

法学

# 我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作的现实困境与解决路径

张玲

[摘要] “一带一路”建设中跨境投资与贸易迅速发展,但沿线国家跨境破产司法合作机制尚未建立,涉“一带一路”跨境破产争议解决缺乏有力的法律保障。在国际层面建立跨境破产双边与多边合作机制,国内层面完善我国跨境破产制度是解决我国与沿线国家破产程序相互承认与协助问题的并行路径。我国有必要与沿线国家共建以主要破产程序为主的平行破产协调机制和法院间信息沟通与共享制度,解决各国跨境破产法发展不平衡和双边与多边司法合作协议供给不足问题。在国内层面完善我国跨境破产制度,明确承认对象和协助措施的范围,确定法律互惠的判断标准,从程序公正和促进跨境破产司法合作双重维度对本国债权人利益予以合理保护,明晰公共政策例外条款在跨境破产案件中适用的边界,为承认与协助沿线国家破产程序提供法律保障。

[关键词] 跨境破产; 司法合作; 承认与协助; “一带一路”

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2020)06-0061-12

## 引言

2013年9月和10月,我国国家主席习近平提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议,开放包容、共同发展的理念得到国际社会的认同。“一带一路”倡议提出以来,我国与沿线国家投资与贸易的发展不断深入,越来越多的中国企业参与到“一带一路”建设中,沿线国家对华投资与贸易的规模不断增进。资本的跨境流动对传统破产制度形成巨大冲击,涉“一带一路”跨境破产案件涉及多国破产法与不同国家当事人之间利益的冲突,缺乏有效的司法合作将导致破产财产的恶意转移与价值减损、债权人难以获得公平分配、破产重整面临困境等多重问题。

跨境破产司法合作机制的形成与制度构建是营造稳定与可持续发展营商环境的法治保障,对此国际社会已达成共识。欧盟和北美自由贸易区在21世纪初形成了相对成熟的区域性跨境破产合作机制,<sup>①</sup>越来越多深度参与国际投资与贸易的国家采纳联合国国际贸易法委员会《跨境破产示范

作者简介:张玲,中国政法大学国际法学院副教授。

基金项目:最高人民法院法律研修学者项目(批准号:FLYX201805)。

<sup>①</sup> 欧盟于2000年通过《欧盟破产程序条例》,构建了包括跨境破产管辖权、法律适用、主从程序相互合作的统一的跨境破产制度。2015年,欧盟对该条例进行修订,补充跨国企业集团破产程序协调、破产信息共享等规则,为共同体内跨境破产争议的处理提供了更加完整细致的法律依据。20世纪90年代,北美自由贸易区跨境破产项目启动,2000年5月出台《北美自由贸易区跨国破产合作原则》和《跨国案件法院间交流的指引》,为北美自由贸易区内不同国家的法院在跨境破产案件中的协调与合作提供了区域合作的法律框架。

法》(以下简称“《示范法》”),接受跨境破产司法合作的国际范本。<sup>①</sup>然而,我国与“一带一路”沿线国家尚未签订双边与多边跨境破产协议,各国国内立法处于发展不平衡的状态,诸多我国重点投资的沿线国家还没有专门的跨境破产立法,<sup>②</sup>我国法院启动的破产程序在沿线国家的效力缺乏充分的法律保障。另外,我国在立法和司法上也未对承认与协助外国破产程序做出充分准备。尽管2007年6月1日施行的《企业破产法》对跨境破产问题作出专门规定,为处理涉“一带一路”跨境破产案件提供了法律依据,但现行立法内容简单粗略,不足以应对实践中的复杂问题,我国法院适用《企业破产法》第五条的经验也比较有限。立法简单化、司法经验缺乏、跨境破产双边与多边合作机制尚未建立,在相当程度上影响我国与沿线国家对跨境破产问题的有效处理。

“一带一路”建设进入高质量发展的新阶段,推动形成更广范围以规则为基础的稳定公平透明可预期的国际化法治化便利化营商环境是“一带一路”各方共同关切的问题。<sup>③</sup>其中,跨境破产司法合作制度的构建是不可或缺的重要组成部分。2019年《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》提出完善跨境破产协调机制的任务,释放出与沿线国家建立有效司法合作机制的信号。本文从我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作制度的现实状况出发,分析当前在跨境破产领域进行司法合作存在的问题和障碍,从国际与国内两个层面提出应对方案。第一部分从沿线国家跨境破产法的不平衡发展、跨境破产司法协助供给不足以及我国相关制度缺失三方面分析我国与沿线国家跨境破产司法合作的现实困境。第二部分从国际层面探讨跨境破产双边与多边合作机制的建立,为促进我国与沿线国家跨境破产程序相互承认与协助,保证为我国破产程序的域外效力提供路径选择的思路。第三部分从国内层面探讨我国跨境破产制度的完善,为我国法院承认与协助沿线国家破产程序提供制度参考。

## 一、我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作的现实困境

我国与“一带一路”沿线国家跨境破产的司法合作主要涉及两方面内容:一是我国破产程序的域外效力,二是沿线国家破产程序在我国的效力。从沿线国家跨境破产法的发展、跨境破产司法协助协议的缔结以及我国相关法律制度的现状看,我国与沿线国家跨境破产司法合作尚缺乏有力的法律保障,导致破产程序的相互承认与协助面临困境。

### (一) 沿线国家跨境破产法的不平衡发展对我国破产程序域外效力的影响

“一带一路”沿线国家跨境破产法的发展并不平衡,主要表现为三种状况:一是对跨境破产进行专门体系化立法;二是对跨境破产做零散式条文规定,尚未形成体系;三是没有针对性的专门立法,将跨境破产类同于一般民商事纠纷,依据民事司法协助规则予以解决。

