

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis



企業跨國破產法制之比較研究

—以聯合國跨國破產模範法為核心

A Comparative Study on Cross-Border Insolvency

Regulations of Enterprises

—Focusing on UNCITRAL Model Law on Cross-Border

Insolvency

李揚

Yang Lee

指導教授：林仁光 博士

Advisor: Jen- Guang Lin, S.J.D.

中華民國 114 年 3 月

March, 2025



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

企業跨國破產法制之比較研究
—以聯合國跨國破產模範法為核心

A Comparative Study on Cross-Border Insolvency
Regulations of Enterprises
—Focusing on UNCITRAL Model Law on Cross-Border
Insolvency

本論文係李揚君（學號:R10A21103）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國113年12月17日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：林 仁 光

口試委員：王 志 誠

蔡 英 欣
林 仁 光

謝辭



從懵懂的少年，一晃眼已經在台北渡過九個年頭；趕在第十載來臨之前，終於完成了研究所的學業，也有機會離開台北工作。回頭審視在台大的九個年頭，大概涵蓋了我至今最巔峰的球技、最充足的睡眠、最棒的朋友與最刻骨的回憶。漫漫長路上有很多重要的人，我想要在此向他們獻上最深的感謝。

首先要感謝我的指導教授林仁光老師。當初因為林老師是法學院唯一有在打壘球的老師，基於單純的志趣相投就投入老師門下，卻意外成為研究所最好的決定。擔任老師助理的三年來有機會近距離學習，才發現除了課堂學識，自己從老師身上學到的，更多是一種做人與生活的典範。我眼中的老師總是對任何人溫柔、善與人交、也常常主動關心學生；每與老師討論時也能感受到，儘管手邊工作忙碌，老師做起事來卻總有餘裕。凡此種種，皆讓我心生敬佩，有一天也想成為這樣的人；當然我也要感謝林老師對於本論文的鞭策與指導，若沒有老師就不會有本論文。利用這個機會，我要感謝願意撥冗擔任口試委員的蔡英欣教授、王志誠教授。王老師在口試時以幽默、輕鬆的風格，緩解我在發表時的緊張情緒、蔡老師對本論文提出許多實用的建議，讓本論文能有機會更加完整，在此一併致謝。

接著我也要感謝本論文完成一路上的夥伴。包括一起受訓、吃飯、打球、抬槓，總是給我支持的康、蕭、蔡、蘇，在最難熬的日子裡謝謝你們總能接住我，願友誼長存。感謝 2405 研究室的張、曾、許、強、銓，那些日子裡在研究室大聊特聊、舉辦運動會跟喬遷宴的美好回憶裡，都有你們立足。在律訓、司訓數個月的時間裡，我也很幸運能認識許多值得學習、或能與我暢談的朋友，在此特別感謝律訓 4.5A 與司訓 65 期 C 組的夥伴與導師，是你們讓我有可以歸屬的地方。感謝阮在論文產出的最後幾個月以來與我相互砥礪，更願意擔任口試的紀錄，謝謝這段日子裡有你在。棒壘球活動作為我學生時期最重要的嗜好，不可或缺地要感謝這些年來我待

過的球隊與球友：台大法棒、學院壘球隊、HTL、高屏律師等。特別感謝大谷翔平總是以超人般的存在，讓我在各個領域上以其為榜樣。



感謝上帝，即便過程中有多次想放棄，終引我順利完成本論文。感謝我的父母從來不會給我壓力，總是害怕我在學業上不如意、職場上受挫、還交不到朋友，一直告訴我失敗了也沒關係，讓我能夠自由自在地生活；這九年來吃喝玩樂都靠爸媽接濟，甚至讓我有機會到美國交換，心中常有愧疚，但未來十年請繼續接濟我。最後，我也想特別告訴正在天上關注我有沒有畢業的阿公、阿嬤還有姑姑：我畢業了而且過得很好，請你們繼續看著我！

作為一名商法組學生，研究企業破產聽著總讓人卻步，但在研究過程中卻給我偌大啟發。如果破產對於企業而言是一種資不抵債的重大挫折，那人的一生中肯定也常常徘徊於「破產」邊緣，不管是財產、信用、人際關係。在研究的過程中，破產之於我有著極大轉變：「破產的意義不是死亡，聲請破產更像是一種態度——我知道自己遇上一點麻煩，但我願意正視並提出我的困境，或重建或清算，在破產之後我將與那些縈繞不去的挫折道別。」

塞內卡說：「我們在想像中受的苦比現實中還多。」在人生的某個階段我們都會碰上巨大的挫折，可能壓得我們喘不過氣或覺得人生就這樣了。在事發的當下是如此，但撥開情緒後往往會發現，事情沒有我們想的糟，腳下的步伐突然就踩了起來。

人生的教訓不是得到了，就是學到了。痛苦在時間的催化下，最終或轉為成長的養分、或轉為家珍般的回憶。所以不要怕有裂縫，因為萬物皆有裂縫，那是陽光照進來的地方，願我們都有勇氣面對自己瀕臨的「破產」。

2025.03.14

誌於台大研一舍 367 室

摘要



隨著全球化發展，企業進行跨國投資之比例漸增，企業之營業活動早已不再限於一國境內。然而企業營運過程中，不免遭逢商業上的失敗而陷於清償不能，此時傳統之破產法制已無法再應付這種新興跨國企業的失敗，而有革新之必要。在「一人一破產」的終極目標下，以聯合國、歐盟此二超國界組織為首，並有越來越多國家皆已意識到此問題而針對本國之破產法制進行改革，簡化跨國間裁判相互承認之要件、增進法院與法院間的互助等手段等，已然蔚為主流。易言之，先進國家皆試圖在公平對待所有債權人的前提下，減少程序多頭馬車帶來的額外成本，比較法對跨國破產案件有什麼樣的規定，乃本文首應研究者；在前半段的最後，本文試圖以雷曼兄弟銀行破產案，作為上開規定如何實踐之具象。接著回到我國，現行《破產法》仍囿於屬地主義的框架，彷彿關起門來進行債務清理，已與國際脫軌；司法院於2016年推出最新版的《債務清理法》草案，當中顯然已經意識到現行法不足以因應我國之經貿發展，然而草案中有若干未完備之處，未來應何去何從，祈望透過本論文能提供一些具體指引。

關鍵詞：跨國破產、聯合國跨國破產模範法、歐盟破產指令、外國債務清理程序之承認、主要利益中心地、雷曼兄弟破產

Abstract

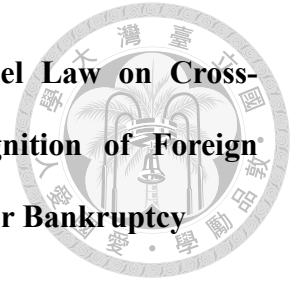


With the development of globalization, the number of enterprises engaging in cross-border investments has increased significantly, making it clear that an enterprise's centre of main interest (COMI) can no longer be confined by nationality. However, during business operations, enterprises may inevitably encounter commercial failures that lead to insolvency. In such cases, traditional bankruptcy laws can no longer address the failure of these emerging multinational enterprises, thus necessitating reform.

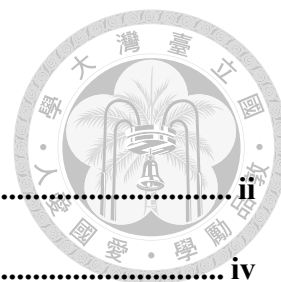
Under the ultimate goal of universalism, supranational organizations such as the United Nations and the European Union have taken the lead, and an increasing number of countries have recognized this issue, reforming their domestic bankruptcy laws. These reforms, for example, aim to simplify the recognition of cross-border judicial decisions, enhance court-to-court cooperation, among other measures. In other words, advanced countries are striving to reduce the additional costs caused by procedural complications while ensuring fair treatment for all creditors. After introducing the relevant regulations, this paper attempts to use the bankruptcy case of Lehman Brothers as a concrete example to illustrate how the aforementioned regulations are applied in practice.

Taiwan's current Bankruptcy Act, on the contrary, remains confined to the principle of territoriality, disconnected from international practices. In 2016, the Judicial Yuan introduced the latest draft of the Debt Clearance Act, which clearly acknowledges that the current law is insufficient to cope with Taiwan's economic and trade development. However, the draft still contains several incomplete provisions. This paper aims to provide specific guidance on the direction future reforms should take.

Key Words: Cross-Border Insolvency, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, European Insolvency Regulation, Recognition of Foreign Insolvency Proceeding, Centre of Main Interest, Lehman Brother Bankruptcy



目次



謝辭	ii
摘要	iv
Abstract	v
目次	vii
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與預期貢獻	1
第二節 文獻回顧	3
第三節 研究範圍與方法	4
第四節 論文架構	5
第二章 企業跨國破產與債務清理制度	7
第一節 企業跨國破產之內涵	7
第一項 跨國企業之形成	7
第二項 企業跨國破產之發生	11
第二節 債務清理制度概述	15
第一項 企業債務清理之意義與機能	16
第二項 現行主流債務清理制度介紹	18
第三項 我國之債務清理規定	25
第三章 跨國破產制度之比較	33



第一節 跨國破產法制之基本概念	33
第一項 跨國破產案件之管轄權	35
第二項 跨國破產案件之域外效力	43
第三項 跨國破產法制之規範形式	51
第二節 當前主流破產法制之發展	57
第一項 聯合國跨國破產模範法	58
第二項 歐盟破產指令	59
第三項 各國採納模範法之情形與重點觀察	61
第四章 跨國破產制度四大重點之比較研究	66
第一節 跨國破產程序的進入	67
第一項 外國代表人進入法院	67
第二項 外國債權人進入法院	72
第三項 小結	81
第二節 跨國破產程序之承認	83
第一項 「承認」之聲請與決定	84
第二項 主要利益中心地(COMI)	94
第三項 小結	103
第三節 跨國破產程序之救濟	105



第一項 法院之主動救濟手段	105
第二項 主要程序受承認後的自動救濟	118
第三項 小結	124
第四節 跨國破產程序之合作	126
第一項 程序參與者之間的合作與方式	126
第二項 小結	131
第五節 跨國破產實例—以雷曼兄弟破產為例	132
第一項 雷曼兄弟案之背景	132
第二項 本協議之具體規定	133
第五章 走向國際—我國法之展望	136
第一節 我國破產法及債務清理法草案對跨國破產之規定	136
第一項 破產法之規定	137
第二項 債務清理法草案之規定	142
第二節 現行債務清理法應為之修正	149
第六章 結論與建議	158
參考文獻	161
一、中文參考文獻	161
二、英文參考文獻	167

第一章 緒論



本文第一章為緒論，本章將分為四節，將從本文如何產生問題意識、本文研究主題對當今國際社會、我國法制之重要性開始論述；接著進行文獻回顧，交代本文撰寫過程中之重要文獻；第三節開始將介紹本論文之研究方法；最後說明本文是如何編排章節架構。

第一節 研究動機與預期貢獻

西元 2023 年 8 月 17 日，中國恒大集團(Evergrande)在紐約曼哈頓法院遞交了破產聲請，輿論一時甚囂塵上。投資人關心恒大集團的股價、員工關心自己的飯碗，媒體則關心為何身為中國第二大的房地產企業，為何要向美國法院提出聲請¹。隨著全球化的發展，跨國企業在世界各地的影響力不斷增強，但隨之而來的法律挑戰也愈發顯著，特別是當企業遭遇財務困境、面臨破產時，跨國企業之資產與債權人分佈於複數國家，如何有效處理破產程序成為一個燙手的問題。

過去各國各自為政，在屬地主義(Territorialism)的立法政策下，各國法院將債務人在其本國境內之財產、向本國之債權人進行分配。然而從債權人的角度，此方法對其他國家之債權人未必公平，蓋其能獲得清償之比例取決於債務人是否在本國留下足夠資產。從債務人之角度，屬地主義之處理模式也將使同一債務人之破產程序遍地開花、徒增應訴上的勞力、時間、費用，對於本已財務困窘的債務人無異雪上加霜。有鑑於此，聯合國貿易法委員會(UNCITRAL)於 1997 年制定的《跨國破產模範法》(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)(以下簡稱「模範法」)，為國際社會提供了處理跨國破產的法律框架，旨在促進跨國破產程序中的

1 鄭有為(2023/08/28)，〈從恒大破產看國際破產法發展新趨勢〉，工商時報，<https://www.ctee.com.tw/news/20230828700840-431305>(最後瀏覽日：2024/10/04)。

合作與協調，成為第一個跨國性的破產框架。其後則有歐盟提出的《歐洲聯盟破產指令》(European Insolvency Regulation²，以下簡稱「EIR」)，成為公認的兩大跨國破產框架，並以推動「一人一破產」為終極目標。



本文的研究動機在於探討比較法制在跨國破產中的適用情況及其面臨的挑戰，並分析我國在這一領域的法制缺陷。台灣作為一個高度依賴國際貿易的經濟體，企業的跨國運營在經濟活動中佔據重要地位。然而，台灣的破產法目前缺乏針對跨國破產程序的具體規定，這使得在台經營的跨國企業面臨破產時，程序處理的不確定性與低效問題尤為明顯。我國現行破產法偏重於本國破產程序的管理，對涉及多國的跨國破產案件缺乏有效的法律框架來協調不同國家間的合作。這不僅增加了跨國破產程序的複雜性，也可能削弱我國在國際投資中的吸引力。對此，產、官、學界對於國際債務清理法制之推動並非全無努力，司法院在 2016 年推出《債務清理法》草案，其中第六章「外國債務清理程序之承認」便是在處理此議題，然而其中是否已經完備，則有進一步檢討評價之必要。

如何有效協調不同國家的破產程序，確保資產的公平分配、並促進程序有效率地進行，是一個良好的跨國破產法制所關注的核心議題。本文將通過國際主流法制的分析與比較，探討各國是如何解決跨國破產案件，並且梳理背後的法理為何。期望通過對跨國破產規範的分析，探討模範法、EIR 在跨國破產程序中的實務運用情況，並分析其存在的局限性及改進空間。基於我國法制目前的不足，本文最後也將提出具體建議，探討如何借鑒比較法之規範來完善台灣的破產法制，包括現行之《破產法》、以及未來可能上路的《債務清理法》草案。

總而言之，我國現行跨國破產法制方面的不足，使得應對跨國企業破產成為當

² European Parliament and Council (2015), *Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings*.

前的一大挑戰。本文希望通過對不同法制的研究，結合國際實務經驗，為我國債務清理法制的完善提供參考，並促進我國在國際商事領域的競爭力和法治環境的提升。



第二節 文獻回顧

關於企業跨國破產此一主題，本文擬區分我國文獻與外國文獻介紹。一開始研究時本文發現我國對此主題有直接著墨者甚少，有直接相關者如王志誠教授曾發表《從比較法之觀點論跨國企業集團之破產法制》、《企業集團破產法制比較—解構與建構》兩篇文章，幫助本文理解「跨國企業進行破產」有何特別困難之處。然而，隨著對此領域知識的積累，本文發現如將「企業跨國破產」此一主題拆解為「跨國企業」與「跨國破產」兩個概念，文獻的數量將會有可觀的增加。

例如跨國企業的部分，何為跨國企業？跨國企業的成形與全球化之關係？本文就透過一些財經領域之書籍、文獻來說明(可見本文第2章第1節第1項)。而做為一本法律論文更重要的是「跨國破產如何處理」，此部分隨著司法院自西元1993年成立破產法研究修正小組開始，陸續有文獻發表；然本文認為其中概念多有變革，因此寫作上多參考2000年後之文章：其中許士宦教授發表的多篇文章如《債務清理之理論與立法—破產法修正草案解說》、《企業之債務清理》、《債務清理法制之新進展》上下兩篇……等；以及沈冠伶教授撰寫的《國際債務清理程序之基本問題》，都對本文撰寫有深刻的影響。如以宏觀的國際債務清理視角，我國學者之文獻並不在少數。隨著司法院於2016年推出新修訂《債務清理法》草案，又有部分學者對該草案加以評析，其中第六章「外國債務清理程序之承認」與本文研究乃息息相關，此部分有王欽彥教授撰寫《國際債務清理法制草案之檢討》供本文研究發想。

外國文獻之部分，本文之研究對象大致包含模範法、EIR、以及各國參考模範

法後制定之債務清理法制。模範法的部分，聯合國之模範法實行指南(Guide to enactment and interpretation)以及 Andre Berends 教授的模範法逐條釋義³，對本文理解模範法幫助極大；Neil Hannan 教授的”Cross-Border Insolvency”一書則除了介紹模範法外，也一併介紹諸多歐美國家之模範法規定。

而 EIR 的研究最主要仰賴 Reinhard Bork 和 Kristin van Zwieten 教授所編的”Commentary on the European Insolvency Regulation”一書，將 EIR 進行逐條釋義；而跨國破產領域的權威 Bob Wessels 和 Ilya Kokorin 教授撰寫的” European Union Regulation on Insolvency Proceedings: An Introductory Analysis”一書也提供另一種對於 EIR 之詮釋觀點。

至於各國之內國法，本文主要以美國為研究對象、在特定主題則同時參考日本、韓國模範法之做法。美國法的部分主要參考 Ranney-Marinelli 律師所發表的”Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases”一文；而 Wai Yee Wan 與 Gerard McCormack 教授發表的” Implementing Strategies for the Model Law on Cross-Border Insolvency: the Divergence in Asia-Pacific and Lessons for UNCITRAL”中則同時分析了日本、韓國等國家在納入模範法時之考量、以及對模範法所做的更動，對本文進行比較法研究甚有幫助。最後，本節所臚列之文獻僅為較主要引用之文獻，撰寫過程中本文針對不同議題則有分別閱讀我國、外國之文獻資料，在此不一一贅述。

第三節 研究範圍與方法

本文之研究範圍主要聚焦在聯合國貿易法委員會(UNCITRAL)於 1997 年推出

³ Andre J. Berends (1998), *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, 6(1) TUL. J. INT'L & COMP. L. 309.

之模範法，並檢視其中的四大重點即「進入(Access)、承認(Recognition)、救濟(Relief)與合作(Cooperation)」，並以 EIR 中相同之主題加以對應；至於比較法中尚有其他非四大重點之章節或條文，例如跨國破產程序準據法之選擇，惟受限於本文之研究能力，只能將此類議題排除於本論文之討論，留待有志者加以研究。研究外國法之相關內容後，回到我國則就當前現行法《破產法》、以及尚未施行之《債務清理法》草案加以討論。

此外需一併指出，本文所討論的跨國「破產」一詞，主要係指債務清理概念下之破產清算，因此論述時會強調如何向債權人公平清償。蓋一般口語上，「破產法制」常常與債務清理混用，而債務清理之概念則可包含所有用以處理清償不能債務人之處置手段，本文在第二章有完整之分析。為避免誤將本文之討論範圍擴張，因此擬先說明之。

本論文之研究方法採取比較分析法。首先透過文獻的閱讀，分析模範法中的四大重點，接著從條文與文獻的閱讀比較，了解其與歐盟破產指令之異同與原因，並在分析過程中產出本文見解。而在大致了解比較法之立法設計以及背後原因後，則回到我國法的部分將外國法律與我國《破產法》、《債務清理法》草案進行比較研究，透過比較本文擬回答以下問題：我國法在規範密度上是否足夠？與外國法不同之處背後是否有其法理？最後將比較之結果、以及我國法制應為之修正作為本文結論。

第四節 論文架構

本文一共分為六章，各章主要內容如下：

第一章為緒論，包含介紹研究動機與問題意識、本文撰寫過程中重要之文獻回顧、本文之研究範圍與方法、最後介紹本文之章節架構。



第二章為企業跨國破產與債務清理制度，本章首先介紹跨國企業如何形成、如何走向破產，而重點在於跨國企業若發生破產，與一般企業破產有何不同之處，為何處理上被認為棘手。接著本文簡要論述何為債務清理制度，當前主流之債務清理制度有哪些、我國又有哪些規定。

第三章為跨國破產制度之比較，本章第一節先點出跨國破產重要的難題，包含管轄權之歸屬、法院判決之域外效力如何判斷，學說實務上有哪些見解、目前的主流規範方式為何。第二節則梳理當前兩大主流跨國破產法制之發展，分別介紹模範法與 EIR 的發展歷史以及兩法律關注面向之異同；此外本文指出由於聯合國、歐盟兩個國際組織性質上略有不同，歐盟作為一個較緊密之實體，其具有立法高權之特性將導致某些強硬規定我國未必能複製。

第四章為跨國破產制度四大重點之比較研究，本章為本文重點，透過大量文獻之分析與比較，以模範法四大重點為核心，即進入、承認、救濟與合作，比較模範法、EIR 與各國之債務清理法制有何異同。本文並在介紹比較法之優劣後同時加入本文對立法選擇之意見，以作為第五章分析之用。

第五章為走向國際——我國法之展望，本章接續著第四章比較法之研究，在第四章之基礎上，回過頭檢視我國現行法《破產法》以及準備上路的《債務清理法》草案有何良窳，並針對兩部法律中「四大重點」之部分加以檢討、比較。最後，本文將對《債務清理法》草案提出若干修正建議。

第六章為結論，總結以上各章之重點。本文肯認債務清理法草案之制定，然草案中仍有若干問題應處理，在結論章將重申本文之研究心得即對我國債務清理法草案修正之建議，做完整之檢討。

第二章 企業跨國破產與債務清理制度



本章先從企業跨國破產的概念談起。企業跨國破產之概念可以拆解為「跨國企業」與「破產」，因此本章第一節先討論何謂跨國企業及破產一詞在法律上的意義，與常人觀念上有何不同，接著再討論企業為何走向破產。第二節則介紹債務清理制度，債務清理是較為宏觀的概念，破產清算則是比較下位之概念，由於本文觸及債務清理議題，因此本節擬將現行常見的債務清理手段進行盤點，然後再介紹我國現行有何債務清理之制度。

第一節 企業跨國破產之內涵

跨國企業之定義將因學門而異，可以從管理學、國際企業、法律等不同領域出發；由於定義的選擇涉及本文之研究範圍，本文擬先介紹跨國企業的不同定義與見解，接著從本文目的之角度說明為何應以「管轄權數」為標準，蓋管轄權複數之跨國企業則代表可能有複數破產程序，此時如何調和乃本文所關注。而跨國企業破產與一般本國企業破產有何差別？本研究之重要性與實益為何？乃本節第二項所欲介紹者。

第一項 跨國企業之形成

第一款 跨國企業之定義

跨國企業如何定義關乎本文之討論範圍，因此有必要於一開始加以討論。於學理上，有學者使用「跨國企業或全球性企業」統稱「某一公司將業務拓展到所在國以外之其他國家」此一較寬廣之概念，在此概念下，其又依照策略定位與組織架構



的不同而將跨國企業分為以下概念⁴：

多國企業(Multinational Companies)主要是指企業透過他們在多個國家中經營一串分公司，使該企業得敏銳地掌握各國環境的差異並應付自如，此類企業通常給予其海外分公司較大的自主決策權，以達因地制宜之效。全球企業(Global Companies)則有別於上述運作，其考量到全球效率，因此在決策上比較採中央集權式，其技術能力多集中於總部、決策也交由總部決定。此類公司將世界市場視為一個整合、統一的整體並以此做決策。國際企業(International Companies)則介於上開兩種公司之間，其主要建基於母公司的專業知識，並將其移轉到海外市場，母公司維持著相當但非絕對控制的影響力。

以上介紹可見本文所使用「跨國企業」之用語，從管理學上其實有相當仔細之區分。然而，其他學門對於「跨國企業」則未必有如此詳細的區分。例如學者 Linda A. Mabry 在談論跨國企業問題時指出法律上並沒有被廣泛接受有關「跨國企業(multinational enterprises)」的定義⁵。學者 E. Duruigbo 也指出所謂的 transnational corporations(TNCs)和 multinational enterprises(MNEs)儘管在概念上有些許不同，但在用語上是可交替的⁶。

在國際企業(International Business)領域，學者 John H. Dunning 和 Sarianna M. Lundan 指出在商業實務中，較有共識的定義係「在至少兩個國家直接參與投資、擁有或以某些方式掌控增值作業(value-added activities)的企業」⁷。至於我國曾有法

⁴ Christopher A. Bartlett & Sumantra Ghoshal 著，李宛蓉譯(1997)，無國界管理：全球化競爭下的新管理處方，初版，遠流，頁 49-53。

⁵ L. A. Mabry (1999), *Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality*, 87 GEO. L.J. 563, 569.

⁶ Emeka Duruigbo (2007), *Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges*, 6 NW. J. INT'L HUM. RTS 222, 225.

⁷ "A multinational enterprise is an enterprise that engages in foreign direct investment(FDI) and owns or, in some way, controls value-added activities in more than one country." See DUNNING, J. H., & LUNDAN, S. M. (2008), *MULTINATIONAL ENTERPRISES AND THE GLOBAL ECONOMY* 3.

律學者在探討跨國企業的人權責任時，嘗試將跨國企業定義為「於兩個以上的國家組成，可能為公營、私營或公司混合，各實體間自主權不同，但均位於同一決策系統下，透過互相持有股份或上下經營關係，彼此營運互相連結及影響，共同分享資源、資訊及責任⁸」。



至於官方曾出現的紀錄中，聯合國跨國企業委員會(Commission on Transnational Corporations)於1983年制定《聯合國跨國企業行為法案》之草案，其中對於「跨國企業」之定義為「複數實體在至少兩個國家，不論其法律形式或從業領域，皆在一個決策系統下運作。透過一個或數個決策中心決定連貫的政策與策略，而因著實體間有所有權或其他關聯，單一或部分實體得藉由行為對其他實體產生影響，特別是與其他實體分享知識、資源與責任⁹」。

上述定義使用「至少兩個實體、各實體間」，似乎將跨國企業之定義限於兩個以上的法人格(Entities)¹⁰方可構成，故可以想見指稱之常見情況如母公司在其他國家設立子公司。然倘若是單一企業在海外進行商業行為，所有商業行為由本公司坐鎮決定、權利義務歸屬於本公司，於海外並無另設獨立的法人組織，似乎會因為主體單一而不構成跨國企業，而無法落入本文討論的範疇，此結論將限縮本文之討論對象而有不妥，故本文不採此定義。實則經本文觀察，跨國企業之指涉範圍會隨文獻討論之主旨不同而有所改變，並無固定之定義。

⁸ 廖宗聖、張嘉珉(2015)，論規範氣候變遷下跨國公司之人權責任，中正財經法學，第11期，頁172。

⁹ Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, 1983 version. §1(a) "The term "transnational corporations" as used in this Code means an enterprise, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others."

¹⁰ 學者將"Entity"一詞譯為「法人」，本文從此解釋。方流芳(2003)，公司詞義考：解讀語詞的制度資訊—「公司」一詞在中英早期交往中的用法和所指，月旦民商法雜誌，第1期，頁215。



而本文所欲討論之主題，乃關於跨國企業之破產如何處理，主旨在於當企業有海外業務或資產，而可能得選擇複數國家作為破產管轄地時之規範競合問題，因此如何定義跨國企業，應以「管轄權數」為基準思考。亦即倘若該公司破產時有複數以上的管轄權，則可認其為跨國企業；相反地，縱使該公司與其他國家有所關聯，然若該關聯不足以使該國於其破產時取得管轄權，其僅有一地得聲請破產，此時因為不涉及國與國之間破產規範的競合衝突，不在本文所欲探討的範圍內，因此本文將不認其為跨國企業。在有關跨國破產制度研究的法學文獻中，亦有學者採取與本文相同之定義¹¹。

第二款 跨國企業之出現

在 21 世紀全球化的浪潮裡，當以跨國間商業行為最為強烈，又稱為經濟全球化，學者歸納全球化的經濟上原因可包括日本與拉丁美洲經濟的崛起、資本市場的全球化、國際間交易與投資的障礙降低、如歐盟和北美自由貿易協定（North American Free Trade Agreement，NAFTA）等貿易區間的自由貿易；而技術上原因則包括科技革新迅速而導致的商品生命週期縮短、科技研發成本提高、運輸成本降低與交通革新等¹²。經學者觀察，跨國企業的數目在 1950 年代後穩定且快速的成長¹³。總括來說，經濟全球化之誘因在於國與國之間存在差異，而促使商人將本屬於某國獨有的商品與服務向海外拓展帶動資本流動¹⁴；而規模較大的商業模式則透過企業的形式運作，跨國企業的出現便逐漸成形。

¹¹ S. Gopalan & M. Guihot (2016), *Cross-Border Insolvency Law and Multinational Enterprise Groups: Judicial Innovation as an International Solution*, 48 GEO. WASH. INT'L L. REV 549, 549.

¹² Mabry, *supra* note 5, at 569. See also PAUL J. OMAR (2008), INTERNATIONAL INSOLVENCY LAW: THEMES AND PERSPECTIVES.

¹³ Mabry, *supra* note 5, at 569.

¹⁴ 駱長毅、蔡淑君(2021)，經濟全球化與國家角色，華人經濟研究，第 19 卷 1 期，頁 43-44。

承前所述，一般而言跨國企業相對於國內企業包含下列特色¹⁵：一、跨國性，跨國企業在定義上就必須包含在複數國家具有資產或收入。二、戰略的全球性與管理的集中性，跨國公司在制定營運或投資策略時會多將目光放眼世界，然而為控管企業的產品或服務，重要營運政策多維持由單一決策系統拍板定案。三、公司內部的相互聯繫，即跨國公司的實體間存在親密的關聯，常見之情形為母子公司，透過母子公司間對資訊、資源的分享或忍讓達到集團綜效。

跨國企業在全球貿易的重要性是無與倫比的，在 1997 年時全球最大的 100 家跨國公司掌握著大約 20% 的全球性外國資產，在世界各地雇用了共 600 萬名員工，佔據了全世界公司銷售額的 30%¹⁶。而到了疫情肆虐後的 2021 年，全球百大跨國公司擁有 187560 億美元的資產，在全世界雇用了 2015 萬名員工，創造了 111280 億元的銷售額¹⁷，亦可見跨國企業對全球經濟之重要性。

第二項 企業跨國破產之發生

第一款 破產之意義

若要探討企業跨國破產，直接聯想到的問題便是何為破產？破產一詞從不同的角度觀察可以得出不同的意義。學者有從程度上區分單純的商業上失敗(Failure)、陷於清償不能(Insolvency)、破產(Bankruptcy)：所謂的商業上失敗僅是指投資的資本無法回收，然而企業仍可以持續運作數年不倒閉；清償不能係指當債務屆期時債務人卻無法償還，清償不能的狀態可能是暫時的，例如技術性的清償不能(technical

¹⁵ 官明凱、田慧敏(2008)，跨國公司的債務責任承擔探析，當代法學，2008 年卷第 9 期，頁 145-146。

¹⁶ David Held 等著，楊冬雪等譯(2001)，全球大變革：全球化時代的政治、經濟與文化，初版，社會科學文獻，頁 325-327。

¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2022*, at 40.

insolvency),但清償不能也可能嚴重到破產的程度,倘若公司的負債超過資產估值,公司陷入淨值為負的狀態;破產則常被與清償不能畫上等號,例如當公司有前述淨值為負的狀態時。而在美國法下 Bankruptcy 一詞在程序面也可以代表公司向法院提出聲請,並進一步決定要走向公司清算解散(Liquidation)或重整(Reorganization)¹⁸。

然倘若放在我國的制度脈絡下討論,破產則應屬於「債務清理」之下位概念。依行政院、司法院公告之《破產法》修正草案總說明,對於經濟上陷入困境之債務人,分為重建型債務清理程序(和解、重整)與清算型債務清理程序(破產、特別清算)之不同程序¹⁹。實則,「破產」一詞發展至今有廣義與狹義兩種含意,前者係包含所有公司面臨財務危機時所進行的「所有程序的集合」,形成一破產法律制度。後者則專指「破產清算」,係債務人屆期資不抵債而無法清償債務,或有無法清償債務之虞時,為滿足債權人正當要求,在法院的監督指揮下,就債務人的總財產實行以分配為目的的清算程序而言²⁰。前述美國法上的概念”Bankruptcy”(指債務清理法制)與我國現行制度下使用的用語破產(專指破產清算),或係出於此概念上的歧異。

第二款 企業跨國破產

資本主義的形成過程中,很大一部份的原因歸功於國家允許企業透過承擔風險以獲得成功,然而這樣體制運作的代價便是商業上的失敗。商業上失敗的原因諸多,根據 Edward I. Altman 的實證研究²¹,公司破產的因素可分為外部因素與內部因素:前者包含國民生產毛額(Gross National Product, GNP)的變化、股市表現與

¹⁸ JOHN ARGENTI (1976), CORPORATE COLLAPSE: THE CAUSES AND SYMPTOMS 49-50.

¹⁹ 立法院關係文書(2016),《院總第 1066 號政府提案第 16570 號》,頁 1-2, https://ppg.ly.gov.tw/ppg/download/agenda1/02/word/09/01/13/LCEWA01_090113_00061.doc(最後瀏覽日:08/08/2023)。

²⁰ 韓長印(2007),破產法學,初版,中國政法大學,頁 1。

²¹ Argenti, *supra* note 18, at 70-71.

現金供應，商業市場的外在條件可能影響消費者、投資人，使其在消費或投資上趨於保守進而導致公司的破產；後者則包含營運資金(Working Capital)、保留盈餘(Retained Earnings)、當前的獲利與銷售、前開項目佔總資產比、市值負債比。前開研究乃從經營失敗之企業分析，另外也有學者從數字以外分析，歸咎公司破產的原因包括經營失敗、生產或服務上的不效率、政府政策改變或經融危機等²²。

企業破產之原因已經說明如上，若企業之資產、業務皆在其設立地，則進行破產程序時管轄權、實體法的適用便相對單純。然而跨國企業之形式諸多，除了常見的企業集團在世界各國設有分公司、子公司外，或可能面臨主要交易對象或資產散布在海外的情形²³。一旦發生清償不能的情形，企業之債權人、員工、資產分散在各地，與企業的設立地不相同，此時倘若僅於某一國開啟破產管轄，對於坐落於他處的當事人、利害關係人而言，無疑產生了應訴上的不便而恐侵害其聽審權²⁴；又，倘若國與國之間並無外國裁判承認制度的規定，則僅一道程序恐無法達定紛止爭之效。更不要說面對跨國集團如此龐大、分散的資產，比起單一程序處理更可能發生的是多頭馬車的困境²⁵，倘若當事人在各個與債務人有關聯的國家分別開啟獨立的破產程序，則在各國實體法規範不盡相同的情況下，各國法院的判決是否可能矛盾、或法院給予債權人的保護是否相同、當事人必須重複應訴而造成勞力、時間、費用上的浪費亦會成為問題²⁶。

上開說明顯示了跨國企業破產面臨的困難，然而也因為跨國企業的數量、規模

²² Omar, *supra* note 12, at 28.

²³ 王志誠(2015)，從比較法之觀點論跨國企業集團之破產法制，存款保險資訊季刊，28卷1期，頁2。

²⁴ 聽審請求權概括而言係指當事人作為程序主體有權請求法院聽審，依學者之分類可再細分為請求知悉訴訟、與當事人陳述權與辯論權的保障等。參許士宦(2018)，口述講義民事訴訟法(上冊)，第二版，新學林，頁58-59。

²⁵ 王志誠，前揭註23，頁2。

²⁶ 許士宦(2019)，許可外國民事及家事裁判執行之訴(上)，月旦法學教室，第206期，頁46。



日漸增多，此難題成了世界各國、各經濟體無法忽視的問題。為因應經濟全球化之趨勢，各大經濟體目前都致力於推動跨國破產程序的進行與國與國之間的協作。例如世界銀行(World Bank)、國際貨幣基金組織(International Monetary Fund, IMF)和聯合國國際貿易法委員會意識到跨國破產制度的完整對國際金融制度的穩定具有重要地位，因此自 2001 年起定期共同推出《有效破產制度與債權人權利保護指南》²⁷。根據 2015 的報告要點 C15 關於跨國破產應考慮事項中，明文「破產程序應有國際視角，且一國的法律應對於管轄權、外國裁判的承認、跨國法院的合作以及選法有清楚明確的規定」²⁸，可以見得跨國破產制度於金融體系中的地位日漸重要。

第三款 跨國破產制度之重要性

跨國破產制度有其特殊性已如前述，然而如果只看到跨國破產制度對當事人的影響，則尚不可自認已經對此議題了解透徹。事實上，一個和諧的跨國破產制度的重要性不只存在當事人間，對於整個金融市場也有巨大的影響。歐洲執行委員會在 2016 向歐洲議會與理事會的提議中，便提到跨國破產制度的存在能夠支持區域的投資與貿易，並創造與保留就業機會、在經濟不景氣時更簡單的吸收貸款違約與失業的衝擊，跨國破產制度的整合可以使歐盟更加團結且具競爭力²⁹。

首先，一個理想經整合的跨國破產制度，其具備高度可預測性，而制度可預測對於債權人而言將使其更願意貸與資金，蓋其得事先預見資金的提供將面臨如何的難題與風險，並基於此進行風險規劃；從債務人的角度而言，一個清楚可預期的債權債務關係中，債權人也傾向降低借貸的成本，使公司可以以較低利率借貸，故

²⁷ BOB WESSELS (2007), CROSS-BORDER INSOLVENCY LAW 2.

²⁸ World Bank (2015), PRINCIPLES FOR EFFECTIVE INSOLVENCY AND CREDITOR/DEBTOR REGIMES 26.

²⁹ European Commission (2016), *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Preventive Restructuring Frameworks, Second Chance and Measures to Increase the Efficiency of Restructuring, Insolvency and Discharge Procedures and Amending Directive 2.*

良好的跨國破產制度可以促進跨國的籌資活動。退步而言，倘若一家體質良好的企業因經濟的不景氣而陷入不能清償的情形，一個有效的重整制度也能在短時間內，幫助債權人與債務人達成訴訟上或訴訟外的和解，不會使債權人面臨長時間又不確定的等待，也能使該公司在非必要的情形下不會循破產清算³⁰。

其次，若跨國破產制度統一可預測，也能使得境外投資更加順利。上開歐洲執委會報告中提到，許多受訪的投資人都表示，外國破產制度過於複雜混亂、且整個破產程序時間過於冗長都可能使其境外投資行為卻步。反之若能藉由良好制度的穩定性吸引投資人，同時將可以帶來更好的區域整合效果、就業機會，這也是歐洲執委會將跨國破產制度列為制度修改重點之一的原因³¹。

第二節 債務清理制度概述

相較於破產，債務清理乃是一個更上位的概念，處理當債務人陷於清償不能時應如何處理。而債務清理的概念下包含許多不同的手段，如重整、破產清算、訴訟外紛爭解決等，只要能對債務人之資產債務進行處理，都能被收納進此概念。本節首先探討比較法上有哪些債務清理手段、再回過頭看我國目前債務清理法的發展如何，方向上又是否正確。

³⁰ Samir D. Parikh (2020), *Bankruptcy Tourism and the European Union's Corporate Restructuring Quandary: The Cathedral in Another Light*, 42 U. PA. J. INT'L L. 205, 218-219.

³¹ European Commission, *supra* note 29, at 2.



第一項 企業債務清理之意義與機能

第一款 債務清理之意義

企業債務清理，主要係探討企業於資不抵債而陷於清償不能時之處理³²，為何需要特別設計制度處理？蓋債權人們一旦聽聞企業出現財務危機，最直覺之反應便是爭先索討債權，包括個別到法院起訴，將所能控制或變現的債務人財產轉換為對自己之給付³³。然而這樣個別的給付往往是不效率的，最直觀的例子便是個別債權人將自己能掌控的債務人財產私自拍賣變價；實則，該債務人之財產若能有組織的集合搭售，能夠變得更高總價。私自保全債權的結果其實是債權人總體利益無法最大化³⁴。

正因上述情形，企業遭遇清償不能時需要以集合型的程序進行處理，方符合總體效益最大化；而這個確保大家遵守規則進行清理的制度，便是債務清理制度。而一套健全的債務清理制度，除了確保所有人遵守遊戲規則外，也必須達成其他目的，本文將以下接續說明。

第二款 債務清理之機能

依據學者陳計男所述，破產制度之社會機能有三³⁵：第一，破產制度可以公平的滿足債權人。蓋債務人之財產為全體債權人之總擔保，一旦債務人全體財產不足

³² 學者有指出「資不抵債」與「不能清償」係常被誤用但其實不完全相同的概念，蓋資不抵債不等於不能清償，例如債務人仍能透過借貸、或是其持續有創造收益得支付到期債務；然反過來說，通常債務人陷入不能清償時，多已經資不抵債。鄭有為(2008)，破產法學的美麗新世界，第二版，元照，頁13。

³³ Jamie Altman (2011), *A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency*, 12 SAN DIEGO INT'L L.J. 463, 463.

³⁴ Altman, *supra* note 33, at 467.

³⁵ 陳計男(2004)，破產法論，第三版，三民書局，頁1。

清償債務，便會產生如何分配的問題；過往西方破產法曾採”Every man for himself”的做法，債權人各自為政對債務人主張，然此將陷入一種典型的「囚徒困境」³⁶(Prisoner’s Dilemma)，使債權人各自為了自己的利益爭相向法院請求；為避免資訊或談判地位優勢的債權人利用自身條件而先搶先贏³⁷，造成債權人間的不平等³⁸，故需透過破產制度使債務人公平地向債權人清償。

其次，在債務人破產宣告前，債權人常常為滿足自身債權而個別起訴以取得執行名義，惟對債務人而言其需反覆應訴而無暇顧及其原本業務並改善財產狀況，更須應付個別債權人的強制執行；然一旦宣告破產後，債權人皆須依破產程序為請求，且債務人得在破產程序終結前提出計畫，尚有更生之可能。故此時對債務人而言使用破產程序尚能保有復甦之可能。

第三，破產制度的存在得防止社會經濟之恐慌。蓋現代經濟結構下，企業與企業、企業與個人之關係緊密，倘若對瀕臨倒閉之企業棄之不顧，來日可能反而造成連鎖反應而導致社會經濟的動盪與恐慌。因此透過破產程序可使債權人獲得較程度的滿足，緩和企業連鎖倒閉之情形，維持社會經濟的穩定運作。

最後，本文以為債務清理制度之機能中，往往被忽略的便是「最大化債權人利益」；如同前面所述，倘無債務清理制度，將出現大量優勢債權人掠奪債務人資產而造成之不效率情形，最終損害的仍是債權人之總體利益。因此債務清理制度的存在便有極大化債權人利益此一機能。

³⁶ WESSELS B., MARKELL B.A., & KILBORN J..J (2009), INTERNATIONAL COOPERATION IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY MATTERS 14.

³⁷ Bradley Hansen, *Bankruptcy Law in the United States*, EH.net, <https://eh.net/encyclopedia/bankruptcy-law-in-the-united-states/> (最後瀏覽日：2023/8/9)。作者提到過去美國法上部分州採行”First come, first serve”的制度，造成債權人為確保自己受償競相向法院提起訴訟，導致債務人頻繁應訴，甚至本來公司尚未達不能清償的程度，卻因為過多的債權人向其索討而間接加速導致公司的失敗。

³⁸ 陳榮宗(1988)，破產法，第三版，三民書局，頁2。



第二項 現行主流債務清理制度介紹

企業破產清算並非企業唯一選擇，而是最不得不一的選擇，因為其將會導致企業價值完全消逝、員工失業、對債權人而言亦未必是最佳解³⁹，而對於尚有更生可能之企業造成資源利用上的不效率。因此企業之債務如何依不同情形進行清理，乃各國需要面對的共同問題，本文針對當今較主流的企業債務清理機制分為程序外與程序內之清理，例如訴訟外的債務協商、以及法院內的處理機制進行討論，例如重整、破產清算、和解。

第一款 法院外的債務清理

第一目 法院外債務協商(Out-of-Court Settlement)

法院外的債務清理主要係債務協商(亦有稱為 Workout Agreement)⁴⁰，其方式係透過使債務人與有意願的債權人協商，或能達成延後清償的條件或降低債務數字，減輕債務人負擔並使其有重生之機會⁴¹。如中國恒大集團面對財務危機於2023年初對其債務人發布重組方案，債權人得將所持債券轉換為新債券或恒大集團子公司之股份⁴²。債務協商之契約僅發生在締約的債權人與債務人間，並不對所有債權人發生效力。債務協商的制度在各國有所不同，部分國家是採任意協商，部分將其列為進入破產聲請前的法定程序(Pre-Requisite)：例如芬蘭規定在債務人開始破產程序前，必須先嘗試與債權人進行協商、德國規定債務人必須先證明有法庭外的協

³⁹ Parikh, *supra* note 30, at 219.

⁴⁰ 雖美國法上部分州另有其他破產替代機制如自行清算，即債務人自願將其財產移轉至一受託人，創設一個以資產清理變現和對債權人比例分配為目的之信託。惟上開手段並非常見，亦非本文主題，故在此不贅。

⁴¹ Conrad B. Duberstein (1999), *Out-of-Court Workouts*, 1 AM. BANKR. INST. L. REV. 347, 349.

