

跨境平行破产程序的规范路径

徐阳光 范志勇

【作者简介】徐阳光、范志勇，中国人民大学法学院。

【原文出处】《人民司法》(京),2020.25.16~23

一、跨境破产冲突之源：平行破产程序

我国近年来持续推进“一带一路”倡议，提升对外开放的水平，对外贸易与双向投资规模增长迅速。然而，在西方国家周期性爆发的经济危机的干扰下，全球经济发展乏力，在各国调整国民经济结构以应对危机的过程中，诸多涉外企业受到不同程度的冲击，跨境破产案件频发。由于各国破产法律实体与程序规范的差异，以及维护本国主权的立场，加剧了跨境破产领域的法律冲突。如何对待不同国家针对同一债务人启动的平行破产程序，往往构成处理跨境破产事项的前提与基础，也是跨境破产领域中的关键问题。

(一)跨境破产争议与平行破产程序

参与国际交往日益成为市场经济主体的常态，某一进入破产程序的债务人的注册办公地、主要营业机构、企业资产的分布等，可能位于不同的国家之中，跨境破产特征也就因此而形成。理论上在全球启动一个破产程序统一处置债务人的全部财产，用来清偿对外债务抑或实现企业拯救的目标，是一种较为理想的模式，然而，该模式并不一定能够达致效率与公平的价值追求，当债务人的财产状况过于复杂，并呈现出可分割的、区域性的债权债务关系特点之时，划分不同法律关系与财产类型，在不同国家有针对性地开展多个破产程序，反而是一种最优模

式。且之前实践中国家主义的客观事实，使得与该债务人破产有关联的国家往往选择坚持自身的司法管辖权，拒绝统一破产程序对国家司法主权的支配，在不同国家各自独立启动的一国辖区内的破产程序，构成了历史发展的阶段性所必然形成的跨境破产领域中针对同一债务人的平行破产现象。^①

倘若世界各国闭关锁国、互不往来，跨境平行破产程序不会成为问题，完全可以彻底贯彻破产程序域外效力的属地主义原则。然而，平行破产程序之间无法不产生交集，而且，国家主义施加于跨境破产的又一影响力是主权国家同时具有试图消灭平行程序的倾向，主张己方为唯一适格的管辖主体，长臂管辖权即是典型表现。相较而言，跨境破产管辖中的合作主义是现代主权国家所普遍采取的立法政策，往往对应着跨境破产程序域外效力中的修正普及主义，允许一个主要破产程序与非主要破产程序共存，或者允许多个非主要破产程序并存，在跨境破产领域中落实国际合作原则。^②跨境破产司法合作的目的主要是更好地保障各方当事人的正当权利，避免跨境破产程序间的重合与冲突，提供及时有效的司法补救措施，并尽可能使破产财产达到价值最大化。^③但在跨境破产领域强化国际合作的同时，各国并未停止对跨境主要破产程序管辖权的争夺，以其获取主要破产程序所特有的域外效力。

(二)应对跨境平行破产程序的基本共识

针对跨境平行破产程序存在的客观事实,历史上,国际社会局限于通过协调各国司法管辖权域外效力的方法来解决不同破产程序之间的管辖权争议,往往难以超越个案形成国际社会跨境破产可普遍适用的有效规则。加强跨境破产领域的国际合作,协调不同国家相互冲突的破产法律规范,早已成为国际社会普遍接受的基本观念,留待进一步达成的共识是如何应对竞合的跨境平行破产程序。建立超越国别的国际破产法律制度与超国家破产法院过于理想化,赋予其向不同国家的法院分配跨境破产案件管辖权的职能也不切实际,难以有效履职。^④在平等的国家之间以主权合意的方式,通过国际条约、示范性文件,推动跨境破产管辖协调规则的广泛适用,不失为在当前国际社会发展水平下处理跨境破产平行程序冲突的合理且可行的路径,在维持、尊重各国不同的破产法律实体规范的基础上,统一跨境破产基本规则增强了参与者对结果的可预见性,可以提升国际经济发展的效率,保障国际交往的安全。

