

英美跨境破產法定合作機制

Kent Andrew 著¹

孫宏友 羅晉航 王文田 王 芳 高超譯² 孫程校³

摘 要：本文評論並比較了英美兩國關於跨國破產承認的法律體系。首先對英國法院適用《1986 年破產法》之 426 條款的方法進行了檢視。該方法規定，英國法院應該協助外國法院進行破產事宜。作者建議法院以多種理性的測試方法，來決定是否批准適用外國法律。其次，筆者對美國法院關於美國破產法 304 條款的適用進行了評述。該條規定，經過對六個因素進行衡量，法院可以擴大對外國破產程序的協助。本文指出，在過去的十多年裡，304 條款的使用率較低，主要用於支持保護主義者。然而現今已經被大多數人提前認知。最後，筆者經過對英美兩國破產合作制度的比較，推出如下結論：實踐中，兩國在批准協助外國破產申請的標準方面十分相似。因此，筆者希望該信息能夠幫助執業律師考慮對全球的破產法進行選擇性的適用。同時，也希望就如何選擇跨國破產的良好模式方面進一步引發理論上的探討。

關鍵詞：托管人 外國破產程序 跨國破產協助 426 條款 304 條款

1 原澳大利亞國立大學（ANU）法学院高級講師。

2 孫宏友 北師大珠海分校普通法研究中心主任，北師大圖書館知產合規研究中心主任，人和啟邦顯輝（橫琴）律師事務所專家顧問。羅晉航 北京師範大學珠海分校 2010 級法學本科（英大法方向），華南理工大學法學碩士國際經濟法專業，北京德恒（深圳）律師事務所專職律師。王文田，北京師範大學珠海分校 2010 級法學本科（英大法方向），英國布里斯托大學法律碩士商法專業，廣東心怡律師事務所專職律師。王芳，深圳市中級人民法院破產法庭法官。高超，人和啟邦顯輝（橫琴）聯營律師事務所客戶辦公室主任。孫程，英國利茲大學商學院金融學碩士，中郵消費金融有限公司財務。

3 本文為修訂而作。譯者孫宏友於 2002 年訪問澳大利亞國立大學法学院時與 Kent Anderson 教授（當時是 Senior Lecturer）結識並獲得授權翻譯本篇論文。完成譯稿之後的電子版直接發到了當時“中國法學網”網站。目前，我國內地與香港之間有最高法院與香港特別行政區簽署的《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和協助破產程序的會談紀要》，以及最高人民法院發布了《關於開展認可和協助香港特別行政區破產程序試點工作的意見》，並有進一步在兩地設計“安排”的意向，但我國尚未採納《Uncitral 跨境破產示範法》，故本文有必要重新修訂出版作為參考。由原譯者與羅晉航律師、王文田律師及高超律師共同修訂，孫程校訂。

Statutory Co-operation Mechanisms for Cross-Border Insolvencies in England and America

Author: Kent Anderson Translator: Hongyou SUN Jinhang LUO Wentian WANG
Proofreader: Cheng SUN

Abstract: This paper reviews and compares the legal systems of the United Kingdom and the United States regarding the recognition of transnational insolvency. First, the English courts' application of section 426 of the Insolvency Act 1986 is examined. The approach provides that the English court should assist the foreign court in the insolvency matter. The authors suggest that courts should use a variety of rational tests to decide whether to grant the application of foreign law. Second, the author comments on the application of Section 304 of the U.S. Bankruptcy Code by U.S. courts. It provides that the court may extend its assistance in foreign insolvency proceedings by weighing six factors. This article points out that over the past decade or so, Section 304 has been used at a low rate, primarily in support of protectionists. However, it is now recognized by most people in advance. Finally, after comparing the bankruptcy cooperation systems of the United Kingdom and the United States, the author concludes that in practice, the standards for approving foreign bankruptcy petitions are very similar in the two countries. Therefore, the author hopes that this information will help practicing lawyers to consider the selective application of insolvency laws around the world. At the same time, it is also hoped that further theoretical discussion will be sparked on how to choose a good model for cross-border insolvency.

Keywords: Custodian, Foreign Bankruptcy Proceedings, Transnational Bankruptcy Assistance , Section 426, Section 304

引言

如果某一家公司在多國擁有財產和股份，而該公司不幸破產，則無論該公司進行重整還是準備清算，公司或公司的債權人對訴訟地的選擇一般都有三種：首先，可以在控制該案各個方面的中心管轄地提起訴訟程序¹，這種綜合或者統一的訴訟方式是最有效的。然而，目前世界上還不存在這種方法。²因為沒有任何一個國家願意讓外國法院的域外訴訟在毫無約束的情況下在本國生效。國際破產公約難以達成這一事實即證明了這一點。³第二種選擇是在公司擁有財產和經營場所的所有地方分別提起獨立、完整的訴訟，⁴但該訴訟不一定能夠得到合作，因為在兩處或多處提起訴訟的費用明顯偏高。⁵這種選擇只有在以下情況下適用：第一，該國法律有這樣的要求；⁶第二，案件涉及巨額破產財產，值得投入這麼高的訴訟費用。⁷第三種選擇則是在一個管轄地提起一個“主”訴訟程序，合并或協調其它一個或多個外國訴訟程序。⁸儘管目前尚缺乏統一的國際破產法，由於這種經過修

訂的辦法相對有效，且切實可行，所以經常得以適用。

絕大多數國家的破產法都規定了一些合作制度，以供法院在接受主要破產要求時提供協助。⁹ 另外，許多國家創制了法定配套措施，以利於這種合作的運作。1985 年，英國對公司破產法進行了擴充，為跨國協助制定了法律機制。¹⁰ 事實上，早在 19 世紀中葉，英國《1986 年破產法》¹¹ 之第 426 條就已經存在於個人和合伙破產協助的規定之中。¹² 同樣，1978 年，美國破產法做出了第 304 條的規定。該規定也為美國向外國破產提供協助創立了合作機制。¹³

筆者希望通過對英美兩國破產法律制度的評論，帶來以下幾點啟示：首先，了解英美兩國關於接受跨國破產協助的各自標準，會為我們提供具有實用價值的信息。其次，由於這些信息的存在，使得破產律師在英美國家乃至全球提起破產訴訟時，能夠做出最有利的選擇。再次，通過對英美兩國關於國際破產訴訟程序和法定配套措施的比較，可以使我國的破產法在立法時，對其進行參考。最後，無論我們採納何種方式：普遍性原則、地域性原則還是修正原則，通過對英國不能清償法第 426 條和美國破產法第 304 條的比較，必將有利於我國國內理論界對其進一步的探討，以期找到跨國破產的最好進路。¹⁴

本文的次序安排如下：

第一部分對英美破產法協助合作機制進行評論和比較。第二部分在考察英國法院適用第 426 條過程中所遇到的問題的同時，觀察英國普通法對這些問題的處理方法，進一步提出可預期的、理性的二元方法論（即英國法院持續適用第 426 條的方法）。第三部分考察了美國法院在適用 304 條款中所遇到的問題。並推定，美國法院在二十世紀八十年代適用的分散式方法，到了九十年代已經改變姿態，開始以協助作為其審理跨國破產案件的主旋律。在第四部分裡，作者通過對 426 條款和 304 條款進行比較後指出，儘管形式上英美法律框架有所區別，但實踐中兩國關於跨國破產協助的標準卻基本相似。第五部分推出結論，對英美跨國破產協助的方法以及跨國破產法中對修訂後不同類型制度的適用性提出自己的觀點。

一、英國

目前，英國根據主要訴訟的管轄權，將提出的協助申請提交審查。¹⁵

對於國內各民族提出的申請，英國法院根據普通法的標準提供協助。¹⁶ 至於法院是否批准提供協助，由法院自己決定，法官對此具有極大的自由裁量權。比較而言，無論是對於之前還是現在的英聯邦少數民族，426 條款都規定了可選擇的成文法標準。426 條的主要優點在於，以法律的形式給予當事人獲得協助的權利。而且，這種要求一旦由當事人提出，獲得批准的可能性極大。

（一）普通法的司法協助

早在十九世紀中葉，英國法院就開始根據衡平法對外國法院的管轄權提供破產協助。¹⁷當然，這種協助完全由法官依據自由裁量權來決定。¹⁸近期發生了一個著名的判例，就是外國破產程序根據英國普通法請求英國法院向其提供協助，即 *Felixstowe* 鐵路公司訴美國鐵路公司案。¹⁹此案中，英國法院雖然沒有提供協助，但是，卻闡釋了英國法院的管轄範圍和在普通法協助中自由裁量權的本質特徵。

在 *Felixstowe* 一案中，USL 根據美國破產法第 11 章重組的規定，提起訴訟請求。USL 起訴後，*Felixstowe* 和一些其他債權人提起托收訴訟程序，起訴英國的 USL。英國法院作為訴訟程序的一部分，由高院發出 *Mareva* 禁令（即凍結財產禁令），禁止 USL 處置其在英國的任何財產。²⁰對此，USL 作為重組債權人，向英國法院提出如下申請：

- 1、執行美國的停止訴訟程序；²¹
- 2、解除 *Mareva* 凍結財產禁令；
- 3、允許 USL 對英國的財產進行清算，並將利潤納入公司全球重組計畫。

該計畫也包括向英國債權人提供財產分配。儘管法院沒有對該案進一步探討，但是，值得注意的事，法院所提供協助的管轄權範圍已經非常寬泛。例如，法院願意考慮對重組的程序（美國破產法第 11 章）提供協助。這一點與英國的現存法律制度迥然不同。此外，儘管對英國破產法而言，這些受托人完全是外國人，法院仍然承認 USL 的債權人身份。²²鑒於法院的權力本身具有一定的靈活性以及法官們較高的自由裁量權水準，法院不願意限制其對尋求協助的外國官員和外國訴訟的管轄權，這並不令人感到意外。然而，有意義的是，英國普通法並未利用管轄權設置門檻以阻止初步的合作。

在對本案主要爭議進行分析時，英國法院闡述的觀點顯示²³了其對合作予以支持的態度：

“我希望強調的是，對於具有友好管轄權的法院之類似於本案的法院禁令，本院原則上總是希望以各種適當的方式與之合作。”

儘管如此，法院接着指出，對於這種協助，只有在適當的情況下，法院才能給與提供。可以考慮的情況包括：請求內容的實質特征和請求的程度；活動領域；適用的英國法律以及總體的周圍環境²⁴。

在符合上述標準的情況下，法院承認所有生效的事實和相關的法律。但是，法院僅僅把承認的範圍限制在具體要求的協助上，並且盡量減少由於法院批准協助而對英國債權人產生的影響。

鑒於上述的適用標準，在 *Felixstowe* 一案中，法院認定，USL 所提出的救濟請求不能得到批准。²⁵ 原因是，英國的債權人并未從 USL 的經營中受益，如果讓他們參與 USL 的重組，不僅費用很高，而且會給他們帶來極大的不便。更何況，USL 在英國的財產對整個重組計劃意義不大。雖然如此，法院畢竟改變了 *Mareva* 禁令，並保證 USL 在英國的財產將按照相應的順序進行清算，並把清算後的財產在參加英國訴訟程序的債權人中平均分配。

如是，對於英國普通法破產協助的方式，我們可從 *Felixstowe* 一案中得出以下幾點啟示：

- 1、英國法院對批准協助的管轄範圍做出了廣義的解釋；
- 2、英國法院在可能的情況下願意協助外國破產程序；
- 3、英國法院對每一項要求協助的請求進行審查，並根據下列情況來判定該項請求所帶來的具體影響和可適應性：即請求內容的實質特徵和請求的程度、活動領域、適用的英國法律以及周圍的總體環境。

- 4、英國法院在下列情況下拒絕提供司法協助：

- (1) 英國債權人的利益會受到損害；
- (2) 進行合作會給英國債權人帶來極大不便；
- (3) 外國破產從英國提供的協助中獲益不大。

簡言之，英國法院原則上願意對外國訴訟程序給予協助，但對這種協助的提供具有一定的前提條件，即只有在對要求協助的具體內容及其對英國本身利益的影響進行審查之後方可進行。在這種標準的限制下，英國法院通過以下幾種方式對外國破產訴訟請求予以協助：

