

內地與香港跨境破產司法協助發展構想

謝曉丹 王千華

摘要：內地與香港兩地在跨境破產的司法實踐中，呈現出有限且單向的司法協助現狀。因內地與香港之間存在破產文化與制度差異，且相關立法對跨境破產規定不足，兩地跨境破產司法協助至今進展不大。粵港澳大灣區的建設為兩地開展跨境破產司法協助提供新契機。本文針對內地與香港跨境破產中管轄權爭議問題，破產管理人地位、法律適用、破產域外效力三者規定不明確問題，以及認可與提供救濟措施規定不足問題，設計兩地跨境破產司法協助的應有內容，並提出發展兩地跨境破產司法協助“兩步走”的路徑構想。

關鍵詞：跨境破產 破產管理人 破產域外效力 認可

Future of Mainland-Hong Kong Cross-Border Insolvency Judicial Assistance

XIE Xiaodan¹, WANG Qianhua²

(1 Law School, Shenzhen University;

2 Center for Basic Laws of Hong Kong and Macau Special Administrative Regions, Shenzhen University)

Abstract: The judicial practice of cross-border insolvency judicial assistance between the Mainland and Hong Kong has shown a limited and unilateral prospect. Due to the huge differences in the respective bankruptcy systems and the lack of sufficient legislation on cross-border bankruptcy, little progress in insolvency judicial assistance between the Mainland and Hong Kong has been made over the years. The construction of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area encourages mutual legal assistance and legal cooperation, and provide new opportunities for the Mainland and Hong Kong to develop cross-border insolvency judicial assistance. The article conceives the content of the Mainland and Hong Kong cross-border insolvency judicial assistance, mainly focuses on the following issues: jurisdiction dispute, the ambiguity of the status of the bankruptcy administrator, the ambiguity of application of law and extraterritorial effect, and the inadequacy of the provisions for recognition and relief measures. Then the article comes up with a two-step approach for cross-border insolvency judicial assistance between the Mainland and Hong Kong.

Keywords: cross-border insolvency, bankruptcy administrators, extraterritorial effect of bankruptcy, recognition

收稿日期：2021年4月25日

作者簡介：謝曉丹，深圳大學國際法專業碩士研究生；王千華，法學博士、深圳大學港澳基本法研究中心教授

一、內地與香港跨境破產司法實踐現狀

自香港回歸以來，內地與香港跨境破產中提供司法協助的實踐有限。面對跨境兩地的破產案件，雙方法院都持較保守態度。只有在2001年的“廣信破產案”¹中，香港高等法院認為內地進行的破產程序是建立在收集財產進行分配的基礎上，堅持了破產法中按比例平等分配的原則，才予以認可。² 這是內地破產程序第一次得到香港法院的認可。但在多數破產案件中，內地與香港法院各自展開程序或拒絕合作。如在“海域集團破產案”中，香港高等法院任命的破產清算人不被內地法院認可，最終以內地債權人實現個別清償告終。2008年，受金融危機的影響，香港社會遭遇破產潮，跨境兩地的破產案件更是多發。部分內地政府出於社會穩定的需要，選擇為破產企業“埋單”，如深圳市寶安區西鄉街道辦為於當地倒閉的百靈達實業（深圳）有限公司墊付工資。³ 由政府出面的處理方式引發爭議，此時構建有關兩地破產合作機制成為關注的重點。但隨後在“賽維LDK破產案”⁴和“黃金時代破產案”⁵中，各地法院仍然單獨進行破產程序或拒絕合作。近兩年，兩地跨境破產司法實踐呈現良好趨勢，如在2019年“華信破產案”中，香港法院作出認可與協助內地破產程序的裁決。⁶ 2020年6月，在“年富公司破產案”中，香港高等法院再一次作出裁決，對內地破產清算程序予以認可，並對破產管理人提供相關司法協助。香港法院積極合作的實踐對兩地跨境破產具有很重要的參考價值。⁷ 目前，儘管兩地有相互提供跨境破產司法協助的現實需求，但相關司法實踐非常有限。為數不多的幾個案件都是香港法院對內地破產程序予以認可和執行，兩地有限的跨境破產司法協助還處於單向協助的狀態。

內地與香港的破產法在破產財產範圍、債權人類型、破產程序等方面表現出明顯的差異，共同適用一套破產法不具有現實性。為能充分發揮破產程序的作用，防止債務人財產分散、使資產價值最大化、為企業重整找到最優解決方案⁸，兩地法院應在“一國兩制”原則下相互提供司法協助。這是解決兩地跨境破產衝突的有效路徑。

¹ CCIC Finance Ltd. v. Guangdong International Trust & Investment Corporation, HCA15651/1999.

² 石靜遐：《我國破產程序域外效力的實例分析——評香港高等法院對“廣信”破產程序的承認》，《政法論壇》2002年第3期，第44頁。

³ 參見胡健：《跨境破產：內地與香港不得不面對的難題》，《政府法制》2009年第34期，第18頁

⁴ Re LDK Solar C. Ltd. (In Provisional Liquidation) [2014] HKCFI 2234; [2015] 1 HKLRD 458; HCMP 2216/2014 (10th December 2014).

