



大会

Distr.: Limited
4 October 2021
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第五十九届会议
2021 年 12 月 13 日至 17 日，维也纳

破产程序中民事资产追查和追回

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 破产法规中与资产追查和追回有关的条款.....	2
A. 保护和保全破产财产的措施.....	2
B. 债务人的义务.....	7
C. 合作与协调.....	8
三. 可在破产程序中使用的民事资产追查和追回工具清单.....	8
A. 民事资产追查和追回工具分类.....	8
B. 使用条件.....	11
C. 保障措施.....	11
D. 承认和执行.....	12
四. 供工作组审议的问题.....	13



一. 导言

1. 关于委员会第五十四届会议转交工作组的破产程序中民事资产追查和追回项目¹的背景资料，可查看工作组第五十九届会议临时议程（A/CN.9/WG.V/WP.173）。本说明系由秘书处编写，旨在便利工作组对该专题进行初步审议。本说明应与民事资产追查和追回专题讨论会（2019年12月6日，维也纳）的报告（A/CN.9/1008）（“专题讨论会报告”）一并阅读，该报告综述了资产追查和追回事宜。²本说明对上述报告作出补充，首先重点阐述贸易法委员会破产法规³和其他破产法规⁴中与破产程序中民事资产追查和追回有关的规定，其次重点探讨了其他法律领域中可用于破产程序的民事资产追查和追回工具。

二. 破产法规中与资产追查和追回有关的条款

A. 保护和保全破产财产的措施

1. 概述

2. 调查了解的破产法规规定了各种措施，确保破产财产的价值不因债务人、债权人或第三方的行动而减损。这些措施可以是临时性的，即在启动破产程序或承认外国程序之前适用，⁵或在启动或承认之时适用。⁶

3. 在申请启动破产程序时并不自动启动程序的情况下，⁷法院可应债务人、债权人或第三方的请求下令采取临时措施。这种临时措施可包括中止针对债务人资产的执行，以及指定临时破产管理人，该管理人可在企业的日常经营中全部或部分取代债务人。⁸在跨国界情况下，可应外国破产管理人的请求准予采取临时措施。⁹

¹ 《大会正式记录，第七十六届会议，补编第17号》（A/76/17），第215-217段。

² 关于秘书处组织专题讨论会的任务授权，见同上，《第七十四届会议，补编第17号》（A/74/17），第203段。

³ 《贸易法委员会跨国界破产示范法》（1997年）（《跨国界破产示范法》）；《贸易法委员会破产法立法指南》（第一和第二部分（2004年），第三部分（2010年）和第四部分（2019年第二版））（《指南》）；《贸易法委员会关于承认和执行与破产有关判决的示范法》（2018年）（《破产判决示范法》）；以及《贸易法委员会企业集团破产示范法》（2019年）（《企业集团破产示范法》）。

⁴ 例如，欧洲议会和欧洲理事会2015年5月20日关于破产程序的《（欧盟）第2015/848号条例》（重订）（对欧盟成员国具有约束力并直接适用）（《欧盟条例》）；《世界银行有效破产和债权人/债务人制度原则》（2021年）（《世界银行原则》）；美国法学会-国际破产研究会《国际破产案件合作全球原则》（2012年）（美国法学会-国际破产研究会《全球原则》）；以及各国破产法律。

⁵ 例如见《指南》建议39；《跨国界破产示范法》第19条；《欧盟条例》叙文第36段和第32条。

⁶ 例如见《指南》建议46；以及《跨国界破产示范法》第20条和第21条。

⁷ 在这方面，见《指南》建议18和19。

⁸ 例如见《指南》建议39和41；以及《世界银行原则》原则C6.1。

⁹ 例如见《跨国界破产示范法》第19条。

4. 在破产程序启动之时适用的措施通常包括中止程序¹⁰，以及如果存在留任债务人，则限制留任债务人处置（某些）资产和进行某些交易的能力。¹¹

5. 在一些法域中，法院可能拥有自由裁量权根据具体情况调整保护和保全破产财产的措施，包括合并使用这些措施。一些措施也可能具有域外效力。国际法规¹²有可能设想跨国界承认某些措施，但临时保全措施通常被排除在其范围之外。¹³

6. 保护和保全破产财产的措施通常伴之以防止滥用的保障措施，包括要求就执行这些措施发出通知，¹⁴法院另有命令的情况除外，¹⁵以及受影响的当事一方或多方有权发表意见，¹⁶对执行此类措施提出质疑¹⁷和寻求救济。¹⁸法院通常保留强制执行、复审、修改或终止此类措施的自由裁量权。¹⁹

7. 与其他法律领域一样，²⁰额外的保障措施通常适用于破产程序中的临时措施，特别是单方面和非公开（即保密状态下）下令采取的措施。由于这些措施是在法院判定已满足启动标准之前准许的，所以法律可能要求法院必须确信存在着债务人满足启动要求的某种可能性，债务人的资产确实有流失或价值损失的风险，因此采取临时措施的必要性是紧迫的，超过了此类措施可能造成的任何损害。法院可要求请求方提供充分的证据，以满足法院对所有这几点的要求。为防止随后未启动破产程序，或者所请求采取的措施对债务人的企业造成某种损害，也可能要求对费用、服务费或损害赔偿提供某种形式的担保，例如交付保金。如果以不当手段争取到临时措施，法院则可判定该措施的请求方承担费用、服务费、损害赔偿和受到制裁。²¹

