



国际法文库
International Law Series

跨境破产中的 法律冲突问题研究



本书立足于冲突法角度，通过对世界有关国家解决跨境破产法律冲突方法的比较研究，对审判实务中解决跨境破产案件所要研究的问题进行了系统阐述，以期寻求加强各国在跨境破产领域合作的有利契机。

王晓琼 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D922.291.92/13

2008

华东政法大学研究生创新资助计划

跨境破产中的 法律冲突问题研究



王晓琼 著

本书立足于冲突法角度，通过对世界有关国家解决跨境破产法律冲突方法的比较研究，对审判实务中解决跨境破产案件所要研究的问题进行了系统阐述，以期寻求加强各国在跨境破产领域合作的有利契机。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

跨境破产中的法律冲突问题研究/王晓琼著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1

(国际法文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13173 - 2

I. 跨… II. 王… III. 跨国公司 - 破产法 - 研究
IV. D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 185339 号

书 名: 跨境破产中的法律冲突问题研究

著作责任者: 王晓琼 著

责任编辑: 杨丽明 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13173 - 2/D · 1926

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

890mm × 1240mm A5 10 印张 248 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 24.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《国际法文库》总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸现,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面

前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究,这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成华东政法大学国际法文库。这套国际法文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心

的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的教学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

曹建明^①

2007年4月27日

^① 最高人民法院常务副院长,教授、博士生导师。

序

随着经济全球化的深入发展,跨国公司的投资活动正以前所未有的速度发展,跨境破产案件也日益增多。跨境破产涉及复杂的程序法和实体法问题。由于目前国际上并没有统一的处理跨境破产的法律框架,同时,跨境破产往往关系到一国的重大经济利益。所以,许多国家的法院在处理跨境破产案件时往往倾向于采用本国法,而各国破产立法存在着很大差异,因此跨境破产领域中的法律冲突特别突出。随着我国逐步融入经济全球化,跨境破产案件对我国的影响也日益增大。由于我国现行立法对跨境破产中涉及的法律冲突问题的规定不尽完善,在跨境破产司法实践中面临许多难题。因此,如何妥善协调跨境破产的法律冲突,进而促进各国在跨境破产领域展开良好的司法合作,以促进国际投资健康、有序发展,成为国际社会和我国共同关注的重要课题;深入研究当前国际上跨境破产立法的趋势与最新动态,结合我国实际,提出解决跨境破产冲突的具体对策,具有重要的理论和实际意义。

王晓琼在攻读博士期间,选择《跨境破产中的法律冲突问题研究》作为其博士学位论文,进行专题研究,并在此基础上形成专著。本专著的特点有以下几方面:

首先,本书研究视角较新。关于跨境破产涉及的法律问题,目前的研究大多从公司法、破产法角度入手,而本书重点在于从司法实践角度研究如何协调跨境破产中比较突出的法律冲突问题,即对审判实务中解决跨境破产案件所涉及

跨境破产案件管辖权、跨境破产的法律适用、跨境破产承认与执行等现实问题进行系统阐述和讨论。

其次,本书采取比较研究的方法,对世界上一些国家解决跨境破产法律冲突方面的立法及法律措施进行比较研究,力求为完善我国跨境破产立法、解决司法实践中的难题提出可行性对策,并寻求加强各国在跨境破产领域进行合作的契机。这些研究表明,破产法律制度并不是在各国相互隔绝的环境中独立发展的,而是在开放的,与各国法律制度相互接触、相互借鉴中形成自己独特的体系的。

最后,法学理论与审判实践的结合是本书的另一个特点。本书关注跨境破产方面立法与理论的最新发展,对国内外有关解决跨境破产法律冲突的最新立法动态与理论研究都给予了分析评介。本书联系大量实际发生的国内外案例进行理论分析印证,并提出自己的思考。