- (1) 向外國破產管理人移交動產；²⁶
- (2) 指定外國受益人為英國不動產的接管人；²⁷
- (3) 指派英國托管人接受英國財產並決定英國債權人；²⁸
- (4) 批准外國破產管理人的發現程序的請求。²⁹

（二）根據《1986 年破產法》之 426 條提供協助

根據 426 條款，英國法院僅向有限的幾個適格國家提供其在英國尋求司法協助的進路。這種進路具有選擇性，更具有前瞻性。另外，其費用也低於適用英國普通法標準。儘管涉及 426 條款的案件有限，^{30 31} 但是對於這些有限的判例中所涉及的一系列問題，英國法院都能做到或給予清晰闡明、或給予基本解決。其中涉及的問題包括：

- 第一、法院根據 426 條款具有的管轄權問題；
- 第二、法院根據 426 條款享有的權力範圍；
- 第三、法院根據 426 條款設立的自由裁量權的標準；

第四、法院根據 426 條款對自由裁量權的適用。

1、法律和程序

比照外國法院，英國沒有專門為申請適用 426 條款而設立的特殊形式或程序。³² 那麼，英國法院一旦接到正式調案令或申請函，就會適用 426 條款中的相關規定。其中包括：

（4）任何對破產法有管轄權的英國法院，都應該向具有同樣管轄權的其它法院提供協助，而無論該具有同等管轄權的法院位於英國國內還是位於其他國家或地域。

（5）為實現第（4）款之目的，無論是位於英國國內還是位於其他國家或地域的法院，只要該法院向英國任何一地區的法院提出請求，則該被請求之法院與提出請求之法院皆獲得適用與該請求相關之《不能清償法》的權力。無論該請求包括何種內容，只要該內容屬於被請求法院之管轄範圍。在根據本款行使自由裁量權時，法院應適用國際私法之原則。”

對於上述法律條款，有幾點值得注意：首先，只有外國法院可以根據 426 條款尋求協助這一規定³³ 與英國普通法規定相悖。英國普通法規定，破產管理人可直接請求適用該 426 條款。其次，該條款的適用被限制在“關聯”的國家。426 條之 11 款對這些“關聯”國家作出了具體規定。它們包括：海峽群島，曼島，安圭拉，澳大利亞，巴哈馬，百慕大，波斯瓦納，加拿大，也門群島，弗克蘭群島，直布羅陀海峽，香港，愛爾蘭，馬來西亞，蒙特里特，新西蘭，聖 - 海倫納，南非，吐爾克斯和凱克斯群島，土瓦盧和維京群島。³⁴

2、426 條的管轄權

對於有關法院提出要求協助的申請，英國法院所面臨的第一個問題就是：根據 426 條，英國法院是否對該請求享有初始管轄權？426 條第 5 款規定，英國法院可以向外國法院提供協助，但所提供的協助只能限制在“破產法”的範圍內。426 條第 10 款給破產法下的定義為：“相關國家和地域根據《1986 不能清償法》及相關法律規定的條款”。根據這一規定，英國法院僅能向和英國法院之破產條款規定的程序和法律相似或相同的申請提供協助。然而，該條文並未對“相似”到何種程度做出進一步規定。³⁵ 另外，由於該定義僅僅指特殊的英國法律條款，而未能清楚地表明其是否也涵概案例破產法或與之相關的程序。因為，儘管這些相關的程序像破產法的程序一樣，也在有效地運作着，但是從技術上講，它們並不屬於破產程序。³⁶

或許因為上述問題的模糊性，英國法院對外國的程序和申請是否與其《1986 年破產法》相似或相同這一問題給予了極其寬泛的解釋。³⁷ 例如，在 Jersey 皇家法院一案中，涉及到 426 條款適用之前的替代條款。法院承認了 Jersey 的扣押程序。³⁸ 該程序雖然與破產程序相似，但是所處分的財產卻是債權人的動產；且該程序既不允許清償，也沒有對破產動產

做出有利於破產管理人的規定；更何況，該程序也沒有明示規定有利於債權人的豁免條款。更甚者，該程序甚至不屬於法典的一部分。在司法實踐中也沒有與之相關的精確記載。³⁹與此相似，在 *Business City Express Ltd*（城市快遞有限公司）一案中，英國法院承認了愛爾蘭式的重組。該重組與英國重組管理部門規定的形式並不直接相符；但是，如果根據《1986年破產法》規定的要求，該重組的計畫不會得到批准。⁴⁰

就實際情況而論，依據 426 條款，英國法院對外國破產程序的管轄權的外延根本令人難以把握。因為在英國法院的判例中，並沒有關於英國法院因為外國程序與英國破產程序不符而否認救濟的先例。

3、英國法院根據 426 條款享有的權力

那麼，根據法律，在 426 條款的框架內，英國法院究竟能夠在多大的程度上提供司法協助？這涉及到法律的選擇問題。因為 426 條之第 5 款對法院適用法律的權力做出了界定。即“申請……是英國法院……適用國內或國外破產法的權力。”

英國上訴法院在最近審理的 *Hughes 诉 Hannover* 一案⁴¹的結論中指出，這意味著英國法院可以根據英國衡平法以及英國破產法或相關的外國破產法提供任何救濟。然而，除上述案例中英國法院承認的三個法律淵源之外，在英國法院早期的判例中，還存在頗具爭議的第四淵源——混合法。根據這種選擇，英國法院可以同時適用英國破產法和外國破產法。

在英國法院的兩個判例的判決中，英國法院即同時適用了英國破產法和外國破產法。第一個是對國際商業信用銀行（BCCI）案的判決⁴²。該案中，儘管也門沒有與英國破產法相對應的規定，也門群島法院仍然試圖尋求適用英國破產法。如果沒有英國的 426 條款，英國破產法也不會對外國公司破產管理人加以適用。在此案中，也門的破產管理人對海外國際商業信用銀行也門公司的兩名前管理人提起訴訟，認為他們犯有個人錯誤行為。但是，在也門破產法和也門公司法中都沒有相應的法律規定。而且，若沒有 426 條款作為鋪墊，該破產管理人根本不可能直接申請適用英國法律。因為海外國際商業信用銀行（BCCI）既非英國公司，又未在英國註冊。然而，也門群島法院卻提出了適用 426 條款的申請。藉此，也門破產管理人適用了英國《1986 年無力清償法》關於錯誤條款的規定，成功地起訴了公司的兩名前外國管理人員。

在抗辯中，兩名前管理人就也門破產管理人對 426 條款創造性的使用，提出的辯護理由是，426 條第 5 款並未授權英國法院依據英國實體破產法審理外國公司清算案。該法律辯護所涵概的法律推理，是英國法院不應該允許外國重組公司官員利用英國管轄權和英國法律，判定外國公司的管理人對其行為負責。因為，根據也門本國清算法院地法或公司本

身的并購法的規定，他們的行為並未違法。⁴³然而，英國法院對此辯護並未做出反應。相反，英國法院注意到這樣的事實：為免於他人濫用 426 條款起訴公司管理人員，無論公司管理人員被賦予何種形式的新責任或特別的責任，都必須經由外國法院和破產管理人同時提出申請，並獲得英國法院的同意。英國法院因此推論，基於目前所掌握的事實，英國法院並未濫用 426 條款。同時，英國法院也未發現任何適當理由，使英國法院不予提供司法協助。因此，英國法院批准了也門法院的申請，允許也門破產管理人根據 1986 年破產法之錯誤條款起訴兩名被告。⁴⁴

儘管法院是基本公平的保證，為向雙方提供法律上根本不存在的救濟，法院同時適用了英國破產法和外國公司法。然而，這樣的判決卻仍然令人感到困惑。正如國際商業信用銀行管理人員的代理人所言，由於英國法院對特殊規則過度寬泛的適用，導致公司管理人員不知何去何從，無法規範自己的行為。一般而言，管理人員總是依照并購法進行商業行為。如果他們要為根據本國并購法本不必承擔責任的行為負責，那麼，其他人或者不願意從事公司管理人員的工作，或者不情願再遵守并購管轄法律。

同樣，該判決使得法律的預測性因缺乏合理的法律期待而變得模糊，公司股東也會因此受到傷害。股東們之所以購買股票，是因為他們知道公司管理人員只對并購法律規定的行為負責。如果一國法律比另一國規定的責任較少，監管力度較弱，那麼，有效運作的市場就會反映出這種風險差別，並以股票折價的方式表現出來。因此，如果因為要附加新責任而破壞市場應有之期待，使股東們在沒有付出的情況下不當獲益。長此以往，必將導致所有根據 426 條款并購的公司股票價格上漲，使市場不能有效運作。

同時以混合方式適用英國法和外國法的做法也十分危險，這一點在 *Dallhold* 公司一案⁴⁵中反映更加強烈。該案涉及的是一名澳大利亞清算人在破產中處理子公司的待遇問題。起初，該清算人打算對子公司進行清算。但是，該清算人隨後發現，其子公司的主要財產是從英國長期租賃而來。而租賃合同中有一條款規定，如果租賃人公司破產或進行清算，則租賃合同終止。如是，如果該清算人提起訴訟，對該子公司財產進行清算，那麼，變現後的主要破產財產價值幾近於零。考慮到這一點，該清算人改變了初衷，決定對該子公司進行重組。

與前例相仿，對公司進行重組的請求必須依據 426 條款提出，因為當時澳大利亞沒有重組制度（儘管立法機構曾經努力多次，期望建立自己的重組制度，但當時尚未出台）。⁴⁶何況，該子公司也不能直接在英國進行重組，因為英國關於重組的條款規定只適用英國公司。⁴⁷因此，除非通過 426 條款提出請求，否則，該公司無論在英國還是在澳大利亞都不能提起重組的訴訟請求。該清算人在訴訟中聲稱，允許重組是最佳選擇，因為只有這樣才

能實現公司財產價值的最大化。無疑，這對母子公司的債權人都是有利的。英國法院同意并批准了這一訴訟請求。⁴⁸

然而，法院的判決却超越了 426 條款所賦予它的權力，這種超越權力進行判決的後果，是傷害了當事人對法律的應有期待。因為，在租賃行為發生時，子公司和租賃人都已經知道或者應該知道，無論是根據英國法律還是根據澳大利亞法律，都不能對公司進行重組。這樣，含有“破產即終結”租賃條款的租賃費用所反映出的價格，要比在沒有該條款或澳大利亞法律允許公司重組的情況下低一些。可是，英國法院通過同時適用英國的重組法規與澳大利亞公司法規的辦法，無視清算的存在而繼續允許該子公司租賃合同之延續，無疑破壞了承租人與租賃人之間既有的協議。該判決產生的實際效果，將使未來的承租人對相關的承租條款失去信心，增加租賃費用并減少現有的租賃財產。

這種合并法律的方還會慫恿當事人為個人的利益選擇法院地。在跨國破產過程中，當事人挑選對自己有利的法院地的可能性總是存在的。⁴⁹ 然而，兩法合并適用的做法卻惡化了已有的狀況，進一步刺激了當事人規避法律或選擇法院地的心理。例如，如果在類似 *Dallhold* 的案件中，英國法院嚴格遵守 *Hughes* 原則，那麼無論是在英國還是在澳大利亞提起訴訟，結果都會鮮有差異。但是，根據聯合管轄原則，在英國審理破產案件對債權人最為有利，而在澳大利亞審理類似案件則有利於債務人。這樣的考量將會導致傳統的選擇有利法院地的遊戲再度“復興”，當事人會爭先恐後地跑到對自己有利的法院起訴。