2. 破产管理人的资产追查和追回权力

8. 《贸易法委员会破产法立法指南》（“《指南》”）对“破产管理人”一词的解释是“在破产程序中被授权管理破产财产的重整或清算的人或机构，包括临时指定的人或机构”（术语表(v)项）。贸易法委员会各项破产示范法中“外国代

¹⁰ 在《指南》术语表的(π)项中，该定义被解释为“采取措施，防止启动或暂缓继续进行对债务人资产、权利、义务或负债的司法诉讼、行政诉讼或其他个人诉讼，包括使担保权益具有对抗第三方效力的诉讼，或对担保权益的强制执行行动；以及防止对破产财产资产的执行、债务人合同的终止和破产财产任何资产或权利的转移、抵押或其他处分”。

¹¹ 见《指南》建议 112 和随附评注。

¹² 例如见《欧盟条例》第 32 条。

¹³ 见《破产判决示范法》第 2 (c)条对“判决”的定义，其中明确说明在本法中，临时保全措施不视作判决。

¹⁴ 例如见《指南》建议 25(d)和 42。

¹⁵ 例如见《指南》建议 42。

¹⁶ 例如见《指南》建议 43。

¹⁷ 见《指南》建议 45。

¹⁸ 例如见《指南》建议 49 和 51。

¹⁹ 例如见《跨国界破产示范法》第 22 条和《指南》建议 44。

²⁰ 例如见对支持仲裁的临时措施作出讨论的A/CN.9/WG.II/WP.119号文件。关于此类措施的规定后来被列入《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（2006年修订）第四章A节。

²¹ 例如见《指南》建议 40。

表”和“破产管理人”这两个术语的定义与上述解释相似，但增加了担任破产程序代表的职能。²²

9. 根据《指南》建议 120，破产管理人有义务保护和保全破产财产的资产。根据《指南》建议 35，破产财产包括债务人的资产、²³在启动破产程序后取得的资产以及通过撤销交易（见下文第 3 节）和其他诉讼追回的资产。²⁴任何未披露或隐藏的资产都将构成破产财产的一部分。²⁵

10. 调查了解的一些法规述及破产管理人在保护和保全破产财产和债务人企业方面的广泛权力，但没有具体说明任何追查和追回资产职能。²⁶其他法规具体提到破产管理人的预期资产追查和追回职能，包括在跨国界破产情况下。²⁷

11. 在《指南》所列破产管理人的职能中，下列职能与资产追查和追回有关：
(a)直接管控破产财产的构成资产及债务人的经营记录；(b)代表破产财产；(c)在进行中的法院、仲裁或管理程序中为破产财产的利益行使权利；(d)获得有关债务人、其资产、负债和以往交易（特别是嫌疑期内发生的交易）的资料，包括审查债务人和与债务人有往来的任何第三人；(e)采取一切必要步骤保全和保存破产财产中的资产和债务人企业，包括防止擅自处分这些资产以及行使撤销权；(f)登记破产财产的权利（在使破产财产权利具有合法效力可免除善意购买人购入而有必要登记的情况下）；以及(g)指定会计师、律师和其他必要的专业人员以协助破产管理人履行其职能并给予报酬。²⁸

12. 各国的破产法和非破产法可为执行破产管理人的资产追查和追回职能提供各种工具。其中一些工具可能需要法院的特别命令，例如搜查房舍、没收记录或强制个人作证。其他工具可能没有此类要求。²⁹可能会对如何使用某些工具施加限制（例如，在询问证人时可涉及的事项、在询问中可能使用的方法以及如何使用询问结果）。违反这些要求可能会引发对破产管理人滥用权力或滥用程序的指控。

²² 见《跨国界破产示范法》第 2(d)条；《破产判决示范法》第 2(b)条；以及《企业集团破产示范法》第 2(i)条。

²³ 《指南》术语表(b)项解释为债务人的财产、权利和利益，包括财产上的权利和利益，而不论该财产是否在债务人占有下，是有形财产还是无形财产，是动产还是不动产，还包括债务人在担保资产上或第三方拥有的资产上享有的权益。

²⁴ 包括针对第三方（如保险人）的诉讼，包括董事责任诉讼。

²⁵ 见《贸易法委员会小微企业破产立法建议》（2021 年）建议 44 和随附评注。如该建议的评注所述，在程序结束后发现隐藏或未披露的资产可能导致重新启动程序、撤销准予的解除债务并实施制裁。

²⁶ 例如，《世界银行原则》原则 C8.2 规定，在破产程序启动后，应允许破产管理人迅速采取措施保存和保护破产财产和债务人的企业。

²⁷ 例如，见《欧盟条例》第 21 条，其中提到主要破产程序的管理人一般有权将债务人的资产从其所在的成员国领土上移走，但须遵守一些限制；美国法学会——国际破产研究会《全球原则》的原则 9.4 指出，在获得承认后，外国代表应有权使用所有可用的法律手段，在可能发现债务人资产的所有法域获得关于这些资产的信息。

²⁸ 见建议 120 的评注。调查了解的一些国家法律列出了破产管理人的具体职能，包括与资产追查和追回有关的职能。例如，见澳大利亚《2001 年公司法》（联邦）第 437A 和 437B 条；2006 年《中国企业破产法》第二十五条；以及大不列颠及北爱尔兰联合王国 1986 年《破产法》附表 1。