联合国国际贸易法委员会(以下简称联合国贸法会)于1997年颁布了《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》(以下简称《示范法》),明确提出以主要利益中心规则区分主破产程序与辅破产程序。这种区分标准逐渐为国际社会所接受,在跨境破产领域构筑了解决平行破产程序问题乃至应对跨境破产管辖权冲突的基本法治共识。《示范法》不是国际公约,而是通过立法示范为各国提供立法借鉴,促进各国跨境破产制度的趋同,从而提高跨境破产案件的解决效率,实现资产处置或企业重整的最佳效益。^⑤欧盟理事会在其于2000年颁布、2002年生效的《欧盟跨境破产条例(第1346/2000号)》与2015年修订的《欧盟跨境破产条例(第2015/848号)》中采纳了《示范法》的主要利益中心范畴,在此基础上建立了以主、辅破产程序为核心的区域性跨境破产程序冲突处理机制。跨境破产平行程序下的主要利益中心规则彰显出破产管辖权域外效力上的新实用主义思路,以主要利益中心地识别出的主破产程序具有普及效力,而在非主要利益中心地启动的辅破产程

序在本管辖区内具有属地效力与有限的域外效力,同时强调主、辅破产程序之间的协调与合作,它在理想与现实之间、在保护本国利益与便利国际合作之间寻求到一种平衡。^⑥这一处理跨境破产冲突的新模式借助于《示范法》与前后两部《欧盟跨境破产条例》的影响力,逐步为世界不少国家的破产立法所采纳,推动了多项跨境破产冲突难题的解决。可预见的是,随着主要利益中心规则适用范围的扩张,未选择该规则的国家采取拒绝合作的态度,将在更多的个案中得到对等的报复,其主张以跨境破产领域管辖权启动的破产程序的域外效力将更加艰难,最终很可能迫使其在国内立法中接受主要利益中心规则。我国企业破产法第五条对跨境破产处理作了原则性的规定。随着跨境破产实践的开展,现有规范的抽象、封闭、僵化等弊端逐渐显现,我国破产立法有必要顺应世界潮流,采纳以主要利益中心规则为核心的跨境破产平行程序的框架,以此全面建构我国的跨境破产法律体系。

二、主要利益中心的内涵界定

《示范法》与《欧盟跨境破产条例》均对作为自身跨境破产框架根基的“主要利益中心”概念进行了不同程度的规范。为应对多样的实践需求,保持条文内容的稳定性与灵活性的统一,二者对主要利益中心规则的界定均设置了兜底性条款,赋权接案国法院根据债务人的具体实际情况来判断主要利益中心地。

(一)《示范法》的推定性规则

作为正式法律概念的“主要利益中心”,最早出现于1990年欧洲理事会的《关于特定国际破产的欧洲公约》及1995年欧盟的《破产程序公约》。^⑦《示范法》与《欧盟跨境破产条例》等跨境破产法律框架均以主要利益中心规则为基础。根据《示范法》第2条的规定,主要破产程序是指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序;非主要破产程序是指有别于主要破产程序的某项外国程序,该程序发生在债务人营业所所在地的国家,即债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所。《示范法》第17条第2款明确指出,根据外国程

序发生在债务人主要利益中心地抑或营业所所在地,应当被接案国法院相应承认为外国主要破产程序或外国非主要破产程序。《示范法》第16条第3款规定:“如无相反证据,债务人的注册办公地或个人的经常居住地推定为债务人的主要利益中心地。”《贸易法委员会跨境破产示范法与颁布及解释指南》(以下简称《示范法指南》)指出,第16条中的推定适用方式是为了加快破产案件中的举证效率,以便利对外国破产程序的承认和为这类程序提供协助,但并不妨碍在当事人提出异议的情况下,法院根据适用的程序法要求或者评估其他证据另行作出主要利益中心地的认定,例如债务人的主要经营管理地、债务人财务资料所在地、组织或授权融资所在地、现金管理系统运营地、债务人主要资产或业务所在地、债务人主要融资银行所在地、雇员集中地、企业债务人对外签订合同所依据法律的管辖地、债务人重整所在地、大多数争议所适用法律的归属国家、债务人接受监督或监管的所在地、易于债权人确认的地点等多方面的因素。《示范法》对主要利益中心地内涵界定的争议也正在于此,法院推翻推定的依据与证据范围并无统一的标准,在采纳《示范法》的接案国跨境破产法律规范未予以明确的情况下,主要利益中心地的认定将依赖于法院基于自由裁量权所作出的解释。

在《示范法》之后,联合国贸法会于2018年7月通过了《关于承认和执行与破产有关的判决示范法》,其允许《示范法》不承认的不属于外国主要程序或非主要程序、仅因该国拥有债务人财产而启动破产程序的有关判决,如果外国破产程序的管理人深入参加了原判国的程序,且就有关诉讼请求及事实发表了主张的,则可以获得承认和执行。该规定有利于解决不同国家对债务人财产的争议,进而促进债务人财产价值的最大化与债权人受偿利益的最优化。^⑧

