



Distr.: General
5 May 2023
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五十六届会议
2023年7月3日至21日，维也纳

第五工作组（破产法）第六十二届会议（2023年4月17日至20日，
纽约）工作报告

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 会议安排.....	2
三. 审议情况.....	3
四. 审议破产程序民事资产追查和追回所产生的法律问题（A/CN.9/WG.V/WP.186） ..	3
A. 对 A/CN.9/WG.V/WP.186 号文件附件的评论意见.....	3
B. 后续步骤.....	6
五. 审议破产程序的适用法律专题（A/CN.9/WG.V/WP.187）.....	7
A. 概述.....	7
B. 对具体条文的评论意见.....	8
六. 其他事项.....	14
附件	
加拿大代表团关于资产追查和追回的意见：对今后工作的考虑.....	15



一. 引言

1. 工作组第六十二届会议继续审议委员会转交的两个专题（民事资产追查和追回以及破产程序中的适用法律）。这些专题的背景资料可见于会议临时议程说明（[A/CN.9/WG.V/WP.185](#)）。

二. 会议安排

2. 第五工作组由委员会所有成员国组成，该工作组于 2023 年 4 月 17 日至 20 日在纽约举行了第六十二届会议。根据委员会第五十五届会议作出的决定¹，秘书处以联合国六种语言提供了会议实况网播，以便希望远程跟踪会议情况的代表和观察员们能够收听审议情况。

3. 工作组下列成员国派代表出席了会议：阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、比利时、巴西、加拿大、智利、中国、克罗地亚、捷克、多米尼加共和国、厄瓜多尔、芬兰、法国、德国、加纳、印度、伊朗伊斯兰共和国、伊拉克、以色列、意大利、日本、马来西亚、毛里求斯、摩洛哥、秘鲁、波兰、大韩民国、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、新加坡、西班牙、瑞士、泰国、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、越南和津巴布韦。

4. 下列国家派观察员出席了会议：莱索托、马达加斯加、缅甸、尼泊尔、荷兰王国、巴基斯坦、巴拉圭、菲律宾、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、斯里兰卡和瑞典。

5. 教廷和欧洲联盟（欧盟）也派观察员出席了会议。

6. 下列国际组织也派观察员出席了会议：

(a) 联合国系统各组织：国际货币基金组织和世界银行集团；

(b) 受邀请的国际政府组织：安第斯共同体、海湾合作委员会（海合会）、海牙国际私法会议、国际破产监管机构协会和国际统一私法协会（统法协会）；

(c) 受邀请的国际非政府组织：波兰阿勒汉达研究院、美国律师协会、国际法律研究中心、中国国际贸易促进委员会（中国贸促会）、法国全国司法行政人员和司法代理人理事会、欧洲法律研究院、大陆法系基金会、破产及其预防问题研究组（G.R.I.P. 21）、欧洲破产协会、国际破产协会、伊比利亚美洲破产法学会、美洲律师协会、国际青年律师协会、国际律师协会、国际破产研究会、国际妇女破产和重组联合会、亚洲及太平洋法律协会、纽约市律师协会、纽约州律师协会、国际金融市场知名专家小组、国际律师联盟。

7. 工作组选出下列主席团成员：

主席： Xian Yong Harold Foo 先生（新加坡）

¹ 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 17 号》（[A/77/17](#)），第 237 段。

报告员： Jasnica Garašić 女士（克罗地亚）

8. 工作组收到了下列文件：
 - (a) 临时议程说明（[A/CN.9/WG.V/WP.185](#)）；
 - (b) 秘书处的说明：破产程序民事资产追查和追回（[A/CN.9/WG.V/WP.186](#)）；以及
 - (c) 秘书处的说明：破产程序中的适用法律（[A/CN.9/WG.V/WP.187](#)）。
9. 工作组通过了以下议程：
 1. 会议开幕。
 2. 选举主席团成员。
 3. 通过议程。
 4. 审议破产专题：
 - (a) 破产程序民事资产追查和追回所产生的法律问题；以及
 - (b) 破产程序中的适用法律。
 5. 其他事项。
 6. 通过报告。

三. 审议情况

10. 在议程项目 4 下，工作组分别以 [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) 号和 [A/CN.9/WG.V/WP.187](#) 号文件为基础，继续审议破产程序民事资产追查和追回所产生的法律问题以及破产程序中的适用法律。工作组关于破产程序民事资产追查和追回（资产双追）专题的审议概况载于下文第四章。工作组关于破产程序适用法律专题的审议概况载于下文第五章。

四. 审议破产程序民事资产追查和追回所产生的法律问题 （[A/CN.9/WG.V/WP.186](#)）

A. 对 [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) 号文件附件的评论意见

11. 工作组开始审议议程项目 4 (a)时，首先审读了 [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) 号文件附件所载关于破产程序民事资产追查和追回的说明性、信息性和教育性案文草案（资产双追案文草案）初稿。工作组审议了资产双追案文草案以及波兰提交的材料，并注意到海牙国际私法会议和统法协会的有关动态。

12. 波兰提交的材料概述了涉及破产管理人查阅该法域现有的资产双追相关登记的国内立法规定。据指出，破产管理人不能直接查阅其中一些登记册。该国内立法出于保护个人信息等原因只允许有限的某组人员查询登记册，当这组人员将破产管理人排除在外时，则破产管理人必须请主管机关参与登记册查询，但针对破产管理人请求未得到遵守的情况，该法未设想任何制裁措施。波

兰提交的材料提及破产管理人的各种权力和义务，包括在宣布债务人行为无效、请破产法院参与资产双追、启动证据程序方面的权力和义务。

13. 会上就资产双追案文草案提出了以下建议：

(a) 关于破产程序的定义，扩大其范围，增加提及庭外重组和允许暂时中止程序的混合程序。这一建议没有获得支持；

(b) 澄清第 27 段中“偏袒”和“优惠性清偿”之间的区别，前者包括债务人希望以牺牲其他债权人的利益而使某些债权人受益的低价转让或交易；

(c) 删除提及作为临时或暂行措施指定破产管理人（临时破产管理人）的内容，因为该措施可能产生对启动破产程序的偏见。普遍意见是保留这一提法。工作组了解到各法域在使用这一措施方面的不同做法，包括在提交申请并不触发自动启动破产程序的法域，通常在破产程序的申请和启动之间适用这一措施。据解释，与破产程序启动后指定破产管理人不同，可为有限目的指定临时破产管理人，视当时的需要而定。工作组回顾了《贸易法委员会破产法立法指南》（《指南》）²建议 39 和 41 以及贸易法委员会关于外国管理人的定义，其中提及了这一措施。据认为，在从一开始就明显需要将债务人从企业经营中撤出的情况下，这一措施是必要的。在指定临时破产管理人时，债权人参与指定破产管理人的要求未被认为无法满足。据认为，指定临时破产管理人的理由将为关于跨国界承认该措施的裁决提供依据；