²⁹ 例如，在一些法域，破产管理人可以独立于法定中止和法院命令使用“停止通知”，在短时间内（例如 14 天）阻止收到此类通知的人员采取行动（例如转让股份）。例如，见东加勒比最高法院《民事诉讼规则》第 49 部分。

13. 破产管理人的资产追查和追回权力的范围将受到法律、法院命令、破产管理人的任命条件和实际考虑因素的限制。³⁰某些资产能否追查和追回可能会受到法律的阻挡（例如有争议的资产）或限制（例如，有的资产虽属债务人，但被法律排除在破产财产之外，³¹或在跨国界情况下用以保护当地债权人利益的资产³²）。一些资产追查和追回权力可能会在启动法律程序发起正式的证据开示程序和对有关人员的法律保护（例如，防止提供对自己不利的证据自证其罪）时停止。

14. 调查了解的一些法规授予破产管理人跨国界行使追查和追回资产的权力；其他法规则将这一权力限于国内。一些国际文书为跨国界行使这种权力提供了便利，包括贸易法委员会跨国界破产示范法，其中设想了作出承认的法院可向外国代表提供的广泛救济，作为临时措施或在承认外国程序时提供。与资产追查和追回特别相关的此类救济可包括：(a)中止启动或中止继续进行对债务人资产、权利、义务或负债的个别诉讼或个别程序；(b)暂停对债务人任何资产进行转让、抵押或者作其他处分的权利；(c)就债务人的资产、事务、权利、义务或负债，安排查询证人、提取证据或传送信息；以及(d)委托外国代表或由法院指定的另一人管理或变现债务人在作出承认的国家的所有或部分资产。这些法规明确设想法院可提供国内法律规定的任何援助，而不仅限于示范法所列的援助或国内破产法规定的援助。³³

15. 破产管理人在国外行使的权力将受到外国法域的法律和法院命令³⁴或实际障碍的限制。³⁵外国非主要程序的管理人可能比外国主要程序的管理人权力小。³⁶此外，破产管理人在追回公共债务方面可能面临障碍，特别是在国外。以管辖权和起诉权为由提出质疑，包括由于提起诉讼的法定时限过期（这些时限在各法域之间并不统一），也可能妨碍破产管理人在国外行使权力。（从破产管理人那里受让了诉讼权的债权人或第三方将面临类似的问题。）

³⁰ 例如，一些资产追查和追回措施可能成本高昂（例如，进行法证调查，特别是跨国界和在几个国家进行的调查），这就引发了破产财产中资金是否充足、成功机率、对整体债权人群体的预期利益以及可能的替代办法（第三方出资与诉讼信托）等问题。

³¹ 例如见《指南》建议 38。

³² 例如见《跨国界破产示范法》第 21.2 条。

³³ 例如见《跨国界破产示范法》第 7 和 21(g)条。

³⁴ 例如见《跨国界破产示范法》和《破产判决示范法》第 5 条。《欧盟条例》第 21.3 条规定，破产从业者在行使权力时，应遵守其打算采取行动的成员国的法律，特别是在资产变现程序方面。除非该成员国的法院下令，否则这些权力不得包括采取强制措施，也不得包括对法律诉讼或争议的裁决权。

³⁵ 例如，没有当地身份证件。相比之下，跨国界使用一些其他工具（例如不动产和动产权利登记簿以及法律实体登记簿、破产登记簿、判决登记簿等）并不需要作出任何承认。

³⁶ 例如见《跨国界破产示范法》第 21.3 条，其中设想在给予外国非主要程序的破产管理人救济时，法院必须确信该救济与根据承认国法律应在该程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的资料；另见《跨国界破产示范法》第 19.4 条，其中规定如果具有临时性质的救济可能会干预外国主要程序的管理，则法院可拒绝给予该项救济。另见《欧盟条例》第 21.1 和 2 条。

3. 撤销权

16. 《指南》建议在破产法中列入一些条款，以保全破产财产的完整性，并便利向已撤销交易的参与人员追回资金或资产。³⁷《指南》述及了三种常见的可撤销交易：

(a) 交易的意图在于挫败、拖延或阻碍债权人收回债权的能力（例如，将资产转让给任何第三方，意在使债权人得不到这些资产）；

(b) 低价贱卖的交易（例如，转让财产换取名义价值或不存在的价值，例如馈赠，或所换价值远低于真实价值或市场价值，前提是该交易发生在嫌疑期内³⁸）；

(c) 特惠交易（例如，在嫌疑期内与一位债权人进行交易，债权人因为这一交易从债务人资产获得的偿付比例高于相同等级或类别的其他债权人（换句话说取得了优惠）。例子包括偿付或抵销尚未到期债务，或设置担保权益为既存的无担保债务提供担保）。

17. 如果须撤销的各类型交易涉及相关人，³⁹破产法通常规定较长的嫌疑期，以及放弃关于债务人在进行该项交易时须已破产或该项交易的结果导致其破产的要求。破产相关人的债权可能会受到审查和特别对待（例如，衡平居次）。

18. 破产法采用不同的做法来确定撤销某一交易而必须证明的要件。在有些法律中，证明交易不属于任何类别的可撤销交易是债务人的责任。其他破产法规定，破产管理人需证明交易符合撤销要求。有些法律允许在破产管理人难以确定债务人有欺诈债权人的实际意图等情况下，将举证责任调到对方。

