



大 会

Distr.: Limited
29 March 2017
Chinese
Original: English/French

联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第五十一届会议

2017年5月10日至19日，纽约

加拿大对《关于承认和执行与破产有关的判决的示范法草案》提交的评论意见（A/CN.9/WG.V/WP.143）

秘书处的说明

加拿大政府向联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）秘书处提交了以下评述，以便为工作组提供补充材料供其审议。评述的正文按秘书处收到的原样转载于本说明的附件，在格式上作了一些改动。



附件

导言

本文件载有关于承认和执行与破产有关的判决这个问题的评论意见和提出的措词。A 部分阐述可适用于拟订示范条文的指导原则，以便在破产法中涵盖关于外国判决的承认和执行问题。B 部分含有对《关于承认和执行与破产有关的判决的示范法草案》提出的措词。在草案措词的每一建议之后都附上了一段评述，解释建议如此改动的理由。C 部分含有对《跨国界破产示范法》提出改动的措词。

在本文中，“本法”系指《关于承认和执行与破产有关的判决的示范法草案》。

A. 指导原则

适用范围—临时救济

《关于承认和执行与破产有关的判决的示范法草案》的适用范围中涵盖保全措施，包括程序的中止、法院冻结令和其他命令，或为了保全破产债务人财产价值而发布的法令，将这些保全措施涵盖其中是相宜的。当破产即将来临时，资金可能轻易流动，资产也可能迅速散失。关于承认和执行破产判决的文书，其附加值正是在于保全陷入财务困境中的企业的价值，在于能够进行重整从而避免财富的灭失，在于保护债权人和债务人的权利，以及在于保持工作岗位。

的确，所拟议的文书附加值并不在于对有关确认重整计划的一项法院令或对一项清算判决给于承认和执行。当作出这些法院令时，鉴于破产程序的结果，债权人通常知道他们将能得到些什么，这些法院令很少会成为执行程序的内容。在发生重整时，债权人、破产实体和利益关系方通常都已达成了具有约束效力的协议。关于确认重整的法院令只不过是具有约束力的现有义务之外的一个附带成份而已。

由于这些原因，所拟议的文书在范围上不应局限于对案情的裁定或最终判决。这种有限范围将不可能允许承认和执行对于有效解决破产非常重要的许多临时保全措施。相反，所拟议的文书在范围上应当是可以应对破产法院通常面临的形势变化，例如资产散失的风险、中止进行对破产债务人程序的必要性，或对债权进行有序处理的必要性。

简单明确

我们感谢贸易法委员会秘书处起草了明确、简洁而又简单的条文。这将确保在选择采用这些条文的各法域中以统一一致的方式加以实施。行文简单还反映了一个事实，这就是示范条文在设计上是为了可以作出调整，适应发达国家和发展中国家以及英美法系和大陆法系法域的各种法律制度。我们促请各代表团支持简单而明确的选择和条文，因为这些条文可以导致减少诉讼和加强司法合作。

为此原因，关于在申请执行外国判决期间保全资产的相关条文是非常简洁的（见下文新的第 4.3 条）。起草的措词通过与贸易法委员会的其他文书保持一致而增进简单和明确。同样，关于破产前期间董事责任而作出的与破产相关的判决被排除在文书

的范围之外。什么时候涉及与破产相关的义务，什么时候没有这种义务，划清这两者之间的界限并不容易。为此，作出了特意的选择，将关于董事责任的判决排除在示范条文适用范围之外，以便增进简单、明确和统一的适用。

促进法律的协调统一

贸易法委员会寻求通过国际商法规则的现代化和协调统一而为国际贸易和商业提供便利。协调统一的规则可以为商业企业带来更加稳定和可预测的环境。对破产法而言，这些规则还可以通过确保债权人权利的公平和可预测的待遇，通过向各类破产法院提供类似的补救办法，以及通过可以相互承认破产裁决，从而便利司法合作与协调。协调统一的规则有助于跨界合作和协调的功能制度，因为涉及处理某个经济实体破产案件的各个法院不会颁发不一致的决定。

为此原因，在提出建议通过某项条文的备选措词时，只能是应当非常谨慎的。特别是，定义中规定了对于适用示范法各项条文的基本要求，所以应当尽最大可能不要在其中包括备选措词或备选案文。关于所提出的在与破产有关判决的定义中包括备选案文，是在这方面令人关切的一个重大问题。

