

“一带一路”倡议下的 跨界破产合作及中国的因应

黄圆圆*

内容摘要：随着“一带一路”倡议进入务实阶段，如何在尊重国别立法差异的同时促成区域跨界破产司法合作，已成为沿线各国关注的重要法律议题。现阶段，“一带一路”沿线国家可从落实区域跨界破产合作、构建跨界破产司法信息共享机制、重视司法公正与程序正义等方面，探讨实现区域内跨界破产合作的可能与机遇。中国作为倡议发起国，应当通过拓展与沿线国家的民商事司法合作、善意解释《中华人民共和国企业破产法》第5条、挖掘“智慧法院”在跨界破产领域中的潜力与价值等途径，积极参与并推动“一带一路”国家间的跨界破产合作。

关键词：跨界破产 “一带一路”倡议 推定互惠 智慧法院 区域合作

一、引言

2013年，中国国家主席习近平先后提出建设“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的倡议（下称“一带一路”倡议），得到了国际社会的广泛认可和积极响应。截至2016年底，已有100多个国家表达了对共建“一带一路”倡议的支持和参与意愿，目前中国已与39个国家和国际组织签署了46份共建“一带一路”合作协议，涵盖互联互通、产能、投资、经贸、金融、科技等合作领域。^①

“一带一路”倡议为中国企业“走出去”进行对外投资提供了历史性的机遇。2015年是“一带一路”倡议全面实施之年。这一年，中国对“一带一路”沿线的50个国家进行了直接投资，投资流量高达189.3亿美元，同比增长38.6%，相当于中

* 对外经济贸易大学法学院博士研究生、美国加州大学洛杉矶分校富布赖特访问学者。

本文受中美富布赖特联合培养博士生项目(国家留学基金)的支持。

① 据初步统计，“一带一路”沿线国家的总人口约44亿，占全球总人口数的63%，沿线国家的经济总量更是高达21万亿美元，约占全球经济总量的29%。参见推进“一带一路”建设工作领导小组办公室：《共建“一带一路”：理念、实践与中国的贡献》，<https://www.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/12658.htm>，2017年6月10日访问。

国对全球投资增幅的 2 倍。随着“一带一路”倡议的逐步深化,2017 年中国企业对“一带一路”沿线的 59 个国家进行了总额高达 143.6 亿美元的非金融类直接投资,新签对外承包工程项目合同 7217 份,合同总额 1443.2 亿美元。^①然而,金融危机对世界经济的影响仍在持续,全球经济尚处于缓慢恢复期,考虑到沿线国家多为发展中国家,国家政策、安全等风险依旧存在,中国企业对沿线国家的直接投资是风险与收益并存。在此背景下,一旦企业陷入困境,势必涉及诸多跨界因素,如何推进沿线国家间的跨界破产合作,就显得尤为重要。

二、“一带一路”沿线国家差异化的跨界破产立法与实践

“一带一路”倡议涉及国家众多,各国的立法体系和法律文化均有不同,这在一定程度上决定了沿线国家差异化的跨界破产立法与实践。经初步分类,沿线国家的跨界破产立法大致可以分为三类,即条约或互惠模式、体系化的示范法模式、改革中的渐进模式。^②

(一) 条约或互惠的立法模式

条约或互惠的立法模式是许多国家在跨界破产法制发展初期所采取的立法模式。具体而言,当外国破产管理人申请本国法院承认某外国破产程序时,本国法院应当以条约或互惠关系为基础判定是否应当承认该外国破产程序在本国境内的法律效力。这里的条约主要是指两国之间签署的互相承认民商事司法裁决的司法协助条约。如果两国之间不存在上述条约,则进一步判断两国之间是否存在互惠关系,如果存在互惠关系,本国法院同样可以对外国管理人提交的承认申请予以批准。一般情况下,采取该立法模式的国家并不具备体系化的跨界破产立法,条约或互惠的要求通常以独立条款的形式出现。

在“一带一路”沿线国家中,俄罗斯是采纳条约或互惠立法模式的典型国家。与中国情况类似,俄罗斯并未参与任何一个跨界破产公约,也很少同其他国家签订相关的双边条约,此前与独联体国家签署的《基辅协议》和《明斯克条约》均不涉

^① 参见商务部:《中国对外投资合作发展报告 2017》, http://www.fdi.gov.cn/1800000121_35_2022_0_7.html, 2018 年 3 月 12 日访问。

^② 考虑到部分沿线国家并没有就跨界破产问题进行专门的立法与实践,因此本文进行分类的意图并不是对所有沿线国家的跨界破产立法和实践情况进行分析,而是意在通过对沿线国家跨界破产立法的典型模式及相关实践进行对比,强调沿线国家在跨界破产立法和实践方面存在巨大差异。

及破产领域。^①根据俄罗斯破产法的规定,^②俄罗斯法院仅在条约或互惠的基础上承认外国法院作出的破产判决。^③其中,承认的对象仅针对外国法院作出的终审破产判决,即排除对临时裁决、禁止令以及破产程序的承认。同时,强调公共政策在俄罗斯法院判定是否承认外国判决中的重要作用。与俄罗斯在跨界破产问题上的立法模式相似,在“一带一路”沿线国家当中,白俄罗斯、哈萨克斯坦等独联体国家也普遍采取条约或互惠的立法模式对本国法院承认外国破产裁决的情形予以规定。^④

实践中,当外国破产管理人向本国法院提交破产保护申请时,对于采纳条约或互惠立法模式的国家而言,其法院一般会采取较为谨慎和保守的立场。这一方面归咎于条款本身缺乏体系化规则作支撑,使得法院在司法实践中缺乏规则指引;另一方面,采取该立法模式的国家通常处于构建和完善本国跨界破产立法体系的阶段,在如何平衡本国司法利益和国际合作方面的司法经验较少,从而在跨界破产实践中表现得较为被动。从目前的司法实践来看,虽然个别独联体国家的破产保护申请已经获得了美国法院的批准,但仍无法改变这些国家在承认与救济

① 《基辅协议》是俄罗斯与独联体国家签订的涉及经济活动争端解决的协议,《明斯克条约》则主要针对民事及婚姻家庭纠纷。

② The Federal Law No. 127-FZ on Insolvency (Bankruptcy), 26 October 2002, Article 1(6).

