



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第二十五届会议  
2001年12月3日至14日，维也纳

## 破产法立法指南草案

秘书长的报告

### 目录

[指南草案的导言、第一部分和第二部分见 A/CN.9/WG.V/WP.57 号文件]

	段	次	页	次
二. 申请和启动破产程序.....	1-39			3
A. 破产法的范围.....	1-9			3
1. 概述.....	1-9			3
2. 小结和建议——范围.....	--			4
B. 申请和启动标准.....	10-39			5
1. 概述.....	10-39			5
2. 小结和建议——申请和启动.....	--			11
三. 破产程序启动的后果.....	40-151			12
A. 破产财产.....	40-52			12
1. 概述.....	50-52			12
2. 小结和建议——破产财产.....	--			14
B. 保护破产财产.....	53-83			15
1. 概述.....	53-83			15
2. 小结和建议——保护破产财产.....	--			20
C. 合同的处理.....	84-123			21
1. 概述.....	84-123			21

	段	次	页	次
2. 小结和建议——合同的处理 .....	--		27	
D. 撤销权诉讼 .....	124-151		28	
1. 概述 .....	124-151		28	
2. 小结和建议——撤销权 .....	--		33	
四. 程序的管理 .....	152-252		34	
A. 债务人的权利和义务 .....	152-170		34	
1. 概述 .....	152-170		34	
2. 小结和建议——债务人的权利和义务 .....	--		37	
B. 破产代表的权利和义务 .....	171-186		38	
1. 概述 .....	171-186		38	
2. 小结和建议——破产代表的权利和义务 .....	--		41	
C. 启动后融资 .....	187-191		42	
1. 概述 .....	187-191		42	
2. 小结和建议——启动后融资 .....	--		43	
D. 债权人委员会 .....	192-212		43	
1. 概述 .....	192-212		43	
2. 小结和建议——债权人委员会 .....	--		46	
E. 债权人的债权及其处理 .....	213-252		47	
1. 概述 .....	213-252		47	
2. 小结和建议——债权人的债权 .....	--		53	
五. 清算和分配 .....	253-260		54	
A. 分配上的优先 .....	253-255		54	
1. 概述 .....	253-255		54	
2. 小结和建议——分配 .....	--		54	
B. 解除债务 .....	256-260		55	
1. 概述 .....	256-260		55	
2. 小结和建议——解除债务 .....	--		56	
六. 重组计划 .....	261-299		56	
1. 概述 .....	261-299		56	
2. 小结和建议——重组计划 .....	--		63	

## 二. 申请和启动破产程序

### A. 破产法的范围

#### 1. 概述

##### (a) 破产制度涉及的债务人

1. 制定一般破产制度的一个重要的起点问题是，哪些债务人可以接受破产法的管辖。任何债务人如被排除在破产过程之外，就不能享受破产过程提供的保护，也不受破产过程的纪律的约束。资格规定将确定哪类债务人的企业应予清算或重组以及任何应排除在破产法适用范围之外的企业。由此产生这样一个问题，破产法是否应区分个人债务人和商业实体债务人，这两种债务人不仅涉及不同的政策考虑，而且涉及各种社会观念及其他观念。对个人或私人债务及破产的政策，所反映的文化观念通常不适合商业债务人。这些观念涉及下述各个方面：个人举债；为失控债务提供救济；破产对个人地位的影响；解除债务和债权的规定。相比之下，适用于商业实体破产的政策则基于经济和商业考虑，例如，这些实体在经济中所起的重要作用以及在所适用的破产程序中反映这些考虑的必要性。

2. 出于这些原因，破产法可能需考虑对从事商业性经营活动的不同类型的实体加以区分，并指明个人或私人的经营活动（例如，包括个人合伙关系和独资经营者）应属于破产法的哪一支（属人法还是商法）。为了便于确定这一点，可以制订不同的标准，例如，着重考虑活动的性质、债务额、以及债务与企业活动之间的联系。但是，一些国家的经验表明，虽然个人企业活动构成了商业活动的一部分，但此种情形通常最好是放在个人破产制度下来处理，这是因为，私人企业[未注册企业]的业主个人最终应对企业的债务承担无限责任。这些情形还涉及一些棘手的问题，如解除义务（即程序结束后解除债务人对部分或全部特定债务的偿还义务），对破产后薪资的扣押，还有一些私人事项，如解决离婚程序中的纠纷。此外，将此种个人破产情形包括在商业破产制度之内，有可能因普遍存在着破产不可取的看法而妨碍这一制度的适用。因此，在制订处理企业破产的破产法时有必要考虑到这些问题。本指南不论述这些区别，而着重论述商业和企业的行为，至于企业活动以何种方式进行则无关紧要。

3. 一般破产制度可适用于从事业务活动的所有形式的企业，不论是私有的还是国有的，特别是作为与众不同的工商业实体参与市场竞争，或受制于与私有实体相同的商业和经济过程的那些国有企业。企业本身为政府所有这一点，可能不足以提供将企业排除在一般破产法覆盖范围之外的依据。将这些实体包括在内，好处是可用市场纪律规范这些实体，并发出明确的信号，表明政府的资助并非没有止境。在下述情况下一般性包括政策可有例外：政府已奉行对此类企业的责任提供明示担保的政策。如果把国有企业的处理问题当作调整宏观经济政策的一部分，例如，实行大规模私有化方案，则可能有必要制订处理有关问题（包括破产问题）的单独法规。

4. 可取的做法可能是向范围尽量广泛的企业提供破产制度的保护和纪律约束，但可为某些实体提供单独的待遇。出于公共政策考虑等原因，这种单独待遇对于消费者来说可能是有必要的。而对于某些特殊性质的实体来说，如银行和保险机构、公用事业公司、股票或商品经纪人等，可能也有必要，因为这些实体通常需遵守详细的规范性法律制度。关于此种实体破产所产生的特殊问题，本指南不详细论述。

(b) 破产法的适用

(一) 主要利益中心

5. 除了体现必要的商业属性外，债务人与受其破产法管辖的东道国必须有足够的联系。

6. 虽然有些法律利用有关标准如主要营业地，但贸易法委员会在《跨国界破产示范法》中采用了债务人“主要利益中心”的说法来确定该债务人“主要程序”的适当所在地。除了示范法外，该术语还用于《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约》[草案]和2000年5月29日关于破产程序的第1346/2000号《欧洲委员会（欧共体）条例》（“欧共体条例”）。贸易法委员会示范法未界定该术语；《欧共体条例》（陈述部分第13段）表明，该术语对应于“债务人定期管理其权益并因而可为第三方查明的地点”。贸易法委员会示范法第16（3）条和《欧共体条例》第3条规定的标准不失为一种适当的标准：除非可以证明主要利益中心在其他地方，否则债务人的注册办事处或个人惯常居住地应推定为债务人的主要利益中心。债务人应受其主要利益中心所在国的破产法的管辖。

7. 尽管采用了“主要利益中心”的标准，但是，在不只一个国家拥有资产的债务人仍会发现，按照规定，他应受不只一个国家的破产法的管辖，这是因为，对债务人的资格可以适用不同的标准，对同样的标准又会有不同的解释，而且还有可能在这些国家分别进行破产程序。在这种情况下，似宜针对协调和合作问题根据贸易法委员会示范法制订法规。

(二) 营业所

8. 有些法律规定，破产程序可在债务人有营业所的法域启动。示范法第2条将术语“营业所”定义为意指“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。《欧共体条例》包括类似的定义，但略去了“服务”的提法。营业所基本上是营业地，但不一定是主要利益中心。该定义对贸易法委员会示范法的整个结构很重要，因为它确定了那些只能看作是非主要程序的程序；主要程序要求存在一个主要利益中心。《欧共体条例》同样规定，次要破产程序可在债务人有营业所的法域进行，但这些程序的适用范围将限于在该国境内的债务人的资产。

(三) 资产的存在

9. 有些法律规定，可以由那些在法域内拥有资产或曾经拥有资产的债务人启动破产程序或对其启动破产程序，而不要求在法域内有营业所或主要利益中心。在这方面，应对清算和重组程序加以区分；虽然能够以资产的存在作为适当依据，启动涉及资产位于该国的清算程序，但以此为由启动重组程序则是不够的。以资产存在为标准，可能引起多个法域的问题，包括多起程序和协调与合作的问题，而这可能涉及贸易法委员会示范法。

2. 小结和建议——范围

(1) 关于破产法范围的规定的目的是确定：

- (a) 哪些债务人可受破产法的管辖；
  - (b) 哪些债务人需要特别对待并因此而归入专门的破产制度下，排除在一般制度外；
  - (c) 在颁布国启动破产程序的标准。
- (2) 破产法应管辖所有从事企业活动的[债务人][法人实体或商业实体]的破产程序，[包括从事[企业][商业]活动的国有企业]。
- (3) 银行、保险公司以及其他一些应受特别管制并受专门破产制度管辖的特定实体可排除在一般破产法的适用范围之外。
- (4) 债务人的主要利益中心在颁布国境内的，可以由该债务人提起破产程序或者对该债务人提起破产程序。
- (5) 如果没有相反证据，法人在该国拥有注册办事处，可推定为在该国拥有主要利益中心。
- (6) 如果没有相反证据，自然人在该国拥有惯常居住地的，可推定为在该国拥有主要利益中心。
- (7) 债务人在颁布国拥有营业所的，可以由该债务人或对该债务人提起清算程序，但这些程序应限于位于该国的债务人的资产。

