

联合国  
大会

FILE COPY



Distr.  
LIMITED

A

A/CN.9/WG.V/WP.42  
26 September 1995  
CHINESE  
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会

破产法工作组

第十八届会议

1995年10月30日至11月10日，维也纳

跨国界破产

跨国界破产案件中

与司法合作、介入和承认有关的可能问题

目录

|                           | 页次 |
|---------------------------|----|
| 导言 .....                  | 3  |
| 第一章 一般背景说明 .....          | 4  |
| 第二章 介入和承认的可能决定因素 .....    | 8  |
| A. 管辖权限 .....             | 8  |
| B. 源自规定国家的外国破产程序 .....    | 9  |
| C. 法院的裁量权 .....           | 9  |
| D. 应包括的程序类别 .....         | 9  |
| E. 债务人类别 .....            | 10 |
| F. 外国代表的代理权 .....         | 11 |
| G. 公共政策考虑 .....           | 11 |
| 第三章 承认的后果 .....           | 11 |
| A. 可能的立法方式 .....          | 12 |
| 1. 详细列明后果 .....           | 12 |
| 2. 承认的后果参照适用法律确定 .....    | 14 |
| (a) 承认意味着外国破产法在本国有效 ..... | 14 |
| (b) 承认引起本国法律的适用 .....     | 14 |

|                                | <u>页次</u> |
|--------------------------------|-----------|
| (c) 由给予承认的法院作出法律选择 .....       | 15        |
| 3. 法院在确定承认后果方面的裁量权 .....       | 15        |
| 4. 不包括某些类别的资产 .....            | 15        |
| 5. 作出承认的程序性问题 .....            | 15        |
| 第四章 第二破产程序 .....               | 16        |
| A. 与外国主要程序的可能关系 .....          | 17        |
| 1. 管辖权的限制 .....                | 17        |
| 2. 对债权人请求另开第二破产程序的权利的限制 .....  | 18        |
| 3. 对第二破产程序中债权人获得偿付的权利的限制 ..... | 19        |
| B. 对外国主要程序起辅助作用的附属程序 .....     | 21        |
| 第五章 外国破产代表的介入 .....            | 21        |
| 第六章 司法合作 .....                 | 22        |
| A. 特别议定书的认可 .....              | 22        |
| B. 司法联络 .....                  | 23        |
| 第七章 其他问题 .....                 | 23        |
| A. 通知债权人的义务 .....              | 23        |
| B. 管理人之间互相交流信息的义务 .....        | 23        |

## 导言

1. 根据贸易法委员会第二十八届会议（1995年5月2日至26日，维也纳）作出的一项决定，破产法工作组本届会议即开始关于跨国界破产的法律文书的拟订工作。<sup>1</sup>
2. 委员会作出关于着手进行跨国界破产方面的工作这一决定，是回应从业者提出的与此问题直接有关的建议，亦即在贸易法委员会“21世纪的统一商业法”大会上（1992年5月18日至22日在纽约结合第二十五届会议举行）。委员会第二十六届会议决定继续研讨那些建议。<sup>2</sup>在这之后，为了评估这一领域工作的必要性和可行性，以及适当界定工作的范围，贸易法委员会与破产管理从业者世界联合会（破产管理联合国会）共同召开了一次跨国界破产问题讨论会（1994年4月17日至19日，维也纳），从许多国家邀请各专业的破产管理从业者、政府官员和其他有关部门代表包括贷款人代表参加会议。<sup>3</sup>
3. 贸易法委员会与破产管理联合国会共同举行的第一次讨论会得出的建议是，委员会在目前阶段进行的工作应只限于促进司法合作、法院准许外国破产管理人介入和承认外国破产程序（以下简称为“司法合作”、“介入和承认”）这一目标。大家达成的谅解是，这不能包括在任何方面试图谋求破产法的实质性统一，因人们广泛感到这样一个目标至少在目前阶段是难以实现的。有人还建议召开一次国际性的法官会议，专门征求他们对委员会这一领域的工作提出意见。委员会在第二十七届会议上接受了这些建议。<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 联合国国际贸易法委员会第二十八届会议工作报告（1995年），《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。

<sup>2</sup> 联合国国际贸易法委员会第二十六届会议工作报告（1993年），《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作为讨论基础的背景说明载于A/CN.9/378/Add.4号文件。

<sup>3</sup> 秘书处提交委员会第二十七届会议（1994年）的贸易法委员会—破产管理联合会跨国界破产问题讨论会的报告见A/CN.9/398号文件。

<sup>4</sup> 联合国国际贸易法委员会第二十七届会议工作报告（1994年），《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。

4. 此后，贸易法委员会与破产管理联合会又于1995年3月22日至23日在多伦多举行一次跨国界破产问题司法讨论会。这次司法讨论会目的是鉴于委员会着手进行跨国界破产的工作，需征求法官们和与破产立法有关的政府官员们对跨国界破产案司法合作的一些具体问题以及与之有关的介入和承认问题提出意见。<sup>5</sup> 这次司法讨论会得出的一致看法是，委员会有必要在司法合作方面拟定一个立法框架，例如拟定一些示范条款，并应在其中列入有关介入和承认的条款。

5. 注意到司法讨论会表示的看法之后，委员会指出，工作组将仔细研讨司法讨论会上提出的一系列事项，亦即关于拟编写的法律案文的可能范围、方法和效力等。委员会特别感兴趣的是下述可能性：将编拟的关于司法合作、介入和承认的法律框架将包括有供立法人员在某些方面参考采用的“选择办法菜单”。此种“菜单”办法可反映出目前的现实情况，即各国不仅在其破产法的某些实质方面仍然存在明显差异，而且按照其立法规定，各国愿意提供司法合作、介入和承认的程度和方式也会有差别。同时，在目前许多国家仍缺乏此种条款的情况下，委员会若拟定任选条款的菜单，即使选择范围不大，也会使目前的状况大为改善。但是，应当注意，本文内所提的各种选择只是为了提请工作组考虑，以便征求取舍意见。

