

马来西亚与中国国际破产域外效力问题探析

A Study on the Extraterritorial Effect of International Insolvency Law of Malaysia and China

罗荣强*

(LOH Yoong Keong)

摘要

国际破产, 涉及极其复杂的法律问题; 而在国际破产的诸多法律问题中, 又以国际破产的域外效力, 最为关键。随着区域经济一体化的迅猛发展以及马来西亚与中国经贸投资合作的进一步深化, 及时完善马中两国的国际破产法, 强化国际破产的域外效力, 已显得尤为必要; 特别是当国际破产法统一化进程仍未见有显著的成果、马中国破产法律制度又存在着缺陷与不足之际, 对占据基础地位的国际破产域外效力进行探讨, 更是极其紧迫。以目前来说, 唯有吸纳先进的国际立法经验, 一方面完善国内现行的破产法律规范, 另一方面通过谈判缔结双边协定, 才能够相互促使对方法院承认与执行本国的破产宣告, 最终实现破产法律公正、平等与高效的关键目标。

关键词: 国际破产、域外效力、承认与执行、马来西亚与中国

Abstract

International Insolvency involves extremely complex legal issues, amongst them, extraterritorial effect being the most crucial. In conjunction with the rapid development of regional economic integration and the strong economic ties between Malaysia and China, improving the insolvency law of Malaysia and China including intensifying their extraterritorial effects has becoming an imperative necessity. More so when the efforts of harmonization and unification of international insolvency law has proved futile these years and there remain today defects and inadequacies in the insolvency law of Malaysia and China. As the matter stands, Malaysia and China should pursue negotiations towards implementation of a bilateral agreement for the mutual recognizance and enforcement of insolvency pronouncement. The existing insolvency law of Malaysia and China should also be improved through utilizing the experience of international organization in its legislative practice. Only then will the key objective of a fair, equitable and efficient insolvency law be achieved.

Key Words: International Insolvency, Extraterritorial Effect, Recognition & Enforcement, Malaysia and China

* 罗荣强博士 新纪元学院法律与社会研究中心主任、高级讲师。电邮地址: cyberloh@hotmail.com

一、前言

国际破产(International insolvency), 也称跨国破产(Transnational insolvency)、跨境破产(Cross-frontier insolvency)、跨界破产(Cross-border insolvency)或涉外破产。目前各国学界尚对国际破产的概念存在着细微的分歧, 但综合各国学者的观点, 同时考虑到1997年以后中国出现一国两制的政治局面, 较完善的定义, 该是将国际破产界定为含有国际因素或涉外因素的破产; 即债权人、债务人或破产财产位于两个或两个以上的国家, 又或同一个国家内两个或两个以上不同的法域。这也说明了为何中国学者较倾向于采用“跨界破产”之故。

近年来, 当世界贸易组织的多边贸易谈判一再停滞之际, 区域经济一体化浪潮却蓬勃兴起。随着这股浪潮的牵引, 马来西亚与中国(简称“马中”)也开始转向区域经济合作的进程迈进, 其中马中两国已加入的区域经济合作计划就包括了2002年11月由东盟¹与中国签署的《东盟与中国全面经济合作框架协议》(Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation Between the Association of South East Asian Nations and The People's Republic of China)。(东盟网站) 这项协议, 让东盟10国与中国于2010年1月1日建成自由贸易区及开展全面的经济合作, 范围涵盖货物贸易、服务贸易与投资的自由化。2013年10月, 中国还建议启动东盟——中国自由贸易区升级版谈判, (中国自由贸易区服务网) 并于同年11月与东盟以及日本、印度、韩国、纽西兰、澳大利亚共16国, 共同推进“区域全面经济伙伴关系”(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)谈判, 以提升区域经济合作与发展。(东盟网站) 此外, 马来西亚也于2010年开始加入了“泛太平洋伙伴关系协定”(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPPA)的谈判, 而中国尽管受到美国的百般阻挠, 却极可能在一些谈判国如马来西亚、澳大利亚等的建议下, 在不久后加入谈判, 成为成员国。