## B. 申请和启动标准

### 1. 概述

10. 申请和启动标准对于制订破产法至关重要。这些标准提供了申请启动破产程序的依据，有利于确定哪些实体可归入破产过程的保护和纪律机制的范围并确定由谁来提出申请。

11. 作为一般原则，可取的做法是，破产过程的准入条件应当力求方便快捷、费用低廉，以便鼓励陷入财政困境或破产的企业自愿接受这一过程。还有一点也是可取的，就可利用的程序类型而言，就直接涉及某一债务人的程序的准入的方便程度而言，以及就是否能够在不同类型的程序之间转换而言，破产过程的准入条件都应具有灵活性。限制性准入会使债务人和债权人望而怯步，不愿启动程序，而延误不论是对资产的价值、还是对破产过程的圆满完成都会造成有害的影响，特别是在重组情况下。对于准入的方便性，需以适当而完备的保障加以制衡，以防滥用破产过程。债务人未陷入财政困境而申请启动破产程序，可能是为了利用法律提供的保护，如自动中止，债务人这样做不是因为债务人无法如数偿还债权人的债务，而是需要破产法的保护。债权人如果成为债务人的竞争对手，也可能利用破产过程来扰乱债务人的经营，以此取得竞争优势。

12. 关于启动程序之前必须达到哪些具体标准的问题，各国法律的规定是不同的。一些法律提供了备选标准，并区分启动清算程序和重组程序的适用标准，同时对债务人和债权人的申请也加以区分。

## (a) 清算

13. 破产法通常规定清算程序应由债务人提起（通常称为自愿程序）、或由一个或多个债权人提起（通常称为非自愿程序），或通过法律的运作提起，在这种情况下，债务人不能满足某些法定要求自动触发破产程序（也称非自愿程序）。

14. 广泛用于启动清算程序的一项标准是清偿能力或现金流量标准，它要求是债务人已基本停止偿付到期债务，无力或不能偿付到期债务。借助这一标准，是为了在债务人财政困难期间尽早启动程序，以尽量减少资产的散失并避免债权人争夺资产，造成债务人的资产被瓜分，反而对全体债权人不利。等到债务人能证明其已经陷入更大的财政困难时才允许启动程序，如资产负债表破产（即该实体的资产负债表显示债务人的负债价值超过其资产），可能只会中止债权人之间已经开始的资产争夺。

15. 采用全面停止付款标准所产生的一个问题是，是否对只出现暂时现金流量或清偿能力问题的实体启动清算程序，对于这个问题，不妨通过作出下述规定来解决：该程序可以撤销或转为另一种程序（例如由清算程序转为重组程序——参见……）。对于其他滥用破产过程的潜在情形，也可以通过作出下述规定来处理：撤销或转变程序；对滥用破产过程的当事人实行制裁；不正当地使用破产过程的当事人应当向另一方支付费用和赔偿费。对下述行动可能需采取上述措施：债务人以破产为由回避单个债权人或借机敷衍债权人，不及时如数偿还债务，债权人利用破产申请取代（可能尚不完备的）索债强制程序，或者试图把有活力的企业排挤出市场或取得某种优惠付款。

16. 在破产法中，对全面停止付款标准的使用方式是不同的。有些国家为启动清算程序或重组程序提供了依据，即使选择清算程序，日后也可转换成重组程序。而在另一些国家，只能根据这一标准启动重组程序，只有事实证明该实体无法重组时才能将重组程序转换为清算程序。第三种做法是，先根据这一标准启动一种组合一体的程序（见……），评价期结束后方可对清算或重组作出选择。

17. 全面停止偿付标准的替代办法是资产负债表办法，负债超过资产时表明遇到较大的财政困难。这种办法可能是一种不大精确的破产衡量办法，或是因为会计标准和估值方法会产生一些并非反映债务人资产的公平市场价值的价值，或是因为市场尚未充分发展或市场的稳定度不足以确立这种价值。另外，作为启动破产程序的标准，这种办法会造成取证的延误和困难，因为专家一般需审查帐册、记录和财务数据之后才能确定该实体的公平市场价值。如果这些记录的保管不当或不便于查阅，困难更大。由于这种办法存在这些问题，往往是在重组可能性失掉后才启动程序。作为启动破产程序的标准，这种办法对于保持经营中企业的债务人以集体方式对付债权人的能力不一定有什么意义，而且可能偏离实现价值最大化的目标。尽管可以用资产负债表办法来协助确定是否破产，但考虑到上述种种原因，这种办法的可靠性尚不足以构成确定破产的唯一依据。

## (一) 债务人申请

18. 许多破产法都对债务人申请清算采用“全面停止偿付”的标准。如果将其作为衡量即将破产的标准，则申请资格限于债务人。实际上，对于没有偿债能力的债务人来说，申请破产通常是最后的手段，而且这一标准通常也并不是严格遵守的。有些法律反映了这种做法，这些法律允许债务人根据其财务状况的简单声明（就法人而言可以由董事或董事会的其他成员作出此种声明）提出申请，但并不具体规定衡量财政困难的任何具体标准。

19. 一个与债务人申请有关的问题是，债务人是否有义务在其财政困难的某一阶段申请启动程序。对如何采用这样一种规定，并没有形成广泛一致的意见。就清算而言，规定这样一种义务可以保护债权人的权益，防止债务人的资产进一步散失；就重组而言，可以通过鼓励尽早采取行动而增加成功的机会。但是，规定这样一种义务，会由于以何种方式和什么时候适用这一规定而产生各种实际问题，特别是如果申请正式程序出现延误后会导致债方成员、债方的董事机构或其管理人员承担个人责任。在这种情况下，此种义务反而不利于债务人寻找其他办法来摆脱财政困境，例如，院外重组协议这种对某些情形可能更合适的替代办法。采取奖励办法（例如，保证不对其采取强制执行措施），或许是一种鼓励债务人尽早申请破产程序的更有效的手段。

## (二) 债权人申请

20. 如果对债权人申请采用全面停付标准，就有可能产生举证问题。即使债权人能够证明债务人未清偿债权，但要提供全面停付的证据可能不太容易。实际需要的，是债权人能以较简单的形式出示证据，证明债务人破产的推定，同时又不给债权人规定过重的举证责任。为了完善全面停付的标准，以便于确定债权人需满足的最低举证义务，一种较为方便和客观的标准是，在提出书面索款要求后的规定期限内债务人未能偿付到期债务。但是，债权尚未到期的债权人显然也对启动破产程序有着正当的权益。长期债务持有人的情况尤其令人担心，由于以债务到期作为标准，这些债务人可能永远没有资格要求启动破产程序，而他们的债务却会因某个债务人的活动而受到影响。但是，制订一种允许此种债权人提出申请的标准，又会产生举证责任这一难以处理的问题，特别是在涉及债务人的财政状况时。如果破产法规定可以由未到期债务的债权人提出申请，则需本着准入条件方便快捷、费用低廉的目标来权衡举证问题。

21. 破产法以多种方式处理债权人申请问题。有些法律要求由一个以上的债权人提出申请（这种债权人可能需是持有无争议债权的无担保债权人）；有些法律则要求债权人持有到期债权并在债权价值中占有一定的份额（也可以是一定数目的债权人和一定量的债权综合价值的组合）。第三种办法（对单个债权人提出的申请而言）的要求是，债务人需向法院提供资料，以便使法院能够确定，停止偿付是因为与债权人产生纠纷还是表明缺乏流动资产。

22. 之所以要求由一个以上的债权人提出申请，是因为希望尽量减少单个债权人可能滥用程序的情形，单个债权人会试图用破产过程来取代索债强制执行机制，特别是如果所涉债务额不大的话。不过，对于这个问题，要本着便利迅速而方便地启动破产过程的目标来权衡。此外，处理这一问题时，还可考虑到单个债权人的债权价值（不过，具体规定债权的价值并非总是最理想的写法，因为币值一旦变化可能就需修改法律），或者采用上文概述的程序，要求债务人向法院提供资料。另一种处理办法是，对由此产生的某些后果作出规定，例如，当债权人的申请是滥用破产过程时，要求为债务人受到损害而赔偿。

23. 如果启动标准要求债权人的债权到期后方可提出申请，则需要一定程度的灵活性，以便把债权尚未到期、但破产程序仍应启动的例外情形包括在内。这些例外情形可以包括：证据表明债务人正在以优先方式对待某些债权人；债务人在自己的财务状况问题上有所欺诈行为；提起重组程序是为了实施一项事先谈判达成的安排。

## (三) 政府机构提出申请

24. 破产法还可给予某个政府机构（通常为检察机关或同等机构）或其他监督机构以非专属权限，如果任何实体停止偿付，或者更笼统地说如果某些国家认为提起清算程序符合公共利益，即可对其提起清算程序。在后一种情况下，不一定需要证明缺乏流动资金，这样一来政府就能够中止本来运营正常但却从事了某种欺诈性或犯罪性活动的企业的经营活动。虽然在某些情况下行使此种监督权可能是适当的，但显然不应滥用这些权力（例如，经常使用此种权力），而且应按照明确的准则行使这些权力。此种权力一般用于启动清算程序，不过在有些情况下只要符合某些条件也可将清算转为重组，例如，企业活动是合法活动，而且由破产代表或政府机构代为管理该实体。

[A/CN.9/504，第 35 段：因此，工作组同意规定一些标准，对触发行使上述权力的情况以及应如何行使上述权力提供指导，以便限制有关机构的酌处权。]

## (b) 重组

## (一) 债务人申请

25. 重组程序的目标之一，是确立一个可鼓励债务人尽早处理财政困难的框架。与这一目标相一致的启动标准可能是这样一种标准，即不要求债务人一直等到全面停止偿付（即等到债务人缺乏流动资金）后再提出申请，而是允许债务人在出现任其发展则会破产的财政情况时提出申请。各国的破产法对债务人申请采取不同做法。在有些法律中重组程序并不实际涉及实质性标准：债务人可随意提出申请。其他一些法律，包括采用单一程序的法律（见上文……），规定如果债务人估计今后将无力偿付到期债务，即可提出申请。