王晓琼是我指导的博士研究生,她长期从事法律实务工作,平时注重将法学理论与司法实践相结合,认真研究法学领域中的新课题和热点问题,具有较强的研究能力。她能在博士论文的基础上,进一步深入研究并形成专著,我觉得是件好事。希望本书可以抛砖引玉,吸引更多的专家、学者关注跨境破产中的法律冲突问题,以促进我国相关立法与司法实践的发展。由于本书所涉内容大多是跨境破产中出现的难题,许多目前在国际上尚无定论,作者所述只是一家之言,偏颇疏漏之处恐难避免。希望王晓琼在今后的工作和学习中不断进取,学以致用,理论与实际相结合,将更多、更好的研究成果回报于国家和社会。

是为序。

曹建明

2007年4月29日

目 录

引言	(1)
第一章 跨境破产中法律冲突问题之法理基础分析 ...	(8)
第一节 跨境破产的含义及其历史沿革	(8)
第二节 跨境破产中法律冲突问题产生的 原因	(14)
第三节 经济全球化趋势下跨境破产的 发展态势	(20)
第二章 跨境破产案件管辖权问题研究	(28)
第一节 传统国际民商事管辖权理论在跨境 破产中的适用问题	(28)
第二节 跨境破产管辖权冲突产生的原因及 发展趋势分析	(46)
第三节 跨境破产管辖权冲突的解决办法 探究	(52)
第三章 跨境破产的法律适用问题研究	(70)
第一节 破产要件的立法差异对法律适用 规则的影响	(72)
第二节 关于跨境破产程序的法律适用	(87)
第三节 关于跨境破产财产的法律适用	(93)
第四节 关于跨境破产债权的法律适用	(110)
第五节 关于破产管理的法律适用	(113)

第四章 跨境破产判决承认与协助问题研究	(117)
第一节 跨境破产域外效力理论之评析	(118)
第二节 跨境破产判决承认与执行的理论 依据与条件	(140)
第三节 各国有关跨境破产判决承认与执行 方式及发展趋势之探讨	(158)
第五章 跨境破产的法律协调问题研究	(185)
第一节 跨境破产的区域性法律协调 问题研究	(186)
第二节 跨境破产的国际性法律协调 问题研究	(210)
第三节 有关国家对于跨境破产法律协调 趋势的回应	(232)
第六章 我国有关跨境破产立法与实践之思考	(244)
第一节 我国跨境破产实践中凸现的法律 问题评析	(244)
第二节 我国当前跨境破产的法律框架及其 存在的问题	(262)
第三节 完善我国有关跨境破产立法的思考 ...	(277)
参考文献	(296)
后记	(310)

引 言

一、本书的研究意义

随着全球经济一体化的迅速发展,跨境破产案件越来越多。由于各国的破产立法与其政治目标和法律文化背景密切相关,不同国家法律在跨境破产这一问题上存在着很大差异,从而对跨境破产案件进行国际协调也存在着诸多困难。随着我国经济日益融入世界经济的大潮中,我国面临着越来越多的跨境破产案件。但我国现行立法在跨境破产方面存在许多有待完善的地方,给司法实务中处理此类案件带来了困惑。因此,加强对跨境破产有关法律问题的研究非常重要。

跨境破产中的冲突法不仅涉及管辖权、判决的承认和执行等程序上的问题,也涉及法律选择、法律适用等实体法问题。这些问题关系到债权人与债务人实体权利义务的解决,并且都与国家主权原则密不可分。因此,在这一领域,法律冲突格外激烈。所有这些问题的解决,有赖于国际社会的共同努力。通过国际合作,可以防止债权人利用各国的法律差异,就同一债权在多个国家重复获得偿付,损害其他债权人的利益;可以防止债务人利用法律冲突,在不同国家间转移财产;可以使破产清算在一个相对合理的时间内完成,减轻因重复破产带来的不必要的费用负担。可以说,只有进行国