⁵ Casey McDonald and Another v. Golden Dynasty Enterprises Ltd. and Others [2008] HKCFI 880; [2008] 5 HKLRD 569; HCMP 2388/2007 (15th October 2008)。判決書中對於接管人遇到的困難具體表述如下：“Notwithstanding the powers given to the Receivers by the courts in the BVI, Samoa and Hong Kong, their attempts to obtain information, books and records concerning the Companies, the joint-ventures, subsidiary or associated companies of the Companies in China (i.e. the PRC Subsidiaries) and to assume control of them have not met with much success. For one thing, they have not been able to establish direct contact with any of the directors. Limited information relating to the Companies was provided to them through a law firm in China engaged by the Companies for that purpose. As the Receivers have not been given sufficient information in relation to the assets and affairs of the Companies and the PRC Subsidiaries, they have not been able to identify and secure all of the assets.”

⁶ 參見石靜遐：《我國破產程序域外效力的實例分析——評香港高等法院對“廣信”破產程序的承認》，第41-45頁。

⁷ 參見司艷麗、劉琨：《香港法院認可與協助域外破產程序簡介》，《人民法院報》2020年6月11日，第008版。

⁸ 參見石靜遐：《中國的跨界破產法：現狀、問題及發展》，《中國法學》2002年第1期，第122頁。

二、內地和香港跨境破產司法協助的困境與動因

內地與香港跨境破產不僅涉及程序法和實體法，也涉及區際層面的問題。⁹ 多年來內地與香港未就跨境破產司法協助取得進展，主要原因有：第一，兩地間的社會制度、法域和破產文化存在明顯差異，形成的破產立法各有特點。內地《企業破產法》僅適用於企業法人，且設計了三種程序，即清算程序、和解程序和重整程序。香港破產法區分個人破產與公司破產，且其中有類似於內地破產和解的個人自願安排。香港自1998至2020年經核准的個人自願安排案數總計有22,857宗。¹⁰ 據香港審計署統計，截至2011年12月，27,135宗破產案件中，個人自願安排案例就有7,409宗¹¹，可見該制度在香港破產體系中的重要地位，而內地破產和解程序的應用次數卻有限。兩地在不同的破產制度下形成各異的破產秩序，若在跨境破產司法協助中讓步，則可能衝擊到原有的破產秩序。第二，兩地對跨境破產的立法不足，導致不確定性。香港雖然在《破產條例》和《公司（清盤及雜項條文）條例》規定了個人破產程序和公司破產程序，但並沒有對跨境破產、特別是對內地與香港兩地間的跨境破產事宜進行規範。面對域外程序，香港法官主要依據普通法規則予以認可和救濟。¹² 內地《破產法》僅在第5條規定了本國破產程序的域外效力和外國判決、裁決的承認與執行條件的原則，缺乏具體操作的規範。此外，香港法院所做判決、裁決不是外國判決、裁決，無法直接適用該條規定。立法空白所導致的不確定性是兩地間相互提供司法協助有限的重要原因。

儘管困難重重，兩地發展跨境破產司法協助背後有眾多助推因素，相關合作機制的籌設應盡早提上日程。首先，現實需求是重要的助推因素之一。內地與香港經貿關係日益密切，兩地跨境破產糾紛只增不減。其次，日漸豐富的實踐經驗也是助推因素之一。兩地跨境破產司法協助除了可以參照國際跨國破產合作的成熟經驗，還可以借鑑內地與香港已形成的成功經驗。立足於日漸豐富的實踐經驗，雙方有較高的認同感。最後，粵港澳大灣區的建設為兩地發展跨境破產司法協助提供新契機。大灣區的建設提供開放合作的友好環境、重視粵港澳三地規則的銜接，將推動兩地跨境破產司法協助成為現實。

三、跨境破產中面臨的問題

（一）管轄權爭議

內地《破產法》第3條規定，破產案件由債務人住所地的人民法院管轄；《民事訴訟法》第265條規定，法院對在中國沒有住所地的域外企業，在中國領域內有可供扣押的資產或設有代表機構或目標物，享有管轄權。香港《破產條例》第II部規定，如果債務人以香港為其居住地，或者破產申請提交當日身處香港，或者在三年以內通常居住於香港或在香港有居住地方，或在香港經營業務，法院即可受理破產申請。《公司（清盤及雜項條文）條例》中將外國公司的破產問題規定在第X部中“非註冊公司的清盤”中，明確外國公司可依據香港法律在香港啟動破產程序。當外國公司不

⁹ 參見陳夏紅：《內地與香港的跨境破產機制籌設何時走起》，《法制日報》，2016年9月7日，第12版。

¹⁰ 香港特別行政區破產管理署統計數字，<https://www.oro.gov.hk/sc/stat/stat.htm>，2021年3月1日訪問。

¹¹ 《審計署署長第五十八號報告書》，https://www.aud.gov.hk/sc/pubpr_arpt/aud_OffRec.htm，2021年3月1日訪問。

¹² 石靜霞、黃圓圓：《論內地與香港的跨界破產合作——基於案例的實證分析及建議》，《現代法學》2018年第5期，第171頁。

能清償到期債務或有其他法定事由時，可作為“非註冊公司”參照香港註冊的公司破產程序申請破產。就管轄權的規定而言，內地原則是屬地主義，但在具體管轄時法院可依據一定條件擴張管轄權；香港屬於屬地主義與屬人主義的結合，破產案件中涉及香港因素法院可取得管轄權。¹³ 兩地對破產案件管轄標準不同，又缺乏協調機制，容易出現管轄權衝突，債權人可能在兩地重複申請破產，浪費訴訟資源；更有甚者，債權人利用兩地法院各自行使管轄權就同一債權獲得重複償付，或法院據此不予認可破產程序和提供救濟措施。¹⁴