26. 可能有这样的说法，放宽启动标准会招致债务人滥用程序。例如，未陷入财政困境的债务人可能申请启动破产程序和提出重组计划，借以摆脱沉重的义务如雇佣合同，或敷衍债权人，不及时如数偿债。是否会产生此种滥用，是一个重组程序要素如何设计的问题，其中包括启动标准、制订重组计划以及程序启动后债务人对企业的控制。对于债务人的可能滥用，一个处理办法是在破产法中规定，法院有权驳回申请，或者债务人应对抵制申请所引起的费用以及由此造成的损害承担一切赔偿责任。

## (二) 债权人申请

27. 尽管破产法一般规定可由债权人或债务人提起清算程序，但是，对于是否也可以由债权人提起重组程序，则没有共识。鉴于重组程序的目标之一是为债权人提供机会，以便通过继续经营和重组实体增加债权人的债权价值，或许不应把提出申请的专属权给予债务人。债权人能否提出重组申请，对债权人能否提出重组计划（见重组计划）的问题也是至关重要的。一些国家持这样的立场：由于在许多情况下债权人是重组成功的主要受益人，债权人应当有机会提出重组计划。如果采用这种办法，那么规定债权人可以提出重组程序的申请，就是合乎情理的。

28. 对于债权人可以要求债务人进行重组的情形，分歧点是启动的标准。关于启动标准，一种看法认为，把适用于债务人的申请的同样标准适用于债权人的申请，是站不住脚的。这不仅仅是因为债权人会遇到种种困难，无法证明预期缺乏资金的标准已经得到满足，而且是因为，一般来说，在违背债务人意愿的情况下启动破产程序，无论



采取何种形式似乎都是不合理的，除非债权人能够证明他们的权利已经受到损害。启动标准可以要求债权人证明，流动资金可用来支付企业的日常经营；资产的总价值将为重组提供支持；债权人从重组中获得的回报有可能超过清算提供的回报，等等。这种做法的一个缺陷是，它要求债权人在提出申请之前已经对企业作出彻底评价或有能力作出此种评价。为了克服债权人获取有关资料时可能遇到的种种困难，破产法可以规定，当债权人提出申请时，可以由一个独立的机构对债务人的财务状况进行评价。这种程序的好处是可以确保只在适当情况下启动程序，但要注意的是，应当确保额外要求不会延误程序的启动，以免对资产价值实现最大化以及重组圆满完成的可能性造成影响。

29. 启动程序究竟是复杂还是简单的问题，与启动的后果以及破产程序的进行密切相关。有些破产法规定对启动程序自动适用中止，如果是这种破产法，则企业能否继续经营并成功地进行重组的问题可以等程序启动后再来评价。在另一些制度下，可能需先获得评价资料再提出申请，因为一旦选择重组，即以预先假定重组将给债权人带来大于清算的回报。

30. 由于这些原因，合适的做法可能是将同一启动标准适用于债权人提出的要求债务人清算和重组的申请（即全面停付——见上文……）。此项标准与双轨法和单一法似乎不谋而合（在上文……），不同的启动标准，不是视提起程序的类型而适用，而是视申请人是债务人还是债权人而适用。这种对清算和重组采用同样标准的做法也有例外情形：有些制度规定，在最后断定已无重组可能之前，债务人或债权人都不得提起清算程序。在这种情况下，清算程序的启动标准不是全面停付，而是确定重组能否成功。

31. 如清算程序一样，适用于债权人重组申请的标准可包括要求此种申请需由一定数目的债权人提出，或由拥有一定价值的到期债权的债权人提出，或需两者兼而有之。

### (c) 程序性问题

#### (一) 启动破产程序的决定

32. 破产程序引起若干程序性问题。初期的问题是，提出申请后如何启动程序。许多国家通常采取的做法是，由主管法域的法院依据启动申请确定启动的规定条件是否已经满足。在有些国家，也可由适当的行政机构来确定这些条件是否满足，这种机构对破产过程起着关键的监督作用。但是，关键的问题并不是由谁来决定启动程序，而是对这个机构作出决定有何要求。启动的条件要着眼于便利提早和方便地进入破产过程，这样不仅可以通过减少复杂性和协助法院及时作出决定便于法院审查申请，而且有可能减少程序的费用并增进透明度和可预见性（见关键目标……）。对于中小企业实体的破产来说，费用问题可能特别重要。

33. 有些破产法对自愿申请和非自愿申请加以区分。债务人提出自愿申请，其作用可能相当于承认破产并导致自动启动程序，除非有证据表明，债务人利用这一过程逃债。就非自愿申请而言，法院需在作出决定之前审查启动标准是否得到满足的问题。在另一些法律中，不论申请是自愿的还是非自愿的，法院不仅要确定启动条件是否得到满足，还要对债务人的财务状况作出评价，以确定所申请的程序类型是否适合债务人的具体情况。为了不使这种评价过于复杂，首先应当规定，评价应在程序启动之后进行，以便由破产代表及其他专家协助法院进行评价；其次应规定可以在清算和重组之间转换程序。如果把评价定得过于复杂，甚至在申请和启动之间有可能出现延误，那么这

一期间也有可能引起更多的债务，因为债务人并未中断经营，而且有可能为维持现金流量而让经营中的债务继续增加。

### (二) 对作出启动决定规定时间期限

34. 如果法院需就启动作出决定，可取的做法是，及时作出决定以确保决策过程的确定性和可预测性并在毫不延误的情况下有效地实施程序。为了达到这些关键的目标，一个办法是，在提出申请后对必须作出启动决定规定一个具体的时间期限。虽然这种做法可能有助于实现为债务人和债权人提供确定性和透明度的目标，但在实现这一目标的过程中还是要权衡可能出现的不利之处。固定的时间期限可能不够灵活，无法考虑到特定案子的具体情形，这样的时间期限可能是硬性规定的，完全不考虑负责监督破产过程的机构所掌握的资源或当地的优先重点，事实上可能证明难以确保决策机构遵守既定的期限。出于这些考虑，破产法最好采用一种灵活的做法，即强调迅速决策的好处并对合理的期限提供指导，同时又承认当地的局限性和优先重点。

[工作组注意：就法院审查的时间来说，自愿申请和非自愿申请之间是否有何区别？]

### (三) 启动通知

35. 发出破产程序启动的通知，是实现破产制度的几项关键目标的基本条件——这样做可以确保破产过程的透明度，在破产程序中一视同仁地向债权人提供资料。尽管如此，在有些例外情形下，经法院同意也可以规定不必向债务人发出通知，根据是，这样做行不通或不利于实现某项申请的目的。

36. 在债务人自愿申请的情况下，能否收到程序启动通知以及是否有机会对资格和破产的推定提出质疑（或许应在规定的时间期限内，以防止不必要的延长程序），直接关系到债权人或其他有关个人的利益。然而，问题是什么时候应当通知债权人，是在提出申请时还是在程序启动时。在某些情况下，如果债权人有权知道申请是否已经提出，还需考虑到这样的可能性：一旦申请被驳回或者债权人受到鼓励后会采取最后的行动追讨债务，债务人的地位可能受到不必要的影响。对于这些问题，不妨规定应在程序启动时通知债权人。

37. 但是，在债权人提出破产程序非自愿申请的情况下，债务人应有权立即接到申请通知，并应有机会就其财务状况陈述意见和质疑债权人的债权（见“债权人的权利和义务”）。

38. 除了应在什么时候发出通知的问题之外，破产法还需论及提供通知的方式以及通知中应包括的资料，以确保通知的有效性，关于提供通知的方式，可以论及按要求应提供通知的当事人（例如法院或提出申请的当事人）以及如何提供资料。举例来说，虽然可以直接向已知的债权人发出通知，但为了通知身份不详的债权人，立法者还需加入一条规定，要求在正式的官方出版物上或在广泛发行的商业性全国报纸上公布这一通知（见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第14条）。通知的内容可包括债权人提出债权的时间、提出这些债权的方式和地点、以及哪些债权人可以提出债权（即有担保人债权人是否有必要正式提出要求——见“债权人的债权”）。

#### (四) 费用

[工作组注意：是否应将有关费用的问题写入指南？]

39. 无论是债务人还是债权人，申请破产程序可能都要付费。对收费水平可以采取不同的做法，一种做法是设立一种可用来帮助支付破产制度费用的收费办法。但是，如果收取的费用过高，可能令人望而怯步，有悖于方便、低费和迅速进入破产过程的目标。另一方面，收费过低，可能又不足以阻止随意提出申请，因此，可取的做法是在这两者之间求得平衡。

#### 2. 小结和建议——申请和启动

(1) 破产法中关于申请和启动标准的条文的目的是：

- (a) 便于破产债务人、债权人和政府机构利用破产法；
- (b) 有利于破产程序申请的提出和以迅速、有效及低费的方式得到处理；
- (c) 便利启动最适合债务人财务状况的破产程序；
- (d) 建立基本的保障以防债务人和债权人因可能误用破产法而受影响。

(2) 清算程序申请可由下述方面提出：

- (a) 债务人——债务人应证明他现在无法或将要无法偿还到期债务[或者证明它的负债已超过其资产价值]；
- (b) 拥有债权的一位或多位债权人——债权[到期，债务人尚未偿付][现在到期应付]；拥有债权的一位或多位债权人——债权尚未到期，但债权人能够证明债务人[现在无法或将要无法偿付到期债务][或证明其负债已超过其资产价值]；
- (c) 规定的政府机构或非政府机构，根据[……]。

(3) 重组程序的申请可由下述方面提出：

- (a) 债务人——债务人应证明他现在无法或将要无法偿还到期债务[或证明其负债已超过资产价值]；
- (b) 一位或多位拥有债权的债权人——债权[到期，债务人尚未偿付][现在到期应付][而且债权人能够证明企业仍能继续经营并能成功地进行重组]，或者是一位或多位拥有债权的债权人——债权尚未到期，但债权人能够证明债务人[现在无法或将要无法偿付到期债务][或证明其负债已超过其资产价值]；
- (c) 规定的政府机构或非政府机构，根据[……]。