6. 本说明只是想为委员会拟定法律文书粗略地提出一个附加说明的问题清单，并附以可能的解决方针。因此，所罗列的问题绝非包罗全面，估计在讨论中还会提出一些在本文中尚未涉及的问题。另外，秘书处仍在继续通过例如破产管理从业者联合会和国际法律协会商业法处的J委员会等，与从业者和其他有关人士进行协商，协商结果有可能提交工作组本届会议参阅。

### 一. 一般背景说明

7. 在编写本说明和选定文内应提到的问题时，秘书处考虑到了国家和区域一级先前为处理司法合作、介入和承认事项而作出的努力及所拟定的文书，其中包括1928年哈瓦那《国际私法公约》（“Bustamante 法”）、1889年和

---

<sup>5</sup> 秘书处向委员会第二十八届会议（1995年）提交的关于该司法讨论会的报告见A/CN.9/413号文件。

1940 年的两个《国际商法条约》（“蒙得维的亚条约”）、丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典五国签订的破产公约（“北欧破产公约”，1933 年，后来于 1977 年和 1982 年作出修正）、《关于破产所涉某些国际问题的欧洲公约》（“伊斯坦布尔公约”，1990 年 6 月 5 日签订（未生效））、欧洲联盟 1992 年的《破产程序公约草案》（“欧盟草案”），以及国际律师协会商业法处 J 委员会编拟的《国际破产合作示范协定》。<sup>6</sup>

8. 秘书处主要根据上述文书以及某些国家有关跨国界破产的法律条款所涉问题的范围来选定本文内的讨论题目。秘书处手头还有一份由破产管理从业者联合会一个专家委员会编写的研究报告稿，其中研究了各国法律和多边条约在跨国界破产问题上的尝试努力。

9. 上述破产管理从业者联合会专家组的文稿概述了对跨国界破产案拟定解决办法时必须适应的当前法律环境。此种环境的特点是法律处理办法的多样性而且往往相互不一致，这包括在处理跨国界破产问题上尚无法律授权的情况下每个国家的法官可能拥有不同程度的自由裁量权。这种情形有可能在任何案件中影响到执行清算或重组计划，谋求增大债务人资产价值和尽可能多地保住雇用人员的可能性。例如，某些国家坚持实行“属地管辖权”原则，不承认外国的破产程序，要求对其国内范围的资产拥有控制权，另有一些国家由于有双边或多边条约安排，也许只能对破产案实行单一或共同管理办法，或者对任何并行程序采用协调办法。

10. 该报告内具体提到了一些法律规定，摘引自少数国家的法律中具体涉及破产案的司法合作、介入和承认的法规。此种法规显示在何种程度上必须提供合作与协助，或在何种程度上须由被请求的法院裁量决定。例如，在一个国家内，对于具体规定的某些国家的破产程序，根据对其性质的评估，法律规定必须给予承认和协助。另一种做法是授权准予合作和协助，但实际给予多大程度的合作和协助得由有关法院裁量决定。

11. 该报告稿还描述了为谋求司法合作、特别是在司法合作、介入和承认问题上尚无具体法规或条约框架的情况下谋求司法合作时使用的各种技术和办法。那些技术包括：英美法系国家中由法院实行礼让原则；大陆法系国家

---

<sup>6</sup> 有关上述各项区域和多边文书的更详细资料，请参阅 A/CN.9/378/Add.4 号文件所载秘书处的说明。

则是双方发布同等目的的授权令（判决执行令）；签订临时的议定书，以谋求跨国界破产案所涉国家之间建立起合作关系并促进跨国界的破产管理；参照承认外国判决的一般法律规定和外国发出例如请求书（调查委托书）的程序，执行外国的破产判决。报告还认为，仅仅根据礼让原则和判决执行令的办法不大可能达到在司法合作、介入和承认问题上具体制定法律框架那样具有较大程度的可预见性和可靠性。

12. 根据报告，除某些例外情形外，有关双方对等承认判决的一般立法，包括发布判决执行令的规定，总的来说，对于处理跨国界破产案件而言，可以认为特别难以预测。这是因为此种程序在某种法律制度内也许仅限于执行双方争端中的特定款项判决或预禁令，这并不是通常破产案所涉的集体程序。再者，只是为了例如对外国进行的破产程序提供附属补救办法而承认外国的破产程序，这也许不能看作是等同于承认“判决”。

13. 外国法院的判决或命令也许只有在一定的条件下才能得到执行，例如，按照发布判决或命令的国家的法律，这种判决须是终审判决和具有约束力，而且不被看作是不能执行的。一项外国判决在有些情况下往往无法得到执行，例如：被请求的法院判定，根据被请求法院的法律原则，该外国法院没有管辖权，或如果债务人没有得到外国破产程序的适当通知，或者判决的执行与被请求国先前的某项判决或当前进行的程序相抵触，以及与公共政策相抵触等。

14. 根据该报告的看法，利用相互对等承认判决的法规来达到承认外国破产程序的目的，其成功前景还会受到下述可能性的限制，有时某一法院对破产案件的宣判或命令有可能被看作是行使国家权力性质的资格声明，而不看作是应由对等法规来处理的真正判决或命令。如果谋求承认的破产程序是由债务人自愿提出的，也许还会产生另一些理论概念上的障碍。

15. 该报告以及秘书处与从业者和直接关心跨国界破产问题的其他人士举行的协商都表明，委员会进行这方面的工作如果目标定得低一些，不谋求实现破产法的实质性统一的话，则可为解决多种多样的需要作出实际贡献。随着经济活动迅速走上全球化，跨国界破产案不断增多，这种形势进一步突出了委员会进行这一工作的潜在价值。

16. 这方面的需求涉及各方面的个人和实体，其中包括：(1)债务人，他关注各债权人采取何种行动获取补偿，也许也关注企业的挽救和改造；(2)无保证的债权人，如果能够实行跨国界合作，用以替代“争先恐后地告上法

庭”，他所获得的债务偿还率也许会增大很多；(3)债务人的雇用人员，他们关注拖欠的工资能否得到支付，也关注尽可能挽救企业的可能性以便保住自己的工作；(4)有担保的债权人，他们肯定要求承认和执行他们的担保权益；(5)政府，它不仅关注实现政府的索偿要求，而且也关注保住就业，并使投资者相信，适用的法律制度将可提供一定程度的可预测性以及实现索偿要求的可能性；(6)法院，各法院都要求有充分的法律规定以便处理跨国界破产；(7)破产管理人，为了取得工作成效，他们要求有一套既具有可预测性又行之有效的法律规定。