⁴² 吳柏緯，恒大公布境外債重組方案—欠款可換新債券或股權，經濟日報，2023年3月23日，<https://money.udn.com/money/story/5604/7050812> (最後瀏覽日：2023年8月18日)。

議且失敗方可往下進行後續程序⁴³。

經學者 Duberstein 研究美國之債務人之尋求法院外債務清理之動機包括：債務人擔心循破產程序將會被烙印負面標籤，使其將來經營受阻、或擔心因為聲請重整法院會指派管理人接手其經營權，使公司無法按自己的規劃重整、或者循法庭上之債務清理可能面臨程序上的曠日廢時還有不確定之高昂成本等⁴⁴。總而言之債務協商之制度比起透過法庭程序較為平和且能使債權人之受償率更高⁴⁵，根據學者 Gilson 等人之研究，經估計約有一半之公司重整係發生在法庭外⁴⁶，可見債務協商制度對於部分債務人而言具重要性。

至於債務協商制度與跨國破產制度之關聯性為何？學者指出訴訟外協商制度與破產制度之可預期性有關。申言之，若當事人對於透過破產程序所獲補償皆不確定，雙方皆可能認為透過判決有機會獲得比協商更好的條件而願意孤注一擲；反之若法院之見解穩定使債權人可預期，當事人便可根據該預期展開程序外之協商，免去開啟程序之相關成本⁴⁷。而一旦法院外協商成為當事人信賴之債務清理手段，亦有資料顯示債權人願意降低借貸成本，使公司運作成本低而能夠承擔商業上的失敗，此係一善的循環⁴⁸。

第二目 訴訟外紛爭解決機制(Alternative Dispute Resolution, ADR)

所謂的 ADR 制度，係現代各國司法體系為面對龐大的訴訟洪水，而發展出的替代性紛爭解決機制總稱，其中包括仲裁、調解、調處等都是 ADR 的一環；一般

⁴³ European Commission(2014), *Study on a new approach to business failure and insolvency—Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices* 342.

⁴⁴ Duberstein, *supra* note 41, at 350.

⁴⁵ Parikh, *supra* note 30, at 219.

⁴⁶ Stuart C. Gilson, J. Kose & L. H. P. Kang (1990), *Troubled Debt Restructurings: An Empirical Analysis of Private Reorganization of Firms in Default*, 27 J. Financ. Econ. 315, 345.

⁴⁷ Parikh, *supra* note 30, at 219.

⁴⁸ Parikh, *supra* note 30, at 218-220.

被認為比起程序內的解決機制，ADR 具有「及時、靈活、私密、合作」等優點⁴⁹。而 ADR 制度與破產制度之交集，主要方式係訴訟外的調解。調解制度強調雙方皆同意的中立第三人居間協助當事人自主協商以得到共識，學者將其歸類為促進型之調解⁵⁰。

以美國法為例，聯邦於 1998 年制定之《紛爭外解決機制法案》(Alternative Dispute Resolution Act of 1998)便授權地方法院將 ADR 方案納入該地區之破產規則中⁵¹。研究指出近年來在美國採行調解之案件不斷增加，多半源自於當事人對於法院裁定之不滿意、難以預測結果、訴訟之高額成本⁵²。然而 ADR 亦非適用於所有案件，學者認為調解之方式多不具拘束力，因此無法保證調解後當事人可免於追訴；此外，當破產案件涉及之利害關係人眾多或與公益有關時，採用 ADR 將忽略債權人以外的利害關係人，有所不妥⁵³。

第二款 法院內的債務清理

法院內進行債務清理的方法主要包括破產清算、重整與和解，債務人尋求法院內程序有許多原因。例如法院主導之程序對債權人而言較能公平地使其受償、避免因談判能力不佳而受差別待遇；對債務人而言，現行各國債務清理法規多有規定

⁴⁹ 林俊廷(2017)，訴訟外紛爭解決機制（ADR）與司法改革（上），司法周刊，第 1879 期，頁 2。

⁵⁰ 沈冠伶(2020)，商業事件之裁判外紛爭處理——以商業法院之調解及移付仲裁為中心，月旦法學教室，第 218 期，頁 38。促進型的調解主要係美國 1960 到 1970 所發展之調解制度，其特色在於調解人不向當事人提出建議或自己的觀點，而是側重在協助、整理當事人之間的觀點並限縮雙方選項，以追求當事人自己做成決定。

⁵¹ Jacob A. Esher (2009), *Alternative Dispute Resolution in U.S. Bankruptcy Practice*, 4 SO. NEW ENG. ROUNDTABLE SYMP. L.J. 76, 78-80. 作者指出，截至 2009 年文章發布時，美國 90 個破產法院中約有 50 個法院將 ADR 制度納入其地區破產規則中。

⁵² Jacob, *supra* note 51, at 79.

⁵³ Jacob, *supra* note 51, at 80.

一旦開啟法院程序，所有債權人便不能對其進行個別追訴⁵⁴，因此也可以達到保護債務人免於頻繁應訴而導致加速破產。申言之，倘若債務人並無信心與多數債權人取得共識(例如債權人數量大、或主要債權人希望受到程序內保障等)，則法院內程序或許才提供了一個較好的保護傘⁵⁵。此外，與跨國破產有關聯者，乃學者提到在某些情形若債務人在海外有資產即將被扣押或接收，則債務人便需要透過開啟正式程序以暫時保全其海外資產⁵⁶。

第一目 重整程序(Reorganization)

雖然世界各國之重整程序在執行上有所不同，惟「重整」字面上之意義便有捲土重來之義。我國學者指出重整制度之目的主要有二：一為債務清理、二為維持企業⁵⁷，蓋對於社會經濟發展而言，公司的破產可能引起連鎖反應並造成經濟蕭條，因此對於尚有更生可能之企業應給予其重生之機會。而亦有學者指出公司清償不能之狀況將使得各利害關係人之利益產生衝突，因此重整程序之目的亦有「調和當事人之利益關係」⁵⁸。至於重整程序在各個國家受企業偏好之程度，亦將因具體規定不同而異。不過大體而言，重整程序聲請後，債務人將受到一個「暫停」(Stay)效果的保護，使債權人無法個別對其財產進行查封拍賣；接著債務人必須對債權人提出其「重整計畫」，說明其未來之營運規劃以及債權人預計可以獲得如何程度之

⁵⁴ 學者有指出在美國法上債務協商失敗的主要原因在於該協商不拘束異議債權人，因此少數不願配合之債權人可能會毀掉債務人的償債規劃，此類債權人也被稱為「釘子戶」(holdout creditors)。參查爾斯·J·泰步著，韓長印等譯(2017)，美國破產法新論(上冊)，第三版，中國政法大學，頁 10。

⁵⁵ Duberstein, *supra* note 41, at 351-352.

⁵⁶ Duberstein, *supra* note 41, at 353.

⁵⁷ 柯芳枝(1991)，公司法論，第五版，三民書局，頁 492-493。

⁵⁸ 王志誠(2005)，公司法：第十講——公司重整法制——重整之聲請程序、重整債權及重整債務，月旦法學教室，第 38 期，頁 68。

清償，並經債權人表決同意後執行⁵⁹。

具體而言以美國為例，聯邦破產法(Bankruptcy Act)中的第十一章⁶⁰，便是關於公司重整，其設計理念係透過重整制度拯救「誠實而不幸」的債務人，給予其重新開始的機會⁶¹。因此在設計制度之理念上，倘若該債務人繼續營運之價值高於立即清算，則應鼓勵該企業繼續營運⁶²。在此前提下，美國法給予聲請重整之債務人許多友善之制度規定，例如自管債務人(Debtor in Possession, DIP)⁶³以及自動停止(Automatic Stay)之規定⁶⁴，皆是鼓勵債務人倘若遭遇經濟困難應勇於提出重整聲請，以避免事態嚴重而無法挽救。

第二目 破產清算(Liquidation)

破產清算程序之主要目的與重整不同，是以債務人財產之蒐集、變價並公平分配為目標⁶⁵，而朝向法人格消滅之方向前進。申言之，破產因債務人不能清償其債務而開始，就所蒐集到之債務人總財產進行強制執行，而在進行分配時應注意債權平等原則，法院應使地位相同之債權人獲得平等之滿足⁶⁶。而為了確認債務人之財產多寡且避免清算過程中有所浮動(特別是減少)，一旦進入到破產清算程序中，公

⁵⁹ 關於重整計畫的審查，各個國家之規定有所不同，最常見的是如美國及我國法下，將債權人分類並召開債權人會議決議，部分國家尚要求法院核准；然亦有如英國法下所謂的 Company Voluntary Arrangement(CVA)，即債務人擬的計畫只要經總額 75%以上之債權同意即可通過，並未將債權人分類且不用經法院審核。學者評析此方法有成本較低、進行較速之優勢。See FABER, D., VERMUNT, N., KILBORN, J., & RICHTER, T. (Eds.) (2012), COMMENCEMENT OF INSOLVENCY PROCEEDINGS 236-237.

⁶⁰ 11 U.S.C. §§ 101-1532 (2005).

⁶¹ Faber, *supra* note 59, at 754.

⁶² 韓長印，前揭註 54，頁 8。

⁶³ DIP 制度係指即便公司聲請重整，原本的經營團隊仍會持續擔綱運轉公司之角色。蓋過去或有經營者因為害怕經營權易手而遲遲不願提出破產聲請，拖久了反而加劇了營運的負面情形；此政策也呼應 Chapter 11 最初的預設目的，即在於幫助誠實但運氣不佳而陷入經營危機的債務人。

⁶⁴ 11 U.S.C. § 362(a). 自動停止制度係指一旦債務人聲請重整，所有債權人之追償計畫都將被凍結，直到破產程序終結，這可保證重整計畫的順利進行。參韓長印，前揭註 54，頁 1142。

⁶⁵ 許士宦(2003)，破產程序之再生機能—回應鄭傑夫法官「破產事件之處理程序」一文，法曹論壇，第 93 期，頁 218。

⁶⁶ 陳計男，同前註 35，頁 10-11。

司之業務將會被停止、且其將失去對原本財產之處分權；而在清點並分配給債權人後，公司之法人格將會消滅(Wind-up)⁶⁷。



以美國法為例，破產清算規定在第七章，該章節一體適用自然人與法人的破產清算。惟兩者適用之結果有所不同：自然人因為有免責之制度，因此其依第七章聲請破產後過一段時間將可擺脫身上所有之債務而以無債務之姿重新開啟其生活；然而法人因為沒有類似之規定可適用，因此第七章的聲請註定導向其死亡⁶⁸。由於破產清算係屬於最早期發展的債務清理制度之一，且其任務單純，各國在制度上並無重大區別，各國破產清算的進行多是由法院指派公正客觀之第三人如受託人(Trustee)、清算人(Liquidator)。

惟國與國制度間值得一提之區別，或在於程序的選擇上是「單一程序型」或是「複數程序型」。前者如德、法兩國之制度，係指當債務人有債務清理之需求時即聲請開啟程序，於開啟時不急著區分目的，之後再由法院或利害關係人決定走清算型或重建型之債務清理；後者如美、日兩國之制度，是從一開始債務人就必須選擇重整或破產清算涇渭分明之程序，然複數程序多提供程序間轉換之制度⁶⁹。

第三目 和解程序

和解制度係指債務人不能清償債務時，以預防破產為目的與債權人訂立之清償債務強制契約，訴訟上的和解制度與前面所介紹的債務協商有所不同，蓋債務協商係於程序外進行，協商之結果亦指拘束合意之當事人；惟此處之和解制度自始至終由法院參與，由債權人會議和債務人進行協議，而該和解須經法院認可，一旦認

⁶⁷ Faber, *supra* note 59, at 756.

⁶⁸ Faber, *supra* note 59, at 757.

⁶⁹ 許士宦(2008)，債務清理法之基本構造，初版，元照，頁 7。關於兩種制度之優缺點可見此書，惟因該二制度之優劣非本文欲探討之對象，故在此不贅。



可後便對全體債權人發生效力，故兩者有所不同⁷⁰。

另一方面，儘管和解制度與重整制度同樣都透過會議與債務人進行協商與表決(和解制度是協商和解契約、重整制度是協商重整計畫)而具有一定之類似性，然而學者指出兩者間仍然有部分程序上之差異。例如程序參與主體部分，重整程序之關係人會議包括債權人與股東；然和解程序並不考慮股東之利益。此外在司法者干預的程度上亦有差別，和解程序中儘管法院扮演最後一道核准的關卡，然若債權人與當事人無法取得共識，法院亦不得主動介入形成契約；然在部分國家的重整程序中，法院或得為公共利益而強行批准採取重整計畫⁷¹，我國法院在關係人會議否決重整計畫時，亦有類似之規定⁷²。

儘管程序內的破產和解制度被認為是以預防破產為目的而存在，卻有論者指出當今各國的破產和解制度因為具有諸多缺點而無法受到企業的青睞，包括德國與日本紛紛摒棄實施多年的破產和解制度，在規範的選擇上新興的重整制度毋寧是破產當事人更滿意的制度⁷³。首先，各國破產和解制度多規定和解不能限制擔保債權人之權利，故縱使債權債務人達成一致，一旦擔保債權人行使分配權，債務人之資產將再次受到打擊而無法復甦；其次，破產和解程序中欠缺有效的監督機制，法院的參與往往偏向消極而使得債權債務人雙方資訊不對等之下，雙方同意的和解契約不會被如期履行，程序進行中脫產、詐欺等情事更是不少見；最後，論者認為破產和解同樣作為一種以重建為目標的債務清理制度，除了讓雙方各自讓步外，欠缺實際的措施幫助企業站穩腳步，故此制度難以達成其宣稱之目標，若企業欲達

⁷⁰ 陳計男，前揭註 35，頁 6-7。

⁷¹ 韓長印，前揭註 20，頁 5。

⁷² 公司法第 306 條第 1 項：「重整計畫未得關係人會議有表決權各組之可決時，重整監督人應即報告法院，法院得依公正合理之原則，指示變更方針，命關係人會議在一個月內再予審查。」

⁷³ 張欽昱(2014)，破產和解之殤——兼論我國破產和解制度的完善，華東政法大學學報，2014 卷 1 期，頁 154。

到重建之目的，更傾向選擇破產重整⁷⁴。



第三項 我國之債務清理規定

我國當前之債務清理制度包含和解、重整、破產清算以及當清算發生障礙時之特別清算⁷⁵；而這些制度散落於現行法中(包括破產法以及公司法)，無統一之法典，且亦欠缺程序間靈活轉換之規定。有感於此問題，我國司法院自 1993 年來發起破產法之修正，一直到後來更正名稱為《債務清理法》修正草案，其修正過程與理念的梳理，或能使讀者對當前之債務清理法有更全面的認識。

第一款 我國債務清理制度之發展

我國正式施行破產法，應是自民國 24 年。當時社會狀況日加繁複，且受世界經濟潮流之震盪，農村經濟面臨衰落之危機，且工商業之倒閉屢見不鮮，因此發生許多債權債務糾紛，立法者經過多次討論後於同年公布破產法並施行⁷⁶，初始的破產法包括了破產程序與和解程序兩種制度。該破產法經過數十年皆未就整體制度進行根本性之改革，然而因應經濟結構之改變，包括跨國投資貿易之發達、產業型態之改變而出現跨國破產、消費者破產或關係企業破產等新興問題，讓立法者意識到應修正破產法以適應企業活動高度化、國際化之社會。故於民國 82 年成立破產法修正委員會，經過十年的通盤檢討，於民國 92 年公布破產法修正草案，除了處理前開問題外，也引進與清算有關之規定、公法人的債務清理程序等⁷⁷。

⁷⁴ 張欽昱，前揭註 73，頁 153。

⁷⁵ 學者有將破產清算與一般之法人清算做出區分，破產清算係指法人不能清償時以債權人公平受償所為的清算，一般清算係指破產原因以外之公司解散而需清算的情形。惟後者之情形因債權人多半能獲得滿足，因此非本文所欲討論之對象，故不另討論。陳榮宗，前揭註 38，頁 6-7。

⁷⁶ 陳榮宗，前揭註 38，頁 28。

⁷⁷ 許士宦(2003)，債務清理之理論與立法—破產法修正草案解說，台灣本土法學雜誌，第 51 期，頁 5-6。

另一方面，清算與重整則是被分開規定在公司法。公司清算之規定係自公司法於民國 18 年制定時即存在，而在民國 49 年因唐榮鐵工廠破產事件，促使產官學有共識應有重整制度以避免對國民生計造成影響⁷⁸；民國 55 年公司法修正時將清算之規定增補並移列至公司法 322 條以下，並同時新增了特別清算之規定，以應付清算發生顯著障礙之情形；此外，民國 55 年之修正亦增列了重整之規定在公司法 282 條以下。

民國 94 年因金融機構過度競爭消費者貸款業務引發雙卡風暴，為解決消費者面臨的卡債卡奴問題，司法院於民國 95 年提出消費者債務清理條例草案並在隔年完成立法。立法者同時亦注意到企業無法利用該程序清理債務，因而司法院重新檢討破產法修正草案並將之改名為「債務清理法草案」並加入重整程序之規定。

至此，公司法與破產法上之債務清理制度歸於統一，我國債務清理法草案之架構下已然可分為清算型之債務清理(破產)與重建型之債務清理(重整、和解)⁷⁹。司法院近年來持續對債務清理法之修正在民國 105 年大致完成並對外公布，宣稱該次修法係破產法立法 80 年來最大修正、關於公司重整之部分係 50 年來最大修正，立法者逐漸充實債務清理法草案中關於企業重整、和解等制度以及相關配套⁸⁰。學者亦為文指出經過數次修正，將重整程序正式歸入債務清理法制之下，脫離公司法的管制，顯示我國呼應了《聯合國跨國破產模範法》之建議，採用了破產重整單一化法典之理念，使我國破產法制跟上世界潮流，值得贊同⁸¹。

⁷⁸ 廖郁晴(2007)，公司重整制度之再省思，萬國法律，第 151 期，頁 3。唐榮鐵工廠破產事件，由於債權人達四千多人，行政院特頒布命令給予唐榮幫助。而該救助令後來引起廣大爭論，畢竟不適合做為通案使用，因此產官學界討論後方於 1966 年制定公司重整一節。

⁷⁹ 許士宦，前揭註 69，頁 144。

⁸⁰ 許士宦(2015)，債務清理法制之新進展(上)，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 62-63。

⁸¹ 鄭有為(2019)，論自願性重整——兼論對司法院債務清理法草案重整章的幾點觀察與建議，臺北大學法學論叢，第 113 期，頁 118-119。



第二款 重建型債務清理

第一目 重整

公司重整，乃公開發行股票或公司債之股份有限公司，因財務困難，已瀕臨暫停營業或有停業之虞，而預料有重整可能者，在法院監督下，調整其債權人、股東及其他利害關係人之利害衝突，圖該公司企業之維持以及更生為目的之制度⁸²。關於我國重整制度之立法目的，已如前述，以下僅說明本文認為我國制度特殊之處。

首先，對於「財務困難而暫停營業或有停業之虞」之認定，我國實務見解有採現金流量表測試標準者⁸³，以公司之流動資金是否欠缺而無法清償到期債務作為認定，公司有無資本淨值在所不問。而亦有研究採取資產負債表測試，認為當公司之淨資產少於負債時，可認為公司發生財務困難⁸⁴。本文認為此處財務困難之認定應較不能清償為寬鬆，方符合重整制度之目的；蓋若法院對於財務困難之認定越嚴格，公司之更生就越不容易。學者指出現況下該要件多由法院依公司之營運狀況、投資風險、償債能力等要件綜合判斷，然陷於高度不確定性⁸⁵。本文以為此要件由法院綜合評價較為彈性，未來若有穩定的案件量，法院或許較能發展出穩定之判斷標準。

其次，關於何謂「重建更生可能」，對此要件，學者認為此係一不確定法律概念而應由法院依據聲請公司之財務、業務狀況個案認定之⁸⁶。然而此要件若於程序開始時判斷，將導致重整進行困難，蓋聲請重整時往往為公司營運不佳時，且法院

⁸² 柯芳枝，前揭註 57，頁 491。

⁸³ 最高法院 56 年度台抗字 320 號。

⁸⁴ 廖郁晴，前揭註 78，頁 2。

⁸⁵ 鄭有為(2019)，論更生程序的「不能清償」——兼論臺灣臺北地方法院 106 年度消債更字第 223 號裁定，月旦法學雜誌，第 295 期，頁 106-109。

⁸⁶ 劉連煜(2019)，現代公司法，十四版，新學林，頁 683。

於程序開始時對於債務人之了解尚有不足，若要求法院在聲請時即須判斷重建更生可能，將使此程序之功能大打折扣⁸⁷。故債務清理法草案第 220 條便刪除重建更生可能之要件刪除，以避免法院在程序開始時因猶豫不決而錯過企業重整之黃金時間。

其次，公司法 282 條將適用重整之對象限於公開發行股票或公司債之公司，考究其立法目的，主要係著眼公發公司規模較大，若任其倒閉將使得多數債權人、員工受害，對社會之負面影響較大⁸⁸。立法者之用意雖可理解，卻未必合理：蓋在我國取消強制公開發行之規定後⁸⁹，公司之公開發行與否已經屬於自治事項，公開發行公司未必能與大規模公司劃上等號、且非公開發行之公司同樣可能面臨多數債權人、員工受損之困境、此外比較法上包括英、美等國皆未將重整限於公開發行公司，可見當前之規定並不合理⁹⁰。此問題同樣在債務清理法草案中有所回應，依據草案 220 條 4 項規定得聲請重整之公司必須為「登記財產總額或資本額達一億元」者，即將過去之標準改以實收資本額或財產總額作為認定，本文認為債務清理法草案之內容較現行公司法之內容為佳。

法院於收到重整之聲請並考量上開要件後，應在 120 日內為准駁之裁定，並通知有關機關⁹¹。若法院核准重整，應選任重整人並提出重整計畫⁹²，由債權人、股東組成關係人會議並針對該計畫進行討論與表決⁹³；該計畫若經關係人會議可

⁸⁷ 鄭有為，前揭註 85，頁 108。

⁸⁸ 曾宛如(2004)，公司之重整與破產，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 6-7。

⁸⁹ 我國公司法舊法 156 條曾規定「公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，除經目的事業中央主管機關專案核定者外，其股票應公開發行」又依經濟部於 1981 年之商第 05325 號令，實收資本達 2 億元者應強制公開發行；後經濟部於 2000 年作成商字第 89221412 號令將該數額提高至 5 億元。

⁹⁰ 曾宛如，前揭註 88，頁 6-7。

⁹¹ 公司法第 285 條之 1。

⁹² 公司法第 289 條。

⁹³ 公司法第 303 條。

決，重整人應聲請法院認可執行。



第二目 和解

和解者，乃債務人不能清償債務時，以預防破產為目的與債權人團體所訂立關於清償債務之強制契約，經法院認可或商業會處理後，發生效力⁹⁴。我國之和解程序於破產法第二章分為法院之和解(破產法第 6 條以下)、商業會之和解(破產法第 40 條以下)兩種類型，後者更是我國獨有之制度，兩者之主要差別在於居中協調監督之人不同。而一旦債務人與債權人團體磋商達成共識並經監督人認可，該和解之效力依破產法 36 條以及 49 條及於和解聲請許可前之一切債權。

和解制度雖非我國所獨見，然放到世界各國之債務清理法潮流而言卻不合時宜。首先，程序上和解制度在因未臻完備而有諸多批評，例如程序開始之原因與破產相同，而清償不能之狀態下公司更生之可能性已然低落，導致程序價值不高、或是欠缺保全處分制度，確保債權人公平受償、未能阻止優先債權人行使其債權、確保和解制度履行之機制欠缺等⁹⁵；雖立法者針對部分問題於民國 82 年之破產法修正草案中試圖解決，惟學者認為該次修正中部分規定與重整有所重疊，將使和解制度獨立存在之價值減低⁹⁶。有研究顯示在民國 83 年至 106 年之間，聲請破產和解之案件每年超過百件，但真正成功之案件共僅 12 件，顯示我國和解制度功能不彰⁹⁷。

雖「廢和解、立重整」，乃債務清理法之世界潮流，然我國立法者似乎有不同之作法，於新版的債務清理法草案說明中，立法者加大力道的修訂和解之配套規定，

⁹⁴ 陳榮宗，前揭註 38，頁 47。

⁹⁵ 許士宦，前揭註 69，頁 96。

⁹⁶ 張欽昱，前揭註 73，頁 156。

⁹⁷ 陳弈愷(2019)，公司解散清算之研究——以資產充實與有效終結為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 36。

不但充實工商業會之和解規定，對於和解契約之履行亦設計監督機制。依學者之分析，立法者原意或係希望給予「事業重建可能不高，但債務人有繼續營業之意願，且債權人亦未反對」之中小企業繼續營運之機制⁹⁸。本文以為對於事業重建可能性不高之企業，是否制度上有必要扶持其繼續經營？不無疑問；此外，和解契約僅需債權總額 1/2 同意即可通過⁹⁹，是否足以正當化「債權人亦未反對」之前提？退步言之，倘債權人有高度共識讓債務人繼續經營，其亦得尋求程序外之債務協商。綜上，本文以為立法政策上是否鼓勵破產和解制度，值得三思。

第三款 清算型債務清理

第一目 破產

我國破產法第 1 條明文「債務人不能清償債務者，依本法所規定和解或破產程序，清理其債務」。故破產便是指當債務人不能清償債務時，就債務人之總財產，以公平對待債權人為目標，由法院參與其事之一般強制執行程序。

何謂「不能清償債務」，比較法上有採資產負債表測試者，如英國 1986 年破產法(Insolvency Act 1986)、或兼採現金流量表測試者，如德國之股份公司法、我國實務對不能清償則是穩定的採取資產負債表測試¹⁰⁰，已如前述。如只採現金流量測試標準，將會發生只要公司把資產換成現金，便足以支撐其現金流，極端案例將可能發生「金玉其外，敗絮其中」之情形；而如僅採資產負債表標準，外部債權人將難以得知公司之資產負債而可能錯過聲請重整之黃金時間，對其亦有不利。故本文認為宜兼採兩種標準，亦有學者採同樣見解¹⁰¹。值得一提者，現行債務清理法草

⁹⁸ 許士宦，前揭註 69，頁 104-105。

⁹⁹ 債務清理法草案第 98 條。

¹⁰⁰ 最高法院 111 年度台抗字第 726 號裁定。

¹⁰¹ 曾宛如(2007)，論董事與監察人對公司債權人之責任：以公司面臨財務困難為核心，臺大法學論叢，第 37 卷 1 期，頁 121-122。



案第 2 條第 2 項「債務人為法人或非法人團體者，其資產不足抵償所負債務時，亦同。」採資產負債表測試，而同條第 3 項「債務人停止支付者，推定其為不能清償。」採現金流量測試，值得肯定。

一旦法院依聲請宣告破產，強制執行之程序因而開始，債權人需向破產管理人申報債權，而原屬於債務人之財產在開起程序後都歸屬於破產財團，債務人對該財產失去管理與處分之權¹⁰²。此程序以破產債權人與債務人為當事人，並以屬於破產財團之財產為對象進行公平分配。在程序進行期間內，債權人對債務人之個別權利亦受到行使限制。至於債務人之法人格，依法公司破產者應予解散¹⁰³，惟公司在依破產程序清理債務之必要範圍內，視為存續；待破產清算程序終結後，主管機關應塗銷公司之破產登記¹⁰⁴。

第二目 特別清算

現行公司法 335 條「清算之實行發生顯著障礙時，法院依債權人或清算人或股東之聲請或依職權，得命令公司開始特別清算；公司負債超過資產有不實之嫌疑者亦同」乃特別清算之規定。依學者之說明，當公司經營狀況良好而因故解散，此時尋普通清算之程序、若經營狀況不良而且散，尋破產清算之程序，惟當公司有應以何種清算程序發生疑義時，便需要一種兼顧程序經濟之清算制度，便是特別清算¹⁰⁵。

所謂「清算之實行發生顯著障礙」，學者認為例如公司之利害關係人過多，或公司之債權債務極為複雜，如行普通清算程序將耗日費時，發生顯著困難。「公司負

¹⁰² 破產法第 75 條。

¹⁰³ 公司法 71 條第 1 項第 6 款。

¹⁰⁴ 司法院 96 年 1 月 25 日秘台廳民二字第 0960002208 號函

¹⁰⁵ 柯芳枝，前揭註 57，頁 572。

債超過資產有不實之嫌疑」則是指公司呈現之財務數額不真實，此際清算人不宜貿然宣告公司破產，否則對債權人保障不周。特別清算較普通清算更側重債權人之保護，例如其包含了債權人會議之設計，讓債權人得對清算人整理之表冊與清算方針表示意見¹⁰⁶，最終清算之數額亦須得債權人會議與債務人做成協定後方宣告清算了結¹⁰⁷。

然而，統計亦顯示我國特別清算之案件相當稀少，在 2008 年之前雖每年約有十多件聲請，惟自 2009 到 2017 這幾年來，每年之聲請案件多不超過五件，最終准許特別清算者更是不超過三件，可見特別清算制度在我國之適用情形並不普遍¹⁰⁸，債務清理法草案亦未將原公司法上特別清算之規定納入。

¹⁰⁶ 公司法第 344 條。

¹⁰⁷ 公司法第 350 條。

¹⁰⁸ 陳弈愷，前揭註 97，頁 36。



第三章 跨國破產制度之比較

跨國公司之形成、以及跨國公司於財務困難乃至於破產時將面對的問題已如第二章所述。本章首先將會從跨國破產法制面上的幾個普遍的問題談起，包括管轄權、域外效力以及跨國破產法制的數種規範形式。接著本文將介紹比較法上重要的跨國破產法制：包括歐盟的《歐洲破產指令》(European Insolvency Regulation)、聯合國貿易法委員會制定的《跨國破產模範法》(Model Law on Cross-Border Insolvency)及對其補充解釋的模範法實行指南(Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation)¹⁰⁹。最後，本文將盤點當前世界各國採納模範法之情形，並挑選對我國較有參考價值之國家，包括世界主要資本集中地的美國、以及與我國法制背景相似的日本及韓國。

第一節 跨國破產法制之基本概念

隨著跨國企業發達，跨國破產法制也越來越重要；而跨國破產案件本質帶有涉外因素，因此處理此類案件之制度被學者歸類在國際民事訴訟法(或稱「涉外民事訴訟法」)¹¹⁰。本節首先整理文獻常提出關於跨國破產法制的三個問題¹¹¹：

第一是管轄權問題：對於一個破產的跨國企業，哪一國家有權宣告其破產？管轄權乃一國主權的展現¹¹²；本文首先討論現況下各國多如何決定其管轄權，最後將針對同一破產案件應採單一程序或複數程序進行討論。第二是破產域外效力的

¹⁰⁹ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2014), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation* 30.

¹¹⁰ 劉鐵錚，陳榮傳(2010)，國際私法論，修訂五版，三民書局，頁 665。

¹¹¹ 李沅樺(2006)，涉外破產之域外效力問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，法律哲理與制度(國際私法)—馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，頁 208；張銘晃(2011)，國際裁判管轄決定論——從總論方法評述我國實務現狀，法官協會雜誌，第 13 期，頁 172；柯澤東(2006)，國際私法，第三版，元照，頁 159。柯澤東教授明確指出「國際私法乃以法院管轄、法律適用與判決之承認與執行行為三關聯的學問」。

¹¹² REINHARD BORK (2017), *PRINCIPLES OF CROSS-BORDER INSOLVENCY LAW* 16.

問題：易言之就是外國裁判承認與執行的問題，一國之破產宣告在其他國家是否有效？涉及國與國相互間是否承認對方破產程序。而在他國承認宣告國程序的前提下，宣告國之債權人得否就債務人在他國之資產逕為強制執行，又係另一問題¹¹³。

最後，乃選擇準據法的問題。蓋所謂「程序依法院地法」乃審判之必然，亦為國際私法界的共通原則¹¹⁴；惟關於程序開始地之法院應以何國之實體法作為準據法，乃另一問題，如我國《涉外民事法律適用法》即有處理如何選定準據法的問題。針對此議題，本文如欲針對「選法」提出建議，恐需一併論及現行我國《涉外民事法律適用法》之規定，恐使本文篇幅過長；此外更實質的理由乃是，本文主要研究之標的模範法，在制定過程中為減少爭議並提高參與意願，刻意忽略了選法問題而僅處理選擇管轄權、域外效力的問題¹¹⁵，本文若以模範法作為核心研究對象，在準據法議題上可能會欠缺比較對象。

相較於破產程序的選法問題，本文認為尚有一值得研究的主题，乃跨國破產法制之規範形式：蓋自從跨國破產成為各國權責單位之關注對象以來，歷史上嘗試過許多不同的規範方式，包括雙邊或多邊條約、超國界的法律、乃至於當前最大公約數的模範法形式，其各自有何優劣？以及如何的立法形式能在國際政治的折衝樽俎下推動，本文將於本節第三項分析。

¹¹³ 劉鐵錚，前揭註 110，頁 683。學者指出外國判決的承認與執行乃先後層次之分；一般而言，外國裁判的承認要件較寬，因為即便本國承認該外國判決，實際為給付之執行仍須經內國公權力之參與，始可為之。我國強制執行法第 4 條之 1 第 1 項規定：「依外國法院確定判決聲請強制執行者，以該判決無民事訴訟法第四百零二條各款情形之一，並經中華民國法院以判決宣示許可其執行者為限，得為強制執行。」即為適例。

¹¹⁴ 陳榮傳(2019)，英屬維京群島的股份繼承與遺產管理——臺灣高等法院 103 年度上字第 493 號民事判決評析，台灣法學雜誌，第 366 期，頁 14。其理由在於關於程序之事項，不致影響當事人之實體權益，且若要求法院適用他國程序法可能造成審理成本的增加。關於程序依法院地法原則進一步之論述，參前揭註 111，頁 253。

¹¹⁵ Omar, *supra* note 12, at 58.



第一項 跨國破產案件之管轄權

如本文前所提及，跨國破產案件之難題包括當數個平行之破產程序同時進行，將造成當事人勞力、時間、費用之喪失；然在此之前更前提的問題便是，為何對同一債務人會有數個程序？此乃因跨國破產案件具涉外因素而生國際管轄權競合的問題。

國際管轄權，指某一國法院對於一涉外民事事件所擁有為審判之權限¹¹⁶，相較於國內管轄權乃第一層次的先決問題；學者指出一涉外事件必須先判斷一國有無國際管轄權，若肯定方討論該國之何種、何地之法院管轄，後者便是第二層次的管轄問題，且屬內國之民事訴訟法所管轄¹¹⁷。國際管轄權之有無，對一個國家具有高度重要性：蓋一方面，國際管轄權作為一國行使實體裁判之前提，若無國際管轄權則當事人在該國之請求即不備訴訟要件而應予駁回、退步言即便法院對該管轄權不備之案件進行裁判，亦可能面臨他國家不承認，而無法在域外發生效力的情形¹¹⁸。另一方面，一國有無管轄權關乎當事人是否有參與程序之義務，而是否有應訴之必要關乎當事人的實體與程序利益¹¹⁹，可見此要件之重要。

第一款 決定一般國際管轄權之因素

國際管轄權事涉一國主權的行使，已如前述；在現行國際法尚未存在普遍共同遵守的規則或條約、內國法對此也付之闕如的情形下，原則上國家基於其主權之行使固然得自由認定，惟若隨意進行認定則可能招來其他國家的報復、亦或是不被其

¹¹⁶ 陳啟垂(2015)，民事訴訟法(上冊)，初版，新學林，頁 83。

¹¹⁷ 劉鐵錚，前揭註 110，頁 665-666。

¹¹⁸ 陳瑋佑(2022)，再論國際民事管轄權之規範與解釋—簡評最高法院最新裁判動向，台灣法律人，第 9 期，頁 146。

¹¹⁹ 陳瑋佑，前揭註 118，頁 146。

他國家承認，故仍須遵守一套各自的規則¹²⁰。



然而，若欲一般性的探尋各國如何決定國際管轄權並歸納出其中原則，將面臨一定的困難：蓋大陸法系與英美法系在決定管轄法院的方法與背後的法理上，似乎有所不同。易言之，在決定管轄法院的方法上，由於大陸法系國家多未明文規定涉外民事案件之管轄，因此多需「準用或類推適用」本國民事訴訟程序；而英美法系作為普通法國家，則多參考過往法院判例為後續案件定管轄權¹²¹。此外，違反管轄權一事對當事人的意義在兩個法系下亦有所不同，例如大陸法系下管轄地分配之考量可能包括追求當事人之程序利益、裁判之適正、審判之迅速等¹²²，也因此某些管轄權有違誤之情形，除非是違反專屬管轄，否則可能考量到已支出的程序成本而「將錯就錯」¹²³，蓋當事人作為程序主體本得處分其程序利益。然而美國法下「管轄權」乃受到聯邦憲法「正當法律程序」之要求，管轄權的欠缺並不因終局裁判而治癒，甚至可以上訴至美國聯邦最高法院¹²⁴。由此可見，「管轄權」之重要性在國與國之間有所不同，要尋得共通的管轄權決定因素就更顯得不容易。

本文以下擬先從國內學者文獻整理出對於國際管轄權常見的判斷方式，再針對比較法上重要的原則加以補充。雖我國文獻之討論主要集中在訴訟案件之國際管轄權分配，與具非訟屬性的破產事件似有未合，然依學者之文獻可知，目前如德國、奧地利等國家在決定非訟事件之國際管轄權時，其論理方式亦與訴訟事件相同

¹²⁰ 劉鐵錚，前揭註 110，頁 667。

¹²¹ 李後政(2015)，國際民事訴訟法論，第三版，五南，頁 31。

¹²² 陳瑋佑，前揭註 118，頁 131。

¹²³ 例如我國民事訴訟法第 25 條：「被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論者，以其法院為有管轄權之法院。」

¹²⁴ 黃國昌(2009)，國際民事管轄權之理論與實務，初版，元照，頁 3。

¹²⁵，可推知本文以下之討論在破產案件仍具實益。



第一目 逆推知說

所謂逆推知說，係指就一訴訟之內國牽連因素，先決定內國法院有無地域管轄權，如內國法院有管轄權便可逆向推知內國之全體法院具國際管轄權。此說見解認為一國地域管轄權之規定(如我國民事訴訟法第 10 條第 1 項¹²⁶)具有雙重功能，一方面直接規範地域管轄，另一方面間接規範國際管轄權¹²⁷。

第二目 類推適用說

類推適用說和上述逆推知說相同，都是利用內國之土地管轄規定決定內國法院對國際紛爭有無管轄權；惟差別在於類推適用說論者認為我國立法者制定民事訴訟法管轄權之規定時，並未注意到國際管轄之規定，此法律漏洞須以類推適用之方式為之，除此之外並無差異¹²⁸。由於逆推知說、類推適用說多主張內國土地管轄之規定可以同時決定國際管轄權、內國管轄權，因此又被合稱為「二重機能說」。

第三目 利益衡量說

此說又稱法理說，其認為國內管轄權之規定與國際管轄權之規定有所不同，故不應以內國管轄權之規定決定國際管轄，而應以國際民事訴訟法上當事人間的公平、裁判的正當、程序的迅速¹²⁹等價值為利益衡量以個案決定國際審判權¹³⁰。至

¹²⁵ 陳瑋佑(2019)，國際家事管轄法之比較研究——以未成年子女親權事件為中心，中研院法學期刊，第 25 期，頁 215、245。該文之主題雖為家事非訟事件，惟文中多次提及德、奧兩國以二重機能性之理論判斷非訟事件，故本文以為在判斷破產案件之國際管轄權時，可以沿用訴訟事件之脈絡討論。

¹²⁶ 民事訴訟法第 10 條第 1 項：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄」

¹²⁷ 陳啟垂，前揭註 116，頁 85。

¹²⁸ 陳啟垂，前揭註 116，頁 85-86。

¹²⁹ 蔡華凱(2022)，國際裁判管轄之決定方法——最高法院 109 年度台抗字第 1084 號裁定，月旦法學教室，第 232 期，頁 38。

¹³⁰ 陳啟垂，前揭註 116，頁 87-88。



於利益衡量之方式學者間存在不同觀點，有學者主張各國法院在利益衡量時不外乎考量當事人之利益以及公共利益¹³¹；亦有學者具體列出六項應參考之因素¹³²，可知利益衡量說並無一固定之判準。

第四目 特別情勢說

特別情勢說乃日本之通說，甚至後來在 2011 年受立法者青睞明文成為日本國際裁判管轄新法之見解¹³³。其內容是以逆推知說為第一步，判斷本國是否有權受理系爭案件；第二步再以當事人之間的公平、裁判的實效性等進行檢驗，確認是否有不適合受理之情形¹³⁴。

第五目 實效性原則與不便利法庭

上述學說之討論乃大陸法系下之解釋，英美法下由於並無土地管轄之「條文」，因此無法逆推知或類推適用，其對於國際管轄權之決定主要來自權威判例¹³⁵。英國法發展出所謂實效性原則(Principle of Effectiveness)，即法官對於本國領土不能強制執行之判決，無為宣告之權利¹³⁶。而美國法在矚目案件 *Pennoyer v. Neff* 後，形成了「管轄權理論」，其內涵有二：(一)各國對於其領域內之財產，具有完全排他之權限(二)任何國家對於其領域外之財產，無直接之權限¹³⁷；此理論某程度上亦是著眼於判決的實效性，一國法院對於其境內之財產為裁判方可為執行，也與國家主

¹³¹ 馬漢寶(2002)，國際私法總論，第一版，自刊，第 13 頁。

¹³² 林秀雄(1998)，國際裁判管轄權——以財產案件關係為中心，收錄於：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，國際私法理論與實踐(一)：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 125-126。學者列舉之因素包括 1.訴訟當事人的便利、公平、預見可能性；2.裁判的迅速、效率、公平性；3.調查證據、訊問證人是否容易；4.判決之實效性；5.訴訟地與案件關聯性之強度；6.與選法之關聯。

¹³³ 何佳芳(2016)，國際裁判管轄上之特別情事原則——從日本新法談起，華岡法粹，第 60 期，頁 68。

¹³⁴ 何佳芳，前揭註 133，頁 70。

¹³⁵ 李後政，前揭註 121，頁 31。

¹³⁶ 李後政，前揭註 121，頁 39。

¹³⁷ 李後政，前揭註 121，頁 47。



權範圍原則上限於境內的觀念相吻合。

英美法上除了以實效性為主要考量外，亦在個案中兼顧訴訟的便利性，也因此有所謂「不便利法庭原則」(forum non conveniens)的產生。所謂不便利法庭原則係指受訴法院雖有管轄權，然當其衡量後認為其受理將會對當事人之一方造成不公平、不便利，而另一個法院審理較為方便且適當時，得裁量駁回原告之訴或停止訴訟¹³⁸。此原則有助於防止國際管轄權衝突的問題，並緩和各國管轄權逐漸擴張之趨勢¹³⁹。

對於以上各說，學者有指出在決定國際管轄權時，應從法安定性、當事人的預見可能性、具體妥當性(實效性)進行權衡¹⁴⁰。逆推知說、類推適用說之優點在於其管轄之判準明確，然欠缺對國際管轄之通盤考量¹⁴¹，蓋其無法在具體案件中個案決定是否受理，可能造成當事人之不便。反面言之，利益衡量說之缺點則在於當事人欠缺預見可能性，蓋其無法事先知道法院之天秤如何運作¹⁴²。至於日本新法所採之特別情事說則較為折衷的兼顧法安定性與個案間程序上的正義，然而學者有批評認為特別情事說發展到後來法院多跳過土地管轄原因存否之階段，逕行審查特別情事存否，造成「特別情事之肥大化、複雜化」，且法院被賦予廣泛認定特別情事的裁量權也會導致法安定性之目的不達¹⁴³。

本文以為若我國欲在上述說法中擇一做為跨國破產之管轄決定方式，可以從吸引投資的角度選擇考慮。如同本文先前所提及，具有可預見性之跨國破產制度可

¹³⁸ 許兆慶(2017)，國際私法上「不便利法庭原則」與「特別情事原則」之研析——以最高法院一〇四年度臺抗字第五八九號裁定為中心，中華國際法與超國界法評論，第13期，頁52、65。

¹³⁹ 許兆慶，前揭註138，頁66。學者指出美國法隨著「長臂管轄原則」(long-arm jurisdiction)的發展，法院得行使管轄權之範圍顯著擴大，因此不便利法庭原則可說是對此現象之反制。

¹⁴⁰ 陳瑋佑，前揭註118，頁134。

¹⁴¹ 何佳芳，前揭註133，頁70。

¹⁴² 何佳芳，前揭註133，頁70。

¹⁴³ 陳瑋佑，前揭註118，頁134。

以吸引投資、亦可以降低資金籌措之成本，蓋因當事人得事先評估參與國際交易行為之風險，而有利整體資本市場之活絡。因此本文以為應將法安定性置於第一層次之考量，故應優先考慮逆推知說、類推適用說與特別情事說；特別情事說雖受到批評認為可能使得管轄權不安定，惟本文以為若法院審酌特別情事時為較嚴謹之判斷並透過實務判決形成一套可參考之標準，此說或許更能兼顧個案當事人之利益，也不至於使管轄法院難以預見。

第二款 決定跨國破產管轄權之因素

上述之介紹主要針對民事案件之國際管轄權概括而論，本文接著欲討論跨國破產案件之管轄權如何決定，蓋破產案件屬於民事案件下位類型之一而有其特別之處，在文獻的爬梳過程中本文發現比較法上除了考慮上述管轄權之規定外，對於跨國破產領域有不同的管轄權決定方式。本文擬介紹比較法上對於跨國破產管轄權之數種規範方式，最後介紹目前 EIR、模範法所採納的「主要利益中心地」管轄判準。

第一目 當事人國籍地

第一種決定破產管轄之方式乃國籍主義，即以當事人之國籍作為管轄權之主要依據。例如法國民法第 14 條、15 條之規定，任何以法國人為原被告一方之案件，法國法院皆有管轄權¹⁴⁴。依此，在一跨國破產案件中，債務人之國家與債權人之國家皆得行使管轄權。

第二目 主要財產所在地

第二種管轄權之方式乃以債務人之主要財產所在地，作為國際管轄權之判斷

¹⁴⁴ 李後政，前揭註 121，頁 75。

標準。例如美國法即有規定債務人之住所、主營業所或主要財產所在地之法院具有管轄權¹⁴⁵；我國破產法亦規定債務人或破產人主要財產所在地具有管轄權¹⁴⁶。以債務人主要財產地具有管轄權之理由，有見解係以主要財產所在地推論被告在該國應訴應較便利，故得做為管轄地¹⁴⁷。然本文以為主要財產所在並不能當然推論被告應訴之便利，例如債務人因各種原因將多數財產存放於海外帳戶，此時是否如學者所言，即有疑問。本文認為以主要財產所在地做為管轄地之原因，參考前述「實效性」之考量，亦即若裁定破產清算，則在主要財產所在地進程序即能確保債權人獲分配，因此在該地法院進程序即有實益。

第三目 公司設立地

第三種方式乃以債務人之設立地作為管轄法院，對應到比較法有所謂“Incorporation Theory”¹⁴⁸。所謂 Incorporation Theory 在 18 世紀的英格蘭被提出，原本是為了讓英格蘭公司到海外發展時仍得受英格蘭法院管轄，此原則並盛行於當時的英國、美國、瑞士等國¹⁴⁹。以設立地作為國際管轄地之優點在於具可預測性、對第三人保障、也有便利公司拓展國際經營之效，然而卻易於操控，蓋債務人得自由選擇對其最有利之法院地、準據法，設立後卻完全不在該處經營事業，而有選購法院(Forum-Shopping)之弊¹⁵⁰。

¹⁴⁵ 28 U.S. Code § 1408.