(d) 在整个案文中，包括在第 124 段中，强调有必要采取快速程序，以确保资产双追的有效性，特别是在怀疑没有业务、只有欺诈的情况下；

(e) 在有适当保障的前提下，不损害制定资产双追适当措施的灵活性；

(f) 更新对金融行动特别工作组相关标准的提法（《对法人实益所有权的指导》（建议 24））；³

(g) 在由第 69-71 段组成的一节中，比照提及资产双追案文草案第 80(一)段，其中规定债务人有义务提供有关其财务状况和业务事项的准确、可靠和完整的资料；

(h) 修订第 76 段最后一句，将“庞氏骗局”的提法改为债务人非法和不当活动的更宽泛提法；

(i) 在第 77 段（第五点）中补充解释为何审查与相关人的交易，例如为了防止欺诈和串通；

(j) 改写第 80 段开头部分的措辞，同时保持其描述性，表明除极少数情况外，一般要求债务人履行该段所列步骤；

(k) 解释法院可以强迫第三方履行第 85 段所列的法律义务。在这方面，与会者注意到职业保密和银行保密问题，以及与破产管理人的调查权力有关的问题；

² 可查阅：《贸易法委员会破产法立法指南》| 联合国国际贸易法委员会。

³ 可查阅 www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-Beneficial-Ownership-Legal-Persons.html。

(l) 关于第 88-94 段，说明在有些法域由法院向破产管理人赋予任何调查权力；

(m) 在第 90 (b)段中说明破产管理人可请债务人核实破产管理人所汇编资料的准确性；

(n) 在整个案文中说明，在有些法域，除了需要指定破产管理人的复杂案件外，国家主管机关可能负责管理破产程序，因此不会指定破产管理人，所以涉及的不是破产管理人的个人责任问题，而是国家对有关主管机关的行动负有的责任问题；

(o) 在第 101 段中说明，在有些法域，嫌疑期可能从发现隐瞒的交易开始；

(p) 说明与重整中的撤销权有关的考虑，包括债务人的偿付能力、与破产管理人处理的重整相比债务人留任重整制度的具体情况（如利益冲突）、在重整中通常可予撤销的交易（例如内幕交易、向相关人转移资产）以及债权人委员会在撤销权诉讼方面的特权。有与会者强调，在规范重整中的撤销权问题上需要保持灵活性，并指出，视撤销权诉讼预期对债权人产生的影响以及及时成功重整的前景而定，各法域可根据具体情况采取不同的做法。与会者注意到重整中的撤销权所使用的不同机制，包括将撤销权诉讼指派给信托，由信托为无担保债权人的利益提起撤销权诉讼。与会者注意到这些机制对无担保债权人接受重整计划的作用、对债权人在重整程序之前提起的撤销权诉讼的不统一处理，以及对被撤销交易的估值上调采取的不同做法；

(q) 删除“挖走雇员”和“非法凤凰涅槃更生活活动”的提法；

(r) 侧重于本应属于项目范围的针对董事的诉讼（例如挪用资金），提供其实例，强调通常可说明对董事提起诉讼的可取性的考虑因素（例如成本、时间和成功可能性），并具体说明为此类诉讼供资的可能替代来源（例如应急费和诉讼供资）；

(s) 将第 120 段项目(二)之前的“以及”改为“或”，使该部分与《指南》建议 220 保持一致；

(t) 强调需要就资产双追开展跨国界司法合作，包括在未开启破产程序的情况下，以及就债务人在未设立营业所的情况下在国外持有的资产开展这方面合作；

(u) 在第 151-154 段中增加提及及其他相关登记册的内容，包括波兰提交的材料中提到的登记册；

(v) 关于第 189 段之后所列建议的其他方面，仅添加提及可能适用于某些资产的资产双追独特法律制度。会上注意到对以下方面的保留意见：在资产双追案文中提及碳和生物多样性信用、进一步研究这些资产的追查和追回的必要性、结合 2023 年 7 月贸易法委员会第五十六届会议举行一次贸易法委员会气候变化专题讨论会的计划；

(w) 在第 190-191 段中详细阐述禁言令和封缄令，并举例说明其在实践中的运作情况；

(x) 缩小第 192 段第四句和最后一句的范围，特别是澄清在某些法域未申请启动破产程序（本身）将（不）属于刑事犯罪，而会计师、税务监察员和法律确定的某些其他人员若未报告如欺诈和挥霍公司资产等涉嫌犯罪活动，在某些法域可能需承担刑事责任；

(y) 在第 194 段中详细阐述破产程序与刑事诉讼的相互作用。有与会者认为，补充提及相关判例法（关于洗钱等）是有益的。

14. 关于在拟议的数字方面章节中所确定的待审议问题，与会者指出其中一些问题，如监管制度、重复计算、将非同质化代币用于空投、人工智能、物联网和预防欺诈方面相关的问题，需要由工作组在适当时候加以澄清和审议。有与会者质疑，在资产双追案文中列入一个关于资产双追数字方面的详细章节是否可取。会上回顾了其他论坛就相关事项正在开展的工作。有与会者指出，为避免工作重复和结果不一致，工作组将不得不等待这些工作的结果，这可能会延迟资产双追工作的完成。还有一种看法是，可提请工作组注意上述其他工作的结果，以便工作组能够从中获益。

