

新实用主义与 晚近破产冲突法的发展

何其生*

内容提要: 在涉外破产问题上, 晚近以欧盟《关于破产程序条例》和联合国《跨国界破产示范法》为代表, 在破产的域外效力上体现出一种新实用主义的理念, 即主张在主要利益中心开始的主要破产程序具有普及性效力, 而在营业所等地所开始的附属破产程序效力只能及于本国领域的资产, 同时强调了主要程序与附属程序之间的协调与合作。新实用主义促进了破产冲突法的发展, 对我国的相关立法与司法具有借鉴价值。

关键词: 新实用主义 破产程序 冲突法 国际私法

一、新实用主义与晚近破产法的立法

涉外破产的效力问题, 传统上主要有普及主义和属地主义两种主张, 并辅以各种各样的折衷主义进行协调。^[1] 由于涉外破产直接涉及到各国利益的分割问题, 属地主义曾在一定程度上在各国的立法和司法实践中得以凸现。而晚近欧盟《关于破产程序的条例》(Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, 以下简称《条例》) 和 1997 年联合国国际贸易法委员会《跨国界破产示范法》(UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency, 以下简称《示范法》) 等则有着许多变革。这些国际文书在追寻普及主义理想的同时, 通过一定的程序设计, 兼顾了各国利益的维护, 它所体现的精神和理念被人们称之为“新实用主义”(New Pragmatism)。^[2]

(一) 晚近的破产法立法

1. 2000 年欧盟《条例》

欧共体经济的高度一体化和跨国破产案件的增多, 使得破产的立法得到更多的关注。^[3] 1995

* 武汉大学国际法研究所副教授。

[1] 参见韩德培主编:《国际私法》, 高等教育出版社和北京大学出版社 2001 年版, 第 261 页以下。

[2] See World Bank Consultation, *Draft Effective Insolvency Systems: Principles and Guideline*, Part III: International Considerations, p. 126. 石静遐:《中国的跨界破产法: 现状、问题及发展》, 《中国法学》2002 年第 1 期。

[3] 1970 年和 1982 年, 欧共体专家委员会先后提出两个破产公约草案, 但由于过度坚持破产普及主义效力的理想模式, 而最终夭折。1990 年, 欧洲理事会起草的《关于特定国际性破产的公约》(即“伊斯坦布尔公约”), 对前述两个公约草案中的普及主义进行了修正, 建立了主要破产程序和附属破产程序相协调的破产宣告制度。但由于各成员国繁琐的批准程序和公约所存在的其他一些问题, 该公约也未能生效。1995 年欧盟理事会在布鲁塞尔通过的《关于破产程序的公约》延续了 1990 年公约的立法思想。

年欧盟理事会通过的《关于破产程序的公约》体现出普及主义的精神，也具有跨国区域合作的可操作性。2000年欧盟理事会将该公约转化为《条例》，并于2002年5月31日起生效。^{〔4〕}《条例》载有关于管辖权、法律适用和承认判决的具体规则。其设计的程序模式是：在债务人设有其主要利益中心的成员国启动普遍适用的主要破产程序，而同时保留在债务人设有营业所的另一成员国启动附属程序的可能性。

主要破产程序的普遍性表现在，只要没有开始或采取相关的措施以便开始另外的破产程序，则开始主要破产程序的法院任命的破产清算人可以在其他成员国行使程序开始国法律赋予他的权力，并且有权将债务人位于其他成员国境内的财产进行转移。^{〔5〕}但是考虑到各国在担保物权、债权人受偿顺序等方面存在不同规定，《条例》放弃了纯粹的普及破产主义。《条例》第16条第2款规定，对主要破产程序的承认不排除其他成员国开始附属破产程序的权力，允许二者同时存在。附属程序是一种地域性的程序，这种地域性主要表现在该程序的效力仅限于债务人位于本国的财产。^{〔6〕}但在任何情况下，附属程序都应当与主要程序相配合、协调。^{〔7〕}

从上述的规定可以看出，《条例》突出主要破产程序的核心地位和普及性的效力，但也兼顾了各国附属程序对债务人在该国财产的效力，考虑了各成员国法律的独特性。^{〔8〕}但实际上是将主要程序的普及主义和附属程序的属地主义相结合，但强调了附属程序对主要程序的配合与合作。因此，这是一种修正的普遍主义。

2. 1997年联合国《示范法》

1997年12月15日联合国国际贸易法委员会经过三年的努力，于第72次全体会议上通过了《示范法》。《示范法》首先赋予外国代表和债权人对本国法院介入上的平等，享有与本国债权人同样的权利。^{〔9〕}其次，外国代表可向法院提出申请，要求承认其已被一项外国程序指定为代表的该外国程序。如果承认该外国程序不违反本国的公共秩序，且程序的正当性、申请的主体、形式要求以及合适的主管法院符合要求，则该外国程序就应成为主要程序（如果该外国程序发生在债务人主要利益中心的所在国）或非主要程序（如果债务人在该外国拥有营业所）。^{〔10〕}外国代表在申请承认外国程序时可给予停止执行对债务人资产的行动、管理或变卖债务人在本国的资产、保护并维持处于风险中资产的价值等方面的救济。^{〔11〕}一旦承认了作为一项主要程序的外国程序，就产生一定的法律效力。再次，《示范法》要求法院之间、法院与外国代表之间进行最大限度的合作。法院有权与外国法院或外国代表直接联系，或直接要求其提供资料或协助。而合作的形式和内容则可以多样化。^{〔12〕}最后，《示范法》没有采用单一破产制，而是允许在主要破产程序存在的情形下，在本国启