③ 在2005年乌克兰法院审理的一起跨界破产案件中,债务人是一家乌克兰公司,其大量破产财产分布于俄罗斯境内,乌克兰法院发布中止令以暂停任何针对债务人及其破产财产的诉讼或执行程序。由于早先俄罗斯法院已针对该债务人作出判决,并即将针对该债务人及其破产财产启动执行程序,债务人遂向俄罗斯法院提交破产保护申请,请求俄罗斯法院停止执行程序。然而,俄罗斯法院拒绝给予任何承认和协助。于是,债务人向乌克兰高等法院提出申请,请求乌克兰法院以1992年签署的《基辅协议》以及1993年俄乌之间签署的一系列民事司法协助条约为基础,向俄罗斯法院提出司法协助请求。最终,两国法院在充分交流之后,俄罗斯法院批准该司法协助请求,对债务人位于俄罗斯境内的财产予以救济。外界分析,虽然《基辅协议》和两国间的民事司法协助条约等均未提及跨界破产案件的承认和救济,但最终俄罗斯法院的合作态度可能很大程度上依旧受两国密切的条约关系的影响。同时,俄罗斯和乌克兰具有非常近似的法律文化,且可采用俄语为官方语言进行司法合作,这些因素共同促成了俄乌两国在该案中的司法合作。See INSOL International, *Modern Insolvency Law Developments in the Former Soviet Union States*, Technical Series Issue No.15 9, 2010, <https://www.insol.org/Fellowship%202010/Session%2010/Technical%20Series%20Issue15.pdf>, visited on 1 March 2018.

④ 在立法体系和法律文化方面,独联体国家与美国等西方国家存在明显差异。虽然近几年独联体国家在参考《跨界破产示范法》等国际跨界破产规则文本的基础上,先后对本国破产立法进行了改革,但在跨界破产立法方面依旧表现出较为保守的立场。

外国破产裁决方面的保守形象。^①考虑到目前所有的独联体国家均是“一带一路”倡议的沿线国,上述国家在跨界破产领域采取条约或互惠的立法模式应当引起足够的关注和重视。^②

(二)体系化的示范法模式

《跨界破产示范法》(下称“《示范法》”)是1997年由联合国贸易法委员会颁布的跨界破产规则文本,旨在为世界各国提供跨界破产国际合作的协调框架,其主要内容包括外国代表的准入(access)、对外国破产程序的承认与救济(recognition and relief)以及相关的合作与协调要求(cooperation and coordination)。根据《示范法》的规定,当外国代表请求本国法院承认并救济某外国破产程序时,本国法院需要根据主要利益中心规则(center of main interest, COMI)对外国破产程序的性质进行判断,并以此为基础对外国破产程序予以救济。与条约或互惠的立法模式不同,《示范法》是国际社会在跨界破产领域形成的先进成果,其对跨界破产事项的规定更为体系化,且体现了跨界破产国际合作的普遍主义精神。目前,《示范法》已经被全球43个国家(45个法域)所采纳。在“一带一路”沿线国家中,新加坡、波兰、罗马尼亚、塞尔维亚、新西兰、黑山、斯洛文尼亚、菲律宾、南非和韩国均为《示范法》的采纳国,仅从立法层面而言,这些国家已经走在了国际跨界破产立法的前沿。

实践中,这些采纳国在跨界破产国际合作中的参与程度并不相同。新加坡作为世界上最具全球化和竞争力的经济体之一,致力于将本国打造成为全球债务重组中心,目前新加坡法院已积极承认并协助了众多跨界破产案件,包括雷曼破产

① 在司法实践中,美国法院曾对俄罗斯、哈萨克斯坦、阿塞拜疆等国的破产程序予以承认和救济,如在2010年的图兰·阿列姆银行破产案中,债权人向瑞士法院申请冻结了债务人位于瑞士两家银行的破产财产,在此情况下,债务人向美国法院提出破产保护申请,并获得《美国破产法》第15章项下的承认与救济,类似的案例还有安联银行破产案。但这并不能改变这些独联体国家在跨界破产问题上的保守立场,2006年发生的尤科斯破产案即是例证,该案发生后,俄罗斯法院并未与国际社会进行跨界破产合作,而是将位于本国的破产财产优先清偿境内债权人。See JSC BTA Bank, 434 B. R. 334 (S.D.N.Y. 2010); Irit Mevorach, *On the Road to Universalism: A Comparative and Empirical Study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 12 Business Organization Law Review 533 (2011).

