



大会

Distr.: General
15 April 2011
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十四届会议
2011年6月27日至7月8日，维也纳

破产法

增编

《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视（续）

目录

	段次	页次
二. 《示范法》的解释和适用（续）	56-116	2
C. 承认的过程	56-116	2
1. 介绍性评论	56-65	2
2. 集体司法或行政程序	66-70	3
3. 受某一“外国法院”控制或监督	71-74	5
4. “主要”程序：主要利益中心	75-110	5
5. 非主要程序——“营业所”	111-116	13
（在 A/CN.9/732/Add.2 号文件中继续讨论）		



二. 《示范法》的解释和适用（续）

C. 承认的过程

1. 介绍性评论

56. 要想符合“外国程序”的条件，外国管理人须说服接收法院有关程序：¹

(a) 是某一外国的（临时或终决）集体司法或行政程序；

(b) 是遵照与破产有关的法律而提起的，在该程序中债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；

(c) 目的是重整或清算。

57. 在剖析“外国程序”定义的各项要素时，会出现下列方面的问题：“集体司法或行政程序”一语的含义，“与破产有关的法律”的性质，以及是否存在“由某一外国法院控制或监督”的情况。这些概念反映的是管辖权要求，因此，应在裁决“外国程序”是“主要”还是“非主要”程序之前作出判断。²

58. 如接收法院认定存在“外国程序”，就会将注意力转向该程序的地位。“外国主要程序”和“外国非主要程序”两个术语在第2条中界定。

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”。³对自然人而言，“主要利益中心”被推定为该人的“惯常居所”。⁴

60. 证明存在着“非主要程序”要求关联程度较低的证据，即债务人在外国程序所在国设有“营业所”。“营业所”一语界定为“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。⁵“非临时性”一词既可指相关经济活动的持续时间，也可指进行这类活动的地点。

61. 如上所述，⁶承认为“主要”程序或“非主要”程序的决定具有重要影响。一旦一外国程序被承认为“主要”程序，类似中止在接收法院法域原可采取的

¹ 同上，第2(a)条，“外国程序”的定义。

² 同上，第17(2)条，该条规定需要确定接收法院承认的外国程序的地位。

³ 见下文第75-110段中的论述。

⁴ 《贸易法委员会示范法》，第16(3)条，关于法人和自然人“主要利益中心”的推定。见下文第58、81-104段。关于此种情形下“惯常居所”一语的讨论，见 *Re Stojevic* [2007] BPIR 141，第58段及其后。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，是其到外地或国外出差旅行后返回之处，对家中年少的成员而言，是其长大离家之前的居所。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。另见 *Williams v Simpson* (No. 5)，第41-49段。

⁵ 《贸易法委员会示范法》，第2(f)条，以及下文第111-114段的讨论。

⁶ 见上文，第52段。

各种执行行动的自动救济就会随之而来。⁷相比之下，就“非主要”程序而言，外国管理人只能得到酌定给予的救济。⁸

62. 从证据角度看，接收法院有权：

(a) 推定第 15(2)条提到的任何决定或证明为真实文本；⁹

(b) 推定在申请承认时提出的所有支持文件为真实文本，无论其是否经过“公证”；¹⁰

(c) “如无相反证据”，推定“债务人的注册办事处或个人的惯常居住地”为债务人的主要利益中心。¹¹

63. 一般来说，“外国程序”是否具有符合“主要”程序标准的特点将取决于启动程序所在国相关国内法领域的专家证据。判断是否存在“营业所”（以证明非主要程序）涉及事实问题。根据适用的国内法而定，接收法院在缺乏专家证据的情况下也许可依赖公司章程复印件和其他辅助解释材料，以判断所涉特定形式破产程序的地位。¹²

64. 考虑“外国程序”、“外国主要程序”和“外国非主要程序”意义的几个已决案件涉及企业集团的成员。但《贸易法委员会示范法》针对的是个别实体，而非整个企业集团。¹³就《示范法》而言，重点是企业集团内作为独立法律实体的每一个成员。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，可合并处理这些集团成员的破产案，但《示范法》范围内没有如此处理企业集团主要利益中心的规定。