更糟糕的是，*Dallhold* 一案的審理置英國與澳大利亞明晰的立法意圖於不顧，做出超越法院管轄權的判決。澳大利亞立法機關非常清晰地闡明，應該平衡債權人與債務人的關係，不贊成對澳大利亞公司的重組給予保護。⁵⁰ 另外，英國立法機構也已決定不允許外國公司在英國重組。⁵¹ 儘管如此，英國法院卻對如此清晰的立法指令視而不見，仍然適用聯合管轄原則，對當事人提供了英國法律和澳大利亞法律都不存在的救濟。

由於 426 條款明顯擴大了破產法院的管轄範圍，⁵² 表面上看，申請對英國和外國破產法的聯合適用合乎法律。然而，*Dallhold* 和 *BCCI* 案件的審理結果很難說是最符合實際的。同時，由於英國法院和外國法院都保證同意該訴訟請求，這個問題也因而被淡化。但是，這些判例具有一定的危險性。因為它們創制了一種過於寬泛的破產制度。這種破產制度不具有預見性，破壞了人們對法律的應有期待，慫恿當事人為某一己之利而挑選法院地。最重要的是，這種制度背離了英國和外國之所以適用 426 條的基本立法意圖。

應該承認，只要較好地遵守上訴法院在 *Hughes* 一案中對 426 條第 5 款的司法解釋，那麼，人們關於法院權力的困惑就可以得到解決。根據這一司法解釋，在審理破產案件時，

法院只能在以下兩者之間做出選擇：適用英國衡平法和英國破產法或者適用英國衡平法和外國破產法。依此原則，法院或許有時不能以最佳形式給予實際的救濟。然而，這種限制是由英國立法機關做出、並通過 426 條款予以表明的立法意圖。除非立法機關介入，否則不能對其立法意圖進行隨意變更。

4、426 條款的自由裁量權

426 條款是用強制性語言來表述的：“英國法院……應該協助任何相關的國家和地區……的法院”。⁵³ 因此，毫不奇怪，對於經常用於訴訟的 426 條款而言，法院是否享有自由裁量權來否定或修改來自外國法院的司法協助請求，一直是一個頗具爭議的問題。儘管從表面上看，426 條款清楚地表明了這一法律要求。⁵⁴ 而且，在一些最早的判決中，英國法院也承認，他們在否定或修訂外國法院請求協助的問題上，保留了一些原有的自由裁量權。⁵⁵ 那麼，隨之而來的問題便是，如果法院確實擁有自由裁量權，他們應該在什麼情況下行使這種裁量權呢？最近，關於行使自由裁量權的既定標準已經浮出水面。而且，法院業已開始以系統地、具有預見性的方式適用這一標準。

問題一：426 條款自由裁量權的標準

在最近的案件中，法院明白無誤地對一般自由裁量權的標準作了界定，並以此為據來審核 426 條款的適用。“除非有不這樣做的適當理由，” 否則，法院將批准司法協助的請求。⁵⁶ 考慮到該標準沒有固定的模式，法院在意見中規定了以下幾種可以適用自由裁量權的場合，以便根據情況的不同而分別進行選擇：

- (1) 選擇適用英國破產法還是適用外國破產法；⁵⁷
- (2) 在尋求救濟案件中行使固有的自由裁量權；⁵⁸
- (3) 由於所請求救濟的協助不存在而專門設定的救濟形式；⁵⁹
- (4) 對任意獲准的救濟加以限制；⁶⁰
- (5) 拒絕向執行外國稅法的請求提供協助；⁶¹
- (6) 對違反英國公共利益的申請絕對不予提供協助。⁶²

問題二：根據 426 條款形式自由裁量權

值得注意的是，與請求普通法司法協助相比，法院在提供協助時，行使自由裁量權的立場有所不同。普通法法院是在對協助“批准”時行使自由裁量權，而衡平法院在根據 426 條款審查請求時，是在“拒絕申請”時行使自由裁量權。⁶³ 實際上，根據推測，接受 426 條款申請的法院一般都會批准尋求協助的請求。⁶⁴ 然而，即使如此，法院在是否支持這樣的推測時，仍取決於兩種變量的內部作用。第一種變量是，法院根據何種法律有權批

准某項具體的協助請求？是英國《1986 年破產法》還是外國破產法？第二種變數為，根據所適用的法律，法院將如何行使自由裁量權？通過對上述兩種變量的研究，將使人們對法院究竟能否同意 426 條款請求的預測變得更為理性。

（1）批准國外法律沒有規定的司法協助

在前兩個關於 426 條款案例中，法院受理的司法協助請求是根據英國破產法律制度提出的，適用的不是外國法律制度。⁶⁵ 在這些案件中，外國法院的請求僅僅基於《1986 年破產法》。在判決中，法院直抒胸臆，對是否行使自由裁量權表達的相對比較直白。如果國外的法律制度沒有“救濟”這一說，即使該申請以 426 條款的形式提出，也不會得到英國國內的批准。這是英國法院在對提請救濟案件中行使固有自由裁量權的一個例證。另一方面，如果所提出之請求僅為純粹的英國國內案件，則法院拒絕申請的理由就不會存在。據此原則，在前幾個案件中，衡平法院與普通法院都批准了司法協助的請求。⁶⁶

（2）批准英國法律沒有規定的司法協助

如果所適用的外國法律規定了救濟條款，而英國法律沒有相應規定，則法院考慮問題的角度就會發生變化。在 *Business Express* 一案中，英國法院批准了一項救濟請求。而如果根據純粹國內法律，英國法院是無權批准該項請求的。⁶⁷ 一般來說，對英國法院而言，批准類似這樣的請求不會引起太大爭議。在該項請求被提出時，外國法院已經根據其本國破產法，以自由裁量方式做出了有利於請求人的判決。因此，由於對該外國法院的判決重新評估既無根據又無必要，⁶⁸ 英國法院只要確定該項請求不會與英國的公共利益（如國內強制性的主要法律條款）發生衝突即可。除此之外，英國法院應該遵守其破產法第 426 條，對所請求之事項予以批准。

（3）批准英國與外國法律皆有規定的司法協助⁶⁹

對於英國法律與外國破產法都授權規定同意通過 426 條款提出請求的情況，探討起來有些難度。從實際情況來看，對於雙方司法制度都已做出的批准或拒絕請求的規定，一般不存在任何問題。同樣，對於英國法院予以批准而外國法院不予批准的請求，也不會存在任何問題。因為在這種情況下，外國法院不會行使自由裁量權要求適用 426 條款。然而，對於那些根據英國法院自由裁量權的標準不予批准、而根據外國法院自由裁量權卻予以批准的請求，英國法院則面臨何去何從的選擇。英國上訴法院最近審理的一個案件，*England v. Smith* 案⁷⁰，就直接面臨着這一問題。此案中，英國上訴法院根據 426 條款的實質精神，適用了外國法標準，批准了上訴請求。但如果純粹根據英國國內國法，則該項請求不會得到批准。

英格蘭一案起因於澳大利亞法院提出的一項訴訟請求。該案中，澳大利亞法院監督

Alan Bond 控股公司進行清算，這是澳大利亞歷史上最大的破產案。澳大利亞法院申請一項法院指令，要求審查債權人的一名前任會計。該會計現居英國。澳大利亞清算人所以要求對這位會計進行調查，是因為債權人指控該會計及其事務所犯有計算錯誤；之所以向英國法院提起訴訟請求，是因為該受調查人不受澳大利亞管轄。無論是英國 1986 年訴訟法案 236 條還是澳大利亞公司法，都將“允許接受調查”規定為一項破產程序。⁷¹ 然而，圍繞着這兩條法規而產生的判例卻頗有分歧。分歧表現在英國法院和澳大利亞法院應該在何時允許對被調查人進行調查。尤其英國法院適用的一條總原則規定，如果破產受托人打算起訴被調查人，則不允許提前對該被調查人進行調查。因為法院認為，這會使受托人有兩次機會詢問受調查人，從而導致訴訟中產生不公平利益。⁷² 相反，澳大利亞法院卻明確拒絕適用英國的辦法，在一般情況下同意所有調查請求。⁷³ 按照英國的規定，澳大利亞法院為使被調查人減輕壓力，允許法官對調查進行監督，從而使法官的自由裁量權得以滲透到實際調查的具體內容之中。

在對澳大利亞的請求進行審核時，Chancery 法院是以系統的方法開始的（該方法後來得到上訴法院的明確肯定）。⁷⁴ 適用這種系統的方法時，下級法院首先根據英國破產法，審查法院是否享有批准該請求的權利。得到肯定的答案後，法院下一步需要判定的是，外國法院是否根據外國法律具有相應的權利。這一點得到肯定後，法院繼續核查的是：在各自的法律制度下，兩國法院是如何行使自由裁量權的。經調查後發現，該請求應該經澳大利亞法院而非英國法院批准。第四步，英國法院因此推定，由於所有的合同都是在澳大利亞國內簽訂的，所以應該適用澳大利亞法律。最後要做的一點是，英國法院是否存在任何正當的理由，致使被請求的法律和司法協助不能得到適用和批准。對於最後一條，上訴法院和下級法院產生了分歧。下級法院沒有遵守澳大利亞法律，而是提出這樣的假設——由於兩國之間關於“行使自由裁量權之分歧”事實的存在，即使適用澳大利亞法律，英國仍會提供“合適的理由”對該請求加以拒絕。⁷⁵

英國上訴法院推翻了這個最後結論。簡言之，法院認定，以澳大利亞和英國在行使自由裁量權方面的區別，作為拒絕適用澳大利亞法律的理由並不充分。法院的推理是多方面的。如 Morritt 大法官所言⁷⁶：第一，一旦英國法院決定適用外國法律，英國法院就應該以與本地法院相同的方式適用該外國法律，而不會或不應該受英國法院適用類似法規的影響。第二，英國上述法院判定，426 條款的框架創制了“禮讓需要”，它要求盡力尊重外國法院關於適用外國法律的請求。第三，Morritt 法官認為，426 條款值得傾斜適用，因為外國法院在提出請求時已經行使了它的自由裁量權。⁷⁷

回顧 426 條款總體標準的發展過程，上訴法院對 *England* 一案評論頗具意義。該評論闡述了適用 426 條款的系統化方法，並表達了適用與其有分歧的外國破產法的意願。首先，通過遵守下級法院記錄的框架，使得對適用 426 條款的評論變得更加理性，更具有預測性。如上所述，通過追蹤相關必要因素，使得法院得以複查大部分關於 426 條款的案件，並集中精力評論幾個難度較大的案件。其次，法院願意對澳大利亞法律進行識別並適用的決定可圈可點、意義重大。在破產案件中，一般規則是由法院適用法院地法。⁷⁸ 這樣，上訴法院支持適用外國法而非英國法便成為主要分界點。

在 426 條款評論中，儘管關於一般標準的問題爭議較少，但其中有些爭議相當重要。然而，上訴法院卻没能借此機會對這些重要爭議給予澄清。最令人關注的是，在決定是適用英國法院還是外國法院的問題上，上訴法院沒有給出可參考的標準。下級法院認定應該適用澳大利亞法院，因為所有合同都與澳大利亞有關聯。這些合同包括的事實有：涉及的是債務人的私法（合併公司所在州的法律）- 主要破產程序行為地和被控英國當事人所在地都包括在內。然而，上訴法院的判決卻認為，法院不能僅僅根據合同而作出有利於適用外國法的考量。⁷⁹ 上訴法院強調，426 條款創造禮儀框架的根據，在於 426（4）中的強制性語言以及英國國務院對該國“相關國家”的認定。⁸⁰ 而該禮儀框架的創立又反過來鼓勵適用外國破產法。同樣，法院重點強調，英國法院應該尊重外國法院關於適用外國法律的請求。尤其對於外國法院在提出請求時已經行使了自由裁量權的案件更應如此。根據以上考量，國內外法律似乎都授權允許根據英國 426 條款提出請求，只是關於自由裁量權的行使各有差異。儘管如此，其中卻有一個重要的傾向—適用外國法院請求適用的法律。如是，根據上訴法院的判決，一些原本相對困難的問題—英國與外國關於行使自由裁量權的差異問題—都變得簡單起來。歸結起來就是：除非外國法律的適用違背英國公共政策，否則，英國法院應該尊重外國法院的請求並適用外國法律。