〔4〕 1997年10月2日，欧盟对1992年《阿姆斯特丹公约》中“司法与内务合作事项”作出修改，欧盟理事会有权在民事司法合作领域制定规则或指令，并在成员国境内发生效力。1999年《阿姆斯特丹公约》的生效赋予欧盟理事会在民事司法合作领域采取直接措施的统一立法权。2000年欧盟的《关于破产程序的条例》基于该公约，避免成员国批准公约的繁琐程序，使1995年公约的内容得以实施。由于丹麦没有参加公约议定书中关于内务司法合作的事项，因此，《条例》的效力不及于丹麦。

〔5〕 《条例》第18条第1款。

〔6〕 附属程序可因下列之人的请求而开始：（1）主要程序中的清算人；（2）由被请求国的法律赋予开始破产程序请求权的任何其他个人或机构（第29条）。附属程序的主要作用在于保护本国债权人的利益。但一旦附属程序开始，所有的债权人都有权参与该程序（第32条第1款）。另外，附属程序还可以作为主要程序的辅助程序。

〔7〕 《条例》第31和35条。

〔8〕 See Leslie A. Burton, *Toward An International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search for of A Treaty*, Ann. Surv. Int'l & Comp. L., Vol. 5, 1999, pp.217-219; See also Bernard Schollmeyer, *The New European Convention on International Insolvency*, Bankr. Dev. J., Vol. 13, 1997, p.437.

〔9〕 《示范法》第11、12条、第13条第1款。

〔10〕 同上，第15条第1款。

〔11〕 同上，第19条第1款。

〔12〕 同上，第25、26、27条。

动一项新的破产程序,但其效力仅限于债务人位于本国的资产。对于同时存在的破产程序,《示范法》要求有关的法院进行合作,防止债权人超额受偿。^[13]

《示范法》强调在监管破产债务人的资产和事务方面的跨国界合作和协调,并提供了跨国界协调和合作的法律框架,为处理跨国界破产案件提供有效机制。而其首要的目标也是:“本国法院及其他主管机构与外国法院及其他主管机构之间涉及跨国界破产案件的合作。”考虑到《示范法》的大多数采纳国并没有《条例》所在的欧盟各成员国那样紧密的政治、经济联系,因此,它所体现的更多是一种合作的地域原则。但它像欧盟《条例》一样,突出了主要程序的核心地位,并强调主要程序的普及效力以及附属程序与主要程序之间的协调和配合。

3. 2006年联合国《破产法立法指南》

《示范法》通过后,1999年在成员国建议的基础上,贸易法委员会起草了《破产法立法指南》(以下简称《立法指南》),联合国大会2004年以第59/40号决议的形式通过了该指南。指南旨在帮助确立高效和有效的法律框架,以处理债务人的财务困难,意在由国家当局和立法机构在拟订新法律规章或审查现有法律规章是否适当时用作参考。《立法指南》以更详细的条文体现了《示范法》的理念和精神,并被编入了《示范法》(附件三)。但指南与示范法又有所不同。《示范法》属于建议各国作为本国法律一部分加以颁布的法规,措词方面也有助于将示范法的条文直接纳入国内法。《立法指南》则侧重于向立法者和其他使用者提供指导。它列入了大量评注,并就相关问题展开讨论和分析,目的是就如何草拟某些立法条文提供具体指导。需要说明的是,《立法指南》就跨境破产的管辖权和法律适用问题等进行了详细的分析,体现了跨境破产冲突法的发展趋势和所存在的问题。^[14]

4. 其他一些国际文书

晚近国际社会对跨境破产问题还有不少文书,这些国际文件不仅体现了跨国合作的理念,更侧重于具体合作机制的建立以及相关的合作细则。

1989年,Committee J^[15]起草的《国际破产合作示范法》(Model International Insolvency Cooperation Act, MIICA)被国际律师协会通过,供各国在国内立法中采用。该示范法建立在普及主义的原则上,要求当地法院利用辅助程序作为对外国破产程序提供合作的主要方法,并要求承认外国破产管理人的地位、中止本国的有关程序、提交有关的文件或证据、对财产进行统一分配、提供其他的救济措施等。但它对于向外国破产程序提供协助则有严格的互惠要求。1995年底,Committee J又完成了《跨国破产协定》(Cross-Border Insolvency Concordat)。协定的目的在于为适用跨国破产和重整的原则的发展提供一套框架,协助各国对跨国破产程序进行协调。该协定在实践中有着较多的应用。^[16]

另外,针对近年来在北美自由贸易区大量的跨境破产案件都是通过谈判或适用当事人制定的“议定书”成功解决的现实,2000年美国法学会起草完成了《北美自由贸易区跨境破产合作原则》。该文件侧重于破产合作的细节性问题,并建议北美各国采纳联合国《示范法》。^[17]与该原则相配套的《跨境破产案件法院间交流的适用指南》在司法实践中取得了成功,为美国和加拿大法院许多破

[13] 前引[9],第28-32条。

[14] 具体内容可参见国际贸易法委员会编著:《破产法立法指南》,2006年,该资料可在联合国国际贸易法委员会的网站www.uncitral.org下载。

[15] Committee J隶属于国际律师协会(International Bar Association)商法部的破产和债权人权利委员会(Insolvency and Creditors' Rights Committee),是研究破产法历史最长的国际民间组织,它的成员主要是富有经验的律师、会计师、破产管理人及其他破产执业者。

[16] 参见石静澍:《跨国破产的法律问题研究》,武汉大学出版社1999年版,第346页。

[17] See Jay Lawrence Westbrook, *The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute*, Conn. J. Int'l L. 99, 2001-2002, p. 105.

