

修正普及主义视域下 跨境破产的本土选择

郭 帅 *

内容提要：跨境破产法国际通说接受了修正普及主义，承认破产程序的域外效力。但各国适用修正普及主义制定具体跨境破产规则时的规范路径和司法裁判过程中的解释基准存在差异，基于不同破产法目标及国家经济、政治目的作出了本土选择。随着我国不断对外开放，跨境破产案件日益增多，我国需更积极开放地参与国际破产立法和实践。应以《跨境破产示范法》作为未来我国跨境破产制度改革的借鉴基础，但需理解示范法在适用和解释上的弹性空间，基于我国经济立法目标和中资企业特殊架构，维持构建国际化的制度框架吸引外资与有效保护本土债权人和公共利益的平衡。管辖权方面，根据主要利益中心判断开启破产程序管辖权，并明确破产衍生诉讼管辖权。法律适用方面，区分破产程序的法律适用和确定债权债务关系的法律适用，并正确理解“吉布斯规则”蕴含的债权人保护理念。承认与协助方面，消除互惠的法律障碍，不否认安排计划的破产程序属性，明确协助的范围，加强国际合作。

关键词：跨境破产 修正普及主义 管辖权 法律适用 承认与协助 企业破产法

一、问题的提出

党的二十届三中全会强调，健全企业破产机制，建立防范化解隐性债务风险长效机制，筑牢有效防控系统性风险的金融稳定保障体系，同时营造市场化、法治化、国际化一流营商环境。我国企业破产法第5条规定了跨境破产问题。但该条较为粗疏，且制定于近二十年前，已无法应对当今复杂的跨境破产问题。我国学者通常建议借鉴国际标准，完善我国跨境破产制度。〔1〕

* 中国政法大学国际法学院讲师。

本文受中央高校基本科研业务费专项资金中国政法大学科研创新项目“‘一带一路’投资中跨境破产法律制度建构研究”（23ZFQ82007）和北京市社会科学基金规划项目“我国跨境破产立法难点与对策研究”（21FXB006）资助。

〔1〕 参见郭玉军、付鹏远：《我国跨国破产承认与协助制度：理论、实践与规则完善》，《武大国际法评论》2018年第4期，第2页；雷雨清、王欣新：《〈跨国界承认和执行与破产有关判决的示范法〉与我国相关立法的完善》，《法律适用》2019年第19期，第67页以下；张玲：《我国跨境破产法立法的完善：目标、框架与规则》，《中央民族大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期，第150页以下。

国际学界主流观点支持“修正普及主义”(modified universalism),即原则上仅由一国开启主要破产程序,其效力及于全球,但在特殊情况下允许开启地方性的次级程序或非主要破产程序,其效力仅及于所开启程序的所在国。〔2〕在此原则指导下,1997年联合国贸易法委员会(以下简称“贸法会”)制定出台《跨境破产示范法》(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency),目前已被60个国家的63个司法辖区采用。〔3〕该示范法规定了承认与协助境外破产程序的问题。与之类似,2000年《欧盟破产条例》也遵循了修正普及主义原则。

然而,中资企业通常设置了复杂的公司架构,涉及离岸注册地、香港、美国等多个司法辖区,所涉利益繁杂,这对既有跨境破产理论和规则的适用提出了新挑战。在“北大方正案”中,香港高等法院原讼法庭夏利士(Jonathan Harris)法官虽然认可北大方正的内地破产程序,但驳回了管理人中止原告在香港提起的涉维好协议〔4〕诉讼的申请。〔5〕该案的程序争议在于哪家法院具有涉维好协议诉讼的管辖权,是遵循协议约定由香港法院审理,还是交由已开启债务人破产程序的北京法院集中审理。

在“当代置业破产案”中,债务人是一家在香港上市的中资企业,并选择纽约法作为准据法发行债券向国际市场融资。在出现经营危机后,债务人在其注册地开曼群岛开启安排计划(Schemes of Arrangement)〔6〕程序,随后申请纽约法院承认与协助。主审法官马丁·格伦(Martin Glenn)认为,纽约法院有权依据开曼群岛法院批准的债务重组方案解除或变更纽约法项下债券持有人的债权。〔7〕相反,香港夏利士法官在同年“稀镁科技集团破产案”中则认为,离岸注册地开启的破产程序不能变更或解除纽约法或香港法项下的债权债务关系。〔8〕这反映了有关英国法上“吉布斯规则”的争论。〔9〕

近年来不少中资企业采用香港/离岸双重组的模式。以恒大集团债务危机为例,2023年恒大分别在香港和英属维尔京群岛开启了安排计划程序,与债权人协商重新拟定还款计划,并于同年8月向纽约南区法院破产法庭提交美国破产法典第15章规定的申请,要求美国承认香港

〔2〕 See Jay Westbrook, *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, 17 Brooklyn Journal of International Law 499 (1991).

〔3〕 有关《跨境破产示范法》的实施情况,参见贸法会网站, https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status, 2024年11月7日最后访问。

〔4〕 维好协议是中资企业进行离岸融资的常见方式。在该案的协议中,北大方正向位于香港和英属维尔京群岛的诺熙等四家子公司保证:(1)始终拥有至少1美元的综合净资产;(2)有足够的流动性,以确保及时支付诺熙等四家子公司在各自债券项下应付的任何款项。在中国内地的法律框架下,维好协议的性质存在争议。维好协议通常是母公司向境外子公司作出的用以保证子公司作为债务人具备充足流动性的承诺,并不符合向债权人担保的形式。

〔5〕 程序审理环节,香港高等法院原讼法庭一审驳回了原告的中止申请。See *Nuoxi Capital Ltd and others v Peking University Founder Group Company Ltd*, HCA 778/2021, HCA 798/2021, HCA 1418/2021, HCA 1442/2021 and HCMP 1831/2021 [2021] HKCFI 3817. 香港高等法院上诉法庭维持了原判决。See [2022] HKCA 1514. 实体审理环节,一审法官认为北大方正没有获得相关政府批准向境外汇出资金的现实可能性,故没有履行维好协议的现实条件,不存在违约情况。See [2023] HKCFI 1350. 但上诉法官认为北大方正存在其他免于监管的履行维好协议项下义务的可能,因而不能免除其维好协议项下的义务。See [2024] HKCA 445. 在“清华紫光案”中,原讼法庭夏利士法官在程序审理中同样驳回了原告的中止申请。See *Citicorp International Ltd v Tsinghua Unigroup Co Ltd* [2022] HKCFI 1558. 在实体审理中,夏利士法官认为清华紫光在重整前存在履行维好协议的义务。See [2023] HKCFI 1572.

〔6〕 安排计划程序是由债务人与其股东和/或债权人签订,旨在约定时限内全部或部分偿还公司债务的还款安排。

〔7〕 See *In re Modern Land (China) Co, Ltd*, Case No. 22-10707, Doc 27 (Bankr. S. D. N. Y. 2022), p. 9.

〔8〕 See *Re Rare Earth Magnesium Technology Group Holdings Ltd (Provisional Liquidators Appointed) (For Restructuring Purposes Only)*, HCMP 2227/2021 & HCCW 81/2021 (Heard Together) [2022] HKCFI 1686, para. 32.

〔9〕 See *Antony Gibbs & Sons v La Société Industrielle et Commerciale des Métaux (1890)* 25 QBD 399 (CA). 根据该案确立的“吉布斯规则”,一个以英国法为准据法的合同不能因其他国家的破产程序而改变其权利义务关系,除非债权人同意受非英国程序的约束。

和英属维尔京群岛的程序，试图调整或免除以纽约法为准据法的美元债。^[10] 2024年1月，在境外重组程序未有显著进展之际，香港法院判决对恒大进行清盘。^[11] 该案也引发境外程序能否在我国被承认的讨论：若被承认，或会影响我国境内市场稳定，继而影响境内债权人受偿；若不被承认，则会影响境外债权人追索权，进而影响我国企业在海外融资的信誉。2024年在线游戏公司“空中集团”在开曼群岛申请开启破产程序时，明确提出希望未来到中国内地寻求境外破产程序的承认，但结果如何尚未可知。^[12] 我国跨境破产制度亟需改革以应对这些实践中的具体问题。

2021年5月14日，最高人民法院和香港特别行政区政府签署《内地与香港特别行政区法院相互认可和协助破产程序的会谈纪要》（以下简称“会谈纪要”），指定上海、福建厦门和广东深圳作为新合作框架的试点城市，迈出了我国跨境破产改革的重要一步。

在上述背景下，本文结合既有国际规则探讨我国重构跨境破产制度的规范路径和裁判基准。一方面，响应国际破产学界修正普及主义的思潮，支持我国适用《跨境破产示范法》，向国际社会彰显我国融入国际破产法律框架的意图。另一方面，本文特别指出，对《跨境破产示范法》的适用和解释是多维度、有弹性的，能够有效平衡境内外不同相关主体的利益，各国应根据本国具体情况作出本土判断。本文将依据国际私法一般理论，从管辖权、法律适用、承认与协助三个方面展开。跨境破产的内容极为丰富而复杂，囿于篇幅，本文仅选取国际争议较多、与中资企业架构最为相关的议题予以讨论，尝试提出适合我国本土特色的跨境破产制度重构路径。

二、修正普及主义的本土化路径

修正普及主义脱胎于跨境破产法中有关地域主义（territorialism）和普及主义（universalism）之论争。地域主义认为，一项破产程序仅能在开启破产程序的本国境内有效，仅能管理债务人在当地的资产，其源自各国对其领土内财产的占有以及优先保护国民的需求。^[13] 相反，普及主义认为，一项破产程序应在全球范围内有效，可以管理债务人在全球范围内的资产；全球的债权人都应参与到该破产程序中来，并公平地进行财产分配。^[14] 普及主义适应了经济全球化的发展，其倡导的全球程序不仅能对跨国企业的债务危机进行高效处置，而且能令不同国家的债权人公平地参与同一破产程序。

然而，现行国家制度阻碍了理想化的普及主义的实施，各国出于维护自己法律体系和保护本国利益的需要，常常不愿将域内资产交付于另一国，造成了普及主义的实现困境。^[15] 在此

[10] See China Evergrande Group Chapter 15 Petition for Recognition of a Foreign Proceeding, 23-11332-mew, Doc 1, Filed August 17, 2023, Entered August 17, 2023. 不过此申请已被撤回。

[11] See *Re China Evergrande Group* [2024] HKCFI 363.

[12] See Ben Clarke, *Campbells Advising as Chinese Gaming Company Seeks Cayman JOL Appointments*, Global Restructuring Review, 5 September 2024, <https://globalrestructuringreview.com/article/campbells-advising-chinese-gaming-company-seeks-cayman-jol-appointments>, last visited on 2024-11-07.

[13] See Lynn LoPucki, *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, 98 Michigan Law Review 2216 (2000).

[14] See Andrew Guzman, *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*, 98 Michigan Law Review 2177 (2000).