65. 如无相反证据，对于依据承认国的法律启动一项程序而言，对一项外国主要程序的承认即证明债务人已告破产。¹⁴

2. 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制度。“集体”破产程序的概念基于单一破产管理人能够为在所有债权人之间按比例分配的目的（须遵守国内法定优先顺序）控制资产的变现，与之相对应的是旨在协助特定

⁷ 《贸易法委员会示范法》，第 20 条。另见下文第 128-135 段。

⁸ 同上，第 21 条。另见下文第 134-151 段。

⁹ 同上，第 16(1)条。

¹⁰ 同上，第 16(2)条。

¹¹ 同上，第 16(3)条。

¹² 这种方法的示例可见于 *Betcorp* 案，在该案中，美国破产法院使用了澳大利亚立法草案所附用于为议会提供帮助的谅解备忘录，以便理解本案所考虑立法的目的和结构。澳大利亚国内法院可以利用该备忘录解决模棱两可的问题，但没有义务这样做。

¹³ 另见 *Eurofood* 案，第 37 段。

¹⁴ 《贸易法委员会示范法》，第 31 条。

债权人得到支付的程序，或者旨在实现处理债务人的破产（而非处理债务人的具体资产）以外的某种目的的程序。

67. 在“外国程序”定义的范围内，可能有各种集体程序有资格获得承认。预计其中一些程序是强制性的，而另一些程序可能是自愿性的。一些程序与债务人资产的清算有关；另一些可能注重于债务人事务的重整。《示范法》还意在涵盖债务人（公司或个人）对其资产保留某种程度的控制但须受法院或其他主管当局监管的情形。¹⁵

68. 法官可能被要求判断是否存在导致适用《示范法》的“集体”破产程序。几个案件也许会有所帮助。

69. 在 *Betcorp* 案中，根据澳大利亚法律启动的一项自愿清算被美国一家法院认定为《示范法》范畴内的行政程序。由于该自愿清算为所有债权人的利益而将资产变现，认定“集体”程序的必要条件是具备的。¹⁶在 *Gold & Honey* 案中，根据以色列法律启动的破产管理程序被一家美国法院认定不属于破产或集体程序，理由是該程序并未要求破产管理人考虑所有债权人的权利和义务，并且其主要目的是允许某个当事方收回债款。¹⁷在 *British American Insurance* 案中，法院同意审理 *Betcorp* 案的法院和审理 *Gold & Honey* 案的法院关于“集体”的含义的观点，指出这类程序既设想了考虑和最终处理各类债权人的债权，又设想了债权人参加外国行动的可能性。¹⁸

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。接收法院认为，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。¹⁹上诉时该意见得到支持，主要是因为英格兰下级法院给出的理由。²⁰

¹⁵ 《颁布指南》，第 24 段。例如，所谓的占有式债务人。

¹⁶ *Betcorp* 案，第 281 页。关于对第 2 条“破产程序”含义的考虑，澳大利亚法院在 *Tucker (no. 2)* 案第 1485-86 页（见案件概要）提及对这类自愿程序的一种不同看法。法院引述了 2008 年《跨国界破产法案》的解释备忘录，其中指出，“虽然‘破产程序’一语可能有专门的含义，但(a)项[指《示范法》第 2 条]的用意是泛指针对严重财务困境中的公司的程序。”法院还提及澳大利亚财政部编写的一份协商文件，其中指出，“就《澳大利亚公司法》而言，《示范法》的范围将包括第 5.1 部分所述的因破产、重建和重整而产生的清算和第 5.3A 部分所述的自愿管理。[……]也不包括成员的自愿停业清算或法院主持下的停业清算……”[公司法经济改革方案的改革建议：第 8 号文件，跨国界破产—促进国际合作与协调，第 23 页]

¹⁷ *Gold & Honey* 案，第 370 页。

¹⁸ *British American Insurance* 案，第 902 页。

¹⁹ *Stanford International Bank* 案，第 73 和 84 段。

²⁰ *Stanford International Bank Ltd* 案（上诉），第 26-27 段。

3. 受某一“外国法院”控制或监督

71. “外国法院”²¹的定义中并未对司法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度仍然在“外国程序”定义的范畴之内。²²

