

內地與澳門跨境破產案件的法律適用

馬哲*

摘要 隨著粵澳深度合作區的發展，涉及內地與澳門兩地的跨境破產案件有望增加。由於兩地擁有不同的法律和司法制度，尤其在跨境破產問題上分別秉持地域主義和普及主義的立場，在民事訴訟案件管轄權的劃分方面也有不同的規則，在目前雙方之間欠缺必要的協調機制的情況下，當事人極有可能借此損害某些債權人的利益。本文在分析現有法律機制及其問題和局限的基礎上，建議內地與澳門借鑒內地與香港之間的實踐經驗，以訂立區際司法協助協定的方式解決兩地在跨境破產問題上的法律衝突。

關鍵詞 跨境破產 內地與澳門 地域主義 普及主義 區際司法協助協議

一、問題的提出

我國法院系統近年來十分重視跨境破產機制的完善工作。跨境破產爭議不僅發生在國與國之間，也會發生在一國內的不同法域之間。^[1] 由於歷史原因，我國形成了一國四法域的狀況：內地、香港、澳門和台灣分別適用不同的法律制度和司法體系。以本文探討的澳門和內地之間的關係為例，澳門作為特別行政區，享有立法權、獨立的司法權和終審權。^[2] 這意味著，一方面，澳門是一個與內地實行不同法律制度的獨立法域，澳門的法律體系由不與基本法相抵觸的原有法律和本地立法機關新制定的法律組成，全國性法律除列於基本法附件三的以外，不在澳門實施，^[3] 包括與破產程序關係密切的《企業破產法》和《民事訴訟法》。另一方面，澳門法院與內地法院之間無隸屬關係，澳門可與國內其他地區的司法機關協商進行司法方面的聯繫和相互提供協助。^[4]

* 馬哲，法學博士，澳門大學法學院高級導師，中國-葡語國家司法法律研究中心副主任。

[1] 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》，載《安徽大學法律評論》2009年第1期，第34-35頁。

[2] 《澳門基本法》第2條。

[3] 《澳門基本法》第8條、第18條及附件三。

[4] 《澳門基本法》第93條。

簡言之，澳門和內地有各自的破產制度，澳門法院和內地法院也各自審理其有管轄權的破產案件。^[5]但是，立法和司法制度的不同以及海關的設置並沒有阻隔人員、資本和財貨的交流，無論自然人還是公司，在內地和澳門同時從事活動和擁有財產的現象極為普遍，粵澳深度合作區的發展更是必然會將此趨勢進一步加深。當一方法院審理的破產案件中出現涉及對方的元素，需要對方協助和提供方便時，可能因為兩地實體法和程序法上的衝突而困難重重。^[6]這便是本文討論並嘗試解決的問題。

二、適用於內地與澳門跨境破產案件的現有法律機制

（一）內地法關於涉外破產案件的規定

我國內地破產法對跨境破產案件的處理作出了原則性的規定。《企業破產法》第5條第1款規定，對於在我國“開始”的破產“程序”，對債務人在我國領域之外的財產亦發生效力。據此，一旦根據我國法律在我國法院就某一債務人展開破產程序，該程序對債務人位處域外的財產亦產生效力，破產管理人原則上可據此將債務人在境外的財產一併納入破產財產。當然，具體如何實踐和操作，仍然不可避免地依賴於財產所在地公權力機關的配合。^[7]接著第2款規定了我國法院對外國已生效的破產“判決”或“裁定”的承認和執行問題，據此，當外國法院就某一債務人作出破產宣告，且該裁判已經生效，但因債務人在中國有財產或其他法律關係而需使該生效裁判獲得中國的承認和在中國執行，外國方面因而向中國提出申請時，中國法院將考慮是否有此國際義務、是否符合互惠原則、是否違反國家主權或公共利益等因素，作出是否承認和執行外國破產裁決的決定。^[8]

這被認為是確認了修正的普及主義的立法原則。^[9]根據普及主義，在本國進行的破產程序，亦對債務人位於外國的財產產生效力；反之，該國也要接受外國破產程序在本國對債務人位於本國的財產產生效力。與傳統的普及主義相比，修正的普及主義兼顧東道國的利益，即允許被請求方自行決定是否對他國開展的破產程序予以承認，為此該法院尤其會考慮承認外國破產程序是否會損害本國債權人和債務人和合法權益，以及是否會損害本國的公共秩序。^[10]與普及主義對立的是地域主義，據

[5] 內地與香港之間的關係亦然。關於內地與香港之間關於跨境破產問題的現有法律機制，參見Emily Lee, *Comparing Hong Kong and Chinese Insolvency Laws and Their Cross-Border Complexities*, *Journal of Comparative Law*, Vol.9, No.2, 2014, p.261 ss.

[6] 參見徐靜琳、程維榮：《憲法與港澳特別行政區有關法律制度研究》，上海社會科學院出版社2016年版，第145頁。

[7] 參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第178頁。

[8] “對外國法院作出的發生法律效力的破產案件的判決、裁定，涉及債務人在中華人民共和國領域內的財產，申請或者請求人民法院承認和執行的，人民法院依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則進行審查，認為不違反中華人民共和國法律的基本原則，不損害國家主權、安全和社會公共利益，不損害中華人民共和國領域內債權人的合法權益的，裁定承認和執行。”

該規定與我國《民事訴訟法》中關於對一般意義上的外國已生效裁決的審查規則並無二致，後者第288條規定，“外國法院作出的發生法律效力的判決、裁定，需要中華人民共和國人民法院承認和執行的，可以由當事人直接向中華人民共和國有管轄權的中級人民法院申請承認和執行，也可以由外國法院依照該國與中華人民共和國締結或者參加的國際條約的規定，或者按照互惠原則，請求人民法院承認和執行。”

[9] 參見石靜遐：《跨國破產的法律問題研究》，武漢大學出版社1999年版，第76-80頁；另參見解正山：《跨國破產立法及適用研究——美國及歐洲的視角》，法律出版社2011年版，第203頁；另參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019年第3期，第143頁；另參見曹啟選、葉浪花：《我國跨境破產的實踐發展和路徑探索——以全國首例香港破產程序認可和協助案的審理為視角》，載《法律適用》2022年第3期，第146頁。

[10] 參見解正山：《美國法學界關於破產域外效力的爭論及其評價》，載《世界經濟與政治論壇》2011年第6期，第56頁；另參見張樂：《從“廣信案”到“華信案”：香港對內地公司跨境破產清算承認與協助的新發展》，載《法律適用》2020年第14

此，在本國開啟的破產程序，在對債務人的財產方面，僅在本國產生效力；對於在外國開展的破產程序，不會在本國對債務人在本國的財產產生效力。^[11]

對比我國《企業破產法》第5條的兩款規定可以發現，第1款規定的是中國破產“程序”對債務人位處境外的財產的效力，但第2款規定的是中國法院對已生效外國破產“判決”或“裁定”的承認和執行問題，而非對外國法院正在進行的破產“程序”進行承認和救濟（協助）的規則。^[12]換言之，我國法一方面宣示在我國開展的破產程序具有域外效力，但如何操作顯然仍需外國方面的配合。另一方面，我國法中規定的是承認和執行外國已生效破產裁決的審查規則，而非承認或協助外國正在進行的破產程序的審查規則。那麼，如有外國法院針對某一債務人開啟破產程序並指定管理人，當管理人發現該債務人在中國境內有財產、債權人或其他法律關係，而希望在中國境內開展部分工作，因而請求中國對正在進行的外國程序本身作出承認並提供相應的協助時，中國法院應否承認？應根據何種標準審查是否承認？在承認的基礎上，可以向外國破產管理人提供哪些協助？這都是中國法中沒有作出明確規定的事項。而該方面規則的不可預期性，也容易影響外國法院對中國法院所開展的破產程序的承認和救濟意願，可能使第5條第1款的規定因無法獲得財產所在外國的配合而成為空談。

因此，自《企業破產法》頒佈以來，我國破產法學者對該法中關於跨境破產的規則多有意見，尤其針對第5條第2款，我國學者普遍認為，該款中雖然提出了多項審查標準，但均十分原則化而欠缺操作性，以致我國法院至今無以該款規定為依據承認外國破產裁判的實踐，這也不可避免地影響了我國法院的破產程序獲得外國法院承認的機會，可能損害我國當事人的利益。^[13]而且，雖然近年來我國的對外開放程度不斷向縱深發展，但在《企業破產法》頒佈之後，我國既沒有對第5條進行細化，也沒

期，第45頁；另參見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第140頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第178頁。

[11] 關於普及主義和與之對立的地域主義的區別，詳見Paul Michael Veder, *Cross-border insolvency proceedings and security rights: a comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Deventer: Kluwer Legal Publishers, 2004, p.85 ss.; see Eugene Y.C. Wong, Jacky C.K. Yeung & Linsey Chen, *Modified Universalism and the Proposed Adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Hong Kong-From the Hanjin Shipping Bankruptcy Case*, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 50, No. 1, January 2019, p.23-25.