[15] 参见郭树理：《欧盟统一国际破产法运动的最新进展》，《欧洲》2001年第4期，第22页。

背景下,修正普及主义应运而生,原则上开启一个具有全球效力的破产程序,但考虑到不同本土诉求也允许开启本地程序,既顺应了全球化时代经济活动跨境发展的需要,又回应了各国保护境内利益的需要。英国商事法庭霍夫曼(Lord Hoffmann)法官在“HIH 保险公司破产案”中解释道:“(修正)普及主义原则自18世纪以来一直贯穿于英国跨境破产法。该原则要求英国法院依据公正原则和在与英国公共政策一致的范围内,与公司主要清算国的法院合作,以确保公司的所有资产在统一的分配系统下分配给其债权人。”〔16〕

修正普及主义在当代国际破产法学界渐成主流。英国跨境破产法学者伊莉特·梅沃拉希甚至将修正普及主义上升到习惯国际法的高度,试图在全球更广泛范围内推行该原则。〔17〕各国法院将修正普及主义奉为圭臬,以此证明跨境破产制度的合法性,特别是承认境外破产程序的有效性。〔18〕然而实践中,无论是各国国内立法的规范路径还是司法裁判的解释基准,均存在差异。〔19〕修正普及主义的具体内涵并未在国际学界达成共识。美国破产法学者安德里安·沃尔特斯指出,虽然以《跨境破产示范法》为代表的国际立法已为各国提供了相对具体的指引,但跨境破产仍是一个本土选择的过程。〔20〕是否需要跨境破产制度以及如何解释跨境破产的具体规则,仍有很多争议。修正普及主义在国内法上的适用大体可分为如下三种路径。

(一) 适用国际示范法

修正普及主义的典型规范路径即适用《跨境破产示范法》。以美国破产法典为例,其第15章“辅助程序和其他跨境破产案件”基本遵循了示范法的文本。早在1978年美国破产法典修订时,新增的第304条就已体现了美国承认境外破产程序的意图。〔21〕彼时,美国已通过若干最高法院的判例确立了国际礼让原则。〔22〕这反映了晚近国际私法的发展趋势,体现了一国司法的谦抑性和对外国司法主权的尊重。第304条规定,美国法院可依礼让原则直接承认和协助境外破产程序,这也是如今美国破产法典第15章的雏形。〔23〕随着经济的全球化,跨境破产问题频发。在此背景下,美国也积极参与示范法的制定,推动国际破产法的发展,〔24〕最终在其2005年破产法典修订中新增第15章。

根据贸法会的说明,《跨境破产示范法》规定了四项基本制度。第一,诉诸法院的权利(第9-14条),即外国破产程序管理人和债权人有权向该国法院寻求跨境破产的承认和协助,

〔16〕 *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd* [2008] UKHL 21, [2008] 1 WLR 852, para. 30.

〔17〕 See Irit Mevorach, *The Future of Cross-Border Insolvency: Overcoming Biases and Closing Gaps*, Oxford University Press, 2018, pp. 80-126.

〔18〕 See *Cambridge Gas Transport Corp v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 AC 508 (PC, IoM), para. 16; *In re Maxwell Communication Group*, 170 B. R. 800, 816 (Bankr. S. D. N. Y. 1994).

〔19〕 See Aurelio Gurrea-Martínez, *The Implementation of the Model Law on Cross-Border Insolvency: International Divergences and Challenges Ahead*, 21 *International Corporate Rescue* 145-148 (2024). 该文指出了示范法概念解释上的七个差异,包括“外国程序”“债务人”“主要利益中心”“公共政策例外”“营业地”“救济”“法律适用”。

〔20〕 See Andrian Walters, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, 93 *American Bankruptcy Law Journal* 47 (2019).

〔21〕 See Jay Westbrook, *U. S. Fights Bankruptcy “Grab” Rule Alone*, *Wall Street Journal*, January 29, 1988, p. 10.

〔22〕 See *Hilton v Guyot*, 159 U. S. 113, 163-164 (1895).

〔23〕 See National Bankruptcy Review Commission, *Bankruptcy: The Next Twenty Years*, National Bankruptcy Review Commission Final Report, October 20, 1997, pp. 354-355.

〔24〕 See Tina Brozman, *A Perspective from a US Judge*, 4 *International Insolvency Review* 16 (1995); Daniel Glosband, *United States of America*, 4 *International Insolvency Review* 43 (1995); Carl Felsenfeld, *US Evaluator*, 4 *International Insolvency Review* 103 (1995).

这是跨境破产能够顺利进行的前提要件。第二，承认（第 15-18 条），即允许一国承认他国开启的破产程序的效力，可承认为“主要破产程序”或“非主要破产程序”，两者的区分标准是“主要利益中心地”和“营业所”。第三，救济和协助（第 19-24 条），即法院给予其认为有序、公正地进行跨国界破产所必需的救济来协助外国程序。在提出承认申请之时，法院可以给予临时救济。^[25] 承认外国主要破产程序后，则应给予自动中止的自动救济。^[26] 此外，还可以对外国主要和非主要破产程序给予裁定救济。^[27] 示范法第 7 条还规定了补充救济条款。^[28] 例如，美国法上并没有规定第三方债务解除，不可给予裁定救济，但可以根据示范法第 7 条给予补充救济。^[29] 第四，合作（第 25-32 条），主要是指债务人资产所在国的法院之间的合作，以及涉及该债务人的并行政程序之间的协调。^[30]

然而，由于《跨境破产示范法》的“软法”性质，其在转化为国内立法和在国内司法机关适用过程中体现出如下几个特点。

第一，部分国家在转化示范法时没有完全遵循示范法的文本。例如，有关第 6 条公共政策例外的规定，示范法的文本是：“本法中任何规定概不妨碍法院拒绝采取本法范围内的某项行动，如果采取该行动明显违反本国的公共政策。”然而，很多国家在制定国内跨境破产法时，省略了“明显”一词。^[31] 2013 年《跨境破产示范法颁布及解释指南》强调，“明显”一词表明公共政策的例外应作限制性解释，只有在特殊情况下才能援引。^[32] 新加坡法院曾于 2018 年作出解释，省略“明显”一词表明该国意图对公共政策作宽泛理解。^[33] 在“泽塔喷气机破产案”中，新加坡法院已中止债务人及其股东申请的其他诉讼程序，但美国法院仍将重整程序转为清算程序，新加坡法院认为这违反了新加坡有关中止的规定即违反了新加坡的公共政策，对美国程序不予承认和协助。^[34] 不过，新加坡国际商事法庭也于 2024 年进一步澄清，省略“明显”并不意味降低对公共政策的解释标准。^[35]

第二，对于示范法规定的一些概念，各国司法机关裁判时通常有不同的解释方法。以“主要利益中心”这一核心概念为例，《跨境破产示范法》第 16 条第 3 款规定，在无相反证据

[25] See also 11 USC § 1519.

[26] See also 11 USC § 1520.

[27] See also 11 USC § 1521.

[28] See also 11 USC § 1507; *In re Atlas Shipping A/S*, 404 B. R. 726, 741 (Bankr. S. D. N. Y. 2009); *Fogerty v Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)*, 601 F.3d 319, 325 (5th Cir. 2010); *In re Vitro S. A. B. de C. V.*, 701 F.3d 1031, 1054-1057 (5th Cir. 2013).

[29] *In re Metcalfe & Mansfield Alternative Invs.*, 421 B. R. 685, 700 (Bankr. S. D. N. Y. 2010). 不过，美国联邦第五巡回法院不承认境外第三方债务解除的判决，参见上引 *Vitro S. A. B. de C. V.* 案，第 1057 页。第三方债务问题在 2024 年美国联邦最高法院审理的“普渡药业案”中再次被讨论。See Harrington, *United States Trustee, Region 2 v Purdue Pharma L. P. et al.*, Supreme Court of the United States, No. 23-124, 27 June 2024. 随即也引发了境外第三方债务解除能否在美国被承认的争论。See Michelle M. McGreal, *How Purdue May Impact Cross-Border Bankruptcy Filings, Including the Use of Chapter 15*, Clifford Chance, 11 July 2024, <https://www.cliffordchance.com/briefings/2024/07/how-purdue-may-impact-cross-border-bankruptcy-filings--including.html>, last visited on 2024-11-07.

[30] See also 11 USC §§ 1525-1532.

[31] 例如加拿大、智利、日本、韩国和新加坡。参见前引 [19]，Gurrea-Martínez 文，第 147 页。

[32] 《跨境破产示范法颁布及解释指南》第 104 段，参见贸法会网站，<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-c.pdf>，2024 年 11 月 7 日最后访问。

[33] See *Re Zetta Jet Pte Ltd and others* [2018] SGHC 16, paras. 21-23.

[34] 同上引案例，第 28-30 段。

[35] See *Re PT Garuda Indonesia (Persero) Tbk* [2024] SGHC(1) 1, paras. 88-94.

的情况下,将债务人的注册办事处或个人经常居住地推定为债务人的主要利益中心。在该推定的基础上,《欧盟破产条例》明确了主客观二要素的判断标准:(1)债务人惯常管理其利益;(2)为第三方确知。^[36]这一标准也在2013年《跨境破产示范法颁布及解释指南》中得以确认。^[37]不过,实践中仍对主要利益中心的认定有较大争议,该问题将在下文详细论述。

一个明显的司法差异是认定主要利益中心的判断时间点。根据新加坡艾迪特·阿卜杜拉(Aedit Abdullah)法官的总结,国际司法界有三种判断标准。^[38]第一,以英国^[39]和欧盟^[40]为代表,以境外破产程序开启的时间为准。这种做法对债权人较为友好,认定的是在债务人正常经营期间债权人所知悉的地点。第二,以美国^[41]和新加坡^[42]为代表,以申请承认境外破产程序的时间为准。这种做法对债务人更加友好,即债务人可在境外破产程序开启后将主要重整活动放在另一司法辖区。第三,以澳大利亚^[43]为代表,以法院作出裁判的时间为准。此种做法较为灵活,但因为债务人的重整活动可能位于不同司法辖区,造成认定标准的不确定。可见,在主要利益中心这一关键问题上,各国裁判基准尚未统一。

第三,对于示范法没有明确规定的内容,各国仍遵循其国内法传统。例如,关于与破产相关的衍生诉讼判决的承认与执行,英国仅承认外国破产程序,而不包含破产衍生诉讼的判决。在2012年英国经典判例“鲁宾诉欧洲金融案”中,英国最高法院认为,修正普及主义原则指导下的《跨境破产示范法》仅适用于与开启破产程序有关的事项,而是否承认一项破产衍生诉讼的外国判决(在该案中为美国破产撤销判决),应依据英国法上关于承认与执行外国判决的规则,考察外国法院是否有管辖权。该案被告没有接受美国法院管辖,故美国法院没有管辖权,英国可不承认与执行美国判决。^[44]相反,美国法院可依据破产法典第15章第21条承认与破产有关的判决。^[45]

为解决以“鲁宾诉欧洲金融案”为代表的争议,处理《跨境破产示范法》的未决问题,贸法会于2018年出台《关于承认和执行与破产有关的判决示范法》,明确除了开启破产程序

[36] 2015年《欧盟破产条例》第3.1条规定:主要利益中心是指债务人惯常管理其利益并且为第三方确知的地点。如无相反证据,公司或法人的主要利益中心为其注册办事处所在地。该推定仅在破产申请前3个月内,注册办事处所在地没有被转移到另一成员国的情况下才能适用。如无相反证据,从事独立商业活动或专门性活动的个人的主要利益中心为其主要营业地。该推定仅在破产申请前6个月内,主要营业地没有被转移到另一成员国的情况下才能适用。如无相反证据,其他个人的主要利益中心为其经常居所地。该推定只有在破产申请前6个月内,经常居所地没有被转移到另一成员国的情况下才能适用。

[37] 《跨境破产示范法颁布及解释指南》第145段。

[38] See *Re Zetta Jet Pte Ltd and others (Asia Aviation Holdings Pte Ltd, intervener)* [2019] SGHC 5, paras. 52-61.