（二）破產管理人地位不明

破產管理人在破產程序中擔任重要角色，其地位的確認是跨境破產程序推進的重要一步。內地《破產法》規定，人民法院裁定受理破產申請，應當同時指定破產管理人。破產管理人履行的職責包括接管、管理或處分債務人的財產，代表債務人參加訴訟、仲裁或者其他法律程序等。香港《破產條例》規定，破產令作出後，破產管理署署長根據該命令成為暫行受託人。作為暫行受託人的管理署署長認為符合一定條件，可委託他人擔任暫行受託人。《公司（清盤及雜項條文）條例》規定，法院針對申請人的申請組織聆訊，聆訊可將清盤申請駁回；或者經聆訊，頒發清盤令及委任臨時清盤人。臨時清盤人向法院申請簡易程序令時會被委任為清盤人，也可向法院申請委任1名清盤人以代替臨時清盤人。《破產條例》從申請到分配的各個環節都規定了財產託管人制度。《公司（清盤及雜項條文）條例》也對清盤人予以重任，其規定臨時清盤人可以接管公司的資產賬簿、印章等，向公司董事要求出具並遞交資產負債狀況說明書。清盤令一經作出或有臨時清盤人被委任，（臨時）清盤人對公司的一切財產加以保管和控制。若兩地破產管理人地位得不到認可，將無法在域外進行任何破產活動。更甚於當債務人在對方法域中被起訴或執行時，因破產管理人訴訟當事人地位不被認可，無法參與訴訟，管理債務人資產工作無法進行。

各國法律下破產管理人產生的時間不同。大多數大陸法系國家和地區實行破產程序宣告開始主義，在法院宣告破產時，才指定破產管理人，負責破產財產的管理。英美法系的國家和地區大多實行破產程序受理開始主義，在破產宣告前，為防止債務人不當處分財產，設立臨時財產管理人，直到正式破產宣告後才選任出真正的破產管理人。前者的破產管理人地位可以隨着破產宣告的承認而得到確認，但後者中的臨時財產管理人地位較難認定。內地法律只規定了域外判決、裁決的承認和執行，未能涵蓋破產管理人地位的確認，更何況香港還有臨時清盤人或臨時受託人的地位確認問題。在中國銀行（香港）有限公司訴新紀元實業有限公司等借款擔保合同糾紛案¹⁵中，佛山法院追加香港公司的清盤人為本案的第三人參與訴訟，這是一次積極的嘗試。香港法院一般會承認域外破產管理人訴訟地位，但認為損害其債權人利益的除外。法院還對域外破產企業的動產和不動產進行區分。域外破產管理人可自破產宣告之日起自動獲得外國企業位於香港的動產，但對不動產的權利，只在一定條件下可獲得。綜上，內地對香港破產管理人地位缺乏規定，而香港對域外破產管理人主

¹³ 參見馬騰、胡健：《論內地與香港跨境破產中的法律衝突及協調機制》，《安徽大學法律評論》2009年第1期，第36頁。

¹⁴ 參見胡健：《內地與香港跨境破產中的法律問題》，《中國法律》2009年第4期，第43頁。

¹⁵ 中國銀行（香港）有限公司訴新紀元實業有限公司等借款擔保合同糾紛案，廣東省佛山市中級人民法院，民事判決書，（2002）佛中法經初字第52號。

要依據法官自由裁量權，兩地破產管理人進行跨境破產活動時難以得到保障。

(三) 法律適用不明

法律適用是跨境破產案件審理的中心環節，適用不同的法律將導致不同結果。首先，在整個香港破產法體系中，有適用於自然人、合夥破產的《破產條例》和適用於公司清盤的《公司（清盤及雜項條文）條例》。而內地的《破產法》只適用於企業法人破產。其次，兩地破產法中對破產原因、破產能力、申請主體、程序啟動時間，以及破產程序、破產債權各有規定。如就債權人提起破產申請的理由，香港《破產條例》第6條進行詳細規定，明確了債項應達到的金額、條件、債務人的償付能力等，並進一步定義何為無能力償付。香港《公司（清盤及雜項條文）條例》中第178條也對何為無能力償付債項進行定義。但根據內地《破產法》第2條，債權人提請破產申請，理由為企業不能清償到期債務，並且資產不足以清償全部債務或明顯缺乏清償能力。內地《破產法》僅對提起破產的理由進行概括式規定，沒有具體的債權要求和條件，與香港法律採用列舉說明的方式不同。一般而言，法院在審理跨境破產案件時會傾向於適用本國法，甚至有學者認為跨境破產中實質上不存在法律選擇問題，破產救濟是具有程序性質的救濟，依據“場所支配行為”規則適用法院地法具有方便、必然性等特點。¹⁶ 但這可能帶來：法院請求另一地法院予以承認與執行，但當地法院認為該破產不具備破產原因、主體不適格或破產程序不合法，因此以公共秩序保留為由不予執行。從另一個角度來說，跨境破產本身具有複雜性，既有程序問題也有實體問題，程序問題如破產申請提出方式、破產管理人任命、債權申報等，實體問題如破產原因、取回權和撤銷權的行使等。內地與香港法律均沒有規定跨境破產法律適用的問題，對程序問題和實體問題的區分適用更無涉及。如果審理過程中不加以區分全部適用法院地法，實際上可能帶來的結果是協助地法院的抗拒。