[12] See Didi Hu, *Cross-Border Insolvency Regime in China: Finding the Most Pragmatic Interim Solution for Globalized Companies under Localized Practices*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 92, 2018, p.530-532.

[13] 參見王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，載《政法論壇》2008年第5期，第76頁；另參見王欣新、王健彬：《我國承認外國破產程序域外效力制度的解析及完善》，載《法學雜誌》2008年第6期，第10頁；另參見張海征：《論VIE架構對中國跨境破產制度提出的特殊問題》，載《首都師範大學學報（社會科學版）》2016年第3期，第58頁；另參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019年第3期，第144頁；另參見石靜霞：《中美跨境破產合作實例分析：紐約南區破產法院承認與協助“洛娃重整案”》，載《中國應用法學》2020年第5期，第95頁；另參見張玲：《我國與“一帶一路”沿線國家跨境破產司法合作的現實困境與解決路徑》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2020年第6期，第62、65頁；另參見張玲：《我國跨境破產立法的完善：目標、框架與規則》，載《中央民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第1期，第150-151頁；另參見范志勇、徐陽光：《我國跨境破產制度的規範評析與完善路徑——以跨境破產平行模式為中心》，載《福建師範大學學報（哲學社會科學版）》2021年第2期，第98頁；另參見劉琨：《跨境破產協助中的管轄權問題》，載《法律適用》2021年第12期，第49頁；另參見曹啟選、葉浪花：《我國跨境破產的實踐發展和路徑探索——以全國首例香港破產程序認可和協助案的審理為視角》，載《法律適用》2022年第3期，第146頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第174頁；See Emily Lee, *Comparing Hong Kong and Chinese Insolvency Laws and Their Cross Border Complexities*, *Journal of Comparative Law*, Vol.9, No.2, 2014, p.269; see Didi Hu, *Cross-Border Insolvency Regime in China: Finding the Most Pragmatic Interim Solution for Globalized Companies under Localized Practices*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol.92, 2018, p.523-524.

有出台有關的司法解釋，關於跨境破產的立法幾乎處於停滯狀態。另一與本文論題相關的問題是，我國《企業破產法》第5條的適用對象是中華人民共和國領域“外”的財產和“外國法院”作出的發生法律效力的破產案件的判決、裁定，顯然並不能直接適用於內地和香港之間或者內地和澳門之間的跨境破產案件。^[14]

概言之，我國《企業破產法》中關於跨境破產問題的原則性規定欠缺可操作性，在法律發展方面處於停滯狀態，導致跨境破產成為我國破產實踐中的一個棘手的問題；更何況，即使是這一本充滿爭議的法律規定，也不能直接用於處理內地與香港或內地與澳門之間的區際跨境破產案件，對於此類案件，我國內地法律可謂空白。

（二）澳門法關於涉外破產案件的規定

澳門的破產法律制度主要規範在《澳門民事訴訟法典》之中，仍然維繫著傳統民商分立的大陸法系國家為商主體和非商主體設置不同的破產程序的古老做法，適用於前者的“破產”程序與適用於後者的“無償還能力”程序並存。^[15]此外在《澳門刑法典》中有對與破產有關的幾種類型的犯罪及其處罰的規定。澳門破產法中並沒有專門、直接對跨境破產案件的處理規則——例如當在澳門開展的破產程序中涉及域外財產時，該程序對該等財產的效力，又或當域外破產程序涉及位於澳門的財產時，澳門法院應否及如何承認和提供協助——做出規範。^[16]考慮到澳門破產法的立法沿革，^[17]這一缺失並不難理解：現行《澳門民事訴訟法典》幾乎是1961年《葡萄牙民事訴訟法典》的更新版，創新性有限，而後者中有關破產程序的法律規範則是對葡萄牙20世紀30年代破產法的延續，^[18]而跨境破產的問題是直到20世紀90年代末才引起法學界的較密切關注的。^[19]

[14] 最高人民法院也曾明確表明該立場，見2011年9月最高人民法院《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求的覆函》。另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第174頁。

[15] 詳情參見馬哲：《論澳門破產程序的統一和區分》，載《蘇州大學學報（法學版）》2018年第3期，第62頁。以下不再區分二者，而一併以“破產”程序相稱，僅在引用法律條文和另作特別說明時才保留“無償還能力”的表述。這是因為，從法律概念的角度考慮，“破產”一詞應該可以涵蓋“商業企業主的破產”和“非商業企業主的無償還能力”。選擇“破產”而非“無償還能力”作為二者的上位概念則是因為，前者在中文法學中是更為通行的表述（中國內地有《企業破產法》，香港地區有《破產條例》，台灣地區有“破產法”），且作為學科名稱時，“破產法”的表述遠比“無償還能力法”更為常見和規範。

[16] See Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.341.

[17] 詳情參見馬哲：《論澳門法中的破產預防制度——以其與現代破產重整制度的區別為視角》，載《澳門法學》2018年第2期，第114-115頁。

[18] See Augusto Teixeira Garcia, “Consequências da extinção dos efeitos da falência sobre a situação jurídica do falido”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N. 26° (versão Portuguesa), 2008, p.329-330; 另參見唐曉晴：《澳門破產（無償還能力）制度檢討》，載《財經法學》2015年第3期，第52頁；另參見馬哲：《論澳門破產程序的統一和區分》，載《蘇州大學學報（法學版）》2018年第3期，第67-68頁。

[19] 聯合國國際貿易法委員會於1997年頒佈了《貿易法委員會跨國界破產示範法》（UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency），https://uncitral.un.org/zh/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency，最後訪問日期：2024年5月29日。歐盟則於2000年頒佈第1346/2000號條例，立法者的重要考慮是避免破產程序中的當事人通過挑選法院（forum shopping）而損害債權人之間的公平，該條例已被第2015/848號條例取代。跨境破產法自上世紀九十年代以來的發展，另參見張玲：《我國與“一帶一路”沿線國家跨境破產司法合作的現實困境與解決路徑》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2020年第6期，第61-62頁；另參見張玲：《我國跨境破產法立法的完善：目標、框架與規則》，載《中央民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第1期，第150頁。關於歐盟跨境破產機制自2000年以來的發展歷程，詳見馬騰、胡健：《論內地與香港跨境破產中的法律衝突及協調機制》，