17. 另一方面，根据跨国界破产案件的记录，以及秘书处举行的专题讨论会和协商，可以明显看出，为解决跨国案件中的合作要求，各国提供司法合作以及在允许介入和承认方面，其程度和方式都有差异。造成此种差异的因素包括由于法律制度的不同，授予法院的自由裁量权不一样，坚持按传统的领土观念执行破产法的程度也不一样。

18. 在详细讨论这些问题之前，也许有必要再审视一遍本说明中所使用的某些基本术语，看看可以作出怎样的解释。多数法律制度都对欠债人无法偿付债务时可以采取的各种法律手段，作出了各自的规定。“破产程度”是本说明中用以表述那些法律程序的一个总称。破产程序也许可以分成两大类，但迄今尚未出现统一的用语。

19. 一类破产程序（以下称作“清算”）是，一个公共权力部门，通常是一个法院，通过为此目的而指定的一名官员（这里称之为“管理人”或在某些情况下称作“破产代表”）出面－负责管理破产债务人的资产以便把非金钱形式的资产变成金钱形式，然后把所得收益按比例分摊给各债权人，并在此种程序的末尾把债务人作为一个商业实体进行停业清算。在某些国家，这是唯一可以采用的程序。对此类程序通常使用的其他术语有例如 *bankruptcy*、*winding-up*、*faillite*、*quiebra* 和 *Konkursverfahren*。但应注意的是，象“*bankruptcy*”这样的词语可能被理解为具有更广的含义，它还包括下段中所述的清偿协议在内。

20. 另一种程序（以下称作“清偿协议”）是清算程序的一种替代办法。这种替代程序目的不在于清算破产的债务人，而是使其得以克服财政危机，恢复正常的商业运营。这种程序通常也是在法院监督下进行，一般是设法在债务人与债权人之间就挽救办法达成协议或和解安排，使债务人得以作出改组努力，恢复商业活力。挽救办法可以有各种形式，例如部分减少债务人的债权，

延长偿债期，或重新谈判债务人的偿债义务。在谈判这种挽救办法时，债务人可以受到保护，债权人不能对债务人的资产谋求强制执行。有可能在清算程序进行当中提出采用清偿协议办法。对此类破产程序使用的其他术语有例如 *reorganization*、*arrangement*、*concordat préventif de faillite*、*suspensión de pagos*、*administración judicial de empresas*、*Vergleichsverfahren*。

21. 为办理破产程序，一般都需要得到法院命令。此种程序的办理既可由破产债务人自己主动提出(自愿破产)，也可由一个或多个债权人主动提出(非自愿破产)。有些国家对所有破产企业或商人适用同一种破产程序，有些国家则分别使用两种程序，一种适用于法人，另一种适用于自然人。

## 二. 介入和承认的可能决定因素

22. 本章及以下各章中提示的问题主要是供各国立法机构考虑在颁布跨国界破产方面的司法合作法律条款时通常需要解决的主要问题。所提出的建议只是试图示明如何拟定一些对各国立法机构具有吸引力的示范条款。

### A. 管辖权限

23. 在许多法域中，一个基本问题是：债务人与涉及该债务人的破产程序所在国之间必需存在何种相关因素才能使此种破产程序得到另一国家的承认，并被认为是合理的理由。由于这些法域之故，在拟定关于承认别国的破产程序的示范条款时，必然要遇到这个问题(有时称之为“间接权限”问题)。

24. 可以设想到可能有多多种多样的相关因素，其中包括：住所地、惯常居住地、公司注册地、主要营业地、债务人主要权益的中心点以及资产所在地。

25. 对于决定性的相关因素，可在瑞士国际私法(PILS)的第 166(1)条找到明确答案，该条规定，对外国进行的破产程序的承认仅限于以下条件：办理此种程序的国家是债务人住所地的国家(第 166(1)条)，如果债务人为一家公司，则必须是债务人公司所在地国家(第 166(1)条，连同第 21 条)。

26. 这种处理方法的优点是执行中可达到的法律确定性。但是，它的一个缺点是明显地不给任何特殊情况留有伸缩余地，因为有时由于特定的具体情况，一般地运用事先拟定的“中心地点”标准(以居所地、公司所在地为标准)不会得出合理的结果。



27. 既顾及法律确定性要求又顾及某些特殊情况的折中处理方法是伊斯坦布尔公约（第4条）和欧盟草案（第2条）的有关规定。这两个文书都以灵活方式界定此种决定性相关因素（“债务人主要利益的中心所在”），还有针对公司的一个推定条款（“如果是公司和法人，在并无相反证据的情况下，其注册地应推定为其主要利益的中心所在”）。

#### B. 源自规定国家的外国破产程序

28. 这里似应注意到，而且在考虑委员会可选定的各种备选办法时也应考虑到，有些法域在其法规中列有“规定”国家的名单，凡源自名单中任何国家的外国破产程序，都规定给予协助，而源自其他外国的合作请求则交由法院裁量决定。澳大利亚和联合王国的法规就是范例，它们一方面要求必须对规定国家给予协助，另一方面对其他非规定国家则酌情处理。

#### C. 法院的裁量权

29. 如有一项法规将是否准予提供协助的问题交由法院酌情决定，在这种情况下，法院在行使此种裁量权时必须或至少可以考虑到相前因素问题，例如，如果该法规要求法院在行使自由裁量权时考虑到国际私法规则的话。

30. 美国的破产法第304条提供了一般地规定给予协助但同时又将每个案件交由法院裁量决定的法规范例。它也可在法院应予考虑的因素方面作为示范法律。其中所列因素包括以一种节约和迅捷方式管理破产资产的压倒因素，其中又包括：(a)公平对待所有在此种资产中拥有权益或索偿权的人；(b)保护美国的债权持有人，免遭此种外国破产程序在处理债权中发生歧视或造成不便；(c)防止在处理财产中的优先照顾或舞弊行为；(d)按照美国破产法关于优先顺序问题的规定分配此种财产收益的主要部分；(e)礼让；(f)适当时，提供机会使此种外国程序所涉及的个人得以开始介入。