(四) 破產域外效力不明確

各國立法和判例對破產域外效力有三種理論：一是普及主義，其認為在跨境破產中一國法院所作的破產宣告具有域外效力；無論債務人的財產在哪個國家，當被宣告破產時，均應被納入破產財團。普及主義不僅承認域內企業破產的域外效力，還承認域外企業破產的域內效力，其核心理念是“一套法律，一個法院”，突出破產程序的統一性以及破產宣告效力的擴張性。¹⁷ 二是地域主義，該理論認為每個國家的法院依照本國破產法對債務人在本國境內財產進行管理。一國法院所作的破產宣告的效力僅限於破產人在該國領域內的財產。位於境外的其他財產，當事人只能在另一個國家另開啟一個破產程序。該理論對破產宣告的域外效力不予承認。三是折衷主義，為普及主義和地域主義的結合。不同國家有不同規定；有的國家承認域內破產程序具有域外效力，而不承認域外企業破產程序的域內效力；有的國家根據財產的性質進行區分，對債務人的不動產適用地域主義，否認域外企業破產的域內效力；對於動產則適用普及主義，肯定域外企業破產的域內效力。¹⁸ 各個國家對破產域外效力的規定不是一成不變的，而是根據特定時期的社會政策作出。

根據內地《破產法》第5條，內地法院作出的破產程序具有域外效力。但《破產法》沒有明確外

¹⁶ 參見黃進主編：《國際私法》，北京：法律出版社，1999年，第372-373頁。

¹⁷ 參見解正山：《跨國破產立法及適用研究——美國及歐洲的視角》，北京：法律出版社，2011年，第22-25頁。

¹⁸ 馬騰、胡健：《論內地與香港跨境破產中的法律衝突及協調機制》，第40頁。

國破產程序的域內效力，只是規定外國法院作出的判決或裁決，符合條件可承認與執行。且香港法院作出的判決並非外國判決，其破產程序在內地的效力是不明確的。在香港，法律沒有規定法院作出的破產程序是否具有域外效力，但通過美國運通國際銀行一案¹⁹，確定了在香港啟動的破產程序如涉及域外資產，破產清算人有權在域外採取域保全措施，以此肯定了香港破產程序的域外效力。另外，香港法院對域外程序的態度原則上堅持普及主義，又根據具體情況有所不同，實踐中主要還是依賴法官的自由裁量。

(五) 認可與救濟措施規定不足

肯定破產程序的域外效力將賦予其在域外的正當地位，而承認與提供救濟措施則賦予跨境破產程序以現實意義。承認與提供救濟措施區別於承認與執行破產判決或裁決，前者圍繞跨境破產程序展開，符合跨境破產的複雜性。因內地與香港的特殊關係，涉及到兩地跨境破產，本文採用“認可與提供救濟措施”的提法。內地《破產法》第5條規定，中國對外國法院破產判決、裁定，符合一定條件可以予以承認和執行。具體條件為：依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或按照互惠原則審查，沒有損害中國法律的基本原則、不損害國家主權、安全、社會公共利益，不損害中國領域內債權人合法權益。2009年北泰控股公司破產案中，最高人民法院認為，香港法院作出的清盤令不屬於兩地簽訂的相互認可與執行當事人協定管轄民商事案件判決的範圍，且《民訴法》第265條和《破產法》第5條是針對外國法院所作判決的承認和執行。²⁰ 可見，內地的已有規定不能涵蓋香港法院所作判決或裁決，且沒有規定承認與提供救濟措施的問題。在香港，承認域外破產程序與提供救濟措施，法院一般先要求啟動破產程序的國家自身對跨境破產實行普遍性原則，即承認其破產程序具有域外效力。其次，要求破產申請提交時債務人住所地位於破產程序啟動國，債務人主動要求接受香港法院的管轄。²¹ 廣東國際信託投資公司破產案中，香港高等法院對內地破產程序予以認可和救濟，禁止當地債權人扣押債務人位於香港的財產。但實踐中，由於管轄權衝突，具體破產程序規定不一、法律傳統不同等原因，內地破產程序仍有不被香港法院認可與提供救濟措施的風險。

四、內地與香港跨境破產司法協助的未來與構想

(一) 大灣區建設下兩地跨境破產司法協助的未來

內地與香港有限且單向的跨境破產司法協助現狀難以適應實踐的需要。新時代下，粵港澳大灣區建設成為發展兩地跨境破產司法協助的契機。2019年2月，中共中央、國務院發佈《粵港澳大灣區發展規劃綱要》，其中指出建設粵港澳大灣區是“一國兩制”發展的新實踐。由於粵港澳經濟社會規則不同，在進行建設過程中應重視規則相互銜接，特別是法治規則的銜接，增強法治共識、強化規則對接。²² 首先，粵港澳大灣區建設中倡導開放的合作態度，將促使三地法院積極地提供跨境破

¹⁹ American Express International Banking Corporation and Others v. Michael J. John and Anther, HCA014594A/1983.

²⁰ 最高人民法院關於北泰汽車工業控股有限公司申請認可香港特別行政區法院命令案的請示的覆函（〔2011〕民四他字第19號，2011年9月28日）。

²¹ 王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，《政法論壇》2009年第5期，第78頁。

²² 謝雯、丘概欣：《粵港澳大灣區建設中司法合作與司法保障的路徑——以涉港澳民商事審判為視角》，《法律適用》2019年第9期，第49頁。

產司法協助，進而豐富司法協助經驗。在“華信破產案”和“年富公司破產案”中，香港法院對內地破產程序予以認可，體現其開放的合作態度。內地法院在開放、合作的大背景下，必將逐步展示提供司法協助的誠意。司法實踐中積累的協助經驗將有助於兩地跨境破產的深層次合作，為構建合作機制蓄力。其次，深化司法互助與合作，是協調大灣區法律體系的重要手段²³，也是大灣區建設中的重要內容。因此，就跨境破產問題上，如何促進三地間跨境破產司法互助與合作將受到極大關注與重視。而三地間就跨境破產問題取得的進展，將對內地與香港跨境破產司法協助有重要的借鑑意義。綜上，內地與香港多年來未解決的跨境破產司法協助問題將在大灣區建設背景下取得突破，兩地跨境破產司法協助具有前景。