(4) 启动程序的申请应当向法院提出。就自愿申请而言，申请应当确立破产的初步表面根据，其作用相当于自动启动程序。就非自愿申请而言，法院应当尽快就申请作出决定，至迟应在申请之日后[……]天内作出决定。如果确定某一程序是滥用程序，法院可以撤销这一程序[或转换这一程序]。

(5) 就一位或多位债权人或政府机构根据上文第(1)段和第(2)段提出申请而言，应当在提出申请时向债务人及其他债权人提供该申请的通知。对债务人的通知应包括：[……]。[对债权人的通知：见(8)。]

- (6) 就债务人提出申请而言，应当向债权人提供启动程序的通知。
- (7) 启动程序的通知应当单独送给各位债权人，除非法院认为在某些情况下采用某种其他通知形式更妥当。[还应向在该国没有住址的已知债权人发出通知。无需使用调查信函或其他类似的手续]——[工作组注意：此处是否有必要重复示范法的条文？]
- (8) 对债权人的通知应当：
- (a) 指明提出要求的任何应适用的时间期限并具体规定提出要求的地点；
  - (b) 指明有担保的债权人是否需提出要求，具体说明其债权是否包括在担保价值的范围之内；
  - (c) 根据[本国的法律和法院的命令]载列任何其他需写入此种对债权人的通知的资料。

### 三. 破产程序启动的后果

#### A. 破产财产

##### 1. 概述

40. 破产过程的关键是，确定、集中、保持和处理属于债务人的资产。许多破产制度将破产债务人的资产置于特别制度之下，本指南用“estate”一词的功能含义，表示受破产代表控制并受破产程序管辖的债务人的资产。在不同的法域中，对破产财产的概念的理解不同。有些国家的破产法规定，对资产的法定所有权转移给指定人员。而在另一些国家中，债务人仍然是资产的法定所有人，但债务人管理和处分资产的权力受到限制（例如，资产的处分，包括设立担保权利，可能需得到破产代表的同意）。

41. 不论依循哪种法律传统，破产法都需清楚地界定受破产程序管辖（如果使用“财产”一词的话，理应归入该词范畴之内的）的资产，并明确说明这些程序会对这种资产有何影响，因为这会影响程序特别是重组程序的范围和进行，并对这些程序的成功机会产生重要的影响。清楚地表明这一点，将确保对债权人和债务人的透明度和确定性。

##### (a) 应包括在破产财产内的资产

42. 破产财产可能应包括债务人截至破产程序启动时的资产，以及破产代表和债务人在该日期后获得的资产，而不论是行使撤销权（见“撤销交易的诉讼”）时所得还是在经营债务人业务的正常过程中所得。

43. 破产财产可能应包括债务人拥有权益的所有资产，而不论在程序启动时是否为债务人所占有，包括一切有形和无形资产。债务人资产负债表上的有形资产，应易于查对，例如现金、设备、存货、进行中的工程、银行帐户、应收帐款和不动产。对于可包括在无形资产类别内的资产，各国的界定方法不同，视有关法律而定，但可以包括知识产权、契约权、证券和金融工具，而且[……][以债务人的权益为限]。在自然人的情况下，破产财产也可包括下述资产：债务人拥有权益或债务人在破产程序启动时有权享有或在破产程序期间存在的继承权。

## 44. 需处理的问题:

[A/CN.9/504, 第 46 段: [……]另外还提出, 某些具体的合同安排也需加以处理, 例如为担保目的而设立的转让、信托或委托安排、托运货物等]。

## (b) 可排除在破产财产范围之外的资产

## (一) 破产人系自然人的情形

45. 如果破产人是自然人, 破产财产可以将某些资产排除在外, 例如, 那些在申请之后通过提供个人服务取得的资产, 债务人为维持生计而需要的资产以及个人和家庭资产。如果破产法把自然人的某些资产排除在外, 这些排除情形必须明确界定, 排除的范围也应尽量缩小, 以保护债务人的个人权利和允许债务人仍能积极生活为限。

## (二) 附担保的资产

46. 对于附担保权益的资产, 破产法采用了不同的对待方法。许多法律规定, 附担保的资产应包括在债务人的资产中, 启动程序产生不同的效力。一些破产法限制债权人或第三方行使担保权利(限制办法包括申请中止和启动生效等), 而另一些法律则规定, 担保权力不受破产的影响, 债权人可以近而执行他们的法定权力和合同权力(见“程序的中止”)。有些破产法要求在初审中将所有资产置于程序的管辖之下, 如果有损害或做事不公的证据, 则允许将这些资产分开。如果把附担保的资产包括在破产财产之内, 则破产法应当明确规定, 不得因此而剥夺有担保债权人的权利。

47. 把附担保的资产排除在外, 好处是可以增加信贷的可获量, 因为附担保的债权人不再担心他们的权益因启动破产程序而受到任何不利的影响。但是, 在考虑这种好处时, 还需权衡一下自程序启动之时起将债务人的所有资产置于破产程序管辖之下可带来的好处, 这一点在重组程序中以及在清算过程中将企业作为经营中的企业出售时尤其明显。这种做法不仅有助于确保一视同仁地对待所有债权人, 而且可能是重组程序的基本条件, 因为附担保的资产是企业继续经营的关键; 举例来说, 如果生产设备是债务人企业经营的关键, 那么不保留这些设备, 重组程序就无法进行。至于某些资产是不是企业经营的关键, 这个问题可以由破产代表或由债权人委员会来决定。

## (三) 第三方拥有的资产

48. 某项资产是归债务人所有还是归另一方所有, 程序启动时由第三方所有但由债务人占有的资产在已订有使用、租赁或许可安排的情况下是否应归入破产财产, 这些问题如何确定, 牵涉到一些复杂的问题。在有些破产案中, 这些资产对于企业继续经营至关重要, 这一点首先是在重组程序中、其次是在某些清算程序中特别明显; 因此, 如果破产法提供某些机制, 使这些资产仍能由破产程序来处置, 那将不无益处。有些破产法处理这个问题的办法是, 列出应包括在破产财产范围内的资产种类。对于债务人占有资产需符合合同安排的情形, 有些破产法则结合合同的处理问题来解决。举例来说, 这种做法包括对中止债务人占有资产所依据的合同作出限制, 在破产情况下防止所有人要求收回其资产(见“合同的处理”)。

49. 有些资产由债务人使用, 但受出租人保留法定所有权的租赁协议的约束, 对这些资产可能需要特别注意。在所有权融资(指资金提供方对资产而不是对抵押或担保权

益拥有所有权)具有相当重要性的国家,可能要尊重债权人对资产的法定所有权并允许将这种资产与破产财产分开(但需遵守关于“合同的处理”中的规则:如果破产代表批准租赁合同,分离权可能受到限制)。对比之下,也有一些法律规定,可由法院下达延缓令,在程序启动后的一定时间内防止第三方要求收回其资产。兼顾这两种做法才是可取的。这样有利于实现价值的最大化,确保作为经营中的企业进行拍卖,并防止因所涉资产的随意分离而使重组程序归于无效。在有些情况下,可能还需对融资安排的类型加以甄别,以确定某项租赁事实上是否为变相担保放款安排。如果发生这种情况,对出租人实行的限制,与对担保放款人的限制一样。

### (c) 财产的收回

50. 为了确定将受程序管辖的资产,可能要求破产代表采取行动,收回破产财产中不当转让的资产或在破产时转让并具有违反平等原则(即相同等级的债权人享受平等待遇,而且按其债权的比例用破产财产的资产受偿)的后果的资产。大多数法律制度规定提供某种手段,不承认并收回先前导致某些债权人得到优惠待遇、具有欺诈性或为了使债权人的权利失效而进行的交易的价值(见“撤销交易的诉讼”)。收回财产或其价值的权力还可延伸,包括程序启动后债务人在未经破产代表许可的情况下所转移的资产。

### (d) 资产的处分

51. 如果资产出现负值,资产价值微不足道,或者资产并非重组的关键,则允许破产代表放弃这些资产,符合价值最大化的目标,但此种放弃不得违反任何强制性公共利益。用这种方式放弃资产,将有助于减少破产程序给破产财产带来的费用。

52. 需处理的问题:出售资产的方法,在不涉及担保权益、质权和其他留置权的情况下自由出售资产的能力。

## 2. 小结和建议——破产财产

(1) 破产法中有关破产财产的条文的目的是确定那些将受破产代表控制并受破产程序管辖的资产。

(2) 破产程序启动时,破产财产应包括:

(a) 债务人在破产程序启动之日拥有权益的资产。这包括有形资产和无形资产,不论这种资产是否为债务人占有,也不论这笔资产是否具有属于债权人的担保权益;

(b) 破产程序启动后获得的资产,可以是行使撤销权获得的资产,也可以是正常经营过程中获得的资产。

(3) 如果债务人是自然人,破产法可指明为维持债务人的个人权利而需要的可排除在破产财产范围之外的资产。

(4) 破产法应当提供一种机制,以便把破产程序启动之日由第三方所有但由债务人占有的资产和那些对破产程序至关重要的资产保留在破产财产中。对于有证据表明已造成伤害或损害的情形,破产法应当规定保护资产所有权人的办法。[对于由第三方所有、由债务人占有并已订有合同安排的资产,可以包括在内,但要符

合破产法的其他规定，例如关于合同延续和终止的规定以及申请中止的规定。]

## B. 保护破产财产

### 1. 概述

53. 有效的破产制度的关键目标是建立一种保护性机制，确保破产财产的资产价值不会因有关各方采取行动而减少。破产财产最需要防范的当事方是债务人及其债权人。关于破产财产防范债务人行动的方式，在“债务人的权利和义务”中审议。