#### D. 应包括的程序类别

31. 有些法域实行某种过滤办法，只限于承认根据主管法院的法律（亦即被请求给予协助的法院所在国家的法律）可定性为“破产”程序的那些外国程

序。此种规定所产生的后果可能是，某些外国程序（例如由技术手续上尚未宣布破产的债务人主动要求办理的改组程序）按照被请求的法院的法律，并不属于破产程序定义范围，因而不会得到所需的协助。

32. 上面举出的例子对这一问题提出了工作组似宜考虑的一系列方面，其中包括行将拟定的案文是否应区分以下各种界限：清算程序与改组程序的界限；由债务人自愿提出的程序与那些由债权人提出的程序的界限；司法程序与行政程序的界限；债务人被全部剥夺其财产控制权的程序与“债务人仍掌管控制权”的程序的界限；其中债务人实际上已经破产的程序与债务人陷入困境但仍在设法避免破产的那种程序的界限。

33. 为便于讨论上述问题，现将美国破产法第 101 条中的定义摘录如下：

“(23) ‘外国程序’系指在某一外国进行的、为清算资产、通过清偿协议、延期偿付或取消义务方式调整债务或进行改组而办理的程序，不管是司法程序或行政程序，或并非按照破产法办理的程序，但在此种程序开始时，债务人的住所地、居住地、主要营业地或主要资产须是在该国之内”。

34. 国际破产合作示范协定中的定义（第 6(b) 条）提供了另一种案文，其中一般地提及主管法院的管辖权，而不是提及具体的相关因素：

“‘外国程序’系指在一外国进行的一项破产程序，不管司法性质或是行政性质，只要进行该程序的外国法院或行机构拥有对债务人及其资产的适当管辖权”。

工作组似应考虑是否还应在定义中提及其他要素，例如提到此种程序应是为所有的或为大多数债权人谋取集体利益。

35. 作为另一方面，工作组还应考虑外国程序是否应绝对遵行必须由法院主管或必须具有行政性质这一标准。这里必须注意到的是，按照有些国家的法律，确实存在一些准破产式、协议性质的程序，亦即由各当事方自己发起的、着眼于避免破产的程序。

#### E. 债务人类别

36. 也许有这么一个问题：委员会此项工作是否既应包括作为法人的债务，也应包括作为自然人的债务人。反对把自然人包括进来的理由也许是，它会引发超出本项目范围的一些基本社会问题和其他政策问题。另一方面，可能

有人认为，若把自然人排除在外，将会严重限制即将拟定的法律文书的适用范围，因为在国际贸易中由某些个人从事重大的商业活动或事业的，并不稀奇，而有些人并没有任何注册公司的名号。由此连带产生的一个问题是，要不要把“消费者”的破产排除在工作范围之外，或者此事是否可行。

#### F. 外国代表的代理权

37. 有些国家在决定允许外国破产代表的介入请求之前，有可能产生这样的疑问：该外国代表按照外国的程序是否有权代表债务人处理国外资产。国际破产合作示范协定中的定义（第 6(a) 条）也许可作为参考：

“‘外国代表’系指根据本法域以外的一个国家的法律，被委任履行与一外国程序有关的职能的人，不管以何种名义，而他应履行的职能相当于本法域内一个被委托人、清算人、资产管理人、财产查封人、接收人、接收管理人或作为债务人或其财产的其他代表所应履行的职能”。

#### G. 公共政策考虑

38. 提供跨国破产合作的国家一般都保留在出现与本国公共程序不相容的情况时拒绝给予承认的权利。工作组似应考虑在这一问题上拟定一示范条款的可行性。这种法律条款的实例有例如《伊斯坦布尔公约》第 14(2)(b) 条<sup>7</sup>，“欧盟草案”第 18 条<sup>8</sup>，以及瑞士国际私法第 166(1)(b) 条（结合参阅第 27 条）。

### 三. 承认的后果

39. 愿意承认外国破产程序的国家，其立法机构需要决定的下一个主要问题

<sup>7</sup> “对行使清算人权力的限制

“2. 清算人不能在另一缔约国行使属于下述情况的行为：

“b. 明显违反该缔约国的公共政策。”

<sup>8</sup> “公共政策

“如果承认破产程序或执行这类程序宣布的判决所产生的结果明显违反缔约国的公共政策，该国可不承认或不执行。”

是，这种承认在“承认国”应当造成何种法律后果。这个主要问题又可能引出各种各样的附带问题，其中包括但不限于：是否因为承认外国破产程序而查封债务人的资产，视同承认国法庭已经开始了破产程序一样？外国管理人在承认国拥有何种权力？债务人的债主处于怎样的法律地位？是否阻止他们对承认国的债务人行使索偿权？如果他们已向承认国的法院各自提出对债务人的法律诉讼，他们的地位又如何？是否有这样的例外情况，对于一些特定类别的索偿要求，允许已经开始的法律诉讼继续进行？

40. 显然，诸如此类的问题还很多，可以开列很长一个清单，工作组似宜考虑提出更多的问题，补充上述清单，在这样做时，应考虑到立法机构也许需要对此类问题提供尽可能明确的答案。

#### A. 可能的立法方式

41. 通过对各国的法律和一些国际文书的比较，可以看出，解决这个问题有各种不同的方法。

##### 1. 详细列明后果

42. 一种方法是提供一份详尽无遗的清单，详细列明承认外国破产程序将产生的全部后果，例如，外国管理人对存在于承认国的资产可以采取的行动，其中包括：获得有关债务人的帐户、资产及其他方面的资料、证词和记录外国管理人可能采取的保护或封存资产的措施（包括寻求承认国有关主管当局的协助、将财产交给外国管理人以及防止在破产程序开始之前优先转移资产）；债务人有无资格处理存在于该国的资产；债务人的债权人有无权利追索偿付和开始或继续进行对债务人的法律诉讼，包括是否因为承认而中止诉讼程序；以及应付债务人的款项究竟是付给债务人还是付给外国管理人的问题。