(二)《欧盟跨境破产条例》对第三方认知情况的关注

与《示范法》所追求的为全球跨境破产构建基本共识架构的目标导向不同,《欧盟跨境破产条例》旨

在解决欧盟内部跨境平行破产程序的冲突问题,其适用范围仅限于欧盟成员国。《欧盟跨境破产条例(第1346/2000号)》第3条规定,债务人主要利益中心所在的成员国拥有启动破产程序的管辖权,公司或法人的登记办公地被推定为其主要利益中心所在地,除非有相反证明。其说明条款第13条进一步限制了主要利益中心地的外延,指出债务人的主要利益中心地通常应与其经营管理利益地一致,并为第三方可知。倘若债务人的主要利益中心地位于其他成员国,债务人营业所位于的成员国法院可对同一债务人启动具有属地效力的破产程序。该程序在其他成员国启动主破产程序之后,则转变为辅破产程序,仅可对债务人位于本国的财产进行清算活动。“这一概念强调两方面因素:一是要求主要利益中心与债务人经常性管理其经营活动的地点相一致,防止债务人通过虚设注册地掩盖其真实的管理中心;二是要求这一情况为第三方所确知,以保证他们对债务人破产后可能面临的法律风险的可预见性。”^⑨且欧美跨境破产实践表明,将可由第三方认知的债务人经常性经营管理利益的地点确认为债务人主要利益中心地,较其注册办公地更可靠,前者的适用更为普遍。^⑩同时,根据第29条的规定,辅破产程序亦可在主破产程序开始后启动,即由主破产程序的清算人或根据拟启动辅破产程序的成员国法律有权申请开始辅破产程序的个人、机构申请启动辅破产程序。

在《欧盟跨境破产条例(第1346/2000号)》的基础上,《欧盟跨境破产条例(第2015/848号)》进一步对主要利益中心的界定予以明确化处理,其第3条规定,主要利益中心应是债务人定期对其利益进行管理并由第三方可知的地方。在无相反证明的情况下,公司或法人的注册办公地视为主要利益中心的推定,仅适用于在申请启动破产程序前的3个月内债务人的注册办公地未转移的情况。《欧盟跨境破产条例(第2015/848号)》也对从事商业活动的个人主要利益中心所在地的认定期限予以限制,以规制债务人恶意挑选法院的问题。为规范辅破产程序的开展,第2条对“营业所”的概念进行了界定。营业所是指债务

人在申请主要破产程序之前的3个月期间,已实施的非临时经济活动的任何营业场所。新条例序言第28段还针对主要利益中心应是第三方可知的地方的要求,提出对此应特别考虑债权人对债务人经营管理其利益的地点的认知,并使债务人在转换其主要利益中心地时,负担通过提醒债权人关注商业往来函件地址的变化、以适当方式公开新地点等方法及时通知债权人的义务。

(三)沿用《示范法》规范的美国跨境破产法律体系

美国在2005年参照《示范法》以主要利益中心规则为核心的跨境平行破产程序的模板,制定了破产法典第15章,基本复制了《示范法》对主要利益中心地的界定,其第1516条第3款规定:“如无相反证明,债务人的注册办公地或个人的经常居住地推定为主要利益中心地。”根据第1502条的规定,在债务人主要利益中心启动的外国程序将被认定为外国主要破产程序。

《示范法》《欧盟破产条例》以及美国《破产法典》第15章,都只是对债务人主要利益中心地提供了判断的指引性思路,并未指明其确切的内涵,这对债务人与债权人共同追求的确定性偏好产生了不利影响。鉴于各国破产法律制度的差异,债务人可能希望通过提前调整自身业务结构,以确保未来能够在特定的司法管辖区申请启动破产程序,同时也希冀能够针对已进行的破产程序可申请获得承认的国家建立稳定的预期。债权人在信贷合同等形成债权债务关系的合意文件中,无时不在努力降低未来的不确定性,但建立在各国司法主权基础上的主要利益中心规则超越了私人自治的范围,债权人往往对此丧失了控制力。^⑩含糊不定的主要利益中心地打破了债务人与债权人对未来的规划,增加了其参与国际经济交往的风险。

三、主要利益中心的认定标准与发展

跨境破产国际文件以及采纳主要利益中心模式的各国破产立法,尚未就主要利益中心的界定取得一致看法,这给该规则的适用造成了巨大困扰。与此同时,跨境破产司法实践对主要利益中心的内涵

