

论 COMI 在跨国破产国际管辖中的适用

——欧盟及美国的视角

解正山

内容提要:随着跨国破产立法与司法实践的不断完善,跨国破产国际管辖开始从传统走向现代,以主要利益中心为标准的国际管辖新实践逐渐被国际社会及诸多国家的立法所接受,为跨国破产管辖权冲突提供了一个切实有效的解决方案,并在跨国破产管理中发挥着日益重要的作用。然而,作为确定跨国破产管辖权的新标准,主要利益中心在立法及司法实践中仍存在不成熟的一面,如何进一步完善其规则仍需国际社会及各国的共同努力。

关键词:跨国破产 国际管辖 主要利益中心

解正山,复旦大学法学院民商法专业博士研究生。

主要利益中心(Centre of Main Interests,以下简称 COMI)作为法律概念,源自1990年欧洲理事会《关于特定国际破产的欧洲公约》(又称《伊斯坦布尔公约》)及1995年欧盟《破产程序公约》(两部公约均未生效)。随后,以联合国国际贸易法委员会1997年颁布的《跨国破产示范法》(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency,以下简称《示范法》)及2002年生效的《欧盟理事会破产程序条例》(Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May on Insolvency Proceedings,以下简称《欧盟条例》)为代表,新近跨国破产立法及司法一改传统做法,纷纷采纳 COMI 这一法律概念,将其作为确定跨国破产国际管辖的标准,并据此创设了一套全新的跨国破产法制。^[1] 鉴于此,本文将以欧盟及美国的视角对这一新标准进行评析,以期对我国跨国破产国际管辖实践有所裨益。

一 欧美法对 COMI 的概念界定及功能定位

(一) 欧盟法的规定

2002年5月31日,《欧盟条例》正式生效。针对跨国破产国际管辖问题,《欧盟条例》第

[1] 截至目前,美国、澳大利亚、英国、新西兰、日本等发达国家全部或部分地采纳了《示范法》,《示范法》相关资料可查阅 www.uncitral.org 网站;另外,在《欧盟条例》的影响下,德国、西班牙等欧盟成员国纷纷对本国的跨国破产法进行了相应的立法与修正。欧盟国家的破产立法及改革可查阅 <http://www.iiiglobal.org> 网站。

3 条第 1 款规定：“债务人 COMI 所在地的成员国享有启动破产程序的管辖权。”据此，欧盟跨国破产法正式将 COMI 作为某一成员国法院享有管辖权的联结因素。^[2] 对于 COMI，《欧盟条例》规定，在公司或者法人破产的情况下，如无相反证据，注册办事处所在地应被推定为其 COMI 所在地。《欧盟条例》还在前言第 13 条中对 COMI 进行了限定：COMI 与破产债务人对其利益进行经常性管理并因而可由第三方查明的地点一致。由于 COMI 的概念极具灵活性，《欧盟条例》通过上述可予反驳的推定增加法律确定性，“试图在灵活性与法律确定性之间寻求平衡”。^[3] 事实上，COMI 与单一破产及普遍性原则密切关联，基于 COMI 启动的破产程序在所有与债务人有关的破产程序中居于核心地位并具有普遍性效力，对所有成员国（除丹麦外）均有约束力，法院地法将适用于破产债务人的所有财产，^[4] 且该程序无须其他任何手续即可在成员国内得到承认与执行（除非对判决的承认与执行明显违背成员国的公共政策）。

若债务人 COMI 不在本国境内，^[5] 则成员国法院仅当债务人在本国存在“营业机构”的情况下，^[6] 才能针对破产债务人启动属地破产程序，但该程序在主破产程序（即基于 COMI 启动的破产程序）启动之后即应转变为附属程序，仅限于对位于该处的债务人的资产进行清算。^[7] 附属程序也可在主破产程序开始之后，由主破产程序清算人或根据营业机构所在地法律有权申请启动破产程序的其他个人或机构申请启动。^[8] 附属程序除了保护当地的利益外，还可为主破产程序提供协助。特别是当债务人的破产财产状况过于复杂，以至于无法作为一个整体进行处置，或因不同法律制度对某一问题处理的差异过大，以至于将主破产程序启动地（即 COMI 所在地）的法律效力推及债务人资产所在国的做法会出现很大困难时，主破产程序的清算人即可请求启动附属破产程序。^[9] 《欧盟条例》正是基于 COMI 与营业机构的管辖标准，较好地解决了跨国破产域外效力之普遍主义与属地主义之间的矛盾。