（二）兩地破產司法協助應遵循的基本原則

1. 法院對等原則

對等原則是兩地間展開合作、並形成穩固友好合作關係的基礎。對等原則下，兩地法院作出的判決、裁定、命令等都具有同等地位，符合一定條件對方法院應予認可與提供救濟措施。雙方法院任命的破產管理人或清盤人地位也是平等的，不能無理由限制其能力。在該原則下，還蘊含着對破產域外效力普遍性的堅持。現今，內地與香港都只對自身破產的效力予以完全肯定，即認可自身破產程序的域內效力和域外效力。遵循對等原則，雙方均應當認可對方破產程序在其域內的效力。

2. 尊重當事人合意原則

尊重當事人合意原則對解決跨境破產管轄權衝突有重要意義，成為兩地跨境破產司法協助應遵循的又一基本原則。首先，基於雙方當事人的合意選擇管轄法院，能獲得當事人的積極配合，也能在管轄權爭議上節省時間，減少程序運行障礙。其次，相信當事人的選擇，也是相信對方法律。雖然兩地就破產有不一樣的法律傳統和程序，但無論在哪地進行破產，法院都會依據當地法律進行合理的破產清算，使債務人的資產最大化，實現債權人之間的公平分配。

3. 債權人平等原則

破產法本身的基本原則就是要公平的對待所有債權人，平等分配財產，這一原則成為許多國家承認外國破產程序的必要條件。該原則不因含有跨境因素而有所改變，在跨境破產中，同樣需要保證破產程序中所有債權人獲得平等受償的權利，不能區別對待。具體而言，債權人有平等參與破產程序、知悉破產程序進程的權利，以及同一順位的債權人有權按照比例獲得平等分配。

（三）兩地跨境破產司法協助的具體內容

1. 構建共用平台

兩地跨境破產相互提供司法協助應在信息交流的基礎上進行。為保證雙方能及時瞭解兩地破產管理情況，需借助共用平台。建立屬於兩地的破產信息共用電子平台，並對平台予以認可具有現實意義。兩地應積極合作，運營和維護該信息共用平台，如實登記信息，及時交流。該信息共用平台，除登記受理的破產案件，還應披露審理進程，如管理人或清盤人的管理進度、法院作出的相關決定和裁定等。共用平台致力於實現破產案件全流程線上轉遞、審查和辦理，即時管理和動態追

²³ 參見文雅靖：《如何協調粵港澳大灣區法律制度體系》，《開放導報》2019年第2期，第56-57頁。

蹤，還可以分享兩地間處理破產案件的成功做法，便於效仿和學習。

2. 管轄權的協商

在共用平台的基礎上，即將受理案件的法院應首先查明該案件在對方法院的狀態。當對方法院未受理，按照本地的法律應受理，法院可以作出受理決定；當對方法院已經受理，而法院認為自身也具備管轄權，雙方應就該破產案件的管轄進行以下規則的協商：

如果破產案件當事人對管轄法院協商達成一致，則應由當事人確定的法院管轄。在破產事由出現至破產程序啟動前，債務人和所有債權人都可以通過協商確定管轄法院。雖然該方式難以達成一致，但各方當事人和法院都應盡力促成合意，這能為跨境破產程序帶來很多便利。根據《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》，協議管轄的民商事案件，當事人可以申請對方法院予以認可和執行。同樣在跨境破產領域，協議管轄不僅能有效避免管轄權衝突問題，而且便於在相互協助上達成一致。當然，當事人之間就管轄達成的協議不能違反香港或者內地有關級別、專屬管轄的規定。

當雙方當事人無法達成一致，則可借鑑“主要利益中心”標準來確定管轄權歸屬。《歐盟跨境破產條例》通過主要利益中心地來認定主要破產程序，營業所所在地來認定附屬程序，以尋求管轄權的合理確定。²⁴《聯合國跨境破產示範法》也以主要利益中心地與營業所為標準將外國程序區分為外國主要程序和非主要程序。但這兩者都沒有對主要利益中心地進行明確的定義，而是規定除非能提出相反證明，否則假定債務人註冊辦事處所在地為債務人主要利益中心。²⁵相反證據應達到債務人對其利益進行慣常管理的證明標準。“主要利益中心”標準，可以盡快確定管轄權的歸屬，有利於保護所有債權人的利益。而且該標準較為客觀，世界各國對其認同度高。香港與內地有不同的法律體系，本應按各自法律確定其管轄權。但通過合作解決管轄權衝突，能防止兩地因破產管轄權衝突而互不認可對方破產程序，以及法院濫用法律過度擴張管轄權的可能。“主要利益中心”標準也有其缺點，即存在一定的不確定性。當企業在兩地之間來往甚密，營業重心有變動時，兩地法院有可能同時被認定為主要利益中心地法院。當主要利益中心地的確定存在困難時，即雙方法院均認為自己是主要利益中心地法院且具有相當的證據，則先受理案件的法院獲得管轄權，該管轄權的確定不妨礙輔助破產程序的開啟。另外，受理案件時間應按破產信息共用平台上的登記時間，這樣也可以促使雙方法院積極登記，實現信息交流共用。