72. 到目前为止，“控制或监督”的概念受到的司法关注很少。有两种可能的做法，第一种已在 *Betcorp* 案中讨论。尽管寻求承认所涉的程序是在没有法院参与的情况下经过本公司的投票而启动的，法院仍然认定“控制或监督”标准²³已经达到，原因是因为相对于对债务人资产和事务的控制或监督，负责代表所有债权人管理集体程序的清算人受到行政或司法监督。法官认为澳大利亚证券和投资委员会对于监督清算人履行职责负有责任，可以要求清算人在采取某些行动（例如销毁账簿和记录）之前取得许可，并能够取消或撤回任何人担任清算人的权力。在此基础上，法院认为澳大利亚证券和投资委员会为《贸易法委员会示范法》中“外国程序”定义所指的“负责控制并监督外国程序的当局”。²⁴

73. 一种不同的意见是，某种监管制度的存在本身并不构成对债务人资产和事务的控制或监督，特别是在监管者的权力局限于确保破产管理人正确履行职责而不是监督特定破产程序的情况下。

74. 审理 *Betcorp* 案的法院认为，除了与监管者有关的结论外，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”。²⁵

4. “主要”程序：主要利益中心

75. 就公司债务人而言，要承认一项外国程序是“主要”程序，接收法院必须确定“[债务人]主要利益中心”位于外国程序的起源国。²⁶“主要利益中心”概念的由来和已决案件中适用这一概念的方式可能有助于法官处理这一问题。

76. 对于《贸易法委员会示范法》，曾故意决定不给“主要利益中心”下定义。这一概念取自《欧洲联盟破产程序公约》，目的是保持一致。²⁷在《示范

²¹ 《贸易法委员会示范法》，第 2(e)条。

²² 《颁布指南》，第 74 段。

²³ 《贸易法委员会示范法》，第 2(a)条。

²⁴ *Betcorp* 案，第 284 页。为支持该论点，法官援引了 *Tradex Swiss AG* 384 BR 34 at 42 (2008) 案，在该案中瑞士联邦银行委员会被认定是“外国法院”，因为它对经纪业实体的清算发挥控制和监督作用。

²⁵ *Betcorp* 案，第 283-284 页。

²⁶ 《贸易法委员会示范法》，第 2(b)条。

²⁷ 见《颁布指南》，第 31 段；参见《欧洲公约》第 3 条。

法》定稿之时,《欧洲公约》尚未生效,随后该公约因为没有得到所有成员国批准而不了了之。²⁸

77. 随后,关于破产程序的《欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日第 1346/2000 号条例》(《欧洲理事会条例》)适用于欧洲联盟所有成员国(丹麦除外),以处理欧洲联盟内的跨国界破产问题。“主要程序”和“主要利益中心”的概念在《欧洲理事会条例》的案文中得到沿用。²⁹与《贸易法委员会示范法》的条文形成对照,《欧洲理事会条例》强调主要利益中心需要“第三方可以查明”。³⁰《颁布指南》指出“主要利益中心”的概念与《欧洲公约》第 3 条的表述相一致,并承认应当“加强在‘主要’程序的概念方面正在出现的一致性。”³¹两个案文中的概念虽然是相似的,但却服务于不同目的。根据《欧洲理事会条例》确定“主要利益中心”与应当在哪个法域启动主要程序有关。根据《示范法》确定“主要利益中心”则与承认的后果有关,其中最主要的是可用来协助外国程序的救济手段。

78. 《欧洲理事会条例》陈述部分(12)和(13)规定:

“(12) 本条例使主要破产程序能够在债务人设有主要利益中心的成员国启动。这类程序具有普遍范围,旨在涵盖债务人的所有资产。为保护多种多样的利益,本条例允许启动辅助程序与主要程序平行进行。辅助程序可在债务人设有营业所的成员国启动。辅助程序的效力限于位于该国的资产。与主程序协调的强制性规则可满足共同体内统一性的需要。”³²

“(13) “主要利益中心”应当对应于“债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。”

79. 预期所有成员国将批准《公约》,编写了一份关于《欧洲公约》的解释性报告(Virgos-Schmit 报告)。³³该报告就“主要破产程序”的概念提供了指导意见,尽管《公约》随后夭折了,报告还是得到了普遍接受,被作为《欧洲理事会条例》中“主要利益中心”一语的辅助解释材料。

²⁸ 有关历史见法律顾问在 *Re Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701 和 *Eurofood* 案中的意见,第 2 段。更全面的讨论见 Moss、Fletcher 和 Issacs 著“欧洲理事会破产程序条例:评注和附有说明的指南”(第二版,牛津出版社 2009 年),第 1.01-1.25 段。