4. 针对董事、股东和其他人的诉讼

19. 《指南》设想，在某些条件下，对债务人企业行使实际控制权的人员⁴⁰可能因其在债务人破产期间或接近破产期间的行为而承担个人责任。如果发现他们在这些期间违背了自身义务，⁴¹可命令他们全额支付法院评估的对破产财产的任何损害赔偿。

20. 《指南》强调，因这些人在此期间违背义务而导致遭受损失或损害的诉因归属破产财产，破产管理人负有对违背这些义务情形提出诉讼的主要责任。债权人或具有利益关系的任何其他当事方可在破产管理人的同意下提起诉讼，如果破产管理人不同意，可寻求法院的许可提起诉讼。⁴²可能会出现与上文第2节

³⁷ 见建议 87-99 和 217 以及随附评注。

³⁸ 《指南》术语表(ss)项解释为：“某些交易可加以撤销的参照期限。这一期限的计算通常回溯至破产程序的申请启动日或启动日。”有些破产法对所有类型的可撤销交易统一规定了一个嫌疑期，而有些制度则根据交易的类型及所涉及人员等因素规定不同的时限。

³⁹ 《指南》术语表(jj)项解释为：“对于法律实体性质的债务人而言，相关人包括：(一)目前或一段时间以来处于对债务人控制地位的人；及(二)债务人的母公司、子公司、合伙人或附属公司。对于自然人性质的债务人而言，相关人包括同债务人有血亲和姻亲关系的人。”

⁴⁰ 见建议 258 和随附评注，其中述及事实上的董事和“影子”董事。

⁴¹ 见《指南》建议 256 和随附评注，其中述及董事为避免破产或尽量缩小破产的范围而应采取的步骤。

⁴² 见建议 263 和随附评注。

所述类似的挑战，特别是在董事身处国外，以及未及时披露或未披露相关信息导致提起诉讼的法定时限过期的情况下。

21. 《指南》还讨论了捅破公司面纱、摊付令和实质性合并资产等工具，这些工具可能针对股东、企业集团成员或其他人，特别是在涉及欺诈计划或活动的情况下。⁴³

B. 债务人的义务

22. 在破产程序启动时产生并在整个破产程序期间延续的债务人义务中，《指南》建议 110 列举了下列义务：(a)与破产管理人合作，并协助破产管理人履行其职责；(b)提供有关其财务状况和业务的精确、可靠和完整的资料，其中包括列出下列各项内容：(一)程序启动前发生的涉及债务人或债务人资产的交易；(二)仍在进行中的法院、仲裁或行政程序，包括强制执行程序；(三)资产、负债、收入和支出；(四)债务人及其债务和(五)债权人及其债权的清册；以及(c)与破产管理人合作，使破产管理人能够有效控制破产财产，并便利或配合破产管理人追回无论位于何处的破产财产资产或资产控制权以及业务记录。⁴⁴

23. 《指南》强调有必要制定获取所需信息的有效程序，以便确保信息最终有用。例如，如果债务人的管理部门成员对债务人的破产有责任，他们可能不愿意全面和坦诚地披露情况或披露可能自证其罪的信息（尽管许多国家的刑法规定，自证犯罪的证据不能在随后的刑事诉讼程序中使用，以便鼓励坦诚披露情况）。因此，《指南》建议，除了债务人有义务提供信息之外，破产管理人以及债权人或债权人委员会应被赋予相应的权利，使其能够要求债务人提供信息并能接收这些信息，同时对不提供所要求信息的情形规定适当的制裁。债务人的义务可以辅之以其他措施，例如指定独立人士审查债务人的财务，或要求债务人本人（如果债务人是自然人）或其一名或多名董事派代表出席或亲自出席债权人的会议回答问题（除非因地点原因，不能实际出席）。针对严重隐瞒信息的情况，可对藐视法庭的行为实施刑事制裁（罚款、监禁）。⁴⁵

24. 《指南》承认，债务人或第三方（例如银行）提供的关于债务人的信息往往具有商业敏感性，属于机密信息，或者受对其他人的义务的限制。⁴⁶可能需要对所有可能接触到此类信息的人规定保密和保护此类信息不被滥用的义务。此外，可能会对出于非预期目的使用此类信息施加限制，法院另有命令除外。

25. 有留任债务人⁴⁷安排的破产程序中的资产追查和追回可能会产生具体问题。《指南》建议 113 设想破产法具体规定可由留任债务人履行的破产管理人职能。这一安排不排除任命一名独立从业人员履行与破产程序管理有关的某些职

⁴³ 见建议 219-231 和随附评注。

⁴⁴ 在一些法域，例如瑞士，此类义务延伸到所有人，包括公共机关。还有鼓励及时向破产管理人披露相关信息的激励措施（例如，在美国，减刑）。

⁴⁵ 见《指南》建议 114 和随附评注。

⁴⁶ 见建议 111 和随附评注。

⁴⁷ 《指南》术语表(I)项解释为重整程序中对经营保留充分控制权的债务人，结果是法院不任命破产管理人。在跨国界破产方面，贸易法委员会的法规指出，“外国代表”这一用语的范围宽泛，足以包括破产程序启动后的留任债务人。例如见《跨国界破产示范法颁布指南和解释》第 86 段。

能的可能性，例如上文讨论的撤销权，或追查和追回资产。《指南》建议 112(a) 明确提及在有留任债务人的情况下实行适当的保障措施，包括对债务人不同程度的控制和规定在特定情形下可取代债务人。《指南》建议 41 明确设想了在任命破产管理人是一项临时措施的情况下，债务人和破产管理人并行运作。