在“一带一路”沿线国家中,部分国家采纳1997年联合国国际贸易法委员会《示范法》,进行

① 根据联合国国际贸易法委员会秘书处公布的《示范法》颁布情况,迄今为止,47个国家共在50个法域通过了以《示范法》为基础的立法。

② 我国重点投资的“一带一路”沿线国家中,除了新加坡和阿联酋分别于2017年和2019年以《示范法》为范本形成比较完善的跨境破产制度外,老挝、印度尼西亚、越南、哈萨克斯坦、马来西亚、泰国、柬埔寨、孟加拉国均没有跨境破产司法协助的国内立法。

③ 参见《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》法发(2019)29号。

专门体系化立法。<sup>①</sup>新加坡是采纳《示范法》的典型国家。2017年新加坡修订公司法,以《示范法》为基础增补跨境破产的法律规定。根据新加坡新公司法的规定,债务人主要利益中心所在地法院启动的主要破产程序具有普遍的域外效力,在不违反公共政策的情况下,经主要程序破产管理人的申请,对债务人位于新加坡境内的财产适用“自动中止”原则,中止针对债务人及其财产的诉讼和处分行为。法院确认本国债权人合理利益未受损害后,可以将债务人位于新加坡的财产转移到主要破产程序所在国法院进行统一分配。<sup>②</sup>在司法实践中,新加坡在跨境破产司法协助上采取友好合作态度,在韩进海运集团破产案中,新加坡法院基于破产债务人的主要利益中心位于韩国,且本国债权人在韩国重整程序中未受到不公平对待的事实对韩国重整程序给予承认和协助。<sup>③</sup>总的来看,我国破产程序在这些国家容易获得承认和协助。

有些沿线国家虽然意识到跨境破产立法的重要性,并对跨境破产做出专门规定,但内容单一,缺乏确定性和可操作性。例如,印度在2016年新破产法中首次对跨境破产问题做出规定。根据相关规定,印度法庭有权授权破产管理人控制并变卖债务人位于境外的财产,破产管理人经法院批准可以向外国法院提出承认和协助的申请,印度将与外国政府签署跨境破产司法协助协议,将债务人位于境外的财产纳入破产财产。<sup>④</sup>从印度新破产法上述规定看,印度意图采取依托政府间谈判达成协议的方式获得其他国家的承认和协助,这种方式存在不确定性,甚至可能使跨境破产程序的复杂化。<sup>⑤</sup>对于外国破产程序在印度的效力,印度破产法并没有提供司法协助的方案。单边、简单化的立法对跨境破产实质性司法合作的作用非常有限,我国破产程序在这些国家的承认与协助缺乏明确的法律依据和制度保障。

沿线国家中尚有相当数量的国家没有对跨境破产进行专门立法,根据一般民商事判决承认和执行规则处理跨境破产问题。例如,马来西亚、塞浦路斯等国均依据与其他国家签订的民事司法协助条约解决跨境破产争议。俄罗斯以及哈萨克斯坦等独联体国家也没有针对跨境破产的专门立法,当外国破产管理人申请本国法院承认外国破产程序时,法院将以条约或互惠原则为基础判定是否承认该外国破产程序在本国境内的法律效力。由于缺乏有针对性的体系化规则,这些国家在承认外国破产程序效力问题上通常比较保守。<sup>⑥</sup>将跨境破产类同于一般民商事纠纷的做法无法解决跨境破产案件中的特殊问题,我国破产程序在这些国家获得承认与协助具有不确定性。

## (二) 跨境破产双边与多边协议供给不足对司法合作的障碍

跨境破产双边与多边协议可以有效弥补沿线国家跨境破产法发展不平衡对司法合作的不利影响,但从目前我国与沿线国家签订的双边与多边司法协助协议看,呈现出明显的供给不足状况。

我国与“一带一路”沿线国家没有签订专门的跨境破产国际协议,包括一般民商事判决承认与执行的司法协助协议的数量比较有限,已有的司法协助协议大多既没有排除破产判决,也没有对

① 根据联合国国际贸易法委员会秘书处公布的《示范法》采纳情况,南非(2000)、黑山(2002)、罗马尼亚(2002)、波兰(2003)、塞尔维亚(2004)、新西兰(2006)、韩国(2006)、斯洛文尼亚(2007)、菲律宾(2010)、希腊(2010)、塞舌尔(2013)、新加坡(2017)、喀麦隆(2015)、乍得(2015)、几内亚(2015)、肯尼亚(2015)、塞内加尔(2015)、巴林(2018)、以色列(2018)、阿拉伯联合酋长国(2019)等“一带一路”国家以《示范法》为基础制定本国跨境破产法。