²⁹ 下文所载的《欧洲理事会条例》,陈述部分(12)和(13)。

³⁰ 同上,陈述部分(13)。

³¹ 《颁布指南》,第 31 段。见 A/52/17,第 153 段,其中指出“……结合《公约》对该术语所作解释对结合《示范[法]》解释该术语也将是有益的。”还应指出《欧洲理事会条例》并未对主要利益中心作出界定—见下文陈述部分 13。在贸易法委员会《示范法》谈判工作组的讨论期间,注意到选用主要利益中心的概念确定主要程序具有若干优点,包括这将与《欧洲公约》中使用的方法和术语协调一致。这样可使《示范法》的运用促进广为理解的标准化术语的发展,而不至于无意中促成术语不必要的多样化(A/CN.9/422,第 20 页,第 90 段)。

³² 《欧洲理事会条例》提及辅助程序,而《示范法》提及非主要程序。《欧洲理事会条例》下的辅助程序是停业清算程序:第 3.3 条。

³³ 见术语表,第 7(g)段。该报告在 1995 年 11 月 23 日公约开放供签署之前编写。

80. Virgos-Schmit 报告将“主要破产程序”的概念解释如下：

“73. 主要破产程序

“第 3(1)条使普遍适用的主要破产程序能够在债务人设有主要利益中心的缔约国启动。主要破产程序具有普遍范围。其目的是涵盖债务人在全球范围的所有资产，并影响所有债权人，不管其位于何地。

“在《公约》所包括领土内只可启动一套主要程序。

.....

“75. “主要利益中心”的概念必须解释为债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点。

“本规则的理由不难解释。破产是一种可以预期的风险。因此，重要的是国际管辖权（我们将会看到，这种管辖权导致适用该缔约国的破产法）基于债务人的潜在债权人所知悉的地点。这使得发生破产时必须承担的法律风险能够计算出来。

“使用“权益”一词的目的是不仅涵盖商业、工业或专业活动，而且涵盖一般经济活动，以便将私人个人（例如消费者）的活动包括在内。

“主要”一词是一种判定标准，用来处理这些权益包括在不同中心开展不同类别的活动的情况。

“原则上，主要利益中心对于专业人员而言是其职业住所所在地，对于一般自然人而言是其惯常居住地。

“就公司和法人而言，《公约》推定，如无相反证据，债务人主要利益中心是其注册办事处所在地。该所在地通常与债务人的总部是一致的。”

81. 现在已有几项考虑“主要利益中心”一语的含义的法院裁决，这些裁决要么依据《欧洲理事会条例》，要么依据基于《贸易法委员会示范法》的国内法。在方法上有一些微妙的差别。不过，这些差别可能只是表面现象而非实质问题。

82. 最主要的欧洲裁决是 *Eurofood* 案，该案源于爱尔兰法院和意大利法院之间产生争议，争议点是一家注册办事处所在国不同于母公司所在国的破产的附属公司的“主要利益中心”是在其注册办事处所在国还是在母公司所在国。

83. 要回答这个问题，欧洲法院必须确定注册办事处将被视为特定公司主要利益中心这一推定的强度。就《欧洲理事会条例》而言，该推定载于第 3(1)条：³⁴

³⁴ 对比《贸易法委员会示范法》，第 16(3)条。另见 Virgos-Schmit 报告，第 76 段。

第 3 条 国际管辖权

“1. 债务人主要利益中心位于其领土内的成员国的法院应对启动破产程序拥有管辖权。对公司或法人而言，如无相反证据，注册办事处应推定为其主要利益中心。”

84. 欧洲法院认为，“在确定债务人公司的主要利益中心时，共同体立法机关确立的主张注册办事处的简单推定……只有在下述情况下才可以推翻：既客观又可为第三方查明的因素能够确定所存在的实际情况与将主要利益中心定位于该注册办事处应当反映的情况不同。”³⁵

85. 在考虑该推定时，欧洲法院指出，对于不在其注册办事处所在国领土开展任何业务的“信箱公司”，可以推翻该推定。³⁶相反，它认为母公司就附属公司的注册办事处设在哪里作出经济选择（例如，为税收原因）这一“简单事实”不足以推翻该推定。³⁷