展开了不懈的探索,使其认定标准更为明晰。

(一)确定主要利益中心的参照时点

关于确定跨境破产主要利益中心地的时点标准,存在两处不同的观点,即外国破产程序在境外的启动时间标准,与外国代表人向接案国法院提出破产救济申请的时间标准。有学者主张,主要利益中心地参照外国破产程序在境外的启动时点来认定,该时点一旦确定,债务人再行开展的行为均无法对法院的管辖权造成影响,否则,债权人将可能不得不在债务人频繁转移利益中心地的过程中不断追讨债权,增加了债权人的负担,不当地延长司法程序。^⑪美国纽约南区地方法院在多件案件中也秉持同样的观点,其认为以外国代表人向美国法院申请承认外国破产程序的时点为判断主要利益中心标准,会助长当事人选择法院的现象,因为它认可了最初的司法程序开始后当事人相关注册办公地或居住地的变更效力,容易导致认定主要利益中心地标准的混乱。^⑫与之不同的是,在拉维诉拉恩(Lavie v. Ran)案中,德州南区地方法院以及审理上诉的第五巡回上诉法院均认为,应以外国代表人向美国法院提出承认外国破产程序的时点判断债务人的主要利益中心地,上诉法院通过考察美国破产法典第1502条的动词时态提出,立法者在该条规范中使用了动词现在时和现在进行时态,要求法院在当事人申请承认外国破产程序时审查债务人的主要利益中心地,这也是避免不同法院作出冲突裁判的要求,且结合法典体系,倘若立法者意图在第15章中适用被申请承认的外国破产程序的启动时间,会设置单独的回顾日期规范。^⑬

我国未来跨境破产承认与救济制度中宜采纳外国代表人向接案国法院提出破产救济申请为主要利益中心地的认定时点标准。首先,债务人挑选法院有善意与恶意之分,其结果也有利弊之别,善意挑选法院很可能会促成债务人与债权人利益的双赢,不应绝对堵塞债务人挑选法院的空间。其次,外国破产程序在国外的启动与外国代表人向我国法院申请承认该程序之间历时可能较长,排除该期间破产活动的影响而去分析多年前债务人的经营状况,举证

与论证上均存在一定难度,有可能产生对主要利益中心地错误的判定。针对在申请承认前恶意转移主要利益中心地的行为,通过保障债权人的合理预期与加强反滥用规则的审查更为妥当。

(二)保障债权人的合理预期

主要利益中心规则的首要功能在于保证债务人与管辖法院之间的密切关系。在2005年之前,西方法学界就主要利益中心地的判断标准主要存在3种观点:公司作出管理决策地;开展主要经营活地;公司核心管理机构所在地。^⑤除此之外,有学者提出,对于一家丧失债务清偿能力的企业而言,企业对其债权人负有信托义务,所谓的其诸多利益实则为债权人的利益,关于债务人公司决策地、主要经营活地、核心管理机构所在地等既有的认定标准,均与对债务人从不同角度所界定的地址有关,而忽略了债务人的主要利益中心地与债权人的联系,债权人层面的考量因素也须纳入主要利益中心地的判断标准中。^⑥《欧盟跨境破产条例》在主要利益中心地的界定中强调为第三方可知,包括保障债权人合理预期的要求,而债权人往往对推定的债务人的注册办公地产生较强的信赖,由此保证了主要利益中心地推定规则在实践中的适用。美国的相关司法判例也体现出同样的思想,譬如在美国纽约南区破产法院审理的巴西电信案中,^⑦雷恩法官一方面认同债务人在申请承认前开展的破产活动能够推翻债务人主要利益中心地的法定推定;另一方面,推翻推定的认可须接受债务人转移主要利益中心地是否逾越债权人合理预期范围的审查。^⑧

同时,在债务人转移其主要利益中心地时应当向债权人履行合理的告知程序,如果是在财务危机出现后对主要利益中心地进行转移的,还应当注意取得债权人的同意。债权人此种监督的方式,彰显了债权人合理预期对债务人转移主要利益中心地行为的限制,也有助于及时识别并排除债务人恶意转移的行为。

(三)主要利益中心地的转移与反滥用规制

伴随着国际贸易的发展,企业的流动性显著增强,加之不同国家破产法律实体制度与程序规则差

异较大,导致了跨境破产领域中企业的迁徙现象,企业债务人在申请进入破产程序之前,有选择地将其登记办公地转移至他国,不仅在经济发展水平与法律传统存在重大悬殊的国家之间,主要利益中心地的变动问题也普遍出现在一体化程度较高的欧洲,譬如陷入经营困境的德国镍金属公司(Deutsche Nickel AG)和雪弗莱克公司(Schefenacker AG),为获得适用较德国破产法更为灵活的英国破产法的机会,特意将公司登记办公地由德国转移至英国,进而通过在英国启动破产程序成功实现企业重整的目标。^⑨这种选择本为企业债务人的自由权利,不宜过多限制其主要利益中心地的善意变动,但应对其行为后果进行合法性评价。