15. 会上回顾了适用于数据作为证据的可采性的标准，包括这些标准影响到数据的生成、收集、传输、储存和使用等阶段的情况。会上还回顾了核查数据真实性和完整性的可能性以及不单独使用可疑数据来确定事实的要求。考虑到数据不被采纳为证据可能对整个资产双追工作产生的重大影响，与会者认为充分提前为这些事项聘请专业人员是一种良好做法。有与会者指出，必须将储存在第三方服务器上的债务人数据保存下来，并确保破产管理人能够查阅这些数据，这可能会产生维护这些数据的费用。

16. 工作组完成了对资产双追案文草案的一读，赞同秘书处关于就数字资产等未决问题进一步磋商的计划。与会者认为，统法协会的数字资产和私法工作组以及有效执行最佳做法工作组的工作在这方面是相关的。

B. 后续步骤

17. 关于 [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) 号文件第 3 段，工作组收到了加拿大的一项提案（见本报告附件），其中列出了三组资产双追工具的共同目标、特点和保障措施，这些工具包括：旨在获取信息的工具；旨在冻结资产的工具；旨在追回资产的工具（提案）。其建议将该清单纳入工具包，以支持根据贸易法委员会破产示范法提出的跨国界承认和救济请求。据解释，这些关键工具所依据的原则是法院针对以下方面的考虑：所寻求的救济是否公平、有效、及时，以及对程序的完整性是否必要；救济是否有助于为了债权人和其他利益相关者的利益保全并最大化提升破产财产的价值。

18. 有与会者认为，该提案并未建议替换资产双追案文草案，其与贸易法委员会破产法规中已有的规定相差不远。与此同时，与会者承认有必要查明目前跨国界破产结构中在资产双追方面可能存在的任何缺口。

19. 虽然普遍认为该提案对讨论如何使资产双追案文更有重点、更精简、更便于使用并有助于实现预期目的作出了有益的贡献，但有与会者对该提案中所列的一些工具表示保留意见，认为这些工具对某些法域来说是陌生的。工作组一

致认为，资产双追案文应当信息翔实。尽管如此，与会者表示欢迎一种想法，即查明现有众多资产双追工具的共同特点，并努力加快资产双追、包括跨国界资产双追的程序。

20. 工作组了解到一些判例法表明在资产双追中迅速采取行动的重要性和必要性。对此，有与会者指出，在民法法系法域，在涉及欺诈或其他刑事犯罪的案件中，如会议期间所介绍的案件，快速追查和追回资产所使用的工具不同于民事诉讼所使用的工具。有与会者回顾，工作组在讨论资产双追案文草案相关部分（见上文第 13(y)段）时指出，有必要详细阐述民事诉讼和刑事诉讼之间的互补性以及在不同考虑因素和利益之间实现适当平衡时确保适当保障措施的重要性。结合该提案，这些问题被认为是合理的。

21. 在随后的讨论中，各代表团重申了其在上一届会议上表达过的观点⁴，即修订案文，无论是以工具包、工具箱、清单或最佳做法清单的形式编写还是附带提供，都不应具有规范性。

五. 审议破产程序的适用法律专题（A/CN.9/WG.V/WP.187）

A. 概述

1. 统法协会关于破产程序的定义

22. 工作组讨论了该项目与统法协会数字资产和私法工作组工作之间的互动关系，并感谢秘书处根据委员会赋予秘书处的与其他组织协调与合作的任务授权，提请工作组注意可能的关切问题。工作组讨论了贸易法委员会关于破产程序的定义（一项程序必须满足相关累积条件清单才能被视为破产程序）与在 2023 年 3 月和 4 月统法协会数字资产和私法工作组会议上审议的数字资产和私法草案中统法协会原则 2 (6)草案及附带评注之间可能存在的⁴不一致之处。

23. 一些代表团认为，统法协会草案中的破产程序定义虽然范围更广，但与贸易法委员会破产法规中的定义并不矛盾。

24. 一些与会者担心，如果不同的国际论坛对破产程序这样一个关键概念采用不同的定义，可能会出现混乱和割裂。与会者回顾了贸易法委员会在制定全球破产法标准方面的作用。与会者对上述风险的程度表达了不同看法，但工作组商定必须避免不必要的不一致。

25. 另一些代表团指出，破产法和破产程序的界限不断受到考验，并认为贸易法委员会关于破产程序的定义可能需要修改。尽管有这种看法，但与会者认为，对贸易法委员会的破产程序定义进行修改既不可取，也没必要，因为该定义使人们能够在跨国界破产情况下找到解决办法。

26. 工作组注意到贸易法委员会和统法协会成员国在各自组织的工作中所起的作用。工作组还注意到，贸易法委员会与统法协会之间的协调与合作是委员会应当考虑的事项。

⁴ A/CN.9/1126，第 34 段。

2. 跨国界承认方面

27. 工作组听取了一些建议，即应当修订 [A/CN.9/WG.V/WP.187](#) 号文件所载关于破产程序中适用法律的案文草案（破产程序适用法律案文草案），以确保该草案也在根据贸易法委员会破产示范法进行跨国界承认方面全面述及管辖法律。会上注意到需要对破产程序适用法律案文草案通篇进行相应修正。

28. 注意到工作组尚未讨论并行程序和企业集团程序中的管辖法律，有意见认为，整个案文中提及这些事项的条文应放在方括号内。有与会者质疑，该项目是否应扩大到企业集团破产。与会者回顾了工作组第五十九届会议就拟开展的工作范围和逐步处理工作的办法方面所作的决定。⁵

B. 对具体条文的评论意见

1. 关于撤销权条文草案之前的条文草案的评论意见

29. 会上提出了以下建议：

(a) 澄清序言评注草案第 4 和第 9 段；

(b) 将“滥用择地诉讼”改为“损害性择地诉讼”；

(c) 在范围条文本身或附带评注中列出被排除在立法条文适用范围之外的实体（提及保险、再保险、银行机构和按公法经营的实体等）；

(d) 将关于立法条文适用范围的条文草案第 2 段最后一句改为附带评注第 8 段最后一句。该项建议未得到采纳；

(e) 在关于立法条文适用范围的条文草案的评注草案第 2 段中具体提及“预包重组”，解释该术语的意思并强调只有符合先决条件累积清单的“预包重组”才被视为破产程序；