加强合作的益处

《跨国界破产示范法》非常成功。已有约 40 多个国家通过，并在这些法域成功运作。经验表明，司法合作可以非常有助于妥善解决跨国界破产程序中出现的困难。虽然在《示范法》诞生的时候，司法合作的形式并不常见，但《示范法》所鼓励开展的司法合作现在获得了许多法域的承认和推广。

从加拿大的角度来看，司法合作采用了跨国界破产协议或议定书来规定基本框架，协助跨国界程序的管理和程序性问题的协调统一，因而是非常有效的，这些工具为促进债权人和利益关系方的利益开展司法合作发挥了重要作用。经验表明，破产程序的跨国界合作与协调是互利双赢的。

B. 草案行文建议和理由

新的第[2]条 定义

“外国主要程序”指按[此处插入用以实施《跨国界破产示范法》的法规名称]界定的一项外国主要程序；

对于未实施《跨国界破产示范法》但仍希望排除非主要利益中心法域所作裁决的法域，可将下列定义包括在内：“外国主要程序”指债务人主要利益中心所在地进行的外国程序；

评述

需要这一定义是因为本案文中建议在“与破产有关的判决”的定义内提及外国主要程序。

“与破产有关的判决”指监督进行一项外国程序的法院在程序启动时或启动后颁布的判决，但其中不包括：

- a) 关于董事责任的判决；
- [b] 关于破产前期间低价转让交易的判决；]
- c) 关于承认破产前期间债权人行使合同规定的补救办法的判决；或
- d) 非外国主要程序法院所作的判决，除非该项判决是由担任计划程序的法院发布的¹；

[以及]

- [e) 对我国法院所作与破产有关判决不予承认的法域所作出的判决。]

评述

前导句

一项判决如果要属于本法的范围，必须是由一个监督进行外国破产程序的法院颁布的。如同《跨国界破产示范法》规定的情形一样，破产程序必须具备某些特征。这其中包括如下：原判国与破产有关的法律依据；债权人集体参与；由法院或另一个官方机构控制或监管债务人的资产和事务；以及以债务人的重整或清算作为程序的目的。²

在这一基准框架内，各种集体程序都将可能符合作为外国程序的条件，无论这些程序是强制实行的还是自愿实行的，是公司程序还是个人程序，是结业清盘还是重整。还包括债务人在其中对其资产保留某种程度掌控的那些程序，当然是在法院监管下（例如，暂停支付、“债务人占管”）。³

a)项

关于董事责任的判决被排除在与破产有关的判决的定义范围之外，因为其中一些判决是根据公司法（以及其他法律）决定的，难以将“真正”与破产相关的判决与其他判决区分开来（a)项）。

b)项

估值过低的交易按破产法的不同标准处理，因法域而异。例如，正如《破产法立法指南》第二部分所述，一些法域可能采用认定规定，根据该项规定，低于某个下限的交易被认定为估值过低；对于如何确定交易的价值，一些法域要求采用的方式可能其他法域并不熟知，或者一些法域提供的抗辩机会可能其他法域并不熟知（见第175-176段）。在国内情形中，这些转让交易按当地规则处理，但可以辩解说，依赖

¹ “计划程序”的这一定义系根据《公司集团示范法》草案而来，现添加在本草案中。

² 第66段，《跨国界破产示范法颁布指南》。

³ 第71段，《跨国界破产示范法颁布指南》。

当地所熟知的法定标准的被告不应当被认定对那些按另一法域的标准判定属估值过低的交易负责。为此原因，在破产前期间达成的估值过低的交易排除在定义范围之外（b）项）。请注意，建议涵盖那些关于在启动破产程序之前订立的估值过低交易的判决。破产程序的启动构成充分的通知，表明可以对交易进行审查，而且破产实体所在法域的破产法律将予适用。回避责任的交易，或者说为了挫败、阻挠或拖延债权人而进行的交易，仍将涵盖在与破产有关的判决的定义范围内。这些交易与估值过低的交易有别，因为其中显示了欺骗的意图。

c)项

作为一项一般规则，根据一般合同法提出的债权，无论是由破产法院还是由一般民事管辖法院所认定的，都不应涵盖在定义内。合同规定的补救办法以其所涉及的合同为根据，由于这种性质，可以在无法院的协助下行使。本项例外所涵盖的按合同规定的补救办法包括保留所有权协议、当然条款、抵销和其他形式的法定补偿。本项例外只针对在破产前期间行使的合同规定的补救办法。这一区分是有其道理的，因为在破产法院监管下实行的按合同规定的补救办法被认为是破产判决。