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测性。与 *Eurofood* 案形成对比的是，美国第一上诉法院在 *SPhinX* 案中的裁决则对确定主要利益中心的权力采取较为宽泛的观点。

87. 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，该推定的措辞从相反“proof（证明）”改成了相反“evidence（证据）”。³⁸有关该修改的立法史表明，这种修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。³⁹在这方面，必须阅读一下 *SPhinX* 案和美国法院随后的裁决。

88. *SPhinX* 案涉及在开曼群岛注册的一家人的临时破产管理人申请承认该群岛的程序为“主要程序”。法院拒绝这样做，只承认其为非主要程序。*SPhinX* 案表明，对不当选择法院的认定可能是在确定债务人公司利益中心时可以考虑的一个因素。上诉法院指出：⁴⁰

“这些不当目的和反驳分析，加上一些实际考虑，所有这些导致破产法院得出结论认为，在有这么多客观因素表明开曼群岛并非债务人主要利益中心，并且似乎承认开曼群岛程序为非主要利益不会产生不利的结果的情况下，这是一种较好的选择。”

³⁵ *Eurofood* 案，第 34 页。

³⁶ 同上，第 35 段。

³⁷ 同上，第 36 段。另见该判决第 37 段关于法院结论的完整摘要。

³⁸ 《美国破产法典》第 1516(c)条：“[如]无相反证据，债务人注册办事处……推定为债务人主要利益中心。”

³⁹ 《美国国会报告》阐述了立法来历：HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005)。

⁴⁰ *SPhinX* 案，第 21 页。

“总体而言，破产法院考虑它所考虑的因素、保留灵活性并作出得到已认定事实支持的切合实际的解决办法是适当的。援引的权威意见无相反认定。”

89. 在贝尔斯登案中，美国法院进一步审议了确定债务人主要利益中心的问题。有关承认的申请也涉及在开曼群岛注册、在该法域被付诸临时清算的一家公司。

90. 法院查明了美国立法对上述推定所作修改即将“proof”改为“evidence”的理由。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。”⁴¹

91. 法官指出，这样做“允许并鼓励在速度至关重要的案件中迅速采取行动，但对于事实比较可疑案件中债务人真正的“中心”却未有定论”。他补充说，在公司注册法域与其实际所在地分离的情况下，这种“推定并非一个优选选择”。⁴²

92. 法院在贝尔斯登案中提出推翻该推定的举证责任。法院认为应由寻求承认的外国管理人负举证责任，证明主要利益中心在注册地以外的某个地点。⁴³在该案中，法院认为该推定已经被外国管理人为支持其申请而举出的证据推翻。所有证据都表明主要营业地在美国。

93. 经过讨论 *Eurofood* 案的判决，美国法院认为，债务人平时管理其权益并因而可以由第三方查明的地点大体等同于美国法律中“主要营业地”的概念。⁴⁴最近，美国最高法院在审理 *Hertz Corp* 诉 *Friend* 案时，为适用某些法律而将“主要营业中心”界定为“神经中心”。⁴⁵似乎在 *Fairfield Sentry* 案中为适用《示范法》而仿效了这种办法。⁴⁶

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”。贝尔斯登案的裁决被 *Atlas Shipping* 案仿效，在该案中，法院认为一旦法院承认一项外国主要程序，第 15 章专门规定法院将行使酌处权确定与礼让原则

⁴¹ 见注 104。

⁴² 贝尔斯登案，第 128 页。

⁴³ 同上，第 128 页。

⁴⁴ 同上，第 129 页。

⁴⁵ 130 S Ct 1181 (2010)。最高法院指出，法院应将重点放在对公司事务进行协调、指挥和控制的实际发生地，指出对于与之打交道的民众来说，该所在地是显而易见的。

⁴⁶ *Fairfield Sentry* 案，第 6 页。法院认定，面前的事实表明，该债务人最可行的行政神经中心已在英属维京群岛存在了一段时间。这些事实包括一个管理债务人事务的独立诉讼委员会的组成和其决策地；在英属维京群岛通过电话与债务人律师进行董事会议；自 2009 年启动英属维京群岛清算程序以来，英属维京群岛清算人始终在指挥和协调债务人的事务，以及拥有英属维京群岛的驻地受雇人员和办公室。