（二）美国法的规定

2005 年 10 月 17 日，全面移植《示范法》的美国《破产法》第 15 章（“辅助程序与其他跨国破产程序”）开始生效。对于国际管辖问题，该章以 COMI 及营业机构为标准将外国破产程序界分为外国主要程序（破产债务人 COMI 所在国启动的某项外国程序）与外国非主要程序（债务人营业机构所在地启动的某项外国程序）。对于 COMI，美国《破产法》第 1516 条第 3 款规定：“如无相反证据，债务人注册办事处或个人的惯常居所应被推定为其 COMI。”美国法还明确将证明 COMI 位于何处的责任划归外国破产管理人承担（欧盟法并无此规定）。^[10]

[2] 《欧盟条例》的管辖规则仅用以确定成员国与成员国之间的管辖，即条例仅指定由哪一个成员国的法院启动破产程序，至于成员国境内具体管辖法院的确定则由该成员国相关的国内法予以规定。

[3] Paul J. Omar, *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Ashgate Publishing Limited, 2008, p. 177.

[4] 根据《欧盟条例》规定，主破产程序适用法院地法是基本原则，但同时也规定了诸多法院地法适用的例外，如有关担保物权、抵消权的行使、所有权保留、不动产、雇佣等特殊合同、某些特殊财产权利以及撤销权等方面。参见《欧盟条例》第 5-12 条。

[5] COMI 的功能还在于界定《欧盟条例》的适用范围，即条例仅适用于破产债务人 COMI 位于欧盟成员国境内的破产程序。若 COMI 位于欧盟境外，破产管辖问题则由各成员国的国内法予以解决。

[6] 营业机构是指债务人以人力、货物进行某种非临时性的经济活动的任何营业场所；而在美国法中，营业机构则是指债务人进行某种非临时性的经济活动的任何营业场所。见《欧盟条例》第 2 条及美国《破产法》第 1502 条。

[7] 《欧盟条例》第 3 条第 2-4 款。

[8] 《欧盟条例》前言第 18 条及《欧盟条例》第 29 条。

[9] 《欧盟条例》前言第 19 条。

[10] H. Rept. 108-40, p. 217.

上述外国主要程序与非主要程序区分的重要性在于,它将决定是基于法律直接规定还是法院酌情而给予相应的救济。^[11]可以看出,在美国法中,COMI 将决定外国破产程序的性质(即主要程序与非主要程序之分),而在《欧盟条例》中,COMI 将决定由哪个成员国法院启动主破产程序。

当一项外国破产程序基于 COMI 而被认定为主要程序时,外国破产管理人即有权获得美国法院给予的特定救济,如对债务人及其位于美国的财产适用自动停止措施、管理债务人的营业并行使托管人的权力(如出售、处置财产)等。总之,一旦某项外国破产程序被美国法院认定为主要程序而获得承认后,^[12]就如同在美国国内启动了针对破产债务人的破产程序,并根据美国破产法的相关规定,停止针对债务人及其财产的行为与诉讼。但当外国程序被认定是外国非主要程序时,法院将酌情给予适当救济(酌情给予的救济措施也可适用于外国主要程序)。^[13]然而,无论是外国主要程序还是非主要程序,对其承认或救济都还应符合公共政策例外等方面的规定。针对本国破产程序的域外效力问题,美国《破产法》第 541 条规定,审理破产案件的法院对破产债务人位于任何地点的所有非豁免财产享有排他性的管辖权(普遍主义原则)。这与《破产法》第 15 章中承认外国破产程序具有域外效力相呼应。