¹⁴⁶ 破產法第 2 條第 2 項。

¹⁴⁷ 黎文德(2002)，我國司法實務上國際私法之發展，月旦法學，第 89 期，頁 87。

¹⁴⁸ 應特別說明者，比較法上 Incorporation theory 和 Real Seat theory 的提出本是為處理選法問題，亦即應適用何國之實體法為準據法，與此處管轄權之問題有所不同。然文獻上多有提到管轄權之選擇與準據法之選擇有相互影響的密切關係，也因為這樣的聯繫，其論理內容有高度的互通性，也因此本文將該爭議套用在管轄權的討論上。見郭豫珍(1998)，國際管轄權與準據法研究體系的區別與連繫，收錄於：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，國際私法理論與實踐（二）：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 112。

¹⁴⁹ Carsten Frost(2005), *Transfer of Company's Seat -- an Unfolding Story in Europe*, 36 VUWLR. 359, 361.

¹⁵⁰ Nicole Rothe (2004), *Freedom of Establishment of Legal Persons Within the European Union: An Analysis of the European Court of Justice Decision in the Überseering Case*, 53 AM. U. L. REV. 1103, 1112.

第四目 公司實際營業地

與上述由公司設立地管轄相對地另一種見解，是以公司的實際營業所在國進行管轄，運作上多以該公司之總部所在地國取得管轄，比較法上即稱之為”Real Seat Theory”，其在 19 世紀被提出，當時主要德國、法國政府為了避免境內本國公司將設立地改到英國以追求較寬鬆之管制¹⁵¹。以公司實際營業地決定破產案件之國際管轄權之主要理由，在於實際營業地與公司牽連最深，既然公司之營業行為實際發生在該國，也因此要受到該國的法律、經濟和社會政策所拘束¹⁵²。此說之優點在於避免選購法院，且可防止郵箱公司(Letterbox company，指該公司在設立地完全無業務經營行為)之出現，政府也較好追蹤國內之交易行為¹⁵³；然缺點在於實際營業處所之判斷未必明確、可預見，特別是當跨國公司在各國都有經營行為時。

第五目 主要利益中心地

跨國破產案件管轄權之決定方法，長久以來在各國間採取不同的判準，此觀上述「公司設立地」、「公司實際營業地」……等不同說法可知。然而國與國之間不同的判斷標準，反而使得跨國商業投資或企業的流動變得困難¹⁵⁴，蓋進行跨國投資之成本因各國規範不同而被提高，而各國規範顯有不足，歐盟即持續有呼籲整合之聲¹⁵⁵。

1980 年代歐盟委員會提出一部草案”Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar proceedings”，該草案首次提出了以營運中心地(Centre of Administration)國之管轄權與準據法為主的概念，被認為是最出主要

¹⁵¹ Frost, *supra* note 149, at 362.

¹⁵² Rothe, *supra* note 150, at 1111.

¹⁵³ Frost, *supra* note 149, at 362.

¹⁵⁴ 陳怡秀(2014)，歐盟架構下出走稅規範之研究，月旦財經法雜誌，第 35 期，頁 168。

¹⁵⁵ Ignacio Tirado (2015), *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From 'Insolvenzimperialismus' to the Recast*, SSRN 1, 2.

利益中心地主義的起源¹⁵⁶。隨著時間發展，後來的歐盟條例(EU Regulation)中關於破產程序的歐盟破產指令¹⁵⁷也明文採取了「債務人主要利益中心地」(Centre of Main Interests, COMI)之標準，亦即若某國被認為是債務人之主要利益中心地，該國即可取得管轄權。債務人主要利益地之判斷，在實際上往往亦以債務人之總部或主要營運據點為主，這也是為什麼有學者評論認為 COMI 背後的概念類似 Real Seat theory¹⁵⁸，蓋其皆傳達出應將管轄權交由與公司關聯最密切之國家。

必須強調者，儘管 EIR、模範法兩大指標性規範皆採取主要利益中心地判斷法，然而不代表 COMI 的運作下破產案件管轄權會歸於單一(Unity)¹⁵⁹；蓋為避免過於激進，COMI 地外之國家亦仍可以依其本國規定管轄該破產案件，有所不同者乃 COMI 地法院所進行的程序稱為「主要程序」(Main Proceeding)，主要程序之決定具域外效力可及於其他非主要程序，而其他非主要程序也需要協助主要程序進行，因此本文認為 COMI 的出現很大程度的解決了破產管轄權競合的難題，但並不能說 COMI 將破產案件管轄權歸於單一。至於 COMI 更詳細的探討以及所衍伸新的問題，本文將會在後續部分繼續分析。

第二項 跨國破產案件之域外效力

在介紹完破產管轄權的問題後，本文擬介紹跨國破產會遇到的第二個問題，即為域外效力(Multi-state effects 或 Extraterritorial effects)，顧名思義指一國之破產案件判決或裁定後，其判決效力是否及於同一債務人在其他國家之財產¹⁶⁰。蓋一國

¹⁵⁶ Tirado *supra* note 155, at 2.

¹⁵⁷ EC Council Regulation 1346/2000.

¹⁵⁸ Gabriel Moss (2006), *Group Insolvency-Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism*, 32 BROOK. J. INT'L L. 1005, 1008.

¹⁵⁹ 儘管一個案件由一個法院管轄(Unity)是普及主義(Universalism)者的終極目標，但國際政治上各國顯然無法放棄主權之行使而同意這樣的共識。See Wessels. Bob, *supra* note 36, at 49.

¹⁶⁰ 王志誠，前揭註 23，頁 33。



法院之裁判，原則上僅於其領域內發生效力，此乃司法主權之展現；然而，在跨國交易頻繁的今日，債務人可供執行之財產可能散落於其他國家，因此即生「一國判決得否被他國承認或在他國執行」之問題¹⁶¹。簡言之，域外效力即為國與國間「判決承認與判決執行」的問題¹⁶²；而在破產案件中，域外效力不僅係對於確定裁判的承認，蓋跨國破產案件之承認乃動態之承認，也就是程序可能同時正在進行，而法院須承認其他「正在進行中」之法院決定。關於破產的域外效力，本文將會介紹三種立法例，亦即屬地主義(Territorialism)和普及主義(Universalism)和折衷主義¹⁶³，其概念與優劣為何；接著介紹跨國破產中遭遇的困難以及國際間如何在光譜間修正兩種主義並取得最大共識。

第一款 屬地主義、普及主義與折衷主義

第一目 屬地主義

屬地主義係基於國家領土主權之原理，將破產效力限於為裁定之本國，亦即債務人於本國以外之財產，不受到本國裁定之影響；基於此，本國債權人亦不能持本國判決至外國請求強制執行¹⁶⁴。因此即便債務人在採取屬地主義之國家遭宣告破產，仍然可在其他國家行使財產權；且由於債務人在本國之破產不及於他國，因此他國之利害關係人可能在他國再一次聲請破產宣告，學者稱為「平行破產」¹⁶⁵。

屬地主義乃各國法律預設之狀態(default system)，蓋一國主權、司法權之界線

¹⁶¹ 許耀明(2021)，海牙判決承認與執行公約評析，月旦民商法雜誌，第71期，頁30。

¹⁶² Omar, *supra* note 12, at 42.

¹⁶³ Omar指出，部分學者將Territorialism跟Universalism這組概念與Plurality跟Unity之概念混用，然而精確來說前面這組概念在處理域外效力的問題，後面這組概念在討論管轄權是否單一的問題，仔細區別有所不同。See Omar, *supra* note 12, at 42.

¹⁶⁴ 王志誠，前揭註23，頁33-34。

¹⁶⁵ 李後政，前揭註121，頁462。

原則上僅止於領土範圍內，法院僅能對領土內之債務人財產為決定¹⁶⁶。而屬地主義擁護者基於以下幾點，認為屬地主義仍有優勢地位：1.可以避免各國實體法不同而使得債權人受害(例如擔保債權人之順位在國與國有所不同)、2.債權人在與債務人締約時之預設乃本國法，故屬地主義之結果較符合債權人之預期、3.跨國企業中子公司往往獨立營運，屬地主義反而較能反映此現實、4.較尊重他國司法權，因為屬地主義之法院不必面臨是否承認他國判決之問題¹⁶⁷。

第二目 普及主義

普及主義則反於上開概念，認為一國的破產裁定效力得及於其他國家，因此理想的普及主義下，一個破產案件只需要一道主要程序，以避免平行破產之發生¹⁶⁸。學者指出若債務人在一國受破產宣告，債務人在其他國家之財產管理、處分權亦會受到限制，且由於已經有一破產程序開始，他國債權人即不得再向法院提起任何訴訟或請求¹⁶⁹。然而普及主義下，不代表其他國家無須提供任何幫助；相反地，普及主義為達到法院裁定可以對所有國家、所有債權人生效，講求國與國之間的合作¹⁷⁰。

普及主義的優點可以統括為經濟與效率，學者指出普及主義有以下具體優點：

- 1.利用一道程序解決可以避免平行破產之不效率、
- 2.得將債務人在各國之財產統合進行拍賣而最大化債權人受償之責任財產、
- 3.提升公司重整之成功率、
- 4.平整對待所國內外之債權人¹⁷¹。

Westbrook 教授主張，破產法制若不與所身處的市場相稱，

¹⁶⁶ Kent Anderson (2000), *The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience*, 21 U. PA. J. INT'L ECON. L. 679, 682.

¹⁶⁷ Anderson, *supra* note 166, at 698.

¹⁶⁸ Nigel J. Howcroft (2008), *Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality That Universalism Prevails*, 8 UC DAVIS BUS. L.J. 366, 370.另我國有學者把Unity 白話翻為「一人一破產」原則，前揭註 23，頁 45。

¹⁶⁹ 李後政，前揭註 121，頁 463。

¹⁷⁰ Howcroft, *supra* note 168, at 370.

¹⁷¹ Anderson, *supra* note 167, at 687-688.



將會無法發揮其應有的功能¹⁷²，而隨著全球化浪潮國際市場趨於單一、跨國投資比例升高，一個全球化的市場需要一部全球化的破產法，因此長久之計在於採取普及主義¹⁷³。

第三目 折衷主義

折衷主義乃修正上述兩種主義，並依債務人財產之性質為不同對待。債務人之動產應適用普及主義，對債務人在宣告國以外之財產亦有效力、而債務人之不動產採屬地主義，僅對本國之財產有效¹⁷⁴。其論理乃認為因不動產與一國之公序良俗較有關聯，不應許外國人任意取得，且不動產之價值較為昂貴，常作為破產人之信用基礎，故為保障本國債權人而採屬地主義。反之動產因其具較高的流動性，若採屬地主義有其困難¹⁷⁵。

第四目 各說評析

綜觀上開三種立法例，以財產之性質區分屬地效力或普及效力之折衷見解應不可採，蓋以不動產、動產作為區分不見實益。首先，因為不動產價值較高而應採屬地主義保護本國債權人之說法欠缺正當性，蓋債務人之動產與不動產孰高孰低本非一定，例如一海運公司若破產，則其船隻總價應更勝名下之不動產；此外，若要保護本國債權人可優先受償或提高其受償比率，大可採行屬地主義，本文以為折衷主義陷入想要保護本國債權人、又想追求程序的統合，本身除了欠缺理論一貫性外，動產、不動產區分反將程序變得更加複雜。其次，以不動產與一國公序良俗有

¹⁷² 原文為“Bankruptcy is one of those laws that cannot perform its function unless it is symmetrical to the market which it operates.” Westbrook 教授主張破產法必須盡可能的涵蓋到市場裡的所有交易以及利害關係人，法律方能與市場相稱。Jay L. Westbrook (2000), *A Global Solution to Multinational Default*, 98 MICH. L. REV. 2276, 2282.

¹⁷³ Westbrook, *supra* note 172, 2277.

¹⁷⁴ 王志誠，前揭註 23，頁 34。

¹⁷⁵ 李後政，前揭註 121，頁 496。

關作為理由，亦屬勉強。縱使承認「保護本國不動產不被外國人買走」乃一正當政策目的，然為何破產法需肩負此任務？政府亦可由其他法律禁止外國人取得，或是要求債務人之不動產在清算時需變價分配，同樣可以達到論者之目的。退步言之，在採行普及主義下是否當然不能配合政府政策？亦值得分析，蓋聯合國模範法中對於域外效力部分有明文，如承認該國之判決將與本國之公共政策有所違背者，該國得例外不承認該破產判決¹⁷⁶，此規定即可解決折衷主義之擔憂。

至於屬地主義主要以符合債權人期待、具備可預見性作為論理，然本文以為上開論理多係建立在「國與國之間採行不同立法主義」之現況作為論理前提，倘將上開論理放進理想的普及主義脈絡下，則未必說得通。首先，對本國債權人而言，屬地主義的採行對其能獲得之「本國資產」部分或許較具可預見性，然而本國債權人若要參與分配債務人在他國之財產，則須面臨種種不確定；反過來說，在理想的普及主義下，用一道程序統合處理債務人之所有財產，債權人只需關注一種法律、一道程序，而不必擔心複數程序同時進行的情況下自己可以受償多少，普及主義毋寧提高了可預測性。對此論點，學者認為普及主義、屬地主義從具觀、宏觀的角度而言各有站得住腳之處，故雙方對於可預測性而言實無分軒輊¹⁷⁷。

第二個屬地主義之論點在於其能夠符合債權人之預期，有論者認為較有能力、有規模之債權人能迅速調整不同主義所帶來之差距，然而小規模、本土的債權人在締約時可能是以本國程序與本國法律為預設而締約，卻可能因為普及主義的採行而必須參與其不熟悉之他國程序，此時屬地主義可以保護他們的既得利益¹⁷⁸。然本文以為在理想的普及主義下，債權人於締約時將會知道本國未必會是破產程序開啟地，而將不會對本國程序抱有錯誤之期待。學者則是批評認為此論點過度強調

¹⁷⁶ 模範法第 6 條，名稱為 Public policy exception。

¹⁷⁷ Wessels, *supra* note 36, at 51.

¹⁷⁸ Wessels, *supra* note 36, at 53.

「債權人的期待」，卻忽略了破產法上更重要的價值，例如公平對待債權人與最大化債務人資產¹⁷⁹。



綜合上述，考量全球化的快速發展、國與國間市場界線的模糊，債務人之資產與債權人將會散落在世界各地，因此本文以為長遠來看，國際間應朝向能統合所有程序、最大化債務人資產、又能平等對待所有債權人的普及主義發展，並以「一人一破產」為跨國破展法制之終極目標¹⁸⁰。而目前國際間發展亦可發現如美國、英國、日本、韓國等國家大幅度修改法令從屬地主義改朝普及主義前進¹⁸¹。

第二款 遭遇之困難與替代方案

第一目 普及主義之困境

理想的普及主義乃多數學者所贊同，蓋其得統合解決紛爭、保護債權人，已如前述。然而即便是普及主義之大力擁護者 Westbrook 教授，亦承認理想的普及主義在短期內可能無法實現。蓋要推廣並實踐此一理想，需要各國對於破產法制面上的諸多問題形成共識，不能只是把問題留給各國自行解決¹⁸²。

國際政治一直是普及主義的最大阻礙。以一般民商事裁判的承認為例，過去國與國之間的裁判承認多仰賴自發性的國際禮讓、互惠，或與他國簽訂雙邊或多邊互助條約¹⁸³，例如我國民事訴訟法亦規定外國裁判如未與我國有相互承認之約定時，該外國裁判在我國不生效力¹⁸⁴。然而雙邊、多邊協定的簽署效力只發生在簽署國

¹⁷⁹ Wessels, *supra* note 36, at 54.

¹⁸⁰ Westbrook, *supra* note 172, at 2296.

¹⁸¹ Wai Yee Wan & Gerard McCormack (2020), *Implementing Strategies for the Model Law on Cross-Border Insolvency: The Divergence in Asia-Pacific and Lessons for UNCITRAL*, 36 EMORY BANKR. DEV. J. 59, 76.

¹⁸² Westbrook, *supra* note 172, at 2298.

¹⁸³ 許耀明，前揭註 161，頁 30-31。

¹⁸⁴ 民事訴訟法第 402 條第 1 項第 4 款。

之間，國際間仍欠缺一個共通的承認規則，而使得當事人必須在不同國家重複進行訴訟，將產生耗費當事人勞力時間費用、排擠一國訴訟資源之使用、因兩國間判決歧異而引發法律關係不安定等問題¹⁸⁵。



因此早在 1971 年起海牙國際私法會議(Hague Conference on Private International Law, HCCH)嘗試就通過《民商事裁判承認執行公約》(Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters)，然該公約因國與國間的角力未能完全達成共識，使得締約國如要具體進行裁判承認與執行，尚需另外簽訂雙邊補充協定，如此不便導致該公約乏人問津，最後失敗告終¹⁸⁶。捲土重來後 1992 年 HCHH 又再度嘗試草擬新的公約，在各國的來回協商後終於在 2019 年簽訂《民商事判決承認執行公約》(2019 HCCH Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters)，然而該公約截至 2023 年底，亦只有十個國家簽署¹⁸⁷，且自 2019 簽訂開始至今尚未生效，可見國際政治上對於裁判之域外效力仍未見共識。

由此先例可知，各國對於外國裁判在內國承認與執行，仍傾向保守之態度。蓋一國裁判乃司法主權之展現，且在沒有條約之情形下，一國對於外國裁判之承認與執行本屬自行裁量¹⁸⁸，如今在一人一破產的原則下不但須放棄行使管轄權、還須承認他國裁判之效力，對於主權之行使或對本國利害關係人之保護，可能都受到很

¹⁸⁵ 許士宦(2019)，許可外國民事及家事裁判執行之訴（上），月旦法學教室，第 206 期，頁 46。

¹⁸⁶ 許耀明，前揭註 161，頁 34。

¹⁸⁷ 簽署之十個國家為：哥斯大黎加、以色列、蒙特內哥羅、北馬其頓、俄羅斯、烏克蘭、美國、烏拉圭。<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137> (最後瀏覽日：2023 年 10 月 10 日)

¹⁸⁸ 許耀明(2022)，外國裁判之承認與執行——以互惠原則為中心，月旦民商法雜誌，第 75 期，頁 54-55。

大程度的衝擊¹⁸⁹。也因此理想的普及主義在現代社會中尚無法兌現而須尋求修正方案。也因此學者提出修正式普及主義(Modified Universalism)，在一定程度維護各國的司法主權前提下，盡可能地追求破產法制的全球視野¹⁹⁰。



第二目 修正式普及主義

學理上只要介於屬地主義與普及主義光譜兩端的中間，都可以被冠上「修正」二字，因此有許多概念不同、程度不同的修正式普及主義¹⁹¹，然其基本上都不脫普及主義的核心，也就是一個破產案件應由一個主要的程序處理債務人的所有財產。而所謂對普及主義的「修正」大致可以從兩方面加以解釋，即本文先前所介紹的管轄權以及域外效力。首先，在管轄權部分，理想的普及主義追求一人一破產，因此整個案件進行過程中只會有一道主程序，然而這樣的理想面臨各國的抗拒已如前述。

因此有理論將其修正，除了主要程序外，同一案件亦允許並存的非主要程序(Non-Main Proceeding)；非主要程序的功能可能包括協助主要程序，例如幫忙清查債務人在本國所有的財產(美國法稱此為 Ancillary Proceeding)、或是與主程序同時並存，但效力不及於主程序(美國法稱此為 Parallel Proceeding)¹⁹²。數個管轄權雖同時存在，但在普及主義下仍認明有一主要程序存在，其他非主要程序之目的乃為協

¹⁸⁹ 有學者以破產法的「批發效應」(Wholesale Effect)來說明為何普及主義不可能實現：蓋破產制度影響的層面包括債權人、債務人乃至於整體社會經濟發展，一旦破產程序開始債務人所有的合約、財產與法律上權利義務都會受影響。正因為其牽連甚廣，因此破產法乃一個與各國政策緊密結合之法律，可想而知國與國之間不會願意輕易「放手」。See Frederick Tung (2001), *Is International Bankruptcy Possible?*, 23 MICH. J. INT'L L. 31, 46-47.

¹⁹⁰ Westbrook, *supra* note 171, at 2301.

¹⁹¹ Wessels, *supra* note 36, at 68. 比較法上亦有修正的屬地主義(Modified Territorialism)，則是在屬地主義保護本國債權人的前提下，加強國與國之間的合作。惟因屬地主義之方針與全球化之發展方向不同，本文在不採屬地主義之前提下，不詳細介紹。

¹⁹² Omar, *supra* note 12, at 50.

助主要程序¹⁹³。至於在域外效力部分，所謂「修正」專指允許各國之法院得評估該主要程序之裁判對本國債權人是否公平、是否保障本國債權人權益、如承認該裁判是否違背本國之公共政策等，倘認為有不應承認之情形時，本國法院得拒絕承認該外國裁判¹⁹⁴。當上述拒絕承認發生時，非主要程序之進行將會從協助主要程序轉為獨立進行破產審理，在效力上即與主要程序脫節¹⁹⁵。

近年來幾個較大的經濟體大都從上述的脈絡中截長補短，修正本國之破產法採取修正的普及主義。而其中聯合國所推出的模範法、以及歐盟所推出的破產指令¹⁹⁶，儘管在部分規定上未完全一致，然基本上也都採取了這樣的態度，可見修正式普及主義乃目前國際間的最大公約數。

第三項 跨國破產法制之規範形式

跨國破產法制在管轄權與域外效力之發展，已如前述，國際間的最大共識乃逐漸地朝向統一的跨國破產法制。然而欲統一破產法制，除了內容外，應以何種形式落實也同樣重要，目前卻為學說上所忽略¹⁹⁷。本文擬從國與國之間的「條約」、聯合國貿易法委員會採的「模範法」、歐洲破產指令採的「超國界法」(Supranational Law)三種形式進行介紹與分析，以期作為未來我國之參考。

¹⁹³ HANNAN, N., & HANNAN, N. F. (2017), CROSS-BORDER INSOLVENCY: THE ENACTMENT AND INTERPRETATION OF THE UNCITRAL MODEL LAW 2.

¹⁹⁴ Omar, *supra* note 12, at 51.

¹⁹⁵ Omar, *supra* note 12, at 51.

¹⁹⁶ Hannan, *supra* note 193, at 4.

¹⁹⁷ 張玲(2007)，跨境破產法統一化方式的多元化，政法論壇，第 25 卷 4 期，頁 142。



第一款 條約、超國界法與模範法

第一目 條約

根據聯合國貿易法委員會之定義¹⁹⁸，條約(Conventions¹⁹⁹)係指國與國(或國際法主體，Entities)之間合意簽訂，受國際法規範關係之文件，依簽訂國家之多寡可以分為雙邊、多邊條約；條約的法律文本對締約之各方具有拘束力²⁰⁰。條約之出現最早可追溯到公元前，古代的條約主要是與戰爭後恢復和平有關，還可能用來建立同盟、劃定疆域，因此條約的發展歷史悠久²⁰¹。條約亦為跨國破產法制之最初形式，最早追溯到 13 世紀的義大利就曾有國與國之間締結雙邊條約處理破產議題²⁰²，而 17 世紀時歐洲的破產協約更是形成風潮²⁰³。到 20 世紀時，隨著歐洲共同體(European Community)的出現，國與國之間更需要處理跨國企業資不抵債的問題，整個歐洲關於破產協約的架構更加龐大，更多的仰賴雙邊與多邊的破產協約²⁰⁴，然而破產領域條約的數量繁複導致了歐洲各國的跨國破產法制欠缺穩定性與可預測性²⁰⁵，某程度也妨礙了破產法制統一化的目標。

以條約作為跨國破產法制形式之優點在於簽署國之間內容一致，倘若條約尚

¹⁹⁸ United Nations Commission On International Trade Law, Frequently Asked Questions- What is the difference between a UNCITRAL legislative text and a UNCITRAL non-legislative text?, <https://uncitral.un.org/en/about/faq/texts>. (last viewed, 2024/10/26)

¹⁹⁹ 關於條約(Treaty)與公約(Convention)之間的不同，前者主要係指國與國間的雙邊協議、後者則是指許多國家或國際組織為解決特定問題，透過多邊談辦的形式締結的多邊條約，儘管在破產領域也有許多協議以 Treaties 的形式，然文獻上多以 Conventions 進行討論，因此本文從之。見姜皇池(2013)，國際公法導論，修訂三版，新學林，頁 155。

²⁰⁰ 姜皇池，前揭註 199，頁 145。

²⁰¹ 姜皇池，前揭註 199，頁 146。

²⁰² 最早被認為是雙邊破產條約的案例乃西元 1306 年義大利威尼斯(Venice)與維洛納(Verona)之間的協議。See Kurt H. Nadelmann (1944), *Bankruptcy Treaties*, 93 U. PA. L. REV. & AM. L. REG. 58, 61.

²⁰³ 張玲，前揭註 197，頁 142。例如西元 1668 年蘇格蘭與荷蘭就曾對於企業陷入清償不能時之處理約定要合作。See JONA ISRAEL (2005), *EUROPEAN CROSS-BORDER INSOLVENCY REGULATION* 42.

²⁰⁴ Paul J. Omar (2003), *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, 12 INT'L INSOLV. REV. 147, 149.

²⁰⁵ Omar, *supra* note 204, at 149.

輔以制裁規定，條約形式將更有利於達成所設定的目標²⁰⁶。然而學者就歷史觀察， 跨國破產條約的簽訂多發生在地理位置相近、法體系相近、文化語言相近的國家，對於文化、法律或位置不相近之國家，難以簽訂協約²⁰⁷，本文認為此乃因破產法制具有高度的政策性質，故條約的簽訂才往往在同質性高的國家之間發生，此為條約的缺點之一。除此之外，條約法此種強行、硬性規定的性質也可能成為其短處，包括在成員國之間欠缺因地制宜的彈性、欠缺對未來變動的彈性²⁰⁸；亦有從條約需經內國法化(Internalize)的角度切入，蓋條約簽署後尚必須經國內立法程序通過方生效²⁰⁹，如果內國立法者不願將其納入內國法，則條約的簽署將因無法執行而失去意義²¹⁰。

第二目 超國界法

超國界法係指一種跨國家的、效力如同內國法的規範，以歐盟法作為代表。由於超國界法之制定法將有內國法之效力，適用的各個國家不得再加以修改、或決定是否參加，某程度上係對一國立法主權很大的干預²¹¹，也因此超國家法之制定多出於成員國關係緊密之組織。以歐盟為例，歐盟作為一個超國家(Supranational)組織，與一般國家一樣擁有三權分立，例如歐盟破產「指令」(Regulation)就屬於歐盟派生法²¹²之一種，必須經過歐盟之立法機關立法；而經立法機關通過之法律應普遍適用並直接拘束所有會員國，會員國不得部分接受、也不得以內國法化等方式間

²⁰⁶ David M. Trubek, Patrick Cottrell & Mark Nance (2005), *Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, 1002 UNIV. OF WIS. L. SCH. LEGAL STUD. RES. PAPER SER. 3, 3.

²⁰⁷ Hannan, *supra* note 193, at 6. 相同觀察者張玲，前揭註 197，頁 144。

²⁰⁸ Trubek, *supra* note 206, at 3.

²⁰⁹ 我國條約締結法第 8 條可作為參考。

²¹⁰ Trubek, *supra* note 206, at 3.

²¹¹ 洪德欽(2015)，歐盟法的淵源，收錄於：洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展(上)，臺大出版中心，頁 35。

²¹² 派生法是指歐盟機構依據歐盟條約授權及程序所通過的法律，包括 Regulation, Directive, Decision, Recommendation, Opinion。洪德欽，前揭註 211，頁 9。



接適用²¹³，也因此學者認為歐盟已經形成一個特別的法律共同體²¹⁴。儘管超國界法在歐盟曾經引起紛爭，然而基於維護組織間法律效力的完整性，倘若允許成員得自由決定是否遵守，將有損組織的完整性與目的²¹⁵。

超國界法與條約同樣有正式拘束力，成員必須完全遵照其內容履行，因此都是學理上「硬法」(Hard Law)，其優勢在於能確保簽署國之間的規定趨於一致，對於達成統一規範的目標較為有效，且相比於協約之間須經長時間的磋商，超國界來自一超國界的立法機關，可想見立法過程較為迅速、且比起雙邊、多邊條約，通常超國界法得影響之國家範圍較廣，尚不必經成員國之立法機構內國法化，本文認為其效率比條約更高²¹⁶。然其批評與條約相同，除了可能欠缺國與國之間的彈性外，最大的困難點在於超國界法之可行性，蓋此種高度統一性的法律代價乃成員間立法主權的退讓，只有在成員間關係高度一體化的前提下才有可能達成，因此世界上除歐盟外亦無其他超國界的破產規定存在²¹⁷。

第三目 模範法

模範法(Model Law)乃是一種建議性質的規範(suggested pattern)、或被稱為軟法(Soft Law)，透過模範法的建議，鼓勵各國立法者參考並將內國法之規定進行修正以符合模範法之規定。其特色在於模範法允許成員間可以自由地針對模範法內容逐條加以調整(provision-by-provision treatment)，也就是允許成員可以部份採納²¹⁸；此外，因為具軟法性質，因此模範法的違反，亦不會有懲罰規定，成員國並不受模

²¹³ 洪德欽，前揭註 211，頁 9-10。

²¹⁴ 陳麗娟(2019)，「英國脫歐」後歐盟法與英國法適用爭議之研究，貿易政策論壇，第 31 期，頁 19。

²¹⁵ 洪德欽，前揭註 211，頁 36。

²¹⁶ 張玲，前揭註 197，頁 149-150。

²¹⁷ 張玲，前揭註 197，頁 149。

²¹⁸ John A. E. Pottow (2005), *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*, 45 VA. J. INT'L L. 935, 985.

範法條款之拘束²¹⁹。學者有因此認為以模範法作為過渡形式或第一步，有引導成員國邁向統一規範之功能²²⁰。



模範法的優點甚多：首先，模範法之締約成本較低，蓋模範法對各國無拘束力，因此起草參與者較不會為了背後國家之利益爭鋒相對，學者也指出因著條約簽訂後的拘束力，條約的協商動輒十年以上，模範法相對的有迅速締結的優勢²²¹；其次，模範法較具有因地制宜的彈性，蓋因模範法並不如條約般對成員國有嚴密的拘束力，任何成員國採納模範法的建議為修正的同時，可以針對部分條文加以修正，例如日本、韓國兩國在修正內國法以符合模範法的過程中，就做了相當程度的修正，以緩和對本國之衝擊²²²。最後，因模範法的彈性，適合用來進行規範「實驗」，蓋各國在採納實施後，委員會得及時針對當前規範之良窳進行修正²²³。

然而正因為模範法對各國無拘束力，因此模範法為人詬病之處在於其統一規範之效果不彰²²⁴，例如日韓兩國在採納模範法時為保護本國債權人，做了過多的修正而使得統一破產規範的效果不彰而受到學者批評²²⁵；此外，各國間參差不齊的內國法規將會產生不良的向下競爭(race to the bottom)²²⁶，易言之，各國間為了爭取規範業務而修改其法規(例如放寬其管轄權之規定以獲得更多案件)，可能最終導

²¹⁹ Trubek, *supra* note 206, at 1.

²²⁰ Trubek, *supra* note 206, at 12.

²²¹ Trubek, *supra* note 206, at 11. 學者有以“A Model Law is better than an unratified convention.”總結模範法與條約之關係。

²²² Wai Yee Wan & Gerard McCormack (2020), *Implementing Strategies for the Model Law on Cross-Border Insolvency: The Divergence in Asia-Pacific and Lessons for UNCITRAL*, 36 EMORY BANKR. DEV. J. 59, 64-65.

²²³ Steven L. Schwarcz (2022), *Regulating Global Stablecoins: A Model-Law Strategy*, 75 VAND. L. REV. 1729, 1737-1738.

²²⁴ Trubek, *supra* note 206, at 3.

²²⁵ McCormack, *supra* note 222, at 71-74. 作者指出日韓兩國與模範法主要不同之處：第一對外國破產程序的進行並沒有自動停止的適用、第二乃修正了法院間溝通與合作的規定、第三乃使本國法院較主要程序取得部分的優先權。論者批評此修正也使得適用模範法的不確定性提高，整體而言有害模範法達成統一規範之目標。

²²⁶ Trubek, *supra* note 206, at 2.

致規範目的的減損²²⁷。



第二款 給我國之建議

上述的三種形式乃存在於國際上主要跨國破產法制之形式，並非國與國之間互動的全部手段；此外本文對三種方式之分析，並不打算分析哪一種形式佔有絕對的優勢²²⁸，蓋不同形式間各有擅長之處，如何在正確的條件下選擇正確的規範形式，毋寧更為重要。故接下來本文擬從我國之現況進行分析，倘我國欲參與破產法制之國際潮流，應以何種方式為之。

首先，我國現況之國際地位使我國與他國簽訂雙邊、多邊條約恐有難度。自從聯合國大會 2758 號決議做成後，我國的國際參與面臨困境²²⁹。加上近年來，中國對我國在外交上不遺餘力的打壓、美國等列強對中國現實利益的考量²³⁰，使得我國截至 2023 年，邦交國數僅有 13 國、而參與的政府間國際組織會籍數目亦僅有 45 個，以國家而言數量過少²³¹，顯示我國在外交參與上的困境。基於上述分析，本文認為我國要以條約踏出跨國破產的第一步恐有難度；此外，倘若我國真的能參與跨國破產的雙邊、多邊協議亦有不妥，蓋因此種條約的效力僅在簽署國有效，則除非我國必須與世界列強簽訂，否則即便簽署對我國企業、其他外國企業幫助不大。更甚者，簽署個別條約將使得法院處理締約對象國、非締約對象國的破產事務時發

²²⁷ 關於 Race to the bottom，學者有翻譯為「向下沉淪的競爭」，參蔡昌憲(2010)，美國金融消費者保護規範之展望——以消費者金融保護局之創設為中心，月旦財經法雜誌，第 23 期，頁 196-197。

²²⁸ 事實上，即便聯合國貿易法委員會有越來越傾向以模範法作為規範之傾向，其在特定領域仍有以條約作為形式讓成員國簽署。關於貿易法委員會所推出的各項法案，See Susan Block-Lieb & Terence C. Halliday (2007), *Incrementalisms in Global Lawmaking*, 32 BROOK. J. INT'L L. 851, 859-861.

²²⁹ 林文程(2022)，聯大 2758 號決議對台灣國際地位與參與的影響，收錄於：廖福特主編，台灣與國際法之重要議題分析，社團法人台灣國際法學會，頁 79-80。聯大 2758 號決議在 1971 年作成，主旨為聯合國承認中華人民共和國為聯合國中國唯一合法代表，並決議將蔣介石之代表從聯合國驅逐。

²³⁰ 林文程，前揭註 229，頁 84-87。

²³¹ 外交部官方網站，〈國際組織參與現狀〉，<https://subsite.mofa.gov.tw/igo/cp.aspx?n=5955>，最後瀏覽日：2023/10/18。

生「一國兩制」的情形，對於當事人、法院而言恐導致制度的紊亂。



至於超國界法，如同本文前所分析多建立在國與國之間具緊密結合的前提下，例如歐盟成員國之間基於地緣、文化之親近性較容易發展出此種形式。反觀我國之國際現況，與我國在地緣、文化上最接近的國家中國，卻因為統獨問題，是我國最小心提防之對象，遑論將國內之立法權讓渡由中國行使。故超國界法在形式上並無實施之可能。

最後本文認為模範法乃我國參與國際潮流的最佳選擇。首先模範法在可行性上並不似前兩種形式困難，蓋因我國只要參考模範法的建議並修改內國法即可，較不會囿於我國政治地位²³²。其次，模範法具備因地制宜的彈性，各國在修改內國法時可以根據本國政策對模範法進行調整，此特質對於具有強烈政策考量的破產法制尤為重要；我國當前破產法第 4 條規定「和解在外國成立或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產，不生效力。」乃係採屬地主義，面對以普及主義為基礎設計的模範法，可以想見新舊法制上有很大的不同，如一次全盤修正可能影響過大，此時模範法的形式就適合做為漸進主義邁向普及主義的過渡方案。

第二節 當前主流破產法制之發展

本文於第一節介紹破產法制的基本概念，接著在第二節本文欲點出比較法上最重要的兩個跨國破產法制，分別為模範法與 EIR，並大致介紹其發展歷史與重要修正，以爬梳此二主要制度是如何走到今天。至於比較法上有諸多不同的研究對象，選擇以此二制度為範本之主要原因在於模範法與 EIR 為當今世界上最具規模、成員國最多的兩大跨國破產法制，如要提升我國國際經貿之參與，自應以此二為法制

²³² Pottow, *supra* note 218, at 985. (Model law, on the other hand, need not have explicit or unqualified approval of any governmental or intergovernmental organization, inasmuch as it is itself not a law at all but only a "model".)

藍本，更能與國際對話。此外，由於模範法的軟法性質，許多國家紛紛將模範法修正後才納入內國法，本文於下一節之討論重點包括這些國家接受模範法之程度與其中考量，而本節將先概括性的介紹本文主要觀察之幾個國家，接受模範法的脈絡。

第一項 聯合國跨國破產模範法

模範法的起草最初應可追溯到西元 1992 年，當時聯合國貿易法委員會第 26 次會期決定推動國際破產法制的統一，作為目標「21 世紀的商事法統一化」下的一環²³³。西元 1994、1995 年，貿易法委員會在 INSOL International²³⁴組織的合作下分別舉辦了兩場研討會，邀請產、官、學界針對當時破產法制間的不一致、潛在解決方案進行討論，並獲得參與者的高度支持²³⁵。同一年，貿易法委員會將制定模範法之任務交由其下的立法小組 Working Group V 著手進行擬定。在 1997 年 5 月，貿易法委員會的第 30 次會期中，貿易法委員會中 36 位成員國代表、40 位觀察國代表、13 個國際組織在維也納針對立法小組草擬之文字進行最終的討論並達成共識，也就是 UNCITRAL Model Law on CrossBorder Insolvency(MLCBI)，該模範法在 1997 年 12 月正式被採用²³⁶。而為了盡可能的統一各國對模範法之解釋適用，以達到一致化的目標，同年貿易法委員會針對模範法發布了實行指南，其中會對於解釋適用模範法時可能之疑慮進行解釋與建議。

關於模範法的流變，值得一提的是模範法的文本本身自從 1997 年制定以來並未進行任何修正²³⁷，反而是貿易法委員會發布的實行指南歷年來不斷的進行修正

²³³ Reinhard Bork (2017), *The European Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 26 INT'L INSOLV. REV. 246, 250.

²³⁴ INSOL International 乃一以研究國際破產法制為目標之國際組織，主要由來自世界各地專精破產法制之律師與會計師組成，同時會員中也不乏司法人員、監管者以及學者。See INSOL International, <https://www.insol.org/About>. (last viewed 2023/10/31)

²³⁵ Hanna, *supra* note 193, at 8.

²³⁶ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 23.

²³⁷ Bork, *supra* note 233, at 251.



與增補，例如貿易法委員會第 43 次會期針對「主要利益中心」之討論，便增補到實行指南中。在 2014 年，貿易法委員會集合了過往增補之實行指南，成為聯合國模範法跨國破產實行與解釋指南²³⁸，將立法者對於模範法具體操作之真義更加闡釋。在 2019 年，貿易法委員會考量到現今跨國企業多以集團之形式做生意，因此針對原本模範法中欠缺的集團破產法制制定了 UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency (MLEGI)，當中規定也與本文所討論之模範法相輔相成。在 2021 年，貿易法委員會蒐集各國適用模範法後之實際案例，集結成為 Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency，並透過案例介紹之方式讓模範法之規定可以更具體、也更具可操作性；同年貿易法委員會亦有提供給司法者的實行指南(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective)，針對司法者於審理跨國破產案件時應斟酌之事項給予建議²³⁹，這些文本都將成為解釋模範法下的參考。總的來說，模範法的規範不能只從模範法文本觀察，貿易法委員會所發布的許多實行指南²⁴⁰，都具有闡釋規範目的的效果，於本文後續之分析亦具有重要性。

第二項 歐盟破產指令

歐洲最早嘗試將破產法制統一者乃 1959 年，當時歐洲共同體(European Community)嘗試將國際民事程序法做統一規定，其中就包括破產。歐洲共同體的立法小組之成果乃 1970 提出一破產條約，嘗試透過單一破產管轄之方式簡化破產程

²³⁸ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2022), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective* 1.

²³⁹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 238, at 2.

²⁴⁰ 除了本文提到的實行指南外，貿易法委員會尚提出「跨國破產合作實行指南」(UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation)、「集團跨國破產實行指南」(UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency with Guide to Enactment)、「破產相關裁判之承認與執行指南」(UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment)等……惟部分內容與本文主要探討的跨國破產法制關聯性較小，本文不將其列為主要討論對象。

序，然而該條約之內容設計不佳，導致該條約遭到全面的反對²⁴¹。1989年，歐盟捲筒重來想要處理跨國破產法制的議題，立法小組歷經三年時間於1992年提出草案，並經簽署為歐洲破產程序條約(European Convention on Insolvency Proceedings, EIC)；可惜的是，EIC因為英國的反對而始終只有簽署而沒有生效²⁴²。儘管EIC的嘗試失敗，然而EIC的內容大部份成為後來EIR的基礎，顯見該立法小組之努力仍有成果。後來在1997年歐盟各國簽署阿姆斯特丹條約(Treaty of Amsterdam)，使得歐盟立法機關得透過制定規則或指令的方式進行統一的立法，直接在成員國境內發生效力，也成為歐盟跨國破產法制統一的轉捩點²⁴³。歐盟議會在2000年制定EIR²⁴⁴，並於2002年5月生效，直接拘束所有成員國而無待簽署；至此，歐盟境內的跨國破產法制告一段落。

與模範法不同，EIR自制定起經歷了幾次內容上的修正，特別是當2008年金融危機的發生，歐元區大受衝擊，也再次讓跨國破產法制被各國所重視²⁴⁵。近幾年來EIR最大幅度的修正乃為2015年，歐盟議會在原有的基礎上修改部分規定並制定新版歐盟破產指令(Recast EIR²⁴⁶)，該規定並於2017年生效，於生效日後的案件就不再適用EIR。Recast EIR的主要目標在於透過重塑歐盟破產程序之架構以提升破產進行的效率、確保歐盟市場順利運作、以及確保市場面對經濟危機得有反彈(resilience)的機會²⁴⁷。相較於EIR，新版之破產指令有幾個主要變更：首先，強化

²⁴¹ 1970的立法嘗試最主要被反對的原因，在於該條約的運作必須各國將其本國實體破產法制統一，由於破產實體法令牽涉一國政策，故要求所有歐盟國家統一顯有困難。See Omar, *supra* note 204, at 152.

²⁴² 當時因為英國牛肉受到歐盟的制裁，使得英國本國出現一股「不合作」運動，EIC好巧不巧成為不合作運動的第一個受害者。See Israel, *supra* note 203, at 241.

²⁴³ Israel, *supra* note 203, at 216.

²⁴⁴ 此處的EIR係指Council Regulation (EC) 1346/2000.