#### (a) 保护破产财产不受债权人和第三方的影响

54. 关于债权人，破产法的基本原则之一是，这是一种集体程序，要求保护所有债权人的权益，不因其中任何一方的单独行动而受影响。许多破产制度都要求提供一种机制，防止债权人在清算或重组程序的部分过程或全过程中通过法律补救手段执行其权利，同时，这种机制承认程序的集体性质并设法增进债权人的集体利益。这种机制有各种叫法，如延缓、暂停或中止，视机制的范围而定。就本指南而言，“中止”一词取其广义，指暂停程序和延缓启动程序。

55. 作为一般原则，对清算程序予以中止，可以确保对破产程序进行公平和有序的管理，为破产代表提供足够的时间，以免强行拍卖，无法实现清算资产的最大价值，同时又可提供一个作为正常经营的企业将其出售的机会。在重组程序过程中，中止程序可使债务人获得整顿业务的喘息空间和制订重组计划的时间，并能采取其他必要的步骤确保重组成功，例如，取消一些不赢利的活动和摆脱负担过重的合同。就这点而言，中止对重组程序的作用要比对清算程序的作用更大，因此起着更为关键的作用，而且为债务人提起重组程序提供了重要的奖励。与此同时，程序的启动和中止的执行，使所有与债务人作生意的人都了解到企业的前景未卜，这样一来势必造成信心危机和扑朔迷离的局面，企业的供应商、客户和员工会对破产如何影响他们忧心重重。

56. 制定有效的破产制度的关键之一，是如何兼顾下述两方面的利益，一是通过实施广泛的中止以限制债权人的行动可使实体得到的眼前利益；一是通过限制中止干扰与债权人的合同关系的程度可产生的长远利益。

57. 关于受中止影响的权利的范围，各国的做法有很大的不同。对于中止无担保债权人针对债务人或其资产的行动的必要性几乎没有争论。不过，对有担保债权人适用中止可能较为困难，而且需要权衡一些相竞利益。这包括遵守商业交易合同；对于有担保的债权人，尊重他们对担保的优先权；保护担保权益的价值；确保债权人按其债权的比例从破产财产的资产中受偿；为全体债权人实现价值最大化；以及在重组情况下确保有生存能力的实体重组成功。

#### (b) 临时措施

58. 从债务人或债权人申请启动破产程序到程序实际启动，存在着债务人资产散失的可能性。提出申请时，债务人难免要把资产从企业中转移出去，而债权人知道债务人提出申请后则可能对债务人采取补救行动，预先防范启动程序时可能实行中止所产生的后果。

59. 有些破产法允许法院下令采取保护性措施，根据债权人的申请或由法院提议，在

申请到启动程序期间对破产财产进行保护。在这种情况下，临时性措施可能包括：指定初步破产代表，禁止债务人处分资产；扣押债务人的部分或全部资产；暂停对债务人执行担保权益；中止任何分离债务人资产的诉讼，例如，有担保的债权人或留置权的持有人采取的此种诉讼；或者防止债权人为强行索债而启动单独诉讼。由于这些措施是临时性的，而且是在断定启动标准已得到满足之前提供这些措施，法院可以要求提出申请的债权人出具有必要采取措施的证据，在有些情况下，还需为可能由此产生的费用或损失提供某种形式的担保。

(c) 申请中止——程序性问题

(一) 中止的范围

60. 有些国家采用这样的做法，即为了确保中止的有效性，中止的范围必须非常广，中止应适用于针对债务人及其资产的所有补救措施和程序，不论是行政的、司法的还是自助的，并应限制无担保和有担保债权人行使强制执行权，限制政府行使优先权[尚需展开说明：政府实体不受法院诉讼约束的程度，对执行警察权力或管制权力的国家诉讼和强制执行经济权益的国家诉讼加以区别]。可以中止的各类诉讼包括：对债务人或其资产的诉讼或程序的启动或继续；对债务人资产的强制执行程序的启动或继续，包括执行判决和担保执行过程；任何财产的所有人或出租人收回由债务人使用或占用或由债务人占有的财产；对债务人在启动日期之前所欠债务的偿付或出具担保；转移、扣押或以其他方式处分债务人的任何资产的权利；终止、暂停或中断对债务人的基本服务（如水、气、电和电话）的供应，等等。例如，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第20条规定，对于涉及债务人的资产、权利、义务或负债的个别诉讼或个别程序的启动或继续以及对于债务人资产的执行行动，均可以中止。

61. 在清算程序中，针对债务人的法律程序通常包括在中止的范围之内，有些破产法规定，必要时可以继续进行这些程序。例如，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第20(3)条规定，对启动或继续针对债务人的个人诉讼或程序适用中止，不得影响仅为维护针对债务人的债权而启动个人诉讼或程序的权利。对比之下，有些破产法则把法律程序排除在重组的中止范围之外。在有些国家，员工对债务人提起诉讼，不包括在中止范围之内，但是，任何根据这些程序采取的强制执行行动都包括在内。

62. 关于各种诉讼是包括在中止范围之内还是排除在外的问题，应当在破产法中作出明确的规定，而不论提起这些诉讼的人是谁，提起诉讼的人可以是债权人（包括优先债权人，如员工、法定留置权持有人或政府），也可以是第三方（例如，由债务人占有或使用或由债务人占用的财产的出租人或所有人）。

63. 可能还需考虑到其他免除的必要性，例如对抵销权和资金合同净额结算的免除（见“合同的处理”），或为保护公共政策利益或防止滥用的免除，例如利用破产程序掩盖非法活动等。

(二) 中止的酌情适用和自动适用

64. 初步问题是，中止是自动适用还是经法院酌定后适用。当地的政策考虑和各种因素，如可靠金融信息的可获性和债务人及债权人利用具有破产经验的独立司法人员的能力等，可能影响中止是自动适用还是由法院酌情考虑后准予的裁定。在酌定基础上申请中止，便于根据具体的案子的需要（对债务人、债务人的资产及其债权人）适用



中止，避免不必要地适用中止和不必要地干涉有担保债权人的权利。但是，为了避免延误和不得不向法院提出申请，为了协助实现资产价值的最大化，并为了确保破产过程公平有序，有透明度和可预测性，要求自动适用中止的观点不无道理；自动中止是许多现代破产法制度的特点。

### (三) 中止的适用时间

65. 一个与如何适用中止有关的问题是，什么时候可以在清算程序和重组程序中适用中止，就此而言，破产法是否应对债务人提出申请和债权人提出申请加以区别。

66. 对这些问题可以采取不同的做法，一种办法是，在提出清算和重组程序申请时都可以适用中止，而不论申请是由债务人还是由债权人提出，这样做可以免去从申请到启动期间考虑提供短期或临时保护措施必要性。就重组程序而言，程序一旦启动，中止将继续适用。就清算而言，如果需分批出售资产，则是否继续适用中止可以酌情决定。但是，如果将企业作为经营中企业出售，那么程序启动后继续适用中止，对程序的管理的来说可能更有利。

67. 第二种做法是区分债务人的申请和债权人的申请。按照这种做法，如果是债权人申请清算程序和重组程序，中止应在程序启动后适用，法院可以对从申请到启动的期间下达保护性措施或临时措施，如果是债务人申请破产程序（清算或重组），中止可在申请时自动适用，以防债权人启动之前对债务人采取行动，特别是采取强制性行动。

#### (d) 对无担保债权人适用中止

68. 许多破产法规定，在清算和重组程序的全过程中对无担保债权人适用中止。

#### (e) 对有担保债权人适用中止

69. 当债务人无法偿债时，债权人通常要求为保护其权益而出具担保。如果担保是以此为目的，那么就可以说，破产程序启动时不应延误或阻止有担保的债权人立即实现其担保权益。归根结底，有担保的债权人是指望以担保换取可反映担保信赖度的价值。因此，对于采取任何有损于收债能力和侵蚀担保权益价值的措施，例如对有担保的债权人适用中止，可能都需认真加以考虑。这样一种措施最终不仅有害于当事方意思自治和遵守商业交易的重要性，而且不利于获得可承受的信贷：担保权益提供的保护一旦下降，信贷价格就会上升，以抵消更大的风险。

70. 尽管如此，一些破产法承认，在某些情况下，允许有担保的债权人将其担保同其他受破产程序管辖的资产自由分离，可能不利于实现这些程序的基本目标。在重组程序中，如果债务人企业经营必不可缺的资产被设定为担保权益，那么有担保的债权人在程序启动时强制执行其债权，会使债务人无法在制订重组计划期间继续保持企业的经营。在清算程序中，情况也是如此，只不过程度略轻一些。作为一般原则，如果破产代表的职责是集中和变现资产并以红利的方式在债权人中间分配收益，那么即使是在清算程序中也可以允许有担保的债权人自由实现其担保权益。但是，在有些情况下，如果适用中止，限制自由分离担保，破产代表有可能取得更好的结果，为全体债权人的集体利益实现资产价值的最大化。在有可能作为继续经营的企业出售企业时，这一点特别重要。还有一些情况可能也是如此：即使分块出售资产，仍需要一定时间安排出售，以便为全体无担保债权人获得最大回报。

71. 如果把担保权益包括在中止范围内，破产法可以采取一些措施，确保担保权利不会因中止而取消。这些措施可以包括规定中止的期限，保护担保的价值，偿付利息，另外还可以规定，如果担保权益未得到充分保护或者担保并非出售整个企业或其中有经济效益的部分的必要条件，则可以取消中止。