综上所述,COMI 对主破产程序管辖法院的确定或外国破产程序性质的界定具有决定性意义,而“管辖权或程序性质的确定性对于债权人来说则具有重要影响”。^[14]《欧盟条例》将公司注册办事处作为 COMI 的推定以及对 COMI 的初步限定有助于简化 COMI 的适用,并减少了不同法院得出不同结论的可能性,一定程度上能满足当事人对管辖权确定性的要求。相比之下,美国《破产法》第 15 章未像《欧盟条例》“前言”第 13 条那样对 COMI 进行限定,因而具有较大的不确定性,而且美国法院还会根据外国主要程序与非主要程序的不同,在宽泛的范围内裁量可给予外国程序的救济,从而使这种不确定更加明显。正如丹尼尔·M·格罗斯班(Daniel M. Glosband)所言:“在给予、修改或拒绝救济以及在多重程序间沟通与协调等方面的灵活性是美国《破产法》第 15 章的特点。”^[15]

二 欧美法院对 COMI 的适用

(一) 欧盟法院对 COMI 的解释与认定

在欧洲,典型的案例,如欧洲食品公司/帕玛拉特公司(Eurofood IFSC/Parmalat SPA)案,^[16]即是因对 COMI 做出根本不同的解释而引发了成员国间的管辖权冲突。意大利帕玛拉特公司曾是全球最大的食品与奶制品跨国公司集团,欧洲食品公司是其在爱尔兰注册的

[11] Aaron L. Hammer and Matthew E. McClintock, “Understanding Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: Everything You Need to Know About Cross-Border Insolvency Legislation in the United States”, 14 *L. & Bus. Rev. Am.* 257, 268 (2008).

[12] 外国主要程序的承认并不排除美国法院启动一项属地破产程序,该程序的效力仅限于破产债务人位于美国境内的财产,并应为外国主要程序提供必要的合作与协调。进一步规定可参见美国《破产法》第 1528 条。

[13] 美国《破产法》第 1519、1521、1522 条。

[14] Look Chan Ho., “Proving COMI: Seeking Recognition under Chapter 15 of the US Bankruptcy Code”, *J. I. B. L. R.* 2007, 22(12), 636-641, p. 639.

[15] Daniel M. Glosband, “SPhinX Chapter 15 Opinion Misses the Mark”, 25 - JAN, *Am. Bankr. Inst. J.* 44, 84 (2007).

[16] ECJ, Case C - 304/04, May 2, 2006.

子公司。2003 年 12 月,帕玛拉特公司因财务丑闻陷入破产,包括欧洲食品公司在内的多家子公司随之破产。2004 年 1 月,欧洲食品公司的主要债权人(美洲银行)向爱尔兰法院提起破产程序,爱尔兰高等法院随即认定该子公司的 COMI 在爱尔兰,因为公司在爱尔兰注册,并在爱尔兰经常性合法管理其商业利益,且公司的债权人也确信他们是在与一家爱尔兰公司进行交易。然而,意大利法院却认为该子公司的 COMI 在意大利,因为公司是一家独资子公司,其设立完全是为了向公司集团其他成员提供融资,且公司的政策是在意大利决定的,在爱尔兰也没有雇员。^[17] 成员国间因 COMI 认定所引发的争执最终被提交至欧洲法院,由其作最终裁定。

在欧洲法院看来,如果欧盟国家不遵从统一解释,那么 COMI 的概念在确定哪个成员国法院有权启动主破产程序以及哪一成员国法律适用于破产程序等方面将无法发挥其功能,导致不同成员国在决定主破产程序管辖权时产生激烈争夺。因此,欧洲法院强调,COMI 的确定应以“具有客观性且能被第三方查明”这一标准为基础。欧洲法院指出:“《欧盟条例》第 3 条第 1 款中规定的推定仅因下列情况而被推翻:客观的且能为第三方查明的因素所能证实的实际位置不同于注册办事处所在的地点。该例外突出表现为未在注册办事处所在国开展业务的公司身上。相反,若某公司在其注册地所在国开展业务,则即使其经济决策是或者能够被位于另一成员国的母公司所控制也不足以推翻条例所规定的推定。”^[18] 据此,欧洲法院最后裁定,爱尔兰的重组程序应被认定为主破产程序,而在意大利启动的与欧洲食品公司有关的其他程序应为从属程序,从而解决了两国之间在跨国破产管辖权之间的矛盾。最后,欧洲法院还强调,在根据《欧盟条例》建立的确成员法院管辖权的制度中,每个构成单独法人实体的债务人应当由本国的法院管辖。