²⁴⁵ James Bell, Douglas Hawthorn & Jeremy Walsh (2016), *The Recast European Insolvency Regulation: Impact on Distressed Debt Investors*, Travers Smith LLP, at 281.

²⁴⁶ 此處的Recast EIR係指Regulation (EU) 2015/848. 惟Recast EIR新增的內容與本文討論的主題關聯性較小，因此即便後續條號所引用者乃Recast EIR，但本文還是多以EIR指稱，併此敘明。

²⁴⁷ Bell, *supra* note 245, at 282.

對債務人的救援，新法規定只要債務人有清償不能之可能即可聲請破產程序；其次，有關跨國法院、破產管理者之間的合作，強化破產程序的登記與揭露，使得非程序國之債權人亦得知悉訴訟；另外，新法放寬次要破產程序(secondary insolvency proceedings)開啟之條件，未來除破產清算以外的破產程序亦可以適用次要破產程序。最後，新法為避免選擇法院的問題發生，規定債務人的主要利益中心原則上為註冊地，然若破產開始前三個月內債務人有變更註冊地之情形者，不得以註冊地推定 COMI²⁴⁸。Recast EIR 之修正走向，帶有一定的政策色彩²⁴⁹，我國未必需完全移植，然對於跨國間的合作、裁判之承認等部分，亦有值得借鏡之處，本文於下文分析之。

第三項 各國採納模範法之情形與重點觀察

聯合國貿易法委員會所推出的模範法目前在世界各國間取得成功。根據貿易法委員會至 2023 年 11 月之最新統計，目前已有 59 個國家受模範法影響而修正其內國法，其中最近一次的加入乃沙烏地阿拉伯(2022)。重要的參與國如美國(2005)、澳洲(2008)、紐西蘭(2006)與英格蘭(2006)，亞洲國家則例如日本(2000)、南韓(2006)與新加坡(2017)。

儘管德國、西班牙、法國等歐洲國家並未納入模範法，論者指出由於這些國家同時受 EIR 規範，因此在跨國破產運作上與模範法相去無幾，甚至提供更高強度的互助；惟若跨國破產案件發生在歐盟與非歐盟國家間，則模範法的採行仍具實益²⁵⁰。貿易法委員會在實行指南中呼籲各國在採納模範法時盡量減少修改²⁵¹，然而

²⁴⁸ Bell, *supra* note 245, at 281-282.

²⁴⁹ 本次修正是在歐盟“Europe 2020”的政策遠景下進行，該遠景乃希望建議一個可以從經濟蕭條中快速復甦、穩定成長、提高投資的環境。See Bell, *supra* note 245, 282.

²⁵⁰ Jay L. Westbrook (2005), *Chapter 15 at Last*, 79 AM. BANKR. L.J. 713, 721.

²⁵¹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 25.



各國基於其政策考量仍或多或少進行修改。本文以下擬以美國、日本、韓國作為重點觀察與比較之對象，因此將先介紹以上各國採納模範法之過程。

第一款 美國

美國作為當今世界最具指標之經濟體²⁵²，其貨幣乃交易之主流貨幣²⁵³，在國際經濟上享有話語權，因此本文以美國聯邦破產法第 15 章的發展作為第一個重點觀察對象。由於美國與英國在歷史文化上的同源性，跨國破產案件的合作上，美國早在 19 世紀就承認發源自英國「國際禮讓」(Comity)的概念，亦即對於其他普通法系國家的破產裁判給予尊重而不行使司法主權²⁵⁴。1978 年立法者在美國聯邦破產法(United States Bankruptcy Code)第 304 節(Section 304)明文處理跨國破產案件的合作，並將上開禮讓的概念明文化，依第 304 節之規定外國破產程序之受託人得在美國開啟輔助程序，並尋求美國法院發給禁制令以處理債務人在美國之資產²⁵⁵。

第 304 節對美國跨國破產法制之影響一直到 2005 年美國納入模範法成為 Chapter 15 始告功成身退。由於美國在貿易法委員會制定模範法過程中居於主導地位，因此本國在意見高度一致的情況下採行模範法²⁵⁶，Chapter 15 的適用範圍遠大過被取代的第 304 節，然而第 304 節以及其中判決先例對現行規定有些許影響，論者指出整體而言採行模範法對美國跨國破產案件之處理方向變動不大，蓋新舊

²⁵² 根據國際網路審計服務業者普華永道(PricewaterhouseCoopers)提供之數據，美國在 2022 年的 GDP 佔比為全球 25.4%，乃全球創造最多產值之單一國家。See PWC, <https://www.pwc.com/gx/en/research-insights/economy/global-economy-watch/projections.html>. (last viewed 2023/10/30)

²⁵³ 根據國際貨幣組織(International Monetary Fund)的統計，美元作為各國外匯存底(Currency Composition of Official Foreign Exchange Reserve)之比率一直以來都接近六成，顯見美元仍為國際間最主流的貨幣單位。See IMF, <https://data.imf.org/?sk=e6a5f467-c14b-4aa8-9f6d-5a09ec4e62a4>. (last viewed 2023/10/30)

²⁵⁴ Hannan, *supra* note 193, at 7.

²⁵⁵ Westbrook, *supra* note 250, at 718-719.

²⁵⁶ Westbrook, *supra* note 250, at 719.

法之基本精神方向一致²⁵⁷。由於 Chapter 15 乃參考模範法而成，因此面對規範不明確之處除了參考貿易法委員會推出的實行指南外，眾議院的委員會報告(House Committee Report)以及美國法律協會(American Law Institute, ALI)推出的跨國破產原則(Principles of Transnational Insolvency)分別能代表立法者、學者間對 Chapter 15 解釋適用之看法，於執行上皆具參考價值²⁵⁸。

第二款 日本、南韓

本文之第二個重點觀察對象為日本與南韓，且基於兩國具有一定程度之相似性本文擬一併討論之。日、韓兩國之共通點包括兩者都在模範法制定的初期就將其內國法化(日本於 2000 年、南韓於 2006 年)；以及兩者在改採模範法之前對於跨國破產事件都採極端的屬地主義²⁵⁹，因此內國法化的過程對跨國破產的處理模式產生巨大的影響，當然兩國在接納模範法過程中都根據內國政策而進行大幅度的調整才納入²⁶⁰。而本文以為日、韓可做為我國之借鏡之原因除了同樣位於東亞，在文化上較為接近外；我國亦同屬大陸法系且對於跨國破產同樣採取屬地主義，因此倘以接納模範法為目標進行研究，日、韓內國法化之程度與成效值得我國參考。

日本破產法舊制因採強烈的屬地主義長期為人所詬病，儘管學者在 1990 年以前就有改革之呼聲，然而日本政府一直到 1996 年才願意針對跨國破產進行大幅度的改革，於此同時，正好搭上模範法的順風車²⁶¹；日本身為當時貿易法委員會的一員，於模範法制定後兩年即 1999 年先制定了民事再生法(Civil Rehabilitation Law)

²⁵⁷ Megan R. O'Flynn (2012), *The Scorecard So Far: Emerging Issues in Cross-Border Insolvencies under Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code*, 32 NW. J. INT'L L. & BUS. 391, 397.

²⁵⁸ Westbrook, *supra* note 250, at 719.

²⁵⁹ 王志誠(2017)，從韓進海運集團破產案論跨國企業集團債務清理之問題及立法趨勢，存款保險資訊季刊，第 30 卷 2 期，頁 34。

²⁶⁰ McCormack, *supra* note 222, at 61.

²⁶¹ Kazuhiko Yamamoto (2002), *New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency as Compared with the UNCITRAL Model Law*, 11 INT'L INSOLV. REV. 67, 68.

處理一部分跨國破產問題，而比較全面的採納模範法則是在 2000 年時制定的外國程序承認法(Law on Recognition of a Foreign Proceeding)，同時將民事再生法的規定納入日本 1922 年破產法與 1952 年的企業再生法²⁶²。學者指出，日本在採納模範法時有意制定的更為寬鬆、彈性，因為司法者無法事先預測被要求承認的會是哪種程序²⁶³。

韓國破產法制的發展則與經濟環境息息相關。過往韓國的破產法制參考當時日本法而於 1962 年制定三部法律，分別是破產法(Bankruptcy Act)、和解法(Composition Act)與企業重整法(Corporate Reorganization Act)，然而直到 1990 年間此三部法律非常少被使用²⁶⁴。然而當 1997 年的亞洲金融危機爆發時，許多韓國本國企業、金融機構受到極大的衝擊，儘管韓國在該次危機中受到國際貨幣組織、世界銀行的援助，然而也在同時被要求應針對國內的破產法制進行全面的改革²⁶⁵。韓國政府在這樣的內憂外患之下於 2002 年承諾針對本國破產法制進行修改，最終在 2005 年國會通過《債務人重生與破產法》(Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act, DRBA)取代先前的三部破產相關法律，並於隔年生效；DRBA 中共分為六章，其中第五章乃修改並將模範法內國法化，專門處理跨國破產議題²⁶⁶。

日、韓兩國在不同的背景下皆採納模範法，將跨國破產法制從本來的屬地主義變更為修正式普及主義。然而，兩國都進行修當程度的修改例如：修改模範法第 20 條中一旦承認主要程序，本國債務人的財產訴訟需要自動停止之規定，使得日韓兩

²⁶² Yamamoto, *supra* note 261, at 68.

²⁶³ Yamamoto, *supra* note 261, at 68. (However, as a national law, we think that the more lax scheme suits its purpose, because we cannot predict which proceeding will be requested for recognition.)

²⁶⁴ Soogeun Oh (2007), *Comparative Overview of Asian Insolvency Reforms in the Last Decade*, in ASIAN INSOLVENCY SYSTEMS: CLOSING THE IMPLEMENTATION GAP 56 (ED by OECD Organisation for Economic Co-operation and Development).

²⁶⁵ McCormack, *supra* note 222, at 71.

²⁶⁶ Chi-Yong Rim(2019), *Cross-Border Insolvency Law in Korea*, 9 KOREA LEGIS. RES. INST. J. L. & LEGIS. 1, 4.

國之債權人仍可在主要程序進行時對債務人在本國之財產追究；或是修改模範法第 25 條關於法院間的合作、溝通的規定等。大抵而言，日、韓兩國在採納模範法後仍試圖給予本國法院一定程度的優先權²⁶⁷，本文以為此應是為避免從屬地主義改為普及主義造成過大之衝擊。然而這種為保護國內債權人而為的調整將使得國與國間破產法制的不和諧，減損模範法統一破產法制之目標。

²⁶⁷ McCormack, *supra* note 222, at 71-73.

第四章 跨國破產制度四大重點之比較研究

在第四章，本文擬針對模範法、EIR 以及各國修訂之內國法進行比較。在章節體例上，模範法共有 32 條而分成六個部分：序言、第一章基本規定、第二章外國代表人與債權人進入法院、第三章外國程序的承認與救濟、第四章外國法院與代表人間的合作、第五章並進程序(Concurrent Proceedings)。相較於模範法，歷經多次修正的 EIR 比起 1997 年制訂的模範法更加完整，共 92 條而分成七個章節：第一章基本規定、第二章破產程序之承認、第三章次要破產程序、第四章債權人提出主張相關規定、第五章集團破產相關規定、第六章資訊的保護、第七章程序的轉換與其他規定。論者指出 EIR 一直到 2015 年仍有持續修正，因此在章節體例上考量到許多模範法當時未預見之問題，包括準據法的選擇、集團破產等規定，並配合歐盟法規而加入個人資訊保護之規定²⁶⁸，規範密度上比模範法更加完整²⁶⁹。

本文之討論擬以兩部法律共通之主題做為討論基礎。根據貿易法委員會提出之實行指南，模範法所關注之四大重點，分別是程序的進入(Access)、承認(Recognition)、救濟(Relief)與合作(Cooperation)²⁷⁰，此四點既然經貿易法委員會指明為模範法之重點，且 EIR 亦針對此四部分有加以規範，故本文擬就針對四大重點概念進行討論，觀察此兩部規範之間、其他國家內國法化後有何異同進行討論。首應說明者，本文比較之客體：模範法之部分由於制定以來並未更動，故無版本問題；EIR 之部分，自從 2015 年制定以來歷經三次修正，本文採用當前版本亦即 2021 年修正畢之版本；至於美國、日本、韓國，皆以截至 2023 年 11 月為止之最新版本

²⁶⁸ 例如歐盟 1995 年頒布的 Directive 95/46/EC 數據保護指令中之要求、2001 頒布的 Regulation(EC) No 45/2001 個人資料保護之規定。然個人資料保護之規定並非本文主旨，因此並不會在後續加以討論。

²⁶⁹ Bork, *supra* note 233, at 249-250.

²⁷⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, 26-27.

進行討論²⁷¹。至於比較之方法，四大重點中模範法與 EIR 皆有相對應的規定，故本文皆將予以介紹，接著本文會將前開各國中有調整模範法做不同規定者提出來討論，如該國在此部分未加以修正，則本文將不會深入討論，最後本文將在每一段進行評論。

第一節 跨國破產程序的進入

模範法第二章名為「外國代表人與債權人進入本國法院」(Access of Foreign Representatives and Creditors to Courts In This State)，從第 9 條直到 14 條，主要在規範外國代表人與債權人如何開啟、參與程序、如何受通知。論者指出本章的原則乃建立直接的管道使外國代表人、債權人得進入法院尋求承認與救濟²⁷²。以下本文將第 9 至 14 條拆分成兩個部分，分別是：外國代表人進入法院、外國債權人進入法院。

第一項 外國代表人進入法院

關於本節第一項「外國代表人進入法院」，本文擬分析模範法第 9、11、12 條，上開的共通點在於上開條文皆處理「外國代表人如何進入本國法院」，第 9 條乃抽象大原則，而第 11、12 條則是提供具體的程序性規定。

²⁷¹ 美國法 11 U.S. Code Chapter 15 自從制定後並無修正，故以原版本進行討論；日本的外國程序承認法則以 2006 年修正後的翻譯版本進行討論(Act on Recognition of and Assistance for Foreign Insolvency Proceedings - Japanese/English - Japanese Law Translation)；韓國的債務人重生與破產法以 2014 年修正後之翻譯版本進行討論(https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=33349&lang=ENG)；新加坡的破產、解散、重整法則以 2018 制定時之原版本進行討論。

²⁷² Richard Fisher & Adam Al-Atta(2011), *THE UNCITRAL MODEL LAW*, in *CROSS BORDER INSOLVENCY* (ED by Richard Sheldon) 103.



第一款 模範法

模範法第 9 條名稱為”Right of direct access”，乃原則性地規定外國代表人有權利直接向一成員國法院提出申請。依實行指南之說明，模範法之目的之一旨在提供外國代表人迅速、直接接近法院之管道，本條概括性的給予外國代表人權利；此原則性規定同時宣示了一國不得以各種形式規定墊高外國代表人進入程序之權利²⁷³。

第 11 條名稱為”Application by a foreign representative to commence a proceeding”，內容為在符合本國其他程序要件的前提下，外國代表人有權(或當事人適格)在本國開啟一道程序。本文認為第 9 條乃原則性規定，包括外國代表人以各種型態開啟或參與法院程序，而第 11 條則為其下位概念。根據實行指南之說明，由於各國內國法有關破產程序聲請權人可能並未考量跨國破產程序，因此誰有權請求開啟跨國破產程序即生疑義²⁷⁴；然而第 11 條的出現意不在給予外國破產人可以無視本國規定的尚方寶劍，因此外國代表人即便在本條之下聲請開啟程序，仍應遵守該國其他聲請之程序性規定。值得注意的是，是否任何外國代表人都可以依本條聲請開啟程序？在模範法立法過程有許多討論。有認為應參考過去歐盟條約之規定，只限 COMI 地的代表人可以在其他國家開啟程序；然而這樣的模式不被採納，蓋因非 COMI 地代表人亦可能有在外國法院聲請開啟程序之必要；退步言之，即便非 COMI 地，有心之代表人可以慫恿外國債權人向 COMI 地法院提出開啟程序之聲請而規避程序²⁷⁵，將 11 條之主體限縮顯無必要。因此本條最後不區分主要、非主要程序地之代表人皆可開啟，COMI 地的代表人可以在非 COMI 地請求開啟程序，反之亦然。此外實行指南指出，依本條程序開啟不以外國程序獲得承認為前提，此

²⁷³ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 55.

²⁷⁴ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 57.

²⁷⁵ Andre J. Berends (1998), *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, 6 TUL. J. INT'L & COMP. L. 309, 341.

乃因程序的開啟可能涉及緊急狀況(例如避免債務人脫產)而來不及先申請承認²⁷⁶。

第 12 條”Participation of a foreign representative in a proceeding”，規定一旦一國之破產程序被承認，外國代表人即有參與該程序之當事人適格，同樣旨在使外國代表人得進入一國法院，有利於整合程序。第 11、12 條略有不同，雖然同樣是在規範外國代表人在他國進程序，然 11 條規範的是「開啟一個獨立的程序」、第 12 條規範的是「參加一個已在進行中的程序」，模範法對兩者在門檻上亦有規範差別：前者不要求程序已被承認，而後者要求參加的必須是一個已經被承認的程序(Upon recognition)²⁷⁷。然而與 11 條相同，依實行指南之說明，第 12 條亦僅給予外國代表人參加程序的當事人適格，模範法並未給予其獨立、特別於本國破產法之救濟手段²⁷⁸，以尊重本國之立法主權。至於參與之形式，依實行指南之說明可能包括提出聲請、提出對債務人財產進行保護、變賣或分配之請求等。

第二款 EIR

EIR 類似外國代表人的制度應參考「破產實施人」(Insolvency Practitioner)，蓋如比較模範法第 2 條關於外國代表人之定義²⁷⁹，該角色被法院授權進行關於債務人財產之重整或清算、並作為外國程序之代表。而在 EIR 第 2 條中破產實施人的定義也同樣包括對債務人資產進行管理或清算，此外也代表債權人之利益行動²⁸⁰，儘管兩者角色仍有些許不同，不過大抵而言其兩者皆作為破產程序的主要參與者之一並協助程序的進行，具有可比較性，因此本文將從破產實施人相關規定進行比較分析。

²⁷⁶ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 57.

²⁷⁷ Berends, *supra* note 275, at 342.

²⁷⁸ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 58.

²⁷⁹ Model Law Article 2(d).

²⁸⁰ EIR Article 2(5).



EIR 有關破產實施人的規定在第 21 條，然其採取「依程序重要性區分權限」的設計²⁸¹，由於債務人主要利益中心地國之法院對於統合解決紛爭至關重要、加上 EIR 採普及主義的宗旨，因此第一項規定 COMI 地法院所指派的破產實施人在其他成員國法院有權行使所有該國法律授予的權力，例如其有權將目前位於成員國的債務人財產移除²⁸²、接管債務人的事業、變賣債務人資產等。有趣的是，為避免複數個破產實施人權限衝突或是指令矛盾，同項中規定一旦其他成員國開啟了次要程序並對債務人財產進行保全處置，主要程序的破產實施人就不能再對該筆財產加以處置；言下之意是主要程序的破產實施人在次要程序開始後權限會限縮，然其仍可透過其他 EIR 的條文對次要程序產生影響力²⁸³。

第二項則針對非 COMI 地但有 Establishment²⁸⁴之法院所指派的破產實施人，其權力範圍受限於次要程序中管轄地之債務人資產，例如在該地程序開始後有可移動財產被轉往他地的情形，次要程序破產實施人得請求返還²⁸⁵；或是可提出任何符合債權人權益之撤銷訴訟，例如債務人在次要程序開始前不當移轉資產到他地，破產實施人得請求撤銷。

第三款 各國法與評析

模範法第 9 條中揭示外國代表人有權開啟程序，是為了使跨國破產程序得以順利進行、以免一國法律對外國代表人加諸過多限制而妨礙跨國互助的宗旨。然而美國法 Chapter 15 卻在此基礎上進行修改，從第 1509 條(a)和(b)整體觀察可知，美

²⁸¹ BOB WESSELS & ILYA KOKORIN (2018), EUROPEAN UNION REGULATION ON INSOLVENCY PROCEEDINGS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS, 65.

²⁸² EIR Article 21(1).破產實施人此權力多半會用在當該財產所在國法院尚未開啟程序、或是債務人顯然有脫產疑慮但該地的次要程序尚無作為時。See Wessels, *supra* note 281, at 66.

²⁸³ 例如 EIR Article 41 關於 Cooperation 跟 Communication 之規定。See REINHARD BORK & KRISTIN VAN ZWIETEN (2022), COMMENTARY ON THE EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION 451.

²⁸⁴ 關於 Establishment 概念之介紹與認定，見本章第二節第二項第二款。

²⁸⁵ Wessels, *supra* note 281, at 66.

國法要求外國代表人必須先依第 1515 條請求承認外國程序並經核准後，始可享有其他權利如成為原告或被告、向美國法院請求適當救濟、請求美國法院互助。儘管第 1509 條(f)明文規定外國代表人即便未向法院請求承認，亦得針對債務人在美國的財產或權利進行收取或回復。論者指出第 1509 條之結構以「是否需要司法協助」為判準，如需要法院的合作或禮讓，則以該外國程序獲得承認為前提²⁸⁶。

現行美國法對模範法的修正顯示出其仍將國際禮讓概念視為 Chap 15 中很重要的一環，其中的理由或在於立法者認為若跨國破產案件的處理若建立在國與國間的尊重(deference)上，將促進債務人財產分配的秩序、效率與公平²⁸⁷。亦有見解從第 1509 條(c)出發認為現行法要求法院作為守門員的原因在於希望將同一案件的所有問題集中於同一個法院審理²⁸⁸。

由上述分析可知，模範法採取較寬之文義，外國代表人可以在任何一個成員國法院開啟、參與程序，只需要合於該管轄地之規範；而美國法與 EIR 則試圖加以限縮，對外國代表人(或破產實施人)之權限採取區分的見解：美國法之區分乃「程序獲得承認之代表、程序未獲得承認之代表」，而 EIR 之區分更細緻乃「主要程序代表、非主要程序代表、非前述兩者之代表」。前開兩種規範之作法固然有其目的，蓋因債務人之主要利益地、非主要利益地一定程度的代表債務人與該國仍有所連結，因此給予該國之代表較多權限與合作的機會此差別待遇不可謂不正當；然而此規定操作下的結果將會使得未成功申請承認之國家、甚至根本無法申請承認的外國法院(例如非債務人的 COMI 或 Establishment 而無法被視為主要或非主要程序

²⁸⁶ Peter M. Gilhuly, Kimberly A. Posin & Adam E. Malatesta (2016), *Bankruptcy Without Borders: A Comprehensive Guide to the First Decade of Chapter 15*, 24 AM. BANKR. INST. L. REV. 47, 81.

²⁸⁷ Gilhuly, *supra* note 286, at 55.

²⁸⁸ Alesia Ranney-Marinelli(2008), *Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases*, 82 AM. BANKR. L.J. 269, 301.

者)，其將完全失去參與該債務人案件、請求協助的機會²⁸⁹。

美國、歐盟之規定或係出於節省訴訟資源並加速案件審理之考量，因此排除較無關之外國代表人參與程序；然而本文認為上開觀點或許忽略了法院審理一樁跨國破產程序時需要充分資訊以做成適正決策，而各國的代表人對債務人在其本國之財務狀況或運作知之最詳，允許外國代表人參與某程度上不是滯延程序而可以加快法院對案情的釐清，反有助於案件迅速審理²⁹⁰。此外，本文以為區分之見解將與模範法利用一道程序解決所有紛爭的宗旨相違背，論者亦指出此情形不但與第 1501 條(b)(1)²⁹¹的法律文字相違背，更迫使無法滿足要件的外國代表人捨棄破產法院與 Chap 15 轉往普通法院進行請求，反而使得程序適用無法達到集中的目的²⁹²。

第二項 外國債權人進入法院

第二項本文欲討論外國債權人如何接近、參與本國法院，主要規範在模範法的第 13、14 條。第 13 條乃原則性的宣示，第 14 條為程序性規定，規範外國債權人如何受通知。

第一款 模範法

模範法第 13 條名稱為”Access of foreign creditors to a proceeding”，旨在釐清外

²⁸⁹ Marinelli, *supra* note 288, at 302.

²⁹⁰ BOB WESSELS (2015), EU CROSS-BORDER INSOLVENCY COURT-TO-COURT COOPERATION PRINCIPLES 74.

²⁹¹ 11 U.S.C. §1501(b)(1). This chapter applies where assistance is sought in the United States by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding;

²⁹² Marinelli, *supra* note 288, at 303.

國債權人²⁹³與本國債權人的地位。本條第一項明文宣示「外國債權人與本國債權人有一樣的權利去關開啟、參與本國破產程序。」實行指南中指出本條精神在於外國債權人不應該受到比本國債權人更不利的差別對待²⁹⁴，本文也認為此條文呼應模範法在序言第三點(Preamble C)中揭示「公平對待所有債權人」的立法目的。論者有指出即便在未有本條時，多數國家的法律(特別是普通法)也並無歧視外國債權人之規定，然而本條之制定具有宣示作用且使得跨國破產制度對外國債權人的處置更加清晰透明²⁹⁵。

學者指出立法例上 EIC 曾經有相反的規定，規定只有住所、居所及登記營業處與債務人的營業處相同的債權人方可開啟程序；換言之，EIC 規定只有本國債權人才可以開啟程序²⁹⁶。EIC 選擇此立法模式的原因，或許在於希望限制主要程序以外次要程序的數量，蓋次要破產程序越多恐伴隨著審理上的不經濟、法院間合作上也會變得麻煩；然而模範法並未採取此原因一方面係其希望維持本國、外國債權人間的平等，此外論者也指出 EIC 乃一緊密共同體，成員間願意犧牲司法主權換取更迅速有效地進行破產程序，然模範法若要去硬性限制一國不得開啟程序，恐怕會招致成員國間的反對²⁹⁷。

第 13 條第 2 項則是針對外國、本國債權人的優先順序做分配。蓋因國與國之間優先債權的類型可能不同而無法對應，或是同樣的債權種類在不同國家之間順序不同，此時如何公平訂定外國債權人受償順序即顯重要，然各國法多未對此特別

²⁹³ 有文獻指出如何判斷「外國」債權人，單從模範法上來看並不清楚，可能有居住地(domicile)、國籍(nationality)等不同判斷方式。然而該文獻認為既然第 13 條 1 項使用了“in this State”的字眼，判斷上應該以該債權人的居住地做判準。See Berends, *supra* note 275, at 344.

²⁹⁴ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 59.

²⁹⁵ McCormack, *supra* note 181, at 292-293.

²⁹⁶ Berends, *supra* note 275, at 345..

²⁹⁷ Berends, *supra* note 275, at 345.

規定²⁹⁸。模範法在尊重制定國主權與禁止不利對待外國債權人的權衡下，規定外國債權人在本國的順位不得低於「一般無優先順位債權人」(general non-preference claims)，且如該外國債權有可對應的更低順位債權，應從該低順位債權。而模範法在本項註腳中提出了另一個版本供成員國參考²⁹⁹，該版本中允許成員國可以排除他國的稅收債權及社會福利債權，亦即排除外國公部門作為債權人參與獲償。論者有指出部分國家可以接受外國私人債權人與本國債權人平起平坐，但公部門參與分配則不被允許³⁰⁰，本文認為這或係因允許外國政府在本國程序(領土)中主張稅收債權有主權被干涉之疑慮。

第 14 條名稱為”Notification to foreign creditors of a proceeding”，主要規範如何通知外國債權人關於本國程序的進行。第一項規定無論何時，有關本程序給予本國債權人的通知，也應該給予外國債權人；至於尚未出現的債權人，法院得以適當方式通知。第二項要求通知必須向該債權人個人為之，不過也賦予法院更大的彈性選擇適合的方式為之。第三項則具體規定對外國債權人的通知應包含哪些內容，包括報明債權的合理期間與地點、有擔保債權人是否須提出該擔保債權、任何其他應提出之文件或事項。

外國債權人行使其程序參與權包括報明其債權並參與分配、請求聽審、或是行使其債權人會議之投票權，前提都是其參與訴訟；然外國債權人在本國的破產程序參與上遭受三大不利益，分別是距離上的不便、語言上無法溝通與對程序的不瞭解³⁰¹。因此如何落實平等對待債權人的第一步，在於如何讓外國債權人知悉程序的進行，也就是通知。首先模範法要求在通知的時間上，法院必須在相同的時間對本國、

²⁹⁸ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 60.

²⁹⁹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 59.

³⁰⁰ Berends, *supra* note 275, at 346.

³⁰¹ McCormack, *supra* note 181, at 293.

外國債權人進行通知，這也是平等對待原則導出的結論，且外國債權人要報明債權參與程序往往需要更多的時間(包含書信往返、了解法院通知之意義等)，因此不難理解本項規定。至於第二項規定的用意乃考量到各國間通知債權人的方式不盡相同，包括政府公報、刊登於地方報紙、法院公報或個人通知等。然而外國債權人對於大部分本國的公報或報紙並無取得或查看的機會，因此實際上能通知到的可能性甚低，故模範法在本條第二項要求原則上法院應通知該債權人個人³⁰²。同項後段給予法院裁量之原因，乃在於部分通知債權人的方式可能過於冗長(例如必須請求外交協助轉達該債權人)，反而使模範法迅速解決破產紛爭之目的不達。

第三項要求的具體事項中，第一款要求成員國給予合理的時間申報，有助於程序的順利進行，然而卻缺少違反規定時之不利益，或許使本款規定流於訓示。論者有指出當時模範法立法小組曾對此討論是否加入違反時之法律效果，然而當時之結論認為如須訂定罰則，則連帶就必須將有關「通知」一條做細節性的程序規定，將使模範法複雜化，不如留待各個成員國自行規定³⁰³。本條項第二款規定通知上應敘明有擔保債權人是否需提出他們的擔保債權，此規定乍看之下令人疑惑，但因部分國家法律規定如有擔保債權人與普通債權人依同樣程序申請分配，他們將被視為自願放棄其優先權而成為普通債權人³⁰⁴，故對於有擔保債權人之救濟教示宜清楚說明。

第二款 EIR

EIR 在設計上與模範法略有不同。首先，相對於模範法第 13 條第 1 項宣示外

³⁰² United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 61.

³⁰³ Berends, *supra* note 275, at 350.

³⁰⁴ 例如荷蘭破產法(Dutch Insolvency Act)中，申請破產的停止支付對優先債權人和贍養費債權人並不影響，因此本就不必向破產法院聲請報明債權。然第 275 條規定，前開優先權人一旦提出聲請，就會被視為自願放棄優先權，而成為一般債權人。



國債權人得「開啟、參與」一個外國程序，EIR 只說所有債權人都應該有權向法院報明其債權³⁰⁵。言下之意似乎並不給予外國債權人「開啟」程序的機會，在觀念上 EIR 似乎承襲 EIC 的規定，有意識地避免程序輕易的被開啟。相對的，第 45 條第 3 項明文破產實施人有權代表其管轄地程序中的債權人，參與其他管轄地的破產程序³⁰⁶。此外，EIR 並不強調必須由債權人本人報明其債權，蓋親自報明債權對中小企業或個人的債權人可能面臨成本過高而不願追究的問題³⁰⁷，因此第 63 條亦規定破產實施人得代替有共同利益的外國債權人提出聲請³⁰⁸。由此可見，相對於模範法強調債權人有哪些權利，本文以為 EIR 比較強調的是債權人如何在成本較低的情況下獲償，也因此選擇把比較多的權力交給破產實施人。

至於外國之特別債權至本國程序時之優先性，相對於模範法第 13 條 2 項給出「不得低於一般無優先順位債權人」的基本保障，EIR 並無類似事項之規定，學者有認為其有意留給各個成員國之本國法處理，然而這樣的空白將造成 EIR 適用上的不和諧³⁰⁹，優先或劣後之債權人可能無法預期其債權到外國進行破產程序將會被列以何等順位，而有損程序之安定性、也可能降低其參與分配之意願。然而也有學者持相反見解，認為 EIR 的空白雖然將債權位階決定權交給各國本國法，然各國在實務運作上仍受到「平等對待所有債權人」原則之限制，本質相近的債權應該被排在相同的受償順序，因此並不會造成不公平的問題³¹⁰。至於外國公部門債權在 EIR 之下是被允許參與分配，蓋 EIR 中對於「外國債權人」的定義性規定包括上開公部門債權人³¹¹，此部分與模範法「原則包含、例外排除」的設計上有些許

³⁰⁵ EIR Article 45 paragraph 1, Article 53.

³⁰⁶ EIR Article 45 paragraph 3.

³⁰⁷ Wessels, *supra* note 281, at 79.

³⁰⁸ EIR Article 63.

³⁰⁹ Wessels, *supra* note 281, at 80.

³¹⁰ Bork, *supra* note 283, at 726.

³¹¹ EIR Article 2(12).

不同。

最後，有關通知外國債權人之規定，模範法規定在第 14 條。模範法第 14 條第 1 項要求法院同時通知本國與外國債權人，重點是「同時通知」以維護兩者間的公平，而 EIR 則規定「程序一旦開啟」就要立即通知外國債權人³¹²，兩者文義上有所不同，本文認為或許 EIR 的規定更能使外國債權人即時獲知程序的存在與進行。至於模範法第二項通知的方式，模範法要求送達個人並輔以法院得彈性選擇適宜方式的但書；EIR 則規定應以「個人通知搭配電子平台公告(European e-justice portal)³¹³」雙管齊下的方式告知債權人，學者認為隨著電子平台的落實與推廣，未來個人通知的必要性將會消失，債權人可以從該公開平台上獲取需要的一切資訊³¹⁴。本文則認為現行歐盟透過個人通知加上數位平台公告的方式，相較於模範法要求個人通知為原則輔以公告通知作為例外，EIR 對於外國債權人而言較能達到完整的資訊告知效果。

模範法第 14 條第 3 項規定了通知外國債權人時應載明之事項，而 EIR 在此部分做得更加細緻。EIR 第 54 條 2 項則要求通知中必須包含報明債權之期限、違反期限聲明之處罰、債權應對誰並以何種方式提出、優先債權人是否需要報明債權。其實通知必要記載事項之規定與模範法大同小異，但 EIR 清楚的指出通知中必須告知違反期限規定之處罰，然其並未規定具體的處罰方式，代表相關處罰手段交由

³¹² 關於通知債權人，EIR 的規定有兩處：Article 24 paragraph 1 and 2 規定當一個破產程序被開啟時，有關該程序存在的事實必須被公開發布；而 Article 54 paragraph 1 則進一步的規定當程序開啟時，法院或破產實施人必須立即通知外國債權人。

³¹³ EIR Article 54 paragraph 2 and 3. 關於電子平台的建置，可以參考 EIR Article 24 to 27，該電子平台的意義除了讓債權人更快速方便的受通知以外，對於法院尚未得知潛在的債權人而言，也是唯一受通知的管道，因此非常重要。

³¹⁴ Wessels, *supra* note 281, at 78.

各國自行決定³¹⁵。本文認為 EIR 與模範法在實際運作面上結果應相同，各國將以其本國法之規定處理逾時報明的債權，然而 EIR 中更明確的提到違反之處罰，或許較能使債權人即時申報債權，達到迅速處理紛爭的效果。



值得一提的是，模範法只規定「如何通知債權人」，但對於債權人「如何報明其債權」並未規定。而 EIR 第 55 條 Procedure for lodging claims 則有細節的規定，其第一項規定債權人得使用歐盟提供的制式表格³¹⁶提出債權聲請，該表格中要求基本資料、債權數額、是否具優先權等等。比起模範法列舉的項目更加細緻，而制式表格的存在也使外國債權人在報明債權上可以提高便利性與正確性，並降低報明之成本並提高小額債權人申報之意願、縮短程序所耗費的時間³¹⁷。至於報明債權的期間，第 55 條第 6 項規定原則上應依該程序開啟地之法律為主，然對於外國債權人至少應給予 30 天的時間進行報明(自其受個人通知或自程序開啟的公告發布起算)。此規定考量到外國債權人在進行跨國程序上本身的不便性，給予最基本的保障，在此部分 EIR 的規定較模範法更為完整³¹⁸，值得肯定。

第三款 各國法以及評析

美國聯邦破產法第 15 章 1513 條為模範法第 13 條的對照，本條規定不只適用在第 15 章的案件，包括第 11 章之案件也有適用³¹⁹。其大致遵循模範法要求，在不變更既有分配規則³²⁰的情況下，要求外國債權人之順位不得被列低於無擔保的

³¹⁵ Wessels, *supra* note 281, at 78. 學者提到例如捷克共和國與斯洛維尼亞法院對於未受通知的債權人，逾期申報並不會導出失權效；然而在法國或芬蘭，不論債權人是否受有效通知，只要逾期申報一概不受理。

³¹⁶ See Commission Implementing Regulation (EU) 2017/1105. 該文件即為歐盟提供給外國債權人的制式表格。

³¹⁷ Wessels, *supra* note 281, at 80.

³¹⁸ McCormack, *supra* note 181, at 294.

³¹⁹ 11 U.S.C. §103(l)(1)

³²⁰ 關於既有規則，參 11 U.S.C. §507 和 11 U.S.C. §726

普通債權人。唯一有修正的地方在第 1513 條第 2 項第 2 款的部分，針對外國稅收債權、外國公部門之債權，立法者將其可行性保留給條約、判例法發展³²¹；而依美國判例法目前的態度，基本上是拒絕在跨國破產案件中納入外國公部門的債權³²²。然而這樣的規定其實也不能說與模範法矛盾，蓋模範法第 13 條之附註中本有提供排除上開債權的選項，因此只能說美國選擇了貿易法委員會提供的替代方案。

模範法第 14 條有關通知之規定對應到美國聯邦破產法第 1514 條，大抵上並未更動模範法的條文，然值得注意的是第 1514 條第 4 項³²³乃模範法所無，明文規定任何法院對於外國債權人的通知或是要求提出證明，應該在合理情形下給予「額外時間」，進一步的給予外國債權人保障。在此條文下，聯邦破產程序規則(Federal rules of Bankruptcy Procedure)第 2002 條第 16 項³²⁴就明確規定如法院認為給予外國債權人的時間不充足而不甚合理，其有權延長其回應的時間。此外對於外國債權人，該規則要求至少給予 30 天的期間提出其債權證明。在此美國法給予比模範法更清晰可操作的指引，值得肯定。

關於本項「外國債權人進入法院」之比較法評析，大方向來說本文認為模範法偏重「公平對待所有債權人」的原則；然而 EIR 除了要求公平對待債權人外，也強調如何「幫助外國債權人接近法院」、「如何降低跨國破產程序之成本並提高效率」，此得以從規範的完整程度見得。至於細節性的討論本文認為首先可以從「是否允許外國債權人開啟程序？」出發，模範法第 13 條的文義上顯然允許外國債權人開啟

³²¹ 11 U.S.C. §1513(a)(2)

³²² 美國判例法上有所謂的“Revenue Rule”，其核心理念在於美國法院會盡量避免插手外國稅收、公共政策相關收入的爭議，其背後的理念在於國際的禮讓(Comity)，蓋如法院判決執行他國法律可能會與美國本身的公共政策相違背。See Mathews Vattamala (2012), *The Myth of Cross-Border Cooperation: Mutual Assistance for the Collection of Tax Claims in Cross-Border Insolvencies*, 29 EMORY BANKR. DEV. J. 1, 1

³²³ 11 U.S.C. §1514(d)

³²⁴ Federal rules of Bankruptcy Procedure, Rule 2002(p)

程序，而 EIR 對於有權開啟程序者採較為限縮的態度。本文認為應該先探究債權人在破產程序裡的目標是什麼？而對程序開啟如採寬鬆的態度將伴隨的利弊又是什麼？對所有債權人而言，其參與破產程序，終極目標便是「參與資產分配以滿足其債權」，且其受償比例是越高越好。而左右債權人選擇在何處進行破產程序的誘因，不外乎就是綜合而言，其債權在何處能獲得最大滿足³²⁵，其中包含了成本考量。因此可以想見對不同國家的債權人而言，對其最有利的管轄地可能不同，而因此毫無限制的情況下，管轄法院可能因此而發散，反而造成同一債務人的審理上更多的不效率，整體而言債權人未必受益。

模範法作為一個劃時代統一破產制度的嘗試，在規範上主張彈性、在最小範圍內追求普及主義之實現，已如前述，而一直到近年都還在更新的 EIR 毋寧是一個更積極的規範。在此基礎上，我們就不難理解模範法第 13 條規定所有債權人都可以「開啟程序」，而 EIR 則限縮程序開啟之請求權，第 53 條只說所有債權人都可以「報明債權並參與分配」。本文較認同 EIR 的作法，既然債權人關注的是其債權獲得滿足之程度，則允許債權人可以自由「報明債權」相對於開啟一個新的程序，或許會是成本較低、較迅速的手段³²⁶。

其次檢視外國債權人債權順位的問題，模範法第 13 條第 2 項除書中提到外國債權人之順位不得低於一般非優先債權人，此舉在維護債權人平等方面給予外國債權人一個地基，不會受到更不利待遇；而 EIR 在債權順位的議題上則是保留給成員國之本國法決定，本文認為兩者皆有不妥之處。在模範法的部分，申言之其只

³²⁵ Bork, *supra* note 283, at 725. 舉例而言，由於各國對於優先順位債權之規定不同，因此外國優先債權人會傾向選擇「其順位最優先」的管轄地開啟程序，而這個地方往往是該債權人住所地。另外，例如債務人主要財產在何處、在何管轄地參與分配較節省勞力時間費用，都可能是考量因素。

³²⁶ 不過本文也認為在模範法運作下，不至於造成嚴重的濫開程序問題，蓋因債權人只是有權聲請開啟程序，是否開啟程序的決定權在該管轄地法院手上，本國法院或許有相關規定得拒絕開啟。See Berends, *supra* note 275, at 346-347.



說「不得低於」一般債權人，那麼如果一優先債權人是否有可能被「降級」為普通債權人³²⁷？蓋若如此規定似乎也不違反模範法之文義，因此仍可能造成債權人間的不平等。至於 EIR 刻意的留白，則對外國債權人增添了不確定性，且外國債權人可能刻意挑選對其順位較友善的管轄權參與程序，而可能有選購法院之嫌。本文思考認為，或許可以參考模範法第 13 條第 2 項後段的文義，改規定如果外國債權人的債權在本國程序中能找到相似本質的債權，則應該與該債權相同順位；如此不論該外國債權人之債權是優先債權、劣後債權，都能與其地位相近的債權同順位受償，始合於平等對待的原則。

最後則是關於應如何通知債權人、通知中應包含哪些事項、給予多久時間或是否有處罰等……EIR 比起模範法有更細節的規定，本文認為可以參考。即便是沿用模範法的規定，包括給予申報債權的合理期間、申報對象的指引、優先債權人是否需申報等，尚應該規定「違反申報規定時之效果」。這點乃模範法未規定、EIR 則交由成員國自行決定，而本文認為違反效果之明確規定(例如不受理)有助於債權人盡速申報債權，加入程序之進行並維護準時申報債權人之期待。

第三項 小結

關於本文第一節「跨國破產程序之進入」，本文從模範法關於外國代表人與外國債權人之規定出發，並比較 EIR 以及美國法上對於類似主題是如何進行規範。大方向上，為達到統一跨國破產程序，也就是一人一破產之宗旨，降低外國代表人、外國債權人參與本國程序之門檻使其較容易進入他國法院，應為世界各國規範所肯認；惟在細節上，應該降低至何程度？權限為何？各國規範間或有不同考量。

³²⁷ 學者指出關於國外優先債權，美國法第 1513 條並未處理(unsettled)，留待判例法發展。See Gilhuly, *supra* note 286, at 87.



在外國代表人部分，模範法採取寬鬆的規定，宣示外國代表人有權開啟、參與外國程序，唯一的限制是必須合於管轄地之程序，給予其最多的權限與空間。而 EIR 則採區分見解，主要程序的破產實施人有所有管轄地法賦予的權限、次要程序的破產實施人原則上僅能管理自己管轄地之債務人財產，可見並不是每個破產實施人都有權參與、開啟其他管轄程序，即便可以參加權限也較為限縮。在外國債權人部分，各國規範大抵遵守「平等對待所有債權人」的大方向，然而到底要做到如何程度之平等，各國略有不同。模範法亦採取寬鬆的規定，宣示外國債權人與本國債權人有相同的程序開啟、參與破產程序；而 EIR 則不給予外國債權人開啟程序之機會，僅在「報明債權」一事上要求債權人之間的公平，並有額外規定給予救濟教示，便利外國債權人受通知與報明債權。

整體而言，本文以為兩法精神大致相同，模範法大致遵循普及主義的精神，讓所有利害關係人得參與程序；但 EIR 之規定似乎更重視程序進行的效率，蓋提升審理速度、降低參與成本，亦為跨國破產法制之目標之一。因此 EIR 不管是在破產實施人或外國債權人接近法院一事上，都採取了部分的限縮，本文認為應是避免程序發散導致的不效率³²⁸。對於上開兩種作法，本文認為應該將平等對待債權人、追求效率審理等目標綜合評價，根據利害關係人之特性做出規範設計上的不同。首先，外國代表人作為程序的協助者，其使命並非為自己的利益而是為讓程序順利進行，因此其須兼顧債權人群體、債務人、他國法院等程序主體之利益而為行為，本文認為具有公益性；而因此外國代表人之選擇上也會選擇較具有專業、經驗之人擔任³²⁹。相反地，債權人一心考慮的便是自己債權是否能以最大比例受償，其一舉

³²⁸ 學者評論由於 EIR 第 21 條規定一旦次要程序開啟後，主要程序之破產實施人在該管轄地之權限就會收縮，因此外國債權人為保全其本國之債務人資產，可能會浮濫的聲請開啟程序以阻礙主要程序之破產實施人。本文認為此規範或許也是為什麼 EIR 對於債權人可否開啟程序一事上給予比較限縮的規定。See Bork, *supra* note 283, at 450.