d)项

通过在措词中加上一些词语提及《跨国界破产示范法》中的一些概念，本项定义澄清了本法与《跨国界破产示范法》之间的关系。这意味着按《示范法》界定的外国主要程序所作出的判决，可以通过本法的适用而在接案法域获得承认和执行，无论接案法域是非主要程序还是没有对破产债务人启动破产程序的情况（d）项）。如果寻求执行的当事方选择采用《跨国界破产示范法》提供的救济，那么本法提供的关于判决的承认和执行并不妨碍采用这种做法（本法与《示范法》之间的关系也在 C 部分中讨论）。

通过在措词中包括来自计划程序的判决（通过 d)项例外情况的除外），本项定义承认在一些情况下，计划程序法院可以对在本法院法域无主要利益中心的公司集团成员发出一项判决。把计划程序法院的与破产有关的判决涵盖在内，使得能够按照符合《企业集团示范法》草案的方式更好地协调计划程序。

作为一项原则规定只有来自外国主要程序或计划程序与破产有关的判决才属于本法的适用范围，这样做可防止出现对判决的连环承认情况。因此，A 国发出的判决在随后获得 B 国的承认之后，只能在 A 国的原有判决基础上而不是在 B 国的判决基础上获得在 C 国的承认。

e)项

[e]项提供了一项机制，从而根据本法，来自对等待遇法域的判决才能够获得承认和执行。对等待遇法域是（除颁布国法域外的）已颁布了类似立法管理关于承认和执行与破产有关的判决问题的地方。对等法域可以限制也可以不限制其类似的立法仅适用于对等法域。虽然并不需要有这样一项规定才能拥有可以运作的法律，并且因此也不建议通过这样一项规定，但颁布国法域可能担心将本法的益处扩展到并不以

同样方式给予合作的法域。本项规定承认，从政策的角度来看，一些法域将可能希望限制其法律的适用范围。]

示例—《颁布指南》

[备选案文 A]中的示例清单应当放在《颁布指南》中。对于一项判决是否符合条件作为破产判决，这段案文并没有增添任何附加的法定基础。但是，其中关于所意图涵盖的情形作了有益的举例说明。

“计划程序”指[此处插入用以实施《企业集团示范法》草案的法规]所界定的外国计划程序；

对于没有采用集团解决办法但仍希望承认和执行来自计划程序所作判决的法域：

“计划程序”系指对企业集团成员启动的一项主要程序，该成员是集团破产解决办法中的一个必要组成部分，其中一个或多个集团成员参与这一破产解决办法，目的是制定[和实施]一项集团破产解决办法，而且在其中指定了一名集团代表；

评述

需要本定义是为在与破产有关的判决的定义中提及计划程序。

草案中的其他定义保持不变。

新的[第 4 条] 提出申请的利益方

颁布判决的法院所指定的外国代表，或计划程序中的集团代表，判决败诉的债务人或利益受到判决影响的任何债权人，[或根据原判国法律有权寻求承认和执行与破产有关的判决的其他人，]可提出申请承认该项裁决。

评述

本项规定以现有的第[10(1)]条为基础。为了取得本法规定的地位而需要满足的条件被提到立法的最前端。拟议的草案措词也解决了第[10]条下的一个问题，这就是外国代表或在计划程序中的集团代表作为一方，而发出了判决并且判决被寻求获得承认的法院作为另一方，这两者之间的联系问题。如果给予任何外国代表法律地位，例如在与破产无关的程序中的外国代表，使其能够寻求一项判决获得承认和执行，这样做是不妥的。实际上这意味着，在集团程序中，在计划程序法院寻求并获得一项判决的集团一个成员的外国代表并不一定有资格在第三国寻求对所得到的与破产有关的判决加以承认和执行。所得到的判决将需要经由集团代表、判决败诉债务人或判决书所影响的债权人提出申请后才可获得承认和执行。

第[10(1)]条的目前案文提及根据原判国法律有权寻求承认和执行与破产有关的判决的其他人，这一案文被保留下来。但是，根据理解，如有可能的话，申请人将希望归属于本条规定所列其他人员类别，因为以这个最后类别为凭据将需要出示关于外国法律的证据。