[39] See *In the Matter of Videology Limited v In the Matter of the Cross-Border Insolvency Regulations 2006* [2018] EWHC 2186 (Ch); *Re Stanford International Bank Ltd and another* [2010] 3 WLR 941, paras. 101-103.

[40] See *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl, Case C-369/09*, [2011] ECR I-9939, [2012] Bus LR 1582, para. 55.

[41] See *In re Betcorp Ltd*, 400 B. R. 266, 290-292 (Bkrcty D. Nev. 2009); *In re Ran*, 607 F. 3d 1017, 1025-1026 (5th Cir. 2010).

[42] 参见前引[38], *Zetta Jet案*,第52-61段。

[43] See *Moore, as Debtor-in-Possession of Australian Equity Investors v Australian Equity Investors* [2012] FCA 1002, paras. 18-19; *Legend International Holdings Inc (as debtor in possession of the assets of Legend International Holdings Inc) v Legend International Holdings Inc* [2016] VSC 308, para. 96; *Wood v Astra Resources Ltd (UK Company No 07620218)* [2016] FCA 1192, para. 12.

[44] See *Rubin & Anor v Eurofinance SA & Ors* [2012] UKSC 46, [2013] 1 AC 236.

[45] See *In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investments*, 421 B. R. 685 (Bankr. S. D. N. Y. 2010).

之外，其他与破产有关的判决亦可被承认与执行。^[46]目前英国正在考虑采纳该示范法，从而进一步扩大跨境破产承认与协助的范围。^[47]此外，“吉布斯规则”也是示范法尚未涵盖的内容。综上，即使《跨境破产示范法》已在全球63个司法辖区适用，但各司法辖区的适用方式和裁判路径仍有差异。

（二）参加区域性协定

以欧盟为代表，其制定了区域性的《欧盟破产条例》，以解决欧盟内部的跨境破产问题。该条例于2000年发布，后于2015年修订，对欧盟成员国中除丹麦外的所有国家直接有效。相较而言，欧盟成员国中仅希腊、波兰、罗马尼亚、斯洛文尼亚适用《跨境破产示范法》。^[48]由于大部分欧盟国家的跨境商事活动仅在欧盟内部进行，《欧盟破产条例》已能解决大部分问题。不过，近年来欧盟也在讨论承认与协助欧盟以外第三国的破产程序，这与日益增多的涉第三国跨境破产案件的现状有关。^[49]

欧洲对跨境破产的讨论也在很大程度上影响了《跨境破产示范法》的制定。^[50]例如，1990年欧洲理事会《关于破产的某些国际问题的欧洲公约》（《伊斯坦布尔公约》）以及1995年《欧盟破产程序公约》就引入了主要利益中心和次级破产程序的概念。^[51]现行《欧盟破产条例》根据“主要利益中心地”和“营业所”区分了主要破产程序与从属破产程序，同样体现了修正普及主义的影响。由于欧盟成员国数量少于联合国会员国，欧盟内部统一立法的需求较高且具有共同的政治经济基础，围绕《欧盟破产条例》的谈判更顺利，其较《跨境破产示范法》而言涵盖的内容更多。

例如，一欧盟成员国开启的破产程序在全欧盟境内直接自动生效。^[52]《欧盟破产条例》第19条第1款规定，根据第3条享有管辖权的成员国法院作出的任何开启破产程序的判决，应当自该判决在程序开启国生效之日起，在所有其他成员国内得到承认。第20条第1款规定，根据第3条第1款开启破产程序的判决，无须其他手续，应在其他任一成员国内产生与根据程序开启国的法律所产生的效力相同的效力，除非该条例另有规定，并且在该成员国内没有开启第3条第2款规定的次级破产程序。这为一破产程序在欧盟全境内的生效提供了便捷的法律基础。

此外，《欧盟破产条例》涵盖了很多《跨境破产示范法》未能达成一致的内容，例如法律

[46] 参见贸法会网站，<https://uncitral.un.org/zh/texts/insolvency/modellaw/mlj>，2024年11月7日最后访问。

[47] See *Implementation of two UNCITRAL Model Laws on Insolvency Consultation*, <https://www.gov.uk/government/consultations/implementation-of-two-uncitral-model-laws-on-insolvency/implementation-of-two-uncitral-model-laws-on-insolvency-consultation>, last visited on 2024-11-07.

[48] 有关欧盟成员国适用《跨境破产示范法》的情况，参见贸法会网站，https://uncitral.un.org/zh/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status，2024年11月7日最后访问。

[49] See *Project International Insolvency Law: EU International Insolvency Law and Third Countries*, https://www.eastlaw.uni-kiel.de/de/Insolvency_project, last visited on 2024-11-07.

[50] See Cross-Border Insolvency Note by the Secretariat Report on UNCITRAL INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency, A/CN.9/398, 19 May 1994, para. 10; Manfred Balz, *The European Union*, 4 *International Insolvency Review* 60 (1995).

[51] See Peter Winship, *European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy*, 1 *International Insolvency Review* 223, 227-228 (1991); M. Bogdan, *The EU Bankruptcy Convention*, 6 *International Insolvency Review* 114, 119 (1997).

[52] 《欧盟破产条例》序言第65条。See Report on the Convention on Insolvency Proceedings (1996) (Virgós-Schmit Report), para. 154. 该报告由 Miguel Virgós 和 Etienne Schmit 撰写，作为1995年公约的解释文件及《欧盟破产条例》的重要参考。

选择、从属破产程序的开启、跨境合作的不同模式、信息提供和债权申报、集团破产以及数据保护等。^[53]这与欧盟体系下内部市场正常运行和判决相互承认的欧盟法原则一致。^[54]不过, 贸法会后续也出台了《关于承认与执行与破产有关的判决示范法》(2018)和《集团破产示范法》(2019), 并正在讨论有关民事资产追查和追回以及法律适用的问题, 试图补充更多国际规则。

(三) 因循国内法传统

部分法域没有参考《跨境破产示范法》制定类似规则, 但仍遵循修正普及主义进行司法裁判。例如, 针对来源于欧盟外第三国的跨境破产承认与协助请求, 大部分欧盟成员国仍主要依据其国内法。德国破产法第343条即规定了关于承认与协助境外(第三国)破产程序的内容。^[55]普通法系的司法辖区更是如此, 可由司法机关阐释相关裁判基准。以我国香港特别行政区为例, 香港法院已明确可依据修正普及主义对境外破产程序予以承认与协助。^[56]

香港亦曾考虑过采纳示范法, 但认为此过程需经慎重考量, 该考量至今仍未完成。^[57]究其原因可能有两点: 第一, 香港金融中心的建设主要依赖其自由市场和完善的金融基础设施, 以及源自内地的庞大资金和市场, 因此其缺乏改革破产法的动力。此点有别于致力于扩大金融、法律服务市场的新加坡。第二也是特别重要的, 香港认为其普通法传统下的承认与协助制度已经能够应对现阶段主要的跨境破产案件。2021年与内地的跨境破产合作中, 香港方面仅通过了规定申请程序的《内地破产管理人向香港特区法院申请认可和协助的程序实用指南》, 仍依赖于其普通法传统处理跨境破产问题。

因循国内法传统并不意味着完全不考虑国际标准。相反, 香港近年来受国际发展的影响, 逐渐摒弃了以注册地作为开启破产程序的传统标准,^[58]而采用了与示范法一致的“主要利益中心”概念。^[59]此种做法也与香港主要面临中资跨国公司重整的现实相关。^[60]中资企业通常在离岸法域注册但在香港上市。如按照传统注册地标准, 则需在离岸法域开启破产程序, 这也意味着香港法院和香港破产执业者不能参与债务重组过程。香港改采“主要利益中心”标准, 能在符合国际标准的同时将开启破产程序的权限留在香港, 有利于保护其本土利益。^[61]

综上, 虽然在全球范围内修正普及主义被不断提及乃至遵循, 不同法域在规范路径上仍有差异。但这也为修正普及主义从原则到规则的具体实施提供了充足的弹性空间, 特别是司法机关可结合政策目标和经济情况作出自由裁量。示范法颁布以来的二十余年间, 各国积累了大量

[53] See Reinhard Bork, *The European Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 26 *International Insolvency Review* 246 (2017).

[54] 参见《欧盟破产条例》序言第3条;《欧盟运行条约》第81条(民事司法合作部分)。

[55] See Stephan Madaus, Anna K. Wilke and Philipp Knauth, *Bringing Non-EU Insolvencies to Germany: Really so Different from The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency?*, 17 *International Corporate Rescue* 21 (2020).

[56] See *Re FDG Electric Vehicles Ltd (Provisional Liquidators Appointed)* [2020] HKCFI 2931, para. 10.

[57] See Legislative Council Panel on Financial Affairs, *Modernization of Corporate Insolvency Law*, 7 November 2011, CB (1) 237/11-12 (05), para. 13.

[58] See *Re Joint Provisional Liquidators of China Lumena New Materials Corp* [2018] HKCFI 276.

[59] See *Re Lamtex Holdings Ltd* [2021] HKCFI 622, para. 35; *Re Global Brands Group Holding Ltd (in liquidation)* [2022] HFCFI 1789, para. 34.

[60] 参见石静霞、黄圆圆:《论内地与香港的跨界破产合作——基于案例的实证分析及建议》,《现代法学》2018年第5期,第174页以下。

[61] See Shuai Guo, *Cross-Border Insolvency Between Chinese Mainland and Hong Kong: The Past, The Present, and The Future*, 30 *Asia Pacific Law Review* 70, 80-81 (2022).