³²⁹ Berends, *supra* note 275, at 352.

一動多出於自利動機，且債權人只要有債權債務關係即可成立此身分，對於跨國破產程序與制度未必理解，對程序較不具專業性與經驗。在此角色的分析上，本文認為法制設計上應放寬外國代表人開啟程序之規範，蓋外國代表人濫開程序之誘因與機率較低，倘其聲請開啟程序往往是因為有開啟之必要；而債權人關於程序的開啟上應較為限縮，避免外國債權人因為懶惰或自己成本考量而在自己方便之國家開啟程序，反而造成整體程序的拖延。

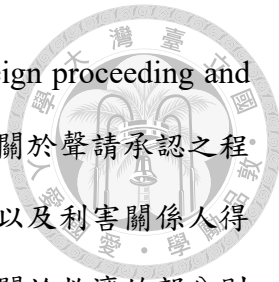
綜上，本文認為外國代表人部分應參考模範法之規定，不去設計太多限制；而外國債權人部分則可以限縮程序開啟的請求權。不過作為配套，應該參考 EIR 之制度完整設計「通知外國債權人應記載事項」、「外國債權人報明債權應記載事項」等，透過制式表格的方式降低其參與分配之門檻；蓋債權人關心之事便是受償比率，透過此類配套降低其申請門檻，將可抵消其不得開啟程序之不利益，整體而言又可避免程序濫開，或許是較可採之作法。

第二節 跨國破產程序之承認

所謂「承認」，主要處理的是針對同一債務人的數個法院破產程序間對於彼此存在的承認、以及彼此對於債務人之裁判與處置是否承認的問題。從統一跨國破產程序之理想而言，「承認」扮演著各個法院之調和劑，避免法院對於同一債務人之裁判或財產之處置有所矛盾，此外透過「承認」的程序辨識出「主要程序」、「非主要程序」，也能使各法院確定自身之地位或主導、或協助，避免喧賓奪主外也能透過法院間合作加速對債務人程序之處理³³⁰。論者就指出「承認」制度之存在，使得普及主義之追求成為可能，否則法院的任何決定都只會囿於該管轄地³³¹。

³³⁰ Sheldon, *supra* note 272, at 104.

³³¹ Sandeep Gopalan & Michael Guihot (2015), *Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal for Judicial Gap-Filling*, 48 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1225, 1232.



模範法中有關承認之條文列於第三章 ”Recognition of a foreign proceeding and relief”，本章條文從第 15 條至 24 條，前面 15 條至 18 條部分乃關於聲請承認之程序性要件，第 19 條至 24 條則處理關於承認前、後之法律效果以及利害關係人得向法院提出何種救濟。而本文擬在本節處理前半段承認的問題，關於救濟的部分則置於本章第三節。本節擬分兩項，第一項乃集中於聲請人面向，即聲請人應提出哪些文件、而法院對於聲請之案件可以做出哪些裁量、這些裁量中判斷之因素有那些；由於模範法的承認尚可分為承認為 COMI 地、非 COMI 地而異其法律效果，故第二項擬介紹 COMI 概念之發展與流變，對於第三章有承先啟後之作用。

第一項 「承認」之聲請與決定

第一款 模範法

第 15 條名為 ”Application for recognition of a foreign proceeding”，本條旨在將聲請承認所必需的要件明文化，學者指出為了達到迅速處理破產之目的，模範法在設計時不宜有過多、複雜之要件限制³³²。基於此目的，第 15 條只針對聲請承認的核心程序要件進行規範，給予外國代表人一條簡單、迅速的路徑完成程序³³³。

本條第一項規定外國代表人得向外國法院請求承認其受指派之程序，例如美國法院指派之破產代表人，得向我國法院請求承認同一債務人在美國聲請之破產程序。本項曾引發兩個爭議包括：在模範法第 9 條已經宣示外國代表人得接近使用法院的情況下，本條是否還有存在之必要？其二為聲請承認之主體是否應開放至外國債權人？針對第一個問題有學者認為外國代表人本得依第 9 條聲請承認，第 15 條 1 項之規定顯屬多餘，惟模範法之立法小組認為本項之規定仍有宣示性價

³³² Berends, *supra* note 275, at 352.

³³³ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 64.

值，且加以明文並無不利³³⁴。至於第二個問題，將聲請權人限於外國代表人除了外國代表人較外國債權人有更多資訊、專業以處理跨程序事務以外，外國債權人所關心者乃自己債權是否受償，而立法小組認為給予外國債權人聲請承認之權利與其是否獲得受償似乎無關聯，故無必要給予此權利³³⁵。本文則認為限縮聲請權人乃為加速程序審理，避免債權人之濫訴；易言之，若將模範法第 15 條與 16 條搭配可知，模範法給予法院很大的裁量空間同時要求聲請人很低的舉證門檻，這也是因為聲請人限於具有專業性、有公示外觀較好辨識的外國代表人。一旦開放聲請門檻包括成千上萬的債權人，則法院就必須更仔細的審究文件真實性，將會嚴重拖累審理進度。

第 2 項規定了聲請承認應出具之文件，包括開啟外國程序及指派外國代表人之證明(第 15 條 1 項 1 款)、得證明外國程序存在及指派外國代表人之文件(第 15 條 1 項 2 款)、或任何可以證明外國程序存在及外國代表人受指派之證據(第 15 條 1 項 3 款)。模範法並不要求上開文件經過法律程序證明(Legalization³³⁶)，蓋因一文件若循嚴謹的外交程序證明，將會大大的拖累破產程序審理的進度，為此模範法在第 16 條宣示法院得推定文件為真正³³⁷。綜上，外國程序是否適格受承認，模範法僅要求兩點：第一證明外國程序存在，第二證明外國代表人受該程序指派而有權聲請承認。第 3 項規定要求外國代表人聲請承認時一併將其他已知的外國程序列入，此規定之目的在於使法院知悉債務人尚在何處有程序進行，藉此加強法院間的合作並確保法院間之指令不互相矛盾³³⁸。第 4 項規定則是要求外國代表人在法院要求下應提供該文件之翻譯，以供法院閱讀。

³³⁴ Berends, *supra* note 275, at 350.

³³⁵ Berends, *supra* note 275, at 352.

³³⁶ 所謂 Legalization 是指一文件經過該國之外交單位或領事單位認證為真實(Authenticity)。

³³⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 65.

³³⁸ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 66.

模範法第 16 條名為”Presumptions concerning recognition”，即針對第 15 條所明列之要件給予推定，本條之規定在於作為法院快速進行決定之依據，蓋法院未必一定要相信聲請人之文件為真實，但法院得憑本條認定聲請人之文件推定為真實，進而為承認與否之裁定³³⁹。第 1 項規定只要該聲請之外國程序合於模範法第 2 條對於「外國程序」之定義，而聲請人合於第 2 條「外國代表人」之定義，法院便有權認定該聲請之文件真實。第二項則是明文法院有權推定聲請之文件真實，即便該文件並未經嚴格之法律程序認證，已如前述。

引起較多討論的乃本條第 3 項，該項稱在沒有反證推翻的情況下，應以公司之設立地或自然人之居所作為該債務人的主要利益中心地。本項涉及了 COMI 地之認定，而一地是否為 COMI 地關乎其後續之法律效果、該管法院之權限之不同，乃模範法中之核心概念，因此有深究之必要，本文將於本節第二項針對此概念加以討論。

模範法第 17 條名為”Decision to recognize a foreign proceeding”，旨在羈束法院之裁量權同時給予法院指引。第一項規定當符合四種情形任一時，法院有義務做出承認該程序之裁定³⁴⁰。包括當一個外國程序該當第 2 條 1 款之定義、或是聲請承認之人符合第 2 條 4 款外國代表人之定義、當聲請者符合模範法 15 條第 2 項所要求出具的文件等。模範法之立法者試圖限縮法院拒絕承認之裁量權，達到一定羈束的作用³⁴¹。

第 2 項則要求法院必須依照聲請之外國程序地位不同，分為「主要程序」、「非主要程序」，本文將於本節第 2 項詳細討論。本章第一節曾提及，在模範法及 EIR

³³⁹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 65-66.

³⁴⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 73.

³⁴¹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 73.

的定義下，外國程序要能成功開啟必須為債務人之 COMI 地或在當地之營業活動至少構成 Establishment，才能開啟合格的程序。到了承認的環節，同樣該程序必須是 COMI 或 Establishment 才能受承認，如債務人僅是在當地有資產卻沒有實際營業活動而不構成 Establishment，則無權聲請承認³⁴²。

然而，對於一外國程序或外國代表人是否該當第 2 條，受聲請之法院仍有裁量權，因此實行指南中探討倘若受請求承認之裁定乃濫用程序之結果³⁴³，法院是否得審酌？對此模範法並未加以設限，亦即一國法院仍然得依其本國法裁量聲請人是否濫用程序；又或者當承認該外國程序會明顯與本國之公共政策相違背時，模範法第 6 條賦予法院得拒絕承認。即便模範法給予法院一定的裁量權，從模範法的目標也就是提升破產程序之審理速度、促進合作、最大化利害關係人利益以觀，法院對於介入審查或否決外國程序的決定應更加審慎³⁴⁴。

「承認」作為所有國與國之間程序合作、救濟之起點，扮演著連接不同程序之要角，在特定案件如債務人有脫產疑慮時，更發揮有效保全債務人財產功能，重要性不言而喻。因此第 3 項要求法院對於承認之裁定，應在最早得裁定時為之，此規定亦呼應模範法序言中對於迅速審理目的之要求。第 4 項則指出倘若法院嗣後發現當初承認裁定的基礎已全部或部分的不存在、或發現新的事實，則得嗣後停止或是修改承認之裁定。例如該已承認之程序因故終止、或是程序的本質已經轉變(從破產重整程序轉為破產清算程序)、當初聲請之外國代表人已被終止委任等³⁴⁵。本文以為本項規定使同一債務人之破產案件數量能夠隨著案件進度增減，以維持審理的效率。也正因為一個經承認的程序，其受承認之基礎事實隨時都仍在改變，因

³⁴² United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 74.

³⁴³ 例如聲請人謊稱一外國程序所在地為債務人 COMI 地，並請求承認該地程序為主要程序。

³⁴⁴ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 76.

³⁴⁵ Berends, *supra* note 275, at 355.

此模範法第 18 條”Subsequent information”要求外國代表人對於任何與外國程序、外國代表人有關的重大狀態變化告知受聲請法院，俾利做出最正確的判斷。



第二款 EIR

EIR 關於承認之規定在第二章以下，章名為”Recognition of Insolvency Proceedings”。第 19 條 Principle 則對於「承認」有所規定。EIR 採立即、自動承認制，本條第 1 項規定任何一個符合第 3 條(也就是前面介紹過的主要、非主要程序地)管轄權之法院，一旦宣布開啟破產程序，將自動被其他成員國所承認，無須任何聲請或出具任何文件。此自動承認制之基礎在於成員間的共同互信(mutual trust)，亦即成員國間自願受此超國界法之拘束，不去對其他成員國之決定進行細究(scrutinize)³⁴⁶；而此制度之目的在於有效的省去聲請承認所需的時間成本³⁴⁷。學者即指出 EIR 之自動承認規定與需要主動聲請法院承認的模範法，顯然有所不同³⁴⁸。

EIR 的自動承認制並非毫無限制，首先該自動承認之判決限於「開啟程序之決定」而非所有決定；其次，受自動承認之判決限於「依第 3 條有管轄權之法院」，而依照先前介紹 EIR 第 3 條規定破產法院的國際管轄權，可依債務人之 COMI 地或 Establishment 分為主要程序與非主要程序。因此此規定無疑排除了非 COMI 地又非 Establishment 的國家開啟程序，此時並無自動承認制度之適用。惟進一步疑問者，誰判斷該法院是否屬於第 3 條之法院？依 EIR 第 4 條謂該受聲請之法院應自行審查是否符合第 3 條之管轄權，因此只要該管法院認為自己有管轄權，就有自動承認制度之適用。其他利害關係人若有不服雖無法挑戰自動承認之規定，但或得依該程序國之本國法規定推翻法院對己身有管轄權之見解³⁴⁹。學者即有拋出疑

³⁴⁶ Wessels, *supra* note 281, at 60.

³⁴⁷ Bork, *supra* note 283, at 344.

³⁴⁸ Wessels, *supra* note 281, at 60.

³⁴⁹ Bork, *supra* note 283, at 347.



問若某國法院在受理時並未依照第 4 條針對己身管轄之依據加以說明，則是否仍應受自動承認之保護？然而為避免自動承認制度運作上的複雜化，仍應認為有自動承認之適用³⁵⁰。

至於自動承認制下是否可能出現矛盾的問題，例如有兩國法院同時主張自己為債務人之 COMI 地而成為主要程序。由於一個債務人的主要利益中心地應僅有一地，主要程序也應只有一個，而自動承認制下可以避免此問題產生，蓋第一個宣稱自己是 COMI 地之管轄法院在裁定開啟程序後，其他法院都應自動承認該主要程序之存在³⁵¹，因此後來者不得主張自身為主要程序³⁵²。這樣的精神也被明文在第 19 條 2 項，該項明文一國法院依第 3 條 1 項開啟主要程序，並不妨礙後來其他國家法院開啟程序，而後來開啟之程序應屬於次要程序。

由此可見，關於複數程序間彼此是否、如何承認之問題，模範法與 EIR 採取了一被動一主動的不同設計，其優劣將於下款分析；然而本文認為不論制度上之孰優孰劣，EIR 之制度可行或許也係因其服膺於一共同之立法主體，以超國界法之形式進行，在考慮我國是否引進時應將此點納入考量。此外，關於如何證明破產實施人之真正性，EIR 第 22 條亦有規定該破產實施人應出具其受指派之證明，此部分與模範法之要求類似；惟就「承認」這點而言，由於 EIR 乃自動承認制，破產實施人並非聲請承認之主體，因此兩者有些許差異。

第三款 各國法以及評析

美國法關於「承認」之程序規定在第 1515 條至 1518 條，本文擬先從「承認」在美國法與模範法之意義談起。承認之定義與流程在兩部法律下大致相同，然而影

³⁵⁰ Bork, *supra* note 283, at 347.

³⁵¹ EIR article 3. Paragraph 3. 明文一旦主要程序開啟，後續接著開啟的程序都會屬於次要程序。

³⁵² Bork, *supra* note 283, at 348.

響力卻有些微差異。學者³⁵³有指出，美國法 chapter15 在援引模範法第 7 條”additional assistance under other laws”時，增加了「該程序必須獲得承認」之前提³⁵⁴，因此在模範法下即便一外國程序未獲得承認，法院也可以給予部分救濟；然而在美國法下法院額外的救濟限對於已受承認之外國程序。也因此本文欲首先指出「承認」在美國法就更為重要³⁵⁵。

美國法第 1515 至 1518 條程序規定與模範法大致相同，然而可以從以下兩個部分得知美國法更注重當事人之程序利益。首先，第 1517 條第 1 項關於法院必須承認之情形，美國法要求法院要在「通知並聽取後³⁵⁶」並符合其他要件，才能為承認之裁定。此規定乃模範法所未提及，在實行指南中就有提到，部分國家將模範法內國法化時就加上通知並聽取之要件，此為正當法律程序原則下之基本要求；然而在其他內國法化之國家中，並沒有這樣的要求，這或許是出於希望迅速進行審理之目的。也因此模範法對於是否要有通知並聽取一事刻意留白，交由成員國選擇吻合其法體系之路線³⁵⁷。其次，第 1517 條第 4 項有關法院得嗣後變更或終止承認之條文，美國法加上但書「法院應對於因信賴該承認裁定而嗣後因終止遭受不利之當事人，給予充分重視³⁵⁸」顯示對當事人信賴利益之保護³⁵⁹。

³⁵³ Ranney-Marinelli, *supra* note 288, at 281.

³⁵⁴ 模範法第 7 條原文為” Nothing in this Law limits the power of a court or a [insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State.”而美國法 chapter 15 第 1507 條第 1 項為” (a) Subject to the specific limitations stated elsewhere in this chapter the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under under this title or under other laws of the United States.”

³⁵⁵ 學者有用閘門來形容 chapter 15 中「承認」程序之重要性，蓋一但承認之後才會有其他後續的法律效果接連發生。O'Flynn, *supra* note 257, at 403.

³⁵⁶ 關於程序性規定在 Federal Interim Bankruptcy Rule 2002(q)，該項規定法院應於 hearing 程序前至少 21 天對利害人發布通知。

³⁵⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 67.

³⁵⁸ 原文為” but in considering such action the court shall give due weight to possible prejudice to parties that have relied upon the order granting recognition.”

³⁵⁹ 美國法上曾有法院依照本項但書，否決了債務人撤銷承認外國程序之聲請。See Gilhuly, *supra* note 286, at 164.

關於「承認」比較法上的啟示，除了前開美國法給予正當法律程序上的借鑑外，本文認為應聚焦於模範法與 EIR 對於承認所採取立法方向上的不同。模範法下承認由外國代表人向本國法院聲請裁定(以下稱主動承認制)，而 EIR 則明文一旦外國程序開啟，將受到他國自動承認(以下稱自動承認制)；此兩制度上各自反映了什麼樣的價值以及制度上的優劣，為本文此部分重點分析之對象。本文認為兩制度之比較可以從以下幾點分析：第一為審理速度、第二為制度被濫用之情形與配套、第三為利害關係人之保護。

首先，承認程序所花費的時間反映了利害關係人得獲救濟的時間。在審理速度上，模範法的主動承認制略遜一籌，蓋必須由外國代表人向其他法院聲請承認獲准後始可生效，且法院對聲請具有實質審查之權限，儘管有模範法第 16 條之推定，然法院仍需要時間審查，可能花費數天至數個月，將影響聲請人後續權利的行使³⁶⁰。然而應注意，模範法之立法者考量到此點，因此在模範法第 19 條設計了裁定前救濟(pre-recognition relief)之規定，允許法院有權針對受理到做出決定這段期間遇到的緊急情形下達指令，避免利害人因裁定曠日廢時而受有不利。

其次，為兩制度下被濫用的情形如何。在模範法下，由於法院有實質審查權，因此論者有認為這使得長期採取屬地主義的各國法院有機會藉審查之名，將屬地主義之精神納入以保護本國債權人，拒絕承認他國程序並拒絕與外國法院合作，此稱為「屬地傾向」(Territorialist Inclination³⁶¹)。此外，主動承認制下由於法院間各個承認之決定獨立為之，可能出現承認的結果矛盾之情形。例如某一債務人案件中，

³⁶⁰ 值得注意的是，實證研究上學者曾統計各該國家從將模範法內國法化至 2010 年底這段期間，共計 186 個案件中，有 86% 的案件自聲請到獲承認中間並沒有遭受抗告、上訴等障礙，因此學者評論模範法的程序程序在運作上可謂順利。Irit Mevorach (2011), *On the Road to Universalism: A Comparative and Empirical Study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 12 EUR. BUS. ORG. L. REV. 517, 532.

³⁶¹ Mevorach, *supra* note 360, at 519.



新加坡法院認為馬來西亞是 COMI 地，而馬來西亞法院認為澳洲才是 COMI 地，此時由於各個法院皆本於自己之權限獨立判斷何為 COMI 地，因此可能出現一個債務人有兩個主要利益中心地的矛盾情形³⁶²。

至於 EIR 部分，由於自動承認制之優勢，一旦某法院認定自己為 COMI 地並開啟程序，則該法院作為主要程序之地位將會自動被其他程序所承認，其他法院不得去審查並推翻前面的認定，因此可以始終保持一債務人一 COMI 地之情形³⁶³。然而 EIR 的問題或許在於時間線上較早開啟程序之法院認定錯誤，制度運作下可能會有「將錯就錯」之情形。學者就有指出在歐盟採取自動承認制之下，可能出現一國法院為成為主要利益地而將自己定義為主要程序，實際上該地與債務人之主要營業與資產所在地脫節³⁶⁴；或當債務人(或破產實施人)發現自己依某地程序以及實體法進行破產可以獲得更多利益時，他將有動機先斬後奏(File first and ask questions later)的聲請開啟主要程序，此將淪為一場「誰先跑到法院門口」的競速，真正的 COMI 地反而無法行使主要程序之權利，反而造成利害關係人之損害³⁶⁵。

兩種制度下都有 COMI 地認定錯誤之可能，而目前在兩法下如認為法院在認定時有所錯誤，最好的解決方法乃利害關係人對該裁定提起抗告，在同一管轄地尋求問題解決。蓋主動承認制下不同法院獨立認定而無權撤銷其他法院對 COMI 地之判斷，而自動承認制下較晚開啟程序之法院並無實質審查先前裁定之權力³⁶⁶。

³⁶² Berends, *supra* note 275, at 355.

³⁶³ Bork, *supra* note 283, at 348.

³⁶⁴ Ilya Kokorin (2020), *Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices*, in RECASTING THE INSOLVENCY REGULATION IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES 114 (ED by Vesna Lazić & Steven Stuij).

³⁶⁵ G. McCormack (2014), *Reforming the European Insolvency Regulation: Legal and Policy Perspective*, 10 J. PRIV. INT'L L. 41, 50.

³⁶⁶ 此外，有論者認為 EIR 若不願認同前法院之裁定，或得援引第 33 條 Public policy 之規定，以該承認將明顯悖於本國公共政策為由拒絕承認。然而此見解被其他學者批評，蓋 COMI 地之錯認並無涉公共政策，且開放此拒絕承認之大門將使得自動承認制之目標打折。See Bork, *supra* note 283, at 349.

然而主動承認制由於法院個別認定，因此 COMI 地認定錯誤之問題並不會蔓延至其他程序中，此為意外之優點。



最後，在利害關係人的保護上，主動承認制的承認仰賴個別法院的認定，因此承認後接續而來的法律效果與救濟，如對債務人進行中訴訟的停止等，將會產生國與國之間的歧異，在 A 地債務人相關的訴訟皆須停止，同一時間 B 地卻仍得繼續對債務人追究，倘若 B 地程序在獲得承認以前，債務人在 B 地之個別訴訟皆已宣判並執行，則將會對其他地方之債權人、利害關係人產生不公平。反之，自動承認制之效果能確保，任何對債務人之處置或救濟行為，都能在同一時間擴及到所有成員國中³⁶⁷。此外，從可預測性(Predictability)論理，由於主動承認制下各個法院都會重新、獨立審酌承認之要件是否具備；相反地自動承認制下後續之法院並無審查先前決定之權力，因此就程序的穩定性而言，自動承認制具備了更好的可預測性，也有利於利害關係人信賴利益的保護。而正因為主動承認制下會有信賴利益受損的隱憂，也因此美國法將模範法納入 chapter15 時，於第 1517 條增加了要求法院審酌信賴利益之規定。

綜上，本文認為從破產案件的審理速度、對利害關係人的可預測性而言，自動承認制或許是更貼近普及主義目標的立法，值得參考。而儘管會有 COMI 地認定錯誤將錯就錯而導致的不便，然而本文以為該錯誤所造成僅為利害關係人、法院在案件審理上會支出更多之成本，然而該成本能換來更加穩定、快速、平等的制度，似乎瑕不掩瑜。而實際運作上，自動承認制如何達到「自動」之效果，則必須仰賴資訊高度的流通，才可以使成員國間及時掌握到債務人已於何處立案，避免做出矛盾裁定之行為。此資訊流通之方式，可以參考 EIR 第 28、29 條，要求法院必須將程序開啟、任命破產實施人之裁定公告(Publication)於所有債務人有 Establishment

³⁶⁷ Bork, *supra* note 283, at 348.

的國家；此外，如債務人在該國留有應登記之財產，破產實施人應要求於財產或任何可以註記之處登記破產程序開啟一事。



然而 EIR 的制度運作上如此效率，或許也與其成員間乃緊密之共同體有關。如在模範法的架構之下，要追求更高之效率，也許要從限縮法院之裁量權下手；易言之，模範法第 16 條之推定、第 17 條羈束法院之裁量權，都是為了讓法院減少審查之程度與時間，事實上有實證研究顯示，模範法成員國聲請法院承認之通過率高達 95%，然而仍有 5% 之案件遭到拒絕承認，其理由包括違背本國公共政策或是該聲請國並非 COMI 地³⁶⁸。上開數據顯示就「是否承認」的結果而言，也許 EIR 和模範法並無太大差異；然而就聲請承認到受承認的過程，等待的時間較長也許是模範法還能進步的地方。對此，本文認同學者之意見，即法院依循模範法進行承認之裁定時，應限縮第 6 條 Public policy exception 之適用³⁶⁹，並在符合推定要件時盡可能減少審查之時間；蓋該條例外規定具備一定之模糊空間，可能使得有屬地傾向之法院拒絕認同外國程序，以保護本國之債權人，然而此做法與模範法追求的普及主義顯然相違背。另外，對於聲請承認為主要程序，其實卻非 COMI 地之外國程序，法院宜行使闡明權使外國代表人改請求承認為非主要程序，避免以駁回之方式為之，如此方可加速模範法下承認之運作。

第二項 主要利益中心地(COMI)

本文先前數次談及 COMI 之概念，卻未對該概念詳加介紹。因此本節第二項要介紹主要利益中心地之概念，蓋在模範法第 16 條有關於 COMI 地推定之規定、第 17 條也提到法院需將 COMI 地程序承認為主要程序，可見在本節「承認」的脈

³⁶⁸ Mevorach, *supra* note 360, at 530.

³⁶⁹ Michael A. Garza (2015), *When Is Cross-Border Insolvency Recognition Manifestly Contrary to Public Policy*, 38 FORDHAM INT'L L.J. 1587, 1629.

絡下不可避免的碰觸到 COMI 地的概念，也作為第三節「救濟」承先啟後的概念。由於 COMI 地這組概念在 EIR 和模範法中原則相同，因此本文擬先介紹 COMI 概念相關之背景，包括此概念為何、由何而來、如何判斷，再介紹 EIR 與模範法下 COMI 地的認定有何差異。最後，本文也會試圖梳理學說上對於 COMI 概念的一些見解或批評，提出本文之評析。

第一款 概念與流變

主要利益中心地(COMI)的概念，最早出現在 1990 年《歐洲破產事務公約》³⁷⁰中，後來在 1992 年的 EIC 中被沿用，然而隨著 EIC 的破局，COMI 的概念終究無法正式生效³⁷¹。然而該概念已經被當時模範法的立法小組所注意到，於是 1997 年頒布的模範法則順勢將此概念納入，成為第一個將 COMI 實際應用之法律³⁷²；而 2000 年 EIR 正式生效時，亦包含了 COMI 的概念。自此，COMI 成為跨國破產法制中最重要的概念之一。

然而，為什麼需要 COMI 的概念？COMI 的價值為何？本文認為主要有二。第一，如同本文第二章所分析，全球化的浪潮推動企業向海外擴展，因此現代跨國企業往往在各個國家有分公司、據點或營業處所，有營業行為則必然有債權債務關係相伴而生，此時一旦公司陷入清償不能之情形，由「誰」來主導破產程序至關重要，因此 COMI 的第一個功能在於提供可預測性³⁷³，讓債權人得預作準備並可在與公司為交易前將未來破產後參與程序之成本風險納入考量。除了預測債務人會在何處進行破產程序外，由於 COMI 地法通常做為該破產案件之準據法，因此所

³⁷⁰ 《European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy》該公約乃在 1990 於伊斯坦堡簽訂。

³⁷¹ Bork, *supra* note 233, at 255.

³⁷² Alexandra CC Ragan (2010), *COMI Strikes a Discordant Note: Why US Courts Are Not in Complete Harmony Despite Chapter 15 Directives*, 27 EMORY BANKR. DEV. J. 117, 131.

³⁷³ Ragan, *supra* note 372, at 131.

帶來的可預測性亦包括準據法的可預測性，知道準據法為何對於債權人而言也同等重要。其二，COMI 可以避免選購法院。所謂選購法院，一般係指原告以人為之方式操縱法院的管轄權標準，藉此獲得對自己有利的判決結果之情形³⁷⁴。COMI 的概念，能夠將該債務人的主要管轄法院鎖定在一處，儘管債務人可能在世界各地擁有資產或營業，但「主要利益中心」只有一處且應於程序開始時確定，也因此 COMI 的第二個優點乃當債務人聲請破產時，得以限定債務人主要程序之位置，避免債務人取巧選擇對其最有利之管轄地進行破產³⁷⁵。

在 COMI 的概念推出後，現代的跨國破產法制多搭配 COMI 地的概念，將破產程序分為主要程序及非主要程序(或稱次要程序)。在債務人 COMI 地所在地所開啟的程序，為主要程序³⁷⁶，該管法院在救濟手段上有更多元的選擇，其他非主要程序在合作上也需要環繞著主要程序進行³⁷⁷，此部分本文留待第三節、第四節深入討論。至於非主要程序，並非主要程序相反的概念，其亦要求債務人需要有一定程度之營業活動而達到“Establishment”之程度方可開啟³⁷⁸；也就是說，倘若債務人僅在該地有部分資產或活動，但尚未達到定義上的 Establishment，則債務人不得開啟主要以及非主要程序，該管法院之救濟手段將會非常有限。

第二款 主要利益中心地之認定

關於如何認定 COMI 所在地，模範法第 2 條第 2 款「主要程序」的定義中並無提供任何定義或指引，綜觀整個模範法也找不到任何解釋³⁷⁹，加上實行指南中

³⁷⁴ 林恩瑋(2015)，國際私法上選購法院問題之研究，東海大學法學研究第 47 期，2015 年 12 月，頁 239。

³⁷⁵ Ragan, *supra* note 372, at 131.

³⁷⁶ Model Law article 2(b).

³⁷⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 43.

³⁷⁸ Model Law article 2(c).

³⁷⁹ Hannan, *supra* note 193, at 43.

明確說明 COMI 的概念乃立法小組援引自 EIC，因此 EIC 對 COMI 的解釋實有參考之價值³⁸⁰。EIC 第 13 條中 COMI 定義為”The place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties”，中文譯為「主要利益中心地乃債務人日常處理自己利益相關事務，且可以被第三方所確定之處」，其中包含兩個要件：債務人日常處理自己利益相關事務、且可以被第三人所觀察。若根據歐盟權威報告「Virgos & Schmit report³⁸¹」，既然破產是一個可預見的風險，那麼破產管轄權的所在地，應該要以「潛在債權人所知道的地方」，本文以為其意思應係以「債權人們最直觀聯想到，與債務人密切相關之處」蓋因債權人多會預設假如破產發生，債務人應該會在與其利益最密不可分之處進行破產程序，並以此計算交易之風險³⁸²。而此定義也被 EIR 所承繼，EIR 第 3 條第 1 項也使用與 EIC 相同的定義。自此，模範法與 EIR 在解釋 COMI 上，原則應採相同解釋。

儘管 EIC 給出的定義普遍為各法規所接受，然而如欲細究可發現，該定義仍有模糊之處，包括何謂日常處理「自身利益相關事務」、或是如何判斷「第三方可確定」，也因此有學者批評現行的定義等於沒有定義，實務運作上 COMI 的判斷還是充滿著不確定性³⁸³。由於破產程序的審理乃是一場在時間、金錢都稀缺情形下的賽跑，因此 COMI 的認定不宜過久³⁸⁴。對此，模範法與 EIR 分別加入了推定之規定，模範法第 16 條第 3 項明文，在欠缺相反證據的情形下，應以該債務人的註冊地作為債務人的 COMI 地；EIR 亦在第 3 條第 1 項規定應以債務人之註冊地推

³⁸⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 43-44.

³⁸¹ Miguel Virgos & Etienne Schmit (1996), *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, EU COUNCIL DOCUMENT, 51. 該報告出爐於 1996 年被認為是對於 EIC 所做出最有權威的非官方解釋。

³⁸² Ignacio Tirado (2015), *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From 'Insolvenzimperialismus' to the Recast*, SSRN 1, 7.

³⁸³ Alexander J. Belohlaavek (2008), *Center of main interest (COMI) and jurisdiction of national courts in insolvency matters (insolvency status)*, 50 INT'L J. L. & MGMT. 53, 69.

³⁸⁴ Berends, *supra* note 275, at 330.

定為 COMI 地，然而同項末段加上了「如果債務人在破產程序開啟前 3 個月內有更換註冊地之情形，該推定不適用之」，顯然是為避免透過變更註冊地來選購法院。

現行法下推定公司註冊地為 COMI 地能有效加速審理之進行，值得讚許，然而真正的問題在於何時法院應推翻該推定，也就是當「第三人可得確定的債務人處理自身日常事務地」與註冊地有所不同時，究竟如何認定？對於如何判斷 EIC 提出的兩個要件，歐洲法院(Court of Justice of the European Union, CJEU)的判決先例可以供吾輩參考。在 EIR 最開始運作時，CJEU 曾經有兩種不同的見解：第一說「總部認定說」(Head office function theory)是認為應該多斟酌公司的內部結構，特別是在集團破產案件時，各個子公司散落各地，倘若依據本說，便會得到應以母公司 COMI 地為「整個集團」單一程序的 COMI 地，此說操作下多會以總部實際運作地為 COMI 地。第二說「商業活動說」(Business activity theory)則是認為 COMI 地的選擇應更多從債權人的角度斟酌，應該透過公司對外向大眾(包含債權人)顯示地經濟行為(如資產所在、員工分布、公司活動地)去判斷 COMI 地³⁸⁵。

而此兩說間的爭論就在 2006 年的 Eurofood 案一錘定音。本案中 CJEU 明確表示 COMI 的推定只有在「第三人客觀上、可得確定存在另一個與設立地不同的地點³⁸⁶」時才可以推翻，法院進一步說明，同樣註冊在 A 地的兩間公司，倘若其中一間在 A 地毫無經營而另一間或多或少進行一些商業行為，則後者的推定效力將更難推翻³⁸⁷。此判決明顯採取上述第二種見解，也就是從債權人的觀點出發，選擇債權人視角中最有可能是債務人經營業務之地為管轄法院，而 Eurofood 的見解

³⁸⁵ Bork, *supra* note 283, at 137.

³⁸⁶ 原文為“The presumption can be rebutted only if factors which are both objective and ascertainable by third parties enable it to be established that an actual situation exists which is different from that which the location of the registered office is deemed to reflect.”

³⁸⁷ Bork, *supra* note 283, at 138.

在 2011 年 Interedil 案中再次被確立，自此法院多以此作為判斷³⁸⁸。本文以為 CJEU 在 Eurofood 的見解中可以看出，EIR 將債權人在破產程序中的利益最大化看作首要目標，而且 COMI 之概念本就是創造出來提供債權人可預測性以計算其交易風險；如此看來，CJEU 之見解不過就是回歸了債權人可預見性的初衷。不僅如此，學者指出採取商業活動說尚有另一優勢，也就是債務人無法無聲無息的變更 COMI 地，蓋因 COMI 地的決定必須以第三人視角出發，因此依現行法院的主流見解，債務人若欲變更庭審時的 COMI 地，反而應該高調地通知債權人，此舉對於債權人的保障亦有所助益³⁸⁹。

若要進一步查看所謂公司對外顯示的經濟行為有哪些，實行指南中則有提供指引包括：債務人文件資料所在地、債務人融資(financing)進行之所在、債務人的現金流多在何處、債務人之主要資產所在、債務人之銀行或員工所在、債務人多數合約約定的準據法或合約約定爭議時之準據法……等等³⁹⁰。可見所謂對外的經濟行為並非由單一指標，仍應由法院就整體狀況綜合判斷。

茲有附言，除了 COMI 外如何認定 Establishment 也很重要，蓋債務人不得僅憑資產存在於特定國家而主張該地具有管轄權。Establishment 的定義在 EIR 第 2 條第 10 項，該地必須是債務人在聲請破產程序的三個月前、債務人在當地有非臨時性(Non-transitory)的經濟活動、且該活動涉及人力及資產³⁹¹。其中的重點要件包括「非臨時性的經濟活動」、「涉及人力以及資產」，CJEU 就整體而言認為必須至少在該地具備「最低程度的組織以及一定程度的穩定性」³⁹²。與 COMI 相同的是，

³⁸⁸ Bork, *supra* note 283, at 138.

³⁸⁹ Bork, *supra* note 283, at 139.

³⁹⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 71.

³⁹¹ 原文為” Establishment means any place of operations where a debtor carries out or has carried out in the three month period prior to the request to open main insolvency proceedings a non- transitory economic activity with human means and assets.”

³⁹² Bork, *supra* note 283, at 182.

如何認定這些要件一樣要從第三人(債權人)的觀點出發去認定，公司主觀上對組織的規劃及分配若無彰顯於外，並不能構成 Establishment.³⁹³。



第三款 現行法之批評

儘管 COMI 的概念已經在全球受肯認，仍不免受到一些批評，這些批評主要針對現行 COMI 的認定具有高度個案認定的空間(fact sensitive)，導致適用上的模稜兩可³⁹⁴。有學者認為 COMI 做為一個模糊的概念，本質上就會使得管轄權的決定具不確定³⁹⁵，這種情形在集團破產案件中尤為明顯。例如在 NIKI 案中，NIKI(註冊地為奧地利)為 Air Berlin(註冊地為德國)之子公司，在德國進行之破產程序首先從集團的角度認為 NIKI 之 COMI 地在德國，後來德國法院之上級審廢棄該裁定並認為 NIKI 的 COMI 地應在奧地利，最後以奧地利法院裁定 COMI 地在奧地利告終，本案審理過程中 COMI 地認定上一來一往(學者以”Ping-pong”形容)”對於利害關係人顯露出極大的不確定性。另一個角度對聲請破產公司之董事而言，此不確定性可能使得其在錯誤的管轄地聲請破產，不但可能使公司錯失重整旗鼓的黃金時期，甚至可能使得自己受到忠實義務違反之追究，對董事在執行職務上造成莫大的沉壓³⁹⁶。如前所述，正因為 CJEU 在判斷 COMI 時會採綜合考量之方式，而導致一定程度的不確定性，因此學說上有倡議應改採「單一標準」(Single decisive criterion)，亦即以債務人的註冊地作為認定管轄權之唯一標準，如此提供絕對的可

³⁹³ Bork, *supra* note 283, at 182.

³⁹⁴ McCormack, *supra* note 365, at 49.

³⁹⁵ Ilya Kokorin (2020), *Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices*, in RECASTING THE INSOLVENCY REGULATION IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES 26-27 (ED by Vesna Lazić & Steven Stuij).

³⁹⁶ Kokorin, *supra* note 395, at 27.

預測性，包括管轄地或準據法的選擇，同時有效減少不必要的時間成本³⁹⁷。



第四款 評析

本文以為現行 COMI 決定模式主要遭批評之處乃在於判斷標準不夠確定，可能使得債權人難以判斷程序開啟地，如此不確定性將增加其締約時風險估計之成本、且審理 COMI 的過程可能發生 COMI 地反覆跳動且曠日廢時之情形，對債權人程序上產生額外的成本。然而 CJEU 仍堅持以這種「原則推定註冊地，例外得推翻」的模式去認定，無非也是想保留一絲彈性；例如在紙上公司(Letter-box company)，即公司在註冊地基本上毫無商業活動的這種情形，倘若逕以註冊地作為 COMI 地，雖然就法安定性而言有絕對的安定性，然而無形中使得債務人可以在對其最有利之位置設立公司，再到其他國家經營生意，無形中加劇了選購法院之情形³⁹⁸。

本文以為此問題上，如果完全奪去法院的判斷餘地，而使得債務人得在設立公司時選購法院，則可能出現債權人、資產所在地與主要程序所在地完全不同之情形，如此而言所有利害關係人屆時仍須前往該地應訴，無疑也製造了高昂的程序成本。另一方面，事先訂好唯一標準可能使得債務人透過選購法院傷害債權人之利益，然而允許彈性標準又可能使兩個解釋不同的法院彼此推託或搶奪管轄權，皆非最佳答案。

因此本文試圖提出較為折衷之方案——也就是強化註冊地管轄之推定，但保有極端情形推翻管轄地之空間。首先，本文爬梳 EIR 以及模範法對於 COMI 管轄地

³⁹⁷ Horst Eidenmüller (2013), *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, 20 MAASTRICHT J. EUR. & COMP. L. 143, 143. 作者進一步指出，儘管其觀點可能會被批評允許債務人選購法院，然而選購法院並不完全是壞事，如何避免對債權人不利、濫用管轄權的選購才是重點。惟選購法院之問題並非本文所要討論，在此不贅。

³⁹⁸ Ignacio, *supra* note 155, at 17.

之設計初衷，是希望找到一個「債權人得預見程序進行」的地方，以估計其成本，因此若 COMI 地之選擇越能夠事先確定，就越符合設計 COMI 之初衷；若由此以推論，給予法院積極權限主動審查 COMI 地可能造成管轄權的不安定，並非良策³⁹⁹。而對於極端情形如單純為選購法院而設立的紙上公司(letter-box company)，反而會造成債權人應訴上的不便，對其亦有不利。本文以為較佳之道，應該是強化公司註冊地推定之效果，也就是倘若公司在該地有基本的營業行為，就不應該允許反證推翻。

事實上，在 2012 年的歐洲委員會(European Commission)所提出對 EIR 改革的建議中，就有類似的建議⁴⁰⁰。其在 COMI 的定義中，加入了 CJEU 在 Interedil 案中的見解，只有存在反證證明「該法人的中央管理機構坐落在另一個國家，且經過全面其他因素的評估後，可以被第三人確定，該法人的實際經營與監督中心坐落在另一個國家」才可以推翻法院對 COMI 的推定⁴⁰¹。本文認為草案加入了「可推翻 COMI 的要件」，無疑進一步限縮了法院的裁量權，值得肯定；惟該建議並未被採用，甚為可惜。

此外，本文認為若程序進行中債權人並未對 COMI 地提出異議，則法院亦不應主動審查 COMI 地是否存在，以下茲引一例：美國法上的 SPhinX 案中，SPhinX

³⁹⁹ 例如美國法 Chapter15 運作下，法官 Lifland 在 Basis Yield Alpha 案中曾表明「法院對於是否有反證足以推翻 COMI 之推定，保有獨立的決定權」，此見解並不將債權人是否異議納入考量。Marinelli, *supra* note 288, at 291.

⁴⁰⁰ European Commission Proposal COM(2012) 744, s3.1.2.該建議最後並未被納入 2015 年 EIR 的修正之中，學者有認為此係立法者希望保持 COMI 認定的彈性。

⁴⁰¹ European Commission Proposal COM(2012) 744, Article 1 (11) (13b). The 'centre of main interests' of a company or other legal person should be presumed to be at the place of its registered office. It should be possible to rebut this presumption if the company's central administration is located in another Member State than its registered office and a comprehensive assessment of all the relevant factors establishes, in a manner that is ascertainable by third parties, that the company's actual centre of management and supervision and of the management of its interests is located in that other Member State. By contrast, it should not be possible to rebut the presumption where the bodies responsible for the management and supervision of a company are in the same place as its registered office and the management decisions are taken there in a manner ascertainable by third parties.



基金公司在開曼群島(Cayman)註冊，然而其實際商業行為都在開曼群島之外，法官 Drain 在審理本案時拒絕承認開曼群島為主要程序，然其判決中的結論值得吾人思考：「法院在解釋適用 chapter15 推翻 COMI 地之規定時，應從本條之立法目的思考，也就是保護值得受保護之利害關係人利益、並最大化債務人的資產用以清償……由於程序中債務人及債權人的資金處於風險之中，因此通常應尊重債權人對 COMI 的默認及支持⁴⁰²」。利害關係人(特別是債權人)乃自身利害之最佳管理者，當程序開啟時其得評估自身應訴上是否不便、該準據法對其是否有利等因素，決定其是否異議；倘若其選擇不異議，則代表在當前的管轄地進行程序符合其利益，本文認為法院便無需自找麻煩，硬是介入 COMI 之認定⁴⁰³。本文認為此見解可以加速 COMI 地之認定，有助於整體程序運作上更加順利、也充分保障債權人之利益，同時避免債務人選購法院。然而，債權人異議之前提乃在於其知悉程序，因此程序開啟之通知顯得同等重要。

第三項 小結

綜合上述，本文於第四章第二節部分聚焦在跨國破產法制中「承認」外國程序通常如何進行。本文首先點出承認之意義，包括使得普及主義之理想成為可能，推動跨國間的合作與救濟；為達到此目標各國法不應對承認加諸太多之限制，否則將予目標相違。接著本文針對模範法第 15 條至第 18 條進行分析，介紹外國代表人如何向本國法院聲請承認。

模範法與 EIR 最大的差別在於外國程序承認上，前者採主動承認制，後者為自動承認制，本文分析了兩者之差別以及優劣。目前本文之結論上認為自動承認制

⁴⁰² Marinelli, *supra* note 288, at 288.

⁴⁰³ 與本文相同見解者，Marinelli, *supra* note 288, at 292.