《示范法指南》提出,债务人的主要利益中心地可能在启动破产程序之前转移,包括在提出破产申请后到实际启动程序前的短暂期间转移主要利益中心地(《示范法指南》此处仅针对破产申请并非破产程序启动标准的破产立法规定情形而言,不适用于如美国破产立法中自愿破产申请提出即意味着破产程序的启动等情况)。只要有证据证明债务人在即将启动破产程序时转移了注册办公地,接案国法院在审查承认该程序时,就应当更加谨慎地综合考量足以影响主要利益中心地的债务人的各项具体情形,并不能忽视此时转移主要利益中心地的迫切性不利于第三方可知的情况。申言之,转移过的主要利益中心地要获得法院承认,首先债务人的转移行为应具有一定的从容性与外观性,以充分保障债权人的知情权。《示范法指南》主张以外国破产程序在境外的启动日期为确定主要利益中心地的时点标准,因此,债务人在外国破产程序启动后再行转移主要利益中心地的行为将无法获得法律效力。

在欧洲食品案的裁判中,欧盟法院指出,在注册办公地所在的成员国内不开展任何业务的“信箱公司”所在地不应成为主要利益中心地。《欧盟跨境破产条例》对主要利益中心的定义表明,必须参照客观的和第三方可知的标准来判断主要利益中心地,以确保关于开启主要破产程序法具有管辖权的法院的法律的确定性和可预见性。^⑩这也是《欧盟跨境破

产条例》的主要规制目标之一,另外一项主要目标在于跨境破产程序的效率与效力。^①在欧盟范围内,跨境破产案件的主要利益中心地的判断受此目标约束,以期提升共识、减少争议。然而,这一客观的、可知的事实也极有可能被操纵、改变,甚至被滥用,譬如,债务人变动主要利益中心地的动机就在于损害某一债权人群体的合法权益。倘若改变主要利益中心地的结果使得债务人明显受益,或者以减损其他债权人的利益为代价来增进某些债权人的利益,其将产生被滥用的嫌疑,因为变动主要利益中心地的主旨在于最大化债务人财产的价值,以满足全体债权人的受偿利益,而非基于重新划分可分配利益的考量。^②当挑选法院的结果使全体债权人利益受损,可以判断债务人转移主要利益中心地的行为存有恶意,不应被法院认可。反滥用规则值得我国跨境破产法律制度借鉴。此外,根据《欧盟跨境破产条例》的规定,在不干扰成员国公共政策的情况下,一旦当事人在某成员国先行启动破产程序,其将在欧盟范围内自动、强制地获得普遍的承认。加之出于声誉的考量,以及来自当地法律、会计等专业群体的压力,没有哪国的一家法院甘愿将管辖权让与其他主权国家的法院,因此,即便将当事人申请破产地认定为主要利益中心地不妥,但首次审查受理破产申请的法院仍很可能倾向于主张管辖权,并针对内涵模糊的主要利益中心地范畴作有利于证成自我管辖权的解释,这又鼓励了当事人在欧盟区内向最有利于保障个体利益的特定管辖区开展申请破产程序竞赛。^③在欧洲食品公司案之后,欧盟跨境破产管辖权的争议并未得到很好的缓解。

(四)对债务人实际经营情况的综合考量

在《欧盟破产条例》框架下,企业法人在欧盟成员国之间改变登记办公地本身并不足以产生主要利益中心地的变动,因为极有可能引发相反的证明,从而推翻这一推定,欧洲食品公司案中债务人在其登记办公地并无实质经济活动,由此法院未支持其登记办公地作为主要利益中心地的主张。相较而言,变更为第三方可知的债务人的经营管理利益地,更易获得法院对变更后的主要利益中心地

的认可,尽管不排除债务人再行变更管理地的行为,但债务人在当前的新管理地须具有时间上一定的稳定性与持续性,否则将不符合主要利益中心地确定性的要求。^④

在贝尔斯登(Bear Stearns)案中,法院指出,对外国开展的主要破产程序的承认不是法院的“橡皮图章”,一国法院必须对待评价的外国破产程序是否符合主要利益中心的定义作出独立判断。美国破产法典第1516(c)条将企业登记办公地推定为主要利益中心地,目的是在没有严重争议的情况下提供快速与便捷的论证路径。但该条款并非全面调整的规范,当公司的注册地与实际所在地不一致时,该推定不是一项优先的选择。该案债务人在注册地开曼群岛所开展的业务显然仅限于维持良好信誉所必需的最基本要求,开曼群岛不适合作为债务人的主要利益中心地。^⑤总体来看,美国判例法对主要利益中心地的把握并不限于债务人的登记办公地,其仅为众多考量因素之一,大多数法院并非采用一项具体的、明确的标准——譬如企业登记办公地或集团公司总部管理机构所在地——来评判债务人的主要利益中心,而是广泛权衡债务人经营的各方面情况综合作出决断,包括债务人的注册办公地、企业集团债务人的总部管理地、债务人的经营控制人所在地、债务人主要资产所在地、债务人的大多数债权人所在地或者受债务人破产影响的多数债权人所在地等因素。^⑥