(f) 回顾关于统法协会破产程序定义的讨论（见上文第 22-26 段），审议所设想的破产程序适用法律框架是否意在也适用于启动前重组程序，如果是，则在关于立法条文适用范围的条文草案的评注草案第 2 段中补充提及这些程序；

(g) 删除定义下的评注草案。该建议未得到支持。随后，有与会者建议删除评注草案实例(d)、(e)和(f)；

(h) 重新考虑是否需要使用拉丁文术语，拉丁文术语在海牙国际私法会议等机构已不再使用，在简单易懂的法律写作标准下也将不再使用。会上重申了前几届会议上就同一事项发表的意见⁶，普遍看法仍然是，鉴于拉丁文术语众所周知、广为理解的含义，应继续使用这些术语。有与会者对这一说法表示怀疑，因为破产程序适用法律案文草案指出了“*lex societatis*”等术语的不同含义。还有人质疑，如果拉丁文术语众所周知、广为理解的话，是否有必要像破产程序适用法律案文草案中所设想的那样列入拉丁文术语的定义；

⁵ [A/CN.9/1088](#)，第 58 段。

⁶ [A/CN.9/1126](#)，第 65 段。

(i) 将第 6 段中提及国际协定的内容改为提及其他国际文书，如贸易法委员会破产示范法中所述，以确保涵盖欧盟破产条例；

(j) 考虑是否有必要在跨国界承认的背景下添加一项公共政策例外规定，并在其中提及程序公正的基本原则（如在《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》中所做的那样⁷）。在这方面，有与会者回顾了充分保护措施的重要性。针对删除公共政策例外条文草案中“仅”字的建议，一项替代建议是将该字或整个条文草案保留在方括号内，供进一步审议。有与会者表示怀疑，是否有理由为国内和跨国界破产承认情况下的公共政策例外规定两套严格程度不同的标准；

(k) 在公共政策例外评注中解释，原先适用的法律被取代可能会导致出现各种情况，而国内法很可能已经处理了这一问题；

(l) 在破产诉讼地法清单评注草案第 10 和第 11 段中说明，判例法已逐渐趋向于遵从外国主要程序的法律，这种遵从做法在欧盟成员国已成常态；

(m) 重新考虑破产程序适用法律案文草案通篇提及的非破产法，应更明确地说明，破产法以外的其他法律可作为破产诉讼地法的一部分适用，并举例说明这类法律。

2. 撤销交易

30. 有与会者建议，破产诉讼地法清单上的(g)项还应提及行为无效。

31. 在回应关于破产诉讼地法清单评注草案第 20 段第一句的询问时，一些代表团回顾说工人的索赔在许多法域享有特权地位，并建议删除上述句子，因为它提到了非常罕见的劳动合同和劳资关系方面的撤销情况。普遍看法是保留这一句，并举例说明何时可能发生这种撤销，同时解释在这些情况下破产诉讼地法如何与准据法、劳动法和劳动法的压倒性规定相互作用。考虑到破产程序适用法律案文草案中设想了在劳动合同和劳资关系方面适用破产诉讼地法的例外情况，与会者认为有必要添加上述解释。工作组回顾了其前几届会议的相关审议情况⁸，并请秘书处对评注草案作相应修改。

32. 工作组听取了对破产诉讼地法清单评注草案第 20 段之后关于撤销的备选案文草案的不同意见。一些代表团认为该备选案文没有必要，因为它破坏了法律的确定性，鼓励择法诉讼，执行起来很麻烦，使谈判能力较强的当事人受益，并鼓励更多的破产诉讼地法例外情况。他们认为，公共政策例外已经为债权人提供了充分的保护，国内破产法框架中也有保护债权人的规定。因此认为没有必要在破产程序适用法律案文中设想为债权人提供额外保护。

33. 还有人建议保留该备选案文，供各国考虑。其他代表团持灵活态度，认为既可删除备选案文，也可保留备选案文并在会议上提出修改意见。另外还有人

⁷ 联合国出版物，出售品编号：E.19.V.8。可查阅：《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关的判决的示范法及颁布指南》。

⁸ A/CN.9/1126，第 75-79 段；A/CN.9/1094，第 89 段。

建议可在破产程序适用法律案文中强调，破产诉讼地法在撤销方面的任何例外情况只有在已经统一撤销框架的法域中才能有效。

34. 普遍看法是保留备选案文草案并作几处修改。会上商定，删除第 2 段中以“并且在相关案件中将该法律适用于该交易”开头的短句。有与会者认为该段的其余部分也没有必要。另一些与会者认为，该段载有基本的保障措施，可防止择法诉讼等情况；该段可与第 1 段合并，以明确表示适用于撤销的默认法律是破产诉讼地法，且这一规则只有非常有限的例外情况，这些例外情况可在该条文中列出。有与会者强调，在对条文进行重新调整时，不应无意中将举证责任分配转移给错误的一方。特别是，有与会者认为，要求第 1 段所列难以证明的要素必须由被告证明是合理的，而第 2 段所列要素则必须由对手方（破产管理人或其他人）证明。

35. 关于第 1 段，有人建议删除句子最后以“而且该项其他法律”开头的短句，因为这不属于法律选择条文的范围。还有人建议重新起草条文，以表明破产诉讼地法是适用于撤销的默认法律，除非交易各方当事人没有合理的理由知道在其中一方破产的情况下该法律将适用于其交易的撤销。有与会者指出法官在适用该拟议条文时可能遇到的困难。

36. 有与会者建议，该条文可与破产诉讼地法清单分开，正如 2015 年 5 月 20 日欧洲议会和欧洲理事会关于破产程序的(EU) 2015/848 号条例（重订）（《欧洲破产条例》（重订））所做的那样。

3. 担保交易

37. 工作组回顾以前曾审议过一个问题，即管辖破产程序对物权、特别是对有担保债权人的处理的效力的，是破产诉讼地法还是物所在地法。一些代表团重申了他们在这个问题上的立场，有些代表团赞成破产诉讼地法，另一些代表团则赞成物所在地法⁹，但会议期间出现了弥合分歧的新想法。