乃更為迅速的制度，能有效率的處理承認的問題，然而自動承認制下倘若主要程序已經開啟，後續開啟程序之法院皆不得審查前法院之判決而必須直接以次要程序自居，除了可能引發法院間、破產實施人、債務人間爭相競速向有利於己的法院聲請開啟程序外⁴⁰⁴，本文認為此方法在模範法底下會遭遇可行性的問題。不難理解的是，如同本文於第三章第二節所介紹，EIR 乃歐盟立法者制定之超國界法，各國司法主權讓渡之程度較大，因此追求一個更有效率的制度阻礙較少。然而，模範法本質上為「軟法」，當初就是為避免過度介入成員國之司法主權，因此允許成員國對模範法加以修改；既然如此，我們就更難以期待模範法下能夠要求各該成員國法院放棄對管轄權基礎的審查。

最後，本文檢視了管轄權決定的基礎——主要利益中心地(COMI)是如何被決定。由於 COMI 的概念源自 EIC 而率先受繼於模範法，EIR 隨後納入，因此兩法在解釋 COMI 上大致相同，都強調「債務人日常營運中心」且須「被第三人所確定」。現行兩個主流規範都採取「原則推定註冊地，例外允許推翻」之立法模式，也廣泛受到各國皆納；然而本文也指出 COMI 的概念本身具有模糊空間與高度受制於個案事實，因此適用上可能導致 COMI 的認定猶豫不決或是頻繁改變，這都不利於債權人以及其他利害關係人。因此本文最後提出見解認為未來或許可以強化註冊地的推定，並且在裁定無異議的情形法院不應主動審查自己是否有管轄權；儘管此見解可能與現行法(如 EIR 第 4 條)或實務運作之狀況有所出入，但本文認為此見解毋寧是讓「自身利益受最大影響之人做決定」，期望在保護債權人利益的主軸下避免不當濫用推定選購法院之情形發生。

⁴⁰⁴ 為避免此種選購法院之情形發生，EIR 第 4 條就規定受聲請開啟程序的法院應該主動審查自己是否有破產管轄權，並且交代自己的管轄權判斷基礎為何、是屬於主要或次要程序。學者指出 2015 修法納入本條文，顯示歐洲議會意識到選購法院的嚴重性，而在新制運作下法院如在裁定中交代其得心證之理由，也有利於債權人、債務人對該裁定進行抗告。Bork, *supra* note 283, at 205.

第三節 跨國破產程序之救濟



第三節本文將會談到模範法四大重點中的第三個重點「救濟」，此救濟並非如同傳統訴訟概念下，當事人請求法院終局解決其問題；若細譯模範法此處 Relief 之條文，更像是聚焦於法院得透過哪些指令與措施，最大化保全債務人之財產，或是避免債務人為減損其責任資產之行為，以保障債權人得受其應得之分配。由此觀之，此處的 Relief 似乎與一般人對救濟一詞之想像有所出入，反而與保全較為接近，然由貿易法委員會官方提供的模範法實行指南之中文翻譯版本亦翻為救濟，本文從之。

模範法中「救濟」的程序性規定，乃為了使破產程序得有序且公平的進行下去，因此透過這些規定輔助程序之進行⁴⁰⁵。本節將從模範法第 19 條至第 24 條進行討論，這些條文中包含賦予法院主動救濟的規定、以及主要程序一經承認時所自動發生的法律效果等。其中由於各國在內國法化時，多少會將模範法之條文加以修改，然而此可能產生各國法院對破產程序之輔助手段皆有不同，在救濟手段上各國程序如何對齊，乃本文欲關注的重點之一。

第一項 法院之主動救濟手段

第一項為「法院之主動救濟手段」，該類救濟不分主要或非主要程序皆可以適用，且法院對是否命提供該救濟有主動決定權。而本項中又可以依照法院核予救濟的時間是「受承認前」、「受承認後」分為本項第一款的暫時救濟以及第二款的救濟，分別對應模範法第 19 條以及第 21 條，兩者條文具有某程度之相似性且皆有第 22 條保護利害關係人之規定適用。

⁴⁰⁵ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 29.



第一款 程序受承認前法院之暫時救濟

暫時救濟(Interim relief 或 Provisional relief)制度，普遍存在於各國不同的法律領域中，包括一般的訴訟、仲裁以及非訟程序中⁴⁰⁶，其本旨也相類似——概括來說即保障當事人間的權利，具體而言在於確保紛爭解決的實效性，限制當事人為特定行為(如最典型者乃脫產)，以確保其在判決決定時有財產供執行⁴⁰⁷。從這個角度來說，模範法中的暫時救濟便是在一破產程序受承認前，先確保針對債務人的追訴行為、或債務人的處分行為能暫時停止。蓋破產程序中追求債權人間的公平受償，而非先告先贏，因此一旦破產程序開始，實有必要基於維護債務人整體資產及債權人權利之目的，作出一定程度之限制。

第一目 模範法

模範法第 19 條”Relief that may be granted upon application for recognition of a foreign proceeding”，也就是在程序受承認前法院所得給予的救濟。由於本條第 3 項之規定，第 19 條所准予的救濟僅為程序受承認前為因應緊急情形而設，因此屬於暫時救濟。此暫時救濟之目的乃在於保護債務人之資產完整性以及債權人的利益，避免債務人在程序尚未承認前做出減損自身資產之行為⁴⁰⁸。

暫時救濟依照其法律效果之範圍可分為法律效果較廣的集體型救濟(Collective relief)與個別型救濟(Individual relief)，前者例如對債務人的全部資產為同一處置；後者乃對債務人的個別資產、或是被個別債權人追究中的資產為處置

⁴⁰⁶ Peter J.W. Sherwin & Douglas C. Rennie (2009), *Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*, 20 AM. REV. INT'L ARB. 317, 320.

⁴⁰⁷ George A. Bermann (1997), *Provisional Relief in Transnational Litigation*, 35 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 553, 558.

⁴⁰⁸ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 80.

409。立法小組於討論是否納入集體型暫時救濟時曾面臨激烈的討論，否定暫時處分者認為在債務人的破產狀態尚未被確認前，對於其財產之使用及處分權加以如此全面之限制恐過於強烈；且各國法律中多半有防止債務人為虛偽移轉或詐害債權人的規定⁴¹⁰，即便債務人可能在程序確認前脫產亦有手段得撤銷或使其交易無效化，因此不必給予如此強烈的事前救濟⁴¹¹。支持集體型救濟者認為通常被法院命令限制的情形，代表法院認為債務人有高度破產之風險存在，未來被確認破產只是時間早晚的問題，而持前開見解者多認為當債務人欲移轉其財產，事後透過詐害債權人相關規定阻止可能已經無法挽救⁴¹²。由於上述爭議，立法小組最後決定把法院得准許暫時救濟的時間限定在「破產程序開啟後直到受承認前」這段期間；也就是當債務人的破產狀態已經被證實，且外國代表人聲請承認後，法院方得准予暫時救濟，此為爭議最小之折衷方案。至於個別成員國中既有的個別型救濟手段，並不會因為模範法的制定而受限，債權人亦得聲請法院准予針對債務人的個別資產救濟。

第 19 條第 1 項規定，自提出承認的聲請直到法院作成決定之間，法院得依據外國代表人之請求，基於保護債務人資產或債權人利益的緊急需求，為特定的暫時處分。而法院的手段包括第 1 款「中止對債務人資產的行為」、第 2 款「委託債務人或其他法院所指定之人，將債務人之部分或全部資產管理或變賣」、以及第 3 款「其他第 21 條第 1 項第 3、4、7 款之救濟方式」⁴¹³。其中，第 2 款的救濟手段限

⁴⁰⁹ Berends, *supra* note 275, at 357.

⁴¹⁰ 如我國民法第 244 條「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。」

⁴¹¹ Berends, *supra* note 275, at 358.

⁴¹² Berends, *supra* note 275, at 358.

⁴¹³ 多數見解認為條文使用“including”的字眼，代表法院之權限不限於第 19 條所列舉之項目(not exhausted)，而得依情形為合適的裁定。Gilhuly, *supra* note 286, at 64.

於「本質上或因其他情形，容易質變或貶值或處於其他危險中的資產」，並非所有債務人資產皆有適用。第3款所準用第21條的手段包括「禁止債務人移轉、妨礙或以其他手段處理自身資產」、「提供債務人方面的資訊與證據，或對證人之訊問」、「給予其他本國法所承認的其他救濟方式」。而前開救濟雖然來自第21條，與第21條之適用情形差異主要仍在於是否急迫，蓋第21條之適用前提乃債務人之程序已經被承認。而何謂急迫情形(Urgently needed)模範法並沒有定義，實行指南中也沒有詳細的說明，學者認為法院應該在「保護債務人總資產或維護債權人利益」的大原則下，依自身的裁量權進行判斷⁴¹⁴。

本條第3項規定除非暫時救濟受到法院的延長，否則當法院針對承認之聲請進行決定時，該救濟自動終止。此規範之目的乃因一旦法院承認該程序，則有第20條與第21條之救濟手段可資使用，因此前階段的暫時救濟不宜繼續存在，以免效力上與承認後之救濟牴觸；另一方面，本項也明確的說明法院的臨時救濟原則上會一直持續到承認的決定做成，也可以避免產生保護真空。倘若法院承認後尚不及依第21條下令，此中間的間隙得透過延長前處分的方式進行⁴¹⁵。而第4項明文當法院認為暫時救濟將干擾主要程序的進行，得不准予救濟。本規定雖然目的容易理解，然而學者認為法院本來就有是否同意准予暫時救濟的決定權，本條文的用語反而可能限縮法院的決定權，亦即假設暫時處分的核准會影響其他「非主要程序」或是影響主要程序中與管理無關的程序(如變賣資產)進行，法院也同樣不應該准予暫時救濟才對，故本項實無須存在⁴¹⁶。

⁴¹⁴ Claudia Tobler (1999), *Managing Failure in the New Global Economy: The U.N.C.I.T.R.A.L. Model Law on Cross-border Insolvency*, 22 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 383, 411.

⁴¹⁵ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 81.

⁴¹⁶ Berends, *supra* note 275, at 362.

第二目 EIR

如同本文先前所介紹，由於 EIR 制度採取自動承認制，因此一旦一國破產法院開啟程序，該程序將會自動被其他國家所承認；因此 EIR 不同於模範法，並沒有特別規定所謂「承認前」之暫時救濟措施。然而，當聲請人聲請開啟程序，至法院許可開啟(同時指派破產實施人)之間仍有一段空窗期，因此亦有暫時救濟以維護債務人資產之必要。EIR 中第 32 條第 1 項以及第 52 條皆能處理此段期間之問題，第 32 條第 1 項乃規定當一個程序受第 19 條承認後，該程序的進行及終結有關的決定，也會無條件受到其他程序承認，此規定特別之處在於其適用期間包括程序開始前與開始後。而第 52 條與第 32 條 1 項非常相似，也是處理債務人資產的保全，適用期間就明顯較短，限於法院裁定程序開啟前⁴¹⁷。由於第 32 條之涵蓋範圍可以包括程序開啟後，本文以下擬集中討論第 52 條，而將第 32 條之討論留待後面章節。

第 52 條稱債務人 COMI 地法院得在審查是否開啟程序之前(聲請人聲請開啟程序後)，先行指派一「暫時破產實施人」(Temporary Insolvency Practitioner)以確保債務人資產的保存，此暫時破產實施人有權請求其他成員國法院以各種方式確保或保全債務人位於該成員國內之資產。至於該暫時破產實施人的權限或手段，並沒有在 EIR 中進行規定，學者認為此時必須回歸各成員國之程序法，各國破產法院對於臨時破產實施人的聲請有裁量權決定是否駁回⁴¹⁸，不過最常見的救濟方式乃凍結債務人的資產處分權(又稱 freezing order)，以避免債務人趕在程序開啟前惡意隱匿或將資產移轉至其他國家，造成債權人的損害⁴¹⁹。而臨時破產實施人依據本

⁴¹⁷ Bork, *supra* note 283, at 628.

⁴¹⁸ Bork, *supra* note 283, at 632.

⁴¹⁹ Wessels, *supra* note 281, at 61.

條所得行使之權限，在法院做出是否開啟程序之決定後會當然停止。



第三目 各國法與評析

美國法第 1519 條對於暫時救濟進行了額外的限制，包含第 1519 條第 4 至 6 項⁴²⁰，例如法院不得為「包含警察或政府單位介入的救濟」、或法院所為的禁制命令必須同樣受到本法的程序限制，判例法下法院⁴²¹則曾表示「聲請暫時救濟的原告必須說明該救濟對其有何益處、若未准予救濟對其有何損害、該禁制令對公益而言又有何影響……」若從總體而言，本文認為美國法與模範法之差別並非重要。

在臨時救濟的部分，本文認為模範法與 EIR 兩大制度由於制度歧異甚大，因此本文聚焦的比較基準在於是否未來制度上應將暫時救濟之措施明文化？EIR 的作法乃透過第 52 條宣示暫時破產實施人有在各個成員國間請求暫時救濟的權利，然而其有「何種」權利卻可能因地而異，這將使得破產實施人的負擔沉重，蓋其必須了解各國的暫時救濟措施。而模範法下明文定義了外國代表人得聲請的救濟手段，且依多數學說見解該列舉之手段僅為例示規定，至少在操作下可以降低外國代表人之負擔，對於債務人及債權人而言，將手段訂明也有利於提升救濟的可預見性，因此本文認為在此層面而言，模範法較為可採。然而本文認為目前兩制度之暫時救濟效果上都只有個案救濟，也就是在一國內聲請並獲准後僅在該國有效；未來是否有實益規定「通案性的聲請」？也就是當債務人有不當行為之態勢時，得一次性禁止其在所有成員國間為資產的處分。然本文也認知到暫時救濟程序乃在債務人程序尚未開啟前所採取的「有罪推定」，通案性的暫時處分是否效力過重，未來也值得三思。

⁴²⁰ 11 U.S.C §1519(d)(e)(f).

⁴²¹ Winter v. NRDC, Inc., 555 U.S. 7, 20 (2008).



第二款 程序受承認後法院之主動救濟

主要破產程序經過承認後，依模範法第 20 條會產生自動的救濟，本文將於本節第二項分析；然而第 20 條的自動救濟手段可能不足、且第 20 條之救濟只限於主要程序，因此非主要程序或許在個案中有救濟需求，因此有第 21 條的主動救濟作為補充。

第一目 模範法

模範法第 21 條”Relief that may be granted upon recognition of a foreign proceeding”，其所規定的救濟手段皆屬法院權限內，得主動給予之救濟；若從這點觀察，其與第 19 條相似，然而第 19 條乃規範承認前、第 21 條規範承認後。本條稱一旦程序經承認，不論是主要或非主要程序，當有保護債務人資產或債權人利益之必要時，法院得依外國代表人之聲請准予適當之救濟。學者有將第 1 項所列舉之 7 款救濟分類，第 1 至 3 款包括「個別債權人對債務人資產所進行之訴訟行動的暫停」、「停止對債務人資產的執行」、「暫停債務人移轉、妨礙或處分其資產之能力」為一類，其共通點在於以上救濟手段都已經為第 20 條自動救濟所包含，也因此這三款最後都有「在未受第 20 條影響的範圍內」的限制，亦即此三款的存在是用來補充第 20 條規範上的漏洞，例如非主要程序中之救濟、或是債務人的主要程序尚未被承認而無從適用第 20 條等情形⁴²²。

而第 4 至 7 款包括「對債務人之資產有關事務提供證據或資訊、對證人之訊問」、「委託外國代表人或法院指定之人將債務人之財產進行部分或全部的管理或變現」、「延長法院依第 19 條准予的暫時救濟」、「其他額外救濟方式」，而法院的權

⁴²² Berends, *supra* note 275, at 368.

限並不當然限於以上 7 款，而得依據個案為其認為適宜之處置⁴²³。上開處置與第 20 條並不相同，因此不論是主要或是非主要程序，都可能適用前開救濟手段。而第 5 款模範法所賦予外國代表人的權限，僅有管理或變現而不包括分配。

第 2 項規定法院得依外國代表人的聲請，委託外國代表人或法院指定之第三人將債務人之資產一部或全部進行分配，然而前提是必須先滿足該地債權人之利益。本條乃債務人財產的「移交」(turnover)，即法院將債務人在本國的資產交由外國代表人進行分配，學者有指出本項規定影響甚鉅，蓋因債務人之資產一旦交由外國代表人進行分配，資產可能被攜至其他國家或變賣後不復存在，本國法院則對該些資產再也無法控制，因此本項救濟之結果可能損及本國債權人之利益，模範法對此要求必須在充分保障本國債權人利益的前提下方能准許⁴²⁴。第 2 項之規定要求法院保障本國債權人之利益，而與之相對的，模範法第 22 條第 1 項則規定法院准予或拒絕給予第 21 條之任何救濟時，應該要顧及債權人利益，本條所稱的債權人乃指「全體債權人」；也因此法院在為決定時應該尋求本國、外國債權人之間的平衡⁴²⁵。然而，如何達到所謂的充分保障，實存在相當模糊的空間，例如本國的優先債權人如在主要程序地變為普通債權人，是否受到充分保障⁴²⁶？留下諸多討論空間。

至於第 3 項規定法院在給予非主要程序之外國代表人救濟時，其裁量範圍應該限於位於非主要程序地之財產，蓋因數個並進的破產程序中最重要之程序乃主要程序，倘若非主要程序地法院漫無目的的准予救濟，恐將喧賓奪主使得主要程序統籌進行分配的功能損失，因此立法者希望透過本項規定限縮法院裁量權無端擴

⁴²³ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 88.

⁴²⁴ Yamamoto, *supra* note 261, at 86.

⁴²⁵ United Nations Commission on International Trade Law (2021), *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* 69.

⁴²⁶ Pottow, *supra* note 218, at 967.

張⁴²⁷。



法院主動准予的救濟並非毫無邊界，而應受到一定程度之限制，由於模範法立法時部分起草者擔憂某些國家之破產程序可能無法公正、或是受到該國政府操控，而無法中立的對待所有利害關係人，因此設計了一條類似安全港(safeguard)之規定⁴²⁸。模範法第 22 條”protection of creditors and other interested persons”規定，法院在為裁量時應該受到三個原則的拘束。第一項規定當法院准予或拒絕裁定某救濟時，應確保債權人以及其他利害關係人之利益應該受到充足的保護，本原則所稱的「債權人」如前所述應為所有債權人而非本國債權人，如此解釋方與模範法「禁止歧視」的規定相稱。其中，「其他利害關係人」的解釋應採廣義見解，包括所有因為此救濟受到有利、不利影響之人⁴²⁹。第二項原則乃法院得在個案中為個案量身打造救濟方法，增加其他適當之條件。第三項則是當外國代表人或受法院裁定所影響之人之聲請，法院得修改或終止自己之救濟，第三項之重要性在於模範法宣示了「受法院裁定所影響之人」有提出修改或終止之當事人適格⁴³⁰。舉例來說，某國法院裁定該國所有對債務人之訴訟暫停後，發現受暫停之訴訟包括債務人員工對債務人之薪資給付訴訟，此時可能由於對弱勢之特別考量，法院得應外國代表人或員工之聲請，將該薪資給付訴訟排除於暫停之範圍，使得員工債權能優先受償⁴³¹。

綜合來說，模範法第 21 條賦予法院廣泛、因案制宜的裁量權，能在個案中為各種救濟以切合個案需求；然而法院之權限若無邊無際亦可能反過來侵蝕破產程序之一體性，因此第 21 條第 2、3 項與第 22 條皆對法院加諸部分限制，特別是非主要程序地法院之命令不得對該地以外之債務人資產生效，因此模範法仍維持著

⁴²⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 89.

⁴²⁸ Berends, *supra* note 275, at 373.

⁴²⁹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 425, at 73.

⁴³⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 90.

⁴³¹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 425, at 74.



由主要程序統籌債務人資產之基調，此部分將於本節下一項進行介紹。然而本文所探討第 21 條及 22 條中，模範法所指的「足夠的保護」究竟意指為何？由於法條文本中並無定義，也導致了各國在解釋上的不一致⁴³²。

第二目 EIR

如同本文第 19 條之評析中所提到，EIR 並沒有如模範法般直接列舉法院得准予的救濟；事實上各國法院在救濟手段的選擇上，還是仰賴本國之程序規定。然而 EIR 與模範法交會之處在於這些效果的「適用範圍」，依照 EIR 第 20 條“effects of recognition”，主要程序法院所准予的救濟其效力將有普遍性，會延伸至其他成員國中，這個部分本文擬於本節第二項討論。主要程序之延伸效力不會及於次要程序；但相對而言，次要程序法院所做的決定不會有延伸效力，僅對其本國之債務人財產有效⁴³³。

正因為主要與次要程序之間有救濟效果上的排擠關係，因此 EIR 規定若主要程序能充分保護次要程序地之債權人，則破產實施人得聲請法院裁定不開啟次要程序，以達到減少破產程序數量之目的。本文認為此部分觀念上也會涉及對非 COMI 地之債權人如何保障的問題，與模範法中「充分保護」之問題本屬同一，因此擬以此部分進行介紹與比較。

EIR 第 38 條第 1 項規定當非 COMI 地之法院收到開啟次要程序之聲請後，應立即通知主要程序的破產實施人或債務人，到本國法院參與程序開啟與否之決定。第 2 項則稱若主要程序的破產實施人同意依照第 36 條對本國債權人進行承諾，則在給予本國債權人充分保障的前提下，主要程序破產實施人得請求法院不開啟次

⁴³² McCormack, *supra* note 222, at 76.

⁴³³ Bork, *supra* note 283, at 352.

要程序。學者認為由於主要與次要程序之間效力的競合，可能導致破產程序不和諧，因此 EIR 賦予主要程序較優先的權力，在確保本國債權人權利受保護下，不開啟次要程序⁴³⁴。此外，同條第 3 項規定倘若主要程序中債權人和債務人進入談判，此時為避免次要程序的開啟造成談判中斷，法院得暫停次要程序的開啟，此為模範法下所沒有的救濟手段。

至於 EIR 下如何確保本國債權人的充分保障？EIR 第 38 條第 3 項就提到，次要程序的法院得核准保護措施(protective measures)，包括要求主要程序的破產實施人、債務人不得將債務人在本國之資產移轉或處置，或其他本國法允許的手段，確保本國債權人在受充分保護前，債務人資產不會隨意移轉。此條文與模範法第 21 條第 3 項都強調了本國程序對債務人在本國之資產仍有支配力，外國(主要程序)法院必須先確保本國債權人受充分保障，方可將資產移除或分配。因此關鍵點回到何為「充分保障」？由於 EIR 中並沒有相關的定義或判準，因此歐盟法院之判決先例顯得十分有價值。

在 MG Rover Belux SA/NV 一案⁴³⁵中，主要程序破產實施人向次要程序法院聲請禁止次要程序法院處分債務人之財產(股票與交通工具)，蓋資產若在各個程序中分別變現而不一起處分，將無法獲得最大的變現價值；該破產實施人便以一齊分配「本國債權人」將可獲得更高比例之清償，說服法院本國債權人之利益受保障⁴³⁶。綜上，EIR 第 38 條規定在充分保護本國債權人的情形下，法院得不開啟次要程序，而如何認定充分保護，應比較開啟次要程序和不開啟次要程序的情形，本國債權人

⁴³⁴ Bork, *supra* note 283, at 495.

⁴³⁵ Re MG Rover Belux SA/ NV (In Administration), [2006] EWHC 1296 (Ch); [2006] EIRCR(A) 277.

⁴³⁶ Bork, *supra* note 283, at 499. 此判準背後的概念是源自美國 Chapter 11，在 Chapter 11 中有所謂“best interest”的概念，如果普通債權在重整方案下可以受分配的債權比例大於清算程序下所能獲得者，則可認為進入重整有利於債權人。

之受償比例是否至少相同或更高。



第三目 各國法與評析

美國法 Chapter 15 中第 1521 條乃針對模範法微以調整，第 1521 條第 1 項中的 7 款救濟雖然用字與模範法稍有出入，然實質上救濟內容差別並不大；不過在第 1 項第 7 款「額外的救濟」手段中，美國法針對法院的手段選擇進行了限制，有見解就認為這顯示了美國模範法仍將本國債權人之利益置於整體破產秩序的和諧之上⁴³⁷。就條文而言差別例如美國法要求法院之救濟不得包括警察力量或其他跟政府部門有關的管制手段、法院的權限範圍也不得與美國之法律相衝突，例如倘若法律基於保護特定族群之立法政策，明文停止之效果不包括某一族群對債務人之請求，此時法院亦不得以第 1521 條停止該族群進行之請求⁴³⁸，此部分本文已於第 19 條進行討論。

較值得分析的是第 1521 條第 2 項則是將模範法中的 adequately protected 改為 sufficiently protected，這樣的修正欠缺合理的原因，且若單看法條本身仍無法判斷何為「充足保護」。有認為判斷給債權人的保護是否充足，可從債權人依「美國破產法之程序」和「模範法之程序」所能獲得之分配是否有差異判斷⁴³⁹，然而此見解遭學者批評，蓋這種見解透露了一種屬地主義優先的思維，可能導致模範法之目的不達；因此所謂保護是否充足，應視本國債權人是否受到不公平的對待，倘若本國債權人與外國債權人受到的待遇公平且合理(fair and reasonable)，則可認為本國

⁴³⁷ Hannan, *supra* note 193, at 136.

⁴³⁸ 11 U.S.C. §1521(f).

⁴³⁹ 如澳洲法院在 Akers v Deputy Commissioner of Taxation 一案中，指出模範法所稱的充足保護，係指應確保澳洲本國債權人在模範法下受分配之金額應等於依澳洲本國程序分配之數額，此時法院方可依模範法第 21 條第 2 項將債務人資產交由外國代表人進行分配。McCormack, *supra* note 222, at 76.

債權人已經受充足保護⁴⁴⁰。



此外，日本模範法第 31 條第 2 項作為模範法第 21 條第 2 項之對應，其採取了法院只有在確保「債務人之行為不會對日本債權人造成不當的損害」時才可以為相關的主動救濟。有學者認為日本法下的「不當損害」意思與模範法相同，皆指本國債權人不會受到「不公平的對待」(unjustly violated)⁴⁴¹；然而也有見解將所謂「不當損害」解為，債權人依模範法與依本國法所受的相對待遇是否不同⁴⁴²。

在整理各法制下不同條文後，可見雖然法院給予救濟的方式、類型有所不同，然而皆要求對本國債權人給予充足之保護，蓋跨國破產法制是各個國家讓渡部分司法主權後的結果。至於如何判斷本國債權人受「充足保護」？比較法上主要可以分為兩種見解：第一，從「本國債權人之受償比例」判斷，倘若本國債權人在跨國間的合作下可以受到更高比例的清償，則可認為其已受充分保護。第二，從「本國債權人是否受到公平對待」判斷，此見解從程序面上，本國債權人是否與外國債權人有相同之權利、被以相同方式對待、同順位之不同國籍債權人是否在同順位受償……。兩種見解皆有其道理，本文以為文義上“Adequately protected”本就可以包括實質獲分或是程序上的公平。然而若進一步分析，所謂「本國債權人」之受償比例上升，應該從什麼角度理解？究竟是從「全體債權人」之角度(creditors as a whole)亦或「個別債權人」之角度(individual creditors)可能會有疑問。本文較支持從全體債權人角度判斷之見解，蓋法院斟酌時若個別判斷債權人是否每個人都獲得更高比例之清償，可能導致程序進行受拖累而有違模範法迅速審理之目的，特別是某些救濟具有時效性，此時法院應在最少時間內做出裁定。

⁴⁴⁰ Westbrook, *supra* note 250, at 723.

⁴⁴¹ Yamamoto, *supra* note 424, at 87.

⁴⁴² McCormack, *supra* note 222, at 77.



綜上，本文認為本國債權人是否充分保護，認定上應採寬鬆之方法，只要聲請人釋明法院之處置可以使「債務人之整體資產價值增加」，則邏輯上全體債權人之受償比例也會隨之上升，而符合此要件。然而本文也思量，若聲請人只要釋明債務人總資產變現價值提升，卻不管實際上如何分配給各國債權人，將可能導致掌握分配權力的外國代表人或破產實施人獨厚自己的程序(通常是主要程序)，而使得分主要程序之債權人看得到卻分不到。因此本文認為應輔以第二個判準也就是本國債權人是否受到不公平對待，倘若分配方案中並未歧視本國債權人，而是債權人間公平地分配，則應該認為其符合充足保護之規定。本文之見解結合比較法上之兩套判準，且盡可能的減輕聲請人在舉證上之門檻，應是貼近跨國破產法制之宗旨：迅速、公平、最大化分配之目標。

第二項 主要程序受承認後的自動救濟

本節第一項主要介紹法院得主動給予之救濟，第二項則欲分析模範法、EIR 中之自動救濟，所謂自動救濟意指該法律效果無待法院裁定自動生效，其目的主要在於使接下來破產程序可以公平、有序地進行⁴⁴³，避免債務人在程序進行中仍然面臨其他債權人的追訴或是可以將資產自由移轉，導致法院在釐清債務人資產上遭遇困難；然而也因為這些自動救濟之效果強烈，有統一之必要，因此只有在主要程序經承認時才會自動發生。關於本項之內容，模範法相關之規定在第 20 條而 EIR 之規定也在第 20 條。

第一款 模範法

如前言所述，自動救濟手段之目的在於確保後續程序可以有序、公平之進行，

⁴⁴³ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 83.

而因此救濟效果的「立即發生」十分重要，蓋若主要程序確立後，法院仍花費許多時間決定救濟手段，恐使得債務人之總資產減少、債權人所得之判決實效性低⁴⁴⁴。而模範法目前之規定，一旦主要程序之地位經承認，則該程序地進入自動救濟的狀態，相當於債務人在本國開啟破產程序所產生的停止。該停止之效果始於主要程序經承認，終於法院命令將其修改或終止。

模範法第 20 條“Effects of recognition of a foreign main proceeding”主要規範主要程序經承認後的自動法律效果。第 1 項即包含了 3 款不同之效果，第 1 款「暫停涉及債務人資產、權利、義務的所有個別行動或程序」，其目的在於暫停所有債權人對債務人的個別請求行為，將債權人受清償的唯一手段限於「尋求集體的破產程序」⁴⁴⁵，因此透過本款可以避免債權人爭相競逐對債務人進行訴訟並獲得分配，更能夠將所有債務人資產集中由破產法院進行審理與分配。有見解認為此處的「行動與程序」應該要採廣義解釋，包括仲裁程序或其他法庭外債權人所為的執行行為(enforcement measures)，如此解釋方可與本條目的相容⁴⁴⁶。第 2 款「暫停對債務人資產的執行」則是為補充第 1 款，蓋債權人的「行動」文義以觀可包含對債務人的執行行為，然為避免適用上有模糊且由於暫停執行屬於重要之救濟手段，因此將特別將第 2 款明文。第 3 款「限制債務人移轉、妨礙或其他處置財產之行為」，則是避免債務人藉故進行脫產之行為。此外，如債務人有違反本條第 1 項之限制，其處罰規定如何模範法並無明文，此乃立法者有意交由各成員國在內國法化時自由立法形成⁴⁴⁷，然各國在制定處罰時應該要以恢復債務人不當移轉資產所造成之債權人損失為原則。至於本條自動救濟之範圍僅限於主要程序地，非主要程序地如同樣有暫停債權人行為、限制債務人處分財產之必要時，法院應依模範法第 21 條加以

⁴⁴⁴ Berends, *supra* note 275, at 363-364.

⁴⁴⁵ Berends, *supra* note 275, at 364.

⁴⁴⁶ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 425, at 60.

⁴⁴⁷ IAN F. FLETCHER (2005), *INSOLVENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 466.

核准。



文獻探討上有討論是否明文將優先債權人(secured creditors)對債務人之行為排除於本條之適用，惟最終決定將本條是否排除優先債權人交由各成員國決定，各個成員國得在第 2 項排除特定債權人受本條之規範⁴⁴⁸。第 2 項之目的在於平衡債務人之經營與債權人保護，蓋債務人之破產程序若是以重整為目的，則即便其進入破產程序，部分國家仍允許其經營基本業務；此時若債務人同時受到第 1 項限制將導致其更生之困難，因此模範法立法者有意使各國透過第 2 項自行決定在何種限度內允許債務人管理其資產，例如成員國可以排除日常經營行為。

第 3 項規定受本條所暫停之權利人，如有為保存其權利之必要仍得向法院請求聲請開啟程序或採取必要行為。本條之目的在於避免債權人之權利罹於時效，蓋部分成員國中時效的中斷取決於債權人之請求⁴⁴⁹，因此為避免其債權罹於時效，本項乃提供債權人起訴之權利以保全自己的債權，惟一旦起到時效中斷之效果，債權的實現仍應回到破產集體程序中進行分配。而第 1 項即便暫停了債權人跟債務人部分的行動，仍不妨礙外國代表人在其他國家聲請開啟程序或債權人在該程序提出其債權，規定在第 4 項。

第二款 EIR

相較於模範法，EIR 中也有關於主要程序受開啟後的自動效力，然而其規範態樣卻有很大的差別。第 20 條“Effects of recognition”中，第 1 項明文一旦主要程序開啟後無需其他形式要件，主要程序國所生之一切效果都會自動對其他成員國亦

⁴⁴⁸ Berends, *supra* note 275, at 365.

⁴⁴⁹ 例如我國民法第 129 條：「消滅時效，因左列事由而中斷：一、請求。二、承認。三、起訴。(第 1 項)左列事項，與起訴有同一效力：一、依督促程序，聲請發支付命令。二、聲請調解或提付仲裁。三、申報和解債權或破產債權。四、告知訴訟。五、開始執行行為或聲請強制執行。(第 2 項)」

生效，也就是主要程序對債權人、債務人的任何限制都會擴及至其他成員國，此稱為“Extension Model”⁴⁵⁰，本文譯為主要程序的「延伸效力」，其立法目的在於盡可能達到普及主義由一個法院管理所有債務人資產之精神，使主要程序國所發生的法律效果在所有成員國中發生⁴⁵¹，因此主要程序國之實體法律效果和程序性的規定將一概適用到其他國家。

而「延伸效力」並非毫無限制。首先，依照 EIR 第 8 條，程序開啟所生的效力不當然及於有擔保債權人(*rights in rem of creditors*)，因此有擔保權人在主要程序開啟後仍得行使其權利。其次，依照第 20 條第 1 項後段，延伸效力將不及於次要程序國之債務人資產，此乃考量到次要程序可能有保護其本國債權人之必要。關於上述之限制，本文以為自動效力排除有擔保債權人乃立法政策考量其利益和受清償之信賴較普通債權人更高，因此應優先保護，蓋擔保債權本質上就是債務人以自己財產作為債權人受償之保證；倘若擔保債權人必須等到將債權人資產統一變現後才由法院分配，可能使得擔保交易所表徵的安定性降低，從而使得擔保交易變得困難，模範法中也同樣允許各國立法排除擔保債權人適用暫停之規定⁴⁵²。而次要程序之排除考量到本國債權人利益，然而如允許次要程序自行進行管理與分配，同樣影響破產程序之運作，因此 EIR 立法者在態度上傾向減少次要程序的開啟，也因此第 38 條中有規定如法院認為本國債權人已經受到充分保護，可裁定不開啟次要程序，由主要程序統一進行資產的管理與分配⁴⁵³。

EIR 的制度與模範法的顯著區別，就在於自動承認的效力範圍，在 EIR 下廣泛至所有成員國、而模範法下僅限於主要程序地，其中的差別主要在於 EIR 同時

⁴⁵⁰ Wessels, *supra* note 281, at 62.

⁴⁵¹ Virgos, *supra* note 381, at 97.

⁴⁵² Bork, *supra* note 283, at 269.

⁴⁵³ 然而，主要程序與次要程序並非完全獨立進行，中間仰賴程序間的合作與溝通，本文將在本章第 4 節進行介紹。

處理了準據法選擇的問題，因此當主要程序開啟同時作為準據法適用，各國就必須依照主要程序國之法律審理⁴⁵⁴。此外與模範法不同者，EIR 沒有規定主要程序開啟後有哪些自動救濟的效果，此部分完全交由程序開啟國之破產法決定，學者就指出常見的法律效果包括限制債務人的權利(divestment of the debtor)、破產實施人的權力以及個別債權人執行行為的停止等⁴⁵⁵。就限制債務人處分資產的角度，以及停止債權人個別的行動而言，各國破產法應與模範法之運作結果類似。

第三款 各國法與評析

美國法 Chapter 15 中，第 1520 條則將其破產法中諸多的條文直接引入，例如第 1 項就將破產法第 361 條⁴⁵⁶保護債務人、第 362 條⁴⁵⁷自動停止之規定納入，此部分之立法與模範法精神相似，也旨在提供債務人喘息的空間，避免債務人在破產程序開啟後仍需頻繁應訴或是支應大量的訴訟成本，使得公司財務更加嚴峻；另一方面對債權人而言，由集體的破產程序審理所有債權人之債權也可謂公平⁴⁵⁸。同時，針對債務人財產的移轉，第 1520 條也準用美國破產法第 363 條、第 549 條以及第 552 條⁴⁵⁹，此三條乃針對債務人於破產程序中資產移轉之限制，與模範法第 20 條第 3 款的資產處分限制目的相同。

即便大多數國家將模範法內國法化時，都會採納第 20 條自動救濟之條文，然而日本、韓國在將模範法內國法化時卻尋求另一種方式。日本外國程序承認法第 25 條⁴⁶⁰指出法院如認為達成跨國破產程序承認及協助之目的，得在利害關係人聲請

⁴⁵⁴ Wessels, *supra* note 281, at 63.

⁴⁵⁵ Bork, *supra* note 283, at 354.

⁴⁵⁶ 11 U.S.C §361.

⁴⁵⁷ 11 U.S.C §362.

⁴⁵⁸ Gilhuly, *supra* note 286, at 100.

⁴⁵⁹ 11 U.S.C. §§363, 549, 552.

⁴⁶⁰ Act on Recognition of and Assistance for Foreign Insolvency Proceedings, Article 25.



後，核准暫停之命令；韓國債務人重整與破產法第 636 條⁴⁶¹則明定法院得在承認外國破產程序後為暫停債權人對債務人財產之執行以及訴訟，並禁止債務人對個別債權人進行清償或處置己身資產。即便其在法律效果上，對於債權人、債務人方面的限制都與模範法類似，差別在於其救濟並非自動發生，而是強調法院得在利害關係人的聲請下裁量給予。日、韓兩國不納入分別有不同之理由：日本部分有學者指出立法者在審慎思辯後決定不採自動救濟的原因在於，自動救濟的效果非常強烈，可能導致法院在審理是否承認程序時過於謹慎而造成滯延，此反而與模範法要求的簡單、迅速承認有違⁴⁶²。至於韓國法並無相關規定似乎是一種立法上無意的留白，依學者之見解由於韓國債務人重整與破產法第 5 章並沒有針對主要程序、非主要程序加以定義並區分法律效果，因此模範法第 20 條以主要程序為適用前提的規定，在韓國破產法中就沒有加以適用，而是採取無論何種程序，只有法院裁定核准才可以救濟的情形⁴⁶³。不過也有其他學者認為韓國法下不採自動停止之規定，目的在於韓國立法者希望外國程序的承認，應該交給較為專業的法院管轄(其預設為首爾地方法院)，在較為專業的法院審查後，再將後續的法律效果留給各地方法院進行決定⁴⁶⁴。本文認為或許韓國與日本之決定，共通點都在於希望儘速解決「承認」的問題，而將「救濟」之速度擺在第二順位。

整體而言，本文以為觀察比較法後可以發現在自動救濟的範圍上，光譜由保守到寬鬆分別為日本與韓國之制度、模範法、EIR。前者強調無論何種情形，停止之救濟都應該交由法院決定，次者則規定主要程序一經承認會自動發生，而範圍限於主要程序地，後者強調主要程序一經開啟，暫停之效果會普及於各成員國，然而在少數例外範圍內排除自動暫停之適用。學者觀察後認為日本、韓國在採納模範法時，

⁴⁶¹ Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act, Article 636.

⁴⁶² Yamamoto, *supra* note 261, at 83.

⁴⁶³ Rim, *supra* note 266, at 11.

⁴⁶⁴ McCormack, *supra* note 222, at 82.



對於「承認」後的法律效果抱有抵禦的態度，似乎是站在保護本國程序之立場⁴⁶⁵，避免因為程序的承認而使得外國程序之效力擴及於本國程序。然本文認為日韓兩國對承認後救濟的抗拒顯得理由不足，蓋「承認」制度之目的並不在承認本身，而在於程序經承認後所衍伸的法律效果⁴⁶⁶，在模範法的架構下就是「救濟」與「合作」，如果為了求迅速的「承認」卻拖延了後續的法律效果，則本文以為有本末倒置之嫌。此外，如依照模範法之規定，自動救濟之效果僅發生於主要程序地，則若以日、韓為主要利益中心地之公司進入破產，自動救濟制度反能幫助該公司獲得喘息，倘若以「幫助公司再生」為目標而言，更應該採此迅速救濟的制度。

至於 EIR 與模範法制度之比較，本文以為就普及主義的理想而言，用同一套標準、一個程序解決所有破產相關的紛爭必然是最終努力的目標；然而，現況下模範法作為普及主義的一種嘗試，只把規範範圍限縮在程序規定上，反之 EIR 處理了準據法的問題，也因此 EIR 可以將主要程序地之實體法、程序法規定適用到其他國家上。本文認為長遠而言，EIR 之制度更貼近一人一破產之願景，惟模範法與 EIR 在政治現實考量上有背景上的差異，未來我國參考時也應將此納入考量。

第三項 小結

本文於本節中主要探討跨國破產法制下的「救濟」有哪些？蓋法院所給予的救濟不只是有利於債權人公平受償，更是要救濟債務人在財務困難的期間免於應訴之煩，對於有重生可能之企業除了一邊進行債權的報明外更是要一邊將業務繼續運作下去，因此有哪些救濟手段可以保護債權人、也保護債務人就非常重要。本文首先將法制上的救濟分為法院主動核准者(Discretionary)以及法院不必主動核准就

⁴⁶⁵ McCormack, *supra* note 222, at 94.

⁴⁶⁶ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 29.



自動生效者(Automatic)。

第一項關於法院的主動救濟，又可以依照救濟在核准前或後而分成承認前(程序開啟前)的救濟，以及承認後(程序開啟後)的救濟，兩者在本質上類似，都是在避免債權人對債務人窮追猛打、以及避免債務人藉機脫產危害債權人；然而承認前的救濟由於程序尚有不明朗之處，法律上不宜給予法院過多權限以免限制債務人之營業自由，因此法院權限在範圍上小於承認後之救濟，然在手段選擇上兩者具有相似性。對此，本文分析 EIR 以及模範法後，認為模範法之優點在於將法院之手段列舉但不窮盡的置於法條中，此舉有利於法安定性的提升，相對的 EIR 則概括的交代破產實施人得請求法院為任何得以保全債務人之處分，不過在實際運作上本文認為差別並不大。

第二項則是關於主要程序一經承認後(或開啟後)所產生的自動救濟，此種自動救濟之目的在於，能在辨識出主要程序後暫停債權人與債務人之行為，將爭議與個別行為回歸破產程序中進行，因此為達到有序、公平審理之目的，有立即暫停相關人等行為之必要。在此點上模範法之自動救濟規定效力範圍限於主要程序地，然而 EIR 由於同時處理了準據法選擇的問題，因此可以將主要程序地之法律一併擴及到其他成員國中，惟次要程序中的債務人財產不受限制。最後，日本、韓國兩國在將模範法內國法化的過程中，基於種種因素將自動停止之法律效果排除於條文，因此若要暫停相關人等之行為，必須要經由法院的主動核准；然而本文批評認為此抵禦並無正當理由且可能對本國債權債務人不利，”Race to the Court”這種先到先贏的競逐可能會發生在上述兩國，而使得破產程序的運作受阻。本文在分析比較法上的不同制度後，認為 EIR 之制度更符合普及主義之理想，透過一道程序解決所有問題，然而本文目前也對於「主要程序地法院之救濟效果要如何自動適用到其他成員國」產生實際運作上的疑惑，而本文認為這可能就跟下一節「關於跨國破產法制之

合作」有關係，透過程序與程序間的合作，將普及主義之精神落實。



第四節 跨國破產程序之合作

跨國破產程序合作之目的在於「促使多個程序間皆能做出最合於目的之決定」⁴⁶⁷。本文在前面三節已經從「進入」、「承認」、「救濟」的角度介紹跨國破產法制之規定，然而跨國破產法制之願景如要實現，則有賴程序與程序間、程序與破產實施人或相關程序參與人之間的合作⁴⁶⁸，蓋沒有明確規範，則跨國破產法制所確立的原則以及法律效果(如自動停止)將無法順利串連到各個程序中，可能使得跨國破產法制欠缺一致性與可預測性。

第一項 程序參與者之間的合作與方式

本文第一項為程序參與者間的合作，蓋程序間的合作不只有法院與法院的合作，也包括法院與外國代表人、或本國破產相關程序之執行者與外國法院等。例如模範法第4章章名為”Cooperation with foreign courts and foreign representatives”，就把合作的對象涵蓋到外國代表人，因此本文在以下的討論也使用較為廣泛的概念。

第一款 模範法

模範法第25條”Cooperation and direct communication between a court of this state and foreign courts or foreign representatives.”，其目的在於促進法院間的合作。第1項規定法院應(shall)在最大可能程度內與外國法院或外國當事人合作，法院得採直接或間接的方式。本條在立法時曾在用語上要採「得」或是「應」而有深入討論，

⁴⁶⁷ McCormack, *supra* note 181, at 277.