随着上述区域经济合作的进一步推进, 马中两国无论是个人抑或企业的业务与财产跨越国界的情况, 必然大为增加, 其中跨国公司的成立与跨国并购的事件, 更将日益增多。而由于近年世界经济的持续不景气以及一些商业运作与管理的差错因素, 马中两地无可避免地也将发生越来越多的国际破产案件。在国际私法中, 国际破产问题素来被认为是一个十分复杂的问题, 因为它既涉及各国法院的管辖权, 也涉及物权法与债权法; (Morris 1980:381) 而且, 各国有关破产的立法思想又不尽相同, 有侧重于保护债权人利益的, 也有侧重于保护债务人利益的, 更有取两者而折中的。

笔者以为, 基于国际破产不仅牵涉两国利益主体之间的问题, 也会影响两国的经济合作, 甚至于两国的友好关系; 因此, 由国际破产案件引发的种种国际法律冲突问题, 尤其是国际破产的域外效力问题, 必须受到更大的关注与重视, 并且寻求有效的途径予以解决。在此背景下, 本文拟就马来西亚与中国国际破产案件的解决, 进行探讨; 并在此基础

¹ 东盟为东南亚国家联盟(The Association of Southeast Asian Nations)的简称, 又称东协或亚细安, 成立于1967年8月8日, 初期成员国为五个, 即马来西亚、新加坡、印度尼西亚、菲律宾和泰国。1984年文莱加入, 1995年越南加入, 1997年缅甸和老挝加入, 1999年柬埔寨加入。目前, 东盟已成了覆盖整个东南亚地区, 由10个发展中国家组成的区域国际组织。

上,探究目前两国国际破产的立法概况以及两国破产宣告的域外效力,最后就如何完善两国国际破产法,提出一些立法建议。

二、国际破产法统一化的发展进程

国际破产案件,一般认为可以通过拟定统一的国际破产法律框架来解决;然而实践证明,诸多国际破产法统一化运动的推动,最终都由于各国的分歧过大而未能取得实质性的成果。例如联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)于1997年通过的《跨境破产示范法》(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)、国际律师协会的“破产与债权人权力委员会”于1989年发布的《国际破产合作示范法》(Model International Insolvency Cooperation Act, MIICA)、1995年发布的《跨境破产协定》(Cross-Border Insolvency Concordat),尽管都得到一些国家的认可,但离确立一个全球性的国际破产公约相去甚远。此外,区域性的破产条约如欧洲经济共同体于1982年通过的《破产、结业、调解、和解清偿及同类程序的公约(草案)》(Draft Convention on Bankruptcy, Winding-Up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings)、欧洲理事会于1990年通过的《某些国际性破产的欧洲公约》(又称为《伊斯坦布尔公约》)(European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy)、欧盟理事会于1995年通过的《欧盟破产程序公约》(European Union Convention on Insolvency Proceedings)以及欧盟理事会于2000年通过的1346/2000号文件——《欧盟破产程序规则》(Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings),尽管都在国际破产的理论上进行地域破产原则(Territorial Bankruptcy Theory)²与普及破产原则(Universal Bankruptcy Theory)³的调和,并在实践中寻求跨国破产的国际合作,然而成果都并不显著。马来西亚与中国迄今尚未缔结或加入任何有关国际破产的双边条约或多边公约;因此,以目前国际破产法的发展形势而言,马中两国于现阶段要解决此类包含涉外因素的破产案件,还是不得不依赖各自的国内法,尽管马中两国的破产法存在着一定的差异。

三、马来西亚与中国的国际破产立法概况

马来西亚是普通法系国家,有关破产的法律分为自然人破产(bankruptcy)与法人破产清算(winding-up)两类。自然人破产受到《1967年破产法令》(Bankruptcy Act 1967)以及《1969年破产条规》(Bankruptcy Rules 1969)的规约,而法人破产清算则由《1965年公司法令》(Companies Act 1965)以及《1972年公司破产清算条规》(Companies Winding-Up Rules 1972)所规约。