43. 工作组如果采用详尽罗列的办法，似乎还应考虑其他的可能后果，或与之有关的原则。例如，按照一项在一些英美法系国家被称为“混合处理”而在另一些国家被称为“统一调配”的原则，一个债权人若在某项程序中已经得到部分支付，则不得在另一程序中再获得支付同一债权的份额，直至属同一级别或同一类别的其他债权人在这项诉讼中得到数额与之相等的偿付份

额为止。若干国家法（如美国破产法第 508 条）和国际文书（《伊斯坦布尔公约》第 5 条；欧洲联盟草案第 12(2)条）均载有这个谋求在债权人之间实现公平的原则。工作组似宜考虑，就这个问题拟定一项示范条款是否可行。

44. 《伊斯坦布尔公约》第二章就是一个开清单方法的例子。该公约没有规定外国破产程序的后果可全部原样向承认国出口（如下文介绍的欧盟草案那样），也没有规定外国程序的破产后果可转变为如同在承认国办理此种程序时的破产后果（如瑞士法的规定，见下文）。

45. 但是，《伊斯坦布尔公约》系统却载有一系列规定（第二章，第 6-14 条），允许外国管理人可在承认国行使某些权利，并规定债务人的债权人以及债务人的债务人的法律地位的某些特点。例如，（第 8 条）规定外国管理人可根据本国法律采取措施保护或保持债务人资产的价值，包括为此寻求有关当地主管当局的协助。管理人可采取行动或促使采取行动来管理或处理债务人的资产，包括将资产移往境外（第 10 条）。开始或继续通过法律诉讼对债务人的资产提出要求的权利只赋予（第 11 条）某些类别的债权人（公法索偿以及由债务人在该国的企业经营或在那里雇用人员而引起的索偿）。这套规定中还有一项关于应付给债务人的欠款究竟付给外国管理人还是付给债务人问题的条款（第 13 条）。

46. 这套办法的利弊还有待在实践中得到检验，因为该公约尚未生效。但是，《伊斯坦布尔公约》有两点可能会影响到其最终命运。第一点是这一办法一方面给予外国管理人某些权利，使其得以代表债务人对债务人的当地资产采取行动，而另一方面却不给予债务人处理当地资产的权利。第二点是在自按规定公布在承认国开始外国破产程序决定起两个月期间暂停行使第 10 条赋予外国管理人的（管理、经营或处理债务人资产的）权力（第 11(1)条）。

47. 暂停规则的本意似乎是使债权人有可能要求在承认国办理所谓第二破产程序（该公约第三章），这将阻止在该国行使管理人的权力（关于第二破产程序，见下文的进一步讨论，第 60 至 91 段）。但是，不剥夺债务人的财产控制权，再加上关于管理人权力暂停期的规定，可能会使债务人有充裕的时间将资产移往他国。只有外国管理人根据第 8 条设法采取及时、适当的保护措施，才能阻止上述情况的发生。

## 2. 承认的后果参照适用法律确定

48. 第二种方法大不相同,它是通过适用两个国家之中某一个国家的法律来决定承认的后果。在此,既可规定(备选案文1)一旦承认生效,那末,在外国进行的破产程序将在承认国产生根据该外国法律所应产生的同样效果(除某些逐项列出的例外情况),也可规定(备选案文2)若给予承认,则外国破产程序在承认国所产生的效果应与在承认国办理该破产程序的效果相同(除某些逐项列出的例外情况)。在以下几段中将讨论关于上述两条备选案文的立法实例。

### (a) 承认意味着外国破产法在本国有效

49. 例如,在“欧盟草案”中可以找到备选案文1的例子。该草案第9(1)条规定:“由拥有第2(1)条规定的管辖权的法庭作出的破产程序判决在其他缔约国同样产生按办理破产程序的国家的法律的同效力,无须进一步的手续,除非公约另有规定,而且只要在这些国家中并没有任何一个拥有第2(2)条所规定的管辖权的法庭开始办理此种程序。”第10条(标题为“清算人的权力”)进一步规定“由拥有第2(1)条所规定的管辖权的法庭指定的清理人在另一个缔约国可行使办理破产程序的那个国家的法律所赋予他的所有权力,只要在那里没有开始另外的破产程序……”。

### (b) 承认引起本国法律的适用

50. 瑞士的“国际私法”第170(1)条是一个备选案文2的例子。该条规定,一旦承认了外国破产程序,即可对债务人在瑞士境内的资产产生瑞士法律规定的破产后果。

51. 如要评判上述两种备选案文的利弊,我们觉得,从理论原则上说,备选案文1是合理的,但备选案文2也许在实际执行上较为容易。如果给予承认后在承认国产生的后果按外国的相应法律来确定(备选案文1),在某些情况下有可能需要认真查明外国破产法的实质内容,而这是一件耗费时日的事。

52. 下面提出一点,它并非提议委员会一定要采用这种作法,也非作为一种选择办法,只不过注意到,对于避免优先转移资产的适用法律问题,在德国法律中有这么一种规定,它把外国破产法和管辖此种交易的法律“相结合”。

按照该办法，假如对此种优先拨款可按承认国法律提出反对，外国代表可以对拨款产生的后果根据外国破产法规定提出反对。如果按照本国法律，此种反对需有根据，此种要求可以参照例如民事侵权法或契约法来得到满足。这可以解决德国的冲突规则，此种规则要求有对该交易适用的法律依据才能制止此种交易。

(c) 由给予承认的法院作出法律选择

53. 似应注意到，一个国家的立法机构有可能授权法院决定适用的法律，既可以是所承认的破产程序的所在国法院所适用的法律，也可以是采用承认国的法律。此种做法的实例见于联合王国破产法第 426(5)条，它告诫法院在行使此种裁量权时特别要考虑到国际私法规则。

3. 法院在确定承认后果方面的裁量权

54. 有些法系尤其是一贯具有司法裁量权传统的法系内，此种承认的后果在某种程度上会交由法院裁量决定。此种处理办法的实例见于美国破产法第 304 条，它规定了两级裁量权。首先，是否准予立案办理一个附属的、“辅助性的”程序这一整个事项交由法院裁量决定，法院应予考虑的原则已如上述（见第 30 段）。其次，关于为了对外国程序提供协助，可以由法院命令采取何种具体措施，该条文提到可允许禁止或制止当地债权人的行动，允许将财产移交给外国管理人，然后又提到授权法院“命令执行其他适当补救办法”。