综合考察国外立法与司法实践,我国破产立法对跨境破产债务人主要利益中心宜赋予企业的注册办公地或个人的经常居住地以推定效力,并采纳保障债权人合理预期的思路,以在实践中严守推定主要利益中心地规则来维护债权人的信赖利益,并设置例外考察、衡量债务人具体经营状况的兜底条款,以为规制恶意挑选法院的行为留存空间。

四、主要利益中心规则的适用

主要利益中心规则回答了实践中平行破产程序的两项主要问题:以一国国内的视角协调竞合的内外破产程序间的效力;协调申请接案国法院承认的多项并存外国程序的效力。^⑦此即主要利益中心规

则的适用范围,以其辨别主、辅破产程序,进而合理设置一国国内的跨境破产管辖权规则,以及接案国协助、救济外国破产程序的标准。

(一)构建主、辅破产程序结合的破产法律体系

跨境破产平行程序客观存在于国际破产实践中,进一步以主要利益中心规则为标准区分主、辅破产程序,是《示范法》与《欧盟跨境破产条例》等文件重点解决的问题。主、辅破产程序之间需要加强协调与合作,共同致力于跨境破产的司法目标。《欧盟跨境破产条例(第1346/2000号)》说明条款第19条指出,其辅破产程序的意义不仅在于保护启动程序的成员国的当地利益,还在于配合主破产程序,最大程度地发挥债务人财产的价值。譬如针对债务人财产状况过于复杂,不同成员国破产实体法律内容差异太大,倘若将主破产程序的法律效力扩张适用于债务人财产所在的其他成员国,会出现很大的困难,基于有效管理债务人财产的考虑,主破产程序的清算人可以请求启动辅破产程序。在具有不同域外效力的主破产程序与辅破产程序之外,《示范法》第28条还认可了仅产生属地效力的一国破产程序,其规定,在接案国法院承认某项外国主要破产程序后,仅当债务人财产位于本国境内时,接案国法院可以同时开启一项具有属地效力的本地破产程序,依据本国破产法律规范处置债务人财产。

允许跨境破产案件在不同司法管辖区的主破产程序与辅破产程序并行存在,同时承认主、辅破产程序的不同效力,“这样既可以使债务人的财产在外国得到简单有效和公平的分配,又可以保护债务人在本国的财产不受个别债权人的查封和扣押,更好地实现破产财产的公平分配。”^②我国破产立法针对未来跨境破产法律体系的构建,可以考虑接受跨境破产平行程序的存在,以债务人主要利益中心标准确定的主破产程序拥有普及主义的域外效力,而非债务人主要利益中心地,在不与主破产程序域外效力冲突的情况下,可主张适当的受到限制的域外效力。同时,不同类型的跨境法律关系所彰显的国家主权性程度各异,而不动产因其财产的物理特性,所反映的主权色彩最为强烈,因此,我们可以借鉴《示

范法》的经验,支持债务人所有的不动产所在国启动仅具有属地效力的破产程序,并积极与其他司法管辖区开始的主、辅破产程序加强合作。

(二)完善我国跨境破产管辖权的设置

破产程序的管辖权与国家主权密切相关,因此管辖权问题一直是较为敏感和复杂的法律问题,任何细微的管辖权的扩张都将对国家和个体的利益造成重大影响。^③我国企业破产法第三条规定,破产案件由债务人住所地人民法院管辖。该管辖权规则并未涉及法院与案件有其他密切联系或具有实质性利益的情形,倘若其亦适用于跨境破产的场域中,当债务人住所地不位于我国境内时,我国法院将自动放弃对该跨境破产案件的管辖权,即便债务人在我国境内设立营业所,或主要财产在我国。此举不利于我国债权人利益的保障与国家利益的维护。^④日本法院的跨境破产案件管辖权规则为:对于破产程序、民事再生程序,如为个人的,应在营业所、住所、居所、财产中,至少一项在日本国内;如为法人等社团、财团的,应在营业所、事业所、财产中,至少一项在日本国内(日本破产法第4条、民事再生法第4条);更生程序的管辖事由以营业所所在地为限(公司更生法第4条)。^⑤日本破产法为本国跨境破产管辖权设置了广泛的连接点规则,我国宜借鉴日本破产立法经验,系统化完善、扩张我国的跨境破产管辖权规范。