的司法判例，为解释示范法提供了丰富的素材。

三、我国跨境破产的本土选择

（一）我国跨境破产的立法与实践

我国现行企业破产法仅第5条规定了跨境破产的内容。对外，我国开启的破产程序对债务人在我国境外的财产发生效力；对内，我国法院有权承认与执行外国法院作出的发生法律效力涉破产案件裁判，但前提是需根据我国缔结或参加的国际条约或互惠标准进行审查，且不能违反我国法律的基本原则，不损害我国国家主权、安全和社会公共利益以及我国境内债权人的合法权益。我国虽明确了境内破产程序的域外效力，但对境外破产程序的承认仍限制较多。^[62]

我国开启的破产程序已在美国、新加坡等地被承认，如“尖山光电案”^[63]“洛娃集团案”^[64]“华晨电力案”^[65]“舜船集团案”^[66]等。我国在部分案件中也已承认和协助了境外破产程序。例如，2021年，厦门海事法院根据企业破产法第5条承认了一项新加坡法院指派司法管理人的命令；^[67]2023年，北京市第一中级人民法院承认了一项德国破产裁定，允许德国管理人在境内履行职责；^[68]2023年，上海市第三中级人民法院承认了一项日本民事再生程序并予以协助；^[69]2024年，青岛国际商事法庭承认了一项英属维尔京群岛法院作出的破产命令。^[70]另有法院曾根据民事诉讼法或涉外民事关系法律适用法承认和执行外国破产判决或承认管理人的公司代表身份。^[71]然而，我国跨境破产规则仍不够明确，在部分案件中曾因缺乏互惠或国际条约而拒绝承认和协助境外破产程序。^[72]部分境外企业因为我国法律的不确定

[62] See Shuai Guo & Jieche Su, *Chinese Cross-border Insolvency Laws: Recent Developments and International Implications*, 32 *International Insolvency Review* 41, 42-43 (2023).

[63] See *In re Zhejiang Topoint Photovoltaic Co.*, Case No. 14-24549 (Bankr. D. N. J. 2014); 石静霞、黄圆圆：《中美跨境破产合作里程碑：“尖山光电案”评析》，《法律适用》2017年第4期，第51页以下。

[64] See *In re Reward Science and Technology Industry Grp Co., Ltd.*, Case No. 19-12908 (MEW) (Bankr. S. D. N. Y., Oct. 10, 2019); 石静霞：《中美跨境破产合作实例分析：纽约南区破产法院承认与协助“洛娃重整案”》，《中国应用法学》2020年第5期，第94页以下。

[65] See *In re Huachen Energy Co., Ltd.*, Case No. 22-10005 (LGB) (Bankr. S. D. N. Y., Feb. 2, 2022).

[66] See HC/OS 327/2020, in the High Court of the Republic of Singapore: *In the Matter of Schedule 10 of the Companies Act (Cap. 50) and in the Matter of Sainty Marine Development Corporation Ltd. Order of the Court*, June 10, 2020; 王静：《跨境破产承认与协作的新探索——以全国首例新加坡高等法院认可我国主程序及管理人身份案为视角》，《人民司法》2022年第16期，第59页以下。

[67] 参见厦门海事法院（2020）闽72民初334号民事裁定书。

[68] 参见北京市第一中级人民法院（2022）京01破申786号民事裁定书。对该案的评析，参见常洁、刘琦：《承认外国破产程序的审查标准——以我国内地首例适用法律互惠承认外国破产程序案为例》，《法律适用》2023年第9期，第126页以下；Shuai Guo, *Beijing's New Approach Towards Reciprocity in Cross-border Insolvency: (2022) Jing No. 1 Po Shen No. 786*, 30 *International Corporate Rescue* 241 (2023)。

[69] 参见上海市第三中级人民法院（2021）沪03协外认1号民事裁定书。

[70] 参见青岛国际商事法庭2024年域外法查明典型案例五“准确查明英属维尔京群岛破产法依据互惠原则承认外国法院破产命令”（（2020）鲁02民初1443号）。

[71] 参见刘建红：《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，第32页；大拇指环保科技有限公司（福建）有限公司与中华环保科技有限公司股东出资纠纷案，最高人民法院（2014）民四终字第20号民事裁定书；高晓力：《环保科技有限公司与大拇指公司股东出资纠纷案法律适用解读》，《中国审判》2014年第7期，第17页以下。

[72] 例如，最高人民法院在《关于北泰汽车工业控股有限公司申请认可香港特别行政区法院命令案的请示的复函》（〔2011〕民四他字第19号）中确认，“目前内地法院承认香港高等法院作出的清盘令缺乏法律依据”。

性而不在我国境内提起承认和协助请求。^[73]甚至部分中资企业也不在境内提起破产程序,而只在境外进行资产重组。这不仅影响境外投资者在我国进行投资的信心,也在一定程度上影响我国企业处置全球资产。

在跨境破产方面一项很重要的突破,是2021年签署的“会谈纪要”,为内地与香港之间跨境破产的相互认可和协助提供了更明确的法律依据,迄今也积累了不少实践经验。内地方面,2021年7月20日,香港高等法院原讼法庭就“森信纸业”破产一案向深圳市中级人民法院发出协助请求函,请求认可香港的债权人自愿清盘程序,^[74]并于同年12月15日被认可。^[75]2022年4月6日,香港高等法院原讼法庭请求上海市第三中级人民法院认可“浩泽国际”的清盘程序,^[76]并于2023年被认可。^[77]2023年11月24日,香港高等法院原讼法庭请求厦门市中级人民法院认可“壳氏环保科技有限公司”的清盘程序,^[78]并于2024年被认可。^[79]香港方面,香港高等法院原讼法庭于2022年9月16日认可海南省高级人民法院“海南航空”重整程序;^[80]于2023年5月17日认可广州市中级人民法院“广东海外建设总公司”破产清算程序;^[81]于2024年8月1日认可南宁市中级人民法院“银河天成集团有限公司”破产清算程序。^[82]在此背景下,有必要梳理内地香港跨境破产实践的经验和问题,并进一步思考我国对除香港外地区破产程序之承认和协助制度的发展。

(二) 我国跨境破产改革的本土选择

随着我国对外开放的不断扩大,我国很多企业无论是在业务、运营还是资金规模方面均已是世界级的,跨越多个司法辖区,我国亟需一套明确的跨境破产制度,以解决日益增长的跨境破产制度供给的需要。建议在企业破产法第5条的基础上丰富相关条款,乃至开辟单章规定跨境破产问题。

第一,规范路径可以《跨境破产示范法》为蓝本。从经济发展状况看,我国的经济体量需要建立一套符合国际标准的跨境破产制度。从债务人所在国的角度看,这是向境外投资者释放积极信号,明确境外投资者可在债务人破产时向我国法院申请债权,并会得到公平受偿。示范法是经国际检验、为各国熟知的法律文本,可减少投资者对法律不确定性的顾虑,进一步提

[73] 例如“韩国韩进海运破产案”。参见石静霞、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,第34页以下;李珠、胡正良:《中国应否采纳〈跨境破产示范法〉之研究——韩进海运破产引发的思考》,《中国海商法研究》2019年第2期,第68页以下。

[74] See *Re Samson Paper Company Ltd (in creditor's voluntary liquidation)* [2021] HKCFI 2151.

[75] 参见广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03认港破1号民事裁定书;曹启选、叶浪花:《我国跨境破产的实践发展和路径探索——以全国首例香港破产程序认可和协助案的审理为视角》,《法律适用》2022年第3期,第143页以下。目前仍有多个请求未决。See *Re Zhaoheng Hydropower (Hong Kong) Ltd (in liquidation)* [2022] HKCFI 248; *Re Ozmer Water International Holding Ltd (in liquidation)* [2022] HKCFI 363; *Re Trinity International Brands Ltd (in creditors' voluntary liquidation)* [2023] HKCFI 1581; *Re PP Live Sports International Limited (in liquidation)* [2024] HKCFI 1850; *Re Hong Kong Lee Yuan International Group Ltd (in liquidation)* [2024] HKCFI 1971.

[76] See *Re Hong Kong Fresh Water International Group Limited* [2022] HKCFI 924.

[77] 参见上海市第三中级人民法院(2022)沪03认港破1号区际司法协助裁定书。

[78] See *Re Husk's Green Technology Holding Co., Ltd (in liquidation)* [2023] HKCFI 3054.

[79] 参见厦门市中级人民法院(2024)闽02认港破1号民事裁定书。

[80] See *Re HNA Group Co Ltd* [2021] HKCFI 2897.

[81] See *Re Guangdong Overseas Construction Corporation* [2023] HKCFI 1340.

[82] See *Re Yinhe Tiancheng Group* [2024] HKCFI 2016.

高我国在国际投资领域的声誉，增强境外投资者信心。^{〔83〕}从债权人所在国角度看，我国建立完善的跨境破产制度，有利于我国债权人的境外追索。我国若能承认和协助境外法院开启的破产程序，境外法院或更愿意承认和协助我国开启的破产程序，从而有助于我国企业取回境外资产，扩大境内债权人可分配的破产财产。^{〔84〕}

从宏观政策角度看，作为世界第二大经济体及全球共同南方市场的主导国家，我国实践对各国具有重要参考意义，国际社会对此十分关注。^{〔85〕}我国需要在国家经济实力不断增长的同时，向全球提供更多的公共服务产品，增强全球领导力。^{〔86〕}近年来，越来越多的国家将适用《跨境破产示范法》作为提升营商环境的着力点。新加坡是其中的典型代表，其于2017年开始适用示范法。在其破产法改革意见稿中，明确表明将新加坡建设成为国际债务重组中心的意图。^{〔87〕}新加坡近年来采取了激进的改革措施，包括扩大其破产法的适用范围及于外国公司等。^{〔88〕}此外，新加坡在其国际商事法庭的管辖权中加入破产重组案件并引进外籍法官、构建国际破产协会亚洲中心（INSOL Asia）、主导制定《法院之间关于跨境破产事务交流合作指引》（JIN Guidelines）等，持续增强其在国际破产领域的影响力，不断吸引境外公司到新加坡进行破产重组，打造国际法律和金融中心。同样，2022年最新采用《跨境破产示范法》的沙特阿拉伯，也意图扩大其在中东的影响力，构建区域经济中心。^{〔89〕}《跨境破产示范法》以其巨大的国际影响力，吸引着一批试图构建跨境破产市场、扩大国内外投融资的国家的加入。在此潮流下，《跨境破产示范法》的适用能进一步表明我国融入国际市场的意图。诚如示范法之序言所强调，其目的是为了“加强贸易和投资方面的法律确定性”。在示范法起草的准备过程中，贸法会和国际破产协会（INSOL International）共同向联合国大会提交了跨境破产报告，声称缺乏法律确定性将阻碍跨境破产的合作。^{〔90〕}《跨境破产示范法》的适用将进一步向国际社会彰显我国立法的先进性，以一套确定的、为各国所理解的法律体系处理跨境破产问题。

第二，在适用和解释《跨境破产示范法》时，应认识到司法机关可在一定弹性空间内综

〔83〕 例如，在“时和基金维好协议案”中，上海金融法院认可了香港有关维好协议效力认定的判决，间接认定了维好协议的效力。“本案对香港特别行政区法院判决的认可和执行，有助于稳定和提升国际评级机构对此类债券的评级，有效降低中国公司海外主体发债利息成本，也有助于营造良好的国际营商环境。”《上海高院发布中英文版24条意见 为进一步扩大金融业对外开放做好服务保障》，2020年11月23日，<https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MjAxOTYwNTUmeGg9MSZsbWRtPWxtMTcxz&zdz=>，2024年11月7日最后访问。另见崔婕、刘凌钊：《涉“维好协议”之我国香港特别行政区法院判决在内地申请认可和执行的认定标准——时和基金申请认可和执行我国香港特别行政区法院民事判决案》，《证券法苑》2021年第1期，第521页以下。

〔84〕 例如，在“北大方正案”中，夏利士法官就表示希望其判决能够帮助北京法院理解双方交流和合作的意义，构建更明确的合作基础。参见前引〔5〕，〔2021〕HKCFI 3817，第68段。

〔85〕 See e. g. Roman Tomasic, *Insolvency Law and Debt on the Silk Road: A New Frontier for Cross-border Insolvency?*, 28 *Asian Pacific Law Review* 47 (2020); Meng Seng Wee, *A Major Step in Developing Mainland China's Cross-Border Insolvency Law*, 31 *International Insolvency Review* 101 (2021).