38. 一些代表团回顾了《欧洲破产条例》（重订）第 8 条的内容，该条直接适用于欧盟成员国并对其具有约束力，并指出该条所载的不是法律选择规则，而是关于破产程序中对物权的处理的实质性规则，而且该规则是在欧盟关于重组和破产的指令¹⁰获得通过并转换为各国法规之前推出的；这些代表团建议可在破产程序适用法律案文中以法律选择规则的形式反映该条款的主旨。在这方面，与会者认为跨国界破产承认和救济框架及其保障措施（如公共政策例外和对债权人的充分保护）以及关于中止程序和解除中止的规则是相关的。

39. 有与会者建议，关于这一事项的默认法律，例如破产诉讼地法，可能需要同样附带保障措施和例外情况。这些保障措施和例外情况被认为是必要的，以确保：(a)在开启破产程序的国家 and 承认已启动破产程序效力的其他国家，有担保债权人的物权有效性和效力以及合法期望和利益将得到承认和充分保护，包

⁹ A/CN.9/1126，第 45-46 段。

¹⁰ 2019 年 6 月 20 日欧洲议会和欧洲理事会关于预防性重组框架、债务清偿和取消资格以及提高重组、破产和债务清偿程序效率的措施的(EU) 2019/1023 号指令，以修订(EU) 2017/1132 号指令。

括防止担保资产的价值缩减；(b)已启动的破产程序对这些权利的强制执行的效力将在必要时得到跨国界承认和强制执行。

40. 有与会者解释，案件的具体情况将决定是否需要在破产程序适用法律案文可能规定的例外情况和保障措施以外作出具体规定。他们提到了以下有关情形：案件是否涉及零星出售或保存企业的持续经营价值；特定物权的性质；以及有关资产对破产程序的重要性。

41. 工作组欢迎这些想法，并鼓励有关代表团进一步协商。有与会者指出，需要评估所提办法的影响，并考虑如何将其纳入破产程序适用法律案文。为了进一步审议该事项，似宜采取以下做法：(a)将上述想法以书面提出；(b)澄清“对有担保债权人的处理”的含义；(c)评估可能的解决办法是否取决于物权是动产还是不动产。

4. 其他起草建议

42. 会上就破产诉讼地法清单的评注草案提出了以下其他起草建议：

(a) 为涉不动产合同的处理提供一种备选办法。有与会者指出，《欧洲破产条例》（重订）关于这一问题的条文很复杂，如何起草这一备选办法尚待澄清；

(b) 考虑将提及撤销启动前的抵销的内容从(i)项的评注草案移至(g)项的评注中；

(c) 删除第 25 段第一句，或在脚注或案文中解释衡平抵销和银行抵销的含义；

(d) 删除(k)项和(l)项方括号内的注释，必要时在案文中澄清，在处理破产管理人在承认国境内代表破产财产的权力方面发生冲突时，以承认国的法律为准。这一点同样被认为适用于债务人的权利和义务；

(e) 在破产诉讼地法清单评注第 37 段和其他部分，解释跨国界承认破产诉讼地法效力的观点可能如何影响根据破产诉讼地法对有担保债权人的处理及其债权排序。有与会者注意到，这些问题与尚未完成审议的破产程序对物权处理的效力的管辖法律问题（见上文第 37-41 段）有关联；

(f) 关于第 40 段方括号内的注释，移用《指南》建议 30-34 的评注第 84 段，并补充列入通常用于评估债权功能等同性的指示性标准清单（如义务来源、债权人的性质以及证明债权优先待遇的基本利益）以及在劳动债权中确定等同性的实例（据认为，很难参照其他债权、特别是公共债权来说明确定等同性的问题）；

(g) 在(o)项的评注中详细说明不歧视外国公共债权的内容，并提及一些文书。¹¹考虑到在该问题上做法各不相同，在没有国际条约的情况下通常不承认外国公共债权，因此有人认为最好实现外国公共债权的全球处理统一化。工作组没有采纳这一建议，因为有意认为，评注中参照提及了《贸易法委员会跨国

¹¹ 例如见《欧洲破产条例》（重订）第 2 (12)条。

界破产示范法》(《跨国界破产示范法》)¹²第 13(2)条,已经充分述及了这一点,而列入任何额外细节将超出本项目的工作范围。有看法认为应在(n)项而不是(o)项的评注中说明外国公共债权的处理问题,针对这一看法,有与会者认为,这两项都涉及该问题:

- (h) 在第 43 段,将“确立”改为“确定”;
- (i) 删除第 47 段;
- (j) 将第 49 段中的“非常有限”改为“具体”。

5. 支付和结算系统以及受监管的金融市场

43. 有意见认为,应当重新考虑条文的范围,包括增加提及双边和多边终止净额结算安排,以及清算系统,如欧盟市场基础设施条例¹³中设想的清算系统。有与会者认为,虽然在评注中说明与清算系统有关的事项(并在评注中补充提及多边机构)已足够,但有必要在立法条文本本身列入终止净额结算安排的破产诉讼地法例外情形。据解释,终止净额结算安排虽然与支付和结算系统、清算安排或受监管金融市场的特征不同,但它会引起同样的问题,同样需要适用例外情形。与会者认为,终止净额结算安排的例外情形可能与支付和结算系统及受监管的金融市场出现在同一例外情形中,也可能单独出现。

44. 另一种观点认为,草案对例外情形的规定过于宽泛,应仅限于破产诉讼地法范畴之外的事项。根据这一观点,与支付和结算系统以及受监管的金融市场有关的一些事项,例如当然条款的处理,都属于破产诉讼地法的范畴。有与会者提及世界银行原则 C.10 和所附脚注 9,其中在与金融合同有关的一些事项上遵从了破产诉讼地法。

45. 随后的审议中针对这些问题发表了不同看法,特别是例外情形的范围应缩小还是扩大的问题。有与会者表示支持在例外情形中增加衍生品清算系统,但不支持增加终止净额结算安排,特别是双边安排。他们指出,双边终止净额结算安排可适当归入破产诉讼地法清单中抵销条文的范畴。因此他们认为,草案规定的例外情形侧重于多边制度是恰当的。与会者指出,无论是否作了这些修改,都应当非常狭义地解释该例外情形。