新的第[4.1]条 有管辖权的法院或机关

申请承认和执行与破产有关的判决应向[此处具体指明颁布国负责给予承认或加以执行的法院或机关]。

评述

将需要关于申请人的指导，因为在所被寻求执行判决的国家，不一定启动了破产程序。《跨国界破产示范法》述及不同法域对同一债务人启动的破产程序之间进行协调，而本法则与此不同，意思是主要适用于所被寻求执行判决的国家没有启动破产程序的情况。本条规定的用意是具体说明可以在哪里提出申请。

新的第[4.2]条 通知申请和在无争议情况下的即决承认

1. 对承认和执行与破产有关的判决提出的申请，应当通知判决败诉的债务人和原审法院指定的破产管理人或计划程序的集团代表，只有在其他当事各方都有机会对该项申请作出陈述后才能给予承认。
2. 如果没有对申请提出争议，与破产有关的判决可即决获得承认，无需正式的庭审。
3. 申请承认和执行与破产有关的判决可以随附一并请求第 15 条下规定的临时救济。
4. 请求第 15 条下规定的临时救济不妨碍当事人寻求根据所申请加以执行的法域的法律而提供的任何额外临时救济。

评述

程序上的要求应当明确规定，寻求承认的当事方应当适当通知判决败诉的债务人，告知对其采取的行动。这一程序上的要求与第[12(a)]条所列的拒绝承认和执行的理由相一致，该条述及在原审国发出通知。

新的第[4.3]条 临时保全救济

1. 一方当事人可以不通知其他任何一方当事人而提出临时保全救济请求，同时一并申请承认和执行破产判决，指示一方当事人不得从中阻挠，造成所请求的临时救济或判决（视情况而定）目的落空。
2. 接案法院在就单方面临时保全救济的申请作出决定后，应立即命令向所有当事方发出通知，通报临时措施请求、临时保全救济的申请、任何可能的临时保全令，以及任何一方当事人和法院之间与此有关的所有其他通信联系。同时，法院应给予初步命令所针对的任何一方当事人在实际可行的最早时间内陈述其案情的机会。
3. 法院可要求任何一方当事人迅速披露被请求或准予的临时措施或临时救济所依据的情况发生的任何重大变化。

评述

第[15]条规定接案法院准予临时性救济的能力。需要有这一规定，以确保在申请承认和执行提出后至法院决定加以承认和执行前这段期间对资产进行保全。新的第[4.3]条授权接案法院发布单方面临时保全措施。鉴于救济办法的性质，实行了若干程序性保障措施，以确保所发布措施针对的当事方受到充分的保护。

拟议的措词由《国际仲裁示范法》启发而来。

第[7]条 公共政策的例外

评述

按照目前的草案措词，第[7]条只保留在所请求执行的行动明显违反公共政策时法院可以有能力诉诸公共政策而拒绝采取行动。为了能够援用公共政策的例外，以该项例外作为依据的当事方必须在颁布国的国内立法其他地方查明可予适用的公共政策原则。这项规定只是保留现行的公共政策原则。为此，建议在第[12]条关于拒绝承认和执行与破产有关的判决的理由中列入一项关于例外的具体理由。对第[7]条无任何修改建议。

第[8]条 解释

对本法作出解释时，应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。

评述

诚信要求通常列在实质性的国际文书中，如《联合国国际货物销售公约》、《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》或《联合国国际合同使用电子通信公约》。一般不收入关于承认和执行外国判决的文书或关于规定程序机制的文书，例如《关于法院选择协议的海牙公约》、《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》或国际投资争端解决中心公约。这种一分为二做法一个值得注意的例外是《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

第[9]条 效力和可执行性

评述

建议考虑去除第 9 和 11 条之间多余的重叠。我们认为，关于一项判决是否可以执行，需要其在原判国具有效力和可予执行，文中两次提出这一点有可能产生相反效果。

第[10]条 申请承认和执行与破产有关的判决

~~1. 外国代表或根据原判国法律有权就一项与破产有关的判决寻求获得承认和执行的其他人，可向我国法院申请承认和执行该项判决，包括以抗辩的方式。~~

[...]