C. 合作与协调

26. 鉴于难以就跨国界承认和执行关于某些民事资产追查和追回工具的法院命令达成国际协议（见下文第三章 D 节），对破产程序中民事资产追查和追回来讲，贸易法委员会破产法规中设想法院之间、法院与破产管理人之间以及破产管理人之间⁴⁸开展合作与协作的条款具有相关性。这些条款旨在便利直接交流，包括直接请求提供信息和协助，这可能有助于加快获得当地救济，以协助外国破产程序中的资产追查和追回措施。

27. 其他破产法规⁴⁹中也有类似的规定。美国法学会-国际破产研究会《国际破产案件合作全球原则》（2012 年）的原则 9.1 强调，法院之间和管理人之间的合作应包括迅速和全面披露所有相关信息，包括资产和债权，以期提高透明度和减少国际欺诈。开展这种合作的必要性可能在破产程序结束后继续存在，例如在结束后发现资产或信息，在某些情况下可能会导致重新启动程序。

三. 可在破产程序中使用的民事资产追查和追回工具清单

A. 民事资产追查和追回工具分类

28. 正如专题讨论会报告所指出的，全世界存在各种各样的民事资产追查和追回工具。这些工具在不同的法域有不同的名称，法律来源也各不相同。一些起源于判例法的工具后来被编入成文法。⁵⁰许多此类工具可在破产程序中使用。

29. 民事资产追查和追回工具可以根据不同的参数分为不同的类别，尽管这些不同类别之间的区别并不总是十分明显，特定工具可能属于不止一个类别。上述工具据其主要目的可分为三大类：(a)主要用于识别和追查资产、证据或不法行为者的工具（追查工具）；(b)主要在已经识别和追查资产、证据或不法行为者之后使用的工具，用途是获取证据、冻结或扣押资产或对不法行为者提起诉讼或执行措施（追回工具）；以及(c)与其他工具结合使用以确保其他工具有效性的

⁴⁸ 例如见《跨国界破产示范法》第 25-27 条和《企业集团破产示范法》第 9-15 条。

⁴⁹ 例如见《欧盟条例》第 42、43 和 56 条；以及《世界银行原则》原则 C17.2 和 17.3。

⁵⁰ 例如，源于 *Anton Piller* 有限合伙公司诉 *Manufacturing Processes* 有限公司及其他案的搜查和扣押令已编入英国 1997 年《民事诉讼法》第 7 条和《民事诉讼规则》第 25 部分和《实践指南 25A》。源于 *Mareva Compania Naviera* 股份有限公司诉 *International Bulkcarriers* 股份有限公司案的玛瑞瓦禁令已编入英国 1981 年《高级法院法》第 37 条。

工具（辅助工具）。某些工具可能有多种用途。⁵¹一些法院可自由裁量，根据案件的特殊需要调整工具，包括在跨国界情形下。⁵²

1. 追查工具

30. 追查工具包括各种类型的披露令。一些此类披露令可能是为了直接从被指控的不法行为者那里获取信息或文件而发布的，而其他披露令可能是针对第三方发布的。⁵³此类第三方可能无意或有意参与或协助实施了不法行为，或者可能掌握了相关信息，这些信息可能有助于确定某些资产发生了什么及其所在地点等情况。这些工具可在提起任何诉讼程序之前和之后发布。它们通常取代银行保密规则或保密义务，例如银行对其客户的保密义务。

31. 大陆法系法域和普通法系法域均可下达披露令。披露令的形式多样，包括第三方披露令（*Norwich Pharmacal Orders*）、⁵⁴美国信孚银行披露令、⁵⁵为协助外国程序而设计的披露令、⁵⁶欧洲账户保护令程序⁵⁷和早期披露令⁵⁸。

2. 追回工具

32. 获取证据或冻结或扣押资产的工具往往是单方面准予，并采取其他措施防止过早向受影响的当事方披露，因为出其不意这一要件被认为对此类工具的有

⁵¹ “护照令”可能属于这一类（例如英国根据 1981 年《高级法院法》第 37(1)条发出的这一命令）。这要求短期扣押护照或其他文件。这种措施可用于追查信息（例如，关于出国旅行的信息）、限制移动或防止使用特定资产（例如，扣押驾照防止驾驶汽车）。其他例子见专题讨论会报告中有关欧洲账户保护令的陈述（脚注 21），欧盟成员国可利用欧洲账户保护令追查银行账户信息和冻结银行账户。一些法域使用的在线工具能够根据个人或法律实体的唯一标识符发现并立即冻结其所有银行账户。

⁵² 例如，《巴西民事诉讼法》（第 294 条及其后各条）赋予法院自由裁量权，允许法院选择其认为对手头案件最适当的补救办法。

⁵³ 在《美国法学会/统法协会跨国民事诉讼程序原则》（《美国法学会/统法协会原则》）附录《报告员研究》规则 20 的范围内，讨论了普通法系法域和大陆法系法域在针对第三方的命令方面存在的差异。该附录的介绍性说明解释说，虽然统法协会或美国法学会没有通过这些规则，但它们可与各项原则一道被视为国内立法改革的模式。