² 地域破产原则,又称复合破产制(plurality insolvency)。它遵循严格的主权原则,主张破产只能在域内有效;即一国的破产宣告,只具有地域效力,不影响该债务人位于他国的财产。

³ 普及破产原则,又称单一破产制(unity insolvency)。它主张破产具有普及的效力,当债务人在一国宣告破产后,就不再需要在另一国宣告破产,有关的破产宣告可影响债务人位于各地的财产。

《1967年破产法令》第3条第（3）款将“债务人”归纳为四类：一、当破产行为⁴发生时，他身在马来西亚；二、当破产行为发生时，他居住在马来西亚或在马来西亚拥有住处；三、当破产行为发生时，他亲自或通过代理在马来西亚经商；四、当破产行为发生时，他是一家在马来西亚营业的商行或合伙的股东。按照第3条第（3）款的规定，马来西亚的自然人破产法并不局限于身在马来西亚的马来西亚人，它还包括了在海外的马来西亚人以及在国内或国外的外国人。

同样的，马来西亚法律有关法人清算的规定也并不局限于马来西亚的国内公司。《1965年公司法令》第十篇有关“清算”的规定就涵盖了外国公司的破产清算。按照《1965年公司法令》的规定，法人破产清算的方式可分两种，一、由债权人委任破产接管人处分公司财产；二、向法院提出清算程序，这项程序可由股东自动自发的向法院提出（称为股东自愿清算）、由债权人提出（称为债权人自愿清算）或由法院强制性做出。除此两种法人破产清算方式之外，《1965年公司法令》第七篇还规定公司可以与债权人或股东，通过制定一项和解安排将公司的财务重组。

相对而言，中国目前有关国际破产的法律尚不完备，且处于滞后的状态，尽管在现实中出现了无数的国际破产案件，例如1983年的南洋纺织品商行破产案、1992年的广州荔湾区建筑公司诉香港欧美中国财产有限公司破产案、1992年的国际商业信贷银行深圳分行破产案、1999年的广东国际信托投资公司破产案、2000年的B & T Ceramic Group s.r.l 有限公司申请承认与执行意大利法院破产裁决案等。

基于政治体制的历史因素，中国迄今尚未有自然人破产的制度。至于企业的破产，在2006年《企业破产法》通过之前，中国有关企业的破产立法主要包括1986年的《企业破产法（试行）》及1991年《民事诉讼法》第19章中的“企业法人破产还债程序”。1986年的《企业破产法（试行）》仅适用于国营企业的破产清算，不适用于任何外商投资企业，且缺乏有关国际破产的规定。1991年《民事诉讼法》第19章则适用于非国营的企业法人，包括外商投资的企业法人、具有法人资格的集体企业、联营企业等；同样的，其内容也未涉及国际破产的问题。其他有关外商投资企业的相关立法如《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《涉外民事关系法律适用法》以及相应的实施规则，也都未对有关国际破产包括其域外效力等问题做出规定。

2006年通过的《企业破产法》，是一部备受瞩目与万众期待的法律。它自1994年由人大财经委员会开始起草，后因各方对出台时机存有不同意见而被搁置。2003年，人大常委会委托财经委员会再次启动起草工作，财经委员会于2004年6月将《企业破产法（草案）》提交第十届全国人大常委会第十次会议审议，最后于2006年8月第十届全国人大常委会第二十三次会议以157票赞成，2票反对，2票弃权通过，并于2007年6月1日起施行，整个立法过程历经漫长的12年。此《企业破产法》将1986年的《企业破产法（试行）》废止，并首次

⁴ “破产行为”涵盖的范畴极其宽广，它包括债务人将其财产进行欺诈性的转移、债务人为逃避债务而关闭业务、躲藏或离境、债务人的财产被法院查封、债务人向法院入禀自我宣告破产、债务人向债权人表示将停止偿还其债务等等。

将国际破产写入其中，在一定程度上让中国的国际破产案件有法可依，但其涵盖范围却仅于企业破产清算而不包括自然人破产；而且，整体而言，《企业破产法》就国际破产的规定非常薄弱，仅有一个条款，并仅停留在原则性的层面，不具有明显的操作性。