相一致的适当的承认后救济。⁴⁷上述裁决也被 *Metclafe and 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。⁴⁸

95. 在 *SPinX* 案中，上诉法院认为，如果没有当事方反对就视为推定已被推翻，这样做也许是适当的。在贝尔斯登案中，上诉法院支持下级法院的裁决，即推翻推定的举证责任在于外国管理人，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。⁴⁹

96. 与下级法院一样，上诉法院承认，主要利益中心的概念和上述推定来源于《欧洲公约》，以及“主要利益中心”等同于“主要营业地”。上诉法院还确认了一审裁决中所列的一系列因素，在评估是否与有关承认的申请相一致已建立主要利益中心时应考虑到这些因素。查明的因素包括：⁵⁰

- (a) 债务人总部所在地；
- (b) 债务人公司指挥者所在地；
- (c) 债务人主要资产所在地；
- (d) 多数债权人至少是受案件影响的债权人所在地；
- (e) 与债务人和债权人之间可能发生的争端有关的适用法。

97. 在 *Betcorp* 案中，虽然对澳大利亚公司主要利益中心似乎没有严重争议，法官还是对这一问题提供了一些思考。他的结论是，“……分析债务人[主要利益中心]的案件的共性表明，法院没有适用任何严格的公式，也没有一致认为某一因素起决定作用；相反，法院对各种因素进行分析，以客观地辨明特定债务人的主要营业地在什么地方。这项调查审查债务人的行政、管理和业务，以及正常和普通的第三方可否辨明或预测债务人在哪里履行这些各种职能。”⁵¹法官认为，确定主要利益中心的时间反映了提出有关承认的申请的时间。⁵²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 *Yuval Ran* 案和 *British American Insurance* 案中得到仿效。

⁴⁷ *Atlas Shipping* 案，第 78 页。

⁴⁸ *Metclafe and Mansfield*，第 697-698 页。

⁴⁹ 贝尔斯登案（上诉），第 335 页。

⁵⁰ 贝尔斯登案，第 128 页；贝尔斯登案（上诉），第 336 页。

⁵¹ *Betcorp* 案，第 292 页。

⁵² 同上。

98. 其余裁决是 *Stanford International Bank* 案一审裁决和上诉裁决。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. 一审时，法官接受以下说法，即仿效 *Eurofood* 案中所阐述的办法，第三方查明是压倒一切的考虑因素。⁵³法官参照 2006 年《跨国界破产条例》（该条例在大不列颠颁布了《贸易法委员会示范法》）而非根据《欧洲理事会条例》作出了该裁决。在确定“可查明”一词的含义时，法官提及公众领域的信息以及典型第三方通过与债务人打交道掌握的信息。⁵⁴这样，法官拒绝仿效他自己在以前作出的采用“总部职能”检验标准的裁决。⁵⁵

100. 法官认为，在推翻推定方面，美国法院和欧洲法院在做法上的差别在于，美国法院将举证责任归于宣称特定程序是“主要程序”的人，而 *Eurofood* 案将举证责任归于寻求推翻该推定的当事方。⁵⁶

101. 法官表示对贝尔斯登案中所列各因素⁵⁷是否符合“可查明性”这一要求有某种疑虑，指出“可查明性”是 *Eurofood* 案中的要求。不过，即使美国法院没有考虑该具体标准清单是否符合此要求，以下说法也显得似是而非，即知情的债权人可能知悉至少是指债务公司所在地、其总部、主要资产所在地以及债务人开展国内业务还是国内业务。⁵⁸*Stanford International Bank* 案一审意见的重要性在于，它暗中强调需要证据证明与债务人打交道的第三方可查明哪些因素。

102. *Stanford International Bank* 案的裁决在上诉时得到支持。在主判决中，审判长认为，不管是对于“主要利益中心”，还是对于推定，《贸易法委员会示范法》和《欧洲理事会条例》所使用的措辞都有明显的相关性。⁵⁹经与美国当局和其他当局讨论，他认为一审法官仿效 *Eurofood* 案是正确的，并确认 Virgos-Schmit 报告中的解释⁶⁰（关于可查明性）对于《示范法》程序同样是适当的。审判长不一定认为美国对推翻推定适用不同的举证责任，而是将这个问题留待以后解决。⁶¹

