需要迅速保护资产免于散失，并且预留出对案情进行全面评估的时间，同时留出一定的余地，以便承认法院可以规定附加的效力。

56. 据建议，关于留出一定余地让法官准许那些最低限度一系列措施以外的其他措施，条款的这后一部分规定措词可以是列出不同法律制度的法官都熟悉和通晓的一些因素或准则。这些因素可以同时照顾到不同法律制度司法行动的各种灵活性，并且可以特别包括对本国债权人在主要、外国程序中是否将处于不利地位、对本国程序要求和对公共政策一般考虑的评估。

57. 关于效力最低限度清单中可以列入的效力，工作组普遍同意，“最低限度清单”中的效力应着重于需要哪些措施才能立即做到仍可考虑将本国资产纳入处理破产的协调或全面的解决办法之中。这种效力的主要实例是在承认时或许甚至仅仅在提出承认的申请时，即中止或冻结个别债权人的行动和债务人转让资产所有权。据指出，为防止资产散失，时间因素可能

特别关键，所以这样做，也就是这样实行的中止尽早生效，意义将更为重要。效力最低限度清单中还可包括其他一些方面，如授权外国代表可以获取有关债务人资产和事务的资料和证词，并且可以控制和管理债务人的资产。

58. 支持上述做法的意见认为，这样可以实现本项工作的一个根本目的，即作出基本的“授权”法律规定，从而可以开展司法合作和承认外国的破产程序，因为目前许多国家法律都严重缺乏这样做的能力。与此同时，还可避免过分单独依靠行使“司法裁量权”，引起对法律制度之间协调性和相容性的降低而产生的担忧。在最低限度清单措施以外的领域，这样做将承认必要的一定程度的灵活性，使法官可以按所有法律制度处理其他类型案件的一般惯常做法那样，考虑到提交审理的具体案件的特别情节和其他有关因素，切合实际地处理跨国界破产案件。

59. 有人问，“最低限度清单”中是否应包括可推翻债务人在宣布破产前一段时间内进行的某些一般都于债权人不利的交易，在一些法律制度中，这类补救措施被称作“避免优惠转让”。但是，有人对列入这一条表示犹豫，理由是这样做涉及特别复杂的问题，各国对这些问题的处理方法大相径庭。关于有助于查明最低限度清单措施以外可以采取的其他措施的因素，有人认为，还应提及上文称作“积极的对等”的因素（见第 44 段）。这项建议没有获得足够的支持。

(2) 排除某些类别的资产

60. 据提出，一些国家法律规定，某些类别的资产不适用于一般的破产措施，或关于跨国界案件资产处置问题的专门规则。例如，某些类别的个人财产或家庭财产可能不完全适用于破产法，如欧盟公约草案第 5 条所示，关于实行破产程序所带来的跨界效力的规则，可不包括第三方的物权。还有人说可将不动产排除在这些规则之外。

61. 一些人的发言表明可能有这样一种倾向，即拟由委员会编拟的文书不必试图干扰这类豁免，特别是因为这类豁免可能涉及各国希望保留作为其本国法或国际私法规则受理范畴内的公共政策和主权概念。然而，工作组指出，这是一个将需要进一步审议的问题。另据指出，在考虑可能将物权排除在外这个问题时，将注意到业已扣押的资产这一有关问题。

(3) 承认生效的程序方面

62. 工作组研究了拟由委员会编写的文书中应予列入的关于承认生效和有

关考虑的条款的各种可能方面。可予以考虑的一系列可能的做法在正规程度和程序细节的类型和具体性方面是不同的。在一端的做法是要求主管法院做出明确的承认决定，可能还要涉及由外国代表启动地方破产程序。在另一端的做法则属于“立即生效做法”，例如，承认的生效和外国代表在承认法域的行动授权将作为外国程序开启的结果而自然产生。据指出，前一种做法将具有最大程度的法律确定性，而后一种做法则侧重于为外国代表迅速得到保护措施保护这一需要服务。工作组还审议了这两端之间一些做法的正规程度和程序。

63. 讨论的一个关键性的而且可能会影响到有关程序的规定的最终内容的一个问题，与具体程序在多大程度上可由承认法域的适用法律来处理这一问题有关。讨论的另一主题是关于程序的规定的内容可以同补救办法的性质或所涉承认的阶段联系起来。这种办法的一般主旨意味着，程序要求和正规的程度，取决于所涉措施是属于紧急情况，属于需要对资产立即进行保护的临时性类型，还是这些措施更带有最后性，例如关于承认外国代表的最后决定或一般地中止债权人行动。前一类措施受到程序的正规性要求较低，而后者则可能需要有较高的正规性。

64. 讨论的另一依据是一般所持有的这样一种假设：就委员会正在编拟的文书而言，承认的生效需要有一定的司法或准司法行动和管制，特别是在拟将文书编成一种示范法的形式时，但需要有单方面的法律通过，而且因为这种文书无论如何都不会编成一种仅限于在地区范围内通过的文书。因此，没有什么人表示“立即生效”类型的做法是应作为拟由各国普遍采用的做法而列入的一种可行选择。

65. 委员会以上述内容作为审议程序规定的可能的准则，对程序的更具体的方面进行了讨论。一个问题是向债权人发出关于承认外国代表的通知的范围和时间以及这种承认的诸如冻结资产的效力。人们普遍指出，各法域通常要求发出通知并予以公布，例如要求在破产程序的一个或几个阶段刊登要求提供关于索赔证据的布告等。在这一方面提出的意见是，不应在程序中过早地适用任何这类公布要求。过早这样要求便会影响到外国代表切实保护资产不致散失或藏匿的能力，特别是在公布或通知需在资产紧急冻结生效之前进行的情况下，从而将使债务人或债权人有机会在遇到冻结之前处理资产。

66. 与会者还指出，在程序的早期阶段似不宜发出关于外国代表将被准许采取哪些措施的通知，特别是在尚未就承认问题作出最后决定而且不予承认的可能性依然存在的情况下。在此所担心的是过早发出通知或公布于众，可能会无端损害债务人的声誉以及进行商务活动的能力，另外还有可能与宪法规定的正当程序原则相抵触。同时，还指出，发出通知过迟，则会损

害债权人的合法权益，无法消除据报告为债权人司空见惯的抱怨，即在破产程序方面缺乏足够的信息。

67. 指出的另外一点是一般可以认为，承认法域的适用破产法和法院的裁判规程将导致充分的通知和公布，这将限制在委员会目前正在制订的文书中需要详细论述的问题的范围。与此同时，对该问题作些基本处理或许会有帮助，因为在各国法律中所采用的方法确实不尽相同，或许需要在将要就其作出规定的准许措施通知方面寻求最低限度的共同基础。可举出若干例子说明各国法律有各自不同的方法，有一个国家的法律规定，发出关于承认的最后决定后才能公布通知。在讨论中，有人对关于在某些方面较早通知或许有益的意见表示支持。例如，有人建议，在就承认作出最后决定之前先实行一项冻结资产临时措施的情况下，通知受到冻结令直接影响的当事方是十分适宜的。

68. 上述讨论表明，在通知要求方面，适宜的方法可能是将通知和公布要求的细节问题交给负责发出承认命令或下令采取保护措施的法院处理。此外，还提出了一项建议，认为可能需要规定一些保护性措施，这类措施在申请承认时即可生效，而不必等到作出承认决定后才能生效，而且这种可能性需要予以承认。另外，还有一种普遍的看法认为，案文应肯定外国代表能介入主管法院，发出必要的承认命令和保护命令，特别是，某些保护命令可能需要格外迅速地发出，可能涉及单方面程序。据指出，这种单方面途径一般来说对各法律体系并非罕见，特别是它为最初单方面阶段之后的通知和质疑提供了机会。（另见第 84 至 87 段和第 170 段中关于通知问题的讨论。）

69. 至于某个具体国家的哪个法院应当作为主管法院，提到了若干可能的因素，包括法院与所涉资产的地理距离相近程度，以及被要求发出紧急保护措施的法院不一定是最终就承认申请作出裁决的主管法院的可能性。普遍认为，由于这类因素多种多样，试图在委员会正制订的文书中提及具体的法院的做法似不可行，也不适宜。但是，有人建议，作出对法院的介入的规定并由颁布法律的国家自己说明由哪个法院作为这些问题的主管法院，这可能是大有裨益的。