有效解决国际破产案件的关键，在于各国是否具有完善的国际破产法；而一国国际破产法之完善，与其破产宣告是否具有域外效力，有着密不可分的关系。以下仅从马来西亚与中国两国的破产立法视角，探究中国破产宣告在马来西亚的效力以及马来西亚破产宣告在中国的效力。

四、中国破产宣告在马来西亚的效力

一国破产宣告在他国的效力，即国际破产的域外效力，指的是一国法院对债务人做出的破产宣告，是否能及于债务人位于他国的财产。事实上，这关乎一国是否愿意承认与执行他国的破产宣告。

就自然人破产而言，马来西亚《1967年破产法令》在某个程度上，承认外国法院对国人的破产宣告，其中第33条第4款与第6款(j)项规定若债务人曾在外国被宣告破产，马来西亚法院可以因此拒绝其提出的国内破产解除(Discharge)。但至于外国法院的自然人破产宣告是否能够直接在马来西亚国内产生效力的问题，就目前而言，尚欠缺明确的规定与司法解释。然而，可以肯定的两点是：一、按照《1967年破产法令》第104条以及相关的宪报，马来西亚仅与新加坡、英国、澳大利亚三国在自然人破产与企业破产清算程序上具有相互辅助的安排，例如当一个人被新加坡法院宣告破产后，马来西亚法院须承认新加坡法院的破产宣告，同时债务人位于马来西亚的财产将在无需进行破产程序的情况下由马来西亚移交给新加坡委任的破产管理人，反之亦然。只是目前这项马来西亚与他国相互辅助的安排尚未包括中国在内。二、马来西亚的法律一方面承认普及破产原则，另一方面又不能完全放弃地域破产原则。一般认为，这种既要保护本国利益，又要在互惠的基础上尊重外国破产宣告的“折衷原则”立法，可以有限度的解决或缓和国际破产法律冲突的问题。无论如何，由于中国目前有关自然人破产的法律制度仍处于空白阶段，因此直至中国构建自然人破产的制度为止，马中两国不会出现中国法院的自然人破产宣告在马来西亚是否会被承认与执行的问题。

就企业破产清算而言，中国法院对企业的破产宣告又是否会受到马来西亚法院的承认与执行呢？中国于2006年通过的《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”。这意味着中国法律肯定了中国法院的破产宣告具有域外效力；然而，马来西亚的成文法——《1965年公司法令》，除了承认外国委任的清算人之外，并未有任何条款允许马来西亚法院承认与执行外国企业的破产清算。在此情况下，中国法院的破产宣告惟有依赖普通法，才得以在马来西亚产生效力。易言之，马来西亚法院可以依据普通法的原则，承认中国法院对企业作出的破产宣告，条件是有关破产宣告的理由，必须与本国法院所认可的破产宣告理由相似，而且这项承认还附带一些前提条件，如有关的域外判决是否属于终局判决？是否符合自然法则？是否合法的作出？承认有关的破产宣告又是否会违反公共秩序？总的来说，就企业的破产清算而言，马来西亚法律还是有着承认与执行外国破产宣告的效力，只不过作为普通法，它与大

陆法系的立法在承认与执行外国破产宣告方面存在着一些差异。大陆法通过判决执行认可书（*exequatur*）的程序，直接采纳外国的破产宣告，并给予它与本地破产宣告同等的地位，而马来西亚的破产法律并未直接采纳外国的破产宣告，它只是在国际互惠原则下，执行外国的救济要求。