② 独联体国家主要有:亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、摩尔多瓦、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦和俄罗斯。这些国家均在中国官方公布的“一带一路”沿线国家之列。

案以及发生于2016年的全球最大一起航运企业破产案——韩进海运破产案。^①而南非自2000年采纳《示范法》以来,尚未开展跨界破产承认与救济实践。导致上述国别实践差异的主要原因在于《跨界破产示范法颁布及解释指南》允许各国根据本国国情对《示范法》条款进行修改后采纳。^②以南非为代表的某些国家在本国法院承认与救济外国破产程序的认定中加入额外条件,从而限制本国法院参与国际跨界破产合作的深度和广度。虽然存在上述差异,但各采纳国在跨界破产立法方面已达成基本共识,即在认定外国破产程序性质的基础上,对不同性质的破产程序予以区别救济。相较于采纳条约或互惠立法模式的国家,“一带一路”沿线的《示范法》采纳国为沿线国家间进行跨界破产合作提供了多种可能。

(三)改革中的渐进立法模式

“一带一路”沿线的大多数国家正处于跨界破产立法改革阶段。一方面,这些国家希望突破条约或互惠等传统立法模式对本国参与跨界破产合作的束缚;另一方面,受立法传统等多重因素的影响,这些国家的跨界破产立法改革并不彻底,体现出一定的保守主义特征。

目前,哈萨克斯坦、乌克兰、孟加拉、匈牙利、蒙古、印度等“一带一路”沿线国家已经进入跨界破产立法改革阶段。其中,印度于2016年正式颁布的改革成果——《破产法案》(The Insolvency and Bankruptcy Code 2016),首次对涉及印度的跨界破产法律问题进行了规定。但令人遗憾的是,印度在本次立法改革中并没有采纳《示范法》,而是采取渐进的立法形式为本国将来深化跨界破产立法和实践

^① 韩进海运有限公司曾经是韩国国内集装箱运力最大、世界排名第七的航运公司,其服务网络遍布全球。受2008年金融危机和全球经济发展迟缓、国际贸易量下降所致航运供需失衡等影响,该公司于2016年9月1日在韩国进入破产重整程序。随后,韩国程序中的代表人迅速向世界多个国家提出破产保护申请,该韩国程序最终获得各国不同程度的承认与救济。与韩进海运破产案类似,申银万国航运有限公司和三善航运有限公司均是总部位于韩国的航运企业,分别于2016年和2009年在韩国进入破产程序,且其韩国程序获得了世界多国的承认与协助。可以看出,在“一带一路”沿线的《示范法》采纳国中,韩国和新加坡均表现出强烈的跨界破产合作意愿。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。See Kim v. SW Shipping Co. [2016] FCA 428; Hur v. Samsun Logix Co. [2009] FCA 372.

^② 根据《跨界破产示范法颁布及解释指南》中关于“示范法灵活性”的规定,采纳国在将《示范法》纳入其本国法律体系时,可以修改或略去《示范法》的某些条款……因此,为了保障条款的统一程度和确定性,建议各国在将《示范法》纳入其法律制度时,尽可能不要进行太多的修改。See UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, 30 May 1997, p. 5.

预留空间。根据《破产法案》第 324 条的规定,印度联邦政府将与外国政府签署跨界破产案件的承认与执行协议,及时将债务人境外财产纳入破产财产,提高印度债权人的清偿率。同时,《破产法案》第 325 条规定,破产管理人应当向司法机构提出申请,请求法院发布启动上述跨界破产协定的证据或授权,经法院批准,破产管理人可以通过发送请求函向境外法院申请承认和救济。

可以看出,虽然印度在立法上对本国参与跨界破产实践提供了司法路径,但上述路径的可行性仍需司法实践的检验。根据国际司法经验,两国间达成跨界破产协议存在较大难度且需要一定的时间成本,这不符合跨界破产迅速承认与救济的基本要求。目前,印度法院尚未进行跨界破产案件审理,《破产法案》第 324、325 条能够在何种程度上促进印度参与跨界破产合作还不得而知。印度渐进式的立法改革,在一定程度上反映出了现阶段沿线国家对于本国参与跨界破产国际合作的顾虑与担忧。可以预见,在将来各沿线国陆续完成的跨界破产立法改革中,还将出现类似于印度的渐进式立法模式。

总体而言,在“一带一路”沿线的 60 多个国家当中,各国所处的发展阶段不同,大多数国家处于稳定的经济发展时期,有少数国家还处在频繁政府更迭阶段。同样,沿线各国的跨界破产立法与实践也存在较大差异,大部分国家的跨界破产立法尚不健全,一些国家并未对跨界破产问题进行立法规定。上述关于沿线国家跨界破产立法模式的分类,仅针对各国已有的跨界破产立法与司法实践。虽然具有一定的局限性,但在一定程度上能够反映沿线国家跨界破产立法与实践的现状与发展趋势。

三、“一带一路”倡议下可探讨的跨界破产合作路径

如前文所述,“一带一路”各沿线国在跨界破产立法和司法方面存在较大差异,各国需要在本国现有立法体系的基础上进行妥协和让步,以实现沿线国家间的跨界破产合作。^①本文在充分借鉴国际经验的基础上,为实现“一带一路”区域

^① 现阶段,国际社会在跨界破产领域并不存在统一规则,国家间各异的法律文化及立法体系为各国实现司法互信制造了障碍。受此影响,区域性的破产信息共享机制难以构建,破产信息的不对称、破产程序的不透明进一步加剧了国际跨界破产合作的难度。从目前来看,跨界破产合作存在以下核心环节,即外国代表人的准入、对外国破产程序的承认及救济,这三个环节均需要各国予以不同程度和不同形式的合作。其中,《欧盟破产程序规则(第 2015/848 号)》从法院之间、破产执业者之间、法院与破产执业者之间三个维度规定了各方在跨界破产案件中的合作义务,并致力于构建欧盟区域内的跨界破产信息共享平台,这为国际社会优化跨界破产合作程序提供了参考和借鉴。European Parliament and the Council of EU, Regulation 2015/848 on Insolvency Proceedings, 20 May 2015, Articles 25, 41-43.