⁵³ *Stanford International Bank* 案，第 61 页。

⁵⁴ 同上，第 62 段。

⁵⁵ 同上，第 61 段。

⁵⁶ 同上，第 63 和 65 段。

⁵⁷ 见上文第 96 段。

⁵⁸ *Stanford International Bank*，第 67 段。对比上文第 92 段所列因素清单。

⁵⁹ *Stanford International Bank* 案（上诉），第 39 段。

⁶⁰ Virgos-Schmit 报告，第 75 段；见上文第 80 段。。

⁶¹ *Stanford International Bank* 案（上诉），第 55 段。

103. 法院一名成员赞同审判长的意见，同意他所述理由。⁶²法院第三名成员虽然总体上同意审判长的意见，但对于“总部职能”检验标准发表了看法：⁶³

“对于用来审查关于[主要利益中心]所在地的一审裁决的检验标准，我与[审判长的意见]稍有不同。法官必须做的是就在每个潜在[主要利益中心]开展哪些活动得出结论，然后查看这些活动是否等同于执行总部职能，然后从量和质两个方面查看这些活动是否比在注册办事处进行的活动更加重要。”

也许可以认为，这些意见表明法院需要根据收到的证据客观地裁决债务人主要利益中心在何地，而不是基于债务人和在债务人营业寿命期限内与其打交道的其他有关当事方实际可查明因素的证据作出裁决。*Stanford International Bank* 案中其余的上诉判决和 *Eurofood* 案的裁决倾向于支持后一种论点。

104. 通过对涉及“主要利益中心”难题的案件进行审查，发现有下列冲突领域：

(a) 推翻“注册办事处”推定的举证责任由谁承担？

(b) 鉴于使用“主要利益中心”的不同目的，这一检验标准是否应在《示范法》和欧洲条例中作不同解释？

(c) 在确定“主要利益中心”所在地时可以考虑哪些客观上可以确定的情形？尤其是：

(一) 是否应当参照主要营业地（或“神经中心”），参照与公司打交道者将哪里视为债务人协调、指挥和控制的实际发生地来处理这一问题？

(二) 按照 *Eurofood* 案中所设想的思路，哪些因素是第三方客观上可以查明的？尤其是就主要利益中心进行调查发生在什么时间——债务人与第三方交易之时，债务人被纳入集体破产程序之时，还是就承认问题进行审理之时？

(三) 法院在确定是否应予承认时，可否考虑债务人从自身角度寻找更好的法院的企图？

105. 确定的问题都是法官在解释基于《贸易法委员会示范法》的国内立法时需要考虑的问题，同时要考虑到国际判例和有关公共政策因素。

106. 如前所述，⁶⁴由哪一当事方承担推翻推定的举证责任在绝大多数案件中不可能起决定作用。一般来说，从有关当事方提供的证据中就可以明显看出注册办事处所在地是否构成主要利益中心。只有在证据处于均衡状态的情况下，推翻推定的举证责任才有可能对有关承认的申请起决定作用。

⁶² 同上，第 159 段。

⁶³ 同上，第 153 段。

⁶⁴ 见上文第 92 段。

107. 虽然确定债务人主要利益中心的方法存在差别，但已决案件的总体趋势似乎支持在相关时间与债务人打交道的第三方客观地查明这一标准。⁶⁵这个问题更多地在于一些法域注重特定的因素，如承认申请所针对的特定实体的“神经中心”或“总部”。

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，如滥用程序。《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判断。然而，在下述情况下很明显是有问题的，就是非法的诉讼地选择导致债务人被置于更有利的地位，并因而对债权人造成伤害。《示范法》并不妨碍接收法院适用国内法特别是程序规则处理滥用程序的问题。

109. 处理非法选择诉讼地问题的另一种方式也许是考虑可否基于公共政策而拒绝承认。⁶⁶从这个角度看，非法选择诉讼地问题属于滥用法院程序这一更广泛的范畴。可以提出理由支持以下论点，即如果负责追求申请的人明知主要利益中心在别处，却故意决定将注册办事处移至不同地点，在申请承认时不告知实际情况并（或）掩盖这类信息，则有关承认为主要程序的申请属于滥用程序。基于“公共政策”例外的办法的好处是以与《贸易法委员会示范法》条款和精神相符的方式将有关承认的调查与滥用程序问题分开。