与欧洲法院在欧洲食品公司/帕玛拉特公司案中维持公司注册办事处在确定 COMI 时的重要性一样,审理 Bati-France 案的比利时法院也认为,破产债务人在某成员国拥有法定住所意味着其在该国拥有 COMI,即使有证据表明债务人的经营管理很大程度上是在另一成员国完成的。^[19] 在上述法院看来,只要有证据表明法定住所(注册办事处)并非是完全虚拟的,《欧盟条例》第 3 条第 1 款所包含的推定就不应被推翻。然而,也有一些案例表明,将注册办事处视为破产债务人 COMI 的推定并未被赋予决定性意义,相反,债务人在何处经常性管理其利益以及第三方将何处视为债务人的 COMI 却成为确定 COMI 所在地的重要衡量标准。^[20] 如在安龙公司(Enron Directo Sociedad Limitada)案中,尽管安龙(西班牙)公司的注册办事处和主要资产在西班牙,但其总部位于英国,所有与安龙(西班牙)公司财务和业务有关的主要行政、战略和管理决定都在英国做出,且公司的主要债权人知道公司是从英国进行管理的。^[21] 据此,英国法院根据《欧盟条例》第 3 条规定,利用“相反证据”(即该公司

[17] 有关该案的具体评析可参见 Samuel L. Bufford, “International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies”, 12 *Colum. J. Eur. L.* 429 (2006); 另参见 Samuel L. Bufford, “Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue Equality of Arms: the Eurofood Decision of the European Court of Justice”, 27 *Nw. J. Int’ L. & Bus.* 351 (2007)。

[18] Eurofood Judgment, p. 37.

[19] Paul J. Omar, p. 179.

[20] 如德国 Hetlage 案、意大利 Cirio Del Monte 案、英国 Re ISA Daisytek SAS et alia 案, Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland 案、BRAC Budget Rent - A - Car International Inc 案、Ci4Net. Com Inc 案以及 Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited 案、荷兰 Interexx 案、匈牙利 Parmalat Hungary/Slovakia 案等。

[21] 联合国国际贸易法委员会第 38 届(2005 年 7 月)会议文件:《破产法动态》(A/CN.9/580), 第 62 段。

的管理决定是由另一处管理机构做出以及债权人对公司 COMI 所在地的看法) 推翻了“公司或法人的注册地是其 COMI”的推定,^[22] 从而依债权人申请在英国启动了主要破产程序, 而不是在其注册地西班牙启动该程序。

作为与 COMI 相对应的概念, 营业机构在《欧盟条例》中也被视为破产程序管辖权标准。所谓营业机构, 是指破产“债务人以人力、货物进行某种非临时性的经济活动的任何营业场所”。实践中, 当债务人注册办事处无法被认定为其 COMI 时(有关 COMI 的推定被推翻), 其至少可作为债务人在该处拥有营业机构的证据, 从而可启动附属程序。如在德国汽车模具公司(Automold)案中, 尽管破产债务人在德国注册设立, 但受英国主破产程序管辖(COMI 被认定位于英国)。据此, 德国法院认为, 注册办事处的存在足以证明破产债务人在该处拥有营业机构。为支持这一结论, 法院裁定, 注册办事处之外地点开始的外国主破产程序并不阻止在债务人注册办事处启动附属程序。^[23] 由于欧盟成员国法院基本认可《欧盟条例》中有关营业机构的定义以及作为管辖权标准的效力, 并“认为单纯的资产存在已不足以作为行使管辖权的基础”,^[24] 因此实践中与此相关的管辖权争议较少。