〔86〕 参见石静霞：《“一带一路”倡议与国际法——基于国际公共产品供给视角的分析》，《中国社会科学》2021年第1期，第156页。

〔87〕 See Lee Eng Beng et al., *Report of the Insolvency Law Review Committee, Final Report*, 2013, pp. 225–244; Indraneel Rajah et al., *Report of the Committee to Strengthen Singapore as an International Centre for Debt Restructuring*, 20 April 2016.

〔88〕 See Section 246 (1) (d) of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018.

〔89〕 See William Macadam, *Saudi Adds Cross-Border Bankruptcy Rules based on UNCITRAL Model Law*, *Global Restructuring Review*, 19 January 2023, <https://globalrestructuringreview.com/article/saudi-adds-cross-border-bankruptcy-rules-based-uncitral-model-law>, last visited on 2024-11-07.

〔90〕 See Cross-Border Insolvency Note by the Secretariat Report on UNCITRAL - INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency, A/CN.9/398, 19 May 1994, para. 6.

合考量一国政策目标和案件具体情况。我国跨境破产制度改革较为缓慢的原因之一，可能是出于保护境内债权人和维护本国司法体系，担心承认境外破产程序后对境内市场的影响。但应认识到，示范法不仅规定了承认和协助境外破产程序的要求，也包含了不予承认和协助的条件。为平衡不同利益，示范法有着精妙的法律设计。此种弹性的解释路径将有助于我国不同政策目标的实现。短期内，我国面临的跨境破产问题主要集中在海外经营或上市的中资企业。但从长远看，随着我国金融市场的发展和对外开放的扩大，当众多境外公司选择到我国进行投资、有破产保护或债务重组需要之时，我国或应考虑向全球提供更开放的公共产品，打造更包容的跨境破产体系。《跨境破产示范法》的司法裁判空间可以在一定限度内允许不同的解释方案，能够兼顾我国短期和长期的政策选择目标。

第三，进一步强化区际跨境破产合作。业界已有代表提出将粤港澳大湾区打造成世界级企业重整中心，这就需要进一步加强香港与内地在跨境破产方面的合作。一个值得参考的例子是爱尔兰，近年来其也在快速打造区域企业重整中心，在一系列案件中利用其安排计划程序，或寻求美国破产法典第15章的承认，或通过《欧盟破产条例》获得欧盟境内的自动承认，试图成为欧洲新的重整中心。^[91]香港作为内地的门户，若能与内地有更紧密、更有效率且更加明确的跨境破产合作安排，势必将增强香港作为金融中心的优势。在此方面可考虑引入类似欧盟的自动承认制度、明确法律适用的规则等。

四、我国跨境破产的制度重构

基于《跨境破产示范法》和相关国际法律文本，以下从管辖权、法律适用、承认和协助三个方面探讨我国跨境破产制度的重构。

（一）管辖权

1. 开启破产程序管辖权

管辖权方面，最重要的概念就是“主要利益中心”。根据修正普及主义，“主要利益中心地”所在法域能开启具有全球效力的主要破产程序。^[92]《跨境破产示范法》《欧盟破产条例》基本认可了注册地作为判断因素的首要原则，并佐以主客观二要素：（1）债务人惯常管理其利益；（2）为第三方确知。例如，美国“斯芬克斯破产案”列举了判断“主要利益中心”的可能因素，包括债务人的管理中心（比如总部）所在地、主要管理层人员所在地、主要财产所在地、主要债权人所在地、主要争议适用法律的所在地等。^[93]

我国企业破产法第5条没有涉及管辖权的问题，仅在第3条笼统规定，“破产案件由债务人住所地人民法院管辖”。不过，在新的内地香港跨境破产合作框架下，内地试点法院将采用主要利益中心地标准。《最高人民法院关于开展认可和协助香港特别行政区破产程序试点工作的意见》（法发〔2021〕15号，以下简称“意见”）第4条明确，“主要利益中心”一般指债务人的注册地，同时，人民法院应当综合考虑债务人主要办事机构所在地、主要营业地、主要

[91] See Kathlene Burke, *Pioneering Pathways for Restructuring US Law-Governed Debt in Ireland*, *Global Restructuring Review*, 25 September 2024, <https://globalrestructuringreview.com/article/pioneering-pathways-restructuring-us-law-governed-debt-in-ireland>, last visited on 2024-11-07.

[92] See Jay Westbrook, *Global Insolvency Proceedings for a Global Market: The Universalist System and the Choice of a Central Court*, 96 *Texas Law Review* 1473, 1474 (2018).

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

财产所在地等因素认定。“意见”显然已引入与国际接轨的主要利益中心概念，体现了内地司法系统根据修正普及主义处理跨境破产的意图。例如，在“森信纸业案”中，深圳市中级人民法院破产法庭以债务人长期在香港经营为由，认定其主要利益中心地在香港，从而认可香港清盘程序。^[94]在试点城市外，北京市第一中级人民法院也在“德国亚琛莱茵有限公司破产案”中适用了主要利益中心标准。法院认为该公司在德国亚琛注册，住所地为亚琛，经济利益重心也在亚琛，故认定德国为其主要利益中心所在地。^[95]

此外，依“意见”第4条第3款，在认定债务人主要利益中心时需满足6个月的存续时间要求。这与《欧盟破产条例》的规定一致，可避免债务人通过选择法院损害债权人利益。然而一个更实际的问题是，中资企业通常有非常复杂的架构，如果离岸注册的公司在香港开启破产程序，可否依据“意见”中关于主要利益中心的判断标准予以认可？

回溯中资企业的特殊海外重整模式，已有不少案件对此予以讨论。以“当代置业破产案”为例，美国法官在判断主要利益中心时考虑了如下因素：债务人的注册地；债务人开启安排计划程序后法院的作用和在当地进行的相关活动；安排计划债权人的期待和目标；相关安排计划所更改债权的准据法。^[96]该案法官认为，当代置业的注册地为开曼群岛，安排计划程序开启后的重整活动也在开曼群岛进行，故认定债务人的主要利益中心在开曼群岛。^[97]但此种做法似乎过度强调了破产程序开启后的活动地点，而没有通盘考虑债务人在正常经营活动中的情况，尤其是债权人对此的认知。相反，其他部分美国法院认为离岸法域仅能作为“信箱公司”注册地，不存在实际经营活动，不能认定为主要利益中心所在。^[98]也有其他司法辖区不认可将债务重组活动所在地作为判断主要利益中心的主要标准。例如，新加坡法院认为，虽然美国法院指派了首席重整官开启重整程序，但这并不意味着美国就是主要利益中心所在地，通常债权人也不会注意重整程序所在地。^[99]

鉴于各地判断标准不一，债务人可进行“法院选择”，选取更容易重整或更易于在境外被承认的司法辖区，但这可能造成债务人恶意逃债而损害债权人利益，^[100]因此招致学者的批评。^[101]除此之外，现代跨国公司企业架构趋于复杂，加之互联网企业的国际化使得确定公司的主要利益中心变得异常繁复，与之相关的争议也增加了许多诉讼成本。这些问题引起了对开启破产程序管辖权的反思。2023年，三位国际破产法学者甚至提出抛弃主要利益中心的概念，转而由公司章程明确约定公司破产清算或债务重整的地点。^[102]这使对主要利益中心的讨论再

[94] 参见前引 [75]，森信纸业案。

[95] 参见前引 [68]，德国亚琛莱茵有限公司破产案。

[96] 该案中，开曼群岛程序的目标仅在于重组以纽约法为准据法的债券，而不涉及以香港法为准据法的债券。

[97] 参见前引 [7]，Modern Land 案，第 17 页以下；*In re Fairfield Sentry Ltd*, 714 F.3d 127, 137-138 (2d Cir. 2013)。美国联邦第二巡回法院也认为清算和管理活动应作为判断主要利益中心的标准。

[98] See *In re Paul Shimmin, as Liquidator of Comfort Jet Aviation Ltd.*, No. 22-10039, 2022 WL 9575491 (Bankr. W. D. Okla., Oct. 14, 2022).

[99] See *Re Tantleff, Alan* [2023] 3 SLR 250, paras. 44-52; 前引 [38]，Zetta Jet 案，第 101-103 段。

[100] See Jennifer Payne, *Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping*, 14 *European Business Organization Law Review* 563 (2013).

[101] See Anthony J. Casey, Aurelio Gurrea-Martínez and Robert K. Rasmussen, *Letter to the Secretariat of UNCITRAL Working Group V*, 14 September 2023, https://ccla.smu.edu.sg/sites/ccla.smu.edu.sg/files/Policy%20note.%20Towards%20a%20new%20approach%20for%20the%20choice%20of%20insolvency%20forum.%2014%20Sept%202023_1.pdf, last visited on 2024-11-07.

[102] 同上。

度成为学界和业界的重点。

然而,完全抛弃主要利益中心并不现实,该概念已被大部分司法辖区接受,我国内地与香港的跨境破产合作框架也采用了该概念,从立法实践的角度很难在全球范围内推动大幅度改革。^[103]虽然不如注册地明确,但主要利益中心提供了更为弹性的解释空间。处理上述争议更为妥当的方式是明确主要利益中心的判断标准,这也是增强司法确定性和司法权威性的要求。对我国而言,针对离岸注册的中资企业,仅凭注册地认定主要利益中心不够充分,因其很可能是“信箱公司”恶意选择法院的结果,故应综合考虑债务人经营管理的情况。

在我国未来修订破产法和完善内地香港合作框架的过程中,对主要利益中心的认定,除“意见”列举的因素外,建议加上《跨境破产示范法》《欧盟破产条例》规定的主观因素,即债务人的主要利益中心应为第三人(主要指债权人)知悉,这是为了保护债权人的信赖利益。^[104]主客观要素通常互为补充,主观因素的判断需基于客观事实,如公司注册信息、媒体报道、名片或者公司网站等,^[105]以此综合判断主要利益中心所在,并在司法实践中不断完善。

2. 破产衍生诉讼管辖权

《跨境破产示范法》仅规定了开启破产程序的管辖权,但未规定破产衍生诉讼的管辖权。破产衍生诉讼可简单理解为与破产相关的诉讼,如请求撤销个别清偿行为、请求确认债务人行为无效等。基于破产程序的集体性,破产法院除有开启破产程序、批准重整计划或财产分配方案的权限之外,还对破产衍生诉讼具有集中管辖权,这在国内法上称为破产案件的集中管辖原则。^[106]但在跨境破产语境下,一国法院对债务人境外的衍生诉讼是否具有管辖权,仍有争议。有观点认为,合同协议管辖应优先,以保护当事人的意思自治及信赖利益。^[107]相反观点认为,破产程序一旦开启,原债权债务关系即被改变,之前的约定也不再适用,应统一由破产法院管辖,所有债权人平等地参与同一程序。^[108]

内地香港之间的“北大方正”和“清华紫光”两案即反映了上述争议,即合同争议是否应遵循合同约定交由香港法院管辖,抑或统一由在北京的破产法院集中管辖;如交由北京法院管辖,则中止香港的诉讼程序。虽然香港法规定了香港破产程序开启后的中止问题,^[109]然而

[103] See Ted Janger and John Pottow, *Cross-border Insolvency Forum Shopping Naivete*, Credit Slips, <https://www.creditslips.org/creditslips/2023/12/cross-border-insolvency-forum-shopping-naivete-.html#more>, last visited on 2024-11-07.