② 参见2017年《新加坡公司法》第354 B条、附录十第2、6、20、21条。

③ 张可心《外国破产程序在中国的承认与协助制度——基于韩进海运破产案的思考》,《人民司法》2017年第19期。

④ 2016年《印度破产法》第35、234、235条。

⑤ 陈夏红《印度新〈破产法〉“新”在哪里》,《法制日报》,2016年7月13日,第12版。

⑥ 黄圆圆《“一带一路”倡议下的跨界破产合作及中国的因应》,《武大国际法评论》2018年第2期。

破产判决的承认和执行做出特别规定。<sup>①</sup>理论上,在未做排除规定的情况下,司法协助条约可以作为解决跨境破产问题的法律依据,我国司法审判实践也确有依据双边司法协助条约承认外国破产判决的先例。例如,在2001年广东省佛山市中级人民法院审理的B&T Ceramic Group s. r. l有限公司申请承认和执行意大利法院破产裁决案中,法院依据1991年中国和意大利签署的双边司法协助条约,认为本案不存在《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第21条规定的拒绝承认与执行的情形,且无违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全和社会公共利益,裁定承认意大利米兰法院做出的破产裁决。<sup>②</sup>在缺乏国内法规定的情况下,法院依据双边司法协助条约承认外国破产裁决在我国的效力,为我国与其他国家之间跨境破产的司法合作打开了大门。但不容忽视的是,民事司法协助条约关于判决承认和执行的规定通常不涉及跨境破产的特殊问题,例如,承认外国破产判决时对本国债权人合理利益保护的考量,对外国破产程序中止效力以及外国破产管理人权力的承认等。跨境破产司法协助本身具有特殊性,究其根源是破产制度的特殊功能及其与一国社会、经济利益密切相关的公共性使然。因此,国际上承认与执行外国判决的公约通常将破产排除在适用范围之外。例如,2005年海牙《选择法院协议公约》第2(e)项规定,公约不适用于破产、和解及类似事项。2019年海牙《承认与执行外国国民商事判决公约》第2条明确规定,公约不适用于破产、破产和解、关于金融机构的解决方案及类似事项。欧盟专门制定《欧盟破产程序条例》(以下简称“《欧盟条例》”)解决破产程序的承认与协助问题。我国签订的司法协助双边条约也有的注意到破产裁决的特殊性,并将其排除在一般民事司法协助范围之外。<sup>③</sup>由此可见,有限的民事司法协助条约不能有效解决我国与沿线国家跨境破产相互承认与协助问题,跨境破产双边与多边协议供给不足对该领域的司法合作形成障碍。

### (三) 我国跨境破产制度缺失对承认沿线国家破产程序的限制

在缺乏双边与多边协议的情况下,沿线国家破产程序在我国的效力依赖我国法律的保障。《企业破产法》第五条规定,外国法院做出的破产判决、裁定,涉及债务人在我国领域内财产的,法院将依照国际条约和互惠原则进行审查,对不违反我国法律的基本原则,不损害国家主权、安全和社会公共利益,不损害我国领域内债权人合法权益的外国破产判决和裁定予以承认和执行。上述规定为沿线国家破产程序在我国获得承认与协助提供了法律依据,但从内容上看,现行跨境破产制度存在内容缺失、规则模糊、制度设计没有充分考虑跨境破产特殊性等问题,在实践中容易引发跨境破产司法协助的困境。主要表现于以下几方面:第一,对外国破产判决和裁定界定不明确,没有将破产宣告裁定和与破产有关判决的承认予以区分,导致实践中对于承认什么以及相应的救济措施不明晰。第二,类比民事诉讼法的规定以互惠和公共政策作为承认条件,但对互惠关系的判定标准以及破产案件中公共政策例外条款适用的情形未有明确的指引。第三,规定承认外国破产程序以不损害我国债权人合法权益为条件,但未对认定标准做出解释,容易在实践中产生对本国债权人的过度保护,影响对沿线国家破产程序的承认与协助。第四,没有考虑跨境破产司法协助措施的特殊性,导致法院在对外国破产程序提供救济措施的范围上没有明确的法律依据。

① 中国与哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、科威特、阿联酋、土耳其、越南、老挝、蒙古、俄罗斯、保加利亚、罗马尼亚、匈牙利、立陶宛、乌克兰、波兰、白俄罗斯、波黑、埃及、摩洛哥等“一带一路”沿线国家间签订的双边司法协助条约中有关于承认与执行外国判决的规定,但均未就跨境破产的司法协助做出专门规定。

② 刘建红 《申请承认和执行意大利法院破产裁决案》,《中国法律》2003年第3期。

③ 例如,《中华人民共和国和西班牙王国关于民事、商事司法协助的条约》第十七条第1款规定,缔约一方法院在本条约生效后做出的已经确定的民事、商事裁决,除因有关破产和倒闭程序问题造成的损失及因核能造成的损失外,在缔约另一方境内应当予以承认与执行。

立法简单化限制了司法功能的发挥,《企业破产法》实施十余年来,我国法院审理的跨境破产案件数量很少,没有积累丰富的司法经验,审理涉“一带一路”跨境破产案件存在应对不足的问题。实际上,涉“一带一路”跨境破产问题已经显现。在韩进海运集团破产案中,债务人在我国境内有大量财产,虽然韩国破产管理人最终未向我国法院提出承认申请,从外国法院受理韩进破产案涉及的法律问题反观我国跨境破产法,在承认外国破产程序的范围与审查条件、对本国债权人保护条款的合理适用以及可以提供的救济措施等方面,我国现行立法尚存在空白或规定不明确的问题。我国与沿线国家投资与贸易快速发展必然带来跨境破产案件数量的增加,跨境破产制度的缺失将限制我国对沿线国家破产程序效力的承认,不利于为吸引沿线国家投资营造友好的投资环境。

基于我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作的现状与存在的问题,有必要从国际与国内两个层面创建跨境破产司法合作机制,完善相应司法协助法律制度。

## 二、建立“一带一路”跨境破产双边与多边司法合作机制

“一带一路”沿线国家跨境破产法发展不平衡,不少国家跨境破产立法简单化或者处于空白状态,我国与沿线国家签订的司法协助条约均没有针对跨境破产的特别规定,甚至与一些国家还没有签订包括判决承认和执行的司法协助条约,导致我国企业在“走出去”过程中,一旦进入破产重整或清算程序,对位于境外的财产申请沿线国法院给予承认和协助缺乏明确的法律依据。另外,在我国跨境破产制度尚不完善的情况下,沿线国家意图依据双边与多边协议获得我国法院的司法协助也没有充分法律保障。我国与“一带一路”沿线国家建立跨境破产双边与多边合作机制对保护各国投资者利益具有重要的现实意义。沿线国家社会、经济、法律文化传统不同,难以提供统一的国际协议文本,可以借鉴国际上已有经验,根据参与协议的“一带一路”沿线国家的实际情况,考虑从以下几方面建立相应的跨境破产合作机制。