46. 工作组请秘书处就这些问题开展进一步研究,包括在数字资产平台运营方监管方面任何新出现的趋势。据指出,这些平台与拟由该例外情形涵盖的系统和市场有相似之处,因此可能需要适用相同的例外情形。秘书处宣布计划就这些问题举行进一步的专家磋商,并请工作组的代表和观察员向秘书处通报相关专家的姓名以及有助于秘书处开展工作的立法和其他材料,同时指出这些问题十分复杂,尚未在立法和条例中得到解决。

¹² 联合国出版物,出售品编号: E.14.V.2。可查阅:《贸易法委员会跨国界破产示范法》(1997年)联合国国际贸易法委员会。

¹³ 欧洲议会和欧洲理事会 2012 年 7 月 4 日关于场外衍生品、中央对手方和交易存储库的(EU)第 648/2012 号条例。

6. 正在进行或待决的仲裁程序和诉讼

47. 对于是否有必要将正在进行或待决的仲裁程序作为例外情形，与会者意见不一。有人支持保留该例外情形，为此提出了法律确定性、可预测性和促进商事仲裁、合同自由、当事人意思自治和《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年，纽约）¹⁴等论点。另据指出，允许仲裁程序根据外国仲裁法继续进行并不等于根据破产诉讼地法对破产财产执行裁决。反对列入这一例外情形的论点包括，该例外情形有损于破产法的目标，特别是在破产程序中平等对待处境类似的债权人的目标，而且原则上没有理由将破产诉讼地法下的仲裁处理与诉讼处理区分开来。

48. 对这一例外情形还有其他顾虑，包括遵从仲裁法是不切实际的，因为破产财产将对破产管理人介入外国仲裁程序所需的费用、开支和时间等事项失去控制。因此，该例外情形中处理的问题被认为与破产诉讼地法方面的项目密切相关，如中止程序和费用。还有与会者认为，有必要评估这一例外情形的实际影响，特别是在允许违反破产诉讼地法规定的中止而根据仲裁法进行仲裁程序的情况下仲裁程序结果的可执行性。

49. 有些代表团认为，如果保留这一例外情形，其措辞所指范围应当非常狭窄，应仅提及管辖破产法对仲裁程序的效力的法律，特别是仲裁程序是否会因破产程序的启动而中止。他们认为，确定管辖诸如可仲裁性和仲裁规则等纯仲裁法事项的法律不属于本项目的范围。此外，确定应由哪个法院裁决争议的法律以及仲裁协定的有效性等事项也应排除在例外情形之外。由于这些原因，他们认为该立法条文草案的范围过于宽泛，而且对仲裁法的提法不明确，特别是未说明它是指仲裁程序发生国的法律还是指仲裁法。有与会者建议，应完善草案措辞，使之更加细致精确，增加的评注应解释在不同情况下，例如在仲裁法和破产诉讼地法相同的情况下以及两者不同的情况下，这一例外情形所产生的诸多问题。

50. 还有观点认为，除了中止之外，例外情形还应涵盖仲裁能力和破产管理人为能够加入进行中或未决仲裁程序而应当履行的手续等问题。还有与会者询问，破产诉讼地法的例外情形中为何不涵盖破产程序对仲裁协定有效性的效力。

51. 虽然有人呼吁将程序性事项与实质性事项区分开来，并仅限于程序性事项适用例外情形，但随后的讨论表明，在两者之间划清界线并不容易。例如，有人认为自动中止是程序性事项，而其他人则认为是实质性事项。

52. 工作组讨论了是否应比照进行中或未决仲裁程序的例外情形，为进行中或未决诉讼规定一个类似的例外情形，特别是在中止方面。有与会者回顾，《欧洲破产条例》（重订）第18条涵盖了这两个事项，他们认为两者提出了同样的问题和考虑，例如需要就参与诉讼或仲裁程序寻求债权人委员会的批准，并支付相关的参与费用。有与会者认为，根据破产诉讼地法申请启动破产程序后实行中止的一个主要原因是，让债务人暂时摆脱其往往背负着的正在进行的诉讼。

¹⁴ 联合国，《条约汇编》，第330卷，第4739号，第3页。还可查阅：《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年，纽约）（《纽约公约》）|联合国国际贸易法委员会。

53. 工作组注意到有些代表团倾向于取消这一例外情形，而其他一些代表团倾向于保留，因此商定，除了对中止程序的影响之外，还需要进一步评估不同备选办法的影响。据认为，在评估是否有必要改变《跨国界破产示范法颁布指南和解释》第 180 段所解释的仲裁办法之前，有必要参照《跨国界破产示范法》的程序和实质方面以及救济规定，来探讨破产诉讼地法（仲裁法）可能的例外情形的范围。会上承认有必要对进行中或未决仲裁程序连同诉讼方面一并考虑，正如《欧洲破产条例》（重订）第 18 条所做的那样。

六. 其他事项

54. 工作组表示注意到其第六十三届会议的暂定日期（2023 年 12 月 11 日至 15 日），该届会议的日期将由委员会 2023 年 7 月第五十六届会议确认。

55. 有人问及秘书处可能召集的专家组会议和有关代表团可能举行的闭会期间非正式协商，对此秘书处请工作组参阅贸易法委员会述及这些问题的报告。¹⁵

56. 一些代表团欢迎秘书处组织有关代表团之间的闭会期间非正式协商，而另一些代表团则对此表示关切。那些欢迎举行闭会期间非正式协商的代表团认为，这些协商对于在工作组面临的复杂问题上取得进展至关重要而且很有帮助。那些对举行非正式协商表示关切的代表团认为，过多地诉诸这类协商可能有损于委员会委托工作组开展的项目工作的透明度和包容性，特别是因为有些国家没有资源来跟进这些非正式协商，而且还将面临语言和时差方面的限制。

57. 有意见认为，虽然注意到与贸易法委员会及其各工作组工作方法有关的问题由委员会审议，但应由工作组决定是否需要举行闭会期间非正式协商，并考虑可能的替代办法。

58. 一些代表团表示支持在工作组下届会议之前举行闭会期间非正式协商。虽然没有人反对举行非正式协商，但有意见认为，诉诸这些协商应是例外情况。有与会者要求避免在没有任何议程、会议记录和总结摘要的情况下进行不限成员名额的协商。对此，有人指出，这些问题将由与会代表团讨论和商定。工作组表示注意到除了定于 4 月 21 日届会结束后立即举行的闭会期间非正式协商之外，在下届会议之前在线举行闭会期间非正式协商的建议日期（2023 年 6 月 6 日和 7 日或（和）2023 年 9 月 6 日和 7 日，下午早些时候（维也纳时间）举行，以尽可能方便各时区的与会者参加）。