[104] See Xenia Kler, *COMI Comity: International Standardization of COMI Factors Needed to Avoid Inconsistent Application within Cross-Border Insolvency Cases*, 34 *American University International Law Review* 429 (2018).

[105] 美国案例,参见 *In re Collins v Oilsands Quest, Inc.*, 484 B. R. 593, 596 (S. D. N. Y. 2012); *In re British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B. R. 884, 912-913 (Bankr. S. D. Fla. 2010)。澳大利亚案例,参见 *Young v Buccaneer Energy* [2014] FCA 711, para. 12。

[106] See Zoltan Fabok, *The Jurisdictional Paradox in the Insolvency Regulation*, 4 *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* 3 (2016).

[107] See Stephan Madaus & Bob Wessels, *CERIL Report 2021-1 on Identifying Annex Actions under Article 6(1) of the European Insolvency Regulation 2015*, CERIL, 15 April 2021, <https://www.ceril.eu/news/ceril-report-2021-1-on-identifying-annex-actions-under-article-6>, last visited on 2024-11-07.

[108] See Zoltan Fabok, *Jurisdiction Concerning Annex Actions in the Context of the Insolvency and Brussels Ibis Regulations*, 29 *International Insolvency Review* 204, 220 (2020).

[109] 根据香港《公司(清盘及杂项条文)条例》第181条,在破产申请提出后、法院作出清盘令前,债务人、债权人或股东有权申请中止原讼法庭或上诉法庭正在进行的诉讼或其他法律程序,或禁止原讼法庭和上诉法庭之外的法院或仲裁处的程序。根据该条例第186条,在法院作出清盘令或委派临时清盘人后,不得针对公司开始或继续任何诉讼或法律程序,除非法院另行安排。

在跨境破产程序中并不适用有关程序搁置的规定。^[110]我国企业破产法第21条规定了集中管辖,即“人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起”。^[111]不过,该条规定的集中管辖需得到香港法院的认可。^[112]目前的解决路径或是加强两地合作,在缺乏明确法律框架的情况下共同处理这一复杂法律问题。笔者认为,未来在内地香港跨境合作框架之下,不妨参考欧盟的做法,对这一问题给出更为明确的处理方案。

基于欧盟法院在2009年作出的一项判决,^[113]2015年《欧盟破产条例》修订版增加了第6条:根据第3条已经启动破产程序的成员国法院对任何直接产生于破产程序且与破产程序密切相关的诉讼如撤销权诉讼具有管辖权。其中,可由破产法院审理的衍生诉讼必须为“直接产生于破产程序”且“与破产程序密切相关”,排除了为履行债务人在破产程序开启前订立的合同而提起的诉讼。^[114]然而,欧盟法院在2019年的一个案件中指出,即使某诉讼的基础权利义务关系来源于破产程序开启前订立的合同,只要该诉讼的目的是为了在破产程序中申报债权,就应认定其为破产衍生诉讼,而交由破产法院集中管辖。^[115]法院特别指出,《欧盟破产条例》与确立民商事案件管辖权的《布鲁塞尔条例I》^[116]相互独立,后者无法适用于与破产有关的争议,债权人也无权到合同约定的管辖法院起诉。

上述认定方式是基于特殊的欧盟法体系,其目的是避免欧盟内部的冲突判决。此种规定基于《欧盟破产条例》及其所依赖的内部共同市场和相关欧盟条约提供的法律基础,能否直接移植到一国单方面的跨境破产法中,尚未可知。但这种做法对区域性安排有借鉴意义,为我国内地与香港的跨境破产合作提供了一种可能的范式。参考欧盟的这套制度可更有效且更确定地划定跨境破产中衍生诉讼的管辖权,进一步完善内地香港的跨境破产合作框架。

(二) 法律适用

破产程序开启后的法律适用应区分破产程序的法律适用和确定债权债务关系的法律适用。根据修正普及主义的观点,对于破产程序的法律适用通常遵循法院地法,而对于债权债务关系的确定则依据一国的国际私法规则。^[117]

遗憾的是,关于法律适用的争议较大,在制定《跨境破产示范法》之际并未就此达成共识。不过,欧盟就此有了更为详细的规定。《欧盟破产条例》第7条原则性地规定了法院地法适用于破产程序及其效力,但随即在第8-18条规定了11种例外情形:(1)对物权;(2)抵销;(3)所有权保留;(4)不动产;(5)支付系统和金融市场;(6)劳动合同;(7)适用登记的权利;(8)某些专利和商标;(9)侵权;(10)第三方买方;(11)正在进行的诉讼和仲裁。这些例外规定调和了欧盟成员国之间有关法律适用问题的冲突。

[110] See *Re Vocalion (Foreign) Ltd* [1932] 2 Ch 196, 200-204.

[111] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(法释〔2020〕18号)第47条第1款;另见企业破产法第58条第3款。

[112] 根据石静霞教授在“北大方正案”中的专家证言,第21条应理解为包含境外债权人。参见前引〔5〕,〔2021〕HKCFI 3817,第53段。

[113] See CJEU Case C-339/07 *Christopher Seagon v Deko Marty Belgium NV* [2009] ECLI:EU:C:2009:83.

[114] 参见2015年《欧盟破产条例》前言第35段。

[115] See CJEU Case 47/18 *Skarb Państwa Rzeczpospolitej Polskiej - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad v Stephan Riel* [2019] ECLI:EU:C:2019:754, para. 40.

[116] 2012年修订的《布鲁塞尔条例I》规定了欧盟成员国关于民商事争议的管辖权,但其第1条第2款(b)项明确排除了破产相关争议。

[117] See Jay Westbrook, *Universalism and Choice of Law*, 23 Penn State International Law Review 625, 626 (2005).

目前, 贸法会重启了对跨境破产适用法律问题的研讨, 意图出台新的国际示范法。^[118] 现阶段的讨论以贸法会《破产法立法指南》第30-34条为蓝本, 参考《欧盟破产条例》的规定, 遵循修正普及主义, 原则上法院地法适用于破产程序的启动、进行、管理和终结及其效力, 包括: (1) 破产程序的管辖权、资格和程序方面; (2) 破产程序对启动前权利和债权的效力 (即在破产程序中如何处理此类权利和债权); (3) 启动后的权利、债权、诉讼和争议。但同时也允许存在少量的例外情形, 包括劳动合同和劳动关系, 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和其他多边交易设施, 支付、清算和结算系统、受监管的金融市场和其他多边交易设施之外的终止净额结算^[119], 正在进行的仲裁程序。而对于破产程序启动前已存在的权利和债权的有效性及其效力所适用的法律, 则不作规定, 仍由一般国际私法规则确定。^[120] 不过, 在担保债权、撤销和抵销、公共政策除外等问题上, 仍有较大争议。^[121]

鉴于法律适用的内容过于庞杂, 本文仅分析“吉布斯规则”的影响。2022年美国法院与香港法院就“当代置业案”和“稀镁科技案”的争论引发国际热议, 且均涉及中资企业, 有必要对这一问题作进一步梳理。

英国法上“吉布斯规则”的核心是破产法集中管辖原则与合同法意思自治原则的冲突。为保护选择适用英国法的债权人, 英国长期持绝对的意思自治的观点, 其债权的解除和变更只能在英国法管辖下的破产程序中进行。此观点的核心理由是尊重当事人的意思自治, 保护当事人对合同准据法的选择权。“吉布斯规则”创设于1890年, 当时英国的政治、经济、军事力量均居世界第一, 在全球化尚在启蒙、普及主义并未流行的年代, 英国的这一做法可有效保护海外的英国商人。“二战”后, 美国取代英国成为全球规则制定者。虽然伦敦和纽约并列为世界两大金融中心, 但英国金融中心之地位的确立依赖于其提供的公共产品, 包括完善的金融基础设施和争端解决机制以及作为普通法的英国法的确定性。英国现在更侧重保护债权人及选择英国法作为准据法的境外投资者, 作为其向国际社会提供的公共产品。^[122]

不过此种做法遭到诸多批评。有学者直言, “吉布斯规则”“属于以盎格鲁为中心的时代而应被历史抛弃”。^[123] 新加坡“太平洋恩利资源发展公司破产案”、^[124] 美国“阿格罗科尔破产案”^[125] 和“当代置业案”均驳斥了“吉布斯规则”。^[126] 其主要理由是, 破产作为特殊程

[118] 目前, 贸法会第五工作组正在准备起草有关准据法的国际示范法。参见《联合国大会正式记录, 第七十六届会议, 补编第17号》, A/76/17, 第215-217段, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v21/058/09/pdf/v2105809.pdf>, 2024年11月7日最后访问。

[119] 根据国际统一私法协会2013年《关于终止净额结算条款的实施的原则》, 终止净额结算指一项合同条款, 在该条款的基础上, 条款预先定义的、与一方合同当事人有关的事件发生时, 条款涵盖的合同当事人相互负有的义务, 不管届时是否到期且应付, 可自动或根据一方当事人选择, 以债权更替、终止或其他方式, 减少或替代为单一的净额义务, 代表合并义务的汇总价值, 以此构成一方当事人对另一方当事人的到期且应付义务。

[120] 相关条文参见贸法会公布的最新草案:《破产程序的适用法律》, 2024年5月13-17日, A/CN.9/WG.V/WP.194。

[121] 参见贸法会《第五工作组(破产法)第六十四届会议(2024年5月13-17日, 纽约)工作报告》, A/CN.9/1169, 第9页以下。

[122] See *Re OJSC International Bank of Azerbaijan* [2018] EWCA Civ 2802, [2018] 12 W.L.K. 286 [29], on appeal from [2018] EWHC 59 (Ch).

[123] Ian Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, Oxford University Press, 2005, para. 2.219.

[124] See *Re Pacific Andes Resources Development Ltd* [2016] SGHC 210.