### (一) 借鉴主从破产程序模式与中心法院管辖制度

跨境破产司法合作模式的选择取决于各国对破产域外效力和保护本土利益协调机制的认同。从目前已有的跨境破产国际合作机制看,以有限普及主义为理论基础的主从破产程序模式具有更广泛的适用空间。

主从破产程序模式的基本架构是以与债务人破产联系最密切的法院启动的破产程序为中心,主要破产程序在合作协议的参与国具有普及效力,其他国家应当像对待国内破产程序一样给予中止个别清偿和针对债务人诉讼的救济,在最大范围内保证破产财产在主要破产程序中进行统一管理与分配。如果债务人同时在其他国家有持续的经营、经营场所和运营财产,则允许这些国家启动当地破产程序根据本国破产法处分位于其境内的破产财产。欧盟是采取主从破产程序模式的代表,尽管共同体成员经济一体化程度很高,依然无法克服破产法律冲突对绝对普及主义推行的障碍。承认从程序根据成员国法律对位于其境内财产的控制是协调各国破产法冲突的有效手段。<sup>①</sup>“一带一路”沿线国家破产法律制度差异很大,破产法现代化水平不同,由一个破产程序管理债务人位于沿线国家所有破产财产不具有可行性,主从破产程序模式在促进沿线国家跨境破产

<sup>①</sup> 《欧盟破产程序条例》(2015)在序言第22段中指出,共同体内各国破产实体法存在差异,无例外的适用破产程序启动地的法律面临困难,例如,各成员国关于物权担保的法律并不相同,债权人享有优先权的规定也存在差异。应采取两种方式解决上述问题,一方面对重要权利和法律关系(如对物权和雇佣合同)制定法律适用的特殊规则,另一方面应当允许效力仅限于本国境内财产的当地破产程序与外国主要破产程序同时存在。

司法合作的同时,兼顾各国破产制度的差异和对本土债权人利益保护的需要,有利于涉“一带一路”跨境破产争议的有效解决。

在主从破产程序模式下,中心法院管辖权的确定标准是各国需要协商的核心问题。从国际立法文本以及部分采纳《示范法》的沿线国家立法看,债务人主要利益中心标准获得更多认同。债务人主要利益中心标准具有弹性化与灵活性的特点,它以债务人注册登记地为基本判断依据,当债务人实际经营管理中心与注册登记地分离时,可以推翻注册登记地法院的管辖权,从根本上保证法院受理破产案件的合理基础。我国破产法以债务人住所作为破产管辖权的标准在本质上与主要利益中心没有矛盾,在相关国际协议中接受该标准作为主要破产程序的管辖权依据有利于和国际规则对接,在沿线国家形成统一规则。需要注意的是,债务人主要利益中心标准在适用过程中,应防止当事人通过恶意转移主要利益中心损害债务人与债权人整体利益的行为。<sup>①</sup>当然,并不排除在双边与多边协议中采用符合参与方现行破产管辖权制度的客观标准。不管采用何种标准,中心法院的确定应当着重考量法院审理跨境破产案件的便利性与公平性,以及企业拯救功能的实现。

## (二) 建立平行破产程序的协调与合作机制

在主从破产程序模式下,针对单一债务人可能存在分散于不同沿线国家的若干并行存在的破产程序,如果平行程序间缺乏有效的协调与合作,则不利于沿线国家提高审理跨境破产案件的效率。

在经济贸易联系紧密的国家之间,区域性跨境破产司法合作协议呈现出限制从程序对主要破产程序效力影响的趋势。以欧盟为例,2000年通过的《欧盟条例》虽然在管辖权和申请人资格上对启动从程序做出限制,但是总的来看更多强调从程序启动的合理性,限制了主要破产程序的普及效力。为解决上述问题,2015年《欧盟条例》修正案赋予主要破产程序管理人对从程序的干预权,最大限度保证了主要破产程序在欧盟境内的效力。为加强主要破产程序的主导作用,主程序破产管理人有权介入同时进行的从属破产程序,特别是主要破产程序意图拯救债务人,或者准备将债务人的财产和业务作为整体出售时,可以申请中止从程序。并且,只要主程序的破产管理人采取适当措施确保从程序中债权人的利益,启动从程序的法院应全部或部分中止清算,只有这种请求对债权人造成明显不利的情况下方能被拒绝。<sup>②</sup>在保护从程序债权人合理实现债权的情况下扩张主要破产程序的域外效力是降低破产成本、拯救企业,以此在最大限度内实现债务人和债权人整体利益的制度选择。当然,欧盟的制度模式与成员国破产法现代化水平普遍较高的现实状况相符,我国与破产法律制度比较完善的“一带一路”沿线国家建立跨境破产合作机制可以借鉴欧盟平行破产协调机制的合理因素。

建立平行破产程序法院及破产管理人相互之间的合作机制是提高跨境破产案件审理效率的优选路径。从目前跨境破产国际立法文本看,在平行破产程序合作机制上形成了比较成熟的方案。一是建立平行破产程序协调人制度,由不同国家的法院指定专门的人或机构负责平行破产程序间