59. 工作组注意到统法协会在资产双追和破产程序适用法律相关方面开展的数字资产和私法以及有效执行最佳做法的工作进展，重申了按照委员会的授权与统法协会进行合作与协调的重要性。¹⁶

¹⁵ A/65/17，附件三，第 11-14 段；A/77/17，第 238 段。

¹⁶ 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 17 号》（A/77/17），第 190 段。

附件

加拿大代表团关于资产追查和追回的意见：对今后工作的考虑¹⁷

1. 在数字时代，由于资产可轻易在不同法域之间流动，为了对债务人资产具有法律索赔权的利益相关者的利益而识别、追查和追回债务人资产已变得非常具有挑战性。虽然许多国家都有资产追查和追回（资产双追）的工具，但这些工具因法域而异，而且往往得不到跨国界的承认，无法跟上破产期间快速进行资产双追的需要。虽然名称不同，但可以辨别出三种具有共同目标、特点和保障措施的资产双追关键工具。我们可以将这些工具统称为获取信息的命令或措施、“暂时冻结”资产以及追回和变现，同时认识到普通法系法域常常将这种救济称为“命令”，民法法系法域则称为“措施”或“规定”。¹⁸

2. 向外国法院申请资产双追，有《贸易法委员会跨国界破产示范法》、《贸易法委员会企业集团破产示范法》以及贸易法委员会的其他示范法和指导意见作辅助。根据《跨国界破产示范法》，一旦“接收法院”（收到救济请求的法院）承认外国主要程序，则在接收法域内转移或以其他方式处置债务人任何资产的权利即告暂停，并实行强制性中止（《跨国界破产示范法》第 20 条）。在承认外国主要或非主要程序后，接收法院可下达支持资产双追的命令或措施，包括保护债务人资产或债权人利益的必要措施；就债务人的资产、事务、权利、义务或负债事项，安排询问证人或传送信息；以及委托外国管理人或由法院指定的另一人变现债务人在接收法院所在国家的全部或部分资产（《跨国界破产示范法》第 21 条）。¹⁹

3. 尽管采取了这些支持资产双追并防止欺诈的措施，但仍存在差距和不确定性，特别是在以下情况下：有些国家尚未通过《跨国界破产示范法》或类似立法来有效追查和追回资产；酌情救济的定义宽泛，或法院可能以不同方式解释规定；或适用法律不确定。上述各种不确定性可能会给受不同企业规模破产影响的利益相关者造成损失，对于资源通常有限的中小企业跨国界破产尤其有害。

4. 第五工作组旨在向各国提供指导意见，助其使用资产双追机制，包括在跨国界情况下使用²⁰，为此，第五工作组完成了对一份专题讨论会报告、一份清单和一份介绍各国资产双追情况的综合案文的审议。²¹在审议下一步措施时²²，本文建议，工作组现已完全有能力审议各法域中具有共同目标、特点和保障措施的资产双追工具，这些工具可构成支持根据各示范法和类似立法提出跨国界承认和救济请求的工具包的一部分。这些关键工具所依据的原则是法院针对以下

¹⁷ 本文大量引用了一篇即将发表的题为“海外资产追踪：关于在跨国界破产中更有效追查和追回资产的想法”的文章，其作者为 Janis Sarra、Stephan Madaus 和 Irit Mevorach。

¹⁸ 虽然“命令”一词用于普通法系法域，但“措施”可被视为一个不受法域限制的术语，涵盖了这些措施可能具有的各种法律和正式配置。

¹⁹ 尚未颁布《跨国界破产示范法》的民法法系法域可能有一套更加明确的资产双追工具。

²⁰ A/CN.9/1088，第 28 段；A/CN.9/WG.V/WP.185，第三部分；《大会正式记录，第七十五届会议，补编第 17 号》（A/75/17）。

²¹ A/CN.9/WG.V/WP.185，第三部分；A/CN.9/WG.V/WP.182；A/CN.9/WG.V/WP.186。

²² A/CN.9/WG.V/WP.186，第 3 段。

方面的考虑：所寻求的救济是否公平、有效、及时，以及对程序的完整性是否必要：救济是否有助于为了债权人和其他利益相关者的利益保全并最大化提升破产财产的价值。查明资产双追工具的共同点将提高各国给予跨国界承认和救济的能力。

1. 获取信息的命令或措施

目标：承认外国命令/措施的命令或措施，以披露关于接收法域内的资产的信息，包括询问证人、提取证据和传送信息。在接收法域发生欺诈、记录保存不善或隐瞒资产的情况下，信息命令/措施可有助于查明本应在破产财产中的遗失资产。

特点

- 向接收法院寻求的信息命令/措施可包括法院授权披露有关债务人资产的信息、出示记录、审查债务人和与债务人有过交易的与追查资产有关的任何第三方，从而获取有关外国法域内资产的价值和所在地的信息，以及为撤销权诉讼或对董事在处理资产过程中不当行为提起诉讼时可能需要的关于过往交易的信息（《跨国界破产示范法》第 7、19、20 和 21 条）。
- 如有在资产消散前获得资产所在地信息的请求，则必须紧急处理，以便做到有用和有效。
- 接收法院可要求提供证据，证明债务人（个人或实体）及其主要负责人（董事、高级管理人员、业主）未能按照本国法域的破产法或相关法律履行义务，未能提供关于债务人资产的准确、可靠和完整的信息，或未能在追回这些资产方面给予合作，无论这些资产位于何处。
- 通常需要在破产程序启动之前获得关于资产所在地的信息，以确保资产的价值得以保全，而不会因债务人、债权人或第三方在程序启动之前的行动而减少。
- 在有保障措施的情况下，破产专业人员可请求单方面下达命令（无需通知），同时下达封缄令或强制令，要求于信息命令/措施在接收法域内得到执行之前，不得披露该命令/措施。
- 在有保障措施的情况下，命令/措施要求银行、互联网服务提供商或其他可能确认账户或资产转移的第三方提供信息。
- 法院可以要求债务人，包括其董事和高级管理人员，提交一份完整而详细的资产和负债清单以及一份在提出破产程序前一年（或其他规定的回顾期）转移的任何资产清单，接收法院可对债务人不遵守规定的行为实施制裁。