基于主、辅跨境破产程序的架构,我国应当区分不同破产程序与其域外效力,并设置不同的跨境破产管辖权规则:企业债务人的注册办公地或个人的经常居住地,或符合债权人合理预期的债务人的其他经营管理利益所在地为债务人的主要利益中心地,我国基于对此享有的跨境破产管辖权启动的主破产程序在采纳《示范法》的国家可产生普及性域外效力;我国法院可以债务人营业所所在地作为管辖权依据启动辅破产程序,其域外效力有赖于国外法院在个案中予以灵活地承认与救济;债务人财产位于我国境内的,我国法院可启动具有属地效力的破产程序。^⑥由此可见,主要利益中心规则在为不同国家启动的跨境破产平行程序提供冲突协调措施的同时,也成为诚意参与跨境破产国际合作与秉持以主

要利益中心规则作为解决跨境破产平行程序密钥的跨境破产法律基本共识的国家,受理涉外破产申请时预判后续其裁决在其他国家得以获得承认与救济的重要依据,进而得以辅助其在案件受理阶段开展的审查与决策工作,也有利于最大程度地实现我国破产程序的域外效力。

(三)确立我国协助与救济外国破产程序的裁量基准

《示范法》第20条揭示了获得接案国法院承认的外国主要破产程序所享有的救济层面的特权,包括接案国法院停止开启或停止继续进行涉及债务人资产、权利、债务或责任的个人诉讼或个人程序,停止执行针对债务人资产的行动,终止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利。被承认的外国非主要程序,接案国法院可根据外国代表的请求,给予适当的救济,并不一定能够获得主要破产程序明文列举的特殊救济待遇,取决于接案国法院的自由裁量。而接案国法院基于公共利益、国内债权人保护、破产实体法律规则差异以及主要破产程序与非主要破产程序相区分等考虑,最终使非主要程序获得的救济远不足以匹敌主要破产程序。同时,为协调平行破产程序之间救济措施的竞合关系,《示范法》第30条规定,接案国法院承认某项外国主要程序之后,再给予外国非主要程序的任何救济,必须与该主要程序相一致;较外国主要程序的被承认时点,在某项外国非主要程序先行得到承认或者申请的情况下,接案国法院应当重新审查给予非主要程序的已生效之救济,与外国主要程序不一致之处应予修改或终止;接案国法院针对先后承认的外国非主要程序,应以促进程序协调之目的,给予相应的救济或者修改、终止已给予的救济。

我国跨境破产协助与救济制度宜借鉴《示范法》的经验,在前述的主、辅破产程序框架下采取双阶进展的路径。首先以本国主要利益中心规则审查申请承认与救济的外国破产程序的性质;其次,对于外国主破产程序要给予较辅破产程序更为优越的救济待遇,并妥当协调多项待承认的外国破产程序之间的关系。对于申请承认的外国破产程序与本国破产程

序相冲突的,宜采纳《示范法》第29条确立的本国程序优先于外国程序的原则,给予国家主义以充分的尊重。《示范法指南》对该条协调本国与外国破产程序的思路进一步解释道:首先,给予外国程序的任何救济必须与本国程序相一致;其次,已经给予外国程序的任何救济必须重新审查和修改或终止,以确保与本国程序相一致;再次,如果外国程序是一项主要程序,其产生的自动救济效力如果与本国程序相矛盾,必须加以修改和终止;最后,如果在外国程序被承认为主要程序时本国程序正在进行,外国程序不享受自动救济效力。

结语

国家之间破产立法规范的差异、国家主义的立场与维护本国债权人利益的考量,加剧了跨境破产领域司法管辖权的冲突,集中表现为如何协调不同国家分别启动的平行破产程序的关系。顺应国际交往与世界发展的国际合作主义的潮流,《示范法》与《欧盟跨境破产条例》殊途同归地先后创设了以主要利益中心规则区分主、辅破产程序的处理跨境平行破产程序问题的合理化路径,随着两部国际文件影响力的扩大与采纳规范精髓的国家数量增多,该新型范式逐渐成为国际社会应对跨境破产冲突的基本法治共识。然而,由于现实社会关系的复杂性,主要利益中心地的核心内涵在坚持推定原则的基础上,留存例外兜底性条款,以应对推定地与债务人经营管理利益地不一致的例外情形,总体来看,主要利益中心地仍有待国际社会在立法与司法实践中进一步探索。我国宜借鉴主要利益中心规则,识别主、辅破产程序,全面完善我国跨境破产管辖权,以及协助、救济外国破产程序规则。