<sup>①</sup> 为避免主要利益中心的任意变动给债务人和债权人整体利益带来损害,2015年新修订的《欧盟破产程序条例》通过了限制恶意改变主要利益中心的规范。根据《欧盟破产程序条例》(2015)序言(30)与第3条规定,法院应当确定债务人真实的主要利益中心所在地。为防止欺诈和挑选法院的滥用,法人或经营业务的个人在破产程序启动前3个月将注册地或主要营业地转移到其他国家,个人在破产程序启动前6个月将惯常居所转移到其他国家的,债务人注册地、主要营业地、惯常居所为主要利益中心的假设将被推翻。在国际管辖权条款上,《欧盟破产程序条例》做出相应的修改,规定法人在破产程序启动前3个月转移注册办事机构的,该注册机构所在地不得作为主要利益中心;从事经营活动的个人在破产程序启动前3个月转移个人主要营业地的,该营业地不得推定为债务人的主要利益中心;其他个人债务人的破产,在破产程序启动前6个月转移其惯常居所的,该地点也不得认定为债务人的主要利益中心。

<sup>②</sup> 《欧盟破产程序条例》(2015)第36、38条。

的协调与合作,协调人的职能包括在不同程序间传递信息、促进当事人合意解决问题、拟定跨境破产重整方案等,同时负有定期向各破产程序所涉及的法院报告与破产有关事项的义务。二是建立债务人资产管理与监督的协调与合作机制。位于不同国家的破产财产在变现、处分和管理方面的协调有助于破产财产价值最大化,在最大限度内避免争议,在跨境重整案件中对促进企业再生具有重要价值。资产管理与监督的协调与合作主要包括调查债务人资产状况、追回破产财产并防止其价值减损、对资产监管责任的分配、就位于多个破产程序中的财产进行联合销售以及对债务人启动后融资的筹措与管理等方面。三是建立联合听审制度。在北美自由贸易区,不少跨境破产案件通过参与国法院间联合听审的创新方式予以解决。法院可以通过视频会议等形式同时参加另一国法院正在进行的程序。在案件审理之前,法院将与案件有关的证据材料或者其他书面材料发送至另一法院,也有权就联合听审的程序、管理或者初期出现的问题与其他法院进行交流加以协调和解决。在联合听审之后,法院有权同另一法院进行交流,决定双方是否可以共同做出判令,以及就相关的程序或实体方面的问题进行协调解决。

在建立“一带一路”跨境破产合作机制中,上述国际经验提供了可供选择的思路与方案。同时应注意到,“一带一路”沿线国家司法制度不同,有的国家对法院和破产管理人间的直接联系采取友好态度,有的国家没有为法院与破产管理人之间的合作提供法律依据。在“一带一路”跨境破产双边与多边协议签订中,有必要考虑和尊重不同国家的司法制度和法律传统,采取不同的合作方式。

### (三) 构建法院间信息交流与共享制度

跨境破产案件中的信息交流与共享不仅有利于破产财产价值最大化,便利跨境重整计划的实施,对防止债权人在多个破产程序中获得超额清偿也具有防范与控制作用。从国际上现有的跨境破产司法合作文本看,建立法院间的信息交流与共享制度是共同的选择。

北美自由贸易区较早在美国、加拿大和墨西哥三国推行法院间直接联系与沟通制度。《北美自由贸易区跨国破产合作原则》明确提出,在国内法允许的最大限度内,破产程序涉及的或是要求外国破产法院协助的法院之间应该直接或是通过破产管理人进行交流。<sup>①</sup>为进一步细化法院间联系与交流的规则,美国法律学会在已有实践经验基础上编纂《适用于跨国案件法院间交流的指引》,在不同国家法院间搭建了简化、便捷的绿色通道。一国法院可以直接接收来自外国法院、法官以及外国法院授权代表的信息,对来自外国法官的信息可以直接或者通过本国法官、法院授权的代表回复。<sup>②</sup>与北美自由贸易区不同,考虑到部分成员国不允许法院之间进行直接的交流,欧盟采用通过法院任命的个人或机构代表法院进行直接联系和信息交流的模式。<sup>③</sup>“一带一路”沿线国家司法制度不同,我国与沿线国家建立双边与多边信息交流与共享机制可以根据不同情况选择合适的模式。

网络技术的发展为法院间的信息沟通与共享提供新的手段。欧盟已经在区域内建立电子司法门户网站,便于成员国法院查询破产案件在各国登记的信息。新《欧盟条例》相应规定了保护成员国破产登记系统与电子司法门户网站信息安全的规定。在沿线国家中,新加坡最高法院于2016年设立破产司法交流联盟,并出台《法院之间关于跨境破产事务交流合作指引》和《法院之间的交流模式范本》两个法律文件,对参与成员就跨境破产司法程序事项交流的具体模式与方式等问题做出规定。<sup>④</sup>虽然“一带一路”沿线国家现阶段实现各国破产信息的充分共享尚缺乏技术和制度基础,但

① 《北美自由贸易区跨国破产合作原则》程序原则10。

② 《适用于跨国案件法院间交流的指引》第5条。

③ 《欧盟破产程序条例》(2015)第41条。

④ 龙光伟、王芳、叶浪花《“一带一路”背景下中国跨境破产发展路径选择:新加坡跨境破产发展历程的经验与启示》,《人民司法》2020年第1期。

我国与部分沿线国家已经在利用信息手段提升司法能力方面达成共识,为进一步构建跨境破产信息沟通与共享制度奠定了基础。<sup>①</sup>法院间交流的新加坡经验为我国和沿线国家建立跨境破产司法交流机制提供实践参考,我国在利用信息化手段审理破产案件的审判实践中也积累了有益经验,<sup>②</sup>有必要将其推广到跨境破产双边与多边司法合作机制中。