（4）絕協助違背公共利益的請求

英國上訴法院未能澄清的第二個問題是：在什麼情況下，法院會以公共政策為由拒絕對外國法院的請求提供協助？對於外國法院提出的司法協助請求，如果違背了英國國內或國外的公共政策，英國法院則有拒絕請求的自由裁量權。⁸¹ 然而，英國上訴法院對該問題的探討卻不甚清楚。因為，在 *England* 一案中，英國上訴法院認定，關於自由裁量權的分歧並非國內公共政策的問題，與下級法院在兩個相關的案件中做出的裁定有所不同。⁸²

有些方面，法院關於公共政策的自由裁量權是清晰的。例如，如果某項提請協助請求在某種意義上違犯了公共政策—如自然正義原則或公共利益。那麼，任何一家英國法院都會拒

絕該外國法院的請求。⁸³ 此外，在 *England* 一案中，有一點非常清楚，即僅在自由裁量權的使用問題上產生的爭議，并不足以上升到公共政策的範疇。⁸⁴ 也就是說，不能在純國內的案件中無法行使自由裁量權作為理由、打着公共政策的幌子，拒絕根據外國法的公共政策應該提供的司法協助。這個結論令人感到欣慰。因為任何兩個國家的破產法都或多或少有些微妙的差別，如果對每種與英國破產法不同的法律都拒絕適用，那麼，英國法院能夠適用的外國法律就會少得可憐。而這一點與 426（5）中允許適用外國法的明示規定大相逕庭。

然而，剩下的問題又是一個難題：即根據外國破產法，當事人可以提出某一請求，但該請求卻直接與英國法律非自由裁量權的方面相互衝突。這時，是否應該要求英國法院拒絕該項外國請求？如上所述，一方面，根據事實的推定，英國法院有強烈承認外國法請求之傾向。在 *England* 一案法院推理中，*Park* 法官將其解釋為“公共政策”。而該“公共政策”傾向於承認適用 426 條款的請求。⁸⁵ 或許有人會反駁說，英國法院應該適用的國內公共政策并非英國的公共政策，而是外國的公共政策。尤其在訴訟地法不是英國法、英國法院只是以代理的身份協助外國法院的情況下，更是如此。正如一位評論家所言：“儘管某一案件可以在純粹國內場合下援用公共政策，但不能因此就在國際私法領域同樣援用公共政策。”⁸⁶

另一方面，如果某外國法與英國明示法律要求相背，違背了英國國內公共政策，則英國法院一般不會執行該外國法。⁸⁷ 然而，遺憾的是，英國上訴法院的判決對此卻鮮於洞察。因此，可以推測，若解決這個問題，尚須假以時日，依靠法院對一個又一個案件的審理。

（5）拒絕不公平和不必要的協助請求

除了公共政策之外，英國法院還有其它充分理由拒絕外國法院關於司法協助的請求。這些理由可以通過關於 426 條款的兩案判決窺見一斑。在這兩個判例中，英國法院拒絕了當事人關於司法協助的請求。因為所求既不公正，又無必要。

第一個案件是 *Re Focus Insurance Co Ltd.*，⁸⁸ 百慕大最高法院發出指令，要求百慕大某清算公司的一名前英國雇員對其個人財產做出說明。其時，該破產公司的清算人已經從百慕大法院獲得不利於該英國前雇員之判決，認為他違背了誠信義務。而且，在該前雇員返回英國後，清算人設法使該判決在英國得到了承認。并據此強制該雇員在英國申請個人破產。除上述措施，熱心的清算人又請求百慕大法院根據百慕大原公司破產法，在英國提出 426 條款的適用申請，請求對該雇員進行審問。

英國法院所以拒絕了這項請求并且認為該申請既不公正、亦無必要，是因為這樣會允許清算人對該前雇員審問兩次：一次是在其個人財產破產的情況下，另一次是公司進行清算時。⁸⁹ 此外，法院認為，既然法院能夠在第一次審問時獲得所需要的全部信息，那麼第

二次審問就顯得沒有必要了。⁹⁰ 從此案中，我們可以推出這樣的法律原則，即如果某一外國法院提出的請求會對當事人不夠公正、或對案件事實的發展沒有必要，則英國法院將以充分的理由拒絕該申請。

英國法院在 *Hughes 诉 Hannover* 一案⁹¹ 的判決中，支持了 *Focus* 判例，拒絕提供司法協助。該判例進一步確認了“既不公正、又無必要”的法律原則。*Hughes* 一案源於百慕大法院提出的另一申請。該申請要求在世界範圍內終止有關清算債務人的所有訴訟行為。⁹² 債務人為馬賽諸塞州注冊的保險公司，由於收到大量要求清理其有毒廢物場所的投訴，債務人決定對公司進行重組，並在百慕大重新注冊。三個月之後，該公司在百慕大主動申請破產清算程序。在英國的被申請人為該債務人公司的德國再保險人。再保險協議規定，所有相關爭議都應提交仲裁，依據馬塞諸塞州法律解決。在債務人在百慕大開始清算程序之後，該再保險人在馬塞諸塞州申請仲裁。除其他指控外，該再保險人還指控被告有重組欺詐行為。即債務人保險公司利用重組增加該再保險人清算的責任。債務清算人為免於仲裁，提起 426 條款之請求，期望從英國法院獲得終止世界各地訴訟行為之判決。⁹³ 債務清算人聲稱，其所以沒有根據美國 304 條款在馬塞諸塞州美國破產法院提出申請，而選擇尋求英國 426 條款的救濟，是因為英國司法協助申請容易獲准，且費用較低。

儘管英國上訴法院認為自己有權中止域外訴訟，但卻拒絕了上訴人的請求。⁹⁴ 原因有二：

其一，英國法院認為 *Hughes* 一案與英國聯繫不大，而美國才是適格的法院地。英國法院指出，該案對英國沒有威脅，或者說，實際訴訟程序並未發生在英國境內。相反，美國破產法之 304 條款則規定了更合適的司法協助。另外，該英國法院又指出，英國法院很願意協助百慕大法院頒發終止訴訟令，但只能在英國國內頒發。不過，百慕大清算人認為這種救濟範圍較窄，遂予以拒絕。簡言之，法院經過深思熟慮，認為該申請可能會由於“法院地不適格”，而導致英國訴訟程序不適格。從而推定如承認該請求會對再保險人不公正。

第二，法院認定，百慕大法院提出該請求的事實基礎已不再存在。因此，百慕大法院可能已經發現提供協助的非必要性。很顯然，英國法院已經充分注意到該案外部環境明顯而重要的變化，因而沒有去評論百慕大法院之所以批准該司法協助請求之理由。⁹⁵

Hughes 一案強化了 *Focus* 案的判決理由，即如果所提出的協助請求既不公正、又無必要，則任何法院都應該拒絕提供協助。同時，在該案中，法院主要考慮當事人既非有直接利害關係的債權人，又非英國人。因而將“既不公正、又無必要”原則擴展為“對英國當事人不公正”。此外，法院明確了“由於事實的發展而變得不必要”這一基本要素，強調事實的發展必須依據外國訴訟請求的發展變化，而且這種發展變化要非常明顯、不可避免。⁹⁶ 這種謹慎是必要

的。因為，這種謹慎阻止或至少限制了英國法院僅僅根據外國法院的初步判決，便繼續對此案進行調查。

儘管 426 條款中使用的語言似乎屬於命令式語言，然而，英國法院卻把它領悟成傾向承認司法協助的條款。因此，英國法院才會認定，如果有“充分理由”，法院就可以行使自由裁量權來拒絕外國法院的請求。在申請方面，英國法院已經開始以系統的方式對所提出的申請進行審查，把重點放在所提請求之影響力度以及所尋求救濟的自由裁量權的本質特徵上。但是，英國法院將繼續保持一項權力，那就是，拒絕任何違反公共政策之協助請求。此外，上述各案件也說明，當要求協助的訴訟請求“既不公正、又無必要”時，法院將予以拒絕。無論怎樣，426 條款關於申請的審查標準逐漸變得更具理性、更具預測性。

（三）關於英國司法協助和 426 條款的推論

在英國，根據主要訴訟地的不同，法院處理破產司法協助有兩種進路。對大多數國家而言，法院根據普通法提供協助。根據這一原則，英國法院在權力範圍內，對全部的相關事實和法律進行考量。如法院認為所求“適格”，則可以完全基於自由裁量權對申請國提供司法協助。因此，根據普通法很難預測英國法院是否會對外國破產法予以承認。而且，該破產程序的費用也相應較高。比較而言，對於有限的可以根據 426 條款尋求協助的“關係國”而言，英國法院對破產法的請求提供了相對清晰而經濟的方法，並以此擴大了外國破產法主要訴訟程序的適用範圍。實際上，正如 Hughes 案件所揭示的那樣，由於 426 條款經實踐證明已十分有效，許多托管人和利益關係人已經開始多方利用該條款所帶來的比較利益進行破產訴訟，以使自己處於有利地位。

三、美國

在對外國主要破產提供司法協助方面，美國的方法與英國的雙軌制不同，主要適用單一制。從歷史上看，美國法院依據普通法所賦予的權力狀況，與英國鮮有差別。⁹⁷ 迄今為止，這種權力仍然存在，甚至非破產法院在審查關於提供司法協助的上訴時，也通過破產法 304 條款的法律框架予以類推。⁹⁸ 304 條款清晰地規定了法院的管轄輪廓、法院據此條款享有的管轄權以及可以提供協助的標準。這樣，美國的方式已經發展成為相對成型、具有一定可預測性的模式。

（一）破產法 304 條款

1、法律和程序

1978 年，美國立法機關為所有司法協助案件設計了法典化的方式。從程序上看，與英

國普通法的方式相似，與 426 條款則不同。如果“外方代理人”⁹⁹ 提起 304 條款訴訟，適格的破產法院又願意提供具體救濟，該破產程序即告開始。¹⁰⁰ 由於依據 304 條款啟動案件的目的單一，僅僅是向外國主要破產程序提供協助。因此，該程序并不自然導致當事人在全部程序中獲益或加重負擔。¹⁰¹ 例如，304 條款的適用并不導致個人財產的產生、自動停止程序的開始、受托人的任命、提供計畫或形成方案、或案件的自動結束等。¹⁰²

如果被上訴人沒有答辯，法院即正式批准所請求之救濟。¹⁰³ 如果被上訴人答辯，法院則啟動對抗辯護程序¹⁰⁴，根據 304 條款 (c) 的平衡標準來批准或否定上訴人之請求。在這種框架下，如果外國代理人以後需要額外救濟，必鬚根據 304 條款提出新的上訴請求，重複上述的程序。¹⁰⁵

2、304 條款的司法管轄權

美國法院首先必須解決的問題是，能否依據 304 條款對外國訴訟破產程序擁有管轄權。304 條款只適用協助“外國訴訟程序”的案件。¹⁰⁶ 破產法典 101 條第 24 款只是寬泛地把它定義為任何一種司法或行政程序，而無論其是否屬於破產法：“為了清算動產、根據和解協議調整債務、延期還債、解除債務、或影響重組之目的”，該定義雖然寬泛，卻并非没有限制。例如，外國訴訟程序必須受國內司法或行政監督。¹⁰⁷ 這樣，按通例，一項由於浮動抵押或留置而產生的破產管理事項就不適合根據 304 條款提出救濟請求。¹⁰⁸

然而，與英國法院對 426 條款的解釋相似，破產法院的基本原則是對條款做出寬泛的解釋。因此，儘管債務人不適格提起符合標準的美國訴訟，法院仍然願意承認該程序。¹⁰⁹ 例如，在 *Goerg v. Parungao* 一案¹¹⁰ 中，雖然美國破產法案明確禁止這類實體提起國內破產訴訟，但是，第 11 巡回法院卻置該事實於不顧，承認了德國被告動產的破產。這種寬泛的解釋尤其適用於銀行和保險公司案件，否則，美國的保險公司和銀行就不會得到其國內破產法的保護。¹¹¹