⁵⁴ 源于 *Norwich Pharmacal* 公司诉海关与消费税局专员案[1974 年] A.C. 133：在法院提起的诉讼，目的是获得善意第三方所掌握的信息，如无准许则无法从上述第三方获得这些信息，而这些信息是追查和追回由无权保留资产的被告人或第三方占有之资产所必需的。另见下文脚注 67 和 69。

⁵⁵ 源自美国信孚银行诉 *Shapiro* 案（19080 B.N. 3116），并在 *JSC BTA* 银行诉 *Fidelity* 机构服务有限公司等入案（HCVAP 2010/035）中得到详细阐述：在法院提起的诉讼，目的是在有确凿证据表明所涉一切资金均是通过欺诈手段获得，而延迟披露相关信息可能导致资金流失或被转移的情况下，获得金融机构所掌握的机密资料，这些资料是找到或追查申请人声称拥有所有权的资产所必需的。

⁵⁶ 例如，见《美国法典》第 28 编第 1782 节，其中允许任何利害关系方从身处美国的人员那里获取信息和资料用于外国程序。申请人需要证明(a)申请人在外国法域内无法实际获得所寻求的证据，以及(b)如果寻求获取的信息和资料所针对的一方位于正在进行相关诉讼的外国法域内，则申请人可在美国寻求相同的证据开示救济。不需要首先向外国法院寻求证据开示，也不需要证明在寻求协助时司法程序正在进行。重点是所请求的信息和资料是否可能在国外司法程序中使用，或可能导致发现可受理的证据。

⁵⁷ 见上文脚注 51。

⁵⁸ 例如，巴西的早期出示证据（《刑事诉讼法》第 381 条）；哥伦比亚的审前证据收集令（《一般程序守则》第 183-190 条）；法国的开示法律文件；巴拿马的尽职查证。洪都拉斯和墨西哥也有类似的措施。

效性至关重要。这引发了正当程序和保护被申请人的问题，并促使实施更多条件和保障措施防止滥用这些工具，下文 B 节将对此进行讨论。与上文第 1 节提到的一些披露令一样，这一类别中的一些工具可能是专门为克服银行部门限制向第三方披露客户信息的规则而设计的。⁵⁹

33. 这一类别的工具包括大陆法系法域用于保障资产和证据的各种初步禁令和保全令，⁶⁰尽管有些工具可能是为特定法律领域设计的。⁶¹其中一些在专题讨论会报告提到的欧洲联盟指令（脚注 21）中有所提及。

34. 在普通法系法域，搜查（和扣押）令，也称为容许查察令（Anton Piller order），⁶²是为任何未决或以后的诉讼程序保全证据或财产而单方面发布的命令。这类命令允许申请人进入被告的住所，搜查和扣押命令中规定的所有证据或财产。

35. 此外，玛瑞瓦禁令被广泛使用，该禁令可被描述为向法院提起的要求在该法域下达冻结令的诉讼，目的是在债权人证明其有权从资产中获得偿付的情况下，保护这些资产免遭流失。“全球冻结令”⁶³源自玛瑞瓦禁令程序，但在全球范围内执行，也在一些普通法系法域得到广泛使用。

3. 辅助工具

36. 与其他工具结合使用以确保前者有效性的工具包括“缄口”令和“封存”令。此类命令指示相关法院工作人员禁止公众查阅法院档案（“封存令”），以及禁止该档案或其中所载任何信息的任何知情人员予以披露（“缄口令”）。这些措施是对单方面和非公开诉讼程序的补充。

37. 此外，刑事诉讼中的工具常被用来协助民事诉讼。此类工具包括非定罪资产没收，⁶⁴受影响的人员作为民事当事人参与刑事诉讼（有可能查阅检察官获得的记录，并寻求下达冻结资产或要求返还的命令）⁶⁵以及从刑事调查中获取信息用于民事诉讼的其他方法。⁶⁶

⁵⁹ 例如见美国 1891 年《银行簿记证据法》。

⁶⁰ 例如见阿根廷的 *prueba anticipada*（获取证据）、*embargo preventivo*（判决前扣押财产）、*inhibicion general de bienes*（冻结资产）；奥地利的§ 379 8 中保障金钱债权的初步禁令和§ 110 StPO 中的保全令；比利时的防范性扣押（*saisie conservatoire*）；以及巴西的执行行动（通过 BacenJud 系统查封银行账户）。另见《欧洲法律研究院/统法协会欧洲民事诉讼示范规则》（《欧洲法律研究院/统法协会规则》）的规则 192 和 198。

⁶¹ 例如，比利时关于执行知识产权和扣押说明令的第 2004/48/EC 号指令第 6 条（“证据”）和第 7 条（“保全证据的措施”）以及法国的证明知识产权侵权行为手段（《工业产权法》第 L.615-5 条），都与在涉及侵犯知识产权的诉讼中获取证据有关。

⁶² 见上文脚注 50。

⁶³ 源自 *Dadourian Group* 国际公司诉 *Simms* 等人案[2006] EWCA Civ 399。

⁶⁴ 例如见瑞士《刑法》第 70-72 条。

⁶⁵ 例如见比利时《刑事诉讼法》第 21 条之二第(2)款和法国《刑事诉讼法》第 85 至 91-1 条。

⁶⁶ 例如，根据《美国联邦刑事诉讼规则》6(e)(3)(E)(1)，可向法院提起的一项诉讼，目的是获得在大陪审团程序期间收集到的信息，以供另一司法程序使用；如果请求得到批准，法院负责提供信息，以便保护刑事调查不受影响。还可以根据司法协助条约要求获取刑事调查获得的信息。