但這並不意味著澳門法中全無可能對跨境破產案件產生影響的規則，更不意味著澳門立法者完全沒有預見此類案件發生的可能性。^[20] 在1999年開始施行的《澳門商法典》中有一個與跨境破產有關的重要規定。該法第83條涉及外地商業企業主在外地被宣告破產時，^[21] 該宣告對債務人在澳門所擁有的財產的效力。該條第1款規定，“外地商業企業主用於在澳門之企業代表處之財產，於用以償付因在澳門因經營而負之一切債務後，方得用以償付在外地所負之債務。”據此，如果某一外地商主體同時在澳門從事經營活動和擁有財產，則澳門的債權人——不僅限於有優先權的債權人——對債務人在澳門的財產享有優先權。^[22] 接著該條第2款規定，“外地當局宣告外地商業企業主破產之決定，於前款規定之義務履行後，方適用於前款所指之財產。”據此，如果在澳門有經營活動和財產的外地商主體被外地法院宣告破產，必須以債務人在澳門的財產優先用於滿足澳門的債權人，仍有剩餘部分方併入破產財產，在澳門以外各地的債權人之間進行平等分割；否則澳門法不承認外地破產宣告對債務人位於澳門的財產的效力。與《澳門商法典》中的這一條文類似，且作為商法典立法者參照範本的法律規範還有澳門第32/93/M號法令《金融體系法律制度》第25條。^[23]

可見，在這一問題上，澳門法體現了明顯的地域主義的立法傾向。^[24] 這一規則在英美法上又被稱為“圍欄規則”，在1948年的英國公司法和1967年的新加坡公司法中均有類似規定。^[25] 此類規則的立法背景往往是有關國家或地區經濟處於依靠外國投資的階段，例如上世紀六十年代的新加坡和九十年代的澳門正是如此。在此背景下，圍欄規則保護境內債權人，可以增強投資者在本地的投資的信心。^[26] 當然，圍欄規則的缺點也很明顯：^[27] 第一，這與現代破產法的理念和發展趨勢背道而馳；第

載《安徽大學法律評論》2009年第1期，第33頁；另參見陳夏紅：《歐盟新跨境破產體系的守成與創新》，載《中國政法大學學報》2015年第6期，第51頁及以下。

[20] See Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.341.

[21] “商業企業主”基本上對應於歐洲傳統商法中的“商人”概念，唯因《澳門商法典》融合傳統商人主義和商行為主義，採納企業主義的商法典立法模式，因此將描述商主體的法律術語改為“商業企業主”。詳見馬哲：《論澳門破產程序的統一和區分》，載《蘇州大學學報（法學版）》2018年第3期，第68-69頁；另參見馬哲：《“營業”的破產法意義——兼論對我國〈企業破產法〉的完善建議》，載《中國政法大學學報》2021年第4期，第119頁。

[22] 需注意的是，此處所謂“澳門的債權人”，並不是強調債權人為澳門居民或住所設於澳門的法人，而是指在澳門設立的債務關係中的債權人，參見Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.341.

[23] 該條規定，“一、住所在外地之信用機構須對其獲許可在本地區經營之分行所進行之經營活動負責。二、信用機構在外地所承擔之債務，可由在本地區分行之登記資產負責，但該分行必須先履行在澳門承擔之全部債務，包括由在澳門執行之司法判決所確認之分行未登記之負債。三、外地當局對信用機構作出破產或清算之決定，僅在履行前款規定且經本地具管轄權之法院審查後，方可適用於設在澳門之分行，但如該分行已納入整體清算程序者，則不在此限。”

[24] See Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.341.

[25] See Chan Sek Keong, Cross-border Insolvency Issues Affecting Singapore, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, September 2011, p.417.

[26] 關於一國是否在經濟上高度依賴他國對其採納地域主義抑或普及主義的影響，參見Sefa Franken, Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, No. 1, 2014, p.97 ss.

[27] See Chan Sek Keong, Cross-border Insolvency Issues Affecting Singapore, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, September 2011, p.413; see Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal

二，“圍欄”內的資產其實很容易被轉移到境外，給予本地債權人保護的條款在實踐操作層面意義有限；第三，這會激發外國或其他地區提出互惠待遇要求，從而影響本國在境外投資的資產狀況。尤其是，隨著經濟的發展，原本依賴外來投資的經濟體，完全可能發展為富庶的經濟體，吸引外來投資的動力下降，反倒是向外投資的需求增加，在此情況下，圍欄規則的存在可能導致本國居民或公司在外國的投資利益無法獲得有效保障。^[28]

另一個與涉及澳門的跨境破產案件有關的問題是管轄權的問題。根據《澳門民事訴訟法典》第20條，如果有關債務人是住所設於澳門的法人，則不論其為商主體（例如《澳門商法典》中規範的公司），還是非商主體（例如《澳門民法典》中規範的社團、財團），對旨在宣告該債務人破產的案件，澳門法院擁有專屬管轄權。^[29]這一條文的目的是拒絕外地法院對此兩類案件作出審理和裁判，因為這兩類案件被認為涉及澳門的整體經濟利益。^[30]而根據該法典第1200條，如果外地法院就澳門法院擁有專屬管轄權的案件做出了裁判，繼而請求後者承認該裁判，後者應拒絕承認。^[31]《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》中也確認了這一點。^[32]據此，如果某債務人為住所位於澳門的法人，但因其其在內地有經營活動、財產或者其他法律上的聯結而被內地法院宣告破產，之後請求澳門法院對此內地判決進行認可時，澳門法院將拒絕作出認可。同時，因為澳門法中關於此類案件專屬管轄權的確定以“住所”為依據，所以即使實踐中存在的某債務人住所位於澳門但主要甚至全部經營活動均位於內地，內地法院對該債務人做出的已生效破產裁決，仍然無法獲得澳門法院的確認，從而難以在澳門執行其財產。

此外，根據《澳門民事訴訟法典》第16條m項的規定，還有兩類澳門法院有管轄權——但非專屬管轄權——的涉外破產案件，其一是債務人的主要行政管理機關在澳門的情況，其二是債務人在澳門有關債務且在澳門有分支機構的情況，但在此情況下，澳門法院僅清算債務人位於澳門的財產。^[33]

Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.341-342; 另參見龍光偉、王芳、葉浪花：《“一帶一路”背景下中國跨境破產的發展路徑選擇——新加坡跨境破產發展歷程的經驗與啟示》，載《人民司法》2020年第1期，第71頁；另參見張玲：《我國與“一帶一路”沿線國家跨境破產司法合作的現實困境與解決路徑》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2020年第6期，第70頁；另參見劉琨：《跨境破產協助中的管轄權問題》，載《法律適用》2021年第12期，第48頁。

[28] 例如，加拿大曾經因為日本採納地域主義立場而拒絕承認後者的破產程序，見[日]山本和彥：《日本倒產處理法入門》，金春等譯，法律出版社2016年版，第234頁。

[29] 《澳門民事訴訟法典》第20條：“澳門法院具專屬管轄權審理下列訴訟：a) 與在澳門之不動產之物權有關之訴訟；b) 旨在宣告住所設於澳門之法人破產或無償還能力之訴訟。”

[30] See Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, *Lex-Edições Jurídicas*, 1994, p.57-58; 另參見[葡]Cândida da Silva Antunes Pires & Viriato Manuel Pinheiro de Lima: 《澳門民事訴訟法典注釋與評論》（第一冊），鄧志強譯，法律及司法培訓中心2019年版，第72頁。

[31] 《澳門民事訴訟法典》第1200條第1款規定了澳門法院確認外地法院裁判的必備要件，其中一個要件為該款c項規定的“作出該裁判之法院並非在法律欺詐之情況下具有管轄權，且裁判不涉及屬澳門法院專屬管轄權之事宜”。

[32] 該安排第11條第1款規定，“被請求方法院經審查核實存在下列情形之一的，裁定不予認可：（一）根據被請求方的法律，判決所確認的事項屬被請求方法院專屬管轄；……。”

另需說明的是，在我國的規範用語體系中，國家與國家之間對民商事程序和裁決的承認為“承認”，一國之內不同法域之間的類似活動稱為“認可”，見劉琨：《跨境破產協助中的管轄權問題》，載《法律適用》2021年第12期，第47頁。