(二) 美国法院对 COMI 的解释与认定

与《欧盟条例》类似, 美国《破产法》第 15 章的规定同样仅赋予注册办事处作为 COMI 有限的重要性。斯芬克斯基金公司(SPhinX Funds)案是在美国发生的首例与 COMI 有关的颇具争议性的跨国破产案件。^[25] 斯芬克斯公司是在开曼群岛注册的从事对冲基金业务的公司集团, 但其在开曼群岛既不从事任何贸易与商业, 也无任何雇员及办公场所, 其对冲基金业务由位于纽约且在特拉华州设立的布拉斯基金公司(PlusFunds)承担, 贸易业务则由 Ref-co 公司管理, 斯芬克斯公司因卷入布拉斯基金公司依据美国《破产法》第 11 章而启动的重组程序, 其投资人为阻止上述程序中的巨额结算, 因而在开曼群岛启动破产程序并向美国法院申请承认该破产程序为外国主要程序。

审理法官罗伯特·D·崔恩(Robert D. Drain)认为:“美国《破产法》并未指明通过何种证据来推翻债务人注册地或设立地是其 COMI 的推定, 因此, 下列因素(单独或结合在一起)可用于考虑确定 COMI: 债务人总部所在地、实际管控债务人的机构所在地、债务人主要资产所在地、大多数债权人或受案件影响的大多数债权人所在地以及主要争议适用法所处的法域等。然而, 第 15 章固有的灵活性表明, 法院不应机械适用上述因素, 而应根据第 15 章所强调的依据公平程序并使债务人资产价值最大化的方式保护各方合理利益的原则进行评估。”^[26] 考虑到投资人默示一致地赞成开曼群岛的程序为主要程序可能有不适当的目的,^[27] 法院没有承认开曼程序为外国主要程序, 而是出于实用主义的考虑, 并基于下列原因最终将开曼程序认定为非主要程序: 大量的客观因素表明, 开曼群岛无法作为债务人的 CO-

[22] Freshfields Bruckhaus Deringer, “Restructuring and Insolvency Bulletin”, Autumn 2002, available at <http://www.frshefields.com/practice/finance/publication/newsletters/ribulletin/200211.pdf>.

[23] 参见 Micol C. Mion, “An Analysis of the European Community Regulation on Insolvency Proceedings: Its Past, Present and Future”, 13 *New Eng. J. Int'l & Comp. L.* 17, 28-29 (2006).

[24] 同上, 第 28 页。

[25] *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B. R. 103, (Bankr. S. D. N. Y. 2006), affirmed, 371 B. R. 10 (S. D. N. Y. 2007).

[26] *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B. R. 103, 117 (Bankr. S. D. N. Y. 2006).

[27] *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B. R. 103, 121 (Bankr. S. D. N. Y. 2006).

MI 所在地,而将开曼群岛启动的程序认定为非主要程序将不会导致不利的结果。^[28]

尽管上诉法院维持了上述判决,但崔恩法官的判决仍受到各方的批评,认为其背离了《破产法》第 15 章的精神,因为“这不是一个真正的选择问题,而是该破产程序是否符合主要程序与非主要程序的定义问题”,“就开曼群岛启动的程序被认定为非主要程序而言,其未依据《破产法》第 15 章的有关规定……这种认定是不恰当的,因为在开曼群岛不存在如《破产法》第 15 章所定义的营业机构”。^[29] 正如格罗斯班所言:“既然仅当外国程序满足主要程序或非主要程序的定义要求时才应获得承认,那么,当无法确定主要程序或非主要程序资格时就不存在承认的问题……法院查明的客观事实(除了注册地)表明,斯芬克斯基金公司的 COMI 在美国。这些事实同时表明,开曼群岛不存在破产债务人的任何营业机构……据此,开曼群岛启动的程序根本无资格根据第 15 章的规定获得承认。”^[30]