[125] See *In re Agrokor*, 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018).

[126] 参见前引[7], *Modern Land*案, 第8页以下。

序，改变了原合同约定的权利义务关系，破产程序应优先于合同意思自治，债权人需参与集体性的财产分配程序，而非利用准据法条款试图获得个别清偿；债权人在签订合同时也应意识到债务人破产的可能性，一旦破产则统一由破产法院处理，这同样是可预测的。^[127] 该争议同样体现了各国在对待破产法集中管辖和合同法意思自治冲突上的不同立场。

根据贸法会目前出台的法律适用示范法草案，债务解除问题被认为不涉及债权债务关系的有效性，应适用法院地法。^[128] 部分学者也提出，修正普及主义要求由统一的法律处理破产程序中的债权问题，避免因适用法律不一致而造成债权人待遇不一致。^[129] 这是为了应对部分债权人可能利用“吉布斯规则”到英国等法域寻求优先受偿的问题。

中资企业的复杂架构决定了大部分境外融资合同由香港法/纽约法约束，但中资企业也常在其注册地离岸法域开启破产程序，此程序能否更改或解除香港法、纽约法项下甚至中国法项下的债权债务关系，是目前实践中最常见的问题。此即“吉布斯规则”适用的典型情况。我国香港地区恰是“吉布斯规则”的支持者，这使得在我国语境下探讨这一规则更为重要。

笔者认为，支持和反对“吉布斯规则”的观点均有其合理性，不妨绕开僵化的规则而重点考察债务解除对债务人和债权人的实际影响。事实上，这一规则并非完全否认在非准据法司法辖区开启的破产程序的效力，但有关债权债务关系的变更或解除需获得债权人的同意，以充分保护债权人。^[130] 只要有关变更或解除的合意是当事人自愿作出，而不是以欺诈等违反公共政策的方式达成的，我国法院应尊重当事人的意思自治，没有理由拒绝承认新的合同安排。

在中国债权人提出异议的情况下，此问题需分情况讨论。第一，破产程序在合同约定的准据法司法辖区开启，比如香港的安排计划程序用以改变适用香港法的债权债务关系，债权人签订合同时就应有明确且确定的预期，即债务人陷入经营危机时自己的债权可能无法完全受偿，此种情况下应认可经当地法院批准的债权变更或解除的程序或判决。第二，破产程序不是在合同约定的准据法司法辖区开启，比如在离岸法域开启的安排计划程序用以重新拟定适用香港法甚至是中国内地法的债权债务关系，这就涉及适用“吉布斯规则”的典型情形。在此情况下，需特别关注债权人的保护情况。除非安排计划经中国债权人同意，否则不予承认相关程序下的债务解除或变更。夏利士法官在“稀镁科技案”指出，某些债务人会在离岸法域开启破产程序，变相阻止香港债权人在香港提起程序，可能损害债权人利益。^[131] 香港法院沿用“吉布斯规则”是为了充分保护香港债权人。具体操作层面，香港采用了灵活适用路径，考虑适用“吉布斯规则”时具体考察重整计划的情况，不作无意义或无实际作用的限制。^[132] 例如，在“中国兴业太阳能案”中，法官需要批准英国法项下债券和美国法项下债券的债务重组。对英国法项下的债券而言，全部债权人均同意，所以没有必要考虑适用“吉布斯规则”。对美国法

[127] See Look Chan Ho, *Cross-border Insolvency: Principles and Practice*, Sweet & Maxwell 2016, pp. 224-225.

[128] 相关条文参见前引 [120]，贸法会最新草案，第 14 页以下。

[129] See Anthony Casey, Aurelio Gurrea-Martínez & Robert K. Rasmussen, *A Commitment Rule for Insolvency Forum*, The University of Chicago Law School Coase-Sandor Institute for Law and Economics Research Paper No. 1003 (2024), pp. 18-21.

[130] See *New Zealand Loan and Mercantile Agency Co v Morrison* [1898] AC 349, 357-358, cited by *Re Winsway Enterprises Holdings Ltd* [2017] 1 HKLRD 1, [2016] HKEC 2495, para. 36.

[131] 参见前引 [8]，Rare Earth 案，第 17 页以下。不过此种观点被美国法院所驳斥。参见前引 [7]，Modern Land 案，第 8 页以下。

[132] 参见肖永平、黄旭：《跨境破产中的吉布斯规则：内容解读、理论基础及其适用》，《理论月刊》2022 年第 10 期，第 124 页。

项下的债券而言,虽然没有全部债权人的同意,但也有超过99%的债券持有人通过了债务重组计划;且法官认为美国破产法典第15章的承认不是债务重组成功的必要条件,债务人并不知道这些未投票的债权人的身份且没有足够的理由认为这些债权人会去美国寻求他们债权的单独受偿,故而因为“吉布斯规则”而拒绝批准美国法项下的债务重组也无必要。^[133]作为大陆法系法域,我国内地在改革跨境破产制度的过程中,或不宜直接写入“吉布斯规则”,但法官应合理考虑该规则的法理逻辑,关注境外破产程序对债权人和债务人的具体影响。如果债务人试图通过境外程序恶意逃债,或者债权人希望通过法律选择获得不合理的清偿优势,法官应有拒绝承认和协助的裁量权。

(三) 承认与协助

1. 互惠

在跨境破产制度框架下,承认与协助是最重要的环节,用以实现跨境破产的最终目标。我国在修订破产法时需特别明确这些问题。^[134]在承认的前提条件上,我国企业破产法第5条包含了互惠原则。互惠原则是国际私法的基本原则之一,构成判决承认与执行的基石。^[135]各国愿意承认与协助境外破产程序的很大一部分原因在于互惠,即对他国同等给予本国破产程序承认和协助的期待,从而实现对本国利益的保护。^[136]然而,互惠会造成所谓的“承认困境”,即如无任何一方迈出互惠的第一步,则两国之间将无法构建互惠基础,互惠将永远无法达成。^[137]随着全球化的发展,将互惠作为前提条件可能阻碍跨境贸易和投资,这一条件也逐渐被国际学界和各国立法所摒弃。^[138]

我国长期坚持事实互惠的立场,但在不断对外开放之际,我国学者也开始反思互惠的适用范围和适用方式及其对我国经贸发展的阻碍和司法公信力的损害。^[139]《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》(法发〔2015〕9号)第6条指出,“要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,积极促成形成互惠关系,积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。”2021年7月29日,上海市第一中级人民法院作出裁定承认新加坡S59/2014号法院判决:“我国与新加坡之间存在法律互惠,在同等情况下我国作出的民商事判决可以得到新加坡法院的承认和执行”。^[140]2022年3月17日,上海海事法院作出裁定承认并执行一项英国判决,认为我国法律规定的互惠原则,不限于相关外国法院首先承认我国法院作出的民商事案件判决之情形,只要我国判决有可能得到外国法院的承认和执行,且不存在外国法院拒绝承认和执行我国判决的情

[133] See *Re China Singyes Solar Technologies Holdings Limited* [2020] HKCFI 467, para. 18 (3).

[134] 参见金春:《外国破产程序的承认与协助:解释与立法》,《政法论坛》2019年第3期,第143页。

[135] 参见本书编写组:《国际私法学》,高等教育出版社2023年版,第403页以下。

[136] See Susan L. Stevens, *Commanding International Judicial Respect: Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 26 *Hastings International & Comparative Law Review* 115 (2003).

[137] See Qisheng He and Yahan Wang, *Resolving the Dilemma of Judgment Reciprocity - From a Sino-Japanese Model to a Sino-Singaporean Model*, in Andrea Bonomi & Gian Paolo Romano (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol XIX - 2017/2018, Otto Schmidt KG, 2018, pp. 83-108.

[138] See Anatol Dutta, *Chapter R. 2: Reciprocity*, in Jürgen Basedow et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar, 2017, pp. 1467-1471.

[139] 参见前引〔68〕,常洁等文,第129页。

[140] 上海市第一中级人民法院(2019)沪01协外认22号民事裁定书。

形，即可认定英国和我国存在法律互惠关系。^[141] 2023年1月16日，北京市第一中级人民法院破产法庭在“德国亚琛莱茵有限公司破产案”中也采用了法律互惠的标准。根据德国破产法第343条承认外国破产程序的规则，我国破产程序在德国有获得承认的法律依据，同时无证据证明德国存在拒绝承认我国破产程序或破产相关法律文书的情形，故可认定我国与德国存在互惠关系。^[142]

《跨境破产示范法》《欧盟破产条例》中均未规定互惠，反映了国际学界摒弃互惠原则的思潮，为跨境破产的相互承认和协助提供便利。不过，由于示范法的软法性质，各国仍可在采纳示范法时加入互惠条件。以南非为例，只有在他国明确给予南非破产程序对等承认和协助的情况下，南非才会考虑给予该国程序承认和协助。^[143] 但国际私法学界多数观点认为，互惠标准已经过时。笔者支持此种观点，但从立法体系来看，由于跨境破产的条文应与民事诉讼法中的判决承认与执行的规定一致，故难以直接删除互惠要求。即便如此，仍建议明确法律互惠的标准，减少因互惠要求而导致的不予承认或协助。

2. 对境外安排计划程序的承认

针对中资企业的特殊跨国架构，在承认与协助的问题上，需要特别关注中资企业常常选用的海外安排计划程序，即此种程序是否属于破产程序而能被我国法院承认。这也是在国际层面一个颇有争议的问题。^[144] 根据《跨境破产示范法》第2条(a)项，外国破产程序指“在某一外国遵照与破产有关的法律而实施的集体(collective)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”。对于安排计划程序是否属于破产程序的核心争议，在于其是否满足破产程序集体性的要求。部分学者认为破产程序必须能够影响全球范围内的所有债权人，如一法院程序可以中止所有个别债权人的单独行动，故而反对将仅涉及部分债权人的安排计划程序纳入可被承认的破产程序的范畴。^[145] 另一观点则认为破产程序的集体性并不是针对所有债权人，而是针对同类型的债权人，不同类型债权人可能因所在地或适用法律不同而处于不同地位，在某些程序中并不需要全球所有债权人均参加。^[146]

笔者认为，安排计划程序是否属于破产程序，仍应考量其对债务人和债权人的综合影响。通常，债务人会与金融债权人就还款日期、还款方式和利息等问题达成新的合意，而不影响经营性债权人等。安排计划程序的目的是解决陷入困境的债务人的经营困难，而不是对部分债权人单独清偿，不能否定其破产程序的性质。^[147] 在此前提下，对于中资企业经常面临的境外重组问题，如境外安排计划程序到我国申请承认，不宜以安排计划程序不是破产程序为由拒绝，这是为了尊重国际破产法的发展，承认债务解决方式的多样性。不过，法律中应有足够的其他保障措施。例如，在我国债权人未获得境外安排计划程序的充分通知而利益受损之情形，可认

[141] 参见上海海事法院(2018)沪72协外认1号民事裁定书。

[142] 参见前引[68]，德国亚琛莱茵有限公司破产案。

[143] See Keith D. Yamauchi, *Should Reciprocity Be a Part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law*, 16 *International Insolvency Review* 145, 168 (2007).