产案件的成功解决发挥了重要的作用。〔18〕

5. 晚近的国内立法

晚近许多国家进行了破产法立法，联合国的《示范法》和欧盟《条例》在一定程度上得到采纳。首先，欧盟《条例》已于2002年5月31日起生效，在丹麦之外的其他20多个成员国境内直接适用。欧盟成员国有些还制定了新的破产法（如德国、西班牙和英国等）与之配套。其次，对于《示范法》而言，据国际贸易法委员会的统计，2006年哥伦比亚、新西兰和英国，2005年英属维尔京群岛、美国，2004年塞尔维亚，2003年的波兰、罗马尼亚，2002年的黑山，2000年的南非、厄立特里亚、日本、墨西哥等分别通过了以《示范法》为蓝本的立法。〔19〕

再次，1997年联合国《示范法》通过以后，国际破产协会邀请了39个国家和地区的资深破产法专家，于2003年起草出版了《跨境破产——承认与执行指南》。根据该指南的调查，目前在国内法中采用相对的或修正的普及主义的国家地区有29个，〔20〕目前采取属地主义立场的国家只有4个，〔21〕其中有2个国家（阿根廷与韩国）已经提出采取相对普及主义的改革动议。还有一些国家目前尚没有明确的规定，立法与实践都处于模糊状态，在这些国家中也有部分国家已经提出采纳相对普及主义倾向的立法动议。〔22〕

整体而言，以欧盟《条例》和联合国《示范法》为代表的精神和理念已被众多的国家认可。主张跨境破产应摆脱传统的属地主义，进行有效合作是主流的观点。值得说明的是，作为“新实用主义”代表，《示范法》尽管并没有以公约的形式出现，但其影响和实际效果是重大的，越来越多的国家开始接受《示范法》中的国际合作理念，并在本国的破产法制定与修改中以此为示范。这也就印证了有学者认为近年来介于普及主义与属地主义之间的“新实用主义”渐趋受到欢迎的观点。〔23〕

（二）新实用主义

传统上破产的效力主要有普及主义和属地主义。由于普及主义允许财产的全球分配和管理，不仅有利于实现债权人的平等待遇，而且有助于防止对位于破产宣告国外财产的个别扣押等优点。〔24〕但在实践中，将一国破产宣告的效力及于破产人位于别国的财产，终不能回避国家主权和本土利益保护的问题。属地主义原则虽有利于破产程序的简单化，有利于保证破产的有效与稳定，但绝对的属地主义容易导致不同国家债权人的不平等待遇。因此，纯粹的普及主义忽视了国家主权在解决跨国破产问题上的重要性，带有“乌托邦”的性质；而纯粹的属地主义却违背了经济全球化的趋势，其封闭性在实践中受到了很多批评。〔25〕

从上述分析可知，欧盟《条例》采纳了修正的而非纯粹的普及破产主义，一方面倡导成员方之间的合作，另一方面尊重成员方法律的独特性，但更强调了主要破产程序的普及效力。同样，《示范法》的目标在于通过促进没有互惠要求的各国间的相互承认与协助来发展跨界破产的国际合作。示范法并没有试图创造一种纯粹的普及破产主义，而是尊重当地程序的作用，甚至将这种尊重看作

〔18〕 参见张玲：《跨境破产的国际合作——国际私法的视角》，法律出版社2007年版，第133页。

〔19〕 UNCITRAL, Status of Conventions and Model Laws, No. A/CN.9/626, 25 May 2007, p. 19.

〔20〕 它们是：澳大利亚、奥地利、比利时、百慕大、开曼群岛、捷克、丹麦、英国、德国、根西群岛、中国香港、印度、埃及、爱尔兰、意大利、日本、新泽西、马来西亚、墨西哥、新西兰、俄罗斯、苏格兰、新加坡、南非、西班牙、瑞士、美国、中国与尼日利亚。

〔21〕 这些国家是阿根廷、韩国、瑞典与泰国。

〔22〕 参见前引〔18〕，张玲书，第19页以下。

〔23〕 前引〔2〕，石静遐文。

〔24〕 有学者从经济学的角度通过严密的数学公式推导普遍主义在效率上的合理性。See Lucian Arey Bebchuk and Andrew T. Guzman, *An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies*, *Journal of Law and Economics*, Vol. XLII, 1999, pp. 775-808.

〔25〕 See Paul J. Omar, *The Landscape of International Insolvency Law*, *Int. Insolv. Rev.*, Vol. 11, 2002, pp. 177-178.

是国际合作的基础。因此,被人称之为是“合作的地域性原则”(cooperative territorialism)的一套规则或框架。^[26]因此,在基本理念上,《示范法》与欧盟《条例》是一致的,这种一致性正符合近些年来在跨界破产的理论与实践上出现的新实用主义潮流,即在不放弃普及主义理想的同时,以务实的态度关注各国利益的保护,并通过主要破产程序与附属破产程序共存的模式设计,在维护国家利益的同时,侧重主要破产程序的主导性和普遍性。实际上是在理想主义模式下掺杂了实用主义的因素,相对于传统的实用主义(即属地主义),不仅有所侧重,而且在理念上有着重要的变革,这也可能是其被称之为“新实用主义”的原因。

尽管普及破产主义在理论上可能是解决跨界破产问题的最佳方法,但考虑到理想与现实之间所存在的距离,新实用主义似乎可以较大限度地满足跨界破产程序的主要目的。它在相互冲突的属地主义和普及主义之间提供了折衷的方法,在保护当地利益与便利国际合作之间找到了一种平衡。新实用主义还特别强调了对债务人财产进行最有效和最经济管理的原则,这正是破产程序的所有当事人最关注的事项。^[27]

二、新实用主义与破产管辖权的变革

在涉外破产中,债务人除了拥有必要的企业或商业特征外,还必须与法院地国家有充分的联系才能受其管辖。在确定管辖权的标准上,传统上主要有营业所^[28]和资产所在地^[29]等标准。另外,英国还有适宜法院理论。^[30]而在跨国破产案件管辖权晚近的发展上,以欧盟《条例》和1997年《示范法》为代表,进一步发展了“主要利益中心”(main interests center)这一管辖权标准。