内的跨界破产合作提出以下三条可供探讨的合作路径。

(一) 达成区域内跨界破产合作安排

达成区域内的跨界破产合作安排^①是保障“一带一路”各沿线国进行跨界破产合作的直接路径。基于地缘优势,同处一个地理区域内的国家,通常在政治经济、社会文化、法律渊源等方面具有一定的共性,这为区域内各国达成相关协议安排创造了条件。根据国际经验,北欧国家和南美国家都曾在跨界破产领域达成条约安排,以保障成员国之间的跨界破产合作。^②作为北美自由贸易区的成员国,美国、加拿大和墨西哥在区域跨界破产合作方面,采取了与条约路径完全不同的软法路径。^③2001年,美国法律协会(American Law Institute, ALI)颁布《美国法律协会原则》(ALI Principles),用以协调北美自由贸易区内部的跨界破产法律问题。该文本分为一般原则、程序原则和建议三个部分,具体涉及三国已经达成共识的破产法律价值及公共政策、跨界破产案件中围绕承认与救济问题展开的27项程序性原则,以及成员国在将来进行跨界破产立法改革时可供借鉴的7项立法建议。同时,美国法律协会还出台了有关法院之间的交流指南,用以指导美国、加拿大和墨西哥法院在跨界破产案件中如何进行恰当的合作与交流。^④由于上述软法安排具有一定的普适性,美国等国也将其适用于涉及更多国家的跨界破产合作当中。

与具有明确地理范围的区域合作不同,“一带一路”倡议涉及的国家众多,随着愈来愈多的国家表达参与意向,可以说“一带一路”倡议并没有一个明确的地理区域界限。地缘因素减弱的同时,各沿线国家在政治、经济等领域的联系也随之弱化,这使得各国很难在跨界破产领域达成条约协议。因此,我们认为“一带一

① 本文这里所指的“安排”,既包括条约安排,也包括软法性质的指南、纲要。

② 1933年,位于斯堪的纳维亚半岛上的北欧五国共同签署《北欧公约》,以规制区域内的跨界破产法律问题,目前该公约依旧有效。1889年,阿根廷、玻利维亚、哥伦比亚、巴拉圭、秘鲁和乌拉圭共同签署《蒙得维的亚条约》(1889)。1940年,阿根廷、巴拉圭和乌拉圭三国签署《蒙得维的亚条约》(1940)。先后签署的两份《蒙得维的亚条约》虽然在具体内容和签署国方面存在差异,但均涉及破产事项的处置。See Lan F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* 275-300 (Oxford University Press 2005).

③ 所谓跨界破产领域的软法路径,是指在尊重各国破产立法与实践水平差异的基础上,并不以完全统一实体法律规范为目标,而是通过设定跨界破产合作原则和理念、协调框架及实践指南等方式,为将来国际社会摆脱地缘限制、实现全面跨界破产合作提供方向上的指引。

④ See Bob Wessels, *Cross-Border Insolvency Law: International Instruments and Commentary* 30-32 (Wolters Kluwer 2007).

路”倡议下的跨界破产合作,应当以软法安排为基础。换言之,即效仿美国法律协会在跨界破产领域所做的努力,在充分了解区域内各国破产文化与立法价值的基础上,由相关组织或机构牵头起草区域跨界破产实践原则,以引导和规范沿线国在具体跨界破产案件中的司法行为,促进区域跨界破产合作。作为一项软法层面的合作安排,沿线国并没有必须采纳和执行安排的义务,但各沿线国应尽可能确保本国的跨界破产司法实践符合相关安排的基本要求,共同营造区域内跨界破产合作的司法氛围。

(二)逐步构建区域内跨界破产司法信息共享机制

实现跨界破产司法信息的数据共享,是提高跨界破产案件审理透明度、避免平行诉讼以及促进跨界破产国际合作的重要环节。目前,欧盟已经在跨界破产数据共享方面有所实践。欧盟于 2013 年启动欧洲数据保护监督机制(The European Data Protection Supervisor, “EDPS”),要求各成员国公开本国涉及跨界破产案件的必要司法信息,并在欧盟范围内建立免费的破产案件登记系统,开设电子司法门户网站(e-justice portal)使各成员国法院能够便捷查询到相关破产案件在各国境内的登记情况。此后,欧盟于 2015 年通过的《欧盟破产程序规则(第 2015/848 号)》(EU Regulation on Insolvency Proceeding, Recast)将跨界破产案件中的数据保护问题作为独立一章予以系统规定,并强调欧盟成员国内破产登记系统与欧盟电子司法门户网站两个层面的信息安全问题。目前,欧盟的电子司法门户网站已经与大多数成员国的破产登记系统实现互联。虽然网站尚处于有偿服务阶段,且各成员国登记的破产信息在形式、具体内容上均存在较大差异,^①但该实践为区域跨界破产合作提供了可能路径。

与欧盟国家内部的高度一体化不同,“一带一路”倡议下的国家涵盖范围较广,且区域内尚不存在统一的实体法律规则,因此现阶段意图在“一带一路”沿线实现欧盟水平的破产信息共享机制并不现实,但《南宁声明》(下称“《声明》”)却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。^②《声明》第 3 条强调与会各国最高法院均高度重视和顺应信息化时代趋势,并认同在各国能力和条件

^① 参见欧盟电子司法(e-Justice)门户网站官网:https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-en.do, 2018 年 3 月 2 日访问。