D. 第二破产程序

70. 工作组接着讨论了在承认国另开破产程序对司法承认以及外国破产程序的法院介入和承认的影响的问题。据认为，承认外国破产程序的效力会因另外立案办理破产程序而受到不同程度的阻碍，为了限制此种阻碍作用，可以对立案办理此种单独的程序（有时称为“第二程序”）作出各种限制。

71. 另据认为，在各种法律制度中可以找到不同的方式将此种第二程序与外国程序联系起来，包括规定由于存在外国破产程序，没有必要证明债务人的破产是立案办理第二程序的先决条件。另一个重要的联系可以是允许外国代表请求立案办理此种程序。可以通过下述方式对外国程序规定不同的优先程序：限制立案办理第二程序的管辖权；限制债权人请求立案办理此种程序的权利；以及限制债权人从第二程序清算财产收益中获得付款的权利。这提请工作组注意这样一种制度，在这种制度中，承认外国程序自动触发立案办理第二程序。

72. 对于此种第二程序的相对可取性，人们发表了不同的意见。这些看法包括，一方面，从承认外国程序这一目标的角度来看，此种程序可能存在不可取之处和不利之处；另一方面，强调此种程序实际上可达到积极目的的可能性。尽管如此，普遍看法认为，拟编写的文书应当承认而不是抵制破产程序可能具有多元性为一现象。人们认为，文书不应试图限制第二程序（虽然据说这一目标在制定象欧洲联盟草案这样的区域公约时可能是妥当的，但不适合作为委员会工作的目标），而应设法便利并尽量推动多个法域不同程序之间的合作与协调。普遍的看法认为，这样一种办法将提高拟编写的法律文书的可接受性，同时又可为委员会在跨国界破产领域中作出实际、有效的贡献留有余地。

73. 人们提出一些按上述的办法可能会影响到规定的内容的考虑和问题。一个基本问题是，该法律文本能够在多大范围内详细地处理各种破产程序之间协调与合作的具体方式和程序。合作与协调的可能方面和方法包括：给予外国债权人以国民待遇，即只根据其要求的性质而不是根据其国籍给予当地债权人以优待；交换有关程序和债务人资产的资料；程序的行政人员予以配合的义务；外国代表干预地方程序的权利；将赋予外国代表的权利至少延续到地方程序实际开始之时，而不是只要提出地方程序申请便中断这些权利，因为地方程序可以在一段时间内继续进行；将地方清算的财产和收益调回本国的权利；适用这样一条规则：已从一个程序中得到部分付款的债权人，在同等顺序或类别的其他债权人从另一个程序中得到相当偿金之前，不得从这一另外程序的同一要求中得到偿金（在某些法域称为“财产混合”规则）。

74. 会议还提请工作组注意在具体说明不同法域程序之间的关系时可能应述及的各种差别。这些差别包括，以何种方式确定哪一个程序相对于“第二”程序来说应视为“主要”程序，这一问题不一定取决于时间顺序，也不一定取决于程序的目的；地方程序完全是为了向外国程序提供援助之目的而立案办理还是属于实际的地方破产程序的性质。

75. 鉴于上述也许会影响可能适用的合作与协调的性质以及可能同时进行

的不同破产程序的性质的各种不同情形，对下述意见给予了大量支持：委员会的法律文本既不应试图划分各式各样的程序等级结构的性质，也不应试图广泛地确定这些程序之间的合作与协调的确切程度。相反，按照这种意见，委员会能够作出的贡献，在于确认最大程度地开展合作与协调的原则，并为倾向于在任何特定事例中给予合作的法官提供立法和执行的权力。为此有人回顾说，许多法域缺乏此种授权规定，正是妨碍有效地对付跨国界破产的一大障碍。

76. 同时有人提出这样的看法，对于试图从法规中得到更多的指导以确定法院如何对合作或协调请求作出反应的法律制度来说，单靠告诫性地说明有关合作与协调的原则或许还不够。针对这一问题提出的建议包括在说明性一览表中提到某些基本的措施，如通报有关债务人资产的情况，以及合作与协调的其他方面。另一个建议是强调行政人员给予配合的义务，但据认为，尽管有些法域把执行合作活动的较大比例的责任赋予行政人员，但法院始终都将发挥主要作用。另据指出，法院采取的措施通常主要根据诉讼代理人的请求，这样一种可能性将减弱由法院界定具体合作的程度。

E. 外国代表的介入

77. 据指出，关于需要让外国代表有直接机会介入主管法庭以便申请获得承认和得到适当保护措施这一点，在讨论的初期即已出现了统一的意见。在目前阶段的讨论中，工作组的注意力重点是，委员会将拟定的法律文书中除这条总原则之外还可作出哪些规定。普遍意见认为，应鼓励最大限度的灵活性，审案过程中应尽量减少设置的障碍。

78. 关于体现以上原则的实际规定，许多与会者表示支持可以大致规定，在简化程序中，外国代表出示外国诉讼程序中的委任证明即可。这可以是出示一份经过认证的外国破产程序委任书。据指出，这种做法符合简化标准，同时又可解决讨论中提出的关于承认法院希望得到外国代表代理权的保证这个问题。据进一步指出，这种做法将与欧盟公约草案中采用的做法相一致。

79. 要求外国代表在申请阶段证明有资产位于承认法域，这个主张没有得到支持。据认为，实行这种限制规定将会对申请介入和承认的基本目的造成障碍，因为这种申请可能其实是为了获取关于这类资产是否在承认法域中确实存在的资料。

F. 司法合作

80. 除会议早期对鼓励和促进参与处理跨国界破产案件的法院相互开展合作的可取性所进行的讨论之外，工作组认为，有关当事方在一些情况下商定并经法院核准的临时议定书或协定可以起到重要作用，可有助于规定合作与协调的具体方面和实施范围。据指出，一些大型的、特别突出的跨国界破产案件中已成功地运用了这种议定书。据进一步指出，国际律师协会已制定了一份示范协约，当事方可将之作为拟定涉及以下问题的议定书的参考准则：指定行政法庭和选择适用法处理各种问题，包括避免资产转让和资产分配的优先规则。

81. 工作组承认临时议定书对于有秩序地解决跨国界破产案件所起的潜在作用，大家一致认为，拟由委员会制定的文书应避免对通过这类议定书设置障碍。同时，据指出，关于这类议定书，可能存在的问题包括其对具体债权人争取落实的权利所具有的影响作用。关于这个问题，答复者指出，不应认为这类议定书将排除具体债权人的权利。另据指出，国际律师协会的示范协约论及了如何处理债权的基本问题，规定一般或普通债权在所有诉讼程序中均应按比例受到同等的对待，并规定优先债权应按各有关法域的法律处理。

82. 在目前阶段讨论的另一个合作方面是为加强合作而进行司法联络的可能性。这个问题的各个方面包括：各国法律制度对这种联络可能采取不同的立场，有些国家鼓励这种联系，有些国家则禁止这种联系，强调须通过传统的外交和条约规定的联络渠道；对所涉及的不同法域的破产处理管理人员规定了不同程度的合作活动和联络责任；根据所涉及的法律制度对这种联络采取的立场，这种联络可能涉及不同程度的正规手续或非正规手续；在进行这种联络时可能需要的不同程度的程序过程，例如要求当事方在场或须通知当事方，当事方有权参与联络，同时不应忘记的是，司法联络可能完全是根据诉讼代理人提出的建议而进行的。除可能影响进行司法联络的法律性质的限制之外，人们还提到可能与语言有关的后勤障碍。

83. 关于司法联络问题，目前阶段的普遍结论是，拟定中的文书应避免对这种联络设置障碍。

G. 其他问题

(1) 通知债权人的义务

84. 工作组审议了正在由委员会编拟的文书可在多大程度上处理据说是跨国界破产情况下常见的一个问题，即债权人往往很晚才得到关于在另一国

开启破产程序的信息或者根本就得不到这类信息。作为一种背景介绍，有人还指出，在这种情况下，传统的通知程序可能很不适合跨国界的情况，因为外国债权人可能受到诸如语言、地理距离和对外国程序缺乏了解等因素的阻碍。还指出，对于是否规定管理人有义务找出债权人索赔要求，各种国家制度并不相同。有些国家制度规定管理人有义务找出索赔要求并议定支付款额，而在另外一些制度下，这一责任主要由索赔人承担，并不要求管理人履行为尚未提出的索赔保留款额的义务。