贸易法委员会在《示范法》中就采用了债务人“主要利益中心”来确定该债务人启动主要破产程序的地点,但《示范法》对该术语未作定义。2002年欧盟《条例》同样采用了这一标准。《条例》对该术语的界定是“债务人对其权益常年进行管理并因而可以由第三方查明的地点”。这一界定为贸易法委员会《立法指南》所认可。^[31]《示范法》第16(3)条和欧盟《条例》第3条还规定:债务人的注册办事处或个人的惯常住所被推定为主要利益中心,除非可以表明该主要利益中心位于他处。而且罗马尼亚2003年破产法对《示范法》关于“主要利益中心”第16(3)条的推定增加了一种可能性,即主要利益中心可能是从事一项经济活动或独立职业的法人的职业住所。^[32]前述《条例》和《示范法》目前已被越来越多国家接受的现实,已反映了其规定的合理性和国际社

[26] See Matthew T. Cronin, *UNCITRAL Model Law on Cross - Border Insolvency: Procedural Approach to A Substantive Problem*, J. Corp. L., Vol. 24, 1999, p. 711.

[27] See Thomas M. Gaa & Paula E. Garzon, *International Creditor's Rights and Bankruptcy*, International law, 1997, p. 273.

[28] 许多国家法律规定,可以在债务人设有营业所的法域内启动破产程序。贸易法委员会《示范法》第2条对“营业所”的定义是:“债务人以人工和货物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。欧盟条例第2条包含了一个类似的定义,但没有提到“服务”。

[29] 对于资产所在地(presence of assets)而言,有些国家法律规定,可以针对在本国领域内拥有资产的债务人启动破产程序,而不要求该债务人在该法域内拥有营业所或主要利益中心。不过,资产所在地虽然可以成为启动一国境内相关资产清算程序的适当依据,但它对启动重组程序来说可能并不充分,而且难以得到其他国家的承认。

[30] 根据该理论,英国法院虽然有管辖权,但如果由另一国法院审理该案件更为合适,英国法院可以拒绝行使管辖权。确定一个法院是否为适宜法院时,要在个案的基础上对诸多因素进行衡量。See Neil Cooper & Rebecca Jarvis, *Recognition and Enforcement of Cross - Border Insolvency: A Guide to International Practice*, John Wiley & Sons, 1996, pp. 31 - 32.

[31] See UNCITRAL, *Draft Legislative Guide on Insolvency Law: Revisions to A/CN.9/WG.V/WP.70*, A/CN.9/559, June 2004, p. 2.

[32] 参见联合国国际贸易法委员会第三十八届会议文件(2005年7月4-15日,维也纳):《破产法动态》,文件编号A/CN.9/580,第5段。

会对于跨国管辖权发展的趋势。以主要利益中心为逻辑起点,《条例》和《示范法》架构了一种崭新的域外破产合作模式,强调主要利益中心所开展的主要破产程序的核心地位,实际上强调主要利益中心所在地法院破产程序的普及性效力。但即使如此,它在管辖权上也不具有排他性的效力。

值得注意的是,晚近关于“主要利益中心”争议的案件已有不少,尽管这些案例主要集中在欧盟各成员国和美国等国家。^[33]对于“主要利益中心”的判断标准,目前已有的司法实践表明,债务人的注册办事处并没有成为判断主要利益中心的决定性因素。相反,债务人的资产、业务、管理等所在地等综合性因素在一定程度得到了法官的青睐。^[34]而就个人而言,2002年 *Geveran Trading Co. Ltd. v Kjell Tore Skjevesland* 案^[35]强调,主要利益中心必须是债务人可以被联系到的地点——如个人债务人不是一个职业人员,则其主要利益中心通常是其居住地;如果债务人是职业人员,则主要利益中心将是其“职业居所”所在地。

在使用主要利益中心这一概念的国家中,无论是依《条例》还是依《示范法》,这一概念都是属于一个发展中的概念,已查明了一些足以反驳注册办事处的推定要素。这些要素包括生产、指挥和控制中心所在地;银行账户和会计服务所在地;以及设计、营销和其他经济活动发生地。^[36]已有的司法实践似乎更多地以最密切联系原则来判断法院地是否是“主要利益中心”。但在司法实践中其判断标准仍有较大的模糊性。但无论如何,“主要利益中心”标准在国际社会中的广泛采纳和应用,无疑说明了其作为跨国破产案件的管辖权标准具有许多合理性,值得我们给予关注和借鉴。

三、新实用主义与破产法律适用的新规定

在传统跨境破产的司法实践中,尽管也面临着法律适用问题,但法院在很多情形下并没有运用法律选择的原则和方法解决跨境破产案件中出现的法律冲突。通常,在普及主义的国家,将统一适用法院地法;而在属地主义国家将适用自己的法律。司法实践中基本上排除了冲突规则在确定破产法律适用中的作用。^[37]实际上,各国关注更多的是管辖权的选择,法院很少关注是否应适用外国法的问题。^[38]新实用主义认可了适用法院地法这样一种现实,但采用区别制,规定了一些适用法

[33] 国际贸易法委员会的文件可参见2005年和2006年的《破产法动态》,文件编号分别为A/CN.9/580和A/CN.9/597。欧盟的相关资料可查阅www.eir-database.com网站。