### 三、完善我国承认与协助沿线国家破产程序制度

在国内层面完善我国跨境破产承认与协助制度,承认沿线国家破产程序在我国的效力是吸引投资、营造法治化营商环境的法律保障。我国有必要从以下几方面对相关制度予以完善。

#### (一) 明确界定承认与协助的对象

根据《企业破产法》第五条第2款规定,跨境破产司法协助的对象是外国法院做出的发生法律效力破产判决和裁定。“破产判决和裁定”主要包括两种类型:一是外国法院作出的破产宣告裁定,二是外国法院在审理破产案件中做出的诸如抵销权、撤销权等与破产有关的判决。我国破产法未将二者进行区分,在实践中容易混淆承认的对象与相应的审查标准和救济措施。实际上,承认对象不同,承认条件与救济措施并不相同。例如,联合国国际贸易法委员会1997年出台的《示范法》主要解决外国破产程序效力的承认与协助问题,而2018年通过的《与破产有关判决承认与执行的示范法》主要解决外国破产宣告判决之外与破产有关判决的承认与执行,两个示范法在承认条件与救济措施上存在很大差异。从沿线国家成熟的立法例看,对承认对象通常做出明确的规定。例如,《新加坡公司法》在跨境破产部分中规定,本法适用于外国法院或外国代表就有关某项外国程序事宜寻求新加坡协助的事项。所谓“外国程序”是指在某一外国依照与破产有关的法律实施的集体司法程序或行政程序,包括临时程序,在这一程序中,为达到重组或清算目的,债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督。<sup>③</sup>

沿线国家法律对破产程序的界定不同,有的破产程序虽不在破产法中规定,但符合破产程序的特点;有的虽有破产之名,却不具备集体清偿的性质。我国可以借鉴新加坡的做法,从集体清偿和程序启动目的两个方面界定承认的对象,防止因各国破产制度的差异对外国程序做出不正确的认定。当然,对金融机构等特殊性质的破产程序可以作为例外予以排除。从对等角度,我国首先需要明确对沿线国家破产宣告裁定的承认,如果涉及有关破产判决的承认,应从管辖权、程序正当性、法律适用以及对本国破产程序的影响等多个因素考虑是否予以承认。<sup>④</sup>

① 2017年6月8日,第二届中国—东盟大法官论坛在南宁举行,与会各国最高法院高度重视信息化时代在司法领域对信息技术的应用,支持采用信息手段提升司法能力和水平。论坛通过的《南宁声明》在一定程度上为实现区域内破产信息共享提供了初期设想。黄圆圆 《“一带一路”倡议下的跨界破产合作及中国的因应》,《武大国际法评论》2018年第2期。

② 2016年8月1日,全国企业破产重整案件信息平台上线运行,破产审判信息化建设取得了阶段性成果。债权人会议、破产财产的处置、吸引战略投资人都可以通过互联网进行。这既是破产法律制度的一次全新革命,标志着破产工作进入了信息化时代,也是中国破产审判实践对全球营商环境治理的积极贡献。参见贺小荣 《建设适应现代化经济体系的破产法治》,《人民法院报》,2017年11月15日,第7版。

③ 参见2017年《新加坡公司法》附录十第1条第1款、第2(h)条。

④ 参见王欣新、梁闽海 《〈关于承认和执行与破产有关的判决示范法〉及其对我国跨境破产立法的借鉴意义》,《人民司法》2018年第34期。

## (二) 理性适用互惠原则

承认外国破产程序是否需要附加互惠条件一直以来颇具争议。反对派认为,互惠要求实质上是一种报复行为,以国家间关系损害当事人利益是不足取的,附加互惠条件不利于跨境破产的国际合作。<sup>①</sup>互惠的本质是对等性,在跨境破产案件处理中不但具有维护国家司法主权平等的功能,更是促进司法合作的重要手段。“一带一路”沿线国家中尚有不少国家没有跨境破产的法律规定,少数国家仍坚持破产属地主义,合理的互惠要求在一定程度上起到推动沿线国家间跨境破产司法合作的作用。《企业破产法》第五条在承认和执行外国破产判决和裁定上要求进行互惠审查在现阶段具有合理性,但该条没有规定互惠关系的判定标准,在司法实践中如何理解与适用互惠原则存在争议。

民事司法协助中互惠关系的认定有三种做法:一是事实互惠,即要求对方国家有承认与执行本国判决的先例;二是法律互惠,即如果有证据证明根据对方国家法律本国判决可以获得承认与执行,则认定存在互惠关系;三是推定互惠,只要对方国家没有以互惠为由拒绝承认与执行本国判决的先例,就可推定存在互惠关系。事实互惠以存在外国法院承认我国判决的先例为条件,在客观上形成互惠关系的“囚徒困境”,导致法院间的循环报复,阻碍了民商事判决的跨国流通。目前,我国破产判决和裁定尚未有在“一带一路”沿线国家获得承认的先例,如果以事实互惠为判断标准将陷入跨境破产司法协助的困境。从我国目前对互惠的司法态度看,在与“一带一路”沿线国家司法协助上已经显现出软化互惠条件的倾向和放弃事实互惠的趋势。<sup>②</sup>另外,实践中也出现对互惠关系认定条件过于宽松的现象。例如,在武汉市中级人民法院承认德国地方破产法院破产裁定案中,对于德国破产管理人提出的承认其控制并转移破产财产的请求,法院并未查明德国法关于承认外国破产程序及破产管理人权力的规定,以德国法院曾经承认我国一般民商事判决为由认定两国在跨境破产领域也存在互惠关系,<sup>③</sup>忽略了跨境破产司法协助的特殊性。

从保留互惠条件国家的立法与司法实践来看,法律互惠获得比较普遍的认同。在我国与“一带一路”沿线国家跨境破产承认与协助问题上,以法律互惠作为判断标准对保障跨境破产判决和裁定的相互承认与执行具有实际效用和实施可行性。对尚未存在互惠先例的国家,如果有证据证明,根据该国法律我国法院做出的破产判决和裁定在同等条件下可以在该国获得承认与执行的,认定该国与我国存在互惠关系。