⁴⁶⁸ Ronald J. Silverman (2000), *Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 6 ILSA J. INT'L & COMP. L. 265, 270.

採「得」之優點在於避免加諸法院過大之壓力而使各國不願意採納；然而基於模範法之目標乃在促進跨國間的合作，立法小組仍採「應」之用語，使本國法院有義務與外國法院、外國當事人或其他外國程序之有權代表合作，然而本項加上了「最大程度內」(To the maximum extent possible)，作為折衷⁴⁶⁹。此「最大程度可能」之規定乃考量到法系之間的差別，蓋在大陸法系國家之下法院如要聯繫外國法院，必須要有立法明文授權否則可能違法，此問題在普通法系國家較未出現，因此「最大程度可能」之用語即是要求本國法院在不違反本國規定的前提下，有義務與其他程序進行合作⁴⁷⁰。第 25 條第 2 項則是為縮短合作所花費的時間，因此規定法院得「直接」向外國法院或代表人請求合作或資訊，同時也避免院際合作的手續太複雜而降低法院的誘因⁴⁷¹。第 26 條則與第 25 條具有相似性，後者是處理模範法成員國之「法院」與外國法院、代表人之間的合作，前者則是處理成員國之「重整人、清算人等程序代表人」與外國法院、代表人之間的合作。

第 27 條“Forms of cooperation”則列舉了成員國之間可以為何種形式的合作。本條制定之目的在於提供成員國指引，蓋在沒有法律明文的情況下，部分成員國因為法律規範不足、沒有前例可循對於應如何合作欠缺想像⁴⁷²。正因為本條目的只在與提供指引，因此成員國間的合作手段當不限於本條所列的六種方式，更可以包括其他有適於彼此合作的手段，例如成員國間合意撤銷或終止某一國之程序，達到將程序單一化的效果⁴⁷³。本條第一款允許成員國法院指派特定人依法院之指令行事、第二款則涉及法院間資訊的交換與互通，惟值得一提的是，實行指南與學者都有提到，該資訊的交換仍應受制於成員國本身有關取得資訊之法令，例如隱私權保

⁴⁶⁹ Berends, *supra* note 275, at 380.

⁴⁷⁰ Berends, *supra* note 275, at 380.

⁴⁷¹ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 425, at 80.

⁴⁷² United Nations Commission on International Trade Law (2010), *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* 17.

⁴⁷³ United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 109, at 98-99.

護之相關規定⁴⁷⁴。第三款允許成員國可以共同協調債務人財產的管理與監督，由於債務人資產的管理與保全至關重要，因此本款在實務上甚為有用；然而有認為第三款並沒有說明如何共同管理或監督，因此成文法國家在操作本條時可能因為無具體指引而無所適從。第四款則是讓法院可以批准或實施有關合作的協議、第五款讓複數法院可以協調同一債務人的多項程序如何進行。

第二款 EIR

EIR 有關破產實施人、法院間合作的規定有兩處，第 41 條至第 44 條有關複數程序如何合作與協調、以及第 56 條至第 60 條關於同一集團破產之合作與協調，兩處之條文雖然都涉及合作與協調，然而前者程序之重點更著墨在「破產程序中如何有效管理、分配債務人資產」，而後者著重於「破產程序中集團綜效(Synergies)應如何被最大化⁴⁷⁵」，本文基於全文之主軸與比較對象為模範法，該法並無集團破產之條文，故僅就前者探討。值得注意者，EIR 在合作的規定中皆有區分「次要程序」與「主要程序」做權利義務的設計，也可以見其設計理念強調所有次要程序的進行都是為了更好的推動主要程序。

EIR 第 41 條主要在規範主要程序與次要程序中的破產實施人應合作。如同模範法，EIR 強調合作之形式不限於法條所列舉，且合作必須不違背任何程序所在國之法律。同條第 2 項則列舉了幾種合作之情形：包括將資訊與其他破產實施人交換、嘗試合作找出債務人是否有更生之可能，以及更生之計畫、合作處理關於債務人財產的管理與變賣。

⁴⁷⁴ Berends, *supra* note 275, at 383.

⁴⁷⁵ Bork, *supra* note 283, at 520.更精確地說，第 41 條至第 44 條規定之目的有二：第一是有效率的調度(deployment)債務人資產；第二，從債權人的角度而言，合作之規範要能夠讓所有債權人能公平、有效參與所有程序。



第 42 條則是關於法院與法院間的合作。本條第 1 項提到為促進主要程序、次要程序間合作，法院在受理程序開啟之聲請時、或已經開啟程序後，都必須與其他法院合作。此條文與模範法第一個不同處，在於本條強調法院間在「開啟程序前」也需合作，蓋為避免選購法院、或是濫開複數程序，當聲請人聲請開啟次要程序時，各該法院就需要討論「該次要程序是否有開啟之必要、開啟後之問題如何處理」此為模範法所無⁴⁷⁶。本條第 2 項則規範了法院及其代表人間，得直接的溝通並直接請求資訊，此部分與模範法相同。第 3 項則列舉了法院間可能的合作形式，但與模範法相同，法院之合作手段不限於此 5 種。這些手段包括共同指派破產實施人，例如指派同一破產實施人處理同一債務人不同程序間之事務、或是資訊間的共享、債務人財產之管理與監督、與聽證有關事項之協調，例如不同法院間得共同舉行聽證(以網路連線之方式)、最後則是必要時得合作與債務人做成協作協議(protocol)⁴⁷⁷。

第 43 條則提到破產實施人與法院間的合作關係。第 1、2、3 項分別規定主要程序破產實施人、次要程序破產實施人，在有其他次要或主要程序受聲請開啟時，或是程序已開啟在進行中時，要向該程序地法院聯繫並尋求合作⁴⁷⁸。其中較值得提及者，乃本項最後加上了破產實施人與法院的合作除不得違背該國法另外，也不得有任何的利益衝突。

第三款 各國法與評析

關於各國實施模範法的近況，本文想特別點出日本法與韓國法之情形，蓋此兩國在納入模範法時，將模範法第 25 條作了相當程度的修正。首先，日本法並未採納模範法第 25 條關於法院與法院之間的合作，依學者之見有幾個理由：其一，法

⁴⁷⁶ Wessels, *supra* note 281, at 101.

⁴⁷⁷ Wessels, *supra* note 281, at 101-102.

⁴⁷⁸ Bork, *supra* note 283, at 563.

院與法院間之合作並非最必要的合作模式，蓋對於案件最知之甚詳、有充分資訊的人是破產代表人，因此破產代表人之間的合作具有實益，反過來說法院之間是否有合作的必要值得可疑⁴⁷⁹。此外日本法未納入第 25 條不當然代表法院沒有權利與其他法院合作，蓋在必要情形下法院本有權力(inherent power)與其他法院合作⁴⁸⁰。承上理由，日本法欣然接受模範法第 26 條關於跨國破產代表人之間的合作，蓋破產代表人的合作對跨國破產制度的運作重要且已經充足，而合作方式則亦參考模範法第 27 條，特別是代表人間資訊的相互流通對於跨國破產案件甚為有助。

而韓國之情形與日本相似。韓國的《債務人重生與破產法》第 641 條部分採納了模範法第 25 條，卻將該條之適用範圍加以限縮，最明顯之差別在於合作之前提。模範法規定在「最大程度範圍內」法院要與彼此合作；然而韓國版的模範法僅說「法院在符合以下事項時應合作」，採取正面列舉之立法模式，也限縮了韓國法院與其他國家法院合作的可能。對此，學者也認為韓國和日本採舉一樣的見解，也就是破產程序的合作由破產代表人為之，會比法院對法院的直接合作更來的有效率，因此限縮法院間的合作並不會有大礙⁴⁸¹。然而值得一提的是，在韓進海運集團破產案發生後，首爾地方法院在 2017 年曾有過與美國紐澤西地方法院的直接電話會議(conference call)，該會議後美國破產法院同意該案的破產管理人將現金取回韓國⁴⁸²。且為了強化跨國的破產合作，首爾地方法院也與紐約破產法院、新加坡最高法院等司法機關簽訂合作備忘錄(memoranda)⁴⁸³。可見儘管韓國債務人重生破產法第 641 條將模範法第 25 條加以限縮，並未對其跨國合作產生實質阻礙或影響。

⁴⁷⁹ Yamamoto, *supra* note 261, at 90.

⁴⁸⁰ McCormack, *supra* note 222, at 85. 作者有提到研究指出儘管日本並未採納模範法第 25 條，但東京地方法院亦普遍的同意提供跨國信託受託人、自管破產人(DIPs)必要之援助，不因為沒有法條依據而不能為合作。

⁴⁸¹ McCormack, *supra* note 222, at 86.

⁴⁸² Rim, *supra* note 266, at 28.

⁴⁸³ Rim, *supra* note 266, at 28.



第二項 小結

跨國破產程序合作的終極目標，旨在追求多個跨國破產程序在效度與效率上能有所提升。而學者將程序與程序間的合作分為三個不同程度，最基礎的合作，例如程序間彼此的互相承認，以及給予其他程序的代表人進入本國程序的適格；第二層次的合作，外國之代表人得向本國程序請求部分的救濟或指令；第三層次的合作，外國法院所為的裁定可以直接在本國執行⁴⁸⁴。關於第一層次與第三層次的部分，皆已為本文前三節所涵蓋，本節則專注在討論第二層次，即一國之破產代表人、法院可否與他國之代表人、法院進行合作？而合作之手段又有哪些。

本文研究發現模範法與 EIR 之規定大致相同，皆有法院對法院、法院對破產代表人(實施人)、代表人對代表人之合作，並進一步列舉合作之形式，而該列舉之手段僅供當事人參考而無限制當事人之用意。其中 EIR 之規定更加細緻，尚提及程序開啟前的合作，不過整體而言由於模範法使用的文字較為抽象且概括，因此本文以為模範法與 EIR 在上開當事人合作之具體運作上，並不會有太大差別。惟較有不同的是，日本與韓國兩國在將模範法納入本國法時，皆針對模範法第 25 條法院與法院的直接合作部分加以修改，其核心理由在於法院間的直接合作並不頻繁也非必要，蓋對於破產案件最關心且最了解者乃破產代表人。本文以為上開理由並不可採，蓋因從模範法「合作」相關規定之目的出發，立法者當然應該盡可能賦予多種不同可能的合作管道供個案採取，例如在破產代表人消極不聯繫、或是不求取法院認為審理的重要資訊時，仍應該提供法院手段請求資訊，或以其他方式合作。即便日、韓兩國在實務運作上案例不多，儘管實務上透過法理或其他方法而實質達成法院對法院的合作，不過本文以為此更證明法院間有合作之情形與必要，未來我

⁴⁸⁴ McCormack, *supra* note 181, at 275.

國法制上應增加法院間合作之明文。



第五節 跨國破產實例——以雷曼兄弟破產為例

透過本文前四節之說明，應可理解模範法與 EIR 之抽象法規範與精神，惟該條文或精神如何運用在實際個案上，似仍有未明。故本文第五節將以雷曼兄弟控股公司(Lehman Brothers Holdings Inc.)的破產為例，期能釐清模範法的這些抽象法規範如何在個案中具象化。

第一項 雷曼兄弟案之背景

雷曼兄弟控股公司(下稱「雷曼兄弟」)在 2008 年乃是全美第四大的投資銀行，然而 2008 年美國因監理不當發生次貸風暴，雷曼兄弟受其影響而於同年申請破產，使得美國本土的次貸危機擴大成全球系統風險，造成全球金融體系的衰退，後人用金融海嘯還形容，而雷曼兄弟的破產可以說是本次金融海嘯中最大的一張骨牌⁴⁸⁵。然而雷曼兄弟的債務清理並非容易，蓋作為遍布世界的銀行，雷曼兄弟在全球超過 40 個國家有據點、並在美國海外有超過 650 個營業所，其債權人遍及全世界；經統計雷曼兄弟的破產程序在全世界一共有超過 75 個(包括我國在內)，並選任了超過 16 名破產管理人，各國法院準據法的選擇超過 9 種，可見要對種大型跨國企業進行清理並非易事⁴⁸⁶。

一開始對雷曼兄弟進行債務清理最大的困難，在於雷曼兄弟有許多子公司(subsidiaries)，因此如把每個子公司看做一個單獨的破產債務人，則將會有世界各地之法院可以作為主要程序，例如雷曼兄弟國際歐洲公司(Lehman Brothers

⁴⁸⁵ 中央銀行(2018)，美國投資銀行雷曼兄弟(LehmanBrothers)破產 10 週年之回顧與展望，存款保險資訊季刊，第 31 卷第 4 期，頁 28-30。

⁴⁸⁶ Altman, *supra* note 33, at 464.



International Europe, LBIE)、或是雷曼兄弟日本公司(Lehman Brothers Japan, LBJ)而使得程序形成多頭馬車⁴⁸⁷。各國⁴⁸⁸為了有效率的處理雷曼兄弟破產案，選擇以協作協議(Protocol)的方式，由有意願之國家參與締結協議，並在協議中大量援引模範法之條文與修正式普及主義之精神，約定共同進行雷曼兄弟之債務清理⁴⁸⁹。雷曼兄弟的協作協議⁴⁹⁰(下稱「本協議」)中提到，本協議之最大宗旨在盡可能降低成本並最大化全體債權人所能獲分之資產，而為達此目的本協議羅列七大手段⁴⁹¹：協作(Coordination)、溝通(Communication)、資訊的共享(Information and data sharing)、資產保護(Assets preservation)、訴追的妥協(Claims reconciliation)、最大化受償(Maximize Recoveries)、國際禮讓(Comity)。本協議雖無法使所有雷曼兄弟之債權人加入，但至少吸引了 16 個國家參與，遍及美洲、歐洲、亞洲，是有史以來第一個多邊的跨國破產協作協議。

第二項 本協議之具體規定

首先，基於公平對待債權人原則，模範法第 14 條要求本國法院必須像通知國內債權人一樣，通知國外債權人，且該通知原則上必須是「個別通知」而不能以公告之方式進行。因此本協議採取「Email」通知之方式，並透過合作的方式要求各程序的破產管理人必須協助通知該國之債權人⁴⁹²。論者指出 Email 通知不失為現代

⁴⁸⁷ Anthony V. Sexton(2011), *Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation*, 12 CHI. J. INT'L & COMP. L. 811, 811.

⁴⁸⁸ 參與的國家包括澳洲、瑞士、德國、荷蘭、盧森堡、香港、新加坡、美國等。

⁴⁸⁹ 值得說明的是，本案並不是靠模範法本身處理，而是參考模範法的條文去訂一個協議；這是因為參與國中有很多沒有採納模範法、或模範法之規範有所修改導致不一致，因此才需要另訂協作協議。然而由於協議中的基本規範與精神都參考模範法，因此本文認為仍可以將此案例放在本文中做為「模範法如何處理跨國破產案件」之參考。Altman, *supra* note 33, at 476-478.

⁴⁹⁰ Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, at 2. (Refer to as “Lehman Protocol”) 本協議之檔案可以在 www.lehman-docket.com 網站中的“key documents”中找到。

⁴⁹¹ Lehman Protocol, *supra* note 490, at 3.

⁴⁹² Lehman Protocol, *supra* note 490, at 3.

社會中，一個對所有債權人公平且迅速之通知手段⁴⁹³。此外，本協議建議破產代表人間應彼此協調，盡量在可能的前提下統一通知的程序，例如將報明債權的最後期日統一，此將使得各程序間得以相同之步調進程序審理、給予債務人抗辯或否認之機會，以利債務清理的協調進行⁴⁹⁴。

接著，本協議確保了所有外國代表人、外國債權人參與程序之機會，此乃模範法第9條至第13條所揭示的原則。並且本協議在此基礎上，約定外國代表人如無法親自到本國參與程序，其仍得在自己之國家透過書面意見與本國法院進行溝通⁴⁹⁵。資訊的流通與取得對進行跨國破產案件至關重要，以免A、B程序間進行無必要之重複審理⁴⁹⁶；關於合作之重要性，模範法第27條已有規定。本協議參考模範法之規定約定外國代表人有義務使代表人彼此間資訊互通，且須將任何程序進行的新進度告知彼此，特別是在本國已經公開之資訊，代表人不得不合理的拒絕提供資訊。而分享的資訊包括有關債務人營運、資產的資訊，但代表人分享時對於某些秘密資訊(privileged information)得拒絕提供⁴⁹⁷。

本協議最重要的，有關清償債務之規定(Claims)，基於平等對待債權人之原則，當同一債務人有複數個破產程序進行時，同一債權人之債權只能在一個指定的程序進行申報⁴⁹⁸，此程序通常是債務人之主要利益所在地程序。此規定是為了避免同一債權人到複數程序分別申報債權而獲得重複清償，即便本規定之意旨理所當然，但在實務上執行起來，若全靠程序間的溝通，確實很可能發生複數法院重複清

⁴⁹³ Altman, *supra* note 33, at 482.

⁴⁹⁴ Lehman Protocol, *supra* note 490, at 8.

⁴⁹⁵ Lehman Protocol, *supra* note 490, at 3.

⁴⁹⁶ 例如債務人位於A國之某財產早已不堪使用而無價值，B國法院卻因不清楚該資訊而花費心力對該財產進行認定。

⁴⁹⁷ Lehman Protocol, *supra* note 490, at 4.

⁴⁹⁸ Lehman Protocol, *supra* note 490, at 7.

償同一債權人之情形⁴⁹⁹。此外，如部分債權人已經先行受清償，則透過破產代表人之間的溝通協調，法院在裁判時必須據以為調整分配，此制度乃避免特定債權人受有比同順位者更高比例之清償，但如同本文所強調，此協議的順利履行必須仰賴法院、代表人間的不斷來回溝通與資訊的更新⁵⁰⁰。

至於具體的應用，由於美國紐約南區破產法院在雷曼兄弟案中被認為是主要程序，因此其他地區、國家之程序都屬於非主要程序。而紐約南區破產法院即在雷曼兄弟案中與英國、德國、香港、荷蘭等法院都有進行合作與溝通，透過信息共享的方式也讓外國之破產管理人得及時了解美國法院之決策，使得複數個程序間在審理上可以保持進度的一致。而這樣法院間的合作也減少各國重複訴訟或清償的可能，使得債務人資產得公平、有效的進行分配。

⁴⁹⁹ Altman, *supra* note 33, at 488.

⁵⁰⁰ Altman, *supra* note 33, at 488.

第五章 走向國際——我國法之展望



跨國破產法制的發展如火如荼，在這二十多年的進程中除了模範法的提出並為各國採納外，歐盟部分也提出屬於自己的破產指令，可見在全球化浪潮下跨國破產問題已不得忽視。然而跨國破產案件似乎尚未納入我國立法者的視野，我國現行破產法仍以傳統的屬地主義出發，將我國債務人於我國之財產，限於我國法院裁判方可處分、分配；另外也沒有其他允許外國法院和我國合作、聯繫之規定，可見破產法在視角上完全欠缺跨國破產之概念，已有不妥。本文於第一節將會先分析我國現有的條文，包括現行《破產法》之規定、以及尚未通過之《債務清理法》草案，評論新法草案是否將跨國破產之爭議納入。第二節本文分析破產法、債務清理法兩部法律後，將進一步提出意見，包括兩部法律條文未來之修正方向，本文也建議我國將模範法納入作為我國成文法。

第一節 我國破產法及債務清理法草案對跨國破產之規定

我國破產法制定於民國 24 年，運行至今經歷了 4 次修正，然其規範視角不脫單一主體(自然人或法人)在我國之破產案件。而自制訂以來，我國之社會結構與經濟活動已有巨變，這部破產法已經逐漸失去其功能，因此司法院自民國 82 年起廣邀學者與實務專家組成破產法研究修正小組，進行破產法的全盤修正⁵⁰¹。本節擬爬梳現行破產法之規定，並試圖從模範法對破產審理的四大重點分別進行比較，推論出現行法對於跨國破產案件之處理已屬過時⁵⁰²；接著討論債務清理法草案是否有納入跨國破產之相關規定，期能較完整的爬梳我國現行規定並於第二節加以評

⁵⁰¹ 見司法院、行政院公告「債務清理法」修正草案總說明「壹、前言」之部分。

⁵⁰² 相同見解沈冠伶(2010)，國際債務清理程序之基本問題，台灣法學雜誌，第 144 期，頁 93。

論。



第一項 破產法之規定

第一款 跨國破產程序之進入

我國之企業進行破產程序目前仰賴破產法之規定，有關破產案件的開啟，程序上最有關係者乃管轄。破產法第 2 條第 1 項：「和解及破產事件，專屬債務人或破產人住所地之地方法院管轄，債務人或破產人有營業所者，專屬其主營業所所在地之地方法院管轄，主營業所在外國者，專屬其在中國之主營業所所在地之地方法院管轄。」可見在企業破產之情形，由債務人的主營業所管轄；而在債務人屬於跨國企業，而主營業所不在我國時，專屬其在中國之主營業所所在地法院管轄⁵⁰³。與模範法相比，此規定乍看之下並不特別，蓋若債務人在我國境內有一定程度的營業行為(例如達到模範法所稱的 Establishment)，則我國法院開啟一道程序審理，並不違背模範法之規定，蓋模範法也有主要程序、次要程序之分，次要程序國法院也可以開啟程序並受國內債權人之聲請，某程度上也便利了我國債權人接近、使用司法資源。

然而，若同時注意到破產法第 4 條：「和解在外國成立或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產，不生效力。」則可知我國破產法之設計精神與模範法等主流法制完全不同，蓋我國破產法並不承認外國破產程序能夠對債務人在我國之財產產生任何效力。一言以蔽之，我國破產法乃採屬地主義⁵⁰⁴，而與當前國際主流的修正式普及主義背道而馳。同一債務人在外國之破產程序僅對外國

⁵⁰³ 此處應更正為中華民國，惟立法者並未修正，本文不確定是立法疏漏或有意為之。

⁵⁰⁴ 王志誠，前揭註 23，頁 42。



財產發生效力、而我國破產程序之射程範圍似乎也限於債務人之我國財產⁵⁰⁵，整體視野上欠缺對其他國家破產程序的認識⁵⁰⁶，遑論後續與其他國家進行承認、合作。

至於在「進入」之部分，破產法第 58 條第 1 項：「破產，除另有規定外，得因債權人或債務人之聲請宣告之。」此條文允許債權人得開啟破產程序，而本條文義為「債權人」而未限於「我國債權人」，至少顯示本國、外國債權人都有權利開啟本國破產程序，這一部分破產法似乎沒有更不利於外國債權人⁵⁰⁷。然而若細繹模範法與其他規定，可以發現比較法在「進入」這部分之願景，不只包含外國債權人開啟程序，更包括外國債權人參與程序、受程序開始之通知，同時也包括允許外國破產代表人能開啟、參與程序。而上開部分皆為我國破產法所未規定，即便有學者分析我國實務指出，現行實務見解傾向寬認外國破產管理人得於我國起訴而有當事人適格，然法院之論理依據並不完備⁵⁰⁸，顯見現行法下跨國破產案件中，外國破產代表人、外國債權人在我國程序得否作為主體，見解仍不穩定。

第二款、跨國破產程序之承認與救濟

關於跨國破產程序之承認與救濟，本文認為應該進一步區分「尚未經裁判、進行中之程序」與「已經裁判之程序」來討論⁵⁰⁹。會認為應如此分類乃因本文認為

⁵⁰⁵ 沈冠伶，前揭註 502，頁 96。

⁵⁰⁶ XINYI GONG (2017), CHINA'S INSOLVENCY LAW AND INTERREGIONAL COOPERATION: COMPARATIVE PERSPECTIVES FROM CHINA AND THE EU 69.

⁵⁰⁷ 相同觀察見王志誠，前揭註 23，頁 41。

⁵⁰⁸ 王欽彥(2019)，國際債務清理法制草案之檢討，輔仁法學，第 58 期，頁 112-115。學者認為我國現行實務以涉外民事法律適用法第 13 條作為依據承認外國破產管理人之訴權，雖然從統一解決紛爭的角度可贊同，但此論理或與破產法第 4 條有所矛盾。

⁵⁰⁹ 相同見解沈冠伶，前揭註 502，頁 95。沈教授稱指出國際民事訟法與國際債務清理法之重點之一，在處理國際債務清理程序之承認問題。不同的是，外國判決的承認與執行上，該外國訴訟程序已經終結；而國際債務清理程序更重要的問題是，受到內國承認而仍在動態進行中的清理程序，如何在內國發生。

對此承認之實益不同。申言之，對進行中破產程序承認的目的在於「合作」，透過承認另一個外國破產程序，而達到本國、外國程序可以互相合作，例如在承認一國為主要程序後，可以透過法院救濟之手段，將有關債務人的訴訟暫停，共同追求圓滿地解決債務人之案件，因此會牽涉到模範法另一個主題「救濟」，本文將一併在本款討論。而已經裁判之程序是否受承認，則關乎「執行」面的問題，即外國裁判可否在本國執行之爭議，故本文擬分開討論。

首先，對進行中外國程序之承認，我國破產法並無相關規定。蓋在破產法濃厚的屬地主義色彩之下，立法者所預設的破產程序不外乎「我國法院針對債務人在我國之財產進行處理」，在此預設下當不會有「承認外國進行中程序」的選項，蓋外國程序如何進行，與我國毫無干係。加上我國並無與其他國家之破產法院簽訂合作備忘錄，因此現行法下我國尚無法承認進行之外國程序。在救濟面向上儘管我國破產法有保全債務人財產之規定(如第 72 條、第 90 條)、也有避免債務人行為侵害債權人之撤銷權規定(如第 78 條、第 79 條)、也有民事訴訟法上諸多保全之手段可使用，看似與模範法之部分救濟手段有所對應，然而模範法更強調的是外國代表人、外國債權人有權利到本國行使上開權利，而我國之規定僅允許我國法院、我國破產管理人得主張救濟，在結論上我國破產法同樣欠缺跨國破產之宏觀視角。

至於已經裁判之外國破產程序是否承認，則涉及我國對外國裁判之承認。關於外國破產裁判之承認應依何規定承認，應視破產程序之性質屬「訴訟」或「非訟」而定；蓋涉外訴訟事件裁判之承認規定於民事訴訟法第 402 條，而涉外非訟事件之承認規定於非訟事件法第 49 條，兩條文之法理相同，皆為促進國際交流並有效解決紛爭而設⁵¹⁰。本文認為不管將破產事件定性為訴訟或非訟事件，外國裁判在現行法下都會受到「原則自動承認，例外不承認」的對待，學者則認為從這點觀察，

⁵¹⁰ 民事訴訟法第 402 條之修正理由、非訟事件法第 49 條之立法理由。

我國現況下有關裁判承認一事，帶有普及主義的色彩並趨近 EIR 下自動承認之設計⁵¹¹。



然本文對現行之規定仍認為有所不足，蓋如前所述，比較法上「承認」所代表的意義可以包括合作、救濟、執行，而我國法下的裁判承認頂多也只做到「執行」，這跟模範法或 EIR 之規定相比顯然只做了半套。此外，如果將上開承認之規定與破產法第 4 條體系解釋，其中的矛盾將會浮出：如外國裁判針對債務人於我國之資產一併裁判，我國承認後外國債權人、代表人是否可以聲請對我國財產據以執行？如答案是肯定，那似乎就會與破產法第 4 條有所衝突。故本文認為將現行法做體系解釋，應該將承認之範圍排除「債務人在我國之財產」，也就是承認外國法院對債務人在我國以外資產所為的決定⁵¹²。

然而，即便依本文之上開解釋，將面臨兩個問題：第一是倘若承認外國裁判但不承認其對我國境內財產之效力，那麼對外國債權人而言，我國承認之實益為何，有所不明；其二是民事訴訟法第 402 條或非訟事件法第 49 條，都設有例外，例如第 4 款「無相互之承認者。但外國法院之裁判，對中華民國人並無不利者，不在此限。」學者認為此乃互惠原則之明文，承認之前提仍以互惠為前提⁵¹³，現況下面

⁵¹¹ 王志誠，前揭註 23，頁 49。

⁵¹² 事實上我國實務確實遭遇此情形。臺灣高等法院 100 年度重上字第 23 號判決謂「我國破產法第 4 條規定：『和解在外國成立或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產，不生效力。』，觀諸其文義可知，該法條僅在排除外國法院破產宣告對於破產人在我國之財產之效力，即外國破產宣告之效力，不及於破產人在我國之財產，並非完全否定外國法院在破產程序中所為全部行為之效力，尤其未否定外國法院為破產人選任代表人或法定代理人之效力。若將破產法第 4 條解釋為對於外國法院在破產程序中所為全部行為一概否定，包括否定為破產人選任代表人或法定代理人之效力，將導致受外國法院破產宣告之破產人，因在我國已無合法之代表人或法定代理人，而面臨無法在我國起訴、被訴或參與其他法律程序之窘境，反而造成我國之債權人無法對於破產人在我國之財產進行任何保全或強制執程序，甚且無法在我國法院取得足以肯認其債權存在之裁判，陷我國債權人於不利，又或因破產人無法依訴訟或其他法律程序請求我國之債務人清償債務，間接免除我國債務人對於破產人之債務，而給與其不當利益，凡此絕非破產法第 4 條規定立法之本旨。」可見其採取除了我國財產不受判決效力所及以外，其他判決中所認定之事項皆有效力之見解。

⁵¹³ 許耀明，前揭註 188，頁 57。

對不同國家之破產裁判，仍可能發生因為兩國間並無互惠關係、且外國裁判不利我國債權人而使裁判不被承認之情形，而有完備法律體系之必要。



第三款、跨國破產程序之合作

關於跨國破產之合作，我國破產法尚無相關規定。現況下如欲取得債務人相關資訊，僅有破產管理人得依破產法第 87 條以下之規定，取得債務人之簿冊文件，或是對債務人財產為必要之保全行為等，其權利歸屬於破產管理人。外國債權人、外國法院或外國代表人在我國法下並無此類要求合作之權利。

然而本文進一步思考，我國是否一定要有條文依據才能導出法院與法院有合作之權利？蓋在分析日本法有關合作之條文時曾提及，日本法並未納入模範法第 25 條，然而日本學者主張合作之權利是法院所固有的(*inherent*)，因此法院即便未將合作之條文納入內國法，法院一樣得在必要時向他法院尋求合作⁵¹⁴。對此問題，本文研究後認為在成文法與普通法體系或許會有不同。有學者提出見解認為普通法國家即便未加入模範法行列，法院也可以行使固有權利對外國破產程序提出司法協助，其背後的邏輯或許是國際禮讓原則⁵¹⁵。然而普通法系之法院依據衡平原則本具有較大的裁量空間，在成文法系國家如日本、韓國甚至是我國，法院是否有此權利在沒有法律、公約等協議明文的前提下，能否與外國破產程序進行合作？即便基於禮讓原則合作，合作之方式與範圍又是如何？未來恐有爭議。綜上，本文以為未來宜透過立法明文之方式將跨國程序能否、如何合作加以明文，使我國法院審理過程中有依據可循，免生爭議。

綜上所述，我國現行有關破產程序之規定主要在破產法，搭配其他法律如民事

⁵¹⁴ Yamamoto, *supra* note 261, at 90.

⁵¹⁵ Godwin, A., Howse, T., & Ramsay, I. (2017), *The Inherent Power of Common Law Courts to Provide Assistance in Cross-Border Insolvencies: From Comity to Complexity*, 26 INT'L INSOLV. REV. 5, 5.



訴訟法與非訟事件法等。本文分析現行條文後發現現行破產法採取屬地主義之立法模式，且立法視角中欠缺跨國破產案件之想像，因此在法條設計上大多以我國法院、我國破產管理人對債務人之權利義務進行規畫，而沒有觸及到外國之當事人。儘管模範法四大重點中，有部分在現行法下可以透過廣義解釋之方式，達到類似之效果，然此種方法論終究只能解決部分問題，我國破產法制有全盤修正之必要。值得慶幸的是，立法者似乎意識到破產法過於老舊之問題，司法院自民國 82 年以來陸續邀請各方專家共同商討制定債務清理法草案(下稱債清法草案)，並於民國 105 年發布，目前尚待立法院通過。本文接下來擬分析債清法草案中是否已將本文所點出之問題加以修正，又或是留下了哪些問題。

第二項 債務清理法草案之規定

我國司法院自民國 82 年成立破產法研究修正小組，已如前述。根據司法院、行政院公告之修正草案稱「本次修正係從順應當代思潮，廣納多元價值，健全整體經濟秩序，接軌國際社會之面向，重新建構完整之債務清理程序。雖採複數程序，但加強各種債務清理程序間之連結。除擴大使用程序主體，便利使用債務清理程序，充實債務人財產保全制度，強化債務清理成效外，並將公司法上重整程序納入整併，增訂公法人之債務清理程序暨外國債務清理程序之承認，是原『破產法』名稱已無法涵括，爰修正名稱為『債務清理法』。」該草案即全盤檢討過去破產法不足之處，並納入國際破產法制之觀點⁵¹⁶。本文接下來將分別將債務清理法草案中，關於跨國破產程序「進入、承認與救濟、合作」四大重點之處理或相關規定分析，並於第二節提出本文認為對草案之修正建議。

⁵¹⁶ 許士宦，前揭註 77，頁 11。學者指出此部債務清理法草案參考了歐盟倒產條約(也就是本文所稱 EIR)、聯合國國際倒產模範法(也就是本文所稱模範法)及德國、日本、瑞士等國之立法例。



第一款 跨國破產程序之進入

有關跨國破產程序之進入，本文擬先從管轄權之規定出發。債清法草案第 7 條規定：「債務人或遺產依本法所定程序清理其債務，以在中華民國有事務所、營業所、住所、居所或財產者為限。(第 1 項)債務清理事件專屬債務人住所地之債務清理法院管轄。債務人在中華民國現無住所或住所不明者，以其在中華民國之居所，視為其住所。債務人有事務所、營業所或公務所者，專屬其主事務所、主營業所或主公務所所在地之債務清理法院管轄；主事務所或主營業所在外國者，專屬其在中華民國之主事務所或主營業所所在地之債務清理法院管轄。(第 2 項)不能依前項規定定管轄法院者，由債務人在中華民國主要財產所在地之債務清理法院管轄。(第 3 項)」條文可知我國要求企業債務人至少要在中華民國有事務所、營業所或財產始得開啟，設下了管轄的最低門檻；接著規定以債務人之主事務所或營業所所在法院負責清理程序之管轄，如主事務所或主營業所在國外者，以在我國之主事務所或營業所所在地管轄。

本文以為此規定設下了極低的管轄門檻，蓋債務人即便在我國沒有營業所，只要憑藉在我國有財產即可在我國開啟清理程序，與模範法簡化程序之目標有所出入。目前主流跨國破產法制對管轄主要以「COMI 地、非 COMI 地」區分，而非 COMI 地則要求要有”Establishment”，依照歐洲法院(CJEU)之見解 CJEU 要求債務人必須至少在該地具備「最低程度的組織以及一定程度的穩定性」，蓋如債務人在本國並無一定程度之組織與營業活動，則實無特地開啟程序清算之實益。此外，我國立法草案將債務人之多種聯繫因素納入管轄權之判斷，學者指出此與日本法之規定類似採取「長臂管轄原則」，卻已非當前國際破產法制之主流見解，是否妥適

亦值得觀察⁵¹⁷。



另外在外國代表人、債權人權利之部分，比較法上賦予外國債權人、外國代表人開啟本國程序、或參與程序之權利已介紹如上，而我國破產法文義則僅允許債權人(包含外國債權人)聲請開啟破產程序，過於狹隘。債清法草案第 313 條規定：「債務人經外國法院開始債務清理程序者，推定其在中華民國有債務清理程序開始原因之事實。(第一項)外國監督人或管理人得聲請中華民國法院裁定債務人開始債務清理程序。(第二項)」其中第 2 項明文賦予外國監督人或管理人有在我國開啟程序之權利，將開啟程序之主體擴張至與模範法相同，值得肯定。而同法第 316 條第 1 項規定：「外國監督人或管理人得代理已申報債權而未參加中華民國法院債務清理程序之債權人，參加中華民國法院債務清理程序。」也允許外國破產管理人除了聲請開啟程序外，也得以參加人之身分參與程序。此外，草案在許多條文中(如第 305 條、310 條、315 條)也有提到我國法院對於特定事項之裁定，應送達外國破產管理人。

綜上，本文以為外國破產管理人在債清法草案之架構下，擁有與模範法相同之程序開啟、參與權，且本國程序之重要裁定皆會送達外國管理人，實與模範法通知外國管理人之規定近似，已經是一大進步。然與比較法相對照可發現雖然外國管理人程序主體地位已然確立，但外國債權人在模範法中也有明文保障其程序主體地位，在債清法草案卻未見規定。本文猜想或有見解認為，債清法草案中皆使用「債權人」稱呼，本可包含外國債權人，因此其權利與本國債權人相同而沒有保障不周之問題；然本文思考模範法特別將外國債權人抽離規定之用意，除宣示債權人一律平等外，更是由於外國債權人面臨語言、法律、成本上的不利益，而有特別保護之必要。舉例而言，若法院對在我國依我國之語言對債權人公告，請債權人前來報明

⁵¹⁷ 王志誠，前揭註 23，頁 40。

債權以利分配，對語言不通知外國債權人而言將會造成實質權利行使之障礙。這也是模範法第 14 條第 2 項規定「對債權人之通知必須個別對外國債權人為之」的原因。



第二款 跨國破產程序之承認與救濟

債清法草案關於跨國破產程序之承認，規定在第 297 條至第 304 條。立法草案之總說明稱「現行法第四條規定，和解在外國成立或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在我國之財產不生效力，故外國成立之和解或破產宣告裁判，無從在我國主張其效力。惟為因應經濟活動國際化及兩岸經貿關係密切之需求，平衡保障各國債權人之公平受償，增進跨境貿易及投資，強化及時司法互助與合作，明定對於外國、大陸地區及香港、澳門之法院及行政機關所進行債務清理程序得聲請承認，並增訂相關程序、效力及準據法等事項，俾與國際經貿活動順利接軌。」可知立法者意識到外國裁判受承認之需求，並試圖加以規範，可見外國破產一事已經躍入立法者的視線。

草案第 297 條規定：「對於外國法院債務清理程序之承認，專屬臺灣臺北地方法院管轄。(第一項)前項承認之聲請，由外國監督人或管理人為之。其無監督人或管理人者，由債務人為之。(第二項)」明定將來可以由外國破產管理人對我國法院聲請，並由臺北地方法院管轄，草案第 298 條則列舉聲請人應出具之書狀。本條規定可見得我國債清法草案採取「裁判承認制」而非「自動承認制」，前者係模範法所採取之模式，即聲請人必須向法院聲請方發生承認效力；後者係 EIR 之立法模式，一旦程序開啟後，其他成員國將自動承認。兩種制度在承認的要件設計上，差異並不大⁵¹⁸，然而在涉及救濟時便可能顯出差異，蓋自動承認制由於外國程序之

⁵¹⁸ 沈冠伶，前揭註 502，頁 99。

法律效果在本國自動發生，對債務人而言或許較沒有投機之空間；然而本文認為 EIR 能採取自動承認制，與 EIR 的成員國之間緊密性高、且願意讓渡部分司法主權有關，蓋自動承認制免去法院事前之審查，成員間若無司法上的合作或司法主權的讓渡，本就難以想像會願意採取自動承認制，故本文認為我國採裁判承認制並無問題，惟裁判承認前應該效仿模範法加入暫時處分之設計，以免債務人利用時間差為傷害債權人之行為。

草案第 299 條規定：「有下列情形之一者，法院應以裁定駁回外國法院債務清理程序承認之聲請：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權。二、不當損及國內債權人利益。三、有背中華民國之公共秩序或善良風俗。(第一項)外國法院債務清理程序之所屬國對於中華民國法院債務清理程序不予承認者，法院得以裁定駁回之。(第二項)」則明定了我國法院原則上承認外國程序，例外則不承認，不承認之事由亦有若干可討論之處。首先，第 1 項 2 款明文「不當損及國內債權人利益」者，法院得不予承認。此規定可對應到模範法第 22 條，該條規定謂法院在准駁程序的承認、救濟時，應確保債權人或其他利害關係人之利益被「充分地保護」。此規定似乎要求法院要斟酌所有債權人之利益，也就是必須公平對待所有債權人；然我國法之規定似乎透露出對我國債權人的優先保障，學者認為係參考德國法規定⁵¹⁹，是否有所不妥？本文以為，上開文義確實與模範法有些相異，惟未來法院解釋時，仍應將模範法「公平對待所有債權人」之精神納入裁判，也就是將第 2 款之「不當損及」解釋為，當我國債權人將因外國程序受有「特別不利」之情形，因為違反公平對待原則因此不予承認，而應該避免將該概念採廣義解釋，解為我國債權人受不利對待。

其次，第 2 項明文如該外國不承認我國之破產程序，我國法院亦可裁定不承

⁵¹⁹ 沈冠伶，前揭註 502，頁 99。



認，本項可以看出立法者係參考民事訴訟法第 402 條第 1 項 4 款，採取互惠主義之原則所致⁵²⁰。然而互惠主義之價值未必符合比較法潮流，蓋模範法中並沒有類似互惠主義之規定，亦即不管該外國程序是否承認本國程序，本國法院在要件齊備時都應承認。論者指出比較法上不採互惠主義之理由包括：第一，究竟要到何種程度才屬於「互惠」？可能法院間解釋不一，將徒增法律適用上的不安定；第二，模範法若要實現一人一破產之終極目標，如採取互惠主義之政策，將使得國與國之間築起立法高牆，只允許互惠之國家進入牆內，本文認為此結論無異於各國各自簽訂雙邊協議，使得模範法目的不達；第三，法院如需仔細審究他國之承認規則，可能造成審理上額外之負擔⁵²¹。我國債清法在此部分之立法選擇固可理解，然是否合於國際潮流值得三思。

最後，是承認之效力。草案第 304 條第 1 項規定：「經承認之外國法院債務清理程序，對於債務人或利害關係人在中華民國境內之財產，亦有效力。」此舉乃立法者宣示我國破產程序改採「普及主義」⁵²²。而此效力不只是外國法院對債務人財產所為分配的決定，更包括其他救濟手段(如保全)之效力，例如禁止債務人處分其財產、停止債權人對債務人進行中之訴訟與強制執行等，都會擴及至我國境內⁵²³。此規定就與模範法上相似，而達到統籌處理債務人案件之目的。本文也認為，正因為第 304 條承認了外國法院的所有實體、程序上處置，顯得第 297 條採裁判承認制有其重要性，蓋各個國家之間在破產的救濟手段上有所不同，本文認為可能發生部分外國法院核准之救濟手段，在我國並無類似處置、或是在我國發生將可能效力

⁵²⁰ 陳逸竹(2007)，論國際破產——以日本法出發點，萬國法律，第 151 期，頁 28。

⁵²¹ 陳逸竹，前揭註 520，頁 28。

⁵²² 理律文教基金會(2012)，超國界法律研討會——外人權利取得與外國裁判的承認與執行《研究資料整理》，頁 5。

⁵²³ 王欽彥，前揭註 508，頁 118。

過強之情形，因此宜允許法院先為綜合之審查再決定適宜之處理⁵²⁴。而依草案第 309 條規定：「經承認之外國法院債務清理程序，除別有規定外，溯及外國法院開始債務清理程序時發生效力。」可知一旦法院承認外國程序後，效力將與自動承認無異⁵²⁵；整體而言，本文認為裁判承認制較為適合我國政治實情，以剛上路法律而言也較為謹慎。

然而，就裁判承認後之救濟部分，我國之立法與日、韓類似，由於債清法草案中並沒有引入「主要程序」之概念，因此比較法上有關主要程序救濟的特別規定，如模範法第 20 條當主要程序被辨明後的自動救濟，在我國並無適用。也就是說在草案的運作下，假設未來某外國程序為主要程序，則其所發生的自動救濟效力將隨著草案第 304 條引入我國；而假設我國實為主要利益中心地經辨明後，仍須法院依照草案第 36 條以下裁定保全處分，方生救濟效果。此可能使得我國在程序的應對上「後知後覺」，蓋法院裁定以前債務人仍有處分財產之自由、債權人對債務人財產之執行程序亦可能繼續進行，而導致保全上的不利益。此部分的根本問題在於沒有引入「主要程序」之概念與相關的自動救濟效果，本文將在後續建議中一併提出意見。

第三款 跨國破產程序之合作

關於債清法草案中有關跨國程序合作的部分，規定在第 317 條「中華民國法院債務清理程序之監督人或管理人得請求外國監督人或管理人為必要之協助及資

⁵²⁴ 王欽彥，前揭註 508，頁 121。學者提到日本法採取裁判承認制，但其裁判承認又與模範法有所不同，法院承認外國程序後仍得決定哪些救濟手段被承認，此係考量到「預見可能性」，蓋各國破產程序有種種不同效力，不宜一概承認，應由法院在個案中選擇合適之處分；且如一概接納所有外國之處分，可能使得法院在承認時需多方衡量而猶豫，導致程序無法經濟。此見解在論理方向上與本文類同，強調法院審查可避免外國程序之法律效果不合於我國程序。