4. 不包括某些类别的资产

55. 应当注意到，有些法域对于承认外国破产程序的后果，规定不能包括不动产，也不包括债权人或第三方对于债务人在本国境内的资产的物权权利。此种做法的一个实例见于“欧盟草案”第 4 条。但是，也许不一定有必要在这方面拟定一条总的示范规则。

5. 作出承认的程序性问题

56. 如果关于承认的法律要求已得到满足，那么，接着发生的问题就是此种

承认通过何种手段来进行。在这个问题上，各国法律原则上采用两种不同的做法。有些国家，例如瑞士（瑞士国际私法第 166 和 167 条），此种承认必须首先由承认国的主管法院作出明确决定。另一些国家的法律规定，外国破产程序可以在承认国发生效力而无须任何正式手续。

57. 这两种处理方法都有它的优点。前者可提供较大的法律确定性，而“立即生效办法”可使外国管理人得以对债务人在当地的资产迅速采取行动。

58. 也许，对于采取何种方法的问题，各国立法机构会摆在其一般程序法的较大范围内加以看待，而每个国家的程序法都不一样。因此，也许较可取的做法是把这一事项完全交由各国立法机关去决定，用不着提出任何示范条款或任择条款。

59. 另一种做法是，工作组可以考虑在上述两种方法之间采取折中处理办法。这也许要责成外国管理人设法把外国所作决定（办理破产程序）的基本内容在承认国加以公布（见例如伊斯坦布尔公约第 9 条和“欧盟草案”第 13(2)条）。

#### 四. 第二破产程序

60. 国际破产合作领域最重要的问题之一是，承认某一外国破产程序的效果会不会、在何种情形下会由于另一国办理同样的破产程序而受到影响以及会带来何种后果。在另一国实施的这类程序有时被称作“第二破产程序”。

61. 立法机关对这类程序的态度可能不尽相同，特别是因为各国对跨国界破产合作问题实行不同的政策。本节讨论立法机关在拟定涉及第二破产程序的法规时可能采用的各种方法，以便达到能反映出基本政策考虑的结果。

62. 对代表不同法律体系的各国司法制度进行分析可以发现，甚至不实行属地原则的国家也规定，在某些情形下，即使已经在与债务人关系最密切的另一个国家对同一债务人实施了另一破产程序，本国法院也可另行实施属地破产程序。各国司法制度之间的差别并非在于是否规定可以另行实施属地程序，而是与正常的本国破产程序相比，这些程序的要求和效力是否受到限制，以及受到多大程度的限制。

63. 另行实施属地破产程序对主要破产程序域外效力所产生的后果在各国几乎完全相同：就是说，域外效力受阻；开始属地破产程序后，外国管理人不得在该国行使在属地程序开始之前可能拥有的各种权利。



64. 如果属地破产程序完全是另外办理的程序,与该国正常的破产程序毫无差别,那么所产生的阻碍效果最为深远。在这种情况下,一方面对于行使管辖权实施这类程序没有限制,另一方面对于哪些类别债权人有权从另行实施的属地程序对当地资产清算后所得收益中获取偿付,也没有限制。

#### A. 与外国主要程序的可能关系

65. 为了对另行开始的属地破产程序和外国主要破产程序加以某种程度的协调,第一步可以是规定,因为已经实行了外国主要破产程序,所以不必以查明债务人的破产事实作为开始属地程序的一个先决条件。

66. 如果除本国破产法规定有资格的人员外,外国管理人也有权要求开始属地破产程序,那么外国主要破产程序与另行实施的属地程序之间将确立另一种关系。

67. 如果立法人员要把外国破产程序放在比上述关系更高的位置,可以选用以下一种方法或数种方法并用来做到这一点:(1)限制另行实施属地程序的司法管辖权;(2)限制债权人对实施这种程序的请求权;(3)限制债权人从当地资产清算后的收益中获得偿付的权利。下文讨论具有以上一种或多种内容特点的属地程序,这些程序通常被称作“第二破产程序”。

##### 1. 管辖权的限制

68. 在“欧盟草案”中,可以发现对行使司法管辖权实施第二破产程序的一条广泛的限制规定。根据第 19 条(与第 2(2)条相结合),只有当债务人在开始第二程序的国家境内设立有公司时,才可实施第二破产程序。在这种情况下,可以不必进一步证明债务人的破产事实即对债务人位于该国的资产实施第二破产程序。

69. 因此,如果债务人在该国只拥有资产而没有设立公司,便不得实行第二破产程序。在这种情况下,不得限制外国管理人行使由主要破产程序的相关法律赋予他的一切权力,行使权力后的一个结果可能是把当地资产移交给外国主要破产程序控制。这种移交不须经由资产所在国的法院批准。

70. 可以注意到,在这种制度范围内,只有在债务人主要权益中心所在国家进行的破产程序中任命的外国管理人,其权力才获得承认(见上文第 23 -

27 段)。

71. 与“欧盟草案”不同,《伊斯坦布尔公约》没有对行使司法管辖权开始第二破产程序规定任何限制。如果债务人在该国设立了公司或拥有资产,那么无须进一步证明债务人的破产事实即可进行这种程序,但这并不影响本国法可能规定的其他管辖权依据(第 17 条)。

72. 瑞士法律的做法是处于以上两种做法之间的一个折衷例子。只有当债务人在瑞士设有业务机构时,才能开始实施一个完全独立的瑞士破产程序。如果只有资产在该国(或虽然设有当地机构,但未请求另开一个该国的破产程序),那么主要破产程序中任命的外国管理人并非(如同根据“欧盟草案”办法那样)可以自动有权转移这些资产以便在外国破产程序中对这些资产进行分配,在这种情况下,必需由瑞士的主管法院针对瑞士境内的这些资产进行第二破产程序。在这种第二程序中,债权人从当地资产清算后的收益中获取偿付的权利有一定的限制(见下文第 3 节第 76 - 87 段的进一步讨论)。