110. 在 *Gold & Honey* 案中，一家美国法院基于公共政策理由拒绝承认以色列程序。在该案中，清算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破产财产接管程序，“因为这种承认将奖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”。⁶⁷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”，⁶⁸美国法官认为已经达到了确立公共政策例外所要求的较高门槛。

5. 非主要程序——“营业所”

111. 要想获承认为“非主要程序”，债务人必须在外国法域设有“营业所”。“营业所”一词属于《贸易法委员会示范法》中“外国非主要程序”的组成部分。在《欧洲理事会条例》中，该词还用来帮助成员国法院判断，在主要利益中心位于另一成员国的情况下，是否存在启动辅助破产程序的管辖权。《欧洲理事会条例》第 3(2)条规定：

⁶⁵ *Eurofood* 案和贝尔斯登案。

⁶⁶ 见上文第 45-71 段关于公共政策例外的讨论。

⁶⁷ *Gold & Honey* 案，第 371 页。

⁶⁸ 同上，第 372 页。

第 3 条 国际管辖权

“2. 如债务人主要利益中心位于一成员国的领土内，只有在该债务人在另一成员国领土内设有营业所的情况下，该另一成员国的法院才有权针对该债务人启动破产程序。这些程序的后果应限于债务人在该另一成员国领土内的资产。”

112. 《颁布指南》指出，⁶⁹ “营业所”的定义是受《欧洲联盟破产程序公约》第 2 条(h)项的启发而形成的。Virgos Schmit 关于该公约的报告提供了“营业所”的一些进一步解释：

“经营地系指在市场上（即对外）从事经济活动的发祥地，不论该活动是商业、工业还是职业属性的。强调必须使用人力资源从事经济活动表明需要某种最低限度的组织部署。纯粹偶尔使用的经营地不能被归类为“营业所”。需要某种固定性。否定式表述“非临时性”旨在避免最低限度的时间要求。决定因素是活动的外在表象，而不是债务人的意图。”⁷⁰

113. “营业所”是否存在很大程度上是一个事实问题；《示范法》未作任何推定。事实问题必然取决于出示的具体证据。必须证明该债务人在有关国家“以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动”。⁷¹不过，一个法律问题是，“非临时性”一语涉及有关经济活动的持续时间还是进行活动所在的具体地点。

114. 一些当局曾讨论过“营业所”一语。在贝尔斯登案中，⁷²认为“营业所”等同于“本地营业地”。在该案中，法院认为没有证据证明在开曼群岛进行了非临时性经济活动。在上诉时，上诉法院明确指出，为准备组建公司的文件进行的审计活动并不构成“营业所”涵义内的“业务”或“经济活动”，临时清算人对先前交易可否撤销进行的调查也是如此。⁷³

115. 也许应当更加重视“营业所”定义中“以人工和实物或服务”这样的词语。商业业务，由人工进行且涉及实物或服务，这些似乎是足以符合“营业所”一语定义的那类本地商业活动所隐含的特征。

116. 在“*Yuval Ran*”案中，上诉法院从个人债务人和什么可足以构成营业所的角度考虑营业所的问题。法院注意到出自《示范法》的营业所定义来源，以及对公司债务人而言，要求必须有营业地。⁷⁴法院指出，“将公司的主要营业地等同于个人债务人的主要或惯常居所，则可以设想营业地与债务人在接管人所称

⁶⁹ 《颁布指南》，第 75 段。

⁷⁰ Virgos Schmit 报告，第 7.1 段。

⁷¹ 《贸易法委员会示范法》，第 2(f)条。

⁷² 贝尔斯登案，第 131 页。另见 *Lavie v Ran* (2009)，第 286-287 页，*British American Insurance*，第 914-915 页。

⁷³ 贝尔斯登案（上诉），第 339 页。

⁷⁴ 贝尔斯登案，第 131 页。

营业所所在地国拥有第二住所或也许是职业地的情况相一致”。⁷⁵接管人称，债务和破产程序在以色列即构成承认意义上的“营业所”。法院不同意，认为破产程序和债务在以色列并不能使以色列的程序符合要求而被承认为非主要程序。⁷⁶

⁷⁵ *In the Matter of Yuval Ran* (2010), 第 16 页。

⁷⁶ 同上, 第 17-18 页。