^② 在 2017 年 6 月召开的第二届中国—东盟大法官论坛上,与会各国大法官围绕“互联网时代的司法与区域司法合作”这一主题展开了深入交流,并形成会议成果——《南宁声明》。论坛由中华人民共和国最高人民法院主办,来自柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、沙巴和沙捞越(东马)、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南等的多位大法官应邀出席,阿富汗、孟加拉、尼泊尔、巴基斯坦、斯里兰卡等国家的最高法院大法官作为特邀嘉宾出席并发言。

范围内致力于采用信息技术手段提升司法能力与水平。现阶段,建议“一带一路”倡议下的东盟国家法院以及中国法院依据《声明》精神、相关民商事司法合作协议以及国内法,首先尝试在“一带一路”南亚沿线进行小范围的破产信息数据共享,在实践中探索破产信息共享的合理范围、具体传输途径等,为将来在“一带一路”沿线国家构建更为广泛的跨界破产信息共享机制积累实践经验。

(三)重视司法公正与程序正义:破产判决相互承认与执行的保障

作为破产判决相互承认与执行的保障,司法公正与程序正义一直被视为各国法院认定是否承认与执行外国破产判决的关键因素,^①国际社会先后通过立法或判例形式对破产法中的司法公正与程序正义问题予以解读。^②

其中,新加坡高等法院于2016年在韩进海运破产案中对该问题的解读,较为全面地阐述了被请求国在跨界破产案件中对司法公正与程序正义问题的判断标准及关注角度。^③该案中,新加坡高等法院重申,如果外国重整程序将对债权人整体引发不公平的结果或外国程序不利于债务人进行重整,则该外国程序将不会得到新加坡法院的承认与救济。同时,新加坡高等法院指出,其主要关注的是债权人待遇和正当程序两方面。在债权人待遇方面,新加坡高等法院主要考察国外债权人在请求承认的破产重整程序中能否获得公正、公平的待遇,任何

^① 2017年12月,联合国贸易法委员会第5工作组在维也纳召开第52届会议,会议发布《承认和执行与破产有关的判决:示范法草案》,其中第7条“公共政策的例外”明确规定,“在遵照本法采取的行动将明显违反我国公共政策,包括违反我国程序公正的基本原则情况下,本法概不阻止法院拒绝采取这一行动”。再次强调了保障程序公正跨界破产合作中的重要意义和价值。UNCITRAL, Recognition and Enforcement of Foreign-related Judgments: Draft Model Law 7, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/066/58/PDF/V1706658.pdf?OpenElement>, visited on 2 March 2018.

^② 在跨界破产语境下,司法公正与程序正义多作为被请求国的公共政策,如果请求国的破产程序有悖被请求国本国关于司法公正与程序正义的要求,将很有可能导致破产判决被拒绝承认与执行。美国、意大利、德国等国均有相关立法及判例。2009年,美国纽约东区破产法院在审理一起涉及以色列程序的跨界破产案件时,即以承认或救济该以色列程序将明显违背《美国破产法》第15章项下的自动中止机制为由,拒绝对该程序予以协助。该案中的债务人于2008年在以色列进入破产接管程序,随后向美国破产法院申请破产保护,美国法院遂发布自动中止命令。但该案债权人仍在以色列继续推动接管程序以实现高额清偿目的。最终,美国法院以正当程序要求为基础作出上述裁决。参见乔雄兵:《外国法院判决承认与执行中的正当程序考量》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2016年第5期,第98页。See Gold & Honey, Ltd. 410 B. R. 357, 373 (E. D. N. Y. 2009).

^③ See Taisoo Suk (as foreign representative of Hanjin Shipping Co. Ltd.), 195 (SGHC 2016).

偏向于本国债权人或特定债权组别的外国程序均有可能被拒绝承认。在正当程序方面,新加坡高等法院关注重整计划的制定是否以适当交流、债权人实质性参与为基础以及外国程序是否能够保障国内外债权人具有充足时间及资料考虑重整计划。此外,新加坡高等法院也强调外国程序是否能够确保全体债权人的公正、公平待遇并不是绝对的,需要根据个案情况进行综合判断。一般而言,只要外国程序具备公平对待所有债权人的合理措施即可。在重整案件中,全体债权人是否被给予充足时间考虑重整计划,将成为评价外国程序是否公平、公正对待全体债权人的关键。

由此可见,包括债权人在内的各方能否实质参与请求国的破产程序,对被请求国判断破产程序是否公正起关键作用。目前,美国、加拿大、英国等国均有利用电话会议等技术手段保障跨界破产国际合作的司法实践,包括通过技术手段进行法院间沟通、举办共同听证等。^①如前文所述,东盟国家也在积极探索利用信息技术手段提升各国法院处理案件纠纷的能力,以确保司法公正。随着东盟国家法院内部信息技术手段的日益完善,破产案件审理的司法透明度会显著增加,这将有益于实现本国法院破产案件审理的司法公正和程序正义,从而促进破产判决在东盟国家与其他“一带一路”沿线国家之间的自由流通。

四、中国参与“一带一路”区域内跨界破产合作的因应之策

中国作为“一带一路”倡议的发起国和“一带一路”沿线最为重要的资本输出国,在本国跨界破产立法尚不完善的情况下,如何促进中国与沿线国家的跨界破产合作,成为目前中国司法必须面对的重要议题。本文立足于现阶段中国的跨界破产立法与司法现状,力图为促进中国参与“一带一路”区域内的跨界破产合作提供些许因应之策。

(一)积极与沿线国家开展民商事司法合作

考虑到中国尚未参与任何一个跨界破产条约,因此,双边司法合作协议成为中国法院承认与执行外国破产裁决最为直接的法律依据。目前,中国仅与“一带一路”沿线的 19 个国家签署了双边民商事司法合作协议,^②其中,少数民商事司法合作协议仅涉及仲裁领域合作或特别排除了破产事项。可以说,中国与“一带一

^① See UNCITRAL, Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, 1 July 2010, pp. 91-93.