## (三) 合理保护本国债权人的利益

承认外国破产程序的结果是本国债权人的债权将根据外国破产法在外国破产程序中获得清偿。如果外国破产程序歧视本国债权人或者没有对其正当权利给予保护,就丧失了获得司法协助的基础。

我国《企业破产法》第五条第2款规定“外国破产判决和裁定损害中华人民共和国领域内债权人合法权益的不予承认和执行。”从立法目的看,该规定是为防止我国债权人参加外国破产程序受到不公平待遇或者正当程序权利受到损害。因此,在适用时不宜做扩大解释,否则将回归到破产属地主义。本国债权人利益受到损害通常包括本国债权人没有获得适当的通知,在申请启动破产

<sup>①</sup> 该理论对跨境破产立法产生一定影响。联合国国际贸易法委员会《跨境破产示范法》在承认外国破产程序上不要求以互惠为条件,采纳《示范法》的国家大多持有相同立场。近年来,一些国家在跨境破产法修改中取消了互惠条件,例如,2019年新修订的《瑞士联邦国际私法典》在跨境破产承认与协助条件上取消了互惠要求。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》提出,在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下,根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况,可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助。

<sup>③</sup> 参见湖北省武汉市中级人民法院(2012)鄂武汉中民商外初字第00016号民事裁定书。

程序、债权申报、破产分配、参加债权人会议等方面没有获得与其他债权人同等的待遇,从而对债权人利益带来实质性的损害。在韩进海运集团破产案中,新加坡法院在审查该项标准时提出,在债权人待遇方面,法院应当考虑新加坡债权人在申请承认的外国重整程序中是否获得公正、平等待遇,任何偏向于本国债权人或特定债权的外国程序,均有可能被拒绝承认及协助。<sup>①</sup>因此,债权人合法权益保护应关注债权是否获得平等分配以及债权人是否享有平等参与破产程序的权利,在分配顺序等实体问题上因破产法规定不同使我国债权人参与沿线国家破产程序获得的利益低于参与本国程序的,不宜作为拒绝承认的理由。

为保护本国债权人债权的优先清偿,部分国家采取“围栏规则”处理外国破产债务人位于本国境内的财产,即破产财产在清偿本国债权人有余后才可移交外国破产程序进行统一管理和分配。“围栏规则”虽然在个案中有利于保护本国债权人利益,但在实质上形成内外债权人不平等的结果,破产财产的提前分配对跨境重整的进行也形成巨大障碍,不利于跨境破产案件公平高效的审理。在我国与“一带一路”沿线国家跨境破产司法合作中,合理保护本国债权人合法权益,以普及主义为基本导向,兼顾跨境破产司法合作目标的实现,保证破产财产价值的最大化,保护债务人和内外债权人的整体利益,对各国对外投资的稳定发展具有长远的积极意义。

#### (四) 明晰公共政策例外条款适用的边界

公共政策作为维护本国重大利益和法律基本原则的安全阀,在涉外民商事判决的承认与执行中被各国普遍接受。在跨境破产司法协助中,公共政策也是必须予以考虑的因素。《企业破产法》第5条将违反公共政策作为拒绝承认与执行外国破产判决和裁定的理由,但对破产案件公共政策的界定并不明晰,公共政策例外条款适用边界的模糊不利于我国与沿线国家跨境破产的有效合作。

在公共政策例外条款的适用上,美国的司法实践提供了经验和做法。从已有判例看,公共政策在跨境破产案件中的适用主要有以下情形:一是外国破产程序违反破产法基本原则。在美国纽约东区法院审理的 Gold & Honey 破产案中,债务人向美国法院申请启动重整程序以获得自动中止的效力,并请求将该效力范围扩及债务人所有财产。该请求获得美国法院支持后,针对同一债务人的以色列破产程序也请求美国法院承认与协助,被美国法院拒绝。<sup>②</sup>法院提出的主要理由是,承认以色列破产程序将违反美国破产法自动中止原则,导致破产财产不公平分配,将违反美国公共秩序。<sup>③</sup>二是承认外国破产程序违反宪法保护的基本权利。在美国纽约南区破产法院审理的一起涉及德国破产程序的跨境破产案件中,债务人在德国法院被宣告破产后,破产管理人向美国法院提出承认并协助德国破产程序的申请。其中一项主要的协助措施是请求美国法院批准其进入债务人的电子邮箱,以了解债务人在美国的财产情况以及变卖破产财产的信息。法院认为,隐私权是美国宪法保护的基本权利,德国破产管理人提出的协助措施侵犯了债务人的隐私权,如果予以承认与协助将明显违反公共政策,法院最终拒绝德国破产管理人的申请。<sup>④</sup>三是外国破产程序剥夺当事人的正当程序权利。美国债权人在外国破产程序中被剥夺正当程序权利也可能成为法院援引公共政策例外条款的理由。在美国俄克拉荷马州东区法院审理的涉及意大利破产程序的跨境破产案中,美国债权人没有收到意大利法院启动重整程序的通知,导致错过债权申报期限,丧失了在意大利

① 石静霞、黄圆圆 《跨界破产中的承认与救济制度——基于“韩进破产案”的观察与分析》,《中国人民大学学报》2017年第2期。

② See in re Gold & Honey, Ltd., 410 B. R. 357, 373 (Bankr. E. D. N. Y. 2009).

③ Omer Shahid, “The Policy Exception: Has § 1506 Been a Significant Obstacle in Aiding Foreign Bankruptcy Proceedings?”, *Journal of International Business & Law*, Vol. 9, Issue 1, 2010. p. 197.

④ See in re Toft, 453 B. R. 186 (S. D. N. Y. 2011).