3、304 條款賦予法院的權力

英國 426 條第 5 款規定，應根據選擇的法律來決定法院的權力，這一法律用語令人迷惑。與此相反，美國 304 條款則對法院應該協助外國訴訟程序的三項權力做出了明確的規定。

首先，法院可以頒發強制救濟令來保護債權人的財產。¹¹² 根據這一條款，法院可以對債權人強行頒發執行令或者開始、繼續某一法律訴訟的命令。¹¹³ 此外，法院可以強制行使仲裁程序和其他私法爭議程序。如 *Hughes v. Hannover* 案¹¹⁴ 中所示。法院也可以對根據 304 條款所頒發的任何指令附加條件和限制。¹¹⁵

其次，法院可以命令外國代理人接管債務人在美國的財產。¹¹⁶ 對此，法院採取兩步措

施進行測試，以決定所請求之財產是否屬於外國代理人的接管範圍：

- (1) 根據財產之物之所在地法，債務人在判決的財產中是否有權益；
- (2) 根據外國破產法的定義，該財產是否屬於債務人破產財產的一部分。¹¹⁷

美國法院對“所涉及的外國訴訟程序”具有頒發禁止令的權力，而其推翻原判的權力則被限制在“外國固定資產”的範圍內。¹¹⁸ 這樣，對於每一項尋求接管的請求而言，法院所面臨的主要的問題，在於所爭議的財產是否屬於外國訴訟不動產的範圍。¹¹⁹

第三，美國法院可以使用其他“適當的救濟方式”。¹²⁰ 根據這一幾乎沒有任何限制的救濟方式，美國法院認為他們是以“擁有幾乎完全自由權利之方式，廣布合理之救濟”。¹²¹ 根據這一“自由權利”，法院有權審查、發現¹²² 并任命外國代表為共同托管人，共同處理債務人在美國的財產¹²³；有權命令當事人在外國訴訟程序中提起訴訟請求¹²⁴；并允許外國代理人繼續享有債務人在美國的訴因。¹²⁵ 另外，法院認定，只要外國代理人與美國有某種聯系，即使債務人在美國沒有財產，也可以根據 304 條款提起訴訟。¹²⁶

關於法院是否單獨根據美國法或外國破產法批准救濟這一問題，美國法與英國法的規定各有不同。在美國案例法中相關的案例不多。¹²⁷ 所以如此，或許是由於法院享有 304 條款所賦予的綜合權力，也可能由於法院根據破產法典 105 條，享有廣泛的衡平權力。105 條規定，破產法院可以頒布“任何必要而適當的命令、程序和判決”。¹²⁸ 因此，實際上，只要所提出的請求不與美國的公共政策相悖，美國法院批准救濟的權力幾乎没有限制。從這一點來看，與英國的 426 條（5）款複雜而矛盾的規定相比，美國 304（b）條款的規定則顯得清晰透明，易於解決爭議。¹²⁹

4、304 條款的自由裁量權

英國法院根據普通法一案一案審查的方式範圍過寬，且含糊不清。與此相反，美國破產法 304 條款的特点，在於它創設了具體的框架和機制。這樣，當法院在考慮是否行使自由裁量權協助外國破產訴訟時，該框架和機制就能夠指導法院進行具體的操作。304 條款以多元化的標準衡量方式，幫助法院決定是否批准所提出的協助請求。另外，由於該標準及其多元化的因素規定得清晰明了，因而，比較而言，304 條款的訴訟申請簡單而易於操作。事實上，除幾個特例之外，所收集的大部分案例顯現了出乎尋常的一致性，從而導致法院批准的申請非常之多。

（1）304 條款規定的自由裁量權標準

美國破產法院在決定是否根據 304（b）款批准外國提出的訴訟協助申請時，為確保以費用少、速度快的管理方式處理該財產，規定其管理方式應符合下列因素：

- (1) 無論財產所有者系要求賠償還是對財產主張權益，都應該得到公正的待遇；
- (2) 防止外國訴訟程序給美國所有人帶來不便和偏見；
- (3) 防止對處理該財產時有特惠或欺詐行為；
- (4) 對該財產利潤的分配，應與該財產性質所屬的分配秩序實際相符；
- (5) 禮儀；
- (6) 如果條件允許，給予該外國訴訟程序涉及的個人以重新開始的機會。

一般而言，上述的第一個條和第三個條傾向於批准協助申請，而第二條和第四條則屬於否定因素，¹³⁰ 第六條與公司破產法無關，第五條關於“禮儀”的要素則顯得有些異常。有的觀點認為，禮儀要素對外國的申請既不傾向於批准也不傾向於否定。因為從廣義上看，禮儀本身包含了所有其它幾個因素中所包含的對地區和全球的關注。¹³¹ 據此推論，美國最為繁忙、且經過論證而最具影響力的法院——美國南區法院認為，關於禮儀的因素雖然重要，但其在 304 條款中并不是決定性的因素。¹³² 而其它法院卻都明確地拒絕遵從這種解釋。¹³³ 這些法院認為，禮儀因素只是一種承認外國法律的傾向，而非義務。據此觀點，禮儀因素也傾向於合作。

(2) 根據 304 條款規定行使自由裁量權

自法律頒佈以來，在過去的 20 年裡，法院根據 304 平衡條款，在自由裁量權方面取得了一定的進展。在 20 世紀 80 年代的 10 年期間裡，法院主要發展兩條路線。其中站主流而又包容的觀點，是把重點放在與外國訴訟程序合作方面。其傾向是批准大部分申請。¹³⁴ 少數人的觀點則比較保守，主張把保護美國債權人的利益放在首位。據此，法院更傾向於拒絕提供救濟。¹³⁵ 自本世紀 90 年代以來，儘管法院在適當的時候仍然願意拒絕救濟申請，但是主要採用的仍然是合作的方式。¹³⁶

1、根據占主流之自由觀點批准提供協助

Culmer 一案¹³⁷ 的主要觀點，闡釋了批准 304 條款的寬容性。**Culmer** 案件涉及的内容是，巴哈馬清算人在紐約南區法院提出請求，要求協助清算巴哈馬銀行在美國的財產。具體來說，是該外國代表尋求有效的方法，能夠使美國法院阻止某些美國債權人追償該銀行在美國的資產，並命令將該資產轉移給巴拿馬清算人。

美國債權人反對這項申請，認為巴哈馬清算人不會公平地對待他們。然而，美國法院認為，在沒有“具體”的證據證明清算人有錯誤行為、或在訴訟程序中缺乏公正性的情況下，對外國訴訟程序所作出的斷言是不充分的。法院也發現，與債權人的請求相反，巴哈馬訴訟程序具有提供平均分配的機制。並且，能夠確保為清算人提供經濟務實的解決辦法。在移送

到英國上訴法院 *Hughes* 案件中，破產法院也注意到，儘管該案涉及到巴哈馬的重要利益，並與巴哈馬有千絲萬縷的聯繫，卻極少涉及到美國的公共利益。¹³⁸ 另外，法官在判決意見中指出，立法史表明，法院應該以最大的靈活性來對待申請，以確保結果公正。¹³⁹

該評論實質上表明，法院重視 304 條款 (c) 中的每一個因素。正如前面我們所注意到的那樣，304 條款 (c) 雖然以禮儀開始，但法院發現其中融入了所有的其它幾個因素，儘管這種融入具有不確定性。其次，法院通過適用第一個因素——公正地對待債權人，得出結論，認為應該提供協助。因為巴哈馬的清算法律對待所有的請求都一視同仁。其訴訟程序全面、分配公正有序。至於第二個因素，法院認為該訴訟程序不會給美國債權人帶來不便與不公正。因為在巴哈馬法律規定中，不僅對當事人的通知時間充分、以正式的書面文體和郵寄的方式來陳述和對待訴訟請求，而且還賦予當事人以最終上訴權。最後，法院認定，因為巴哈馬法律禁止有優惠和欺詐性的轉讓，故可以根據 304 條款 (c) 中第 (3) 款支持司法協助。304 條款 (c)(4) 條款同樣支持並同意給予司法協助，因為在本質上，對財產的分配將遵循美國破產法的優先權原則。這樣，儘管美國破產法和巴哈馬破產法不盡相同，法院認為 304(c) 中各因素的基本原則是傾向於合作的。¹⁴⁰ 該法院最後總結道：“無論巴哈馬法律在適用上是否與美國完全一致，巴哈馬法律中不存在與美國現行道德觀極度相悖的邪惡、險惡、不道德或不正當之因素。”¹⁴¹

2、根據 20 世紀 80 年代的少數派做法拒絕司法協助

與 *Culmer* 的自由、寬容之方法相比較，一些評論人根據該年代的幾件拒絕司法協助的案子，認定法院持有保守之傾向。¹⁴² 與這部分即相聯繫又被經常提及的案件，是 *Re Toga* 制造有限公司案¹⁴³。在 *Toga* 一案中，一加拿大受托人尋求債務人在美國的財產，美國債權人對該財產具有法律留置權。根據美國法律，留置權屬於有擔保的債權。然而，根據加拿大破產法，法院認為該財產屬於一般沒有擔保的債權。由於這一區別，並根據 304 條款 (c) 第四要素，無論加拿大訴訟程序對財產的處分在本質上是否與美國的做法一致，法院都會否決受托人的申請。¹⁴⁴ 美國法院無視其他各要素傾向於批准申請的事實，根據美國法典認定，任何對有擔保的債權不給予優先權的程序，都是實質上與美國法典不相似的程序，因而不予提供司法協助。

其他的幾個判決都遵從了 *Toga* 這一先例，要求外國程序的相關規定必須與美國的規定極其接近。¹⁴⁵ 但是，大多數後期的法院和評論者都批評了 *Toga* 案件，認為它對 304 條款的適用過於狹窄，僅僅注重於“細微的實體上的區別”。¹⁴⁶ *Toga* 案件的判決方法，與英國普通法一樣，僅僅注重所提出協助的具體要求，而沒有考慮外國破產制度和訴訟程序。

從法律建構的角度分析，該方法容易令人產生懷疑。因為它蔑視 304 條款 (c) 條款中的 6 個因素，而這 6 個因素都傾向把外國訴訟程序作為整體來看待其公正性。另外，從實務角度出發，Toga 的判決根本不切實際，因為沒有任何兩個民族具有極其相同的優先制度。

3、根據 20 世紀 90 年代自由學派拒絕提供協助

對 Toga 的批評取得了一定的效果。在 20 世紀 90 年代，美國法院並未遵從這一先例。經過彙編的案件中幾乎沒有拒絕提供司法協助的案例。這樣，20 世紀 80 年代盛行一時的拒絕提供司法協助的趨勢，被趨於合作的自由主義的主流所替代。而最近的幾個否定提供協助的案例，所反映的也只是由於美國與外國法律體制的重大差異，是法院不能對其請求提供協助，而非從總的原則上否定對外國破產程序給予協助。¹⁴⁷ 例如，在 *Re Hongrani* 案¹⁴⁸ 中，紐約南區破產法院拒絕對約旦銀行的破產管理人提供司法協助。當時，該銀行正根據特殊程序進行清算。立法對債務人給予特殊待遇，且特別禁止約旦破產法規定的法人團體進入訴訟程序。另外，立法規定，銀行及其財產和清算程序將只能由特殊法規管理。該特殊法規是由清算委員會秘密制定的。這樣，從總體上說，該程序缺乏透明度；在程序上，也侵犯了債權人的權利，沒有保證債權人應該享有的正当程序的權利，如知情權、信息權和聽證權等。

在以自由測試的方式對 *Culmer* 一案的審理中，法院拒絕了約旦人的申請。¹⁴⁹ 法院認為，儘管債權人沒有受到不公正的待遇¹⁵⁰，但是，在清算程序中，“公正與公平性鮮有保障。”¹⁵¹