际合作,才能实现跨境破产的基本功能和最终目的。^①

在现代社会,任何民族和国家都不可能孤立存在,它必然与其他民族、国家乃至整个国际社会发生联系和交流。只有坚持国际协调原则,才能适应时代的需要,发挥冲突法应有的作用,为全球经济一体化的发展提供及时、有效的法律救济。对于跨境破产这样一个纷繁复杂的问题,国际冲突法的理论与实践一直是在统一与分立、理想与现实之间寻找平衡点,以达到对各方利益的最优配置。

二、本书的主要体系

本书立足于冲突法角度,对审判实务中解决跨境破产案件所要研究的各个问题进行系统阐述,并引用大量实际发生的国内外案例对有关理论进行分析论证。除引言和后记外,本书共分为六章。

第一章为跨境破产中法律冲突问题的法理基础分析。该章对跨境破产的基本问题进行了阐述,主要涉及三个问题:一是跨境破产的含义、历史发展和法律特征。二是跨境破产中法律冲突问题的复杂性及其产生的原因。笔者认为,跨境破产案件中,法律冲突产生的原因主要在于:首先,缺乏统一的国际规则,以及国家间缺乏协作;其次,各国相关法律规定存在显著差异;最后,各国对于本国债权人利益进行特别维护。破产体系是关于损失分配的封闭体系,它按照预先确定的分类体系分配破产利益,即一方获得的偿付对另一方意味着所得的减少。尽管近几年世界各国在国际合作中付出诸多努力,但仍未改变跨境破产领域中狭隘的以本国利益为重的思想。三是经济全球化趋势下跨境破产的发展态势,以及审理跨境破产案件的基本出发点。在审理跨境破产案件的过程中,各国法律体系普遍表现出了处理此类案件规则

^① 参见吕瑞:《冲突法视野内的跨境破产问题》,西南政法大学2005年硕士学位论文。

的不足,由此促使各国加快制定和完善跨境破产法律制度的步伐,通过修改本国立法以及缔结双边条约和多边条约的方式,为国家间进行有效的跨境破产合作提供了可行的法律框架。在实践中,笔者认为,处理跨境破产案件主要应基于以下出发点:首先,公平对待各国债权人;其次,采取协商合作的态度;最后,坚持互惠对等原则。

第二章是对跨境破产案件管辖权问题的研究。本章主要从三个层面展开论述:首先,论述了在跨境破产中管辖权确定的重要意义。其次,论述了传统国际民商事管辖权理论在跨境破产中的适用。对以“属地”为基础的管辖依据、属人管辖依据、以“当事人意愿”为基础的管辖依据在跨境破产中的适用问题进行了探讨,并对跨境破产管辖权冲突产生的原因和发展趋势予以分析。笔者认为,当前世界各国在管辖权协调方面的发展趋势主要表现为,各国法院对跨境破产案件管辖权的争夺十分激烈,利用各种依据和原则极力扩大本国的管辖权,批评其他国家的“过度管辖权”。但同时,各国又不得不抑制这种扩张心态,进行管辖权协调,以缓和管辖权方面的国际冲突。最后,探讨了解决跨境破产管辖权冲突的办法。第一,笔者认为,应综合考虑各方利益的平衡性以及管辖的有效性、方便性、合理性与合法性等要素确定管辖权。第二,一些传统的解决国际民商事管辖权冲突的原则,如“先受理原则”、“不方便法院原则”在跨境破产中仍可以得到应用。针对跨境破产的特点,区分“主要破产程序”与“非主要破产程序”确定管辖权,对于解决跨境破产案件的管辖权冲突非常有意义。各国可采用协商合作的方式,以减少管辖权的冲突。第三,对于协议管辖原则在跨境破产中的可行性进行了分析。

第三章是对跨境破产法律适用问题的研究,共分为五节。第一节论述了破产要件的立法差异对法律适用规则的影响。对破产实质要件的规定,世界各国的立法大相径庭。对于同一宗破产案件,一国法院会认为,债权人有权资格提出