85. 在提到欧盟公约草案、伊斯坦布尔公约和某些国家法律中的通知规定时，工作组注意到针对跨国界环境加以变动的通知制度的各种可能的因素，其中包括：就外国程序提供附加的解释资料，例如是否将举行债权人会议和不参加会议是否会构成对索赔的放弃，以及与提出索赔有关的其他资料；允许外国债权人有更多的时间提出索赔；提供多种语文的表格供提出索赔之用，并允许以外国语文提出索赔；允许从国外以书面形式提出索赔。

86. 关于可能写入委员会法律案文之中的关于通知的可能规定的内容，人们承认应对详尽程度和可作出的规定加以限制。一般都认为，确认应将破产程序的开启通知外国债权人的这一要求可能是可行的，同时可作一便于外国债权人参加的原则声明。

87. 关于更详尽的方面，人们对提出应列入与外国程序有关的资料的要求并未表示异议，这一要求对于通知程序在国际范围内的标准化可能是一种有益的贡献。关于通知外国债权人的时间问题，有一种意见认为应当与在外国程序中向国内债权人发出通知的时间一致起来。关于通知的语文问题，没有什么人明显支持要求外国代表以某一外国语文发出通知，这是因为人们担心一般性地规定这样一项要求会使代表承受额外的负担。

(2) 管理人之间相互交流信息的义务

88. 一般认为，所涉程序的管理人之间交流信息，可以促进跨国界破产方面的合作与协调。可予以交流的信息似可包括得到承认的债权人名单和处理资产清单等。虽然人们强调交流信息是十分可取的，但有些人发言指出，要界定和提出一项胜过交流信息的义务这一较模糊的说法的规定也很困难。有人还认为，这类义务的规定往往会因代表是受代理人－委托人特权限制的律师而复杂起来。

(3) 索赔偿付率的均平

89. 工作组指出，在处理跨国界破产案件中，一项协调和公平的基本原则

是，在一个讼诉程序中已获得部分偿金的债权人，在另一个法域对于相同的债权不得获得偿金，除非同等顺序或类别的其他债权人已在该另一诉讼程序中获得相当的偿金（“财产混合”规则）。人们普遍认为，在文书中提及这项原则是必要而可行的。

90. 工作组还审议了在拟议的文书中是否应提及使用另一种方法来尽可能确保在清算债权时不会有一些债权人比另一些债权人享有不适当的优势。这种方法允许某一诉讼程序的每一代表彼此在对方程序中“相互提出”索偿。

91. 有人提出疑问，怀疑这种方法是否是可以提出的达到公平分配目标的唯一或最佳方法。据指出，另一种途径也许可更有效地达到同样的目的，这就是依靠对债权实行调整的会计方法。据认为，这种方法可能更为有效，因为它无须依靠诉讼程序代表采取索债行动；因此，文书中除反映相互提出索偿的可能性外还应考虑到这种方法。支持应指明相互提出索偿办法者强调说，这种办法透明度较高，对小债权人尤其重要，这样他们便不必在外国程序中聘请当地律师即可看到他们的债权得到处理。

92. 讨论中还提到为使债权人收到的偿金达到平衡而采用的另一种方法，即个别诉讼的债权人交出或退还所收到的利益，以便对债务人的资产进行索赔。虽然对这条原则没有提出实质性的反对意见，而且这的确可能是达到平衡的一种特别有效的手段，但是工作组对于是否涉及这类措施感到犹豫，因为这通常是在本国法中作为索赔清理问题处理的。据进一步指出，虽然交出所得可能并不属于委员会编拟中的文书的范畴，但却可能完全属于区域性公约的范围（欧盟公约草案，第 20(1)条）。

93. 还有一种类似的意见是，在文书中提及“按顺序分配资产”原则可能有一定的困难，根据该原则的一个概念，债权人在对资产行使权利时有义务尽量不使某些其他类别的债权人处于不利地位。虽然对这条原则没有提出疑问，但据指出，这条原则难以适用和执行，并且可能会引起一些问题，例如债权人对于实际损失有权得到些什么，以及债权人是否可对非金钱损失提出索偿等。另据指出，关于“按顺序分配资产”存在着不同的概念。

四. 审议条文初稿

94. 在审查了 A/CN.9/WP.42 号文件所提出的问题之后，工作组接着审议了由它设立的小型特设起草小组所拟定的一系列条文初稿。

A. “外国程序”的定义

95. 工作组审议了下述关于“外国程序”定义的条文初稿:

“‘外国程序’系指在一外国为清算某一债务人的资产以便分配给各债权人或为调整某一债务人所欠各债权人的债务而进行的司法程序或行政程序。

变式 A

若无相反的证据，一宗外国程序应可认为是经由适当手续立案办理的。

变式 B

外国程序中的债务人只能是在该外国拥有居所地、[主要]营业地或拥有[主要]资产[而此种资产并不能依照本国有关法律的规定进行清算]的一个自然人或法人。”

96. 对上述定义草案的讨论表明，人们广泛认为，须给予承认的“外国程序”主要应有三个特点: 首先它应是广义上的破产程序，既包括清算程序又包括改组程序在内; 其次它应是集体程序，即涉及所有债权人整体的代表权，第三，它应是在某种程度上经正式批准的程序，既可以是由法院批准，也可以是由某一行政当局批准的。与此同时，也有人认为，所提到的某些事项也许可以在处理拟议文书的适用范围的条文中解决。

起首句

97. 有人提出，“调整某一债务人的债务”本意是指那种改组程序，但也许这个词语并不能使人普遍得出这种理解。

98. 还提出了应在“外国程序”定义中加进的一系列其他成分。一个建议是应使用“集体”一词来形容这种程序。另一种看法是，这样还不够，最好是更清楚地提到平等地（“Pari Passu”）对待无担保的债权人，以作为意欲涉及的共同特性。但是，这一建议引发了下述问题: 它是否无意中会被理解为排斥了涉及无担保债权人的那种程序。另一建议是应提到“公开和现有的”程序，避免死抓住尚未落实的申请。此外，有人提出，在定义中也许还应提到的其他内容包括下述含义: 一旦开庭审理外国程序，债务人即应被剥夺财产权，亦即失 去对其资产的控制权。但是，有人表示担心，对于这样的词语，也许每个国家都有不同的理解，无意中又会排除那种“债务人执掌”式的程序，在那种程序中，债务人继续留在其位置上，只不过他的活动受到法院的监督，须得到法院批准。在讨论这一定义可能有的基本成分时，有人提请工作组采用尽可能具有包容性的方针，避免在定义中写入许许多多的条件，以致使定义限制了实现促进承认外国破产程序这一目标。

变式 A 和 B

99. 工作组接着讨论了提交上来的两种变式，它们体现了用两种可能的不同办法来提及如何评价外国法院办理其要求得到承认的程序的权限。变式 A 反映了曾经提出的一项建议：只要确立可以反证推翻的推定即可，即从管辖权的角度来看，该外国程序是有效的。变式 B 代表了另一种办法，其依据是根据一种或另一种相关因素来评估境外法域的权限。

100. 据认为，变式 A 和变式 B 不一定是两个相互排斥的案文，因为变式 A 中的办法本身会导致由法院根据变式 B 中提到的因素来进行评价。

101. 关于变式 A，有人担心“经由适当手续立案办理”的措辞会造成某种不确定性，因为“适当”立案办理程序的含义不清。对此，有人提出，如果在其起源的法域中被认为是“适当”的，则应承认该外国程序是“经由适当手续立案办理的”。