[144] 参见前引[19]，Gurrea-Martínez文，第145页以下。

[145] See Horst Eidenmüller, *What Is an Insolvency Proceeding*, 92 *American Bankruptcy Law Journal* 53, 66-69 (2018).

[146] See Riz Mokal, *What is an Insolvency Proceeding? Gategroup Lands in a Gated Community*, 31 *International Insolvency Review* 418, 426-427 (2022).

[147] See *Re Gategroup* [2021] BCC 549 (Ch).

为违反我国公共政策中的程序正当性而不予承认。

3. 协助的范围

“会议纪要”下的内地香港破产合作框架规定了相关协助措施。根据“意见”，内地法院在收到申请时可采取保全措施（第9条），在认可香港程序后应自动中止诉讼或仲裁（第12条），并解除保全和中止执行（第13条），可依申请允许香港管理人在规定范围内履行职责（第14条），以及可依申请为破产财产变价、破产财产分配、债务重组安排、终止破产程序等事项提供协助（第16条）。这些规定提供了较为明确的制度安排，但具体裁判基准仍有明晰空间。

在协助问题上，香港法院从多年司法实践中总结出两个原则性规定：（1）该项救济在破产程序开启地存在；（2）该项救济在香港也存在，不能超出香港法授权的范围。^[148]可以搁置本地程序这类救济为例说明。香港法院曾一度在承认境外破产程序后搁置本地程序。在“华信破产案”中，香港法院认可了内地的清算程序，并根据《公司（清盘及杂项条文）条例》第186条禁止当地债权人的个别执行行为。^[149]在“年富案”中，香港法院同样认可了内地的清算程序并给予救济。^[150]然而近年来，越来越多的中资企业利用在离岸法域开启的软性临时清盘（soft-touch provisional liquidation）程序，在香港申请承认和协助，试图阻止香港债权人提起清盘程序，但又不推动离岸程序的进行，以保护自身作为债务人的利益。^[151]在2020年“五龙电车案”中，夏利士法官强调，中止并不能适用于所有的香港程序；如果清算人想要暂停某项特别的香港程序，应向法官具体说明；法官可以考虑：（1）境外破产程序的集体性，即境外程序并非对某个或某些债权人的单独清偿，以及（2）“吉布斯规则”，即试图通过境外程序更改或解除香港法项下的债权债务关系。^[152]香港的做法延续了其修正普及主义立场，除原则上承认境外破产程序外，还实质性地考量本地债权人的利益。

协助和救济的问题并不能通过简单的法条适用解决，而是需要精细地探讨每项协助请求背后的原因和可能的影响。内地跨境破产的救济方式不妨参考香港，在协助和救济上予以一定程度的限制。例如，针对恒大的境外安排计划程序，我国或可予以承认；但如果境外债权人请求在我国境内单独受偿，在境内债权人没有有效参与的情况下，我国可通过适用债权人保护原则予以拒绝，以此有效平衡境内外利益。就条款设计而言，《跨境破产示范法》已明确相关原则，^[153]但规则的解释仍有待司法机关澄清。

此外，在跨境破产中应特别重视合作。《跨境破产示范法》在合作章节规定了本国法院与外国法院或外国代表之间的合作和直接联系、管理人与外国法院或外国代表之间的合作和直接联系等。在内地香港跨境破产安排中也明确了两地合作安排，包括管理人之间的合作（“意见”第15、19条）以及法院之间的合作（“意见”第24条）。近年来，国际学界不断强调跨

[148] See Joint Provisional Liquidators of BJB Career Education Company Limited (in provisional liquidation) v Xu Zhendong [2016] HKCFI 1930, para. 7.

[149] See *Re CEFC Shanghai International Group Limited* [2020] HKCFI 167. 对该案的评析，参见石静霞：《香港法院对内地破产程序的承认与协助——以华信破产案裁决为视角》，《环球法律评论》2020年第3期，第162页以下。

[150] See *Re Shenzhen Everich Supply Chain Co Ltd* [2020] HKCFI 965.

[151] 软性临时清盘程序允许董事负责公司的运营，而清算人只有有限的破产相关权力。See *Re Legend International Resorts Ltd* [2006] 2 HKLRD 192.

[152] 参见前引[56]，FDG Electric Vehicles Ltd案，第14-15段。

[153] 参见《跨境破产示范法》第22条第1款，在给予救济时，“法院必须确信债权人和其他利害关系人的利益，包括债务人的利益，受到充分的保护”。

境破产合作的重要性，在处理大型跨境破产案件中通常需要协调数个司法辖区。^[154]由此产生了数个备受瞩目的合作方案：美国法学会（ALI）和国际破产学会（III）发布的《国际破产案件合作的全球原则》、^[155] 欧盟和国际破产学会发布的《欧盟跨境破产法院与法院合作原则》^[156]以及在新加坡签署的《法院之间关于跨境破产事务交流合作指引》。早在1992年“麦克斯韦通信公司破产案”中，英国和美国的法院就积极交换破产信息，协调两地重整方案，共同分配债务人资产。^[157]在2009年“北电网络破产案”中，美国和加拿大的法院进行了联合审理。^[158]2008年金融危机后，为处理“雷曼破产案”，2009年各地法院就以签署议定书的方式进行合作。^[159]这些均可能为内地香港合作乃至内地与其他法域的合作提供范本。

结 论

随着我国对外开放的不断扩大，我国企业跨境投融资的需求不断增加，跨境破产清算和跨境资产重组的需求也逐渐增多。一套确定的跨境破产制度能够明确在债务人陷入危机时债权人的救济方式和风险承担之可能性，增加国内外投资者信心，增强司法公信力。我国作为世界第二大经济体，不仅是世界贸易投资发展的引擎，也需逐步承担起引领国际规则、为全球提供制度化公共产品的职责。以恒大为例的众多涉中资企业的跨境破产案件已经牵动了全球经济的神经，高效平稳地处理这类企业危机也是我国亟需回应的挑战。

我国跨境破产的制度重构应以《跨境破产示范法》为借鉴蓝本。承认和协助境外破产程序势必会影响境内的利益相关方乃至整个市场，但这并不是相关法律制度缺失的理由。相反，一套确定的法律制度能够有效促进相关利益的保护。此外，应利用好示范法在解释过程中的司法弹性，综合考虑我国企业的经营和架构情况。在司法裁判过程中，法官也应依据案件的具体情况探查承认与协助请求背后的真实意图，避免债权人等相关方的利益受损。

在此过程中，法律的确信性和一致性对于制度改革至关重要。在复杂的国际经贸环境中，明确的法律规则可为各方提供稳定的预期和保障，减少不必要的法律纠纷和争议。以“吉布斯规则”为例，其明确了在英国处理跨境破产的基本原则，减少了因法律的不确定性而可能

[154] 参见张玲：《亚太经济一体化背景下跨境破产的区域合作》，《政法论坛》2021年第1期，第145页以下；Ilya Kokorin and Bob Wessels, *Cross-Border Protocols in Insolvencies of Multinational Enterprise Groups*, Edward Elgar, 2021, pp. 53-70。

[155] See ALI and III, *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, 2012, https://www.iiglobal.org/file.cfm/159/docs/alireportmarch_0.pdf, last visited on 2024-11-07; *Editorial Notice, Documentation - Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases*, 23 *International Insolvency Review* 221 (2014).

[156] See Civil Justice Programme of the European Union and III, *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles* (2015), <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/cross-border.pdf>, last visited on 2024-11-07.

[157] See *In re Maxwell Communication Corporation Plc*, 170 B. R. 800 (S. N. D. Y. 1994); Jay Westbrook, *The Lessons of Maxwell Communications*, 64 *Fordham Law Review* 2531 (1996).

[158] See *In re Nortel Network Inc.*, Case No. 13-2739 (3rd Cir., Dec. 6, 2013).

[159] See Proposed Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, <http://nbconf.org/wp-content/uploads/2015/10/2009-Proposed-Cross-Border-Insolvency-Protocol-for-Lehman-Brothers-Group-of-Companies.pdf> (Feb. 10, 2009), last visited on 2024-11-07. 另见黄圆圆：《跨界破产承认与救济制度研究》，对外经济贸易大学出版社2020年版，第158页。

带来的交易或合规成本，同样也是保护投资者的重要举措。无论改革中选择的规范路径和裁判基准为何，应注重法律条文的明确性和可操作性，确保法律规则能够得到有效执行。当然，跨境破产是一套非常复杂且精妙的法律设计，本文只选取了部分热门议题予以评议，但仍有诸如营业地、集团破产、跨境民事资产追查和追回等很多新兴问题值得关注，有待进一步梳理和澄清。

跨境破产制度的改革将是我国涉外立法领域一次代表性的法律创新与制度优化，在此过程中应意识到以国际立法为蓝本的国内立法并非简单的复制粘贴，而是需要基于深入的理论研究和实践探索。应当承认，国际立法集结了全球顶尖专家，代表着全球范围内的普遍实践和最佳经验总结，能够减少国家间沟通的法律成本，具有广泛的指导意义。但往往由于各国法律体系、经济社会环境的差异，照搬国际立法无法获得理想效果，故而需要本土化的制度选择和路径思考。《跨境破产示范法》显然是我国未来跨境破产制度重构的支撑点和立足点，但在全球范围内对其相关规则和条款的认知和解释也仍不一致。在我国跨境破产的立法模式选择和司法解释基准上应维持两方面的平衡，一方面构建国际化的制度框架吸引外资，另一方面有效保护本土债权人和公共利益。

Abstract: The international consensus on cross-border insolvency law accepts the modified universalism and recognizes the extraterritorial effect of insolvency proceedings. However, when formulating specific cross-border insolvency rules in accordance with modified universalism, different countries have adopted different normative paths and interpretation benchmarks and made different local choices based on their own insolvency law objectives and national economic and political purposes. With the continuous opening up to the outside world, China is faced with an increasing number of cross-border insolvency cases and needs to participate more actively in international insolvency legislation and practice. The Model Law on Cross-Border Insolvency should be used as the reference basis for the future reform of China's cross-border insolvency system, but it is necessary to understand the flexibility of the model law in application and interpretation. Based on its economic legislative objectives and the special structure of enterprises, China should maintain a balance between building an international institutional framework to attract foreign investment and effectively protecting local creditors and public interests. The jurisdiction over the initiation of insolvency proceedings should be determined based on the center of main interests and the jurisdiction over insolvency derivative litigation should be clarified. The applicable law of insolvency proceedings should be distinguished from the applicable law of determining creditor-debtor relationships, and the concept of creditor protection behind the Gibbs rule should be correctly understood. In terms of recognition and assistance, legal barriers to reciprocity should be eliminated, the insolvency procedure attributes of arrangement plans should not be denied, the scope of assistance should be clarified, and international cooperation should be strengthened.

Key Words: cross-border insolvency, modified universalism, jurisdiction, application of law, recognition and assistance, enterprise insolvency law