保障措施

- 临时救济和酌情救济受公共政策和充分保护保障措施的约束（《跨国界破产示范法》第 6、7、20 和 22 条）。
- 接收法院可以承认原审法院的命令/措施，或在次级程序中批准命令/措施，依据是如果不允许查阅信息，债权人可能遭受不可弥补的损害。
- 如果有人寻求单方面命令/措施以承认外国信息命令/措施和（或）信息命令的暂时封缄，则接收法院可要求申请人赔偿受影响的当事人，或向法院提交保证金，以弥补错误下达或执行命令/措施所造成的损害。
- 规定第三方披露信息义务的命令/措施必须与该第三方合理范围内可控制的信息有关；并且接收法院可下令，第三方因按规定披露而可能承担的费用应得到赔偿。
- 债务人和有关第三方的权利将得到尊重，如果一方当事人对裁决提出异议，允许事后对命令/措施迅速进行司法审查。

2. 暂时冻结资产

目标：针对有被隐藏、转移或消散风险的资产，通过暂时限制这些资产在接收法域内的转移、出售或处置来保护价值的命令或措施。

特点

- 临时冻结救济可包括中止措施，以防止债务人资产的转移、出售或处置（《跨国界破产示范法》第 7、19、20 和 21 条）。
- 这种紧急临时救济保持资产所在地的现状，防止资产进一步跨法域转移或消散，直到应由谁对资产价值享有权利的问题得到解决，而该问题通常是在本国（原诉）法域解决。
- 申请人已使原审法院确信，其有初步证据证明被告在外国法域拥有资产，而且存在被告将在判决前移除、转移或消散资产以阻挠追查的严重风险，而且接收法院承认该命令/措施。
- 冻结命令/措施在接收法域内得到执行之前，可能必须下达禁止披露冻结命令/措施的封缄令或强制令，以便防止资产的进一步耗散或转移。
- 如果破产管理人发现债务人未列明的资产，可以在不需要任何进一步证据要求的情况下封缄下达单方面命令。

保障措施

- 临时救济和酌情救济受公共政策和充分保护保障措施的约束（《跨国界破产示范法》第 6、7、20 和 22 条）。

- 接收法院可以承认原审法院的命令/措施，或在次级程序中下达命令/措施，依据是如果保全价值的强制令或其他救济不被准许，债权人可能遭受不可弥补的损害。
- 只有在极其紧急的情况下，才有理由在不事先举行听证或不通知受影响当事人的情况下立即给予救济。如果有人寻求单方面下令承认外国暂时冻结命令/措施，或寻求在冻结命令/措施得到执行之前对冻结命令/措施下达暂时封缄令或强制令，则接收法院可要求申请人赔偿受影响的当事人，或向法院提交保证金，以弥补错误下达或执行命令/措施所造成的损害。
- 债务人和有关第三方的权利将得到尊重，如果一方当事人对裁决提出异议，允许事后对命令/措施迅速进行司法审查，包括能够寻求取消或调整救济的命令，或在适当情况下寻求损害赔偿。²³

3. 追回和变现

目标：允许追回非法转移或企图隐藏资产或欺诈债权人的转移的命令或措施；旨在追回不适当处置或转移给交易所涉人员的资产，但须遵守某些证据要求和抗辩。

特点

- 如有异议，破产管理人追回或变现资产的权利只有在法院（原审法院或接收法域的法院）就案情实质作出最后裁决后才可强制执行。
- 在某一法域启动的破产程序，根据任何既定的跨国界破产框架，可被接收法院承认为外国主要（或非主要）程序的情况下，追回和变现资产（《跨国界破产示范法》第 21 条）。
- 根据有关的撤销权规则，可以事后对向第三方转移资产的情况进行评估，以便追回资产。可撤销的交易包括那些意在挫败、拖延或阻碍债权人变现资产价值以偿付其债权的能力的交易（《贸易法委员会立法指南》，建议 87）。
- 在跨国界破产案件中，这类交易可由主要程序的法院根据法院地法撤销，并可在国外得到承认和执行（《跨国界破产示范法》第 21 条，《破产判决示范法》²⁴），或可由外国管理人在接收法院提出撤销（《跨国界破产示范法》第 23 条）。

²³ 例如，“欧盟第 655/2014 号条例，建立欧洲账户保全令程序，以便利民事和商业事项中的跨国界债务追回”，允许在成员国之间的跨国界案件中迅速单方面保全银行账户中的资金。它保障了债务人在单方面欧洲账户保全令发布后获得公平审判的权利，使债务人能够对该令或在执行后对其强制执行提出异议。一旦启动了理事会(EC)第 1346/2000 (1)号条例所界定的破产程序，就不能对债务人发出保全令，但可用来确保收回此类债务人向第三方支付的不利款项（撤销权诉讼）。

²⁴ 《关于承认和执行与破产有关判决的示范法》，提及整个《示范法》，包括第 X 条。

- 对于企业集团背景下的可撤销交易，可在母公司的程序中发布适用于另一法域的集团实体的原始命令/措施；接收法院可考虑交易发生的情况，包括交易各方之间的关系，交易是否有助于整个集团的经营，交易的目的，以及交易是否给予企业集团成员或其他相关人通常不会在无关联当事人之间给予的好处（《贸易法委员会立法指南》，破产企业集团处理办法，建议 217）。

保障措施

- 酌情救济受公共政策和充分保护保障措施的约束（《跨国界破产示范法》第 6 和 22 条）。
- 在没有对资产所有权和债权作出最后判决的情况下，不得下达最后追回和变现命令/措施，而且只有在举行听证并发出通知后才能作出这种判决。
- 对于撤销权诉讼，在接收法院承认外国程序后，外国管理人有权提起撤销权诉讼，如果外国程序是外国非主要程序，接收法院必须确信，该诉讼涉及的资产根据其法律应在外国非主要程序中加以管理（《跨国界破产示范法》第 23 条）。