102. 有人在讨论中表示，在制定委员会法律文本的工作到了某个阶段时，必须考虑到，根据正在制定的规则，可否使外国程序的多元性得到承认。

103. 关于变式 B，据认为，债务人“主要”营业地的提法在当代条件下可能会产生问题，因为可能难以确定跨国实体的各种主要营业地中哪一个应被视为“主要”的。另据指出，此种提法还会产生这样一种风险，即根据“主要营业地”标准承认一项程序之后，有可能另一法域又会根据同样的因素提出申请。有人在发言中提出，出于这个原因，采用变式 A 的思路的办法或许是可取的，通过这个有效的办法，可使法院得到机会来适当地考虑境外法域的权限。

104. 作为对变式 A 案文的进一步发展，有人提出，变式 A 中关于立案办理外国程序的有效性的推定，可在措辞可以上加以改动，使它规定把债务人与该境外法域之间无“重要关系”的程序排除在外。

105. 工作组接着根据上述讨论审议了下述对“外国程序”定义草案的进一步修订：

“(1) “外国程序”系指在债务人已受到某一主管人士、机构或当局的控制或监督的某一外国，根据其涉及破产的法律进行的集体司法程序或行政程序，其目的是：

(a) 重新安排债务人的事务，或

(b) 清算债务人的资产。

(2) 就本法而言，外国程序不包括债务人与立案办理该程序的法域之间并无重要联系的那些程序”。

第(1)款

106. 与会者普遍同意，第(1)款的修订草案是重大进步，有助于形成一条可获得广泛接受的规定。特别是，据指出，其中明确提到了程序的“集体性”概念。另外，现在的草案还指明外国破产程序是按照外国破产法办理的程序。据指出，这将使承认法院可以避免重新审查一次该程序是否确属破产程序。

107. 但是，会上提出了一些担忧和建议。一种担忧是，条文中提到的“控制或监督”可能不足以表明所指的是受某一国家当局的控制。另一种担忧是，鉴于一些法域传统上偏重于清算程序，因此条文中提及的重新安排和清算的先后顺序不妥当，应颠倒过来。支持现有顺序者指出，有一种日渐加强的趋势，倾向于更多地谋求重新安排，所以可据此保留目前的先后顺序，还有一个原因是，目前的顺序反映了可能采取的步骤的逻辑顺序关系。

108. 有人建议第(1)款增加一句，提及清偿协议程序，在该程序中，债务减少，而债务人保持对其资产的控制。工作组对增加具体提及清偿协议程序感到犹豫。这方面的一种意见认为，“重新安排”的类别相当广泛，读起来是经济学上的词语，而不是法律词语，按照人们对该词的普遍理解，它包括清偿协议及其他这类程序。据认为，增加这样一句话具体提及特定形式的重新安排，实际上反而会造成意思不明确。另外，据指出，试图开列一份重新安排程序的清单反而有可能将某些希望包括在内的程序类别排除在外。虽然与会者普遍同意应涉及清偿协议程序问题，但对如何才是达到这一结果的最佳方法，工作组不准备作出明确的决定，而是把对这个问题的审议推迟到以后阶段。建议可采取的做法包括对“重新安排”一词下定义，使之涵盖这一点，或在一份颁布立法的指南中加以提及。

109. 提出了一些文字性的建议或问题，其中包括：可删去“机构”一词，因为该词可能不明确，并且“人士或当局”一词已包含了其意思；可指明“控制或监督”一词指的是资产，而不是债务人本身；重新安排可以指债务人的资产，也可以指债务人的事务。在讨论中，再次提出了如下问题，即定义中的程序是否有意适用于自然人的破产，甚至消费者的破产也包括在内。

第(2)款

110. 会议普遍认为，第(2)款是一条关于承认外国程序的规则，而不是拟列入“外国程序”定义中的一项内容，另外，这个问题可以在案文的其他地方提及。还有人表示，规定“外国程序”不指与境外法域无重要联系

的程序可能会使人糊涂，因为不管是否与境外法域有这种联系，这程序总是由境外法域发起的。

B. “外国代表”的定义

111. 工作组审议了下述关于“外国代表”定义的初稿:

“‘外国代表’系指经由法规或法院（行政机构）其他命令[专门]授权，可对涉及债务人及其资产的外国程序采取行动，经正式任命介入某一外国程序的被委托人、资产管理人或其他代表。”

112. 有人表示关切，认为在“外国代表”的定义中罗列不同法域所使用的各种特定术语和称呼,可能会在不熟悉这些词语的法域造成含义不清，并且可能会产生不适当限制的意外效果，因为开列的名称难免有所遗漏。获得支持的一种替代办法是根据外国代表的职能来下定义，这也是欧盟公约草案第 2(b)和 2(d)条的做法。另据指出，这种做法会与“外国程序”定义按职能规定的做法相一致。

113. 有人促请工作组避免在定义中写入“专门”二字，因为国家通常不会任命一名破产代表专门到国外进行工作。据指出，一般是经由一项总的授权使任命的破产代表或管理人得以对债务人及其资产采取行动。

114. 经上述讨论后，并根据发表的意见，非正式起草小组对条款草案修改如下:

“‘外国代表’系指在外国程序中经正当手续任命并经由法规、法院或其他主管当局授权处理债务人资产或事务的人或机构。”

115. 普遍认为订正后的“外国代表”定义原则上可以接受。但是，与会者对其准确的措词表示了一些担心。一种担心是，“处理债务人资产或事务”一语造成某种含义上的不明确，因为在一些法域中，一系列人员可以有权“处理”债务人的资产或事务，不一定非破产代表不可。例如，这类人员可包括法官、会计师和监管官员。为了消除这种担心，有人建议将“处理……”改为“在重新安排或清算程序中管理或监督债务人的资产”。这一建议遭到反对，理由是它会无意中导致将“债务人掌管”式或“中止偿付”式的程序排除在外，在这类程序中，债务人依然保持对其资产的控制，虽然处于司法或行政当局的监管下，但从技术上来说，可被认为在行使管理类职能。为确保不将这些类型的程序排除在外而提出的另一种建议是，指明对债务人资产或事务行使管理或监督权，因为如前所述，掌管资产的债务人可行使这些权力。该建议也遭到反对，理由是提及管理和监督并不足以表明所指的是什么人或机构。

116. 经讨论后，工作组同意“……经任命……重新安排债务人资产或

事务或清算债务人资产的人或机构”这样的措词足以消除所表示的担忧，特别是满足了要清楚表明“债务人掌管”式或中止偿付式的程序的代表也包括在内的愿望。

117. 另一种担忧是“正当手续”一词可能给人一种印象，认为承认法院可以未按起始法域的程序法加以任命为由而拒绝承认一外国代表。大多数与会者认为，本规定并不想将此事项摆到承认法院面前，因此应删去“正当手续”一词。

C. 司法合作

118. 工作组审议了下述关于司法合作的条文初稿:

“(1) 在本国法院和另一国法院都开始立案办理集体破产程序的情况下，法院即有权与另一方法院进行合作，以期对债务人的资产和债务实现有效的管理。

(2) 管理人应遵行法院为确保前款规定的合作而发出的任何命令。

(3) [法院]之间的合作应遵行

(a) 法院的程序性要求;

(b) 对当地债权人的保护，使之不受到过份的侵害或不便;

(c) 公共政策。”

119. 有人回顾说，上述条文的拟定是回应了工作组在讨论初期提出的一种看法（见第 75 和 76 段），即需要有一条关于司法合作的条文，以便处理第二破产程序的现象。据指出，这一主题的条文对于某些法域的法官特别有帮助，那些法域目前尚没有处理司法合作的法律框架或授权，而没有这方面的立法依据对于寻求合作的司法行动来说可构成一种障碍。在讨论到该条文草案的具体方面时，人们提出了下述一系列问题。在讨论那些问题的过程中，有人提请工作组始终考虑到，该条文的主要目的是作为一条基本的依据，使司法合作成为可能，这一点也是本项工作的主要目的。

第(1)款

120. 人们提出的问题涉及关于司法合作的条文草案应该适用于哪些类别的可能情况。按本条款所拟适用的范围而言，那些可能情况包括下述几类：一种情况是既有一个主要程序，也有一个或多个第二程序，后者在某些方面从属于主要程序，或相对于主要程序来说是有限的；另一类情况是同时有并行的两个程序，而且双方都自称为“主要”法域；还有一种情况是在某一法域为对一宗外国破产程序提供协助而立案办理一个“附属”程