[33] 《澳門民事訴訟法典》第16條m項規定，澳門法院對下列案件有管轄權：“旨在宣告破產之訴訟，只要有關商業企業主之住所或主要行政管理機關位於澳門，又或以上兩者均不位於澳門，但訴訟系因在澳門所負之債務或應在澳門履行之債務而引致，且該商業企業主在澳門設有分支機構、代辦處、子機構、代理處或代表處；然而，清算僅限於在澳門之財產。”

對於此兩類案件，由於其與澳門法律秩序有一定聯結，澳門法院有管轄權，也不得拒絕管轄，但不具有排他的管轄權，不排除其他地方的法院亦可審理。^[34]此時尤其可能出現在一地法院進行破產程序而需獲得另一地法院之承認（認可）或協助的情況。

（三）內地與澳門之間的區際司法協助安排

除了各自法律體系中關於涉外破產案件適用規則的零星規定以外，內地和澳門之間還有關於民商事領域司法協助的協議。2006年，最高人民法院與澳門特別行政區根據《澳門基本法》第93條的規定達成《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》，根據安排第1條，該安排的適用範圍包括“內地與澳門特別行政區民商事案件（在內地包括勞動爭議案件，在澳門特別行政區包括勞動民事案件）判決的相互認可和執行”以及“刑事案件中有關民事損害賠償的判決、裁定”，唯不適用於行政案件。該安排中未有如內地與香港之間的對應安排第3條一般排除某些案件的條款，更未明確排除破產案件。^[35]據此，當債務人在澳門和內地均有法律上的聯結而被其中一地法院宣告破產時，只要所涉及的非為被請求法院有專屬管轄權的案件，且不違反被請求法院所在地的法律和公共秩序，請求方所作生效裁決可獲對方確認和執行。

但是，不能忽視的是，同內地《企業破產法》一樣，該安排解決的仍然是對裁決的認可和執行問題，而非對程序本身的認可和協助問題。當債務人在澳門和內地均有法律上的聯結而被其中一地法院啟動破產宣告程序時，該進行之中之程序能否獲得對方法院的認可和救濟，並非2006年安排所解決的問題。雙方之間關於進行之中的程序的區際司法協助問題的協議是2001年簽署的《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》，顧名思義，該協議的宗旨是促成兩地法院在“民商事案件”中“相互委託送達司法文書和調取證據”。^[36]破產案件作為民商事案件，自然可以適用該安排，但顯然通過此安排解決的是僅限於送達文書或調取證據等程序方面的問題，而無法解決一地法院制定的破產管理人在對方領域上行使職權等實質性問題。

概言之，目前內地與澳門之間沒有關於跨境破產案件的專門安排，只有關於民商事案件的一般安排，解決的是已生效裁決在對方法院的認可和執行問題；而對於進行之中的案件的司法協助，兩地之間

[34] See Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex-Edições Jurídicas, 1994, p.41 e 56-57; 另參見[葡]Cândida da Silva Antunes Pires & Viriato Manuel Pinheiro de Lima: 《澳門民事訴訟法典注釋與評論》（第一冊），鄧志強譯，法律及司法培訓中心2019年版，第72頁。

[35] 2006年，最高人民法院與香港特別行政區達成《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》，與同時期內地與澳門之間的協議對比可見，這一安排的適用範圍僅限於“當事人協議管轄”的民商事案件，而非所有案件。直到2019年，最高人民法院才再度與香港達成《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》，自此兩地的大多數民商事案件都有望在此安排之下獲得相互認可和執行。但即便在2019年的新安排中，仍然排除了某些案件，包括破產案件，對此該安排第3條第5款規定，“本安排暫不適用於就下列民商事案件作出的判決：……（五）破產（清盤）案件；……。”有學者分析，該安排將破產案件排除在外的原因在於，破產案件具有集體性等特點，對破產案件的承認、執行和司法協助遠比一般民商事案件複雜和敏感，且破產程序與經濟深度掛鉤，詳見石靜霞：《香港法院對內地破產程序的承認與協助——以華信破產案裁決為視角》，載《環球法律評論》2020年第3期，第163頁；另參見岳燕妮、唐姍、王芳：《內地與香港跨境破產的實踐探索》，載《人民司法》2020年第25期，第4頁。

[36] 值得一提的是，隨著粵澳合作的不斷加深，內地與澳門於不久前修改該安排的文本（法釋（2020）1號）。這次修改的主要內容包括：授權內地部分中級人民法院和基層人民法院，特別是粵港澳大灣區內的基層人民法院，直接與澳門特區終審法院進行委託送達司法文書和調取證據（第2條）；透過構建內地與澳門的司法協助網路平台，以電子方式轉遞司法協助相關文書（第3條）；新增透過視頻、音訊等方式作證（第23條）等。<https://www.gov.mo/zh-hant/news/313911/#&gid=1&pid=2>，最後訪問日期：2022年7月1日。

也有關於程序性事項（送達文書、調取證據等）的協議。但是，該等適用於一般民商事案件的安排顯然沒有考慮破產程序的特殊性和專門問題，^[37]留下一些問題難以解決。

（四）小結

綜上所述，根據內地和澳門法中各自關於涉外破產案件的零星規定，可對涉及兩地的跨境破產案件的法律適用的現有機制做如下總結：

第一種情況：債務人為住所設于澳門的法人。此時，澳門法認為澳門法院對宣告此類債務人破產的案件有專屬管轄權，即使內地法院因為其他法律上的聯結而作出裁判，澳門法院也將根據《澳門民事訴訟法典》第1200條的規定拒絕對有關裁判做出確認。最極端的情況可能是債務人在澳門無任何經營活動，全部的活動均位於內地，仍不改變上述結果。反之，如果澳門法院對此類案件作出裁判，繼而請求內地法院對已生效裁判進行確認和執行，內地法院將根據《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》中的規定進行審查和認可。此時可能發生的一種情況是，澳門法院可能在裁判過程中依據“圍欄規則”優先保障了本地債權人的利益，以至於違反了內地破產法中的債權人平等原則，^[38]被請求的內地法院有理由拒絕認可。^[39]

第二種情況：債務人住所設于內地而主要行政管理機關在澳門。此時內地與澳門法院均有管轄權。如果在內地法院進行有關程序，似乎可以得出該程序自動對債務人位於澳門的財產產生效力的結論，^[40]但根據《澳門商法典》第83條，該程序對位於澳門的財產產生效力是有條件的，即以位於澳門的財產優先滿足澳門債權人的債權。在這一問題上，地域主義的澳門法與修正的普及主義的內地法之間存在衝突。反之，如果當事人選擇了在澳門法院進行破產程序，而澳門法院根據《澳門商法典》第83條的規定優先保護了本地債權和本地債權人，則如前一種情況，澳門法院所作出的裁判在尋求內地法院認可和執行的時候可能因為違反內地破產法的債權平等原則和損害內地債權人的利益而遇到障礙。

第三種情況：債務人的住所和行政管理機關均位於內地，但在澳門設有代表處並擁有財產。此時，如果債務人因為在澳門活動所負債務而成為破產程序的物件時，澳門法院對案件有管轄權，但僅能清算債務人在澳門的財產。澳門法院在清算該債務人在內地的財產時，同樣會根據《澳門商法典》第83條的規定優先保障本地債權人的利益。此時有兩種可能性。其一是債務人在內地的財產相對充裕，可以實現更高的清償比例，甚至無需陷於破產境地。在此情況下，當澳門方面的利害關係人請求

[37] 破產程序相比于一般民商事程序的特殊性，見王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，載《政法論壇》2008年第5期，第81-82頁；另參見石靜霞、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》，載《現代法學》2018年第5期，第178頁；另參見方達跨境破產研究小組：《跨境破產中若干重要問題的實務操作及建議》，載《人民司法》2020年第25期，第25頁；另參見張玲：《我國跨境破產法立法的完善：目標、框架與規則》，載《中央民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第1期，第152頁。

[38] 我國《企業破產法》第1條規定：“為規範企業破產程序，公平清理債權債務，保護債權人和債務人的合法權益，維護社會主義市場經濟秩序，制定本法。”