评述

由于第[4]条的修改，第[10(1)]条应当删除。

新的第[10.1]条 判决书用作抗辩

如果在程序中，与破产有关的判决用作抗辩，而在本法无正式形式要求情况下法院也可通过适用本法程序和证据规则获得判决书作为证据时，本法概不要求一方当事人寻求承认和执行该项判决。

评述

在有些法域，外国判决是一个事实，可以在法院程序中作为证据提出，并可因此用作在该法院程序中的抗辩依据。一些颁布国希望允许提出判决作为抗辩依据，但又无本法规定的关于承认和执行的正式要求，所以这一规定就是为这些颁布国而保留这一证据规则的。

第[12]条 拒绝承认和执行与破产有关的判决的理由

在下列情况下，可拒绝承认和执行与破产有关的判决：

[...]

a.1) 承认和执行与破产有关的判决将明显违背我国的公共政策；

[...]

[e.1) 判决已获履行，或双方已通过相关协议方式商定，或通过重组或其他由法院监督的机制为之，判决中规定的债务现已由新的法律义务取代]。

[...]

评述

除第[12]条所列的若干项规定外，建议再增加一项新的 a.1)，述及公共政策的例外。列入这一项的理由见关于第[7]条的评述。

一些国际文书具体阐述履行一项判决作为将外国判决搁置一旁拒不执行的理由（例如，《加拿大－英国民事和商事判决公约》，第四条）。

破产法院作出的一些裁定是中间过渡性的，或其法律效力被随后的发展变化例如重整计划所取代。为了防止债权人在外国法域中根据破产程序期间发出的这类以不复存在或被取代的判决而寻求获得支付，e.1)项防止以获得履行的或被替代的判决获得承认和执行。例如，临时冻结令即属于这一例外，这些法律令要求在就有担保债权人的优先权作出最后裁定之前将资产放在破产管理人的看管之下，在通过一项重

整计划之后，冻结令不复存在。因此，被寻求承认和执行冻结令的法院将会拒绝加以承认和执行。

鉴于对定义所提出的改动，特别是对“与破产有关的判决”的定义的改动，工作组似宜考虑其中的一些排除在外情况是否仍然需要（c)至 h)项）。

第[14]条 可分离性

在对与破产有关的判决的其中可分离部分提出了申请承认和执行时，或根据本法该项判决只有其中一部分可获承认和执行时，应可对该部分给予承认和执行。

评述

将“应”字改为“可”字，可以保护那些当只有一部分判决获得承认时利益可能因此受到不利影响的债权人。这样改变后，法院不必被迫承认判决的其中一部分，因为不可执行的判决部分是可分离的。但法院也可给予承认。

C. 本法与《跨国界破产示范法》之间的关系

本法有效运作的一个重要方面是其在适用方式上并非与《跨国界破产示范法》不一致。这意味着如果接案国通过了《示范法》，以及在接案国没有通过《示范法》而只是通过了本法以期承认外国与破产有关的判决的情况下，可以避免发生不一致情况。一些国家可能选择后面这种情况，这些国家并没有决定按《示范法》所推广的形式促进司法合作，但却认为承认和执行与破产有关的判决是实现更密切跨国界司法合作的一种适当手段。贸易法委员会的工作不在事实上排除这种形式的司法合作。这种合作也可导致跨国界破产程序更好的协调。为此原因，本法及其相关的《颁布指南》应当讨论向颁布国开放的各种选项，包括那些希望颁布本法而不颁布《跨国界破产示范法》的国家。

B 部分中的一些评论已经讨论了现行的《示范法》与本法之间的关系（见有关“与破产有关的判决”、“外国主要程序”和“计划程序”定义的评论）。其目的是确保破产立法的各个组成部分之间对同样的概念作统一的处理。

如上所述，本法可用于确保由外国主要程序颁发的与破产有关的判决获得承认和执行。因此，本法是对《跨国界破产示范法》的补充。但是，本法并不是为了确保在可以根据《示范法》寻求承认的情况下使判决获得承认。

在《跨国界破产示范法》的解释中有一点不一致，可能需要稍加澄清。一些法域中的国内法院被诱导对可以根据《示范法》第 21 条作为“救济”而提供的追索权加以限制。具体来说，一些法院认为，承认和执行一项判决并不是《示范法》所提供的救济。由于本法并未涵盖属于《跨国界破产示范法》范围内的所有情形，因此建议通过对《示范法》作如下修订。

《跨国界破产示范法》修订如下：

第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济

1. 无论是主要还是非主要程序，在一项外国程序获得承认后，在需要保全债务人资产或债权人利益的情况下，法院可根据外国破产管理人的请求，给予任何适当的救济，包括：

[...]

c.1) 承认或执行判决；