^② 在“一带一路”沿线国家中,已经与中国签订民商事领域司法合作条约的国家有越南、新加坡、白俄罗斯、匈牙利、吉尔吉斯斯坦、老挝、哈萨克斯坦、科威特、蒙古国、罗马尼亚、保加利亚、立陶宛、阿联酋、泰国、塔吉克斯坦、俄罗斯、韩国、乌克兰和乌兹别克斯坦。

路”沿线国家在民商事领域的司法合作依旧存在较大的发展空间。

为了能够与“一带一路”沿线的更多国家开展跨界破产合作,中国应尝试与更多沿线国家签署双边民商事司法合作协议,并就合作事项进行更为深入的探讨,如对破产判决的相互承认与执行、司法数据共享等。从目前中国对“一带一路”沿线国家的直接投资形势来看,新加坡已经成为中国在“一带一路”倡议下最为重要的合作伙伴。^①虽然新加坡与中国签署了民商事司法合作协议,但合作范围仅限仲裁领域,尚未涉及法院判决的相互承认与执行,这为中新两国将来在跨界破产案件中实现国际合作制造了障碍。^②因此,中国有必要率先与新加坡等“一带一路”沿线主要国家达成全方位的司法合作共识,以此为基础逐步扩大涉外民商事司法合作所涵盖的国别范围,深化合作共识。

(二)善意解释《中华人民共和国企业破产法》第5条

中国跨界破产法律体系尚不健全,于2006年颁布的《中华人民共和国企业破产法》(下称“《企业破产法》”)第5条是目前唯一涉及跨界破产法律问题的立法条款,该条款主要规定两方面内容,即中国境内启动的破产程序具有域外效力;中国法院承认与执行外国破产裁决的前提条件。在“一带一路”倡议下,我们认为中国法院在审理涉及沿线国家的跨界破产案件时,应在充分考虑《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》(下称“《意见》”)^③的基础上,着重对《企业破产法》第5条第2款予以善意解释:

1. 对中国法院承认与执行对象作广义解释

根据《企业破产法》第5条第2款的规定,中国法院仅有可能对外国法院作出的已经生效的破产裁决予以承认和执行。虽然这一规定与俄罗斯等国关于破产判决承认与执行的立法规定一致,却与《示范法》以及《欧盟破产程序规则》等国际

^① 据统计,2015年中国企业共对“一带一路”沿线的50个国家进行了直接投资。其中,不论是从投资存量还是从投资流量来看,新加坡均位列首位。从2017年中国对“一带一路”沿线国家投资合作情况来看,新加坡也是中国对外直接投资最为主要的接受国。参见商务部:《中国对外投资合作发展报告2017》, <http://www.fdi.gov.cn/1800000121-35-2022-0-7.html>, 2018年3月12日访问。

^② 参见《中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约》第2条。

^③ 最高人民法院于2015年6月颁布该《意见》,以充分发挥人民法院审判职能,保障“一带一路”建设的顺利实施。 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14900.html>, 2017年6月17日访问。

跨界破产规则存在明显区别。^①破产案件不同于一般民商事案件,尤其对于跨界破产案件而言,债务人很有可能在短时间内通过多种途径将破产财产进行跨国转移或匿藏。因此,被请求国对外国法院作出的禁令、扣押令、清盘令等非终审裁决予以承认和救济,已经成为国际跨界破产实践的常态。换言之,如果被请求国仅有可能承认外国法院作出的生效破产裁决,则可能错失对跨界破产案件予以承认和协助的最佳时机,使得跨界破产承认与协助失去意义。

从中国国内已有的司法实践来看,中国内地法院严格遵守第 5 条规定的承认对象。2010 年,北泰汽车工业控股有限公司曾向北京市第一中级人民法院提出申请,请求该院承认中国香港法院于 2009 年作出的委任临时清盘人的命令。^②2011 年,最高人民法院在复函中明确中国香港法院作出的清盘令不属于《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第 1 条规定的可以相互承认与执行的判决范围,同样也不适用《民事诉讼法》第 265 条以及《企业破产法》第 5 条,认定不应对涉案清盘令予以认可。^③

可见,即便请求双方存在互惠基础,中国内地法院依旧可能通过严格解释《企业破产法》第 5 条规定的承认对象范围,拒绝对破产案件予以承认和协助。考虑到“一带一路”沿线国家各异的破产立法以及跨界破产案件的特殊性,从促进“一带一路”沿线国家开展跨界破产合作的角度,建议中国法院在个案中对第 5 条规定的相互承认与执行的对象范围进行广义解释。

2. 对互惠关系的推定解释

考虑到目前中国仅与“一带一路”沿线不足 1/3 的国家签署了民商事司法合作条约,在条约基础缺失的情况下,互惠原则便成为中国与沿线国家进行跨界破产合作的重要法律依据。

在判决的承认与执行领域,中国法院长期坚持较为严苛的事实互惠审查标

① 在《示范法》和《欧盟破产程序规则》文本中,一国法院承认与救济的对象均为“外国程序 (foreign proceeding)”,而非外国法院已经作出的生效破产裁决。See UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, 30 May 1997, Article 2; European Parliament and the Council of EU, Regulation 2015/848 on Insolvency Proceedings (Recast) 20 May 2015, Article 2.