破产申请或债务人具备破产原因而启动破产程序;但另一国法院会认为,债务人不具备破产的某些要件,不会开始破产程序,因此出现破产要件法律适用上的冲突在所难免。笔者具体分析了对破产原因界定的立法差异、对提出破产申请法律主体规定的不同、对破产程序开始时间规定的不同对法律适用规则的影响,并探讨了跨境破产主体能力的法律适用问题;对自然人破产能力、法人破产能力的法律冲突问题以及各国关于外国人破产能力的规定予以分析。第二节探讨了跨境破产程序的法律适用问题。笔者首先对跨境破产程序法律适用的两种观点——统一主义与复合主义进行了评析;随后对破产主程序与辅助程序的法律适用问题进行了探讨;最后分析了平行破产程序的法律适用问题。在第三节关于跨境破产财产的法律适用问题中,笔者分析了关于破产财产构成范围的法律冲突,探讨了破产财产范围的法律适用问题以及与破产财团有关的权利的法律适用问题;并对破产别除权、破产取回权、破产否认权、破产抵销权的法律适用问题进行了深入探讨。第四节论述了跨境破产债权的法律适用问题。笔者对适用破产宣告国法、适用财产所在地法以及适用原债权自身准据法三种观点进行了探讨。本章的最后一节探讨了关于破产管理的法律适用问题,对于适用破产管理地法和分割适用法进行了分析论证。

第四章是对跨境破产判决承认与执行问题的研究。本章分为三部分:第一部分是跨境破产域外效力理论的评析。笔者对于跨境破产域外效力的三种理论——属地破产主义、普及破产主义、折衷破产主义,从含义、特征、理论基础、利弊几方面进行了深入的分析与论证;并通过论述美国、英国、德国、瑞士、法国等国关于跨境破产域外效力的立法,对跨境破产域外效力的发展趋势进行了评析。第二部分是对跨境破产判决承认与执行的理论依据与条件的分析。在论述了关于跨境破产承认与执行的理论依据后,分析了对跨境破产判决承认与执行的条件。第三部分是对跨境破产判

决承认与执行方式的分析。对跨境破产判决的承认与执行,世界各国的主要做法有:重新提起开始破产程序的请求、根据礼让原则遵从外国程序、采用提起辅助破产程序的方法、援用普通的国际协助方式等。笔者详细论述了美国破产法第304节规定的辅助程序和英国1986年《破产法》第426条规定的辅助程序;并对跨境破产中大陆法系国家和普通法系国家的不同做法进行了评述;同时,对跨境破产判决承认与执行方面的发展趋势进行了分析和评述。笔者认为,目前关于跨境破产判决的承认与执行呈现出如下发展趋势:一是对于“礼让”的解释更为宽泛与灵活;二是各国或地区越来越注重对外国债权人利益的保护;三是注重对平行存在的跨境破产程序的国际协调。

第五章是对跨境破产法律协调问题的研究。目前,在跨境破产方面并没有统一的生效国际公约,而各国立法又存在着显著差异,所以,国家间的法律协调与合作必不可少。本章分为三节:第一节是对跨境破产的区域性法律协调问题的研究。笔者对于欧盟所取得的一系列成果如1970年《欧共体破产公约》初步草案、欧共体1982年《破产程序公约草案》、1990年《伊斯坦布尔公约》、1995年《欧盟关于破产程序的公约》、《欧盟破产条例》等进行了分析与论述;并对其他区域性协定,如《布斯塔曼特法典》和《挪威破产公约》进行了评述;还评述了美国律师协会于2000年起草的跨境破产方案。第二节是对跨境破产的国际性法律协调问题的研究。笔者评述了海牙国际私法会议为形成《海牙公约草案》的努力;并对联合国国际贸易法委员会制定的《跨国破产示范法》进行了详细评介;还论述了其他国际组织如国际律师协会、世界银行、国际货币基金组织在促进跨境破产合作方面的努力。第三节论述了有关国家对于国际上跨境破产法律协调趋势的回应。笔者主要论述了日本关于跨境破产立法的变革、美国破产法第十五章关于“辅助诉讼和其他跨国案件”的规定,以及墨西哥新破产法对《跨国破产示范法》的采用。笔者认