## 2. 对债权人请求另开第二破产程序的权利的限制

73. 以上讨论的对司法管辖权的任何限制都会减少由于进行第二破产程序而使外国主要破产程序无法产生效果的情况。达到这一结果的另一种方法可以是限制对实施第二破产程序的请求权,就是说,并非只要有权请求进行正常的本国破产程序的债权人都可请求另外实施第二破产程序。

74. 按照这种做法,即使外国的主要破产程序已经开始实行,第二破产程序国的破产法也将出于政策考虑而仅适用于某些类别的债权人。例如,这些债权人可包括优先债权人和有担保的债权人、拥有公法索偿权的人、债务人在第二破产程序国营业而产生的债权人,特别是债务人公司雇员的索偿要求。

75. 仅允许某些类别的债权人有权请求实行第二破产程序这种做法在一些文书中已有规定,例如《蒙得维的亚条约》。根据这些文书,只有本国债权人才能提出申请另行开始本国的破产程序(1940 年条约第 45 条, 1889 年条约第 39 条)。“本国债权人”的定义是债权应在第二破产程序国加以清偿的债权人。

### 3. 对第二破产程序中债权人获得偿付的权利的限制

76. 为确定有权获得经第二破产程序对当地资产清算后所得收益赔偿的优先债权人类别，迄今采用的法律处理办法有两类。一种办法是详尽列出这些债权人类别。例如，《伊斯坦布尔公约》就采用了这种做法，该公约第 21 条列出了如下债权：有担保的债权或优先债权；公法债权；第二破产程序国员工的债权；债务人在第二破产程序国营业而产生的债权（关于后面这类债权人享有优先权的理由是，有人认为，当地营业机构所涉的债权人有权通过处理当地营业机构的资产来获得偿付）。

77. 另一种做法不是从正面列出有权从当地资产中获取偿付的债权人类别，而是将这一权利给予凡在外国主要破产程序中享有的法律地位低于其在第二破产程序中按本国破产法本可得到的地位的所有债权人。导致这种做法的政策是，鉴于这些债权人在外国主要破产程序中法律地位“受到不应有的影响”（从第二程序国的政策角度来看），因此应通过在第二破产程序中给予这些债权人优先地位来补偿。

78. 《瑞士国际私法》第 173 和 174 条合并了上述两种法律办法。由于瑞士是对承认外国破产程序规定了详细条例的少数大陆法系国家之一，所以不妨首先简要介绍一下瑞士的制度，然后再讨论《瑞士国际私法》第 173 和 174 条中所载的两条保护规则。

79. 在瑞士，承认外国破产程序的条件是，进行该程序的国家是债务人住所或债务人公司注册地的所在国（见上文第 25 和 26 段）。如果债务人在瑞士设有营业机构，那么在瑞士另行开始的正常破产程序可以使在债务人住所地（或注册地，视情况而定）国家实施的破产程序无法获得承认。

80. 仅凭债务人在瑞士拥有资产这一事实不足以作为行使管辖权对资产实行正常的瑞士破产程序的理由（对司法管辖权的限制，见上文第 72 段）。在这种情况下，只能实施第二破产程序。这些程序由不同于正常的本国破产程序的规则（《瑞士国际私法》第 166 - 175 条）加以制约。进行这类第二破产程序的请求可由外国主要破产程序的管理人或任何债权人提出，因为对于债权人请求实施第二程序的权利没有限制。

81. 这种第二破产程序与正常的本国破产程序之间的根本差别在于对债权人从第二破产程序清算后所得收益中获取偿付的权利的限制。这一权利毫无条件地保留给有抵押担保的债权人和根据瑞士破产法（其中采用详细列举方

法)享有优先权的债权人。

82. 但是,这并不意味着剩余的资产自动移交给外国管理人。以上提到的第 173 和 174 条可对这种情况产生作用,以保护住所或注册地在瑞士的债权人,避免在外国主要破产程序中受到歧视待遇。在剩余的收益移交给管理人之前,外国破产程序的分配计划必须得到实施第二程序的瑞士法院的承认。

83. 在这种情况下,瑞士法院必须审查住所或注册地设在瑞士的债权人的债权在外国分配计划中是否“得到合理的考虑”(《瑞士国际私法》第 173 条)。如果外国分配计划未得到瑞士法院的承认或未提交给瑞士法院,剩余的收益将分配给住所或注册地设在瑞士的其余债权人(《瑞士国际私法》第 174 条)。

84. 《瑞士国际私法》第 173 和 174 条背后的政策考虑与《美国破产法》第 304(c)(2)条相类似。这两种做法都是为了补偿(从保护国的角度来看)某些债权人在外国主要破产程序中受到的不利待遇。

85. 在这方面,可以注意到,《伊斯坦布尔公约》中并没有类似的、在第二程序中执行的反歧视条款,而是试图加强债权人在主要破产程序中的平等地位,该公约第 24 条规定,在主要程序中有权分享来自第二破产程序的资产的债权人应得到平等待遇,无论主要破产程序的法律对债权人之间平等原则是否规定了任何特权或其他例外。

86. 但是,类似《伊斯坦布尔公约》第 24 条这样的规定看来只有在所涉及的两国(主要破产程序国和第二破产程序国)都遵守公约的情况下才能适用。国家立法机关难以照搬这种做法,因为颁布条例,规定债权人在其他国家破产程序中的法律地位,这将超出本国立法机关的职权范围。

87. 为了便于工作组的审议,可归纳出如下摘要,概括迄今为止各种法律文书采用的、在 A 节中所述的各种方法的大致分类:

第 1 种制度: 如债务人在 B 国设有营业机构, B 国可行使司法管辖权实施属地(第二)破产程序(如只是资产在该国境内,则无司法管辖权);对债权人在 B 国申请第二破产程序的权利没有限制;对债权人从第二程序清算后所得收益中获得偿付的权利没有限制(欧盟草案)。

第 2 种制度: 不仅债务人在 B 国设有营业机构的情况,而且只要债务人在 B 国拥有资产, B 国都享有司法管辖权实施第二破产程序;对债权人请求在 B 国实施第二破产程序的权利没有限制;限制债权人在第二破产程序清算后获得收益的权利(《伊斯坦布尔公约》)。