② [2010]一中民特字第 8080 号。

③ [2011]民四他字第 19 号。

准,即要求申请方所在国存在曾经承认中国法院裁决的先例。^①随着中国企业“走出去”步伐的日趋加快,事实互惠对正常国际民商事交往的负面影响日益浮现,在此背景下,中国法院开始重新审视互惠理论的司法适用,并尝试接纳推定互惠的价值理念。前文提及的《意见》指出,在“一带一路”沿线国家尚未与中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中国司法互惠等情况,可以考虑由中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。2017年发布的《声明》同样强调,“对于尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家,在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中,如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例,在本国国内法允许的范围内,即可推定与对方国家存在互惠关系”。^②近期,最高人民法院正在起草《最高人民法院关于承认与执行外国法院民商事判决的司法解释》,仍将如何软化互惠要求作为讨论的重点。^③

就中国法院应如何恰当适用推定互惠理论的问题,有学者提出互惠适用内外有别的观点。具体而言,中国法院在对互惠原则进行推定解释时,应对请求国是否属于“一带一路”倡议下国家进行识别,在此基础上将推定互惠理论加以区分适用。在破产判决承认与执行的语境下,如果请求国属于“一带一路”沿线国家,则适用最优的推定互惠认定模式,即中国法院对其请求一律予以承认,如果之后请求国出现拒绝承认中国破产判决的情形,则中国法院将否认两国之间存在互惠关系;如果请求国属于“一带一路”沿线以外的国家,则适用一般推定互惠理论予以

① 1994年,日本国民五味晃向大连市中级人民法院申请承认和执行日本横滨地方法院小田原分院具有债权债务内容的判决和熊本地方法院玉名分院所作债权扣押命令及债权转让命令。针对是否应当予以承认和执行的问题,法院系统内部进行了逐级上报。最终,最高人民法院发布复函,认为中国与日本之间没有缔结或参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约,亦未建立相应的互惠关系。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第268条的规定,对该日本国法院裁判不予承认和执行。此后,司法实践中参照该复函的精神处理了弗拉西动力发动机有限公司申请承认和执行澳大利亚判决案等多起申请承认和执行外国民商事判决案件,裁定驳回当事人的承认和执行申请。参见最高人民法院《关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容判决的复函》([1995]民他字第17号)。

② 张勇健:《“一带一路”背景下互惠原则实践发展的新动向》,《人民法院报》2017年6月20日,第02版。

③ 2017年7月13日,最高人民法院《关于承认与执行外国法院民商事判决的司法解释》(下称“《司法解释》”)专家论证会在武汉大学召开。专家学者围绕《司法解释》中的互惠关系认定问题展开了深入的讨论,其中不乏主张采纳推定互惠理论的声音。

认定。^①我们认为,现阶段准确认定“一带一路”沿线国具有一定难度,根据“一带一路”倡议开放包容的理念,可能在广义层面上并不存在“一带一路”沿线国家的具体名单,这为上述观点中的“识别”工作带来了难度;其次,考虑到中国法院此前在外国破产判决承认与执行问题上一贯坚持事实互惠的保守立场,最优的推定互惠认定模式在目前中国的司法环境中尚不具备适用土壤,但可以作为推定互惠理论继续向前发展的合理目标。总之,为了促成中国与沿线国家的跨界破产司法合作,中国法院有必要在充分理解《意见》精神的基础上,通过对互惠关系的推定解读,为中国与沿线国家相互承认与执行破产判决提供法律保障。

3. 对“保护中国境内债权人利益”予以合理解读

从国际跨界破产规则的角度,不论是《示范法》还是《欧盟破产程序规则》,均有保护本国境内债权人利益的条款安排;^②从各国跨界破产立法的角度,也存在将“保护本国(境内)债权人利益”作为承认与协助外国破产程序前置条件的立法例。^③然而,国际社会就该条款的解读依旧存在偏差。例如,澳大利亚作为《示范法》的采纳国,在跨界破产实践中本应倾向于普遍主义,但该国法院在近期审理的两起跨界破产案件中,通过对《澳大利亚跨界破产法案》第21、22条进行扩大解释,以牺牲跨界破产合作为代价来保护本国境内债权人的利益,体现出鲜明的地

^① 2017年6月15日,以“发挥国际法在一带一路倡议建设中的保障作用”为主题的学术研讨会在北京对外经济贸易大学举行。中国政法大学国际法学院副教授陈儒丹围绕“一带一路国家判决的承认与执行中的互惠问题”发言,并提出上述互惠适用内外有别的学术观点。

^② See UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, 30 May 1997, Article 21(2); European Parliament and the Council of EU, Regulation 2015/848 on Insolvency Proceedings (Recast), 20 May 2015, Article 36(1).

^③ See Title 11 U. S. Bankruptcy Code, Article 1521(b); German Insolvency Code, Article 354(2).

域主义特征。^①

我们认为,虽然《企业破产法》第5条将“不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益”作为中国法院承认与执行外国破产判决的消极条件之一,但这并不意味着中国法院在跨界破产司法实践中即采纳地域主义的立场。根据国际司法实践经验,如果承认与执行外国破产判决仅可能导致中国境内债权人的清偿份额有所降低,该事实并不足以导致中国法院拒绝承认该外国破产判决。第5条中提及的“中国境内债权人的合法权益”应更多从程序权益的角度予以解读,如外国破产法中是否有保护境内外债权人合法权益的条款、中国债权人是否有权参与在外国程序中举行的债权人会议、是否有权就有关事项进行投票表决等。