与斯芬克斯公司案不同,在贝尔斯登(Bear Stearns)案中,^[31] 尽管其基本事实与斯芬克斯公司案类似,但判决结果则不同:法院不仅驳回了申请人请求承认开曼群岛开始的破产程序为外国主要程序的申请,而且也未承认该程序为非主要程序,因为法院认定债务人经常性管理其利益并因此可被第三方查明的地点在美国,且债务人在开曼群岛并不存在第 15 章所定义的营业机构。对于何种因素可用于反驳立法中的推定,贝尔斯登案的审理法官伯顿·R·利夫兰(Burton R. Lifland)与崔恩法官的观点基本一致。不过,利夫兰强调,外国主要程序与非主要程序的存在是一个定义性的问题,而不是自由裁量的问题;如果外国程序因不符合《破产法》第 1502 节中有关定义的规定而无法被认定为主要程序或非主要程序,其无权根据第 15 章的规定而获得承认及救济,但这并不意味着被驳回申请的当事人无法获得法院的救济,其仍可通过美国《破产法》第 303 条等规定获得必要救济。^[32] 由此可见,除上述学者间的争论外,美国法院在具体适用 COMI 时也存在分歧。

三 对欧美有关 COMI 实践的总体评价

截至目前,欧盟的一些案件依据了《欧盟条例》第 3 条以及前言第 13 条的规定,特别是在判断何为破产债务人的 COMI 方面。^[33] 同样地,自美国《破产法》第 15 章施行以来,大多数跨国破产案件^[34] 也基本遵循了破产债务人注册办事处或经常性管理其利益并因而可由第三方查明的地点(后者实际上是借鉴欧盟实践的结果,因为美国法并无类似于《欧盟条例》前言第 13 条的规定)是其 COMI 所在地这一规定。尽管在适用过程中法院对如何解释与认定 COMI 存有不同程度的分歧,但总体而言,以 COMI 作为跨国破产国际管辖权的确定标准仍取得了初步的成功。

[28] In re SPhinX, Ltd., 351 B. R. 103, 122 (Bankr. S. D. N. Y. 2006).

[29] Gabriel Moss, "Mystery of the SPhinX: COMI in the US", *Insolv. Int.* 2007, 20 (1), 4-7, p. 6.

[30] Daniel M. Glosband, "SPhinX Chapter 15 Opinion Misses the Mark", 25 - JAN, *Am. Bankr. Inst. J.* 44, 85 (2007).

[31] In re Bear Stearns, 374 B. R. 122, Case No. 07 - 12383, (Bankr. S. D. N. Y. 2007).

[32] 同上,第 132 - 133 页。

[33] 详细内容与相关案例可查阅 www.eir-database.com。

[34] 如 In re Daewoo Corp 案、Thornycroft Limited 案、Hatteras Reinsurance Ltd. 案、La Mutuelle du Mans Assurance IARD UK Branch MMA 案、Trade and Commerce Bank 案、Lion City Runoff Private Limite 案、TriGem Computer, Inc. 案、Moulin Global Eyecare Holdings, Ltd. 案、In re Ian Gregory Thow 案、Young Chang Co., Ltd. 案、Hollinger Inc. 案、Bancafe International Bank, Ltd. 案、Amerindo Internet Growth Fund, Ltd. 案等。

首先,以 COMI 为标准确定跨国破产管辖权具有合理性及科学性。表面上看,COMI 不如债务人住所地、主要营业地、破产财产所在地等传统管辖权标准那般明确,但“在错综复杂的现实中,这些更为明确的标准没有一个能够在所有的案件中永恒地同与破产存在最密切联系的地点相对应”。^[35]相反,COMI 却能反映“破产债务人经济生命的焦点,并预示其 在市场 中制度化存在的程度”。^[36]《欧盟条例》及美国《破产法》第 15 章中有关 COMI 规定的最大好处在于,快捷而直接地确定单一法院对整个破产行使管辖权(主破产程序的管辖权),以便采取紧急措施,保全破产债务人的资产。而且,欧美法在承认 COMI 所在地法院启动的程序具有普遍性效力的同时,也赋予东道国法院对附属程序或属地程序的管辖权以及对外国程序是否违反本国公共秩序等事宜的审查权,特别是欧盟法中法院地法例外的规定,一定程度上降低了各国在解释与认定 COMI 时刻意寻求本国管辖权的企图。