[39] 《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》第11條規定，“被請求方法院經審查核實存在下列情形之一的，裁定不予認可：……（六）在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益；在澳門特別行政區認可和執行判決將違反澳門特別行政區法律的基本原則或者公共秩序。”

[40] 得出該論斷的依據甚至不是《企業破產法》第5條第1款，因為該款規定的是，對債務人在“中華人民共和國領域外”的財產發生效力，而《澳門基本法》第1條規定，“澳門特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分”，債務人位於澳門的財產仍然是在中華人民共和國領域內的財產。即使認為立法者的本意是將特別行政區視為特殊的地域，根據《企業破產法》第5條第1款所顯示的立法精神，也能得出相同的結論。

內地方面認可澳門做出的破產裁判而使澳門債權人獲得更高比例的清償時，該澳門裁判同樣可能因為違反內地破產法的債權平等原則和損害內地債權人的利益而被拒絕認可。第二種可能性是債務人在內地的財產也遠遠無法滿足債權人的債權，同時成為內地破產程序的物件，則此時不僅在程序上出現了平行破產的不效率的局面，而且在實質上也會出現兩地法律對內地破產程序是否對位於澳門的財產產生效力的認識不一致的局面。一言以蔽之，地域主義和修正的普及主義之間的衝突和對立，是始終橫互在內地與澳門跨境破產案件合作中的一個障礙。

此外，無論在內地還是在澳門針對某一與兩地均有聯結的債務人進行破產程序，如果審理法院在程序進行過程中需要獲得對方法院的協助，均可以根據《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》而獲得一些程序方面的協助。但是，如前所述，對於一些更為實質性的問題，例如審理法院所委任的破產管理人能否在對方地域範圍內開展工作，尤其是其能否針對位於對方地域範圍內的債務人財產採取行動，^[41]無論內地法、澳門法還是兩地之間的司法互助協議，均沒有對此做出明確安排。

三、現有機制的問題和局限

綜上所述，概而言之，目前涉及內地和澳門兩地的跨境破產案件的法律適用機制可能具有如下幾方面的問題。

首先是管轄權界分的不明確。如前所述，債務人的住所、行政管理機關、分支機構、財產所在地的不同分佈，形成不同的排列組合，都可能影響兩地法院是否擁有管轄權甚至專屬管轄權的問題。可能造成不便的情況例如，當有內地法院因為不瞭解澳門法律，而對澳門法認為本地法院具有專屬管轄權的案件作出審理時，所做出的生效裁決也無法獲得澳門法院的認可和執行。

其次是兩地在跨境破產立法理念上的衝突問題。內地在跨境破產問題上採納的是修正的普及主義的立法原則，而澳門採納的是地域主義的立法原則，這可能給兩地之間破產裁決的互認帶來困難。當澳門法院針對某一在內地和澳門均有法律上的聯結的債務人進行了破產程序，並在此過程中通過“圍欄規則”優先保護了本地債權和本地債權人的利益，繼而請求內地法院對此裁決進行認可和執行時，內地法院極有動力拒絕。反之亦然。如果啟動破產程序並做出裁決的是內地法院，根據內地法，該程序對債務人位於澳門的財產亦產生效力，當內地法院據此作出裁判時，被請求認可和執行的澳門法院可能以有關裁判違反本地法律規定為由拒絕。

這又涉及第三個問題，即我國法院在審查是否要承認和執行外國破產程序時所秉持的審慎但不清晰的態度。該問題並不為內地和特別行政區之間的區際破產案件所獨有，而是一個普遍存在於關係我國的跨境破產案件的一般問題。如前所述，根據《企業破產法》第5條第2款，我國法院在決定是否對域外破產裁決進行承認和執行時，採取的是相對嚴格和審慎的立場，其中一個要遵守的要求就是審查做出這樣的承認是否符合互惠原則，而對該原則的堅持，往往成為我國法院承認或執行境外破產程序的障礙。^[42]

[41] 它們也是跨境破產案件中最棘手、最重要的問題，見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第146-147頁。

[42] 參見王欣新、王健彬：《我國承認外國破產程序域外效力制度的解析及完善》，載《法學雜誌》2008年第6期，第

澳門與內地之間的跨境破產實踐尚不豐富，^[43] 因此上述問題尚未直接影響內地與澳門之間的跨境破產案件，但在內地對香港之間的跨境破產實踐中已經有所顯現。與內地的審慎態度不同，實踐中香港高等法院承認域外破產程序通常要求具備兩個前提條件：^[44] 其一是該域外破產程序為集體性程序，因為集體性被認為是破產程序的核心、不可取代的特徵，^[45] 也是普通法系國家推進跨境破產承認和協助的重要原因；^[46] 其二，域外破產程序是由債務人成立地的法院開啟的。我國《企業破產法》中的有關規定顯示內地的破產程序符合集體性這一特徵，^[47] 於是只要內地法院是與債務人有足夠聯結的法院，所做判決要獲得香港法院的認可通常障礙不大。^[48] 實踐中，近年來，香港法院數次對內地破產程序進行認可和協助，^[49] 而內地法院在2021年之前則未認可過香港的破產或清盤程序，對香港程序中任命的管理人或清盤人提出的協助請求亦未作出積極回應。^[50] 這便是由兩地審查標準

12頁；另參見石靜霞、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》，載《現代法學》2018年第5期，第172頁；另參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019年第3期，第146頁；另參見曹啟選、葉浪花：《我國跨境破產的實踐發展和路徑探索——以全國首例香港破產程序認可和協助案的審理為視角》，載《法律適用》2022年第3期，第146頁；See Didi Hu, Cross-Border Insolvency Regime in China: Finding the Most Pragmatic Interim Solution for Globalized Companies under Localized Practices, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol.92, 2018, p.538.

[43] 但並非完全沒有。2003年前後，成立於澳門的珠江集團公司陷入財務危機，內地、香港和澳門的債權人分別向三地法院申請宣告其破產，從而進行了三個平行程序，見王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，載《政法論壇》2008年第5期，第80-81頁。

[44] 參見[英]喬納森·夏利士：《香港法院審理公司清盤案件情況綜述》，王芳譯，載徐陽光、張婷主編：《破產法茶座》，法律出版社2020年版，第254-255頁；另參見張燦：《從“廣信案”到“華信案”：香港對內地公司跨境破產清算承認與協助的新發展》，載《法律適用》2020年第14期，第43-44頁。

[45] See Rizwaan Jameel Mokal, “The Authentic Consent Model: contractarianism, Creditors’ Bargain, and corporate liquidation”, in *Legal Studies*, Volume 21, Issue 3, September 2001, p.401; 另參見石靜霞：《中美跨境破產合作實例分析：紐約南區破產法院承認與協助“洛娃重整案”》，載《中國應用法學》2020年第5期，第94頁。

[46] See Eugenio Vaccari, “The Ammanati Affair: Seven Centuries Old, and Not Feeling the Age”, in *Chicago-Kent Law Review*, Vol.93, No.3, 2018, p.835.

[47] 是否具有“集體性”，一個關鍵的判斷要素是“在不違反當地優先事項和法定例外情況以及與有擔保債權人的權利有關的當地除外規定的條件下，該程序是否處理債務人幾乎所有的資產和負債”，見《貿易法委員會跨境破產示範法與頒佈及解釋指南》第70段。香港司法實踐中通常所理解的“集體性”，是指有關程序是“為了全體債權人的利益而集中執行債務的過程”，見張燦：《從“廣信案”到“華信案”：香港對內地公司跨境破產清算承認與協助的新發展》，載《法律適用》2020年第14期，第44頁。

[48] 參見[英]喬納森·夏利士：《香港法院審理公司清盤案件情況綜述》，王芳譯，載徐陽光、張婷主編：《破產法茶座》，法律出版社2020年版，第259頁。

[49] 包括廣信案、華信案（[2020] HKCFI 167 HCMP 2295/2019, by High Court of the Hong Kong Special Administration Region Court of First Instance）、年富案（[2020] HKCFI 965 HCMP 708/2020, IN THE HIGH COURT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION COURT OF FIRST INSTANCE）。

[50] 參見石靜霞、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》，載《現代法學》2018年第5期，第172頁；另參見石靜霞：《香港法院對內地破產程序的承認與協助——以華信破產案裁決為視角》，載《環球法律評論》2020年第3期，第163頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第175頁；See Emily Lee, Comparing Hong Kong and Chinese Insolvency Laws and Their Cross Border Complexities, *Journal of Comparative Law*, Vol.9, No.2, 2014, p.276-277.