五、马来西亚破产宣告在中国的效力

由于中国目前尚未有自然人破产的制度，因此不存在马来西亚法院的自然人破产宣告在中国是否具有效力的问题。以下的论述，将聚焦于企业的破产清算。

马来西亚《1965年公司法令》对两类外国公司的破产清算，做出了规定。第一类为在马来西亚注册与营业的外国公司（第340条）；第二类为在马来西亚营业却未在马来西亚注册的外国公司（第314-318条）。首先，就前者而言，《1965年公司法令》第332条规定任何有意在马来西亚设立业务处或在马来西亚营业的外国公司，须向马来西亚公司注册局申请注册。第340条第（2）款规定一旦已注册的外国公司在马来西亚被清算，该外国公司的代理人须在一个月内在将有关清算事宜，包括外国清算人的委任，向马来西亚公司注册官呈报。第340条第（2）款（b）项进一步规定外国的清算人享有与马来西亚清算人相等的权力与职能，直至马来西亚法院委任了本地清算人为止。一旦本地清算人受到马来西亚法院的委任后，他必须促请所有债权人在一个合理的时间内向清算公司提出索偿。由于债权人可能遍布世界各地，因此一般的做法是，清算人先对该公司曾经营业的地域进行鉴定，随即在有关地域的报章上刊登通告通知所有债权人。清算公司的一切财产必须依据马来西亚《1965年公司法令》第292条规定的以下分配方式与次序进行，一、清算费开销；二、工资；三、雇员赔偿金；四、雇员的假期薪金；五、雇员的公积金与退休金；六、联邦税务。除非法院另有规定，最后本地清算人必须将予马来西亚分配剩余的财产转交给该外国公司清算地的清算人（第340条第（3）款（c）项）。然而，这种“先域内后域外”的分配法受到许多学者的非议，认为它与平等法则不符。尽管如此，笔者却以为，只有通过此等分配法，才得以保护本国弱小债权人的合法权益。

其次，对于未在马来西亚注册的外国公司，同样可在马来西亚被宣告破产清算。马来西亚《1965年公司法令》第315条第（3）款明确规定一家外国注册的公司，可按本法进行破产清算，即便它也正在其注册地按其法律进行着破产清算；这意味着在马来西亚营业的中国注册公司，可被马来西亚法院宣告破产清算。紧接下来的问题是，马来西亚法院的破产宣告，是否会受到中国法院的承认与执行？

于2006年通过的中国《企业破产法》第5条，也是唯一与国际破产相关的条款，有着如下的规定：

“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。”

这项规定对外国的破产宣告给予了有条件的承认，也是对普及破产原则的有限度体现。由于马中两国迄今尚未共同缔结任何双边或多边的破产条约，因此，马来西亚法院的破产宣告必须按照马来西亚与中国的互惠原则，在符合三大条件下，才能得到中国法院的承认与执行。此三大条件为，一、不违反中国的法律；二、不损害中国的国家主权、安全和社会公共利益；三、不损害中国境内债权人的权益。

按照普通法的一般原则，一家公司从创立至解散皆受到该公司注册地的法律支配，（North and Fawcett, Cheshire and North, 1992:897）即便该公司主要或完全在另一个国家营业，这项一般性的普通法原则早已获得马来西亚法院的承认。具体而言，马来西亚法院承认在马来西亚营业的中国企业受到中国法律的支配，因此，只能要求中国依据国际私法原则承认马来西亚的外国清算宣告，包括要求承认马来西亚清算人的权力。可以预见的是，在符合中国《企业破产法》第5条的前提下，中国法院将会按互惠原则，承认与执行马来西亚法院的企业破产宣告。然而，笔者以为，仅仅依靠国家与国家之间的互惠实践尚不足以全面与一致地应对国际破产案件，其原因有二：一、若马来西亚法院要求承认的对象，是一个与马来西亚没有司法协助条约或互惠关系的外国法院，则依赖国际私法的实践来取得他国承认马来西亚的破产清算宣告，将无法成功，除非这项要求是通过适当的外交途径来进行；二、即便是有着友好邦交的马中两国，⁵ 也会由于其中一国法律预设的条件不符合，包括侧重保护本国当事人的利益，而导致其法院无法承认对方的破产宣告。一旦此类情况发生，可以预见的是，被拒绝承认该国破产宣告的一方，也将按同样的互惠原则，不会单向的承认另一方的破产宣告，这时就会出现所谓的“对等报复”状态。由此可见，互惠原则所带来的消极影响，会给国际间的经贸合作形成障碍；这也就意味着要实现真正意义上的国际破产合作，不可过度崇拜互惠原则。