重整程序中行使表决权的权利。法院认为,启动破产程序的知情权、债权申报与参与表决的权利属于债权人基本的程序权利,直接影响到破产程序的公正性。意大利破产重整程序对债权人正当程序权利的剥夺违反公共政策,不应予以承认。<sup>①</sup>

从跨境破产司法实践看,总体上对以公共政策为由拒绝承认外国破产程序持谨慎态度。一般来说,法院不会因为外国破产法与本国破产法存在差异认定外国破产程序违反公共秩序,而是将其限制在违反宪法和破产法基本原则的范畴内。对于剥夺当事人正当程序权利是否属于公共政策的范围存在争议,从我国签订的民事司法协助条约看,程序正当性是独立于公共政策例外条款的审查条件,不宜将其与公共政策混同。我国法院在涉“一带一路”跨境破产案件审理中一方面需要注意破产案件中公共政策适用的情形,另一方面应防止对公共政策进行扩大化解释,避免使其成为我国与沿线国家进行跨境破产司法合作的障碍。

#### (五) 补充跨境破产协助措施的规定

我国现行立法没有关于外国破产程序协助措施的规定,沿线国家破产程序在我国可以获得何种救济没有法律依据。我国有必要在以下两方面增补跨境破产协助措施的规定:一是规定承认决定做出前的临时救济措施。为防止破产财产在法院做出承认决定之前被转移、处分或者出现价值减损,法院在受理承认申请之后,承认决定做出之前可以决定中止执行债务人的财产、暂停债务人处分破产财产或者在破产财产上设定担保,允许对债务人财产进行保值处理。二是规定承认决定做出后的协助措施。一旦法院做出承认决定,应当中止对债务人及其财产提起个别诉讼、中止执行债务人财产、暂停债务人处分其财产的行为。经外国破产代表申请,可以将债务人位于我国境内的财产移交外国破产程序进行统一分配。由于转移财产意味着放弃对破产财产的支配权,建议法院在采取此项措施时附加批准程序,防止本国债权人利益受到损害。

## 四、结 论

高效运行的跨境破产司法合作机制是国际投资与贸易健康发展的护身符。它不但在资产分散化与破产法律冲突长期性的现实困境中找到破产财产价值最大化和跨境重整的出路,为债务人的重生或退出以及债权最大限度地实现提供保障,也提高了不同国家债权人对跨境破产的预期和进行跨国投资的积极性。在“一带一路”建设进入高质量发展的新阶段,我国与沿线国家建立跨境破产司法合作机制并完善相应制度具有重要意义。

“一带一路”沿线国家跨境破产法发展不平衡,不少国家跨境破产立法简单化,甚至处于空白状态,跨境破产双边与多边协议呈现严重供给不足的状况,我国破产程序在沿线国家的效力缺乏法律保障。我国投资者一旦进入重整或清算程序将面临境外财产无法收回的巨大风险,与沿线国家建立跨境破产双边与多边合作机制是走出困境的有效路径。基于沿线国家破产法律制度与现代化程度差异较大的实际情况,建立以主要破产程序为主的平行破产协调机制和法院间信息沟通与共享制度是目前适合的方案。在主从破产程序模式构建中,可以考虑以债务人主要利益中心作为中心法院管辖权的确定标准,配套防止挑选法院的制度保证债务人和债权人整体利益的实现。同时建立平行破产程序的协调机制。此外,我国应当充分利用智慧法院的建设成果,参考欧盟、北美自由贸易区与新加坡经验,推动我国与沿线国家跨境破产信息沟通与共享机制的形成。

<sup>①</sup> See in re Sivec SRL, 476 B. R. 310 (E. D. Oklahoma 2012).

完善的承认与协助外国破产程序制度是我国优化营商环境的重要指标,也是“一带一路”贸易畅通的法律保障。我国有必要明确跨境破产的承认对象与协助措施,对沿线国家请求承认的破产宣告裁定和破产判决予以区分,对予以承认的外国破产程序做出明确界定,同时增补承认前的临时救济措施和承认后的协助措施,提高我国跨境破产制度的确定性和可操作性。在《企业破产法》第5条的理解与适用上,确立法律互惠的判断标准,从程序公正和促进跨境破产司法合作的双重维度对本国债权人利益予以合理保护,明晰公共政策例外条款在跨境破产案件中适用的边界,构建兼顾跨境破产司法协助与本土利益保护的友好、透明、具有可操作性的跨境破产制度。

## English Abstract

### Judicial Cooperation between China and the States along *the Belt and Road* in Cross-Border Insolvency: Dilemma and Solutions

ZHANG Ling

**Abstract:** Cross-border investment and trade are developing rapidly in the construction of “One Belt , One Road” , but judicial cooperation mechanisms for cross-border insolvency in states along the route have not yet been established , and the settlement of related disputes involving the Belt and Road Initiatives lacks legal guarantee. The establishment of bilateral and multilateral cooperation mechanism of cross-border insolvency at the international level and the improvement of Chinese cross-border insolvency law are parallel paths for the mutual recognition and assistance of insolvency proceedings between China and the states along the route. It is necessary for China and the states along the route to establish a coordination mechanism of parallel proceedings and information communication mechanism between courts to work out the unbalanced development of cross-border insolvency law and insufficient supply of judicial assistance agreements. To improve cross-border insolvency mechanism in China at domestic level , it’s also necessary to clarify the object of recognition , relief measures and the standard of legal reciprocity , protect the interests of domestic creditors from the dual dimension of due process and cross-border insolvency judicial cooperation , definite the boundary of public policy exception clauses in the application of cross-border insolvency cases.

**Key Words:** cross-border insolvency; judicial cooperation; recognition and assistance; One Belt and Road

责任编辑 李晶晶  
责任校对 王治国