直到雙方之間做出後文將會提及的合作安排後，直至2021年12月，深圳市中級人民法院認可了香港高等法院關於森信公司的破產程序，認可了香港清盤人的身份，並協助他們在內地開展有關工作，見廣東省深圳市中級人民法院（2021）粵03認港破1號民事裁定書。另參見曹啟選、葉浪花：《我國跨境破產的實踐發展和路徑探索——以全國首例香港破產程序認可和協助案的審理為視角》，載《法律適用》2022年第3期，第143、148頁。

的不一致所導致的。值得一提的是，香港與內地在跨境破產問題上同採修正的普及主義立場，^[51]在司法實踐過程中尚且出現了前述不平衡的局面，如果有關案件涉及的是採納地域主義的澳門，不確定性只怕會更高。

其四，目前內地與澳門之間有關跨境破產案件的現有機制主要解決的是對已生效裁決的認可和執行問題，而較少涉及對正在進行中的程序本身的認可和協助問題；即使是對進行中的程序的司法協助方面的安排，也只涵蓋程序性事項，即送達文書和調取證據，而無涵蓋實質性事項，例如一地法院所指定的破產管理人在另一地可以行使哪些職權。如果只有認可而無協助，認可的效果也將大打折扣。^[52]

四、完善內地與澳門跨境破產認可與協助機制的初步建議

要解決一國之內不同法域之間的法律衝突問題，最徹底的方案當然是規則的銜接，例如擴大某一法域的法律的適用範圍，或者制定共同適用於不同法域的統一的示範法，甚至進行統一的中央立法。^[53]但是，我國內地和特別行政區之間擁有不同的立法和法律傳統以及法治文化，要制定超越法域的上位的示範法甚至制定統一立法談何容易。

以地域主義和普及主義的對立問題為例：我國學者和法律實踐者通常認為前者是保守的、落後的，與普及主義主張的單一破產程序背道而馳，^[54]退回地域主義幾無可能；反之，澳門轉向普及主義並非不可能，但至少不可能一蹴而就。就澳門在跨境破產問題上的地域主義立場而言，傳統上嚴守地域主義和互惠原則的日本已經在本世紀初的法律改革過程中採納了《貿易法委員會跨國界破產示範法》中的基本立場，轉向了普及主義，^[55]採納圍欄規則的立法代表新加坡也已於2017年從地域主義轉向了普及主義的立法模式，^[56]而澳門自本世紀初期以來，博彩業蓬勃發展，積累了大量資金，成

[51] 參見張燦：《從“廣信案”到“華信案”：香港對內地公司跨境破產清算承認與協助的新發展》，載《法律適用》2020年第14期，第48頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第179頁。

需說明的是，香港並沒有通過成文法明確其修正的普及主義立場，但其司法實踐顯示出對該立場的採納，參見Eugene Y.C. Wong, Jacky C.K. Yeung & Linsey Chen, Modified Universalism and the Proposed Adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Hong Kong-From the Hanjin Shipping Bankruptcy Case, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol.50, No.1, January 2019, p.32-36.

[52] 參見石靜霞：《香港法院對內地破產程序的承認與協助——以華信破產案裁決為視角》，載《環球法律評論》2020年第3期，第169頁；另參見方達跨境破產研究小組：《跨境破產中若干重要問題的實務操作及建議》，載《人民司法》2020年第25期，第28頁。

[53] 參見陳欣新：《大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法》，載《港澳研究》2020年第1期，第88-89頁；另參見司豔麗：《粵港澳大灣區法律規則銜接疑難問題研究——以多元化糾紛解決機制為切入點》，載《中國法律評論》2022年第1期，第215-216頁。

[54] 參見龍光偉、王芳、葉浪花：《“一帶一路”背景下中國跨境破產的發展路徑選擇——新加坡跨境破產發展歷程的經驗與啟示》，載《人民司法》2020年第1期，第71頁。

[55] 參見張玲：《跨境破產法統一化方式的多元化》，載《政法論壇》2007年第4期，第146頁。

[56] See Minjee Kim, Cross-Border Insolvency and Debt Restructuring Law Reform in Singapore: Reflections on the Hanjin Shipping Case, *Australian Journal of Asian Law*, Vol.19, No.2, 2019, p.233-234; 另參見龍光偉、王芳、葉浪花：《“一帶一路”背景下中國跨境破產的發展路徑選擇——新加坡跨境破產發展歷程的經驗與啟示》，載《人民司法》2020年第1期，第72頁；另參見張玲：《我國與“一帶一路”沿線國家跨境破產司法合作的現實困境與解決路徑》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2020年第6期，第63頁。

為全球最富庶的地區之一，社會經濟狀況也已與當初確立圍欄規則時顯著不同，並不排除澳門有朝一日以修改其《商法典》和《金融體系法律制度》的方式放棄地域主義立場。但是，這有賴於澳門自身法律改革程序的啟動和運作，而在此過程中必然經歷細緻的討論。^[57]又如，澳門民事訴訟法中關於管轄權、專屬管轄權的規則，以葡萄牙和澳門的民事訴訟法學理論為基礎，亦難以在短期內推翻重構。^[58]同理，就我國內地法院在審查域外破產裁決時所秉持的互惠原則立場，已有學者建議遵照國際趨勢去除這一要求，^[59]我國法院近年來在司法實踐中也逐漸對這一要求進行軟化處理，^[60]但這項任務顯然也不可能立即完成，而必然經歷一個持續的過程。^[61]在前述問題解決之前，協調規則的欠缺極可能導致債務人嘗試適用對自己最為有利的法域的制度去進行破產程序，可能轉移財產至對自己最有保障的地方，從而不當損害債權人的利益。^[62]

簡言之，以一地修改域內法、向另一地靠攏的方式實現法律規則的對接固然不無可能性，甚至本身也符合法律發展趨勢，但採用此種方式必然曠日持久，而且有賴於各地自身法律改革機制的運作。更何況，即使徹底實現全國範圍的統一立法，也未必符合一國兩制的原則和精神。^[63]在此情況下，要解決內地和澳門之間的跨境破產問題，目前看來最便宜的方式是通過區際司法協助協議，在此之前，出於時效性等方面的考慮，也可以雙方磋商的方式確定過渡機制，作為權宜之計。^[64]

[57] 澳門商法權威曾指出，地域主義並不必然劣後於普及主義，甚至在比較法上亦為較普遍的實踐，參見Augusto Teixeira Garcia, “Chapter 19: Macau Insolvency Law and Cross-Border Insolvency Issues”, in Muruga Perumal Ramaswamy & João Ribeiro (eds.), *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific/New Zealand Association for Comparative Law, 2015, p.342-343. 關於地域主義在比較法上的實踐，另參見Ethan Meredith, *Bilateral Insolvency Agreements: A Two-Sided Solution for Reciprocity in Cross-Border Insolvency*, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 8, No. 3, 2017, p.382.

[58] 因為現有的法律規定會形成一種路徑依賴，使得扭轉現有機制變得並不容易，參見Horst Eidenmueller, Nils Jansen, Eva-Maria Kieninger, Gerhard Wagner & Reinhard Zimmermann, *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, *Edinburgh Law Review*, Vol.16, No.3, 2012, p.354.