六、立法建议

如上所述，中国目前欠缺规范自然人破产的法律制度，这对东盟-中国自由贸易区的建设以及中国与马来西亚在《东盟与中国全面经济合作框架协议协定》、“区域全面经济伙伴关系”、又或“泛太平洋伙伴关系协定”下，开展全面的经济合作，有着负面的影响；而马来西亚尽管具有相对较为完善的国际破产法，可是在国际破产案件中，特别是有关外国破产宣告的域内效力，仍有待进一步的明确和加强。为了应对实践中日益增多的国际破产案件，马来西亚与中国可以借鉴国际先进的立法经验，修正两国现行的国际破产法或重新拟定一部能够对外国破产程序予以承认以及适应今日国际经济形势发展需要的法律。这部国际破产法，除了必须包含自然人破产的法律规定之外，尚须调和地域破产原则和普及破产原则的内在冲突，即在推崇本国债权人的利益中心（center of main interests）之际，也要承认营业所所在地法院的破产程序、管辖权和域外效力，不可动辄以损害公共利益或本国当事人的利益为由而限制外国破产宣告的效力；在这方面，马中两国可参考联合国国际贸易法委员会于1997年通过的《跨国破产示范法》，允许外国的破产管理人直接向本国法院提出申请新的破产程序或介入已经开始的破产程序，从而实现平等对待国内外债权人的原则。此外，有关的立法必须摒弃对国家间司法协助安排或互惠关系的过度依赖，在外国破产的承认与执行方面，做出明确的规定。随着马中两国经济交往的日趋频繁，两国也应及时

⁵ 马来西亚于1974年与当时还在文革时期的中国建立邦交，是第一个与中国建交的东盟国家。

启动谈判，缔结有关国际破产域外效力的双边条约，真正实现破产宣告域外效力的相互承认与执行。

七、结语

马中两国在经济全球化与区域经济一体化的今天，即便有着长期友好交往的历史，且也已经签署了多项双边和多边经济合作的协定，然而其各自的国际破产法律制度，在域外效力方面，依然存在着一些缺陷与不足，导致无法给予两国债权人足够的保护，也影响了两国在国际破产领域的协调与合作。笔者以为，要解决目前马来西亚与中国国际破产域外效力的法律问题，两国都必须清楚了解到，一个完善与行之有效的国际破产法律制度对本身国家经济建设的重要性。因此，两国必须相互开展协作，以国际成熟的立法为借鉴，通过修正各自的国际破产法，又或拟定新的国际破产法以及缔结相关的双边协定，来实现国际破产领域内的合作，使国际破产所追求的公正、平等、高效及可预见性强的关键目标得以实现。

参考文献

- “中国——东盟自贸区升级版谈判将尽快启动”，中国自由贸易区服务网站，
http://fta.mofcom.gov.cn/article/fzdongtai/201310/14176_1.html, 2013-10-28, 13:13:31
- 《中华人民共和国企业破产法（试行）》
- 《中华人民共和国民事诉讼法》
- 《中华人民共和国企业破产法》
- Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation Between the Association of South East Asian Nations and The People's Republic of China, 东盟网站，
<http://www.asean.org/news/item/framework-agreement-on-comprehensive-economic-co-operation-between-asean-and-the-people-s-republic-of-china-phnom-penh-4-november-2002-2>
- “Joint Declaration on the Launch of Negotiations for the Regional Comprehensive Economic Partnership”，东盟网，
<http://www.asean.org/images/2012/documents/Joint%20Declaration%20on%20the%20Launch%20of%20Negotiations%20for%20the%20Regional%20Comprehensive%20Economic%20Partnership.pdf>
- Malaysia Bankruptcy Act, 1967 (Act360) & Rules Made Thereunder*, Kuala Lumpur: International Law Book Services.
- Malaysia Companies Act, 1965 (Act 125) & Subsidiary Legislations*, Kuala Lumpur: International Law Book Services.
- Morris, J.H.C., 1980. *The Conflict of Law* (2nd Edition). England: Stevens and Sons. p.381.
- North and Fawcett, Cheshire and North, 1992. *Private International Law* (12th Edition). UK: Butterworths. p.897.