B. 使用条件

38. 虽然获取这些工具的程序可能不同，而且有些工具不向外国人提供，但可以针对这些工具确定近似的使用条件。这些条件旨在平衡各种考虑因素，特别是：(a)工具符合目的；(b)工具是公正和公平的；并且(c)获得工具不会不必要地复杂或昂贵，也不会规定不合理的时间限制或带来不必要的延误。

39. 特别是，要求申请人证明有充分的初步证据和对其合法利益造成的潜在或实际严重损害。⁶⁷根据工具的不同，申请人可能还需要证明被申请人（可能）持有资产、证据或其他相关信息或文件。对于某些工具来说，可能还需要证明被申请人有意或无意地协助实施了不法行为。⁶⁸对于单方面的非公开措施来说，申请人可能需要提供强有力的证据，证明因存在资产流失或证据销毁的风险或“真实可能性”，需要保密和迫切需要采取相关措施。所有权禁令可能比冻结禁令更容易获得：⁶⁹可能不需要证明存在流失的风险，仅需证明情况可信，而且授予禁令是公正与合宜的。

40. 如果不满足获取所需工具的条件，请求将被拒绝。⁷⁰请求也可能因其他原因而被拒绝。例如，如果与获取证据或信息有关的请求是为了在另一项诉讼中获得优势，而不是为了提起诉讼，或者请求是为了规避外国法域的证据收集限制或政策，或者请求的侵扰性过强或过于繁重，则可能会被拒绝。如果在法律上不可能使用所请求的工具追查和追回特定资产，则使用该工具追查和追回该资产的请求可能会被拒绝。例如，在一些法域，索赔人可能能够对被挪用的财产和原始财产转换成的任何后续资产提出索赔，而在其他法域，只有原始资产可以通过主张所有权提出索赔，而原始财产转换成的任何后续资产只能通过个人索赔追回。

C. 保障措施

41. 保障措施有多种形式，可由法律或法院命令作出规定，包括以下要求：(a)应通知受影响的当事方实施哪些措施（事前或事后），除非根据案情理当不发出通知⁷¹；(b)可对这些措施提出质疑；(c)这些措施应该是临时性的；(d)申请人应

⁶⁷ 例如，见《欧洲法律研究院/统法协会规则》的规则 193 和 199。

⁶⁸ 例如，执行第三方披露令（*Norwich Pharmacal*）的条件包括，应有强有力的证据表明善意第三方参与了被确定为相关不法行为的交易的进一步进行（即，该命令不适用于除了作为目击者或持有一些与之相关的文件之外与不法行为没有其他关联的人员）。

⁶⁹ 所有权禁令是为保全索赔人主张所有权的资产而签发的禁令，以便在索赔人胜诉的情况下将资产移交给索赔人，而冻结禁令旨在保护申请人免受资产流失的影响，申请人就可能立即或在将来对相关资产执行判决（见 *Falcon Private Bank 有限公司诉 Borry Bernard Edouard Charles 有限公司案*，HCA 1934/2011）。

⁷⁰ 例如，在基于指称的不法行为而提起的任何诉讼中，不能针对可能是证人或初步证据确凿的被告的人员下达第三方披露令（*Norwich Pharmacal order*）。在以下方面使用该命令也可能受到限制，例如：确定不法行为者的身份，而不是获取关于指称的不法行为的事实信息，反之亦然；获取证据而不是信息；在外国法域有法定制度规定必须从海外获取证据的情况下，用于协助外国程序。

⁷¹ 例如，见《欧洲法律研究院/统法协会规则》的规则 195。一些法域的法院在决定是否应发出通知以及应发出通知的时间方面保留自由裁量权。例如，见德国《民事诉讼法》第 128(4)条和第 922(1)条，其中允许法院决定是否需要发出扣押令申请通知。

为所请求的措施提供保证金或担保和损害赔偿；以及(e)可对滥用或不当使用措施的申请人实施制裁，包括刑事制裁。

42. 法院可以有不同程度的自由裁量权以便在法律的强制性要求范围内制定具体的保障措施。⁷²此外，可以针对如何执行法院命令以及如何使用获得的信息或证据制定详细的规则。这些规则可在特定案件的背景下实施，或者在使用某一特定工具时普遍适用。⁷³此外，还适用相称原则和优先考虑公平或衡平比较的原则，这将要求法院评估申请人请求的案情实质、所涉及的任何相关公共利益、紧迫性、批准请求的实际负担以及替代备选方案。⁷⁴

43. 适当分配举证责任、可反驳的推定和抗辩通常是为了平衡实施上述措施所涉及的相互竞争的利益。⁷⁵影响人的尊严和人权（例如行动自由）的措施可能只有在特殊情况下才被允许，并且需遵守更严格的保障措施。⁷⁶

44. 在许多法域，申请人会被要求与法院合作，包括提供与请求法院采取的措施相关的充分、公平和准确的情况披露。这不仅包括有利于申请人的事实，也包括有利于被申请人的事实。违反这一义务可能导致法院驳回相关措施，并命令申请人赔偿被申请人因实施该措施而遭受的损害和损失。根据违反行为的严重程度，还可对藐视法庭行为实施刑事制裁（罚款、监禁）。

D. 承认和执行

45. 民事资产追查和追回工具的跨国界承认和执行可能取决于许多因素，特别是取决于涉及到的工具，并会产生复杂问题，包括管辖权和适用法律等问题，本说明不涉及这些问题。