[34] 如美国的 *Ian Thow* 案 (U. S. Bankruptcy Court for the Western District of Washington) 和 *TriGem* 计算机公司案 (U. S. Bankruptcy Court for the Central District of California, case no. 2: 05-bk-50052-tD, December 7 2005); 英国的 *Enron Directo Sociedad Limitada* 案 (High Court, Chancery Division, July 2002)、*BRAC Budget Rent-A-Car International Inc* 案 (High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court (England) of 7 February 2003 EWHC (Ch) 128 - 0042/2003)、*Ci4Net. Com Inc* 案 (High Court of Justice, Chancery Division (England) of 20 May 2004 - Nos. 556 and 557 of 2004.)、*Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited* 案 (UK High Court of 2 July 2004); 德国的 *Hettlage* 案 (District Court of Munich of 4 May 2004 - 1501 IE 1276/04)、*Hukla* 案 (Offenburg District Court, 2 August 2004) 和 *Aircraft* 案 (AG Weilheim i. OB, 2005年6月22日 (IN 260/05)); 意大利的 *Cirio Del Monte* 案 (Tribunale Roma, 26 November 2003 (Cirio Finance Luxembourg S. A.)); 荷兰的 *Interexx* 案 (Court of Appeal, The Hague, 8 April 2003); 匈牙利的 *Parmalat Hungary/Slovakia* 案 (Municipal Court of Fejer/Székesfehérvár, Hungary, 14 June 2004); 卢森堡的 *Silvalux Sarl* 案 (Tribunal de Luxembourg, 15 April 2005 (II No. 365/05)), 等等。

[35] English High Court [2003 BCC 391].

[36] 联合国国际贸易法委员会:《第五工作组(破产法)第三十一届会议工作报告》(2006年12月11日至15日,维也纳),文件编号A/CN.9/618,第10页,第50段。

[37] See Hannah L. Buxbaum, *Rethinking International Insolvency: the Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory*, Stan. J. Int'l L., Vol. 23, 2000. Richard E Coulson, *Choice of Law in United States Cross-border Insolvency*, Denv. J. Int'l Pol' Y., Vol. 32, 2003-2004.

[38] See David Costa Levenson, *Proposal for Reform of Choice of Avoidance Law in the Context of International Bankruptcies from a U. S. Perspective*, American Bankruptcy Institute Law Review, Spring, 2002.

院地法的例外。^[39]

(一) 破产债权和其他相关权利成立和效力的法律适用

破产法并不创设权利,但对于债权人根据其他一些法律(例如民法、商法或公法等)而取得的权利,则应为破产法所尊重。在破产程序启动后,破产法将确定这其中每一项权利和债权的相对地位问题,并且为了达到破产程序的整体目标,对这些权利和债权进行一定的限制和变动。这些限制和变动因为是在启动针对债务人的破产程序之后才出现,通常被称为“破产的后果”(insolvency effects)。

在跨国界破产案件中,法院地国通常适用其本国的冲突法规则来确定由哪项法律管辖某项权利或债权的有效性和效力,然后才考虑在破产程序中如何处理该权利或债权。例如,关于合同所适用的法律,将确定针对破产债务人的一项合同债权是否存在以及该债权的数额。债务人与对方当事人在合同中明确约定合同应适用某国法律的,破产法应当予以承认,除非这一约定明显与公共政策相悖。再如,就担保权益的设定而言,物之所在地法(主要是指资产所在地法)将确定是否在不动产上已为某个特定债权人设定了担保权益。应当强调的是,对于有效性和效力的确定并不是一个破产问题,而是一个由其他适用法处理的事项。

(二) 破产程序和后果的法律适用

2000年欧盟《条例》第4条:除了该条例另有规定的外,破产程序和其法律效果的准据法应该是启动破产程序所在的成员国法律,即程序启动地国法。程序启动地国法应当适用于破产程序的启动、进行和终止。^[40]关于附属程序的法律适用,其第28条也规定应该适用该程序启动所在地的成员国法。在贸易法委员会《立法指南》中,海牙国际私法会议与贸易法委员会密切合作拟定了涉及破产程序法律适用一章。《立法指南》规定:破产程序启动地国的破产法(法院地法)应当适用于破产程序的启动、进行、管理和中止等所有方面及其后果。^[41]但《条例》和《示范法》都规定了适用法院地法的例外。

1. 法院地法

程序问题适用法院地法,这是国际社会的通常做法。破产程序作为处理债务人资产和债务的一种规则,自应适用法院地法。而对于破产程序的后果,即确定某项权利或债权为有效后如何在破产程序中处理的问题,通常也适用法院地法。实践中,有些事项虽然可能不适用法院地法,但法院地国常常以法院地法加以限制。比如在债权排序的问题上,通常,所存在的特权和优先权的类别以及债权的排序总是由法院地法来确定,一国的破产法首先要考虑根据其本国法所存在的这些债权。即

[39] See Liza Perkins, *A Defense Of Pure Universality In Cross - border Corporate Insolvency*, New York University Journal of International Law and Politics, Spring, 2000.

[40] 《条例》规定程序启动地国法尤其应适用于如下事项:(1) 哪些债务人可因他们的身份而被提起破产程序;(2) 构成部分破产财产的资产和破产程序启动后债务人所获得的或者移交给债务人资产的处分;(3) 债务人和清算人各自的权力;(4) 抵销发生的条件;(5) 破产程序对于债务人作为当前合同一方当事人的效力;(6) 除诉讼中止外,破产程序对于单个债权人提起诉讼的效力;(7) 针对债务人财产所提出的债权以及破产程序启动后债权的处分;(8) 关于债权的提出、核实和承认的规则;(9) 因资产的变现、债权的排序和在破产程序启动后通过物权和抵销而获得部分补偿的债权人权利而产生的程序分配规则;(10) 尤其在和解情形下,破产程序中止的条件和效力;(11) 破产程序中止后债权人的权力;(12) 破产程序中费用和开销的承担;(13) 关于损害所有债权人行为的无效、可撤销和不可执行的规则。