其次,欧美法院都没有机械地适用立法中规定的推定(即推定注册办事处所在地为债务人 COMI 所在地),而是综合考虑与 COMI 有关联的各种要素:如债务人在哪个法域内受控制与监管,债务人是否在非注册办事处的法域内开展业务,能够控制诸如财务安排、购买政策、公司战略等职责的主要决策机构的地点,债务人主要财产所在地所处的法域,受破产程序影响的主要债权人所处的法域等,^[37]并且强调这些因素的客观性与可查明性,以保护利害关系人的合理预期。在确定 COMI 位于何处的问题上,欧盟国家的法院特别强调以下两个因素:一是债务人经常性管理其利益的地点;二是第三方(特别是债权人)对于 COMI 位于何处的认识。这样规定的原因在于,破产是一个可预见的风险,国际管辖权以债权人知晓的地点为基础有助于债权人预测破产程序中可能遭遇的风险。^[38]欧美的实践也表明,债务人对其利益进行经常性管理并因而可由第三方查明的地点比注册办事处更可靠,因此在认定 COMI 时,前者得到了更多的应用。

然而,由于 COMI 在实践中仍是一个尚在发展中的概念,具有不成熟的一面,因此无论是欧盟还是美国,对其界定都具有较大的灵活性。法律界定上的开放特性势必导致各国在司法实践中就跨国破产管辖权问题进行新的博弈。即使是一体化程度较高的欧盟,其成员国在如何解释与认定 COMI 时也并非完全一致。总的来说,其不足之处主要表现为以下几点:

第一,无论是《欧盟条例》还是美国《破产法》第 15 章,均未对 COMI 进行明确定义。如《欧盟条例》既未规定何种因素在确定 COMI 时占支配地位,也未规定法院如何评估各因素的相关性,因此,根据本国实体法对 COMI 进行解释与认定成为了欧盟成员国法院适用 COMI 的重要途径之一。很明显,这可能损害 COMI 适用的一致性,并将引发对跨国破产管辖权的争夺;这在注册办事处与“债务人对其权益进行经常性管理且能为第三方查明的地点”不一致的情况下表现得尤为明显。因此,COMI 的概念需要进一步明确,包括指明法院在确定 COMI 时需要考虑何种因素以及各因素的权重。而且,与确定 COMI 有关的程序问题(如

[35] 张玲:《跨境破产的国际合作——国际私法的视角》,法律出版社 2007 年版,第 60 页。

[36] 参见 Bob Wessels, “the Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation”, *European Company Law*, Vol. 3, Issue 4, (2006)。

[37] 这些要素在欧美实践中或多或少构成反驳推定的因素。参见 Scott A. Bomhof and Adam M. Slavens, “Shifting Gears in Cross-Border Insolvencies: From Comity to COMI”, 24 *B. F. L. R.* 31, 59-60 (2008)。

[38] 参见 Samuel L. Bufford, “Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue Equality of Arms: the Eurofood Decision of the European Court of Justice”, 27 *Nw. J. Int’ L. & Bus.* 351, 358 (2007)。

决定某项程序是否是主破产程序的时间、与 COMI 有关的证据特性以及相关的上诉等)也需要完善。对此,塞缪尔·L·布弗德(Samuel L. Bufford)教授提出了较具建设性的意见,值得借鉴。^[39]

第二,由于欧美法院在解释与认定 COMI 时所持的标准并不一致,因而将给法域间的合作与协调带来障碍。尽管美国法规定,美国法院在解释《破产法》第 15 章时,应考虑外国法院在同一个问题上的相关解释,并努力使其解释与外国法院的解释一致,^[40]然而由于 COMI 规则本身的不确定性,美国法院可能会拒绝认可欧盟国家的法院所做出的具有争议性的解释。^[41]美国法院与欧盟国家法院在解释与认定 COMI 时所表现出来的差异性及相互影响的现实,不仅使持有异议的债权人有机会援引对其有利的判例以反驳对其不利的管辖权决定,也将使《示范法》意图达到的一致性及美国《破产法》第 1508 条所要实现的统一解释的目标受到损害。消除这些差异对于跨国破产国际管辖冲突的解决有着至关重要的意义,因此,继续在国际层面上进行合作与协调是非常必要的。