尤其令法院關注的事實是，清算委員會没能根據約旦本國建立的破產法律的框架和一般原則進行清算。因此，考慮到特殊清算法律的特殊條款和非系統化的本質，法院認定，不能客觀地將這種特殊程序與美國的體制進行比較，因而不能對之施予救濟。

Hourani 案件顯示出，即使採取自由方法，也不能毫無限制地盲目對外國訴訟申請提供協助。該案也強調了這種辦法的系統性以及不能滿足 304 條款 (c) 所要求的訴訟程序的類型。該案中，美國法院並不關心債權人的真正待遇的公正性以及所提出的協助請求所帶來的具體影響。相反，法院把重點放在“作為破產制度的特殊立法沒有對債權人的保護提供保障”這一層面。¹⁵² 這一裁定對不屬於綜合破產制度的所有外國訴訟程序持懷疑態度，因為其既不確定也不客觀。在這種情況下，很難清楚地說明美國法院是否能夠將司法協助擴展到非法典化的制度之中，如在 *Re a Debtor* 一案中 *Ersay Desastre* 的訴訟程序。¹⁵³

4、預先承認：附加的要素

除了 304 條款 (c) 的基本因素之外，美國破產法法院也考慮以前是否有其它的法院對來自同一國家的訴訟請求提供救濟。¹⁵⁴ 該法律原則不僅具有簡單的先例效果，還具有邏輯性。因為，在 304 條款的適用中，法院考慮的是整個外國的破產制度，而不是某一具體救濟所產

生的影響。這樣，由於禁止對外國破產制度進行大範圍內的修改，下面的分析應該是相同或相似的。當然，與這一原則相對應的部分，是美國法院或許對來自其它國家的申請進行更加嚴格的審查。因為這些國家曾經由於其制度的原因而被美國法院拒絕給予救濟。¹⁵⁵ 第二巡回法院陳述道：

對來自“姐妹普通法司法管轄權”的申請的審查，不必像審查其它國家那樣嚴格。因為美國對這些國家不像對其它國家的司法狀況缺乏了解。¹⁵⁶ 這樣，紐約南部破產法院對英國的申請僅給予有限的審查。

“英國的法律制度與美國的法律制度具有同樣的普通法傳統。對於英國以及適用英國法律模式的國家所提起的訴訟程序——尤其是對於與美國具有相似的姐妹普通法國家的訴訟程序（不包括對”禮讓“這一法律原則給予狹義解釋的國家），美國聯邦法院不斷地給予禮讓的待遇。”¹⁵⁷

因此，可以說，考慮到前述美國所承認的破產法制度，美國發展的破產法標準與英國 426 條款的“充分原因”之標準並無相異之處。也就是說，從外部來看，根據雙方法律，外國法訴訟程在提供司法協助時，都接受有利的、而非決定性的推定。美國法院對以下國家的申請提供訴訟協助：澳大利亞¹⁵⁸，巴哈馬¹⁵⁹，百慕大¹⁶⁰，加拿大¹⁶¹，也門¹⁶²，厄瓜多爾¹⁶³，英國¹⁶⁴，芬蘭¹⁶⁵，德國¹⁶⁶，香港¹⁶⁷，以色列¹⁶⁸，日本¹⁶⁹，瑞典¹⁷⁰，瑞士¹⁷¹，台灣¹⁷² 和贊比亞¹⁷³。

（二）關於美國 304 條款的結論

與英國雙軌制相比，美國破產法典一開始即以全球為視角而設立。美國法院將 304 條款的框架廣泛適用於任何涉及個人清算和個人債務調整的外國訴訟程序。同時，法院也在其權力範圍內享有廣泛的自由裁量權。雖然法律僅賦予法院三項具體的權力，然而，法院的實際權力幾乎是沒有限制的。304 條款最偉大的特徵就是它提供了清晰的、能夠進行均衡考察的六個基本因素，以此來決定是否應該對申請提供救濟。在適用這一測試方法時，法院主要從整體的角度集中考察外國破產法律制度，而非某一具體協助所帶來的影響。這樣，只有在外國破產法制度完全缺乏系統的保護和客觀性時，法院方拒絕當事人的申請。儘管 304 條款具備上述的特徵，外國代理人卻較少使用這一程序。¹⁷⁴ 或許是因為對該條款不夠熟悉，或許是由於申請費用過高，或許由於使用與法律無關的其它方法而不必適用該條款，或許因為提起完整的訴訟程序比較有優勢，也或許是因案而異、各有原因。¹⁷⁵ 總之，對這種現象的產生，尚未發現一個明確的理由對之作出合理的解釋。¹⁷⁶

四、426 條款與 304 條款的比較

儘管英國與美國的立法機構在對外國破產提供協助的合作方面形式迥異，從而形成兩種完全不同的法律制度。然而，實踐中，兩國的法院卻以極其相近的方式適用 426 條款與 304 條款。當然，它們主要的區別在於 426 條款的適用僅限於幾個國家，而 304 條款卻可以對任何國籍的人開放。除了這一基本區別之外，兩國的法院各自分別對 426 條與 304 條款賦予了廣義的司法解釋。這樣，任何相關的外國破產程序都可以藉此提起訴訟請求。

與此類似，規範英美兩國法院權力的法律條文也大相逕庭。但是，在適用時，兩國法院各自的實際權力卻鮮有差別。304（b）直接賦予美國法院三項權力，但是，其中包括一項籠統的條款，即其它的適當救濟。426（5）中賦予英國法院的權力更加令人困惑。它限制英國法院根據要求對外國及內國提供救濟。然而，迄今為止，英國法院並不承認存在這種限制，而是對權力靈活運用，像美國一樣廣泛適用。

本質上，426 條款與 304 條款是行使自由裁量權的標準。就法條而言，各自以完全不同的形式在這個領域中發揮作用。

426 條款一開始就立場鮮明，要求承認外國破產程序。比較而言，304 條款開始時則搞中立平衡，提出六點基本要素以供法院權衡，評價是否應該擴展其含義以提供協助。然而，實踐中，英國法院業已解讀出 426 條款中所隱含的自由裁量權並加以運用，以對所提出之協助申請拒絕承認或給予限制。所產生的效果是根據 426 條款提出的申請結果難以推斷。304 條款也演變成有利於批准外國申請的推斷。對 304 條款進行評價的自由辦法意味着幾乎所有的申請都會輕易得到承認。另外，法院認為，先前對外國破產法制度的承認增加了有利於承認協助的推斷。

儘管英美兩國關於提供司法協助的傾向一樣強烈，然而，一般來說，在拒絕提供司法協助的案件中，兩國對 426 條款與 304 條款的適用却迥然不同。在英國，如果批准外國申請會對當事人產生不公平的影響，或批准申請的必要性不大，或者會因此而違背公共政策，法院將行使自由裁量權而拒絕提供協助。比較而言，美國法院則只有當外國的訴訟從整體來看不屬於確定、客觀的破產法制度時，才拒絕提供司法協助。理論上講，這些方法的區別本應產生不同的結果。例如，美國法院在 *Hughes* 和 *Focus* 案中，本應該同意當事人的申請，因為該外國法律訴訟程序所在國政府毫無質疑地宣稱，他們所適用的破產法制度是客觀而明確的。另一方面，英國法院或許會拒絕 *Hourini* 案的申請。因為債權人實際上即未受到不公正待遇，又未受到傷害。然而，考慮到美國法院和英國法院仍然會以違背公共政策為由而拒絕申請，426 條款與 306 條款的不同可以忽略不計。這樣，儘管法律框架改變了方法，

兩個條款的結果卻幾盡相同。

五、結語

大部分國家都有與外國主要破產程序合作的機制。同樣，英美兩國普通法也都規定了靈活的破產程序，以使任何國家都可以尋求協助。然而，普通法中的衡平方法不僅沒有可預測性，且費用昂貴。所以如此，是因為它依賴法院對所有可能發生的事實和法律的考量的評論。幸運的是，無論在英國還是美國，依靠這種模稜兩可的標準而進行的訴訟程序的數量都在下降。

為了反映對普通法的限制，兩國的立法機關都創立了相應的法律機制，使當地法院與外國法院的司法合作得以順利進行。在英國，426 條款創立了有利於提供破產協助的推定，儘管該制度適用的國家數量對象是有限的。而在美國，304 條款則創設了適用所有外國申請協助的框架。兩者都增加了對提供協助訴訟請求的可預測性，降低了救濟的費用，也降低了國際破產訴訟程序的費用。作為一種制度，這些法律合作為管理所有的跨界破產提供了良好的選擇。與普通法相比，這些法律提供救濟的辦法更加具有預測性強、費用低的特點。另外，比起求助於二、三個完整的破產案件，兩者顯得簡單而經濟。最後，儘管兩國法律沒有達到全球一體化的效果，卻為我們當代創設了一條可行的、供選擇的進路。因此，無論從宏觀還是微觀的角度來看，對跨界破產而言，由類似 304 條款和 426 條款所創設的法律協助合作制度，都是即有吸引力又頗為務實的良好辦法。

1. See RM Goode, *Principles of Corporate Insolvency*, 2nd ed (Sweet & Maxwell, London, 1997), 495.
2. 儘管美國試圖使其破產法典在域外適用，然而，迄今為止，尚無任何國家設置完善的、普遍適用的破產法制度。See Jay Westbrook, “Global Insolvencies in a world of Nation States” in Alison Clarke(ed), *Current Issues in Insolvency Law* (Stevens London, 1991) 27 ,36.
3. See Goode, *supra* n 1, 495.
4. 最好的輔助訴訟為著名的 Maxwell 通信公司訴英格蘭和紐約案。See Christopher Grierson, “Issues in Concurrent Insolvency Jurisdiction: An English Perspective” in Jacob Ziegel (ed), *Current Developments in International Comparative Corporate Insolvency Law* (Clarendon Press ,Oxford, 1994) 592.
5. 儘管普遍性原則被廣泛地接受。See Jay Westbrook, “theory Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum” (1991) 65 Am Bankr LJ 547, *International*

Bankruptcy: A Post-Universalist Approach “(1999) 84 Cornell L Rev 696.

6. 根據國家主義原則，如日本，就財產訴訟而言，法院在管轄範圍內既不做出域外管轄權的裁定，也不承認外國法院的裁定。See Junichi Matsushita, “On Current International Insolvency Law in Japan” (1997) 6 INSOL Int’l Insolvency Rev 210.
7. 對此，Maxwell 通信公司案又一次提供了恰當的案例。案中破產財產數量巨大，結果證明了運用充分完整訴訟程序的正確性。See Grierson, *supra* n 4. In the United States, insolvencies involving debtors with over \$100 million in assets and the unique issues these filings raise recently have become known and classified as “mega-cases”. See S Elizabeth Gibson, *A Guide to the Judicial Management of Mega-Cases* (Federal Judicial Center, Washington DC, 1992).
8. See Goode, *supra* n 1, 496.
9. Ian Fletcher, *Law of Insolvency*, 2nd ed (Sweet & Maxwell, London, 1996), 766-767. Cf Matsushita, *supra* n 6, 217-218 (注意到日本沒有直接提供司法扶助的案例，因此推定日本法院不願意提供輔助)
10. 除本文評論涉及的内容外，也存在其它輔助機制。Australia, *Corporations Act 1996*, s 581; *Bankruptcy Act 1994*, s 29; Canada, *Bankruptcy and Insolvency Act 1997*, s 271; Ireland, *Bankruptcy Act 1988*, s 142; and New Zealand, *Insolvency Act 1967*, s 135.
11. 有學者翻譯成《1986 年不能清償法》
12. *Insolvency Act, 1986*, s 426
13. (1998) 11 USC s 304.
14. See, eg LoPucki, *supra* n 5; Robert K Rasmussen, “A New Approach to Transnational Insolvencies” (1997) 19 Mich J Int’l L 1.
15. 在將來，根據《歐盟破產程序公約》，歐盟締約國當事人也可以依賴額外的兩條輔助標準，即輔助程序和第二程序。然而，由于《歐盟公約》尚未得以實施，故不在本文討論範圍內。See Ian Fletcher, *Insolvency in private International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1999), 246-301.
16. 英國輔助程序和合作程度，完全取決於案件的具體情況，法院對此有靈活的自由裁量權。See Philip Wood, *Principles of International Insolvency* (Sweet & Maxwell, London, 1995), 254.
17. See eg *Re Commercial Bank of South Australia* (1886) 33 Ch D 174, 178.
18. See eg *Re Hibernian Merchants Ltd* [1958] 1 Ch 76, 80.
19. [1989] QB 360.
20. 在美國破產法第 11 章中規定，重組後公司的管理權仍保留在債務人手中，這時，債務人以托管人的身份出現，成為“占有債務人”。See 11 USC s 1107.