[41] 《破产法立法指南》规定法院地法适用的事项包括:(1) 可以受破产程序管辖的债务人的确定;(2) 确定何时可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序,哪些当事人可以申请启动程序以及启动标准是否因申请启动程序的当事人不同而有所区别;(3) 破产财产的组成和范围;(4) 破产财产的保护和维护;(5) 资产的使用或处分;(6) 重组计划的提出、核准、确认和执行;(7) 某些交易的撤销;(8) 合同的处理;(9) 抵销;(10) 对有担保债权人的处理;(11) 债务人的权利和义务;(12) 破产代表的职责和职能;(13) 债权人和债权人委员会的职能;(14) 债权的处理;(15) 债权的排序;(16) 与破产程序有关的费用和开销;(17) 收益的分配;(18) 程序的终结;(19) 债务的解除。参见《立法指南》,建议30、31。

在承认外国法适用的同时，以法院地法加以限制。例如，在 2000 年的 Griffin Trading Co. 案中，破产债务人为美国公司，依美国破产法第 7 章程序申请破产救济，而其伦敦办事机构所涉交易的无担保债权人申请依英国法确定债权顺序，以便取得更好的清偿地位。尽管交易合同约定准据法为英国法，法院最后还是依美国法确定了清偿顺序。^[42]

2. 法院地法的例外

在破产程序和破产后果的法律适用上，许多国家的破产法、欧盟的《条例》和联合国《立法指南》都规定了适用法院地法例外的情形，主要涉及支付和结算系统的合同、劳动合同、担保权益和撤销权等方面。另外，还有学者主张在所有权保留、不动产合同以及有些特殊财产权利等方面也适用法院地法例外。^[43]

首先，支付和结算系统领域的合同。^[44]在破产程序中，许多国家的破产法都适用这些领域自身的固定规则，以避免在某个参与者发生破产时变更支付和结算机制，从而保护系统或市场的一般确定性及人们对它的信心，并且避免系统的风险。

其次，劳动合同。^[45]一般而言，工人与其雇主相比处于弱势地位，而且通常对其劳动合同有着合理期望，给予这类合同以特殊的保护（通常是强制性的），对破产时否定或变更这些合同加以限制，可以相对稳定劳动者的权利，并避免对同一法域内工作的劳动者（无论他们是受雇于本国还是外国的雇主）实行歧视性待遇。因此，因破产程序而对劳动合同的履行和变更所产生的后果，可以适用该劳动合同自身的准据法。

再次，担保权益。^[46]跨国界破产程序中所涉及的担保权益通常不是由法院地法确定的主要原因是：法院地法可能会改变该担保借贷的原有法律框架，使原有的法律关系具有不稳定的因素，损害担保权益的价值，并进而增加该国的借贷融资成本。破产程序的启动不应使破产前适用于担保权的设定和担保权对第三方当事人对抗效力的一般冲突规则被取代。另外，出于与当事各方期望相关的种种原因，特别是当事人之间经常交易的情况下，抵销权也有可能适用法院地法以外的法律。^[47]

最后，撤销权。^[48]关于此一问题，有些国家主张适用交易的准据法。其理由是：保护对方当事人及其对交易准据法的依赖，为对方当事人提供某种程度的确定性和可预测性，使之明白其与债务人的交易不会在日后的破产程序中受到变更，并且因为撤销交易风险的减少而有助于降低商业交易的成本。

综上所述，《条例》与《立法指南》都强调了法院地法适用的主导地位，但出于债权人利益的维护和破产程序域外合作等方面的需要，也规定了一些适用法院地法的例外，尤其是在相关债权和权利的成立和效力上，更是强调了自身准据法的适用。这实际上是从实用主义出发，强调属地原则。但例外性的规定，考虑了债权人利益的保护、案件处理的公平性，客观上也有利于国际合作。这说明国际社会已经意识到用一个法律解决跨境破产的所有问题的不合理性与不现实性，在破产法律适用上以分割制取代同一制，就不同的法律关系规定相应的法律选择规则，将代表跨境破产法律

[42] See Anthony M. Vassallo, *Cross - border Insolvency and Structural Reform in a Global Economy*, International Lawyer, No. 2, Vol. 33, 2001.

[43] See Ian F. Fletcher, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, *INSOL International Cross - Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*, 2003, p. 35 - 37. 转引自前引 [18], 张玲书, 第 90 页。

[44] 《条例》第 9 条,《立法指南》第 32 条与第 86 段。

[45] 《条例》第 10 条,《立法指南》第 33 条与第 87 段。

[46] 《条例》前言 (25),《立法指南》第 88 段。

[47] 《条例》第 6 条,《立法指南》第 91 段。

[48] 《条例》第 4 条第 2 (13) 款中确认了法院地法适用于破产撤销权的一般规则,但是在第 13 条中又规定了在某些情况下可以排除法院地法适用的例外情况;《立法指南》第 32 条与第 89 - 90 段。

适用的发展方向。^[49]

四、新实用主义与外国破产程序承认与执行的发展

在判决承认与执行上,新实用主义在主要破产程序和附属破产程序同时存在的情况下,突出主要破产程序的重要地位,强调二者之间的协调和配合。

欧盟《条例》第16条第1款规定,在主要破产程序的判决在程序开始国生效之日起,其他所有成员国均应承认该判决的效力。并且,只要在其他成员国没有开始附属程序,则无须其他的手续,该判决在任何别的成员国所产生的效力,与程序开始国法律规定的效力相同。其他相关的判决也无须例外的手续,在其他成员国应被承认。^[50]为执行破产程序的普遍性原则,《条例》第20条规定,在主要程序开始后,债权人通过任何方式,如果从位于另一成员国境内的债务人财产中获得了其债权的全部或部分偿付,则应将其所获偿付归还给主要程序的清算人。为确保债权人的平等待遇,在某个破产程序中获得财产分配的债权人,在别的程序中,只有当同类债权人获得与其等额的分配后,才能参与分配。