#### (一) 清算

72. 关于在破产程序中如何对有担保的债权人适用中止的问题，破产法采取不同的做法。有些破产法把有担保的债权人排除在中止范围之外，其根据是，当资产需作清算时，应当更多地考虑维护有担保的债权人执行其债权的权利。不过，即便是采用这样的做法，仍需保持一定的灵活性，以考虑到在清算程序中企业仍可作为经营中的企业出售的情形。有些破产法把有担保的债权人排除在中止范围之外，这种破产法强调鼓励债务人和债权人在启动程序之前进行谈判，以便对程序的进行方式达成一致意见。如果这一过程行之有效，可能就没有必要对有担保的债权人适用中止。另一些破产法的做法是，清算程序启动时对有担保的债权人自动适用中止，但期限很短，有 30 天或 60 天不等，不过有些情形是例外：担保是作为经营中的企业出售企业的必备条件（在这种情况下可以延长中止期）。破产代表可以利用这段时间履行职责并清点破产财产的资产和负债。另一种做法是，在整个清算程序期间对有担保的债权人适用中止，但如果证据表明担保的价值已受到不利影响，法院可以下达解除令。

73. 对于中止限于规定期的情况，法律可以规定延长中止期。如果能够证明需为实现价值最大化而延长中止期（有相当的把握将某一实体或该实体的某些单位作为经营中企业出售），则由破产代表提出申请即可延长中止期，条件是，有担保的债权人不会遭受过多的损害。为了提供额外的保护，避免中止的适用期不定或过长，破产法可以对中止的延长期作出限制。

#### (二) 重组

74. 在确有可能达致重组的程序中，可取的做法是，中止的范围应当十分广，包括各个方面。在有些情况下，可能还需在整个程序期间对有担保的债权人适用中止，以确保以有序的方式进行重组，而不会在重组完成之前把资产分离。但是，为了避免延误并鼓励迅速完成程序，比较有利的做法是，将中止的适用期限限制在批准重组计划所需要的合理时间期限内；中止的适用期不定或过长，是不可取的。这种限制还有一个好处，就是可以让有担保的债权人在一定程度上确切地预测对其权利进行干涉的时间期限。对于某种担保并非重组的必备条件或债权人能够证明其他理由的情形，破产法可以规定允许解除中止（见下文）。

### (f) 保护有担保的债权人

#### (一) 保持附担保债权的经济价值

75. 尽管有担保的债权人的担保地位估计会因重组程序而受到一些轻度的损害，但是，由一位有担保的债权人或由一部分有担保的债权人承担全部的负担或主要负担，是不可取的。

76. 另一套旨在处理清算程序的中止对有担保债权人的负面影响的措施，是那些着眼于在中止期内保持附担保的债权的经济价值的措施（在有些法域称为“充分保护”）。

一种做法是保护担保本身的价值，但清算时出售担保的收益按债权中附担保部分的价值直接分给债权人。这种做法可能要分若干步骤进行。

77. 在中止期内，债权人的担保可能贬值。这样一来势必影响在分配财产时给予债权人的优先权，因为优先权是受担保价值的限制的。有些破产法规定，破产代表应当按贬值数额补偿有担保的债权人，要么提供替代担保，要么按贬值的数额给予定期现金付款。在有些按上文所述保护担保的价值的国家中，还允许在中止期内支付利息，但仅限于担保的价值超过附担保债权的价值的部分。这种做法可鼓励放款人寻找超出其债权价值的充分担保。在有些情况下，破产代表可能有必要在清算之前动用或出售已设定债权的资产，以图实现破产财产价值的最大化。举例来说，如果破产代表认为，破产财产实现价值最大化的最佳途径是在短期内继续经营企业，那么破产代表可能希望把已经部分设定债权的库存卖掉。因此，对于以保持担保价值的方式来保护有担保的债权人的情形，破产法似应允许破产代表作出选择，要么为债权人提供等值的替代担保，要么全额清偿附担保的债权。

78. 保护有担保的债权人的利益的另一个做法是保护债权中附担保部分的价值。程序启动后立即估价已设定债权的资产，并据此确定债权人债权中附担保部分的价值。在整个程序期间，这一价值固定不变，清算后进行分配时，有担保的债权人获得别除权，但以该价值为限。在实施程序期间，有担保的债权人还可按合同约定的利率获得债权中附担保部分的利息，以补偿实施程序造成的延误。在有些破产制度中，利息的给付限于担保的价值超出债权额的情形。否则的话，对延误的补偿可能用尽本应给予无担保的债权人的资产。

79. 在考虑到为担保提供保护的各类做法的可取性时，或许还需权衡一下这些措施的潜在复杂性和费用，以及是否需由法院就适当保护问题作出困难的商业裁定。如果采用这种做法，则破产法有必要提供指导，以确定对债务人的资产只持有某种担保的债权人什么时候以及以何种方式有权得到上文说明的各类保护。

## (二) 放弃担保

80. 清算[和重组]程序可能需作出安排，允许把附担保的资产交给有担保的债权人，此种担保应已确定为有效担保，而且附担保的资产对破产财产没有价值或无法由破产代表在合理期限内变现。

## (三) 解除中止

81. 在清算和重组程序中可能出现这样的情形：有必要对适用中止规定解除办法，允许解除中止或停止中止。这些情形可以包括：有担保的债权人没有得到对其担保物价值的保护；提供保护可能行不通或给破产财产带来过重的负担；重组不需要担保。针对此种情形，破产法可以规定，有担保的债权人可以申请解除中止，或破产代表有权不经法院批准解除对担保的中止。

82. 虽然解除中止的规定主要是为了保护有担保的债权人的权益而制订的，但也有一些破产法规定，在某些情况下可以允许对无担保的债权人解除中止，例如，允许在另一诉讼地确定债权，因为诉讼程序可能已在那里充分展开，而且在那里完成诉讼程序更有效；或者允许对债务人的保险人提出索偿要求。

## (g) 对债务人处分资产的限制

83. 除了针对债权人和第三方的行动的保护破产财产的措施之外，破产法通常还规定一些措施，对债务人和破产代表能够处理破产财产的资产的程度作出限制。对于这些问题，分别在以下关于合同的处理、债务人的权利和义务以及破产代表的权利和义务的章节中论及。

## 2. 小结和建议——保护破产财产

## (1) 这些条文的目的是：

- (a) 提供一种机制，例如中止，以确保破产财产的价值不因有关各方的行动而减少；
- (b) 确定会因中止而受影响的活动的范围；
- (c) 确定中止将对哪些当事方适用以及适用的条件，包括适用的方法、时间和期限；
- (d) [……]。

## 备选案文 1——中止的酌情适用

(2) 在清算和重组程序中，法院可以为保障债权人及其他人的权益而在有关当事方提出请求时下达适当的命令，具体指明应予中止的针对债务人的行动。法院可以酌情对无担保的债权人和有担保的债权人适用中止，可以结合对无担保的债权人的自动适用对有担保的债权人酌情适用中止。

(3) 对于酌情适用中止的情形，破产法可能需列入一些措施，鼓励采用启动前的谈判为全体债权人取得最佳结果。

## 备选案文 2——中止的自动适用

## 清算

(2) 在下述情形下中止对有担保的债权人和无担保的债权人[自动]生效：

- (a) 申请系由债务人提出，自[提出申请][启动程序]时生效；
- (b) 申请系由一位或多位债权人提出，自[提出申请][启动程序]时生效；

(3) 对于中止自启动程序时适用的情形，法院可以根据有关当事方的申请为保障债权人及其他人的权益而下达适当的临时命令。这些命令可以包括：[……]。

(4) 对无担保的债权人的中止，适用期限为清算程序期限。

(5) 对于中止自提出申请时生效的情形，法院可以在程序启动时下令继续对有担保的债权人适用中止，适用期为[30-60 天]。这一期限之后，破产代表可以申请将中止期再延长[……天]，条件是，破产代表能够证明，为了全体债权人实现资产价值最大化有必要延长中止期；有担保的债权人不会遭受过分损害。

(6) 有担保的债权人可以要求法院解除中止的适用，但需证明其遭受严重损害(例

如，它没有得到对担保物经济价值的适当保护）。破产代表可以在下述情况下解除对担保的中止：破产代表确定，保护担保的价值行不通或将给破产程序带来过重的负担；附担保的资产对破产财产没有价值或无法在合理期限内变现；担保并非变卖整个企业的必备条件。

#### 重组

(7) 关于中止的生效时间，重组和清算的要求是一样的。

(8) 如果中止是自提出申请时生效，则程序启动后中止自动继续适用，不受法院酌处权的限制，但解除对个别债权人的中止除外。

(9) 中止应当同样适用于有担保的债权人和无担保的债权人，但需符合关于解除中止的规定和[关于程序期限][关于批准重组计划需要的合理时间]的规定。

(10) 有担保的债权人可以申请解除中止，但需证明已受到严重损害（例如，它没有得到对担保物经济价值的适当保护）。中止在下述情况下不再适用：破产代表确定，保护担保物的价值行不通或将带来过重负担；附担保的资产对破产财产无价值或无法在合理期限内变现；或担保并非重组程序的必备条件。

(11) 对于中止适用于有担保的债权人的情形，破产法应采取具体措施保护担保。

### C. 合同的处理

#### 1. 概述

84. 在破产程序启动时，债务人几乎不可避免必然至少是某项未经一方或双方充分履行的合同的当事方。

85. 对于一方已充分履行其义务的情况，不需要任何特别规则。如果未履约或未充分履约的是债务人，那么另一方对履约或损害赔偿的请求权则将是应在程序中提出的破产请求权。如果未履行或未充分履行义务的是对方，则破产代表可要求该当事方履约或给予损害赔偿。对于双方都未履行或未充分履行义务的情况，许多破产法都有一个共同特点，即破产代表可以干预这些合同，选择是否拒绝和终止这些合同，还是继续执行（和可能随后转让）这些合同。在继续执行或终止合同之前，似宜要求由破产代表[从破产财产中]支付根据合同所应获得的任何权益。