第 3 种制度：不仅对于债务人在 B 国设有营业机构的情况，而且只要债务人在 B 国拥有资产，B 国都享有司法管辖权实施属地（第二）破产程序；对债权人申请实施属地（第二）破产程序的权利没有限制；限制债权人在第二破产程序清算后获得收益的权利，除非债务人在 B 国设有营业机构并根据债权人请求可以另行开始本国的破产程序（瑞士法律）。

第 4 种制度：如同第三种制度一样，但是在任何情形下对债权人获得第二程序清算后所得收益的权利都无限制（德国，截至 1999 年 1 月 1 日）。

#### B. 对外国主要程序起辅助作用的附属程序

88. 可以认为与第二程序问题有关的、并且可以考虑列入立法机关选择清单的另一种方法是，规定可以进行专为协助外国主要破产程序而实施的附属程序。如上所述，这种做法的一个主要例子见于《美国破产法》第 304 条。这类做法也载入了《国际破产合作示范协定》。

89. 正如这些文书所规定，这类附属程序的目的可包括：责成开始实施或继续实施本国破产程序和执行对债务人当地资产作出的判决，或以附属案件加强有待完成的本国破产程序；将财产或处理财产后的收益移交给外国主要程序；获取证据或提供与破产有关的帐本、档案或其他文件；使外国判决或法院命令得到承认和执行；获得其他任何适当的补救措施。

90. 值得注意的是，根据附属程序办法，如果没有可能实施这种程序或这种程序遭到否定，外国代表仍可不受限制地单独实施本国破产程序。

91. 工作组似宜审议可能涉及的关于附属程序的其他问题，例如实施附属程序的法院应适用何种法律的问题。在这方面，《国际破产合作示范协定》规定，附属程序法院应适用正在办理主要程序的外国法院的实质性破产法。

#### 五. 外国破产代表的介入

92. “介入”一词可理解为外国代表为获得承认而利用的程序机制。工作组似宜考虑列入这类关于争取介入和获得承认的程序机制的规定是否确有必要和切实可行。

93. 关于程序机制的类别，可能需要区分正式的外交过程、不同国家法院之间直接联系的过程和通过行政或准司法程序进行的认可外国法院判决这一类过程。关于这些可能的程序，也许需要指出，由一国法院向相应的外国法院直接发出请求书这种做法不是通常的国际惯例。这种直接联系通常需要有有关两国之间达成协议。在其他情况下，请求书将通过外交渠道转送。这种通常采用的做法已经载入多边的《关于在国外取证的海牙公约》（1970年），该公约规定通过有关两国的“中央当局”转交请求书。

94. 与此同时，可以看到，在各个国家司法制度中以及在《伊斯坦布尔公约》和“欧盟草案”中，符合特定要求的包括外国管理人权限在内的外国破产程序是依法受到承认的。因此，无需法院任何干预或其他手续即可立即“介入”。

95. 无论是否在“介入”标题下或其他地方，可能都需要考虑列入如下一条规定，即为获得承认而出面的外国代表不受法院的正式管辖。关于待遇可能需要考虑的其他问题包括试图加以介入的代表应提交何种证据材料以及应由谁作为申请承认的实体。

## 六. 司法合作

96. 虽然可以认为，司法合作的概念与介入和承认的概念密切交织在一起，构成了参与处理跨国界破产案件的法院之间的一系列合作活动，但至少在目前阶段，尽可能分开考虑这些概念，会有一些好处。因此，工作组似宜考虑在司法合作的标题下可提出哪些问题或程序。以下各项不敢说完整地列出了这一领域所有可能的问题。

### A. 特别议定书的认可

97. 司法合作的一个方面可以是有关司法管辖区的法院认可经由当事各方同意的关于跨国界破产处理工作各个方面和确立合作制度的特别议定书。当债务人在不只一个管辖区内从事大量的业务活动而造成拥有主要管辖权的管辖区不只一个时，这类议定书可能尤为必要。

98. 在一些重大的跨国界破产案件中，都出现了成功采用这类议定书的突出例子。另外，国际律师协会商业法处J委员会最近拟定了一份这类特别议定

书的范本（题为“跨国界破产协定”）。以国际司法规则为其基本方法的该协定目的在于提出一些规则，供参加国或法院在处理各种问题时采用，其中一些规则可运用于任何跨国界破产案件。举例来说，这些问题包括指定主管法院，适用该法院的优先规则（案件涉及一个以上主管法院时采用的某些规则），以及指定适用的规则，用以避免在宣布破产前发生资产转移。

## B. 司法联络

99. 可以在司法合作标题下处理的另一个问题是审理跨国界破产案件的各国法院法官之间的联络问题。为使法官能够获得准确的信息和协调他们的行动、程序和裁决令，这种联络可起到特别的辅助作用。

100. 虽然法官之间的联络可能很有益处，但在不习惯于法官这样做的法律制度中，尤其会引起不同程度的担忧，还会引起对当事各方法律上保障措施的担忧。为消除这些忧虑，可考虑采用各种方法，例如可列入以下一种或多种方法：在联络前事先通知当事各方；联络时提供在场旁观的机会；向当事各方提供联络的记录；通过当事各方商定的第三方中介进行联络。

## 七. 其他问题

101. 正如本文开始时所指出，作者并不设想本文囊括可能证明与跨国界破产项目有关的所有问题。因此，工作组似宜考虑应予处理的其他可能方面，也许可包括以下两点，提出这两点的目的在于引发进一步的讨论。

### A. 通知债权人的义务

102. 债权人经常很迟才得到或根本得不到关于在另一个国家实行破产程序的消息。也许应该而且可以拟定一条示范规则，要求一旦开始破产程序，主管当局或管理人应立即分别通知居住在另一国的已知债权人。法律条文的样本可参考《伊斯坦布尔公约》第 30 条和“欧盟草案”第 32(1)条。

### B. 管理人之间互相交流信息的义务

103. 据认为，主要破产程序和属地（第二）破产程序中指定的管理人之间如

能相互传递与对方程序有关的任何信息,将可加强跨国界破产案件处理工作中的合作(见《伊斯坦布尔公约》第 25 条和“欧盟草案”第 24 条)。