[59] 參見石靜遐：《跨國破產的法律問題研究》，武漢大學出版社1999年版，第104頁；另參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019年第3期，第146頁。破產法中的這一互惠要求，與我國民事訴訟法中的要求相一致，後者在民事訴訟法學理和實踐中同樣備受詬病，另參見徐偉功：《我國承認與執行外國法院判決制度的構建路徑——兼論我國認定互惠關係態度的轉變》，載《法商研究》2018年第2期，第178-180頁。當然，也有學者從我國實際情況出發，肯定我國堅持互惠原則的合理性和實踐意義，參見Didi Hu, *Cross-Border Insolvency Regime in China: Finding the Most Pragmatic Interim Solution for Globalized Companies under Localized Practices*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol.92, 2018, p.534-535.

[60] 參見石靜霞：《香港法院對內地破產程序的承認與協助——以華信破產案裁決為視角》，載《環球法律評論》2020年第3期，第169頁；另參見方達跨境破產研究小組：《跨境破產中若干重要問題的實務操作及建議》，載《人民司法》2020年第25期，第25-26頁；另參見范志勇、徐陽光：《我國跨境破產制度的規範評析與完善路徑——以跨境破產平行模式為中心》，載《福建師範大學學報（哲學社會科學版）》2021年第2期，第107頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第184-185頁。

[61] 參見方達跨境破產研究小組：《跨境破產中若干重要問題的實務操作及建議》，載《人民司法》2020年第25期，第26頁。

[62] 參見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第139頁。

[63] 參見陳欣新：《大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法》，載《港澳研究》2020年第1期，第89頁。

[64] 這一論斷不僅適用於解決跨境破產問題，而且適用於兩地之間的各種法律衝突問題，事實上，司法協作方式被認為是“推動粵港澳法律規則銜接最直接、最便捷且成本最小的方式”，見司豔麗：《粵港澳大灣區法律規則銜接疑難問題研究——以多元化糾紛解決機制為切入點》，載《中國法律評論》2022年第1期，第216頁。

另一方面，上述論斷也不僅適用於在我國內地和特別行政區之間的跨境破產問題的解決，司法協作的方式也是國與國之間解決破產法律衝突問題的重要機制。關於此，參見Adrian Walters, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol.93, 2019, p.107. 關於法院間跨境破產協議在國際範圍——無論

目前在跨境破產方面，香港和內地已經通過司法協作的方式做出了安排，走在了澳門前面。在前文提及的司法實踐——尤其是香港方面的實踐——的基礎上，2021年5月14日，雙方將有關經驗成文化：該日，最高人民法院與香港特別行政區政府簽署了《最高人民法院與香港特別行政區政府關於內地與香港特別行政區法院相互認可和協助破產程序的會談紀要》（以下簡稱“會談紀要”）。^[65]隨後，最高人民法院按照會談紀要的精神，發佈了《最高人民法院關於開展認可和協助香港特別行政區破產程序試點工作的意見》（法發〔2021〕15號，以下簡稱“試點意見”）。^[66]香港律政司也公佈了《內地破產管理人向香港特區法院申請認可和協助的程序實用指南》（以下簡稱“實用指南”）。^[67]該等安排明確了認可和協助對方法院進行中的破產程序的條件、認可的效力以及進行協助的方式等等。^[68]

以內地法院對香港破產程序進行認可和協助的安排為例，《試點意見》第4條和第5條中明確，只要債務人的主要利益中心在香港，^[69]且此狀況已經持續6個月以上，^[70]同時債務人在內地的主要財產位於試點地區、或在試點地區有營業地、又或在試點地區設有代表機構，如此內地試點地區的中級人民法院有管轄權。^[71]內地法院收到香港方面的認可和協助申請後，如果香港方面同時要求採取保全措施，根據《試點意見》第9條的規定，內地法院可以支持該請求，具體須遵守內地法中的有關規定。^[72]一旦香港法院進行中的破產程序獲得內地法院認可，根據《試點意見》第11、12、13條，“債務人對個別債權人的清償無效”，^[73]“已經開始而尚未終結的有關債務人的民事訴訟或者仲裁應當中止”，直至“香港管理人接管債務人的財產”，^[74]同時，“有關債務人財產的保全措施應當解除，執行程序應當中止”。^[75]如此，涉及香港和內地的跨境破產案件的處置便有較大機會達到較理想、經濟的局面：僅進行一個破產程序，^[76]適用單一的法律，效力及于債務人所有的財產和

英美法系國家還是大陸法系國家之間——內發揮的重要作用，參見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第147頁。

[65] https://www.doj.gov.hk/tc/mainland_and_macao/pdf/RRECCJ_RoM_tc.pdf, 最後訪問日期：2023年9月28日。

[66] <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-302041.html>, 最後訪問日期：2023年9月28日。

[67] https://www.doj.gov.hk/sc/mainland_and_macao/pdf/RRECCJ_practical_guide_sc.pdf, 最後訪問日期：2023年9月28日。

[68] 值得一提的是，無論《會談紀要》、《試點意見》還是《實用指南》，都不是正式的法律淵源，參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第180頁。

[69] “主要利益中心”標準符合國際慣例，見《貿易法委員會跨國界破產示範法》第16條第3款和《歐盟破產條例》第3條第1款。以前者為例，“主要利益中心”被定義為“如無相反證據，債務人的註冊辦事處或個人的慣常居住地推定為債務人的主要利益中心”，這是一項可被推翻的推定。另參見解正山：《跨國破產立法及適用研究——美國及歐洲的視角》，法律出版社2011年版，第110頁；另參見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第142-143頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第181頁。

[70] 防止當事人為了獲得跨境破產協助而臨時變更主要利益中心。參見劉琨：《跨境破產協助中的管轄權問題》，載《法律適用》2021年第12期，第51-52頁；另參見袁泉：《內地與香港跨境破產合作機制前瞻》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2022年第3期，第181頁。

[71] 試點地區是指上海市、福建省廈門市和廣東省深圳市，因為該等地區與香港有更為緊密的經貿往來。

[72] 詳見我國《企業破產法》第4條和《民事訴訟法》第103條及以下。

[73] 與我國《企業破產法》第16條的規定相一致。

[74] 與我國《企業破產法》第20條的規定相一致。

[75] 與我國《企業破產法》第19條的規定相一致。

[76] 需說明的是，這裡所說的“一個破產程序”，並不限於僅進行單一、同一個破產程序的情況，而包括在一地進行主要破產程序而同時在他地進行從屬破產程序的情況，只要不同法院之間相互承認和提供協助。易言之，本文因為篇幅所限，並不討論單一破產制和複合破產制之爭，關於該問題，參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019

所有的債權人，如此最能保障債權人獲得平等清償；該判決作出後獲得所有債務人設有財產之法域的認可。^[77]

此外，《試點意見》中還明確了內地法院對香港程序提供協助的兩種方式。首先，《試點意見》第14條規定，人民法院認可香港破產程序後，可以依申請裁定允許香港管理人在內地履行職責，職責的範圍是香港法和內地法均允許的範圍；第15條規定的第二種方式則是，人民法院認可香港破產程序後，可以依香港管理人或者債權人的申請指定內地管理人。當然，對香港破產程序的認可和協助並不意味著內地的優先債權人的優先權不再獲得保障，對此《試點意見》第20條規定，“人民法院認可和協助香港破產程序的，債務人在內地的破產財產清償其在內地依據內地法律規定應當優先清償的債務後，剩餘財產在相同類別債權人受到平等對待的前提下，按照香港破產程序分配和清償。”如此便兼顧了平等對待原則和對內地優先債權人的保護。