86. 随着经济发展，经济财富可能越来越多地包含在合同中或为合同所控制，而不是包含在土地上。因此，破产中合同的处理具有压倒一切的重要性。制定这个领域的法律政策有两个总体性的困难。第一个是合同不同于破产财产所有其他的资产，因为通常与债务或权利要求相挂钩。这就是说，经常有这样的情况：必须由破产财产履行义务或支付以便享受可能是有价值资产的权利。结果是，必须对一项合同的处理作出困难的决定，以便使破产财产产生最大的价值。在典型的情况下，由破产代表负责作出这种估价。在有些法域，也要求法院的同意。

87. 使破产财产的价值达到最大化和减少负债，以及在重组的情况下，使实体能够尽可能不中断地继续生存和营业下去，这些目标如果要实现，将可能涉及利用那些有利和有助于提高价值的合同，而拒绝那些造成负担或继续执行的成本超过合同效益的合同。例如，在债务人已约定购买某种物品，而其当时的价格是现在破产时市场价格的一半这种情况下，在这样的合同中，破产代表继续以低价购买而以市场价格出售显然

将有利可图。对方则自然想退出现在已无利可图的这种约定，但许多法律制度都不允许这样做，尽管对方可能有权获得按全额支付合同价款的保证。

88. 然而，在实现这些目标时，可能需要平衡一些竞合的利益，其中包括一些类型的合同例如雇用合同所引起的社会关切问题（见……），以及破产代表干预未履行的合同条款的能力对商业和财务关系可预测性的影响，还有对信贷成本和信贷供应的影响（破产代表干预合同的权力越大，信贷的成本就可能越高，而信贷的供应则可能越少）。例如，破产代表终止雇用合同的能力可能因为某些考虑而受到限制，例如，清算可能被利用作为一种手段，明确排除由这些合同给予员工的保护。需要特别处理的其他类型合同包括金融市场交易（见……）和个人服务合同，在这类情况下，履行协定的当事方，无论是债务人还是债务人的员工，其身份具有特别的重要性。一个相关的问题是在哪些情况下破产代表可改变需要特别处理的那类合同的条款和条件。

89. 第二个困难是合同具有许多不同的类型，其中包括有关销售货物的简单合同；土地或动产的短期或长期租约；以及特许使用权或有关重大设施建设和经营的极其复杂的合同，等等。此外，在合同中，债务人可能是买方或卖方，出租人或承租人、许可证发放人或接受人、供货方或收货方，而且破产中提出的问题，从不同的方面观察时都可能不同。通常的解决办法是为所有类型的合同规定一般性规则，对某些特殊合同作例外处理，如下文所讨论。

90. 破产方面的合同分为两个类别：破产前债务人订立的合同和破产程序启动后订立的合同。在许多法律中，违反第一类合同（破产前的合同）引起无担保债权，通常按比例偿付，而违反第二类合同（破产后的合同）通常是对现有资金的第一求偿权，因此全额支付，作为破产管理的费用（见“分配优先”）。如果破产代表认为履行合同将比违约产生更大的净回报，并力图按这种判断履行破产前的合同，那么就跨越了两类合同的分界线。如果这样继续履行合同，合同即获有效接受，而且在许多破产法中，以后的任何违反也将是第一优先的破产管理费用债权。

91. 不管对继续执行和终止合同采取什么规则，继续执行或终止合同的任何权利都似宜限于整个合同，从而避免破产代表可以选择继续执行合同的某些部分和终止其他部分的情况。

#### (a) 继续执行

92. 在不同的破产法中，可以发现对于继续执行合同有不同的处理方法。一些破产法要求破产代表作出一项关于继续执行的决定，并规定了必须这样做的期限；不在规定的时间内采取行动将导致合同视作已被拒绝。根据有些法律，破产程序的启动并不影响合同，合同义务仍然具有约束力，合同法的一般规则将继续适用，除非破产法明文规定应适用不同的规则，例如在终止和优先性的自动终止条款情况下（见下文）。

93. 继续执行的合同作为破产实体必须履行的执行中的义务处理，破产财产的所有合同义务成为程序启动后的义务。如果在破产申请时债务人已经违反一项合同，那么所产生的政策问题是，在破产前已经违约的情况下要求对方与破产债务人打交道是否公正。有些破产法规定，作为合同继续的一个条件，破产代表必须纠正任何违约，并且通过例如提供一项保证或担保，对今后履约作出保证。

94. 若干破产法将破产程序启动后因履行合同而产生的求偿权作为行政管理费处理（见……），而且给予分配上的优先权。由于给予这些优先权构成对其他债权人的一种潜在风险（这些债权人将在优先债权人之后获得偿付），所以似宜仅仅执行那些将

有利可图和对于债务人的继续运作至关重要的合同。如果破产代表在协议继续执行后而违反协议，那么因违反协议而受损害的当事方可有权按照适用的非破产法寻求其根据协议而应享有的权利和补救，并有权获得损害赔偿费，这些也可列为（与无担保债权相对的）破产管理费用债权。

#### (一) 重组

95. 在重组中，如果目标是使企业能够存活和尽量继续经营其业务，则继续执行对企业有利而且有助于提高价值的合同可能很紧要。

96. 许多合同都含有一项条款，规定破产程序的启动构成违约事件，给予对方无条件的终止权、加速权或其他权利。有些法律维护此类条款的有效性，而且如果破产代表力求继续履行合同，只有对方不选择或能被说服不选择终止或加速履行合同时，破产代表才能这样做。如果对方能够终止合同，破产法可提供一种机制，用以说服对方继续履行合同，例如规定对程序启动后所提供的服务给予优先付款权。（在一些破产法中，这可能作为一项一般性的规定，将程序启动后发生的费用作为应从无抵押的资产中第一优先给付来处理）。

97. 维护终止条款的方法可能有若干因素作为支持理由，其中包括：似宜尊重商业洽谈；需要防止债务人有选择地履行有利可图的合同并取消其他合同，（无辜的对方不享有这些便利）；此种否决规定对净额结算造成影响；认为既然破产企业一般将无能力偿付，拖延合同的终止只有可能提高现有的负债水平；知识产权的创造者需要能够控制此种财产的使用；终止一项有关普通无形资产的合同给对方业务造成的影响；以及不宜将合同转让给不为对方所知或对方不愿与之做生意的受让人。

98. 第二种方法规定，破产代表可不顾对方的反对而继续执行合同，即因启动破产程序而触发的任何违约事件，虽可产生终止合同或加速履行合同的权力，但法律的运作对此享有优先。如果例如合同是一项关键性的租约，或涉及使用某一产品中所含的知识产权，那么在重组程序中，允许这些终止或加速条款退居次要地位可能对重组程序的成功至关重要。这样做还可提高企业的获利潜力；削弱某个基本供应商的谈判能力以及为债权人的利益而捕获债务人合同的价值。如果破产法规定终止条款可以否决，那么债权人便可能受吸引而采取先发制人的行动，通过在破产程序的申请提出之前终止合同而避免此种后果（假定是债务人违约，而不是启动程序后触发的违约事件）。这种后果可以减轻，办法是规定只要程序启动前和启动后的义务都得到履行，那么破产代表即有权恢复这些合同。

99. 虽然有些法域实施的规定允许终止条款被否决，但这尚未成为破产法的一项一般特点。在一方面促成债务人存活与另一方面对商业交易注入不可预测性和额外开支之间存在着内在的相对矛盾，前者要求维护合同，而后者则需要创建出对一般规则的各种例外。虽然这是一个可能需要仔细权衡利弊的问题，但在有些情形下，破产代表能否继续执行合同对进行和成功实施重组将至关重要，而且如果将企业作为经营中的企业出售时，可能其次对于清算也具有一定的重要性。对于否决终止条款的政策，可平衡其产生的任何负面影响，这就是通过向可表明因继续执行合同而遭受损害或损失的债权人提供补偿。

#### (二) 清算

100. 在清算中，继续维持合同的可取性可能不如在重组中重要，但合同可使企业或某

项特定资产增值，或促进将企业作为经营中企业出售的情况除外。例如在一项租赁协议中，如果租金低于市场价值而且余下的租期还很长，那么对于任何拟出售的企业而言，这种租赁协议可能证明是重要的，或可加以出售而为债权人创造价值。

101. 赞同在清算中否决终止条款的理由将包括需要使企业保持完整以尽量提高其销售价值或增强其获利潜力；需要为债权人捕获合同的价值；以及将各方锁定在企业最终处置内的可取性。[其他理由？]

### (三) 例外

102. 对破产代表继续维持合同的权力的例外一般分为两类。就第一类而言，如果破产代表有权否决终止规定，可为诸如短期金融合同等合同（例如互换交易协议和期货协议）规定具体的例外。第二类有关这样一些合同，即不管破产法如何处理终止规定，合同不能继续，因为其中规定由债务人履行无法替代的个人服务（例如歌剧演唱家）。

## (b) 终止

### (一) 清算

103. 出于上文导言中所讨论的一般原因，破产代表似宜有权终止双方均未充分履行义务的合同。

104. 终止合同可采取不同的机制。一种做法是，要求破产代表采取行动终止合同，例如通知对方合同将告终止。如果破产代表不采取及时的终止行动，让此事在一段时间内拖而不决，那么这种做法便可能达不到确定性、可预测性和程序有效进行这些关键目标。还可能导致不必要开支的累积（例如，如果不迅速终止租赁，那么债务人所租用的不动产或动产的租金则可能是一笔相当高昂的行政费用）。

105. 第二种做法是，如果破产代表不在规定的时间期限内选择继续维持合同，那么可将该合同视为自动终止，这段规定的时期在重组过程中可能比在清算过程长些。这种方法的目的是旨在确保对当事双方的确定性。这种做法要求破产代表对程序启动时尚未结束的合同采取及时的行动，同时也可向对方提供某种确定性，明了在程序启动后一段合理期限内合同继续存在。[其他理由？]