为,合作与发展是不可逆转的当代潮流,对统一的跨境破产协定的承认和施行是国际社会共同努力的方向,各国应当以联合国国际贸易法委员会颁布的《跨国破产示范法》为蓝本,完善关于跨境破产的国内立法,并加强司法协作,以达到对司法资源的最优配置,降低跨境破产的诉讼成本,使债权人可以获得的利益达到最大化。

第六章是对我国有关跨境破产立法与实践的思考。笔者结合世界上跨境破产的最新动向,提出我国在跨境破产的立法及司法实务中存在的问题,并针对这些问题提出自己的思考。本章包括三节:第一节是对我国跨境破产实践中凸现的法律问题的评析。笔者通过对我国司法实践中所发生案例的分析,对司法实践中所涉及的跨境破产的域外效力、管辖权、跨境破产判决的承认与执行、外国债权人的待遇问题进行了探讨,揭示出我国司法实践中处理跨境破产案件的立法缺位。第二节是对我国当前跨境破产的法律框架及其存在的问题的评述。笔者认为,我国关于跨境破产的立法主要存在以下问题:(1)欠缺对跨境破产域外效力的规定;(2)对跨境破产管辖权问题的规定不明确;(3)对跨境破产法律适用的规定不明确;(4)缺乏对于外国破产程序承认与协助的明确规定。第三节针对上述存在的问题,提出了完善我国跨境破产立法的思考,认为主要应从破产域外效力、管辖权、法律适用,以及跨境破产判决的承认与执行等方面进行完善。对于跨境破产管辖权的完善问题,笔者认为,应对跨境破产案件进行集中管辖并重视对管辖权的协调,同时提出了一系列协调措施,包括区分主要破产程序与非主要破产程序确定管辖权,采用先受理法院管辖原则、不方便法院原则等。关于对法律适用的完善,笔者主张,对于跨境破产的法律适用,应采用分割的方式予以规定。首先,区分实体问题和程序问题予以规定;其次,在实体问题上,再进一步予以分割,以确定法律适用问题。关于对跨境破产程序的承认与执行问题,笔者认为,我国立法应明确规定对于跨境破产程序的承认与

执行制度。具体而言,是对承认与执行外国破产判决应遵循的原则、条件、协助方式、可给予的救济措施等予以明确规定。

三、本书的研究方法

在本书的研究方法上,笔者综合运用了文义解释、历史考察、实证研究以及归纳推理、辩证分析等方法。

首先,笔者运用文义解释的方法,对跨境破产的含义进行了分析与界定;运用历史考察的方法,对跨境破产的起源与发展进行了系统的陈述与分析,并通过考察其发展规律,对其未来发展趋势进行了预测。

其次,实证分析方法在本书中也得到了充分应用。笔者引用许多实际发生的国内外案例对所要研究的理论进行了分析论证。

最后,笔者运用比较分析、归纳推理等方法,对世界上不同法系国家或同法系、不同国家的跨境破产制度进行了比较分析,归纳出其中的共性或可取之处,以期对我国立法或司法实务有所借鉴。同时,结合世界上跨境破产的最新动向,提出我国在跨境破产立法及司法实务中存在的问题,并针对这些问题提出自己的思考。在跨境破产领域,现有的理论与法律造成法律适用的许多不确定性和不可预见性。因此,在有关改革中,我们既要考虑结果的确定性和可预见性,又要考虑有关的现实国际体制以及法律移植的本土化问题。

跨境破产中的法律冲突问题非常复杂,既涉及程序法,又涉及实体法,主要涉及国际私法,但也涉及公司法和破产法。本书主要立足于冲突法的角度探讨跨境破产的有关问题。