序。有人提出，讨论中出现的这些问题不仅对本条文的内容具有重要意义，而且提示了在以后阶段的讨论中可能需要更充分地处理下述问题：拟订中的文书要不要以及如何才能更充分地顾及程序的多元性问题。基本的探讨也许涉及例如如何判定某一程序应优先于另一程序。还有人提出，至少就这个关于司法合作的条文而言，也许并无必要深入探讨那些方面，因为它基本上是陈述一般的合作原则，除此之外，到底应采取哪些具体措施，那得由法院在其权力范围内按照具体情况来决定。

121. 至于目前讨论的关于司法合作的条文到底针对哪几类情况的问题，有人说，这一条文主要考虑到同时出现一个以上的破产程序这种情况。这个案文没有具体涉及附属程序，因此提请工作组考虑扩大这一条文的范围。对于扩大本条适用范围，没有人提出反对意见。

122. 提出的另一个问题是，有没有必要而且在这个问题上有无可能确定在“合作”一词的含义中应包括何种具体措施。虽然一般都认为，确切地作出规定是有助益的，特别是在有些法域，法官要求条文中应提示他们有权采取何种措施，但人们又感到犹豫到底要不要给“合作”一词下定义。担心的是，这样做会产生一种不良后果，限制了法官拥有的灵活性，从而限制了他们按照具体案件的具体情况选择最合宜措施的能力，实际上这等于限制了合作的范围。

123. 但是，与此同时，工作组又普遍倾向于这么一种看法：也许可以想出某种办法，按照人们的期望，既表述或提示“合作”一词所指的内容，又不影响到需要留有一定程度的灵活性，以便根据具体案情满足起码的合作要求。为此，工作组接受了下述建议：应设法在条文中作为一种提示或举例，列举一些可能的合作措施，但不是详尽罗列。

124. 对于在特定情况下合作所应具有的定义，作为另外一点，还有人提请工作组注意到，法院之间的一种合作形式可能出现需要由法院认可一项临时议定书的问题，这种议定书关系到在法院和有关当事人之间协调和建立合作关系的各个方面。据指出，可以将国际律师协会拟定的协约作为此种协议的模式。

第(2)款

125. 一些人针对澄清第(2)款所要达到的目的和主体当事方作了发言。特别提出了下述问题：对管理人规定的遵行法院为进行合作而发出的命令的义务，究竟是指承认法院所指定的管理人，还是同时也指被承认的外国管理人。

126. 针对上述问题，有人指出，第(2)款原来的意图是协助可能不能直接与境外法域的法院进行司法联络的法院通过它所指定的本国管理人来进

行这种联络。因此，这一规定是针对承认国的当地法院和管理人。同时认识到，在有些法域，就合作与协调事项而言，特别重点是放在有关管理人的作用上，而不是让法院承担主要责任。有人提出，应当用下述方式来确认这一办法：同时强调管理人给予配合的义务，并扩大第(2)款的范围使之同时包括外国管理人。

127. 对于扩大第(2)款以包括外国代表的建议，没有人提出反对。然而，有人指出，在编拟中案文的某个地方，应考虑规定外国代表的“有限出现”。按照这一意见，外国代表出现在外国法庭上，将不会使外国代表及其控制的资产完全受到承认法院的管辖。人们同意，鉴于这一问题对介入和承认这个基本问题的重要性，有必要以本届会议未能做到的更详尽的方式加以讨论，然而，这并不意味着，必须要等到这种讨论得出了结果才能进一步拟定一项关于司法合作的条文草案。

128. 关于文字问题，有人提出，第(2)款的措辞或许应提到授权法院下达旨在进行合作的命令，而不是下达要求管理人遵行的命令。据指出，这或许是一种避免具体述及该条所指人以及上面（第125和126段）提到的各种相伴问题的出路。另据提出，这一规定的措辞应避免产生并非本意的解释，即管理人可以决定不遵行他视为不是为了确保合作的法院指令。

129. 第(2)款讨论中提出的最后一个方面是，工作组在收到了根据在讨论第(1)款中提出的各个要点拟订的关于司法合作的比较全面的条文后，或许有可能对已提出的各种问题进行比较确定的讨论。

第(3)款

130. 对于按第(3)款的思路列入一条规定，人们表示支持，据认为，这样一条规定将保证现在草拟的文本将敏感地注意到应当顾及当地债权人的权利以及被请求国的程序和公共政策利益。

131. 关于第(3)款的具体措辞，有人提出，也许应更明确地表述(a)、(b)和(c)项中提到的对于合作的可能限制，以确保这些限制按其本义被理解为对合作的可能限制，而不是理解为合作的权力来源。有人坚决要求，任何这样的改写都应敏感地注意避免造成下述暗示：即一旦发现与当地的程序、当地债权人的利益或公共政策可能不一致，不论差别多小，即可停止任何及一切合作。

132. 有人询问，(b)项中提到保护当地债权人免受“过分侵害或不便”的含义是什么。对此，有人回答指出，虽然就破产案件的性质而言，它总会使债权人受到侵害和不便，但这一规定的原意是要确保不妨碍颁布实施此项文本的国家保护本国债权人免受歧视或遇到负担过重的不便。人们举出的例子是，在有些情况下当地债权人无法在外国程序中提出索偿要求。

133. 关于(b)项的另一个问题是，究竟有没有必要列入这样一条规定，因为保护当地债权人的意图也许可以归纳在(c)项所提到的公共政策之中。虽然人们承认用这种方式简要归纳这些因素并非不可能，但是，特别考虑到上款概述了这一条文的具体目的，最好将这一规定与一般提到公共政策区别开来。

D. 承认的效力

134. 工作组审议了下述关于承认的效力的条文初稿:

“(1) 主管当局承认某一外国程序，即在实际上

(a) 命令中止:

㈠ 对债务人或对其资产开始或继续进行司法、行政或私人行动，但为清算或调整债务而实施的集体性程序（“当地程序”）除外，和

㈡ 债务人对其资产权益的转让;

(b) 授权外国代表在遵行公共政策的情况下，强令由债务人或其他人对债务人的行为、处事、资产及债务情况提供证词或提供书面或电子信息;

(c) 授权外国代表保管和处理债务人的资产，但须受制于物权:

(d) 授权外国代表介入当地程序;

(e) 授权外国代表要求法院准予实施按正在立案办理外国程序的法域[以及业已开始办理有限程序的法域]的法律，一个破产清算人可采用的其他适当补救措施（除非本国法律禁止采用），在所有此种情况下，均须遵行

㈠ 法院或当局的程序性要求;

㈡ 对当地债权人的保护，使之不受到过份的侵害或不便;

㈢ 公共政策。

(2) 承认外国程序的效力应持续至经由当地主管法院或当局作出更改或终止时止。

(3) 外国代表可以直接向主管法院或当局申请承认某一外国程序和申请临时补救措施。

(4) 在宜对资产或债权人的利益加以保护时，可按外国代表的申请准予采取临时措施，但应由法院下令发出关于作出此种命令的通知。除非法院或当局另外发出命令，否则一项临时措施令应持

续至对承认　　外国程序的申请作出决定时为止。”

135. 虽然工作组意识到它将在稍后阶段再进一步讨论哪些是准许承认的依据，但据认为，上述条文是试图反映早先对承认外国破产程序的效力已讨论到了什么阶段（见第 54 至 59 段）。根据早先讨论中提出的为工作组所赞成的建议，本条款草案反映出按下述思路采用的双行办法。第(1)款的(a)项至(d)项列出了承认外国程序后承认即所具有的效力，(e)项则为承认法院有可能根据个案的具体情况实施进一步的适当补救措施留有余地。准许此种额外补救措施的前提是：符合当地的程序性要求，有利于保护当地债权人免受过分侵害或不便，并符合公共政策。

136. 条文草案中确立的制度的其他要素包括：第(2)款规定，上文提到的效力应持续至经由主管法院或当局作出更改或终止时为止；根据第(2)款确立外国代表直接向主管法院或其他当局申请承认的权利；第(4)款规定在必要情况下采取临时或暂行措施的可能性。