⁵²⁵ 王欽彥，前揭註 508，頁 124。

訊之提供，並對外國監督人或管理人為必要之協助及資訊之提供。(第一項)外國監督人或管理人在中華民國法院債務清理程序之債權人會議或關係人會議，得陳述意見。(第二項)」此規定給了我國、外國破產管理人相互請求程序上協助的機會。



然而，在債清法草案第六章中，並沒有以「法院」作為合作主體的規定，蓋模範法、EIR 中談到的合作都包括了法院與破產管理人之間的相互合作，可以是法院對法院、法院對破產管理人、破產管理人之間的互助，以追求最大可能的合作。本文認為我國債清法並未加入法院的合作，或係參考日本法認為破產管理人才是對案件進行最主要瞭解之人，故單獨賦予破產管理人聲請權應認已足，日本立法者之理由本文已分析在前。然而，本文認為有關程序與程序之間的合作，應秉持多多益善之態度，透過條文允許法院、管理人得互相為資訊的流通，以免在破產管理人未善盡職務時，案件將難以順利進行。最後，本條以「必要之協助與資訊之提供」來概括合作之手段，本文以為概括規定給予實務家更多的彈性值得肯定，然為避免破產管理人因為經驗不足而欠缺合作手段，立法者或許得在立法理由中參考模範法第 27 條舉例說明此類程序中常見之合作手段。

第二節 現行債務清理法應為之修正

我國債清法草案第六章中針對外國破產程序進行立法，是我國第一次專門將外國破產程序之相關規定納入立法，具有指標性意義。本文以下將會將本章第一節所為的分析加以彙整，並以本文之研究範圍為中心，提供我國債清法草案一些修正之建議。

首先，在管轄權之部分，立法者採取了與主流法制如模範法、EIR 迥然不同的設計，草案第 7 條第 2 項規定「債務清理事件專屬債務人住所地之債務清理法院管轄。債務人在中華民國現無住所或住所不明者，以其在中華民國之居所，視為其



住所。債務人有事務所、營業所或公務所者，專屬其主事務所、主營業所或主公務所所在地之債務清理法院管轄；主事務所或主營業所在外國者，專屬其在中華民國之主事務所或主營業所所在地之債務清理法院管轄。」此設計與現行破產法第 2 條之規定極為類似，可認為立法者無意變動債務清理事件之管轄規定。然而本文認為此設計可能導致跨國破產案件進入我國時，出現適用上的疑慮：例如外國破產代表人至我國聲請承認、或我國破產管理人至外國聲請承認我國破產裁判時，是否會因為法制設計不同而會有對話上的困難。蓋我國債清法中沒有主要程序、非主要程序之概念，在裁判承認、救濟手段的設計上也沒有依照主要程序、非主要程序做出設計上差別，而是一概承認、一概提供必要之保全。儘管這樣的設計並不會使得跨國破產程序在我國有不能進行之情形，甚至依照第 304 條第 1 項之設計，一旦承認外國裁判後，該外國程序本身之法律效果(包含主要程序、非主要程序之效果)也會一併受承認，因此實際上仍可將主要、非主要程序之區分引進我國，然依本文之設想，法制上的不同恐將使得外國代表人需要額外的成本了解、調和各個程序。因此本文建議債清法中關於跨國破產案件之管轄權，可以參考模範法依照是否為債務人的 COMI 地，在得管轄的情形上進一步區分主要程序、非主要程序。

我國債清法草案有關外國代表人、債權人接近使用我國程序之部分，模範法之規範重點在於「外國破產代表人之地位」、「外國債權人之地位」。而草案第 297 條第 2 項、第 313 條第 2 項，皆確立了外國破產代表人有權在我國聲請開啟破產程序、也得聲請我國法院承認外國程序；此外第 316 條第 1 項則規定了外國代表人之訴訟參加，本文認為現行草案賦予外國代表人之程序地位已與模範法相去無幾。然而在外國債權人地位與保護，顯然不足。儘管草案第 135、136 條賦予債權人聲請開啟破產程序，依法條文義本可涵蓋外國債權人；然而在實際保障外國人之程序參與權上卻有所不足。草案第 142 條第 3 項規定破產程序開始之裁定應該送達債務人及已知住居所、事務所、營業所或公務所之債權人，使其知悉程序之開始。然



而，草案第 144 條第 1 項規定法院在裁定開始破產程序後應該公告特定事項，其中就包含管理人之聯絡方式(第 2 款)、通知債權人前來報明債權以及失權效(第 5、6 款)等。由於此程序之教示對於嗣後債權人在程序開始後如何行使權利至關重要，因此規範上應確保債權人皆有辦法獲得通知。模範法第 14 條第 2、3 項就分別規定破產程序之規定應個別通知外國債權人，而通知中應該包含報明債權之時間、有擔保債權人是否需要報明債權、以及其他重要教示規定。

惟草案第 144 條第 2 項將第 76 條第 2、3 及 5 至 7 項關於和解程序之規定準用至破產程序，然而關於通知之方式，第 144 條卻未準用第 76 條第 5 項「第一項公告應送達於債務人及已知住居所、事務所、營業所或公務所之債權人。」之規定，也就是法院無須將程序開始後的教示送達給已知住居所、營業處所之債權人；換言之，外國債權人也許知道債務人要被開始破產之審理，但其可能不會知道其下一步應該找誰、做什麼，因為法院後續之公告不會對其送達。本文認為此對於有著語言障礙、且不通我國法之外國債權人而言無異雪上加霜，即便其知道債務人正面臨破產程序，由於不知道該在多久之期間、聯絡誰而無法參與債權的報明，便無法實現權利。本文認為此部分乃屬立法漏洞，其實處理方式僅要求草案第 144 條第 2 項準用第 76 條第 5 項，使得程序教示也需送達外國債權人，便能解決。

進步言之，若將來立法能夠完整對外國債權人進行送達，便可以考慮未於一定期間內報明債權之失權效，此部分模範法未加以規定然而 EIR 將此部分留待成員國自行規定，為推動程序順利進行宜有規定之必要。值得肯定的是，債清法草案第 144 條第 1 項第 6 款就有「不依前款規定申報、補報債權之失權效果。」此失權效有助於程序的有效進行，避免審理過程中再生事端，而關於失權之效果未來應一併

送達外國債權人⁵²⁶。



其次，關於承認之相關規定，草案第 297、298 條允許外國代表人提出書狀並齊備法律所要求之相關文件，向法院提出承認之聲請，此規定與模範法太致相符；草案第 304 條第 1 項亦規定「經承認之外國法院債務清理程序，對於債務人或利害關係人在中華民國境內之財產，亦有效力」明文將普及主義之精神納入新法草案中，破除了過去屬地主義之困境，值得肯定；至於我國法院所為之破產裁判，是否及於債務人在外國之財產？雖然草案並未規定，然學者指出肯定見解乃當然之理⁵²⁷。然而草案第 299 條規定了我國法院得不予核准之情形，其中包括了四種情形：第 1 項第 1 款「依中華民國之法律，外國法院無管轄權者」、第 2 款「不當損及國內債權人利益者」、第 3 款「有背中華民國之公共秩序或善良風俗者」，以及第二項「外國法院債務清理程序之所屬國對於中華民國法院債務清理程序不予承認者」。本文認為第 1 項 1、3 款之情形尚可理解，畢竟我國法院本不應承認一個錯誤管轄之法院裁判，如承認此類案件未來可能導致更多爭議，且無管轄原因之法院無法對案件為適切之處理⁵²⁸；而第 3 款之規定則類似模範法第 6 條，本國法院有權拒絕任何可能與本國公共政策相違背的行為⁵²⁹，以維護國內之法秩序。

然而，同法第 1 項第 2 款與第 2 項之規定卻有所不妥。本文認為上開兩規定

⁵²⁶ 至於所謂的「失權效果」應採何種效果？債清法草案中第 57 條第 4、5 項規定：「債權人因非可歸責於己之事由，致未於第一項所定期間申報債權者，除本法別有規定外，得於其事由消滅後十五日內補報之。債權人申報債權逾申報期限者，監督人或管理人應報由法院以裁定駁回之。但有前項情形者，不在此限。」可知，當前立法者的設計是將無正當理由逾期報明者駁回。本文認為相當嚴厲，此固屬政策選擇亦非本文重點研究之對象，也許未來立法者也許可以考慮參考民法第 1162 條之立法，遲延報明者僅就賸餘之財產進行分配。

⁵²⁷ 許士宦(2015)，債務清理法制之新進展(下)，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 187。

⁵²⁸ 許士宦，前揭註 527，頁 186。

⁵²⁹ 學者指出，之所以不承認「有背中華民國之公共秩序或善良風俗」之判決，係為貫徹我國實體法及程序法所採基本原則或價值理念，避免因外國判決之承認，導致國內法秩序混亂或司法威信之失落。許士宦(2020)，許可外國民事及家事裁判執行之訴(下)，月旦法學教室，第 208 期，頁 39。學者進一步舉例，例如外國裁判在形成的過程中有重大瑕疵，違背我國憲法及程序法的基本原則，就會構成本款。此案例與模範法第 6 條在適用上之情形相類似。



背後之法理類似，都是基於保護我國債權人不受到不當對待，只是第 2 款明文不得得不當損及國內債權人利益、第 2 項則以「互惠主義」為理由，當我國裁判不被承認時，由於我國債權人無法透過參與我國程序達到紛爭解決之效，因此我國法院亦得拒絕承認⁵³⁰。此類對於本國債權人特別之保護，是否妥適不無疑義。其一，依據司法院的草案說明指出，外國債務清理程序一節之增訂係為「平衡保障各國債權人之公平受償」，草案第 1 條⁵³¹亦宣示債權人間的公平受償乃本法追求之目的；若債權人不分國內外應受公平對待，則草案第 299 條第 1 項 2 款規定是否違反此價值？其二，模範法第 17 條關於法院何時應承認、何時得拒絕承認之規定，並沒有納入互惠主義之要件，學者認為不宜讓本國法院有機會先審查是否對本國有利才承認，因此承認的要件設計上多以形式認定，互惠主義等實質判斷之要件可能有害模範法各成員國法制之統一性⁵³²。本文認為我國若要順應潮流，並期待可以透過模範法的內國化，使得與我國有關聯之破產案件都能透過國際間的承認與合作，擴大紛爭解決的實效，就必須把「對所有債權人是否公平」放到「對我國債權人是否有利」的價值衡量之前，不應一味的考量我國債權人是否受有不利，並以此作為拒絕承認之理由。未來法院在解釋第 299 條第 1 項第 2 款時，宜把所謂「不當損及」解釋為「使我國債權人無法受公平對待」，較符合國際破產法制與我國債清法新制的意旨。

第三，關於草案有關救濟與保全之手段，規定在草案第一章總則之第六節「債務人財產之保全」，於跨國破產之情形，透過第 303 條準用第 36 至 39 條而使受理

⁵³⁰ 許士宦，前揭註 527，頁 187。學者指出「我國係採緩和的相互主義，即便外國法院不承認我國判決，我國法院仍可斟酌各種情形，視其承認是否有利於債權人利益之保護而定。」本文認為依前後文判斷，學者此處之債權人應係指「我國債權人」，故此論述可呼應本文之觀點。

⁵³¹ 草案第 1 條：「為使債務人得依本法所定程序清理其債務，以調整其與債權人及其他利害關係人之權利義務關係，保障債權人之公平受償，謀求債務人事業之重建或經濟生活之更生，及促進社會經濟之健全發展，特制定本法。」

⁵³² Berends, *supra* note 275, at 354.

承認聲請的法院得裁定救濟。保全制度之健全與否，決定了債務清理程序目的可否妥適達成，蓋債務人可能在程序開始前或程序進行中，因為業務的經營、先行對部分債權人清償或惡意的脫產行為等因素導致其財產之逸散，而使得公平清償債權人之集團性目的受損⁵³³。在草案制定前，關於破產程序之保全主要依靠破產法第72條⁵³⁴規定法院得在有破產聲請時，為必要之保全處分，然而何謂「必要之保全處分」雖然條文有極大的彈性，但同時可能使欠缺想像空間的法院無所適從、且不夠明確的條文將有害法安定性⁵³⁵；此外，民事訴訟法第174條第1項⁵³⁶亦發生訴訟停止之效果，然手段上仍然缺乏。

有鑒於此，草案第36條第1項⁵³⁷賦予法院於「聲請人聲請後、程序終止或終結前」，認為有必要時，得依利害關係人之聲請或依職權裁定為保全處分，並採取列舉加上概括的立法模式，給與法院明確手段選擇的同時也提供彈性。其中較重要者包括對債務人財產的保全(如假扣押、假處分)、債權人對債務人行使權利之限制、對於債務人財產強制執行程序之停止、其他必要之保全處分等。其中債權人對債務人行使權利之限制，解釋上就可以包含訴訟程序的停止，此規定乃係為避免債權人爭相競逐已受清償，而導致先到先贏之局面，不但有害集團性分配之目的，也將使債務人無法獲得喘息機會而加速其破產局面。此外，草案第38條增設了保全管理人制度，允許法院以裁定選任具有專業經驗者擔任。草案第40條也針對債務人部

⁵³³ 許士宦，前揭註77，頁13。

⁵³⁴ 破產法第72條「有破產聲請時，雖在破產宣告前，法院得因債權人之聲請或依職權拘提或管收債務人，或命為必要之保全處分。」

⁵³⁵ 許士宦，前揭註77，頁13。

⁵³⁶ 民事訴訟法第174條第1項「當事人受破產之宣告者，關於破產財團之訴訟程序，在依破產法有承受訴訟人或破產程序終結以前當然停止。」

⁵³⁷ 第36條第1項「法院於有債務清理之聲請後，債務清理程序終止或終結前，認為必要時，得依利害關係人之聲請或依職權，以裁定為下列保全處分：一、債務人財產之保全處分。二、債務人經營業務及履行債務之限制。三、債權人對於債務人行使權利之限制。四、對於債務人財產強制執行程序之停止。五、債務人為股份有限公司者，其負責人或第三條第二項之人記名股票轉讓之禁止。六、就第三條所定之人、監督人或管理人對債務人應負損害賠償責任者，其財產之保全處分。七、受益人、轉得人或其他依本法負回復原狀義務之人，其財產之保全處分。八、其他必要之保全處分。」

分之行為，有害及債權時，監督人或管理人得撤銷之，本條可以規制債務人試圖以無償行為、或惡意詐害債權人之財產移轉行為，與模範法第 23 條有雷同之處。

當前草案之規定與模範法就重點部分大致相同，包含提供救濟的時點應該自法院受聲請開始，而非法院裁定開始審理；且法院所得為保全之手段包括禁止債務人對債務人行使權利、強制執行程序之停止，對於債務人可能被歸類為不當或脫產之無償、有償行為也會被撤銷，此點可看出對債務人財產處分權之限制。此外，保全手段上也有些許不同，模範法允許破產代表人得在必要時變賣債務人資產以為保全，為我國所無，然本文認為此手段上的差異在草案中得透過概括條款解決。此外，如本文先前所述，有學者認為草案第 304 條第 2 項「經承認之外國法院債務清理程序，其程序及效力依該外國之法律。」將使得外國破產程序所生的諸般保全效果，及於我國程序；因此儘管我國債清法草案之規定與模範法有略微不同，本文認為影響並不大。

與模範法較大不同者，模範法第 20 條將法院之救濟手段分為「主要程序」、「非主要程序」，前者法院有較多元、強力之救濟手段得選擇，而我國法院並不採此種分類⁵³⁸。此外模範法所列舉的救濟手段有部分乃「自動生效」，例如第 20 條第 1 項的三種保全效力在主要程序開啟時就自動生效，模範法允許成員國可以透過內國法例外排除一部分的效力；然而我國則相反，救濟必須透過當事人聲請或法院職權「主動裁定生效」。本文認為保全手段是「自動生效」或「裁定生效」將影響債權人之權益甚鉅，例如債務人在程序開啟後、法院裁定限制其權利之前，由於其仍有自由為資產處分之權，可能為脫產或其他不利債權人之行為；反過來說自動生效制也許對債務人而言過於掣肘，程序一旦開啟後其將失去資產處分、或是公司經營調度之彈性，個案情形也許有過苛之虞。對此，本文認為此乃立法政策之取捨，

⁵³⁸ 王欽彥，前揭註 508，頁 143-145。

以絕對保護債權人之自動保全、或是給予債務人處分自由的裁定保全，並無一定之優劣，我國立法者選擇了後者，本文認為由於草案中尚有其他配套防止債務人惡意脫產⁵³⁹，故草案之決定亦可支持；未來是否參考模範法改為自動保全，宜留待新法生效後再檢討。

最後，關於草案中有關跨國程序之合作，草案第 317 條第 1 項規定我國管理人、監督人得請求外國管理人、監督人為必要之協助及資訊之提供。本文認為草案中有兩處值得加以修正：其一，草案中之合作主體乃管理人、監督人而未將法院列為主體，則若法院於審理中認為需請求協助或資訊，依草案其僅能曉諭管理人請求後提供予法院，然此手段對於法院之審理不僅不效率、在管理人違反其忠實義務或怠忽職守之情形，法院將可能無法取得據以審理之重要資源。其二，在合作手段上，草案僅規定可請求「必要之協助」，然對於承審之法官而言可能無法了解何謂「必要之協助」而無所適從，模範法在第 27 條就採取限定列舉、概括授權的方式，至少列舉了數款法院可為的合作模式，除了我國已有的資訊互通外、指派特定人受法院指示為特定行為、債務人資產之共同管理與監督、對於並行程序(concurrent proceeding)之審理為合作等，其實都可以被納入草案之文義當中。然而，或許是因我國草案之制定者在設計時欠缺對並行程序之明確想像⁵⁴⁰，因此對於兩個並進程序間可能需要如何之協調合作，並無規定。未來立法上，本文建議首先應將法院納

⁵³⁹ 如草案第 44 條「債務人於有債務清理之聲請後，所為下列行為對於債務清理債權人不生效力：一、無償行為。二、與配偶、直系親屬、同居親屬或家屬間成立之有償行為。三、與第三條所定之人或其配偶、直系親屬、同居親屬或家屬間成立之有償行為。四、以低於市價一半之價格而處分其財產之行為。第三十七條第二項至第五項規定，於前項情形準用之。但轉得人係善意並有償取得者，不在此限。」就直接禁止債務人對特定對象為有償、無償之行為，可以說對本條之特定人，我國採自動保全的效力。

⁵⁴⁰ 本文為此主張，係因為觀我國債清法草案，並沒有如模範法或 EIR 區分主程序、從程序，而只談論我國之破產裁判、外國之破產裁判，因此本文認為立法者制定時想像的破產程序合作，應比較集中在「裁判的承認」上，也因此即便跨國破產案件中有諸多議題(包含本文一直在提的四大重點)，立法者卻將所有條文集中在章名為「外國債務清理程序之承認」之第六章，可見立法者最重視的只有對外國裁判之承認。其他點出我國債清法草案設計未考慮併進程序之觀點見沈冠伶，前揭註 502，頁 115。



入草案第 317 條得請求合作之主體，使得程序進行中，我國、外國法院，我國、外國破產管理人間能相互合作達到資訊共享。其次，立法者在合作手段設計上可以更加多元化，此部分可以參考比較法之設計；至於並行破產程序之相關規定，由於並非本文並未著墨太多，因此無法提供完整之立法建議，惟現行草案似乎未將跨國破產程序並行此一特殊性加以考量，甚為可惜，也期許立法者未來能對此部分重新審酌。

對於本文上述所提及可修正之處，除了透過修改草案之方式完備，本文認為立法技術上亦可效仿新加坡之作法直接移植模範法成為本國法。新加坡的《破產、解散、重整法》(Insolvency, Dissolution and Restructuring Act 2018, IRDA)中，第 11 章 Cross-Border Insolvency 中第 252 條”Model law to have force of law”就有明文立法者修改並納入的模範法具有內國法效力，並將經修正之模範法內容放置至該法的附錄三(Third Schedule)。本文認為相較於日本、韓國將模範法之內容消化、修改後移植進本國法，也許這樣包裹式的立法會是一個較能完整保留模範法體系之立法方式。如採取此手段，則模範法之內容將能與我國債務清理新法相互補充，使得規範密度更為完整⁵⁴¹。

⁵⁴¹ 這樣的立法模式也見於德國。德國在 2003 年於其債務清理法中新增了國際債務清理法專章，同時也因其歐盟成員身分而受到 EIR 之規範，兩者互相補充。見沈冠伶，前揭註 502，頁 93-94。

第六章 結論與建議



公司的一生就像人一樣，難免會經歷生老病死。在公司面臨不能清償之困境時，便需要一部債務清理制度來妥適處理債務人、債權人、其他利害關係人之間的權利義務關係。也因此有學者認為一個國家破產法制之完善與否，可以被用來衡量該國之經貿實力，蓋一個發達的市場，除了有良善規劃的市場進入、市場交易維護制度外，也要有完整的市場退出制度⁵⁴²，一國如有良好的債務清理制度將能更加提升國際上的投資吸引力。而在全球化的影響下，跨國企業蔚為風潮早已不足為奇，在人們對外國餐飲、服飾、服務逐漸習慣的同時，也代表著一旦這些公司面臨破產，由於其債權人遍佈世界各地，影響將遠比一個本地企業破產更加深遠、在債務清理的程序與需考量的利害關係人也將更加複雜，2016 年韓國韓進海運集團、2023 年中國恒大集團的破產歷歷在目。

自從 20 世紀末，各國之間早已開始進行跨國破產法制的「軍備競賽」，在普及主義的大旗下，先是兩、三國家嘗試簽訂雙邊破產協議，接著嘗試以公約的模式，目的都在讓本國與外國的債權人間能獲得平等的對待、也讓債務人能盡可能利用一道程序清理債務以避免疲於奔命、從公益的角度而言更是對司法資源的節省。聯合國貿易法委員會的模範法、歐洲聯盟的 EIR 則是歷經種種嘗試後較為成熟的法制。模範法利用其軟法特性，鼓勵成員國將模範法之精神內國法化，同時允許成員自由針對國情修改條文，至今已有超過 60 個國家響應；EIR 則是利用歐洲議會立法高權之性質，強制歐盟成員國接受整齊劃一的企業跨國破產法制，兩者立法背景與手段不同，但皆以「一人一破產」為目標，殊途同歸。本文分析後則認為歐盟之作法對有效率的進行破產程序較有幫助，惟考量到我國國際政治之現實，也許加入

⁵⁴² 鄭有為，一年，一百年，或一千年？—從二十一世紀破產法學出發論兩岸破產法典之未來，月旦民商法雜誌，第 2 期，頁 144。



模範法是較為可行之作法。

模範法作為領先的跨國破產法制，其中包含了四大主軸，分別是破產程序的「進入、承認、救濟、合作」。「進入」在規範誰有權接近使用法院，包括程序的開啟、參與，其特別對於外國代表人與外國債權人進行規範；「承認」則在處理外國進行中、已終了之破產程序，其裁判之效力在本國程序是否被承認的問題；「救濟」則是關於破產法院有哪些保全手段，可以對債務人加以規制避免其在清理過程中有脫產、詐害債權等情形，同時也是在保護債務人以避免其受到債權人個別追訴而無法專注在本業上；最後，「合作」則概括的包括了前面三個主軸，蓋整部模範法之精隨在於資訊的流通以及當事人的合作，例如對外國債權人的通知，如不藉由法院、外國代表人的合作，普及主義永遠只能是紙上談兵。本文試圖將該四大主軸中的重要條文逐條分析並點出其當初制定之考量，並透過 EIR 之相對應規定加以比較，選擇出較適合我國之制度。

最後，本文回過頭來檢討我國當前之破產法制，包括現行《破產法》、以及正在立法院待審議的《債務清理法》草案。破產法制定至今已逾 90 年，其制定之初並未考量跨國企業破產案件，而以本國企業破產作為原型，此可從其採取屬地主義、且欠缺對外國裁判之任何處理可以見得。司法院為脫此窠臼，於民國 105 年公布債務清理法草案，當中第六章對外國破產程序之承認有專門之處理，該章節特別針對外國管理人接近使用法院、管理人間的合作進行規範、並改採普及主義等……值得肯定。惟觀草案之內容仍有部分尚待改進之處，本文大致從以下幾點切入討論：首先，管轄權的設計與模範法、EIR 所採的「主要利益中心地」判斷方法不同，可能使得我國法院對管轄權有無之認定與國外有所出入，而無法為案件最適切的管轄，或是可能墊高外國管理人參與我國程序之成本；其次，在通知外國債權人方面，模範法規定要給予外國債權人平等、甚至更高程度之規範，蓋外國債權人受有語言、

與法律面向上資訊之不對等，然而草案並不要求對外國債權人送達具體的教示規定，具體運作上可能使外國債權人即便知道程序開啟，卻不知道下一步該如何是好。

至於在外國裁判的承認上，我國草案之設計仍有互惠主義之色彩，此設計與模範法之理念相違背，蓋各國間如皆以彼此有無互惠規定決定是否承認，將使得同一破產案件之效力無法推及至各國，造成裁判歧異。最後，有關合作之相關規範中，草案除了欠缺具體的合作手段，未來將使得法院難以適用外；合作之主體亦限於管理人與管理人之間，而不包括法院作為主體之請求，儘管有見解認為法院本身固有權限就可以請求合作，然而對成文法國家之法院而言，無法條給予法院權力可能使得法院不敢請求、或是可能透過外交單位循正式的外交合作管道合作而曠日廢時，上開結果對於破產案件之審理皆非最佳解，故本文認為法院間的合作即有必要。

在 2024 年的今天，我國雖有一部堪稱與國際接軌的《債務清理法》，然而自從 2016 提出後卻遲遲未能通過，使得不符現實的破產法必須繼續效力，本文深感遺憾。良好的跨國破產法制對於我國在吸引外國公司投資、我國公司籌資都有正面的影響，《債務清理法》的審議與通過乃燃眉之急，而本文則期許本研究能在立法過程中，提供一些不一樣的淺見，使得這部具劃時代意義的法律，能更加完善。

參考文獻



一、中文參考文獻

(一)書籍

David Held 等著，楊冬雪等譯(2001)，全球大變革:全球化時代的政治、經濟與文化，初版，社會科學文獻。

李後政(2015)，國際民事訴訟法論，第三版，五南。

金寶瑜(2005)，全球化與資本主義危機，初版，巨流圖書。

姜皇池(2013)，國際公法導論，修訂三版，新學林。

查爾斯·J.泰步著，韓長印等譯(2017)，美國破產法新論(上冊)，第三版，中國政法大學。

柯芳枝(1991)，公司法論，第五版，三民書局。

柯澤東(2006)，國際私法，第三版，元照出版。

馬漢寶(2002)，國際私法總論，第一版，自刊。

許士宦(2018)，口述講義民事訴訟法(上冊)，第一版，新學林。

許士宦(2008)，債務清理法之基本構造，初版，元照。

陳計男(2004)，破產法論，第三版，三民書局。

陳啟垂(2015)，民事訴訟法(上冊)，初版，新學林。

陳榮宗(1988)，破產法，第三版，三民書局。

黃國昌(2009)，國際民事管轄權之理論與實務，初版，元照。



劉連煜(2019)，現代公司法，第十四版，新學林。

劉鐵錚，陳榮傳(2010)，國際私法論，修訂五版，三民書局。

鄭有為(2008)，破產法學的美麗新世界，第二版，元照。

韓長印(2007)，破產法學，初版，中國政法大學。

(二)書之篇章

李沅樺(2006)，涉外破產之域外效力問題，收錄於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，法律哲理與制度(國際私法)—馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，頁 207-255。

林文程(2022)，聯大 2758 號決議對台灣國際地位與參與的影響，收錄於：廖福特主編，台灣與國際法之重要議題分析，社團法人台灣國際法學會，頁 73-94。

林秀雄(1998)，國際裁判管轄權—以財產案件關係為中心，收錄於：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，國際私法理論與實踐(一)：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 125-126。

洪德欽(2015)，歐盟法的淵源，收錄於：洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展(上)，臺大出版中心，頁 1-56。

郭豫珍(1998)，國際管轄權與準據法研究體系的區別與連繫，收錄於：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，國際私法理論與實踐(二)：劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 112。

(三)期刊論文

中央銀行(2018)，美國投資銀行雷曼兄弟(Lehman Brothers)破產 10 週年之回顧與展望，存款保險資訊季刊，第 31 卷第 4 期，頁 28-49。



方流芳(2003)，公司詞義考：解讀語詞的制度資訊—「公司」一詞在中英早期交往中的用法和所指，月旦民商法雜誌，第1期，頁208-247。

王志誠(2005)，公司法：第十講——公司重整法制——重整之聲請程序、重整債權及重整債務，月旦法學教室，第38期，頁68-79。

王志誠(2015)，從比較法之觀點論跨國企業集團之破產法制，存款保險資訊季刊，28卷1期，頁38-69。

王志誠(2017)，從韓進海運集團破產案論跨國企業集團債務清理之問題及立法趨勢，存款保險資訊季刊，30卷2期，頁21-54。

王欽彥(2019)，國際債務清理法制草案之檢討，輔仁法學，第58期，頁99-153。

何佳芳(2016)，國際裁判管轄上之特別情事原則—從日本新法談起，華岡法粹，60期，頁65-90。

沈冠伶(2010)，國際債務清理程序之基本問題，台灣法學雜誌，第144期，頁93-117。

沈冠伶(2020)，商業事件之裁判外紛爭處理——以商業法院之調解及移付仲裁為中心，月旦法學教室，218期，頁32-58。

官明凱、田慧敏(2008)，跨國公司的債務責任承擔探析，當代法學，2008年第9期，頁145-150。

林俊廷(2017)，訴訟外紛爭解決機制(ADR)與司法改革(上)，司法周刊，第1879期，頁2-3。

林恩瑋(2015)，國際私法上選購法院問題之研究，東海大學法學研究第47期，頁237-268。

張欽昱(2014)，破產和解之殤——兼論我國破產和解制度的完善，華東政法大學學報，2014卷第1期，頁150-160。



張銘晃(2011)，國際裁判管轄決定論——從總論方法評述我國實務現狀，法官協會雜誌，第 13 期，頁 172-204。

理律文教基金會(2012)，超國界法律研討會——外人權利取得與外國裁判的承認與執行《研究資料整理》，頁 1-25。

許士宦(2003)，破產程序之再生機能—回應鄭傑夫法官「破產事件之處理程序」一文，法曹論壇，第 93 期，頁 218-221。

許士宦(2003)，債務清理之理論與立法—破產法修正草案解說，台灣本土法學雜誌，第 51 期，頁 5-30。

許士宦(2015)，債務清理法制之新進展(上)，月旦法學雜誌，第 240 期，頁 61-81。

許士宦(2015)，債務清理法制之新進展(下)，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 176-191。

許士宦(2019)，許可外國民事及家事裁判執行之訴(上)，月旦法學教室，第 206 期，頁 46-63。

許士宦(2020)，許可外國民事及家事裁判執行之訴(下)，月旦法學教室，第 208 期，頁 34-54。

許兆慶(2017)，國際私法上「不便利法庭原則」與「特別情事原則」之研析——以最高法院一〇四年度臺抗字第五八九號裁定為中心，中華國際法與超國界法評論，第 13 卷第 1 期，頁 49-79。

許耀明(2021)，海牙判決承認與執行公約評析，月旦民商法雜誌，第 71 期，頁 29-44。

許耀明(2022)，外國裁判之承認與執行——以互惠原則為中心，月旦民商法雜誌，第 75 期，頁 54-65。



陳怡秀(2014)，歐盟架構下出走稅規範之研究，月旦財經法雜誌，第 35 期，頁 157-194。

陳逸竹(2007)，論國際破產——以日本法出發點，萬國法律，第 151 期，頁 24-34。

陳瑋佑(2019)，國際家事管轄法之比較研究——以未成年子女親權事件為中心，中研院法學期刊，第 25 期，頁 205-284。

陳瑋佑(2022)，再論國際民事管轄權之規範與解釋——簡評最高法院最新裁判動向，台灣法律人，第 9 期，頁 125-143。

陳榮傳(2019)，英屬維京群島的股份繼承與遺產管理——臺灣高等法院 103 年度上字第 493 號民事判決評析，台灣法學雜誌，第 366 期，頁 1-28。

陳麗娟(2019)，「英國脫歐」後歐盟法與英國法適用爭議之研究，貿易政策論叢，第 31 期，頁 17-41。

曾宛如(2007)，論董事與監察人對公司債權人之責任：以公司面臨財務困難為核心，臺大法學論叢，第 37 卷 1 期，頁 79-163。

廖宗聖、張嘉珉(2015)，論規範氣候變遷下跨國公司之人權責任，中正財經法學，第 11 期，頁 163-228。

廖郁晴(2007)，公司重整制度之再省思，萬國法律，第 151 期，頁 2-13。

蔡昌憲(2010)，美國金融消費者保護規範之展望——以消費者金融保護局之創設為中心，月旦財經法雜誌，第 23 期，頁 187-219。

蔡華凱(2022)，國際裁判管轄之決定方法——最高法院 109 年度台抗字第 1084 號裁定，月旦法學教室，第 232 期，頁 36-39。

鄭有為(2019)，論自願性重整——兼論對司法院債務清理法草案重整章的幾點觀察與建議，臺北大學法學論叢，第 113 期，頁 111-187。

鄭有為(2019)，論更生程序的「不能清償」——兼論臺灣臺北地方法院 106 年度消債更字第 223 號裁定，月旦法學雜誌，第 295 期，頁 102-112。

鄭有為，一年，一百年，或一千年？——從二十一世紀破產法學出發論兩岸破產法典之未來，月旦民商法雜誌，第 2 期，頁 132-146。

黎文德(2002)，我國司法實務上國際私法之發展，月旦法學雜誌，第 89 期，頁 84。

駱長毅、蔡淑君(2021)，經濟全球化與國家角色，華人經濟研究，第 19 卷第 1 期，頁 41-52。

(四)學位論文

陳弈愷(2019)，公司解散清算之研究——以資產充實與有效終結為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

(五)網路文獻

外交部官方網站，〈國際組織參與現狀〉，<https://subsite.mofa.gov.tw/igo/cp.aspx?n=5955>，最後瀏覽日：2023/10/18。

吳柏緯，恆大公布境外債重組方案——欠款可換新債券或股權，經濟日報，2023 年 3 月 23 日，<https://money.udn.com/money/story/5604/7050812> (最後瀏覽日：2023 年 8 月 18 日)。

鄭有為(2023/08/28)，〈從恒大破產看國際破產法發展新趨勢〉，工商時報，<https://www.ctee.com.tw/news/20230828700840-431305>(最後瀏覽日：2024/10/04)。

(六)其他文獻

立法院關係文書(2016)，《院總第 1066 號政府提案第 16570 號》。

曾宛如(2004)，公司之重整與破產，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。



二、英文參考文獻

(一)書籍

BOB WESSELS & ILYA KOKORIN (2018), EUROPEAN UNION REGULATION ON INSOLVENCY PROCEEDINGS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS, 4th ed.

BOB WESSELS (2007), CROSS-BORDER INSOLVENCY LAW.

BOB WESSELS (2015), EU CROSS-BORDER INSOLVENCY COURT-TO-COURT COOPERATION PRINCIPLES.

DUNNING. J. H., & LUNDAN. S. M. (2008), MULTINATIONAL ENTERPRISES AND THE GLOBAL ECONOMY, 2th ed.

FABER, D., VERMUNT, N., KILBORN, J., & RICHTER, T. (EDS.) (2012), COMMENCEMENT OF INSOLVENCY PROCEEDINGS.

HANNAN, N., & HANNAN, N. F. (2017), CROSS-BORDER INSOLVENCY: THE ENACTMENT AND INTERPRETATION OF THE UNCITRAL MODEL LAW.

JOHN ARGENTI (1976), CORPORATE COLLAPSE: THE CAUSES AND SYMPTOMS.

JONA ISRAEL (2005), EUROPEAN CROSS-BORDER INSOLVENCY REGULATION.

PAUL J. OMAR (2008), INTERNATIONAL INSOLVENCY LAW: THEMES AND PERSPECTIVES.

REINHARD BORK & KRISTIN VAN ZWIETEN (2022), COMMENTARY ON THE EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION, 2th ed.

REINHARD BORK (2017), PRINCIPLES OF CROSS-BORDER INSOLVENCY LAW.

WESSELS B., MARKELL B.A., & KILBORN J..J(2009), INTERNATIONAL COOPERATION IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY MATTERS.

XINYI GONG (2017), CHINA'S INSOLVENCY LAW AND INTERREGIONAL COOPERATION:
COMPARATIVE PERSPECTIVES FROM CHINA AND THE EU.



(二)書之篇章

Ilaria Queirolo & Stefano Dominelli (2020), *Cooperation and Communication Between Parties in the Management of Cross-Border Parallel Proceedings Under the European Insolvency Regulation Recast*, in RECASTING THE INSOLVENCY REGULATION IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES (ED by Vesna Lazić & Steven Stuij).

Ilya Kokorin (2020), *Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices*, in RECASTING THE INSOLVENCY REGULATION IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES (ED by Vesna Lazić & Steven Stuij).

Richard Fisher & Adam Al-Atta(2011), *THE UNCITRAL MODEL LAW*, in CROSS BORDER INSOLVENCY (ED by Richard Sheldon).

Soogeun Oh (2007), *Comparative Overview of Asian Insolvency Reforms in the Last Decade*, in ASIAN INSOLVENCY SYSTEMS: CLOSING THE IMPLEMENTATION GAP (ED by OECD Organisation for Economic Co-operation and Development).

(三)期刊論文

Alesia Ranney-Marinelli(2008), *Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases*, AMERICAN BANKRUPTCY LAW JOURNAL 82, 269.

Alexander J. Belohlaavek (2008), *Center of main interest (COMI) and jurisdiction of national courts in insolvency matters (insolvency status)*, INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND MANAGEMENT, 50(2), 53.

Alexandra CC Ragan (2010), *COMI Strikes a Discordant Note: Why US Courts Are Not in Complete Harmony Despite Chapter 15 Directives*, EMORY BANKRUPTCY DEVELOPMENTS JOURNAL 27, 117.

Andre J. Berends (1998), *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, TULANE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 6(1), 309.

Anthony V. Sexton(2011), *Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation*, CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 12, 811.

Carsten Frost(2005), *Transfer of Company's Seat -- an Unfolding Story in Europe*, VICTORIA UNIVERSITY OF WELLINGTON LAW REVIEW 36(2), 359.

Chi-Yong Rim(2019), *Cross-Border Insolvency Law in Korea*, KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE JOURNAL OF LAW AND LEGISLATION 9.

Claudia Tobler (1999), *Managing Failure in the New Global Economy: The U.N.C.I.T.R.A.L. Model Law on Cross-border Insolvency*, BOSTON COLLEGE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 22(2), 383.

Conrad B. Duberstein (1999), *Out-of-Court Workouts*, AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW 1, 347.

David M. Trubek, Patrick Cottrell & Mark Nance (2005), *Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES 1002, 3.

Emeka Duruigbo (2007), *Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges*, NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS 6(2), 222.

Jacob A. Esher (2009), *Alternative Dispute Resolution in U.S. Bankruptcy Practice*, SOUTHERN NEW ENGLAND ROUNDTABLE SYMPOSIUM LAW JOURNAL 4, 76.

Frederick Tung (2001), *Is International Bankruptcy Possible?*, MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 23(1), 31.

G. McCormack (2014), *Reforming the European Insolvency Regulation: Legal and Policy Perspective*, JOURNAL OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 10(1), 41.

Gabriel Moss (2006), *Group Insolvency-Choice of Forum and Law: The European Experience Under the Influence of English Pragmatism*, BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 32(3), 1005.

George A. Bermann (1997), *Provisional Relief in Transnational Litigation*, COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 35, 553.

Gerard McCormack & Wai Yee Wan (2019), *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Comes of Age: New Times or New Paradigms*, TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 54(2), 273.

Godwin, A., Howse, T., & Ramsay, I. (2017), *The Inherent Power of Common Law Courts to Provide Assistance in Cross-Border Insolvencies: From Comity to Complexity*, INTERNATIONAL INSOLVENCY REVIEW 26(1), 5.

Horst Eidenmüller (2013), *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW 20(1), 143.

Irit Mevorach (2011), *On the Road to Universalism: A Comparative and Empirical Study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, EUROPEAN BUSINESS ORGANIZATION LAW REVIEW 12(4), 517.

Jamie Altman (2011), *A Test Case in International Bankruptcy Protocols: The Lehman Brothers Insolvency*, SAN DIEGO INTERNATIONAL LAW JOURNAL 12(2), 463.

James Bell, Douglas Hawthorn & Jeremy Walsh (2016), *The Recast European Insolvency Regulation: Impact on Distressed Debt Investors*, TRAVERS SMITH LLP.

Jay L. Westbrook (2005), *Chapter 15 at Last*, AMERICAN BANKRUPTCY LAW JOURNAL 79, 713.

Jay L. Westbrook (2000), *A Global Solution to Multinational Default*, MICHIGAN LAW REVIEW 98(8), 2276.

John A. E. Pottow (2005), *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 45(4), 935.

Kazuhiko Yamamoto (2002), *New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency as Compared with the UNCITRAL Model Law*, INTERNATIONAL INSOLVENCY REVIEW 11(1), 67.

Kent Anderson (2000), *The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience*, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 21(4), 679.

Kurt H. Nadelmann (1944), *Bankruptcy Treaties*, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW AND AMERICAN LAW REGISTER 93(1), 58.

L. A. Mabry (1999), *Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality*, GEORGETOWN LAW JOURNAL 87(2), 563.

Mathews Vattamala (2012), *The Myth of Cross-Border Cooperation: Mutual Assistance for the Collection of Tax Claims in Cross-Border Insolvencies*, EMORY BANKRUPTCY DEVELOPMENTS JOURNAL 29(1), 1.

Megan R. O'Flynn (2012), *The Scorecard So Far: Emerging Issues in Cross-Border Insolvencies under Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code*, NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW & BUSINESS 32(2), 391.

Michael A. Garza (2015), *When Is Cross-Border Insolvency Recognition Manifestly Contrary to Public Policy*, FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL 38(5), 1587.

Nicole Rothe (2004), *Freedom of Establishment of Legal Persons Within the European Union: An Analysis of the European Court of Justice Decision in the Überseering Case*, AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW 53(5), 1103.



Nigel J. Howcroft (2008), *Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality That Universalism Prevails*, UNIVERSITY OF CALIFORNIA, DAVIS BUSINESS LAW JOURNAL 8(2), 366.

Paul J. Omar (2003), *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, INTERNATIONAL INSOLVENCY REVIEW 12(3), 147.

Peter J.W. Sherwin & Douglas C. Rennie (2009), *Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*, AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION 20(3), 317.

Peter M. Gilhuly, Kimberly A. Posin & Adam E. Malatesta (2016), *Bankruptcy Without Borders: A Comprehensive Guide to the First Decade of Chapter 15*, AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW 24(1), 47.

Reinhard Bork (2017), *The European Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, INTERNATIONAL INSOLVENCY REVIEW 26(3), 246.

Ronald J. Silverman (2000), *Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, ILSA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 6(2), 265.

S. Gopalan & M. Guihot (2016), *Cross-Border Insolvency Law and Multinational Enterprise Groups: Judicial Innovation as an International Solution*, GEORGE WASHINGTON INTERNATIONAL LAW REVIEW 48(3), 549.

Samir D. Parikh (2020), *Bankruptcy Tourism and the European Union's Corporate Restructuring Quandary: The Cathedral in Another Light*, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 42(2), 205.



Sandeep Gopalan & Michael Guihot (2015), *Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency Law: A Proposal for Judicial Gap-Filling*, VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 48(5), 1225.

Steven L. Schwarcz (2022), *Regulating Global Stablecoins: A Model-Law Strategy*, VANDERBILT LAW REVIEW 75(6), 1729.

Stuart C. Gilson, J. Kose & L. H. P. Kang (1990), *Troubled Debt Restructurings: An Empirical Analysis of Private Reorganization of Firms in Default*, JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 27(2), 315.

Susan Block-Lieb & Terence C. Halliday (2007), *Incrementalisms in Global Lawmaking*, BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 32(3), 851.

Ignacio Tirado (2015), *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From 'Insolvenzimperialismus' to the Recast*, SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, 1.

Wai Yee Wan & Gerard McCormack (2020), *Implementing Strategies for the Model Law on Cross-Border Insolvency: The Divergence in Asia-Pacific and Lessons for UNCITRAL*, EMORY BANKRUPTCY DEVELOPMENTS JOURNAL 36(1), 59.

(四)官方文獻

Miguel Virgos & Etienne Schmit (1996), *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, EU COUNCIL DOCUMENT.

European Commission(2014), *Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency—Comparative Legal Analysis of the Member States' Relevant Provisions and Practices*.

European Commission (2016), *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Preventive Restructuring Frameworks, Second Chance and Measures to Increase the Efficiency of Restructuring, Insolvency and Discharge Procedures and Amending Directive*.



Insolvency Law Review Committee (2013), *Report of the Insolvency Law Review Committee: Final Report*, 55.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2010), *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2014), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2022), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*.

World Bank (2015), *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*.