具體而言，以內地和香港之間的經驗為鑒，在內地與澳門就跨境破產問題達成區際司法協助協定，或者任何過渡性質的安排時，應優先考慮以下幾方面的問題。其一是管轄權的問題，即明確認可和協助的前提條件。對此可以繼續採用內地和香港之間的對應安排中採納的“主要利益中心”標準，如前所述，這也是符合國際慣例的標準。據此，例如，當內地法院審理與住所設於澳門的法人債務人的破產程序時，只要該債務人的“主要利益中心”確實位於內地，澳門法院在被請求認可該程序或該程序中所做裁決時，不得以有關程序和裁決違反了澳門法院的專屬管轄權為由拒絕。

第二個方面，無論地域主義抑或互惠原則，在國家主權原則之下均可被柔化，因為它們的基礎本來就是國家主權平等、對等報復等國際法理論，^[78]在一國的前提之下無須過度強調。也正是因為這一原因，早有法官建議，中國的跨境破產實踐可以在粵港澳大灣區內實現率先突破。^[79]具體而言，一旦一地法院認可了對方法院進行中的破產程序，在該地就同一債務人進行的個別清償程序和爭議解決程序應當立即中止，以便透過同一程序對某一債務人至少在中國境內——包括內地和特別行政區——的財產做出統一處置，以最大限度地平等對待債權人和避免司法資源的浪費。^[80]簡言之，如此安排下的內地與澳門雙方，均須採納普及主義——至少是修正的普及主義——的立場。

第三，內地與澳門之間就跨境破產案件達成的安排不應局限於解決程序方面的問題，而應注重實質性問題，尤其是明確一方法院在認可對方破產程序的情況下將向後者提供何種協助。在這一問題上，內地和香港之間的有關實踐已經積累了豐富的經驗。如前所述，早在兩地之間的司法協助安排做

年第3期，第148-149頁；另參見張玲：《我國與“一帶一路”沿線國家跨境破產司法合作的現實困境與解決路徑》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2020年第6期，第65-67頁；另參見張玲：《亞太經濟一體化背景下跨境破產的區域合作》，載《政法論壇》2021年第1期，第144-145頁。

[77] 關於為什麼此種模式（實質就是普及主義所主張的模式）最為理想的討論，參見Adrian Walters, *Modified Universalisms & the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol.93, 2019, p.47 ss.

[78] 參見王曉瓊：《跨境破產中的法律衝突問題研究》，北京大學出版社2008年版，第143頁；另參見金春：《外國破產程序的承認與協助：解釋與立法》，載《政法論壇》2019年第3期，第146頁。

[79] 參見王芳：《香港與內地跨境破產的法律框架研究》，載《政法論壇》2008年第5期，第81頁；岳燕妮、唐姍、另參見王芳：《內地與香港跨境破產的實踐探索》，載《人民司法》2020年第25期，第8頁；另參見曹啟選、葉浪花：《我國跨境破產的實踐發展和路徑探索——以全國首例香港破產程序認可和協助案的審理為視角》，載《法律適用》2022年第3期，第149頁。

[80] 普及主義在節約成本和提高效率方面的優勢，參見Ethan Meredith, *Bilateral Insolvency Agreements: A Two-Sided Solution for Reciprocity in Cross-Border Insolvency*, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol.8, No.3, 2017, p.381；另參見范志勇、徐陽光：《我國跨境破產制度的規範評析與完善路徑——以跨境破產平行模式為中心》，載《福建師範大學學報（哲學社會科學版）》2021年第2期，第100頁。

出之前，香港法院已經數次對內地破產程序提供協助。與最早的廣信案相比，在華信案中，香港法院不僅對內地破產程序進行認可和協助，而且首次認可了內地破產管理人的地位，賦予內地管理人在香港針對債務人財產的廣泛的履職權力，且對權力的範圍和理由進行了清楚的闡釋。^[81]而在年富案中，香港法院除允許內地破產管理人行使一般授權中包含的七項職權外，^[82]還特別授權其作為股東代表，在破產人的兩家香港子公司中行使有關權利。^[83]後來雙方于2021年達成的協助安排中也明確，一地法院可以允許對方法院指定的破產管理人在本地行使兩地法律均允許的職權，甚至可以指定本地的破產管理人為對方法院正進行的程序提供協助。在未來內地和澳門之間的對應安排中，不妨維繫這一做法。

五、結論

由於歷史原因，我國形成了一國四法域的特殊形態，澳門作為特別行政區，擁有獨立的立法權、司法權和終審權。不過，該等差異的存在並沒有阻隔內地與澳門之間人員、資本和財貨的交流，無論自然人還是公司，在兩地同時從事活動和擁有財產的現象極為普遍，粵澳深度合作區的發展更是必然會將此趨勢進一步加深，可以預見，未來涉及兩地的跨境破產案件只增不減。

一旦發生涉及內地和澳門的跨境破產案件，根據兩地現有的法律機制，可能導致一些問題難以解決：澳門法中關於專屬管轄權的規定可能導致內地就某些案件作出的裁判無法獲得澳門法院的認可和執行；澳門法在有關問題上的地域主義取態可能導致內地法院拒絕對澳門法院的破產程序和破產裁判做出認可和執行；現有安排主要涉及對已生效判決、裁定的認可和執行，而非對程序本身的認可和協助，關於後者，兩地僅就文書送達和調取證據等程序性事宜作出了安排；等等。這些問題的根源，其實就是兩地不同法律傳統和不同法律制度所帶來的法律衝突問題。

要解決上述問題，最徹底的解決方法當然是令一地的法律制度向另一地靠攏，甚至進行中央統一立法，但這難以實現，至少曠日持久，即使實現，也不符合一國兩制的原則和精神。與此相比，更現實的解決方案是在兩地之間訂立有關跨境破產案件的司法協助協議。對此，內地和香港之間的有關實踐已經為我們提供了重要的借鑒，尤其是2021年5月，雙方在既往司法實踐的基礎上走出了重要一步。以此為鑒，當內地與澳門訂立類似的安排時，可以以“主要利益中心”標準化解管轄權衝突的問題，可以以國家主權原則柔化地域主義和普及主義之爭以及關於互惠原則的爭議，通過統一的破產程序解決同一債務人的無償還能力問題，以位處不同法域的財產共同地向不同法域的債權人負責，如此達到最節約司法資源也最有利於債權人之間的公平的局面。

[81] 參見石靜霞：《香港法院對內地破產程序的承認與協助——以華信破產案裁決為視角》，載《環球法律評論》2020年第3期，第163-165頁、第172頁；另參見張燦：《從“廣信案”到“華信案”：香港對內地公司跨境破產清算承認與協助的新發展》，載《法律適用》2020年第14期，第46-47頁。

[82] 根據香港法院近年來的實踐，其通常允許境外破產管理人在香港履行七項職權，詳見司豔麗、劉琨：《香港法院認可與協助域外破產程序簡介》，載《人民法院報》2020年6月11日，第8版。這七項職權被稱為“標準授權”或“一般授權”。

[83] 一般授權+特別授權也是香港法院授權外地破產管理人執行職務時一種慣常做法。參見岳燕妮、唐姍、王芳：《內地與香港跨境破產的實踐探索》，載《人民司法》2020年第25期，第6頁。

Abstract: With the development of the Guangdong-Macau Deep Cooperation Zone, the number of cross-border insolvency cases involving both the Mainland and Macau is expected to increase. For historical reasons, the two jurisdictions have different legal and judicial systems, particularly concerning cross-border insolvency issues, which hold different positions on territorialism and universalism, and have different rules regarding the division of jurisdiction in civil litigation cases. In the absence of the necessary coordination mechanisms between the two jurisdictions, there is a high risk that parties may use this to the detriment of certain creditor' interests. Based on the analysis of the existing legal mechanism and its problems and limitations, this article suggests that the Mainland and Macau should draw on the practical experience between the Mainland and Hong Kong to resolve the conflict of laws between the two jurisdictions on cross-border insolvency issues by way of concluding an inter-regional judicial assistance agreement.

Key words: Cross-Border Insolvency; Mainland and Macau; Territorialism; Universalism; Inter-Regional Judicial Assistance Agreement

(責任編輯: 勾健穎)