3. 明確破產管理人地位及權利

目前兩地對跨境破產管理人地位的認定存在立法空白，當跨境破產管理人對債務人的財產提出保護、變賣、或申請分配時，常常因地位問題而面臨不確定性。《聯合國跨境破產示範法》中對跨境破產管理人進行相關規定，主要包括三方面的內容：首先，域外破產管理人有直接向本國法院提出申請的權利，按照本國的法律行使破產的相關事務。其次，只要有外國破產程序存在和任命該破產管理人的證明文件，該破產管理人的地位即得到認定。最後，關於域外破產管理人的其他權利。破產管理人可以申請停止對債務人財產的訴訟和執行；委託法院拍賣債務人的財產，還可以指定另

²⁴ 宋錫祥：《論歐盟跨國破產法》，《法學評論》2007年第4期，第85頁。

²⁵ 石靜遐：《中國的跨界破產法：現狀、問題及發展》，第124頁。

外一個財產的當地管理人等。²⁶ 內地與香港對跨境破產管理人地位和權利應有更開放的態度，可以有如下合作：破產管理人首先要向法院提供破產程序存在和其受法院任命成為該破產案件管理人的證明，法院經過形式審查以及查詢兩地破產信息共用平台的登記信息，即應立即作出認可決定。該破產管理人便具有在本法域內的合法地位，可以就債務人財產提出申請，請求或主張權利，還可以申請指定當地的管理人。另外，破產管理人同時具備訴訟當事人的主體地位，可以以訴訟當事人的身份參與訴訟。

4. 區分法律適用

破產案件的法律適用包括程序法和實體法。根據國際私法規則，世界各國對於跨境破產法律衝突的做法通常為，程序法適用法院地法，實體法適用需要根據具體情況確定。在內地與香港跨境破產中，不能一味適用法院地法，應當靈活適用法律。程序問題如管理人的任命，債權人會議的召集等，一般適用法院地法，這是對法院地的尊重，而且能盡快推進破產程序，成為世界各國的共識。但對於實體問題，因涉及到當事人的實體權利義務，如破產誘因、債務者的資產範疇、取回權、撤銷權、財產的保管處分等，選擇哪個法律進行適用審判，關係到最終能否得到認可和提供救濟措施，因而不能一味的適用法院地法。應根據破產的不同環節，不同方面採用分割制加以確定。最終可以適用法院地法，也可以運用衝突規則適用對方法域的法律。²⁷ 如破產原因，以及債務人的資產範疇，適用法院地法較為合適；對於具體財產的管理，因為涉及到物權問題，通常應按物之所在地法。特別是關係到不動產的確認，不動產的評估與變價，適用不動產所在法更為可行。其他的實體權利，如取回權的行使對債權人至關重要，適用取回財產所在地國家的法律更有利於程序的進行。否則，當債權人對位於香港的財產行使取回權，雖然滿足了內地的取回權要件，但卻不符合香港規定，這時要求香港法院提供救濟措施反而可能導致抵觸和不配合。

5. 認可與提供破產救濟措施

認可與提供破產救濟措施並不能自動發生，需要破產程序啟動地法院或相關利益方的申請，再由法院審查，並作出是否認可與提供救濟措施的決定。兩地可就認可與提供破產救濟措施達成以下合作：首先，就認可與提供救濟措施的對象而言，應改變“認可與執行判決、裁決”的規定，而以“破產程序”作為認可與提供救濟措施的對象。鑑於適用對象是破產程序，實踐中認可和提供救濟措施不僅可以作用於判決、裁定，還包括決定以及命令，判令等法律文書。²⁸ 其次，就申請的主體和程序要求而言，一般應由具有破產管理人身份的人進行申請，若有特殊情況，也可直接在法院之間相互對接。管理人或法院提出協助申請時應提交相應的法律文書，如受理破產程序、委託破產管理人、作出破產宣告等相應的決定或裁決。再者，就審查條件而言，兩地相互認可與提供救濟措施應符合以下條件：一是不能違背兩地跨境破產的管轄約定。破產程序啟動地法院應遵循兩地達成的管轄權協調方法，這是另一地法院認可與提供救濟措施的首要條件。二是不能違背債權人平等原則。債權人平等原則作為兩地破產司法協助的基本原則之一，應當得到尊重。三是不能違反社會公

²⁶ 參見郭玉軍、付鵬遠：《我國跨國破產承認與協助制度：理論、實踐與規則完善》，《武大國際法評論》2018年第4期，第10頁。

²⁷ 參見王曉瓊：《跨境破產中的法律衝突問題研究》，華東政法學院博士學位論文，2006年，第46-47頁。

²⁸ 石靜霞、黃圓圓：《論內地與香港的跨界破產合作——基於案例的實證分析及建議》，第178頁。

共利益。該條款為公共秩序保留條款，司法實踐中應當進行正確理解，不能濫用。滿足以上條件，破產程序即得到認可，能獲得救濟措施。最後，認可與提供救濟措施有以下法律效果：法院應當中止對債務人的任何訴訟與強制執程序；破產管理人獲得域內的正當地位，可以從事破產管理，如處置財產和指定當地破產管理人，也可以以訴訟當事人的地位參與到相關的訴訟中。破產程序得到認可後，管理人還可以向法院申請提供其他救濟措施，如申請法院對財產進行拍賣或變賣，申請法院採取財產保全措施等。法院所給予的救濟措施也是全面的：不但可以溯及破產程序認可前已被扣押的財產，當管理人需要尋求的救濟在本地無規定時，法院還可以在法律允許的範圍內提供具有同等效力的救濟，使破產程序能順利推行。