第(1)款

(a)项

137. 对于(a)项中提出的中止规定，人们发表了各种看法，有的涉及实质性问题，有的则涉及措辞问题。据认为，㈠分项中的中止，对于有些法域来说可能难以接受，这些法域准许在执行有担保的债权人的索偿要求时可不按破产程序处理：此种执行行动应不受中止执行个别索偿要求的限制。有人认为，这个问题或许是一个应由各国按法律文本中提供的各种选择办法来处理的问题。

138. 另一种看法是，有些法域可能希望能够不受所规定的中止的限制，以便不仅中止个别债权人的行动，而且能够中止集体的债权人行动。对后一种意见提出的看法是，按照(e)项授权法院自由裁量实施补救办法，这样一种扩展的中止在提交给工作组的条款草案中是行得通的。

139. 在讨论第(1)款时，一些人在发言中力促工作组考虑在(a)项的中止规定中允许以公共政策为由排除适用。公共政策的考虑可能高于一切，这已列入以作为最低限度清单之外自由裁量补救措施的一种限制因素或准则，(e)项对此作了规定，另外，(b)项关于自动授权外国代表一经承认即可在承认国获取信息的规定中也列入了这一限制。

140. 赞成在中止规定中具体准许以公共政策为由排除适用的意见认为，一项允许以公共政策为由而排除承认的泛泛规定未能考虑到在基本的承认决定与该承认的可能效力的范围之间是有区别可言的，其中一些差别可能与承认国的公共政策考虑相冲突。其他赞成准许排除适用的理由或例子包括伤害或人身损伤行动、婚姻行动、婚姻状况、赡养费以及各种各样

的行政和刑事程序。有人提出，一个可能的办法是更为具体地说明何种行动可以中止。还有人认为，中止规定的措辞表明，最低限度清单中可能缺少对效力规定的限制，例如，此处是对中止或其他效力的期限缺少限制。

141. 针对这些建议，有人表示了这样的看法，即应当谨慎行事，以限制在案文中对例外情形给予强调的程度，按照已经商定的意见，这些例外情形将是为了以迅捷方式保护财产不被分散并实现介入和承认的基本目的而需要的最低限度的承认效力。据此有人提出，在承认决定中，以及在法院审查以公共政策为由至少可对承认的此种及其他效力的执行可能提出的质疑时，可以对公共政策考虑给予充分的考虑。

142. 工作组注意到人们对于是否在中止条款中具体规定以公共政策为由的排除适用问题所提出的意见，并注意到将在今后的届会上，根据提交给它的进一步条文，对所提出的问题继续进行审议。

143. 其他意见包括，有人提出，(a)㈡项中提到的对债务人转让资产的中止必须服从按惯常的商业方式所需要的转让。人们举出的这种转让的例子是付给雇员的薪金，这种转让据推定将为主管当局所批准。这一建议没有受到反对，人们承认这是为了反映这一领域中的实际需要，因此，其用意并不是要作为排除情形。措辞性质的建议包括，有人提出，“中止”程序的开始、而不是中止现已进行的程序的概念可能不易得到普遍理解，或许应当改写；另外，早些时候在审议中注意到，“债务的调整”一词应予重新审查，并使之与案文中他处使用的经过修订的用语保持一致。

(b)项

144. 工作组注意到，作为少量列举出承认的效力之一，(b)项提到外国代表有权强令提供关于债务人事务的信息，这一权利应受到承认国公共政策的限制。据指出，这样一种处理方法会使这项规定在某些法律制度中受到欢迎，因有些法律制度不习惯于另一些法律制度所实行的相同的搜查信息程序或水平。有人认为，为进一步缓解这种忧虑，还可规定须遵行当地法律。但是，再增加这样一个条件的建议并没有得到广泛支持。有人指出，这个法律文书其原意就是提供关于这一主题的当地法律，即使它意味着要在这方面对传统的惯例和规则作某些改动。但人们对此又提出告诫，不要针对关于效力的最低限度清单中的这项效力和其他效力再规定附加条件，以致使承认生效的过程复杂化，甚至影响到这项工作的基本目标的实现。与此同时，人们在一系列发言中指出，目前订立的这条规则不会产生使外国代表完全不顾当地的程序法，随便搜求信息的效力。

145. 但是，工作组倾向于在将来进一步修订的条文草案中能看到明文提到外国代表需获得一项法院命令才能强令提供信息。据认为，增加这样

的措辞也许既可消除有些人表示的顾虑，也不影响这一条款的应有效力。

146. 有人提请工作组注意到如何使获取信息的要求不与有关保护职业秘密的规则发生冲突的问题。对此，有人说，这不直接涉及会计人员，这种考虑在刑事和民事案件中比较重要，但在破产程序中并无太大关系。但是，有人又指出，与破产程序确有关系的一个保密问题是涉及银行保密概念。

147. 关于所提到的电子形式的信息，工作组注意到，在以后阶段将会考虑是否有必要使其中所使用的描述此种形式的信息的术语与贸易法委员会其他法律文本中所用述语相一致，其中包括贸易法委员会在电子数据交换这一特定领域正在编拟的法规。

(c)项

148. 正如对效力的最低限度清单中所列举的其他各项承认效力那样，这里也提出了是否需要对这些效力规定某些限制的问题。对于(c)项规定，所提出的问题涉及例如家庭财产的可能豁免。

149. 关于“物权”的豁免，亦即第三方对于某些类别的动产的权利，与会者对采取何种适当方式加以表述为好，交换了意见。一种意见认为，使用特定的术语恐怕不能被人们普遍理解。因此，有人建议，最好在案文中提到外国代表有权在当地法律允许的范围内对资产行使充分的保管和控制。可是，这种措辞方式并没有得到广泛支持，因大家并不认为它提供了所必要的确切性。

150. 有人提出了一个更带根本性的问题：物权的豁免是否只赋予这一方面的承认的效力，而不赋予特别是(a)项所述的中止令。据认为，较宽的物权豁免虽然有些法域认为不适用于破产程序，但有助于使正在拟定的案文得到更广泛的接受。一种相反的意见是，不宜把物权豁免扩大到其他各项承认效力，它会冲淡承认的价值，亦即保护资产不消散，而且拥有物权者在任何情况下均可根据第(2)款申请免除中止令的适用。

151. 在讨论中，又提出这样一个问题：在承认的效力的条款中免除一些物权会不会影响到避免债务人对此种物权的转让损及其他债权人的利益。针对这一点，有人说，不应认为豁免物权使本法律案文对之不适用一定会影响到避免此种转让。还指出，一些法域为确定可适用于此种问题的法律而采取的方法是以物所在地法概念为依据的。

152. 在审议了与(c)项有关的各种问题之后，工作组认为，对此项规定以及所提出的事项均需要作进一步的审议，特别是在此项法规逐步展开之后，还得参照文本中的其他规定，作进一步审议。

(d)项

153. 工作组注意到，授权外国代表介入当地程序的(d)项，其目的与下述事实相关联：(a)项规定的中止令并不影响当地的集体程序。

(e)项

154. 工作组注意到有人建议，在本项的案文内增加一个提示，规定继续实行由法院按第(4)款规定准予采用的临时措施，作为根据(e)项法院有权准予采用的任择补救措施之一。

155. 与会者普遍同意(e)项的处理方法，特别是(e)㈠至㈢项提及的因素，这些因素在某些情况下可用以限制在最低限度清单（(a)至(d)项）之外。准予外国代表采用的补救办法。但是，有人提出，也许可以把提及这些因素的词语再加改进，使之更清楚地表明，它的目的是限制准予采用更多补救办法的义务，而不是限制给予更多的补救办法的权力来源。提出的建议是，“均须遵行”这个词语在这方面也许并没有把意思完全清楚地表达出来。

156. 工作组把相当大的注意力放在(e)项内承认法院如何以及在多大程度上可以根据法律规定，在最低限度清单列举的各项效力之外，再准予实施哪些其他的补救措施。有人提出，如果执行承认国的法律，其优越性是承认法院对之较熟悉而且有透彻的理解。一方面，有人认为，这一法规如果采取公约形式而不是示范法形式，那么，执行外国法律会更容易得到采纳，但另一方面，又有人指出，在国家破产法中提到为决定承认的效力而适用外国法律，这是有先例的。但是，工作组没有采取这种立场，亦即目前拟定的法律案文应只提及该法律。