就《示范法》而言,其第三章不仅规定了对外国程序承认的方式和条件(不违反本国的公共秩序,且程序的正当性、申请的主体、形式要求以及合适的主管法院符合要求),而且规定了一些救济措施。在《示范法》中,它极力推崇债务人利益中心与营业所所在地法院开始的破产程序的域外效力,即使被申请国以公共秩序理论拒绝承认,也被限制于“明显”违反本国公共秩序的情形。^[51]一旦承认了作为一项外国主要程序的外国程序,即产生如下的效力:(1)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;(2)停止执行针对债务人资产的行动;(3)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。^[52]

对于同时存在的破产程序,《示范法》要求有关的法院进行合作,防止债权人超额受偿。^[53]而且:(1)在某项外国主要程序得到承认后,给予外国非主要程序代表的任何救济,必须与该外国主要程序相一致;(2)在某项外国非主要程序得到承认或提出承认外国非主要程序的申请之后,某项外国主要程序得到承认,已给予的任何已生效之救济应由法院重新审议,对与该外国主要程序不一致之处应予修改或终止;(3)在承认某项外国非主要程序后又承认了另一项外国非主要程序,则法院应为促进这些程序的协调的目的,给予、修改或终止救济。^[54]而且,对一项外国主要程序的承认即证明该债务人已告破产。^[55]

总体而言,以《条例》和《示范法》为代表,承认主要利益中心法院主要程序的普及效力,而同时又讲究各种破产程序间的协调与配合,并规定了详细合作机制。同时,也赋予东道国法院一定的裁量权,如对外国法院的破产程序是否公正、主体是否适当以及是否违反本国的公共秩序等事宜进行审查。这种对普及主义的限制和保留,可以避免本国债权人的利益或本国的利益在外国的破产程序中受到损害,并使内国法院在考虑是否承认外国的破产程序时具有相对主动的地位,以促进外国法院谨慎地处理破产案件。

就目前各国的立法来看,大部分国家倡导在跨境破产案件处理上进行国际合作。不过,在合作

[49] 参见前引〔18〕,张玲书,第99页。

[50] 《条例》第25条第1款。

[51] 《示范法》第15-24条。

[52] 同上,第20条第1款。

[53] 同上,第28条。

[54] 同上,第30条。

[55] 同上,第31条。

程度和承认外国破产判决的条件上,有些国家比较宽松,有些国家则比较谨慎。例如,美国、^[56]日本^[57]在其新破产法中甚至不要求以“互惠”作为承认与协助境外破产的条件,而南非、墨西哥、瑞士和中国等大多数国家则要求这一条件。对于承认外国破产程序之后将提供的救济措施,各国规定的程度也存在一定的差别。有些国家立法具备比较完善的跨境破产合作制度,诸如采纳或借鉴《示范法》的美国、墨西哥、南非、日本、厄立特里亚、黑山、英国等以及吸收欧盟《条例》的德国、西班牙等。相形之下,有些国家和地区只是对跨境破产合作进行了原则性的规定,而缺乏具体的合作机制,如澳大利亚、新西兰、开曼群岛、中国香港等。^[58]但整体来看,合作是主流,不承认外国破产判决的越来越少。至于是采纳欧盟《条例》还是《示范法》的模式,还是另外创新,则未必一致。

五、新实用主义与我国涉外破产冲突法立法

对于跨境破产,我国早期的实践倾向于采用属地破产主义,期间有些法院也开始承认外国破产宣告在我国效力。2007年生效的我国《企业破产法》第5条规定:“依照本法开始的破产程序,对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。对外国法院作出的发生法律效力破产案件的判决、裁定,涉及债务人在中华人民共和国领域内的财产,申请或者请求人民法院承认和执行的,人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则,不损害国家主权、安全和社会公共利益,不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益的,裁定承认和执行。”

这是我国立法首次以外国法院判决承认与执行的方式来对外国破产程序提供协助。该规定一方面肯定了本国破产程序具有普及的域外效力,另一方面对外国破产程序进行了有条件的承认,体现了进行跨境破产国际合作的立法倾向。但《企业破产法》的规定还有些单薄,尚有进一步完善的空间,诸如管辖权问题、对外国破产程序提供何种协助的问题以及外国债权人待遇等问题,都没有明确的规定,这将会成为未来司法实践中的难题。

1. 管辖权

根据我国《民事诉讼法》第205条,破产案件应当由债务人住所地的人民法院管辖。《民法通则》第39条规定,法人的住所地应为其主要办事机构所在地。鉴于此,最高人民法院2002年《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第1条规定为“企业破产案件由债务人住所地人民法院管辖。债务人住所地指债务人主要办事机构所在地。债务人无办事机构的,由其注册地人民法院管辖。”2007年生效的《企业破产法》第3条继续重申“破产案件由债务人住所地人民法院管辖。”由上述的规定可以看出,在一般情况下,企业的主要办事机构所在地与其主要的利益中心应当是一致的。因此,中国法中有关破产管辖的基本规定与联合国《示范法》和欧盟《条例》是一致的,尽管中国法目前没有采纳主要利益中心的概念,这些法律也并非为解决跨界破产案件的专门需要所设计。^[59]

但从美国和欧盟的司法实践的角度来说,二者又是不相符合的。因为,美国和欧盟的司法实践更多的是从联系的角度来综合判断法院地是否是“主要利益中心”。《示范法》与欧盟《条例》关于

[56] 2005年,美国破产法在跨境破产方面进行改革,采纳联合国跨境破产示范法作为第15章写入新破产法,原第304条也随之废除,但这并不意味美国辅助程序的消失,因为与第304条匹配的辅助性措施作为协助主程序的方法被写入第15章的第1515条继续保留,第1507条也继续保留了法院根据原第304条享有的权力。