46. 例如，如专题讨论会报告第 17(d)段所述，临时和保护措施令被排除在《海牙证据公约》（第一条）的范围之外。该公约的几个缔约方声明，它们将不执行

⁷² 例如，德国《民事诉讼法》第 921 条允许法院决定申请人是否必须提供充分的担保。根据该法第 108 条，法院可以具体规定所需担保的类型和金额。在英格兰，根据《实践指南 25A》，如果法院对实质性索赔的前景有严重怀疑，或者申请人不在法院管辖范围内，法院可以要求提供担保；根据第 5.1(1)段，除非命令另有规定，申请人必须向法院承诺支付法院认为适当的任何损害赔偿，以弥补被申请人遭受的损失。

⁷³ 例如，对容许查察令（Anton Piller orders）来说，以下规则可能适用：(a)必须在最大程度尊重被告权利的情况下，一丝不苟地执行命令；(b)命令应在工作日正常办公时间执行，以便确保被告能够获得法律代理；(c)必须详细记录在执行命令时拿走的材料或财产；(d)执行命令的人员应该中立和有经验；(e)在送达和执行命令时，应有一名监督律师在场向被告解释命令，并让被告有机会咨询其法律代表；(f)如果被告希望申请解除以不正当方式获得的命令，必须允许他们这样做；(g)如果被告拒绝允许进入或检查，原告不得强行进入（必须接受拒绝并提请法院注意）；(h)命令应在被告或其法律代表在场的情况下执行；(i)如果相关处所内很可能仅有一名无人陪伴的女性，而监督律师是男性，则该律师必须在一名女性的陪同下前往；(j)命令不应超出必要范围，命令中未列明的材料不应拿走；(k)应限制执行搜查的人数，并在命令中列明各人姓名；(l)命令应明确说明被告有权在短时间内返回法院撤销该命令；(m)命令应包含一项限制使用条款，规定被扣押的文件只能用于待决诉讼；(n)应编制一份清单，列出所有扣押的证据，并在搜查结束时和证据被拿走之前提供给被告，供其检查和核实；以及(o)如果在搜查时不能向被告提供证据清单，则扣押的文件应由独立的监督律师保管。

⁷⁴ 在这方面见《美国法学会/统法协会原则》，特别是原则 8 和随附评注。

⁷⁵ 例如见《美国联邦民事诉讼规则》规则 26-32，其中在防止滥用法院命令的证据开示的保障措施中，规定如果有证据开示问题提出，则将由申请人承担主要责任，证明该信息根据外国法律是可开示的。

⁷⁶ 在这方面，例如，见《欧洲法律研究院/统法协会规则》的规则 195。

为获得普通法系国家所称的审前文件开示而发出的请求函。临时保护措施也被排除在2019年7月2日《关于承认与执行外国民商事判决的海牙公约》（第3.1(b)条）的范围之外。如上文第5段所述，此类措施也被排除在《破产判决示范法》的范围之外。⁷⁷

47. 法院关于其他民事资产追查和追回工具的命令可能在这些公约的范围之内，因此将作为判决获得这些公约缔约方的承认和执行。关于被排除在这些公约范围之外的破产程序，贸易法委员会破产示范法将予以涵盖，包括可能在破产程序结束后发布但与之相关的法院命令。⁷⁸

四. 供工作组审议的问题

48. 工作组似宜考虑本项目的目标，并据此确定秘书处应编写的法律案文草案的范围和性质，供工作组今后届会审议。

49. 工作组似宜考虑，无论拟就这一主题编写的文书的性质如何，鉴于追查和追回资产的工具种类繁多，未来的文书应侧重：(a)特定工具的目的；(b)确保该工具有效和高效实现其预期目的的措施；以及(c)为使用该工具制定保障措施。是否需要列入其他方面将取决于未来文书的范围和性质。例如，民事资产追查和追回产生的实际问题更适合列入实践指南，而不是立文案文。

50. 无论未来文书的范围和性质如何，其拟定工作都应与其他机构的相关工作密切协调。⁷⁹

⁷⁷ 相比之下，《美国法学会/统法协会原则》原则 30（承认）规定，除非实质性公共政策另有要求，临时补救办法必须得到与另一个法院在实质符合《原则》的程序中作出的最终判决相同的承认。对该原则的评注指出，许多法域将大多数种类的临时措施的效力限制在发布国的领土上，通过发布对等禁令进行合作。但是，对等临时措施的做法不如直接承认和执行更容易被接受。

⁷⁸ 见《破产判决示范法颁布指南》第 59 段，其中关于这种情况提到重整程序结束后可提出撤销权诉讼。第 60 段举例说明了在《破产判决示范法》范围内可被视作与破产有关的判决类型：例如，对可能位于第三法域的债务人董事进行审查的判决；确定某一资产是否应当移交给破产财产的判决；以及判定董事对债务人破产时或临近破产期间采取的行动负责的判决。相比之下，第 56 段指出，依据关于破产的相关法律在启动破产程序时自动适用的中止措施，在没有进一步的法院令情况下，不得被视作判决。

⁷⁹ 例如，贸易法委员会目前在身份管理和信任服务以及与数字经济有关的法律问题方面的工作，以及统法协会在有效执行和数字资产方面的工作，都与本项目相关，包括资产追查和追回工作所涉及的数字方面以及数字资产的追查和追回。