(四)兩地破產司法協助安排的路徑構想

內地與香港跨境破產司法協助安排的成功落地，得益於一個可行、合理的路徑。粵港澳大灣區的建設將為此提供頗具可行性的路徑。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》指出，要進一步優化珠三角九市投資與營商環境，提升市場一體化水平；依託粵港澳良好的合作基礎，建立內地與港澳深度合作示範區。國家對大灣區寄予厚望，在這一背景下，加強三地跨境破產司法互助，促進三地破產規則的銜接與破產法律制度的協調至關重要。區別於內地與香港跨境破產司法協助安排，在粵港澳之間，特別是在粵港之間先行達成司法協助協定更具操作性。在大灣區開放與合作的環境氛圍下，可進行更多的合作探索與實踐。相關探索從小範圍到全覆蓋，具有合理性。如1985年廣東高院與香港最高院曾達成“相互協助送達民商事訴訟文書的初步協議”，隨後補充完善成為一個正式協議，為1999年內港之間的送達安排提供寶貴的樣本。²⁹ 內地與香港破產司法協助的有關安排可以參照該模式，在粵港之間先行先試，積累經驗，最終推進內港兩地破產司法協助安排的出台和落地。因此，達成內地與香港跨境破產司法協助安排總體分為兩步：第一步，大灣區內粵港之間可先行就破產司法協助達成一致；第二步，達成更具廣泛意義的內港破產司法協助安排。

第一步，率先實現大灣區內粵港兩地的破產司法協助。首先，應鼓勵粵港兩地法院積極通過個案探索跨境破產司法協助。香港法院從廣信破產案到華信破產案、年富公司破產案，已經向內地展示其積極協助的態度，在客觀上對《破產法》第5條要求的互惠提供先行給惠的支持，但內地法院對此缺乏回應，廣東省法院在相關破產案件中可先行作出積極回應。通過豐富跨境破產司法協助實踐，建立起粵港之間的司法互信，有利於構建粵港間更深層次的合作機制。其次，根據憲法和基本法，香港有立法權，廣東也享有地方立法權。當兩地間尚未能達成具體合作成果時，各地可以通過單方立法的方式為另一法域提供條件更為寬鬆，程序更為便利的破產司法協助。如各地主動制定法律法規，規定更為寬鬆的認可與提供救濟措施條件，明確破產管理人地位等。最後，粵港之間可先行協商制定兩地跨境破產司法協助協議或合作政策。2009年粵港之間簽署了《關於推進前海深港現代服務業合作的意向書》³⁰，促使粵港先行展開服務業法律合作。粵港之間可以加以效仿，就跨境破產司法協助達成一個專門協議，協調跨境破產管轄權衝突、明確管理人地位以及規定認可與提供破產救濟措施等。

²⁹ 張淑鈿：《粵港澳大灣區民商事司法協助的現狀與未來發展》，《中國應用法學》2019年第6期，第124頁。

³⁰ 張淑鈿：《粵港澳大灣區城市群建設中的法律衝突與法律合作》，《港澳研究》2017年第3期，第20頁。

第二步，簽署內地與香港跨境破產司法協助的有關安排。根據《香港基本法》第95條，香港特別行政區可與全國其他地區的司法機關協商進行司法協助。內地與香港至今已達成多項區際司法協助安排，這是中國區際司法協助的一種主要模式，兩地跨境破產也應達成專門的司法協助安排。兩步走的路徑並不意味着探索內港跨境破產司法協助安排要等到第一步實現才可以着手。因為內港跨境破產司法協助安排作為一個正式全面的文件，須考慮更多因素，而且簽署後還要轉化才能生效，所以兩地之間的合作討論與研究應與第一步同時推進，並在借鑑粵港實踐的基礎上不斷完善與更新。具體而言，安排模式在協商達成一致意見並完成簽署後，需要轉化生效。內地應由最高法通過司法解釋予以生效執行，香港則由立法機關修法或制定新法予以生效執行。而且轉化生效可能遇到阻礙，如內地與香港之間在婚姻家事判決認可和執行問題上，雙方在2011年到2016年展開多輪磋商，並於2017年簽署《內港婚姻家事判決安排》。2018年，香港特區政府就已經向立法會提交關於認可與執行內地婚姻家庭案件判決的條例草案，但時至今日，該條例草案還未獲得立法會通過。³¹ 為了防止跨境破產司法協助安排的簽署與生效進程緩慢，無法回應實踐的需求，除了要盡快磋商，還需要重視第一步的實施效果。粵港兩地的跨境破產案件是最集中的，通過司法實踐與先行立法，可以解決大部分的案件；還可以增強對司法協助內容的認同感，縮短內港間達成破產司法協助安排的時間以及促進安排的轉化生效。

現今有關的安排主要是關於送達、取證、仲裁裁決以及判決的認可與執行這四個傳統的司法協助領域，但這並不意味着跨境破產司法協助安排只能在這四個領域內進行。司法協助是一個廣義的範疇，除了送達、取證，認可與執行等，還可以包括司法信息通報、法律查明等與訴訟有關的合作與協助。完善和拓展跨境破產司法協助的內容，並創新司法協助的方式，這也是雙方在協商中應加以關注的內容。

五、結語

結合整個破產程序的運行，筆者認為內地與香港進行跨境破產司法協助的具體內容是：管轄權衝突的協商、區分法律適用、破產管理人地位及權利的明確、肯定破產域外效力以及相互認可與提供破產救濟措施。另外，兩地跨境破產司法協助安排的實現應有一個合理可行的路徑，“兩步走”的路徑構想應運而生。在大灣區建設的大背景下，應先行在粵港之間實現破產司法協助，進而推動內地與香港達成跨境破產司法協助的有關安排。綜上，隨着大灣區建設的深入推進，應順應實踐需求，早日將兩地跨境破產司法協助安排提上日程。