[57] 日本2001年《关于外国破产处理程序的承认与协助法》。

[58] 参见前引[18],张玲书,第21页。

[59] 前引[2],石静遐文。

“债务人的注册地为主要利益中心”的推定并没有得到司法实践的认可。相反,《立法指南》和《条例》所规定“债务人对其权益常年进行管理并因而可以由第三方查明的地点”倒是在司法实践中得以较多的应用。这一趋势不仅应该为我们在立法时所关注,更应该为我们在承认与执行外国的破产裁决所重视。

2. 法律适用

对于跨境破产的法律适用问题,我国的现行立法处于空白状态,法院地法常成为首选。客观地说,法院地法在设计上旨在支持法院地破产程序的具体目标,将为破产代表在履行其有关破产程序的许多职能方面提供确定性和可预见性。^[60]而且在破产后果方面适用法院地法以外的法律,可能造成处境类似的债权人仅仅因为他们的权利和债权适用不同的法律,在破产后果方面受到截然不同的对待。法院地法在破产程序中的适用,不论是在债权或相关权利的确定和效力上,还是在该权利的破产后果方面,简单明确,可以避免旷日持久和耗资巨大的诉讼。因此,在许多情形下,就破产后果方面适用法院地法可减少程序成本和延误,有利于全体债权人的利益而使破产财产的价值最大化。这也是法院地法在破产程序中占有绝对地位的原因。

不过,对于前述支付和结算系统合同、劳动合同、担保权益和撤销权等方面,法院地法适用上的例外都有自己基本政策方面的考虑,具有其自身存在的合理性。这里就存在着政策与价值的取舍问题。总体而言,适用法院地法例外必须与作为破产程序核心的目标与价值相权衡,特别是要顾及为全体债权人而不是某些个别债权人的利益而使破产财产的价值达到最大化和所有处境类似的债权人待遇相同这两个目标。

3. 承认与协助的程序问题

对于外国破产判决的承认与协助问题,《民事诉讼法》和相关的司法解释在这方面有几条规定。^[61]《企业破产法》借鉴了我国民事诉讼法关于外国民商事判决承认与执行的规定,承认和执行外国法院的破产判决。但具体的程序却不甚明确,诸如申请、初审、公告、异议和裁定等。这些程序事项如果完全沿用普通民事诉讼法关于外国民商事判决承认与执行的规定,而不考虑破产法的特殊性,无疑有欠妥当。此外,承认外国破产程序效力后可给予怎样的救济,目前的法律规定比较模糊,缺乏像《示范法》那样明确的规定。

再如,国内平行程序问题。对于在中国境外开始的破产程序在我国的效力,破产法规定了三个例外,即不违反中华人民共和国法律的基本原则,不损害国家主权、安全和社会公共利益,不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益。这一规定看似明确,实际极赋弹性。其中尽管基于社会公共利益的因素而拒绝承认外国法院的破产判决,也是为《示范法》所唯一允许的公共政策例外。^[62]但在“不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益”的问题上,何为“损害”?适用什么样的法律来判断?很容易产生分歧。而且考虑到各国破产法在破产债权的法律适用、破产分配顺序、优先权等问题规定上的差异,能做到完全不损害中国境内债权人利益的并不占多数,在此情况下,法律应该允许中国债权人请求在中国法院另行开始一个破产程序。至于该程序地域性效力是否仅仅局限于中国境内以及是否仅限于中国境内的财产,无疑应该明确。最后,对外国破产程序的协助,《企业破产法》只表明了在一定条件下,可以承认外国破产程序在我国的效力,而对于何时可以提供协助以及如何提供协助没有下文。

[60] See Jay Lawrence Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, *The American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 65, 1991.

[61] 《民事诉讼法》第268条、最高人民法院于1991年11月17日颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》以及1992年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第318条等。

[62] 《示范法》第6条。

正如有学者所言,跨境破产国际合作的立法是一个对细节追求的过程。^[63]如果我国的法律能够进一步对于境外代表提出承认与协助申请的途径、承认境外破产程序的条件以及承认境外破产程序后可以提供的救济措施等作出规定,则无论对于司法的可操作性还是具体案件的处理,无疑都有着重要的意义。总的看来,《企业破产法》的这一规定实现了历史性的突破,但也存在着巨大的缺陷,有待进一步完善,而在这方面,《条例》和《示范法》的相关规定在一定程度上能够给我们带来很好的启示。

六、结 语

“新实用主义”的出现缩短了破产方面理想与现实的差距,通过主要程序和附属程序的构建,使本国的破产程序的效力能够扩展到域外,而通过合作机制的建立,外国的破产程序也能够一定的条件下得到承认和执行。这种模式试图在保护当地利益与寻求跨境破产的国际合作方面达到一种平衡,从而追求债权人利益的最大保护。尽管还有着这样那样的问题,但欧盟《条例》在其成员国内的严格遵守和《示范法》的广泛采纳,已展现了其蓬勃的生命力。我国早期的实践基本上是严格的属地主义,而《企业破产法》思路的转变,使我国可以通过普通的民商事判决承认与执行的方式,对外国破产程序予以承认和协助。但诸多内容的缺失和可操作性的匮乏,可能使其实施起来存在一定的困难。而从实用主义的角度,构建我国的破产冲突法规则,欧盟的《条例》和联合国的《示范法》及其《立法指南》无疑可以提供理念上的参考。

Abstract: Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings and UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency reflect the New Pragmatism in international bankruptcy. The main insolvency proceeding triggered in the main interests center is entitled to general validity, and the validity of the secondary proceedings triggered in the places of business are limited to native assets. The two documents also lay stress on the coordination and cooperation between the main insolvency proceeding and the secondary ones. The New Pragmatism brings about some new developments in bankruptcy conflict law. It can also be a reference to China's relative legislation and Jurisdiction.

Keywords: New Pragmatism, insolvency proceeding, conflict law, international private law

[63] See Ronald W Harmer, *Trivial Pursuit*, in *INSOL International, Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*, 2003, p.13.