注释:

①张玲:“跨国破产案件中平行破产的协调与合作”,载《天津大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

②刘瑶:“中国跨境破产国际合作的法律问题研究——以韩进破产案为例”,载《中国海商法研究》2018年第3期。

③宋建立:“跨境破产案件的司法应对”,载《人民司法》

2018年第22期。

④Thomas M. Gaa, Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible? *International Lawyer*(ABA), Vol. 27, Issue 4(Winter 1993), pp. 882 ~ 883.

⑤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”，载《人民司法》2018年第34期。

⑥何其生：“新实用主义与晚近破产冲突法的发展”，载《法学研究》2007年第6期；石静霞：“中国的跨境破产法：现状、问题及发展”，载《中国法学》2002年第1期。

⑦解正山：“论COMI在跨国破产国际管辖中的适用——欧盟及美国的视角”，载《环球法律评论》2009年第6期。

⑧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”，载《人民司法》2018年第34期。

⑨张玲：“欧盟跨境破产管辖权制度的创新与发展——‘主要利益中心’标准在欧盟适用的判例研究”，载《政法论坛》2009年第2期。

⑩解正山：“论COMI在跨国破产国际管辖中的适用——欧盟及美国的视角”，载《环球法律评论》2009年第6期。

⑪Jesse Hallock, Time Out: The Problematic Temporality of COMI Analysis in Chapter 15 Bankruptcy Cases in the Second Circuit, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2015, Issue 3 (2015), pp. 1080-1081.

⑫Mark Arnold QC, Truth or Illusion? COMI Migration and Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, *Business Law International*, Vol. 14, Issue 3(September 2013), pp. 248-249.

⑬In re Kemsley, 489 B. R. 346(Bankr. S. D. N. Y. 2013); In re Gerova Fin. Grp., Ltd., 482 B. R. 86(Bankr. S. D. N. Y. 2012).

⑭In re Ran, 607 F. 3d at 1025.

⑮Thomas Biermeyer, Case C-396/09 Interdil Sri, Judgment of the Court of 20 October 2011, not yet Reported Court Guidance as to the COMI Concept in Cross-border Insolvency Proceedings, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 18, Issue 4(2011), pp. 583.

⑯Justin Luna, Thinking Globally, Filing Locally: The Effects of the New Chapter 15 on Business Entity Cross-border Insolvency Cases, *Florida Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 3 (December 2007), pp. 682.

⑰In re Ol Brazil Holdings Coöperatief U. A, Case No. 16-11791.

⑱黄圆圆：“‘巴西电信案’对跨境破产主要利益中心规则的突破与发展”，载《法律适用》2018年第4期。

⑲Michel Menjucq, EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 5, Issue 2(June 2008), pp 137.

⑳In re Eurofood IFSC Ltd, 2006 E. C. R. 3813.

㉑Michel Menjucq, EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 5, Issue 2(June 2008), pp. 144.

㉒Horst Eidenmuller, Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 6, Issue 1(April 2009), pp. 16.

㉓Gerard McCormack, Reconstructing European Insolvency Law—Putting in Place a New Paradigm, *Legal Studies*, Vol. 30, Issue 1(March 2010), pp. 132.

㉔Mark Arnold QC, Truth or Illusion? COMI Migration and Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, *Business Law International*, Vol. 14, Issue 3(September 2013), pp. 249-250.

㉕In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, 389 B. R. 325(Bankr. S. D. N. Y. 2008).

㉖Jesse Hallock, Time Out: The Problematic Temporality of COMI Analysis in Chapter 15 Bankruptcy Cases in the Second Circuit, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2015, Issue 3 (2015), pp. 1085 ~ 1086.

㉗张玲：“跨国破产案件中平行破产的协调与合作”，载《天津大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

㉘郑维炜：“中国应对跨国破产法律问题的策略选择”，载《当代法学》2012年第1期。

㉙王芳：“香港与内地跨境破产的法律框架研究”，载《政法论坛》2009年第5期。

㉚刘敏敏：“欧盟跨境破产管辖权制度及其对中国的借鉴意义”，载《法大研究生》2018年第2辑。

㉛[日]山本和彦：《日本破产处理法入门》，金春等译，法律出版社2016年版，第246页。

㉜刘敏敏：“欧盟跨境破产管辖权制度及其对中国的借鉴意义”，载《法大研究生》2018年第2辑。