此外,《欧盟条例》与美国《破产法》第 15 章还存在另外一个明显缺陷,即公司集团破产问题如何解决无明确规定。由于跨国破产案件通常会牵涉好几个相关实体,因此上述缺陷将使 COMI 的确定变得更加复杂。^[42]如在欧洲,与公司集团破产有关的 COMI 认定问题常引起成员国间的管辖纠纷,^[43]实践中往往依靠各国的合作与协调才能平衡彼此的利益冲突。因此,如何解决跨国公司集团的破产问题以及如何确定其 COMI 仍有待立法及司法实践的进一步发展完善。

四 结 论

综上所述,欧美国家在实践中对 COMI 的采纳与应用,表明了其作为跨国破产管辖权确定标准的科学性与合理性,也代表着跨国破产管辖权确定标准的发展趋势。尽管 COMI 在适用过程中存有缺陷,但随着欧美等国立法及司法实践的进一步发展,目前存在的问题能够得到较好地解决。例如,在欧洲,已提出一个更为严格的 COMI 定义;^[44]成立跨国破产法专家小组以解决各国对管辖权的争夺也是一个可行的方案;^[45]公司集团破产问题则有了初步

[39] 进一步内容可参见 Samuel L. Bufford, "International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies", 12 *Colum. J. Eur. L.* 429 (2006)。

[40] 美国《破产法》第 1508 条。

[41] Tony Griffiths & Edward Smith, "Transatlantic Insolvency Jurisdiction: the Interplay between Chapter 15 US Bankruptcy Code and the EU Insolvency Regulation", *J. I. B. L. R.* 2006, 21 (8), 435-439, pp. 436-437。

[42] 同上,第 436 页。

[43] 如 Eurofood/Parmalat 案及 Re:ISA Daisytek - ISA Ltd 案等。进一步内容可参见 Samuel L. Bufford, "International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies", 12 *Colum. J. Eur. L.* 429, 453-463 (2006); 另请参见 Bob Wessels, "International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies", available at http://www.iiiglobal.org/country/european_union/InternJurisdictionCompanies.pdf。

[44] 参见 Simon Appell and Simon Foster, "COMI: Through the Fog and Into the Mist", *INSOL World* at 47 (Fourth Quarter, 2006)。

[45] 参见 Aaron M. Kaufman, "The European Union Goes COMI - TOSE: Hazards of Harmonizing Corporate Insolvency Laws in the Global Economy", 29 *Hous. J. Int'l L.* 625, 658-659 (2007)。

的解决思路。^[46] 反观中国,虽然《企业破产法》对跨国破产管辖问题采取了较为开放的态度,即一方面明确规定依照我国破产法开始的破产程序具有域外效力,另一方面在坚持公共政策例外、互惠原则等前提下,对于外国法院做出的判决、裁定可予以承认和执行,^[47]但对跨国破产管辖权标准、破产程序的区分与界定以及与此相关的承认与执行措施等方面的规定均不甚明确。因此,欧美在跨国破产国际管辖方面不断发展的新实践值得我们予以关注和借鉴。

[**Abstract**] With the increasing improvement of the legislation on cross-border insolvency and relevant judicial practice, the international jurisdiction to cross-border insolvency has become modernized gradually. The new practice of international jurisdiction based on the criterion of the COMI, which has played more and more important role in the administration of cross-border insolvency, has been adopted by the international community and many countries, providing an effective way to resolve conflict of international jurisdiction to cross-border insolvency. However, as a new criterion to determine the jurisdiction to cross-border insolvency, the COMI is still immature both in legislative and judicial practice. Accordingly, the international community and various countries need to make further efforts to improve rules of COMI.

(责任编辑:廖 凡)

[46] 联合国国际贸易法委员会第五工作组(破产法)第31届、第32届、第33届、第34届会议文件:《破产集团公司/企业对待办法》,相关资料可查阅 www.uncitral.org 网站。

[47] 《中华人民共和国企业破产法》第5条。