157. 工作组认为十分重要的一项谅解是，在实践中，最常见的是外国代表在承认法域内谋求执行他按其本国法律所应得到的权力，亦即在立案办理请求承认的程序的法域内应有的权力。有人报告说，如果承认国的法律并不熟悉或根本不提到外国代表所谋求得到的权力，就很可能产生问题，因此，就这一点而言，提到外国程序的法律似乎会有帮助。与此同时，与会者普遍承认，在某种程度上，在最低限度的效力之外，再准予采用其他措施的问题不可能不提到承认法院的本国法律而在真空内解决。

158. 根据上述考虑，与会者大体上同意条文草案内采用的处理方法，就是说，外国代表根据立案办理外国程序的法域的法律所应得到的权力应保留不动。同时，工作组又倾向于仍保留条文草案内所包含的但书，亦即根据外国法律授予外国代表的权力不得违背当地法律的禁止事项。

159. 在大体基本达成共识的范围之外，还有一些意见和建议涉及在多大的范围内可以执行当地法律，以之作为依据，在最低限度的效力之外再

授予一些承认效力，以及外国法律与当地法律应如何适当混合。

160. 一系列发言涉及从不同角度来看的有利方面，有的从债权人利益着想，有的为了尽可能增大资产值，有的谋求使外国代表得以从中挑选权力，因为既可从外国程序的法律中获得权力，也可从承认国的法律中得到权力。有人指出，这种办法可以抑制随意挑选法院，从而限制了资产的消散，或使资产完全不受破产管理的影响。但是，这些考虑可能在某种程度上由于某些国家的犹豫态度而抵消，因它们会感到，一名外国代表可以从两个法域的法律之间挑选自己的权力，肯定能由于在境外法域得到承认而获得比之在本国法域中所能得到的更多的权力。

161. 讨论中提出的其他意见涉及本地法律与外国法律的混合，借以决定外国代表的权力以及在最低限度效力之外另再准予采取的措施。据说也许可以作这样的区分：根据外国法律来决定外国代表的权力，但根据当地法律来提供执行那些权力的程序。类似意思的一种看法是，当地法律可看作是外国代表行使权力的权威来源，这样做等于提示一个分析框架，对于某些法律制度是会有吸引力的，因它们特别强调要把权力和该权力的施行严格区分开来。又有人认为，两国法律结合采用的办法会引起划界限的困难，亦即很难划定每种法律的具体执行范围。

162. 还有人提出是否有可能划分辅助性的附属程序与并行破产程序之间的区别。有人认为，对前者定出一条规则不会象后者那么困难。但是，对于这一建议，有人说，所采用的措施不能违背当地法律的问题，在附属程序中会出现，在并行程序中也会出现。

163. 有人建议说，为考虑到上面所述的各种因素，也许可以加进一些词语，要求法院“适当兼顾到”外国程序法律和本国法律。引起人们兴趣的另一种不同做法是，可以拟定一个条款，不提这个或那个可能的适用法律，而是把这一事项留给法院去决定。据认为，这种做法可使外国代表得以申请被认为对执行其使命所必要的措施，承认法院亦可按同样原则作出反应，核准它所认为合宜的而且在其权力范围可以允许的措施。支持这种做法的人说，这符合这样一条基本设想：应在可行范围内提供最大限度的协助与合作。

164. 还有一种意见是，为拟定这一方面的条文，应考虑到《关于国外取证问题的海牙公约》所规定的各种程序和惯例，特别是外国代表的活动不能违反当地法律。在这方面，有人建议以该公约的做法作为指导原则，以便各国在这一类问题有所依据，知道有多大的运用范围。

165. 在结束关于依据何种可能的适用法律来授权在关于承认的效力的最低限度清单之外另再采取措施的讨论时，工作组注意到，多数人的意见是主张按照外国程序的法律来处理。与此同时，人们广泛感到，也有必要

根据当地法律的禁止事项作出限制。大家还共同认为，执行当地法律不应引起外国代表在其本国法律授予的权力之外，再获得更多的权力。在此基础上，工作组同意，对所提出的一些事项值得作进一步审议，大家同意在以后再回过头来讨论这些问题。

166. 关于文字上的一个建议是，有人认为，最好把(e)项中出现的“清算人”一词改成“外国代表”。还有人认为，“按照法律”这个词语也许限制太大。另一个更侧重于结构方面的建议是，(e)项内的一些事项也许应放在关于司法合作的条文内处理。

第(2)款

167. 有人对第(2)款的确切作用提出疑问。一种担心是，第(2)款也许会被看成与第(1)款的内容不一致，因此最好删除这一款。对此，有人说，这一款的目的是提供依据，以便受到承认效力之害的某一当事人可以谋求免除执行那些效力。按照该分析，人们建议以更明确的方法直接规定，可以得到一种权力申请免除承认的效力。在这方面提出的问题是有无必要作出可以更改承认效力的规定，此规定只针对自动产生的效力，或同时针对由法院根据第(1)(e)款的权力裁量决定后授予的效力。

168. 这一款的另一作用是顾及某些法域存在的情况，即承认的效力，特别是临时性质的措施经过一段时间后也许会自动消失。但是，有人指出，这一款的规定可能会被理解为不是为处理作为第(4)款主题的临时措施而订立的规则，而是处理承认的效力，在这种情况下，也许不必对效力的继续拟定规则。

169. 尽管如此，上述讨论仍然引发出了下述问题：究竟是否应当就承认的效力的有效持续时限或终止时间问题列入一条规定。一种做法是假定法院在规定效力时会确保效力尽量持续到所需要的长度。还指出，在某种程度上，某些效力会随着有关事态的自然发展，在实现其目的之后即自动失去相关性或效力。有人认为，大有必要列入一条规定，对承认的效力的有效期或终止期问题提供某种程度的确定性。

170. 讨论中又提出一个问题，它涉及外国程序的终止会产生何种后果，特别是它涉及承认的效力的终止问题。与之有关的问题是，对于外国程序或者承认的效力的终止，是否应要求具体公布周知。有人认为，鉴于承认对当地债权人的权利产生的影响，就承认的效力的终止规定某种正式手续也许是有益的一种办法。对此，有人说，当地法律一般都会对公布问题有所规定，在这种情况下，只要加进“按当地法院的要求发出通知”这种语句即可。同时，人们承认，这种办法较难执行，因为也许某一法域内并没有一种中央出版物，让债权人可以从中看到这一类通知。

171. 工作组注意到，在将来某一阶段，还得根据上面的讨论意见，在本条案文进一步展开的基础上，继续讨论已经提出来的问题。

第(3)款

172. 工作组表示，按它的理解，第(3)款内的“直接”一词系指外国代表有权直接向承认法院提出申请，不需要通过某种间接渠道，例如外交渠道办理申请。但是，有人指出，这一款的目的不是要废止在某些法域中关于应通过当地法律顾问出面办理的要求。

173. 关于第(3)款应放在什么位置，有人认为，把它放本条文的前头更为适宜。

第(4)款

174. 工作组总体上赞成列入一条规定，授权承认法院在外国代表提出申请时视具体情况准许某些临时措施。支持此做法的理由是，如果没有这种可能性，那么，承认的效力，特别是中止个别债权人的行动或中止转让资产这种效力只能在对申请承认作出决定时才生效，而到那时，往往来不及保护一些资产，亦即剩下的资产很少。

175. 有人询问，在进一步拟订第(4)款时，工作组是否应考虑指明某种所设想的临时措施，或者干脆将此事项留给当地法律去解决。提供考虑选择的措施涉及将资产交外国代表监管，外国代表可以扣押某些资产，以及禁止债权人强制执行其对债务人资产的偿付要求。

176. 工作组表示，它的理解是，目前拟定的这一款允许单方面执行临时措施，只要此种措施是当地法律所允许的。

177. 在文字上，有人认为，“至对承认……的申请作出决定时为止”这些话不一定能被人们所理解，最好用更清楚的词语来表达，例如“……直至对此种申请由法院作出决定时为止”。还建议明确指明，第(4)款一开始所指的是债务人的资产。