21. 在美國破產法院提起訴訟，涉及債務人的中止所有訴訟程序的中止令或禁令會自動頒發：11 USC s 362.
22. Felixstowe [1989] QB 360，372. 英國法院很早就承認外國破產官員代替公司的權利。See eg Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt [1937] 1 Ch 513, 524. See also L Collins (ed)，AV Dicey & JHC Morris，The Conflict of Laws, 13th ed (Sweet & Maxwell, London, 1999), 1141 (Rule 160) (英國承認根據公司註冊地法任命的清算人的權利)。
23. [1989] QB 372, 376.
24. Ibid.
25. Ibid.
26. Re Lawson's Trusts [1896] 1 Ch 175，177. See also Hall v Woolf (1908) 7 CLR 207 (same holding based on s 426's statutory predecessor) .
27. Re Kooperman [1928] B&CR 49. See also Re Levy's Trust (1885) 30 Ch D 119, 123-125 (same holding based on s 426's statutory predecessor).
28. Re Hibernian [1958] Ch 76.
29. Ex p Bernal [1805] 11 Ves Jun 557. Cf Re International Power Industries NV [1985] BCLC 128 (denying an examination to assist a US Bankruptcy) .
30. England v Smith (24 Nov 1999) NLC 2991120404 (CA); Hughes v. Hannover Ruckversicherungs-Aktiengesellschaft [1997] 1 BCLC 497 (CA) ; Re Southern Equities Corp Ltd (1 Mar 1999)(LEXIS，Enggen library，cases file) (Ch) ; Re JN Taylor Finance Pty Ltd [1999] 2 BCLC 256 (CH) ; Re Business City Express Ltd [1997] 2 BCLC 510(CH) ; Re Focus Ins Co Ltd [1997] 1 BCLC 219(CH); Re Bank of Credit and Commerce International SA(No 9) [1994] 3 All ER 764 (Ch) , aff'd [1994] 3 All ER 791(CA); Re Dallhold Estates (UK) Pty Ltd [1992] BCLC 621(Ch). A summary of an unreported s 426 case, Re Nolisair International Inc(26 Apr 1993)(CA), was provided in Grierson, supra n 4, 604-605. 此外，也有其它觀點談及對 426 條款輔助程序的請求或要求，但未涉及 426 條款的適用問題。See Everson v Sec. Trade and Industry [2000] All ER 29 (EC) (英國法院根據地 424 條款協助愛爾蘭破產。該適用方式是通過承認愛爾蘭清算人并任命特殊合作管理人予以協助的方式進行的)；Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 11) [1997] 1 BCLC 80, 96, sub nom Re BCCI (No 10) [1996] 4 All ER 796 (Ch) (法院接到蘇格蘭法院合曼克斯法院的請求信函)；McIsaac & Wilson, Petitioners [1994] SLT 498，500 (Ct Sn) (蘇格蘭法院可能收到來自英格蘭對地 426 條款的請求，卻被誤認為該請求來自美國)；Re Seagull Manufacturing Co Ltd [1993] BCC 241，248(CA) (英國法院利用 426 條款接受來自 Alderney 法院和海峽島嶼法院的協助。協助目的是獲得對某當事人的審查)；Re

Paramount Airways Ltd [1993] Ch 223, 229; [1992] 3 All ER 1, 11 (CA) (426 條款雖然可使當事人獲益但其適用受到限制，因為適用該條款的相關成員國有限)。

31. Re a Debtor, ex p Viscount of the Royal Court of Jersey [1981] Ch 384; Re Jackson [1973] N Ir 67; Re Osborn [1931-1932] B&CR 189; Re Bolton [1920] 30 IR 324; Galbraith v Grimshaw [1910] AC 508; Hall v Woolf (1908) 7 CLR 207 (HC); Re Levy's Trusts [1885] 30 Ch D 119. 立法機關并未對將法律協助的規定擴展至商業破產進行積極辯論。相反，立法機關僅僅表明其採納了由 Cork Report 介紹的規定；該報告在評論中談到，希望破產規定可以擴展至清算程序，並且，可能的話，能夠象澳大利亞和贊比亞那樣將其擴展至擴大互惠關係的層面。See (1985) 83 HC Ded 550-551 (闡述該部分的主旨是施行《破產與實踐評委會報告》提供的建議) (chaired by Sir Kenneth Cork) (1982) Cmnd, 8558, ch 49, paras 1910-1912).
32. BCCI No.9 (1994) 3 ALL ER 764,784..
33. Insolvency Act 1986, s 426(4).
34. See Co-operation of Insolvency Courts (指相關國家和地區) Order 1986 (SI 1986 No 2123) (指 17 个民族); Co-operation of Insolvency Courts (指相關國家和地區) Order 1996 (SI 1996 No 253) (指馬來西亞與南非)。州務卿也將 426 條款擴展至英屬格恩西轄區 (Insolvency Act 1986 (Guernsey) Order 1989 (SI 1989 No 2409)) 及北愛爾蘭 (Insolvency Act 1986 (N Ireland) Order 1989 (SI 1989 No 2405))。
35. JW Woloniecki, "Co-operation between National Courts in International Insolvencies: Recent United Kingdom Legislation" (1986) 35 ICLQ 644, 650.
36. See Fletcher, *supra* n 14, 191.
37. See eg Re Bolton [1920] 30 IR 324.
38. Re a Debtor [1981] Ch 384, 675-676.
39. Ibid, 674-676.
40. Re Business Express [1997] 2 BCLC 510, 511 and 513.
41. Hughes [1997] 1 BCLC 497, 517.
42. Re BCCI (No 9) [1994] 3 All ER 764.
43. Ibid, 778-779.
44. 訴求依據為《1986 年無力清償法》ss 212(瀆職董事), 213(詐欺交易), 214(不正當交易), 238(低價交易)。
45. Re Dallhold [1992] BCLC 621.
46. 當時，澳大利亞法律改革委員會正在考慮重組措施。See Australia Law Reform Commission 45, 1 General Insolvency Inquiry 599. 然而，澳大利亞立法機構直到 1992 年

方採納該重組計劃。 See Act 210 1992, s 56.

47. 法院裁定，公司關於管理目的的定義系根據《1985 年公司法》第 735 款的規定做出，該規定被納入《1986 年無力清償法》中第 251 款。《1985 年公司法》第 735 款明確規定，公司是指根據 1985 年法案或前英國法案形成和注冊的公司；該規定不包括海外成立的公司。因此，不能根據 1986 年法案的第 8 條規定獲得權力，對海外公司發出管理命令。Re Dallhold [1992] BCLC 621, 623 (emphasis added) .
48. Ibid.
49. See eg Westbrook, *supra* n 5.
50. See n 45 and accompanying text above.
51. See n 46 and accompanying text above.
52. 426(5)條的目的在于授予受委托法院管轄權（而根據國內破產法法院不具有該管轄權），以使其向委托法院提供協助。Re Dallhold [1992] BCLC 621, 626.
53. Insolvency Act 1986, s426(4) (emphasis added).
54. See FAR Bennion, *Satutory Interpretation*, 3rd ed (Butterworths, London, 1997) 31, 37 (nothing that “shall” is usually interpreted as mandatory, though courts have read it on occasion to be directory or permissive).
55. See eg Re Osborn [1931-1932] B&CR 189.
56. Re BCCI (No 9) [1994] 3 All ER 764, 785; Re Focus [1997] 1 BCLC 219, 230.
57. Hughes [1997] 1 BCLC 497, 517.
58. Re Dallhold [1992] BCLC 621, 627.
59. Re Osborn [1931-1932] B&CR 189, 196.
60. Re Jackson [1973] N Ir 67, 72.
61. Ibid.
62. Re Taylor [1999] 2 BCLC 256.
63. Re Focus [1997] 1 BCLC 219, 230.
64. 除法律術語外，該推定還來源於這樣一個事實，即法院認為，外國法院的請求是其批准協助所考慮的重要因素。 See eg Hughes [1997] 1 BCLC 497, 515.
65. Re Dallhold [1992] BCLC 621, 632 ; Re BCCI (No 9) 3 All ER 764 , 785. 如前面第二部分 B3 所述，在英國法和外國法未達成一致的情況下，法院是否根據 1986 年破產法案而享有管轄權問題尚存爭議。
66. Re Dallhold [1992] BCLC 621, 632; Re BCCI (1994) 3 All ER 764, 785.
67. Re Business Express [1997] 2 BCLC 510, 514.
68. 上訴法院最近闡明：“根據相關司法管轄權的授權，為頒發法令，受委托法院行使了自

由裁量權。我認為，除非受委托法院未能意識到某些基本事實，或者事後的情況法院具有的管轄權，否則，英國法院不應該再次行使其自由裁量權。England v Smith NLC 2991120404 at *19. Regarding the exception for new material facts see section II.B.4.b.v infra.

69. 該部分未闡述根據英國法或外國法關於所請求之協助不存在的狀況。而只有在兩者共融的情況下方可提供協助。如前面第二部分 B3 所述，此類就即超過了 426 規定的權力範圍。
70. Re southern Equities Corp Ltd (in liq.) England v Smith (24 Nov 1999) NLC 2991120404; [2000]BCC 123 (CA).
71. Compare the Insolvency Act 1986, s236 with the Corporations Law 1998, s 596B.
72. See Re Cloverbay [1991] Ch 90.
73. Re Southern Equities Corp (1997) 24 ACSR 472.
74. England NLC 2991120404 at *12, *17.
75. Re Southern Equities Corp Ltd (1 MAR 1999) LEXIS, Enggen library, cases file (CH).
76. Laws LJ joined Morritt LJ's opinion without comment, while Parker J joined with minimal additional notions: England NLC 2991120404 at *19.
77. England NLC 2991120404 at *18.
78. Dicey & Morris, supra n 21, 1132 (Rule 157 (2)).
79. Cf Re BCCI (No 11) 1 BCLC 80, 107 and 109 (在以普通法輔助案件中裁定，法院必須適用英國破產法實體法。但是，為了解決某一特定爭議，英國衝突法會導致對一些外國法律原則的適用。)
80. See England NLC 2991120404 at *18 (per Morritt LJ), *20 (per Parker J).
81. See generally Dicey & Morris, supra n21, 81 (Rule 2) (如果對某外國權力的執行或承認會違背英國法律的公共政策，則英國法院將拒絕根據該外國法律執行或承認某外國權力) 511 (Rule 44) (如果由於對某案件判決的執行或承認將會與英國的公共政策相悖，則該外國判決將會受到質疑)
82. Re Taylor [1999] 2BCLC 256; Re Southern Equities Corp Ltd (1Mar 1999) (LEXIS, Enggen library, cases file) (Ch).
83. See PB Carter, "Rejection of Foreign Law" (1984) 55 BYBIL 111, 123-124 (citing cases).
84. England NLC 2991120404 AT *18-*19.
85. Ibid, *20-*21 (emphasis added).
86. See Carter, supra n 82, 122.
87. See Dicey & Morris, supra n 21, 81-88 (citing authorities).
88. Re Focus [1997] 1 BCLC 219.
89. Ibid, 232.