³¹ 張淑鈿：《粵港澳大灣區民商事司法協助的現狀與未來發展》，第118頁。

參考文獻 References:

- 文雅靖：《如何協調粵港澳大灣區法律制度體系》，《開放導報》2019年第2期，第56-60頁。Wen, Y., "How to Coordinate the Legal System of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area," *China Opening Journal*, no. 2, 2019, pp. 56-60.
- 王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，《政法論壇》2009年第5期，第75-83頁。Wang, F., "Study on the Legal Framework of Cross-border Bankruptcy between Hong Kong and the Mainland," *Tribune of Political Science and Law*, no. 5, 2009, pp. 75-83.
- 王曉瓊：《跨境破產中的法律衝突問題研究》，華東政法學院博士學位論文，2006年。Wang, X., "Study on Issues Relating to the Law of Conflicts in Cross-border Insolvency," Doctoral Dissertation of East China University of Political Science and Law, 2006.
- 石靜遐：《中國的跨界破產法：現狀、問題及發展》，《中國法學》2002年第1期，第114-126頁。Shi, J., "The Current Situation and Development of China's Cross-border Insolvency Law," *China Legal Science*, no. 1, 2002, pp. 114-126.
- 石靜遐：《我國破產程序域外效力的實例分析——評香港高等法院對“廣信”破產程序的承認》，《政法論壇》2002年第3期，第41-45頁。Shi, J., "A Case Analysis of the Extraterritorial Effectiveness of China's Bankruptcy Procedures - Comment on the Hong Kong High Court's Recognition of the 'Guangxin' Bankruptcy Procedure," *Tribune of Political Science and Law*, no. 3, 2002, pp. 41-45.
- 石靜霞、黃圓圓：《論內地與香港的跨界破產合作——基於案例的實證分析及建議》，《現代法學》2018年第5期，第170-181頁。Shi, J. & Huang, Y., "An Empirical Study on Cross-Border Insolvency Cooperation between Mainland China and Hong Kong SAR," *Modern Law Science*, no. 5, 2018, pp. 170-181.
- 宋錫祥：《論歐盟跨國破產法》，《法學評論》2007年第4期，第84-89頁。Song, X., "On the EU Transnational Bankruptcy Law," *Legal Review*, no. 4, 2007, pp. 84-89.
- 胡健：《內地與香港跨境破產中的法律問題》，《中國法律》2009年第4期，第43-46頁。Hu, J., "Legal Issues in the Cross-border Insolvency of the Mainland and Hong Kong," *China Law*, no. 4, 2009, pp. 43-46.
- 胡健：《跨境破產：內地與香港不得不面對的難題》，《政府法制》2009年第34期，第17-19頁。Hu, J., "Cross-Border Bankruptcy: Difficulties the Mainland and Hong Kong Have to Face," *Government Legality*, no. 34, 2009, pp. 17-19.
- 馬騰、胡健：《論內地與香港跨境破產中的法律衝突及協調機制》，《安徽大學法律評論》2009年第1期，第31-46頁。Ma, T. & Hu, J., "On the Legal Conflict and Coordination Mechanism in the Cross-border Bankruptcy between the Mainland and Hong Kong," *Anhui University Law Review*, no. 1, 2009, pp. 31-46.
- 張淑鈿：《粵港澳大灣區民商事司法協助的現狀與未來發展》，《中國應用法學》2019年第6期，第

114-127頁。Zhang, S., “The Current Status and Future Development of Judicial Assistance for Civil and Commercial Affairs in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area,” *China Review of Administration of Justice*, no. 6, 2019, pp. 114-127.

張淑鈿：《粵港澳大灣區城市群建設中的法律衝突與法律合作》，《港澳研究》2017年第3期，第17-25、94頁。Zhang, S., “Conflict of Laws and Legal Cooperation in the Construction of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area,” *Hong Kong and Macau Journal*, no. 3, 2017, pp. 17-25, 94.

郭玉軍、付鵬遠：《我國跨國破產承認與協助制度：理論、實踐與規則完善》，《武大國際法評論》2018年第4期，第1-16頁。Guo, Y. & Fu, P., “China’s Recognition and Assistance System of Cross-boarder Insolvency: Theory, Practice and Improvement of Rules,” *Wuhan University International Law Review*, no. 4, 2018, pp. 1-16.

陳婧：《破產宣告的域外效力研究》，《法制與社會》2009年第16期，第29-30頁。Chen, J., “Study on the Extraterritorial Effect of Bankruptcy Declaration,” *Legal System and Society*, no. 16, 2009, pp. 29-30.

黃進主編：《國際私法》，北京：法律出版社，1999年。Huang, J. (ed.), *Private International Law*, Beijing: Law Press China, 1999.

解正山：《跨國破產立法及適用研究——美國及歐洲的視角》，北京：法律出版社，2011年。Xie, Z., *Research on Transnational Bankruptcy Legislation and Application - A Perspective from the United States and Europe*, Beijing: Law Press China, 2011.

謝雯、丘概欣：《粵港澳大灣區建設中司法合作與司法保障的路徑——以涉港澳民商事審判為視角》，《法律適用》2019年第9期，第48-56頁。Xie, W. & Qiu, J., “The Paths of Judicial Cooperation and Judicial Security in the Construction of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area - from the Perspective of Hong Kong and Macao Civil and Commercial Trial,” *Journal of Law Application*, no. 9, 2019, pp. 48-56.