E. 关于外国程序的证据

178. 工作组审议了下述关于外国程序的证据的条文初稿。

“(1) 为证明确有一项外国程序，应出示一份经过核证的、表明外国程序已立案办理的有关文件的副本。

(2) 为证明某一外国代表的任命，应出示一份经过核证的、法院感到满意的任命状或任命决定的副本或其他证据。

(3) 可要求将证明文件译成有可能开始本国程序的国家的一种正

式语文。

(4) 一个外国程序应首先推定其已在该境外法域适当立案办理，除非有证据证明债务人与该法域之间并无重要的联系。”

179. 据认为，上面的条文反映了工作组在讨论早期阶段提出的下述看法（见第 36 至 38 段和第 113 段）：应当作出规定，为承认法院提供保证，即外国代表确是从任命法域得到授权在国外行事，特别是处理国外资产。同时，有人注意到，条文草案的措辞避免明文要求有在国外行动的授权，因为有人认为，列入这样一条具体的规定不符合惯例。对此有人指出，一般会用笼统的方式提到代表的任命，而不提及对行动能力的领土限制。

180. 另据认为，第(1)和(2)款是根据下述意见制定的，即只要出示经过核证的任命书的副本、或在无此副本时出示任命的其他证据即可。另据认为，第(4)款关于外国程序已适当立案办理的推定是以下述看法为依据的：不应对外国代表迅速采取行动保住资产的可能性设置任何不必要的障碍。

第(1)和(2)款

181. 一方面，人们同意，第(1)款以较好的方式表述了承认法域的主管法院应对外国代表进行必要核实的问题，另一方面，人们也提出了一些意见。一种看法是，可能有人会对第(1)和(2)款作出错误的解释，认为在所有情况下都要求出示两份文件，一份文件要证明已立案办理外国程序，另一份文件则要证明外国代表的任命，而事实上在有些情况下外国法院会出具单独一份包括这两个问题的文件。为了解决这一问题，提出了一些措辞性质的建议，其中包括：第(2)款应以第(1)款作为依据；把“应”一字改为“可”；按下述思路把第(1)和(2)款合并在一个条款内：“应提供已立案办理外国程序和任命外国代表的证据。此种证据可采用经过核证的副本的形式，也可采用法院要求的任何其他形式。”

182. 另一个意见是，提到“令法院满意的其他证据”可能与具体提到任命外国代表的法院命令或其他决定的目的背道而驰，并造成一些不确定性。为了减轻这样的担心，有人提出，应当修订第(2)款，以便澄清只有在没有法院命令或其他任命决定的情况下才需出示其他证据。据认为，通过下述方式可使这一规定更为具体：当外国代表是依据某项法规被授予权力时，要求出示经过核证的此种法规的副本，只要此种情形属实。另一个意见是，提到法院命令或其他主管当局的决定的核证，可能会产生某种不确定性，除非清楚表明这里所指的是文件出具人证明真实性，而不是“合法性”，即通常由行政当局或通过外交或领事渠道进行的较复杂的程序。

183. 工作组同意第(1)和(2)款的实质内容，并请秘书处根据提出的问

题和建立对其进行修订。

第(3)款

184. 虽然有人认为本条规定可能是不言而喻、没有必要的，或者将会在译文的核证方面带来问题，但工作组对删去第(3)款犹豫不决，因为它认为提及第(3)款中可能订立的规定是有用的，将增加文本的可接受性。

第(4)款

185. 对于第(4)款的确切措辞，提出了一些担心。一个担心是，“适当”立案办理外国程序的说法可能暗示承认法院应当参与审查外国程序是否已按境外法域的具体程序要求立案办理。承认法院的审查重点最好应限于管辖权的问题。普遍看法认为，前一类问题超出了承认法院的审查权力。针对所提出的这种担心，一个建议是，按下述思路改写第(4)款：“如果在债务人与已立案办理外国程序的法域之间没有重要联系，则不应承认该外国程序。”另一个建议是删去第(4)款，因为这一事项可由关于“外国程序”定义的第(2)款涉及。这一建议未得到足够的支持，原因是，工作组在讨论该款(见第110段)时已普遍同意，这样一条规则与外国程序的承认有关，应放在文书的其他地方。

186. 另据认为，可以以公共政策为由来处理某些外国程序尽管符合法域标准、但可能不值得承认的特殊情形。一个例子是，为了隐蔽资产，债务人与外国代表串通起来进行外国程序。讨论中还表达了这样的看法，即“重要的联系”这条标准的内容可能会有所差别，取决于是为附属程序、还是为平行程序而寻求承认。

187. 另一个担心是，除非起始国法院的管辖权问题也得到处理，否则不可能适当地处理承认法院的管辖权问题，因为这些问题之间可能有联系。针对这一问题，有人提出，不妨以综合性方式来处理法院办理破产程序的国际管辖权问题，在欧盟公约草案第3条中就采用这种办法。为此，有人认为，必须注意关于承认的规定有可能产生限制承认国立案办理本国程序的管辖权的作用。

188. 还有一种看法是，务必确定外国程序的哪一个阶段可被视为标志着外国破产程序的实际“立案办理”，以便决定对该程序给予承认。据认为，不同法域采用的立案办理程序的步骤和阶段也不同。另据认为，这一问题具有一定的重要性，因为在尚未对在起始国办理破产程序的申请作出决定之前，通常也可在承认法域申请临时补救措施。

189. 虽然工作组一致认为，评价外国程序的管辖权依据问题是一个重要的问题，并应在文书中加以处理，但它不准备就哪一种答案可取的问题

作出最后决定。因此，它决定把第(4)款放在方括号内，留待进一步审议。

五. 今后的工作

190. 在结束上面的审议时，工作组听取了就本届会议所取得的进展和似可处理的进一步问题所作的一些发言。

191. 会议普遍认为，在一些重要问题上取得了显著的进展，其中包括“外国程序”和“外国代表”的定义、承认的效力、司法合作和外国程序的证据。据指出，工作组在本届会议上进行了富有成果的讨论并审议了一些条文初稿，这为今后的工作打下了基础。

192. 与会者对今后的工作提出了一些议题，其中包括：外国法院的管辖权以及由承认国的法院承认此种管辖权；条文草案对附属程序或对平行程序的适用性及其在无当地程序时的适用性；债务人以及重新安排程序的定义；礼让和互惠问题；司法合作的范围；外国代表在不受完全管辖的情况下出现于承认法域的可能性（“有限的出现”）；外国债权人的国民待遇以及外国债权人通知的形式和时间框架；对一般债权人分配的衡平过程；外国政府的承认或收入要求；中止有限程序或第二程序的机制；承认以及临时补救措施对有担保的债权人的效力，特别是在物权和保留所有权安排的情况下；跨国界情况下的冲抵；自动补救措施的例外情形；修改或中止临时补救措施的机制；资产的分配和汇回本国；通过建立授予临时补救措施的法律框架在跨国界破产情形下保留资产，特别是凭法院命令或契约而掌握在第三方手中的资产。

193. 工作组请秘书处根据在本届会议上表达的意见和建议，为工作组下届会议重新编写出有关司法合作以及介入和承认的条文草案。人们注意到，根据贸易法委员会第二十八届会议上作出的一项决定，[6]工作组第十九届会议定于1996年4月1日至12日在纽约举行。

注

[1] 联合国国际贸易法委员会第二十八届会议(1995年)工作报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第17号》(A/50/17)，第382至393段。在该决定中，委员会将工作组的名称从原来的新的国际经济秩序工作组改为现在的名称，但工作组的届会仍按原顺序编号。

[2] 联合国国际贸易法委员会第二十六届会议(1993年)工作报告，《大会正式记录，第四十八届会议，补编第17号》(A/48/17)，第302至306段。委员会第二十六届会议讨论所依据的背景说明载于A/CN.9/378/Add.4号文件。

[3] 秘书处向委员会第二十七届会议提交的关于贸易法委员会及破产处理从业者国际联合会跨国界破产问题学术讨论会的报告载于A/CN.9/398号文件。

[4] 联合国国际贸易法委员会第二十七届会议(1994年)工作报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第17号》(A/49/17)，第215至222段。

[5] 秘书处向委员会第二十八届会议提交的关于司法学术讨论会的报告载于A/CN.9/413号文件。

[6] 《大会正式记录，第五十届会议，补编第17号》(A/5017)，第449段。