90. Ibid, 230.
91. [1997] 1 BCLC 497 (CA).
92. 在美國，該案例也引發了許多不同的爭議和觀點。See eg *Commissioner of Ins v Electric Mutual Liability Ins Co* (1999) 711 NE 2d 600 (Mass); *Re Electric Mutual Liability Ins co Ltd* (No 2) (1998) 688 NE 2d 947 (Mass).
93. 被告為非英格蘭公司，但一直位於英格蘭。因此，屬於英國法院管轄範圍。See *Hughes*[1997] 1 BCLC 497, 501.
94. Ibid, 524.
95. Ibid, 521.
96. See also England NLC 2991120404 at *19 (quoted in relevant part in n 67, supra).
97. See Charles Booth, “1978 年破產法改革法案前美國跨界破產法狀況史” (1991) 9 Bu Int’ 1 LJ 1.
98. See eg *Victrix SS Co SA v Salen Dry Cargo AB* (1987) 825 F 2d 709 (2d Cir). Cf *Refco F/X Associates Inc v Mebco Bak SA* (1989) 108 BR 29 (SDNY) (引導外國代表在美國破產法院提起 304 條款訴訟)。
99. “外國代表”被廣泛地定義為正當選擇的託管人、管理人或其他外國訴訟中的財產代理人。11 USC s 101 (24).
100. 適格的破產法院應該是：關聯財產所在地、關聯訴訟地、外國集團公司的主要財產所在地或主要營業地。28 USC s 1410.
101. 作為另一種選擇，國外代理人可以提起共同即時完整破產。(11 USC s 305(a)(2)).
102. See eg *Re Rubin* (1993) 160 BR 269, 274 (准許在債權人訴債務人的訴訟中對債務人給予禁令救濟)
103. Fed R Bankr P 1013.
104. Fed R Bankr P 7001-8020
105. Lawrence P. King (ed) *Collier on Bankruptcy*, 15th ed (Matthew Bender, New York, 1998) 1304.03 [3].
106. 11 USC s 304(a).
107. See eg *Re Tam* 107 BR 838, 842 (Bankr SDNY 1994) (denying Cayman liquidation that was not subject to supervision from using s 304).
108. *Collier*, supra n 104, 1304.02[1].
109. *Re Brierley* (1992) 145 BR 151, 159 (Bankr SDNY) (儘管根據美國破產法典，304 條款并非關於合格債務人的條款，但是，在此允許外國訴訟程序適用 304 條款救濟)。
110. *Goerg v Parungao (Re Goerg)* (1998) 844 F 2d 1562, 1568 (11th Cir).

111. 11 USC s 109(b)(3). See eg *Re Culmer* (1982) 25 BR 621 (Bankr SDNY).
112. See eg *Re Rubin* (1993) 160 BR 269, 274 (granting injunctive relief against American creditors from proceeding against the debtor's assets).
113. 11 USC s 304(b)(1)(A)-(B).
114. See eg *Allstate Ins Co v Hughes* (1994) 174 BR 884, 891 (SDNY).
115. See eg *IRS v Ernst & Young Inc (Re Ernst & Young Inc)* (1991) 135 BR 521, 524 (SD Ohio) (雖然承認一般中止，但允許政府繼續對債務人的某些財產繼續徵稅)。
116. 11 USC s 304 (b)(1)-(2).
117. *Koreag, Controle et Revision SA v Refco F/X Assocs Inc (Re Koreag)* (1992) 961 F 2d 341, 348-349 (2d Cir).
118. 11 USC s 304(b)(1)-(2).
119. See eg *Koreag v Refco* (1992) 961 F 2d 341, 348.
120. 11 USC s 304(b)(3).
121. See eg *Re Culmer* (1982) 25 BR 621, 624 (sic).
122. See eg *Re Brierley* (1992) 142 BR 151, 160.
123. *Re Lineas Areas de Nicaragua* (1981) 13 BR 779, 780 (Bankr SD Fla).
124. *In Re Lines* (1988) 81 BR 267 (Bankr SDNY).
125. See eg *Metzeler v Bouchard Transp Co Inc (Re Metzeler)* (1987) 78 BR 674, 678 (Bankr SDNY) .
126. See *Re Brierley* (1992) 145 BR 151, 169; *Universal Casualty & Surety Co Ltd v Gee (Re Gee)* (1985) 53 BR 891, 897-898 (Bankr SDNY).
127. 美國頗具爭議的觀點是，根據外國破產法程序任命的破產托管人是否可直接求助於美國破產法典的回避權力。See eg 11 USC ss 542-545, 547-550, 553. 美國法院儘管開始時有些迷惑，但後來清楚地裁定外國破產托管人不准許直接適用回避權力。該權力系根據美國破產法典授予國內托管人的權利。See eg *Re Kojima* (1995) 177 BR 696, 703 n 35 (Bankr D Colo).
128. 11 USC s 105.
129. 理論上，美國方法的透明情況可能是由於美國法院可以提供更多的彈性，因為法院並非必須如 426 條款一樣批准外國請求。亦即因為美國法院保留了根據 304 條的平衡測試法拒絕提供協助的自由裁量權力，則法院不必限制自己的司法管轄權。這與英格蘭的案件有所不同。
130. Charles Booth, "Recognition of Foreign Bankruptcies : An Analysis and Critique of the Inconsistent Approach of the United States Courts" (1992) 66 Am Bankr LJ 135, 168.

131. See Stuart Krause et al, “破產法 304 條款項下的救濟：闡明跨國破產中禮讓的主要角色” (1996) 64 Fordham LR 2591, 2609-2610.
132. Re Culmer (1982) 25 BR 621, 629.
133. Re Papeleras Reunidas SA (1988) 92 BR 584, 594 (Bankr EDNY) (以明了的方式拒絕南部地區法院的意見)。Cf Koreag v Refco (1992) 961 F2d 341, 358 (拒絕解決南方地區法院和東部地區法院的爭議)。
134. See eg Re Culmer (1982) 25 BR 621.
135. See Interpool Ltd v Certain Freights M/V Venture Star (1988)102 BR 373, 377-381 (Bankr DNJ); R Papeleras (1988) 92 BR 584; Re Toga Mfg Ltd (1983) 28 BR 165 (Bankr ED Mich); Re Lineas (1981) 13 BI 779, 780.
136. Re Treco (1999) 299 BR 280, 300(Bankr SDNY); Re Hourani (1995) 180 BR 58 (Bankr SDNY).
137. (1982) 25 BR 621.
138. Ibid, 628-629.
139. Ibid, 628.
140. Ibid, 629-631.
141. Ibid, 631.
142. Booth (1992) 66 Am Banks LJ 135, 168, 184-211; Krause (1996) 64 Fordham LR 2591, 2601-2603; Robert Millner & Thomas Labuda, “Ancillary Proceedings and Treatment of Foreign Debtors and Foreign Creditors under the United States Bankruptcy Code” (1997) 23 Cal Bankr J 275, 289-290.
143. Re Toga (1983)28 BR 165.
144. Ibid, 167-168.
145. See Re Papeleras (1988) 92 BR 584, 591-594 (由於西班牙法律拒絕承認由美國債權人提起的附隨請求，美國法院拒絕對西班牙破產程序給予輔助救濟；Interpool (1988) 102 BR 373, 377 (由於澳大利亞法律沒有為國內不當行為提供衡平法上的從屬債務救濟方式，因此美國法院拒絕未澳大利亞程序提供輔助救濟)。
146. See eg Re Axona Int’l Credit & Commerce Ltd (1988) 88 BR 597, 610 (Bankr SDNY), affd (1990) 155 BR 442 (SDNY); Booth (1992) 66 Am Banks LJ 135, 168, 230.
147. See eg Underwood v Hilliard (Re Rimsat Ltd) (1996) 98 F 3d 956, 963 (7th Cir).
148. Re Hourani (1995) 180 BR 58.
149. Ibid, 63-64.
150. Ibid, 68.

151. Ibid, 66.
152. 法院表明將根據商法和民法或者特殊清算立法承認典型的約旦銀行破產，前提是其依照所建立的破產法律框架提出：Ibid, 69.
153. See supra nn 37-38 and accompanying text discussing *Re a Detor* [1981] Ch 384.
154. See eg *Drexel Burnham Lambert Group Inc v Faladari* (1985) 777 F 2d 877, 881 (2d Cir).
155. 美國法院在下列案件中拒絕在破產程序中提供禮讓：(*Interpool* (1988) 102 BR 373, 378；cf *Allstate Life Ins Co v Linter Group Ltd* (1993) 994 F2d 996, 99-1000 (2d Cir), granting comity to Australian insolvency proceeding); *Canada (Re Toga)* (1983) 28 BR 165; cf *Re Davis* (1996) 191 BR577, 596 (Bankr SDNY) (“Courts in the United States uniformly grant comity to Canadian proceedings”); *Dubai (Drexel)* (1985) 777 F 2d, 877, 881); *St.Christopher and Nevis (Underwood)* (1996)98 F 3d 956, 963); *Jordan (Re Hourani)* (1995) 180 BR 58); *Luxembourg (Overseas Inns SA PA v US)* (1998) 685 F Supp 968, 973-974 (ND Tex:)); *Nicaragua (Re Lineas)* (1981) 13 BR 779, 780); and *Spain (Re Paperleras)* (1988) 92 BR 584, 591-595).
156. See *Drexel Burnham Lambert Group Inc v AW Galadeui* (1985) 777 F 2d 877, 881.
157. *Re Brierley* (1992) 145 BR151, 166-167 (對 *Maxwell Communications* 破產訴訟給予部分輔助)。
158. *Allstate v Linter* (1993) 944 F 2d 966, 999-1000.
159. *Re Hackett* (1995) 184 BR 656, 659 (Bankr SDNY) (巴哈馬清算符合破產法典第 304(c) 條款以及平等分配原則)。
160. *Re Kingscroft Ins Co Ltd* (1992) 138 BR 121, 125 (Bankr SD Fla).
161. *Re Davis* (1996) 191 BR 577, 586.
162. *Re Gee* (1985) 53 BR 904-905.
163. *Re Banco de Descuento* (1987) 78 BR 337, 338-339 (Bank SD Fla).
164. *Re Brierley* (1992) 145 BR 151, 166-167 (granting aid to portion of *Maxwell Communications* insolvency proceeding).
165. *Re Laitasalo* (1996) 193 BR 187, 195 (Bankr SDNY).
166. *Merzeler* (1987) 78 BR 674, 677-678.
167. *Re Axona* (1988) 88 BR 597, 610.
168. *Re Shavit* (1996) 197 BR 763 (Bankr SDNY).
169. *Re Kojima* (1995) 177 BR 696, 702.
170. *Victrix SS Co SA v Salen Dry Cargo SA (The Seatransport)* (1987), 825 F 2d 709.
171. *Re Koreag* (1991) 130 BR 705 (Bankr SDNY); Rev’ d on other grounds sub nom. *Koreag v*

refco (1992) 961 F2d 341, 358-359.

172. Haarhuis v Kunnan Enterprises Ltd (1998) 223 BR 252 (DDC).

173. Re Ward (1996) 201 BR 357 (Bankr SDNY).

174. Millner, *supra* n141, 279 (1992 年，法院僅頒發了 29 个 304 法令，而根據破產法第 11 章頒發的法令達 22,000 個)。

175. 法外的或非正式的破產協議解決方式在任何國家法律制度中都很普遍。這也會對破產法適用的可預期性的增強有所幫助。在此，感謝 David Tulloch，他指出，304 條款適用的可預期性會增加以非正式的方式解決 304 條款請求案件的數量。

176. See Arnold M Quittner, “Cross-Border Insolvencies-Ancillary and Full Cases: The Concurrer Japanese and United States Cases of Maruko, Inc” [1992]2 INSOL Int’l Insolvency Rev 171[讨论日本破產管理人在申請完整訴訟案件中（而非根據 304 條款提起的訴訟）所考慮的因素].