(三)挖掘“智慧法院”在跨界破产领域中的潜力与价值

“智慧法院”这一概念最早由中国最高人民法院于2015年提出,旨在借助信息化手段提升法院司法审判的公正性,实现法院管理的高效化。^②2016年11月,第三届世界互联网大会于浙江乌镇举行,会议聚集了来自俄罗斯、新加坡、韩国、越南等“一带一路”沿线国家的多位大法官,最终形成会议成果——《乌镇共识》(下称“《共识》”)。^③《共识》强调,与会各国应继续致力于拓展和深化彼此在法院信息化和网络空间法治化领域的交流与合作,加强彼此在利用信息技术推进司法公开、诉讼服务、案件审理、法院管理和案例研究等方面的经验交流和成果分享,促进建立更加常态化的各国法院信息化工作与交流机制。

对于现代跨界破产合作而言,各国的司法信息化水平通常会影响到涉案国参与

^① 澳大利亚于2008年正式采纳《示范法》。在萨阿德投资公司破产案中,债务人注册于开曼群岛,在包括澳大利亚在内的世界各国从事投资业务。2008年,该投资公司出现经营困境,并于开曼群岛进入破产清算程序。2012年,开曼程序中的外国代表向澳大利亚法院提出申请,请求将债务人位于澳大利亚的资产返还开曼程序,以统一清偿债权人。考虑到本国税务机关的税收债权无法在开曼程序中获得承认和救济,澳大利亚法院驳回了该外国代表提出的破产保护请求,并拒绝予以协助。同年,在泛洋海运公司破产案中,债务人是一家韩国的航运企业,旗下多艘船只在全球范围内进行货物运输。债务人在韩国进入破产程序后,其外国代表请求澳大利亚法院予以承认和协助,但澳大利亚法院以其海员工资债权在境外破产程序中难以受偿为由,拒绝对该韩国程序予以救济。See *Ackers v. Saad Investments Company Limited* [2013] FCA 738; See *Yu v. STX Pan Ocean Co. Ltd.* [2013] FCA 680.

^② 徐骏:《智慧法院的法理审思》,《法学》2017年第3期,第56页。

^③ 在中国最高人民法院的牵头下,第三届世界互联网大会设“智慧法院暨网络法治论坛”,萨摩亚最高法院首席大法官、玻利维亚最高法院院长、俄罗斯最高法院第一副院长、韩国大法院电子委员会主席兼釜山地方法院院长、新加坡最高法院高级助理注册官、越南最高人民法院总务局局长等均与会。<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-30801.html>,2017年6月18日访问。

跨界破产合作的意愿。同时,国家间进行跨界破产合作的深度与广度也受各国司法信息化水平的制约。从主观层面来讲,国家间之所以不愿意主动参与跨界破产合作,主要缘于各国担心本国债权人的权益无法在外国破产程序中得到保障;对于各国债权人而言,传统的国际跨界破产合作意味着债权人可能需要远赴外国参与破产程序,进而产生高昂的经济成本。因此从某种意义上讲,各国法院对信息化手段的利用,将直接影响跨界破产国际合作的实现难度与经济成本。目前,中国法院已经开始尝试在破产案件的审理过程中,采取互联网直播形式召开债权人会议、进行债权人表决。^①可以说,“智慧法院”建设已经在破产审判领域有所创新和突破,这在一定程度上为中国将来参与国际跨界破产合作奠定了实践基础。

我们认为,中国法院应当继续挖掘“智慧法院”在破产审判领域的潜力与价值,尤其关注信息化手段在跨界破产案件中的适用途径与形式。鉴于中国和部分“一带一路”沿线国已经对司法信息化建设达成基本共识,建议中国进一步与沿线国家在跨界破产信息化建设方面达成更为具体的合作框架,以排除中国参与“一带一路”区域内跨界破产合作的技术障碍。

五、结语

随着“一带一路”倡议的提出及落实,中国作为该倡议的发起国及沿线国家中最为主要的资本输出国,如何在跨界破产领域实现区域合作是中国现阶段必须予以正视的法律问题。目前,中国在跨界破产领域的立法尚有待完善,建议中国参考借鉴《示范法》及《欧盟破产程序规则》等国际跨界破产规则文本,对中国《企业破产法》第5条予以细化。这不仅是“一带一路”倡议对中国破产立法及司法实践提出的高水平要求,更是中国作为世界第二大经济体所必须承担的国际义务。随着司法信息化时代的来临,世界各国在司法领域的信息化建设为国际社会开展广泛的司法合作提供了技术支持,同时也为国际跨界破产合作的促成提供了新的助力。在此时代背景下,中国法院应当充分发掘“智慧法院”建设在跨界破产司法合作领域的潜力与价值,使之成为推动中国与国际社会开展全方位跨界破产合作的引擎。参与“一带一路”沿线国家的跨界破产合作是中国与国际社会开展更广泛跨界破产司法合作的起点,中国应抓住这次历史机遇完善国内跨界破产立法与司法,积极树立友好开放的大国司法形象。

^① 2017年3月,河北省石家庄市中级人民法院在审理河北某房地产开发集团有限公司破产重整案时,组织债权人根据短信提示登录全国破产重整案件信息网,参与在线债权人会议并行使表决权。参见[2016]冀01破2号。

**Cross-Border Insolvency Cooperation and China's Response
in the Context of "The Belt and Road" Initiative**

Abstract: As "The Belt and Road" Initiative has entered into the practical phase, how to respect national differences in legislation and legal practice from the aspect of the bankruptcy law has become particularly important. As the initiator, China should be more active participating and promoting cross-border insolvency cooperation with surrounding countries by expanding the judicial cooperation network, interpreting Article 5 of Chinese Bankruptcy Law in good faith and promoting the construction of "Wisdom Court" based on the existing legal framework.

Key Words: cross-border insolvency; "The Belt and Road" Initiative; negative reciprocity; wisdom court; regional cooperation

(责任编辑:乔雄兵)