106. 如果合同被终止，则对方免于履行合同的其余部分，有待确定的唯一严重问题是计算因终止而造成的无担保的损害。对方成为无担保的债权人，其求偿权等于损害的金额。如果合同在破产程序期间履行了一段时间后才告终止，那么对方既可对终止前的时期提出求偿权（在排列顺序上可作为行政管理求偿权），也可对终止造成的损害提出求偿权。

### (二) 重组

107. 在重组中，可通过允许破产代表否决负担沉重合同而提高成功的前景。这些可包括履约成本高于预期获利的合同，或例如在尚未到期的租约情况下，合同费率超过市场费率。

108. 但是，虽然在清算中可以合理地假定破产代表不对合同作出决定将很可能意味着是一项终止合同的决定，但同样的假定却不可能总是适用于重组的情况。在重组中，允许破产代表在重组计划获得批准前作出是否终止合同的决定可能是适当的，但条件



是，按合同所获得的任何利益均已付给，而且对方能够在需要或希望时促使尽早作出决定。重组计划中似宜明确提及如何处理具体的合同，也许可以作出一项规定，指出凡未如此提及的合同在重组计划获批准时应作为自动否决处理。

### (三) 例外

109. 不管给予破产代表的终止权有多大，某些合同可能需要例外。对终止权的一项重要的例外是雇用合同（见下文(d)节）。如果债务人是出租人或特许使用权的给予人，或者是知识产权的许可人，而终止协议将会结束或严重影响对方的业务，特别是在对债务人的好处可能相对较小的情况下，那么同样的限制也可适当地适用于这类协议。如果债务人是承租人，则似宜对损害赔偿金规定一个上限（可以是一定的金额或应支付损害赔偿金的一段规定的时期），以便根据长期租约提出的债权不会压倒其他债权人的债权。出租人通常可通过转租财产而减轻损失。

### (c) 转让

110. 虽然合同中可能含有因破产引起的终止规定或对转让的限制，但破产代表能否选择继续维持和转让合同，可对破产财产并因而可对清算后从分配收益中获益的受益人具有重大利益。在有些情形下即可能如此，例如租约合同的价款低于市场价值，或终止合同可为对方带来意外收获。如果合同可以继续维持和转让，那么破产财产而不是对方将可从合同与市场价格之间的差额中获益。

111. 但是，这种能力可能损害合同对方的合同权利并引起损害问题，特别是当对方对于选择受让人几乎或根本没有发言权时。对于这个问题，有不同的做法。一些破产法规定，破产程序的启动即宣告不可转让的条款无效。有些破产法则要求合同的转让必须获得原始合同的对方或所有当事方的同意，或规定如果对方不同意转让，那么若能证明对方不合理地拒绝同意，破产代表也可经法院允许而实行转让。还有一种做法是，如果破产代表可以向对方表明受让人可以充分履行合同，那么合同即可转让。在这种情况下，破产代表可为了破产财产的利益而转让合同。这种做法是与《贸易法委员会国际贸易中应收款转让公约》[草案]第9条中采取的做法相一致的。虽然后面这种做法被认为对于某些国家的清算程序具有关键的重要性，但在有些国家，这种做法则是完全陌生和遭到排除的。

112. 不管破产代表是否有权转让合同，有些合同是不可以转让的，因为这些合同所要求履行的个人服务是不可替代的，或者因为法律的运作而不允许转让。例如，有些国家不允许转让政府采购合同。

### (d) 对合同的继续权、终止权和转让权的一些一般例外

#### (一) 雇用合同

113. 一个重要的例外是雇用合同。虽然在重组中这类合同具有特别关系，但在清算中，这类合同也具有关系，因为在清算中，破产代表试图将实体作为一个经营中企业出售。如果破产代表能够解除麻烦的雇用合同，或对债务人的劳动力进行必要的缩减，那么便可能获得较高的售价。但是，受雇者与雇主之间的关系在破产法中引起一些最困难的问题。保护受雇者地位的不单单是合同本身（合同实质上和其他合同一样并未解除），而通常是那些非破产法的强制性规定。例如，这些规定可能涉及不公正的解聘；最低

工资额；带薪假期；最长工作时间；产假；平等待遇和一视同仁。困难的问题一般是这些规定将在多大程度上影响破产，所提出的问题比终止合同和资金求偿权的优先权要广泛得多。由于这些原因，一些国家采用了特别制度处理在破产程序中受雇者请求权的保护问题（见债权人的债权及其处理），并且为了避免破产程序被当作解除对受雇者保护的一种手段，还特别限制破产代表终止就业合同的能力。这可能包括将权力的运用局限于某些特定的情形，例如对于与同等工作的平均员工收入相比报酬过高的情况。在有些国家，法律规定在清算和重组程序中将企业作为经营中企业出售时，员工继续留职，而有些国家则规定只有在重组程序中才能这样。

114. 为提高破产制定的透明度，对破产代表处理这类合同的权力，似宜在破产法中规定明确的限制。

(e) 对负有抵押义务的资产的弃权

115. 除终止合同的权力外，一些破产法还规定，只要资产已负有抵押义务，保留下去所需的开支过高，或无法出售或无法方便地出售，或将会产生沉重的义务，那么破产代表可声明放弃破产财产中所包括的其他资产。如同终止合同的情况一样，就这种放弃的权利可附带规定对于由此而遭受的损害的求偿权，以及规定允许资产的所有权由债务人以外的其他某人占有。

(e) 抵押、净额结算和资金合同<sup>1</sup>

(一) 抵销

116. 在制定破产法的时候，所出现的一个重要问题是在申请清算程序时，如果某个债权人同时也是破产财产的债务人，那么对这样的债权人应作如何处理。如果适用处境相类似的债权人平等待遇的基本原则，那么结果将较为直截了当：破产代表将能够获得债权人所欠的全部数额，债权人的求偿权在清算破产财产时将能够得到满足。但是，另一种方法则是在这种情形下允许债权人在提出清算申请之后对破产财产行使抵销权，其结果将是，视债权人对破产财产所欠的多少而定，债权人的债权得到充分满足。

117. 为什么在破产法中包括抵销权可能是适当的，这有若干原因。首先是公正的原因：尽管债权人之间的平等待遇至关重要，但如果债务人拒绝偿付债权人，而同时又坚持要求该债权人偿付，这样做被认为是不公正的。另外，由于合同的对方许多是银行，所以抵销对银行系统特别有利，而且因为银行在设立贷款方面的重要作用，因此这样做被认为对经济具有普遍的利益。由于银行的核心职能（借贷和吸纳存款），所以已向破产的债务人借贷的银行常常发现它们还以存款的形式欠有对债务人的债务。程序启动后的抵销权将是银行可以把其尚未得到偿付的债权与债务人的存款相抵销，即使这些对应的债权尚未到期而应该支付。抵销可使债权人避免因债务人的破产而造成的困难，从而有助于避免连串的破产效应，以及降低风险和交易成本，继而降低信贷的成本。

<sup>1</sup> 本节材料主要取自《有序和有效的破产程序：关键问题》，国际货币基金组织法律部，1999年，第42-44页，以及《有效的破产和债权人权利制度的原则和准则》，世界银行，2001年4月，第121-125段。

118. 虽然允许抵销有不少好处，但也可能需要与反对抵销权的一些理由相权衡。破产抵销违背了按同样比例的原则，因为实行抵销的债权人得到全额偿付。抵销可能耗尽债务人的资产，特别是当债务人无法支取其银行帐户或其银行帐户中的现金时以及[其他原因；]，可能限制重组的进行。

119. 国际上对抵销的立场较为复杂。少数国家不允许抵销，除非是某些交易和经常帐户的抵销。有些国家扩大了其交易抵销的范围，实行了仅适用于特定合同的净额结算立法。在那些传统上允许抵销的国家中，少数国家将重组程序中止下来，不过允许资金合同例外。有些国家的破产法则没有涉及抵销问题。

120. 抵销权与破产法其他规定在一些重要方面相互关联。例如，如果向债务人提供信贷的时间或收到债务人信贷的时间是在相关的嫌疑期内，而债务人当时已破产或由于抵销的结果而导致破产，那么债权人通过抵销而获偿付的债权将需要服从撤销权规定。发生在已提出了启动程序的申请之后，也有可能撤销。如果破产法一般允许否决终止条款从而允许破产代表继续执行尚未履行的合同，那么只有在否决终止条款的权利明确允许债权人终止合同和抵销互欠债款时，债权人才将能够对相互的欠债行使抵销权。在短期金融交易的情况下，这一点特别重要（见……）。

## (二) 金融合同和净额结算

121. 视破产制度对如何处理合同和抵销权的问题所作的规则而定，可能需要也可能不需要列入关于某些类型短期金融合同的规定，包括关于衍生工具的协议（例如货币或利率互换交易）。管辖这些具体交易的日益标准化的主协定，其中的条款通常载有某些规定，使当事一方能够在另一方开始破产时，通过净额结算而抵销（见定义）其所有盈亏和分别各项交易的所有未偿付的金额。这种“清仓式净额结算抵销”规定（见定义）将所有独立的偿付义务总和起来，通常只有在其中一个当事方发生破产而破产法又含有两个内容时，才具有效力。第一个内容是，在当事一方破产时，破产法允许终止（或“清仓”了结）协议内的所有未完结的交易；第二，破产必须允许未破产当事方抵销其对破产当事方的债权。

122. 一些国家的破产中并不含有这两项内容。关于终止，一些国家允许破产代表选择是否违背合同的终止规定而继续执行合同。关于抵销，许多国家不允许对程序启动时尚未到期的独立的债款实行抵销。

123. 没有制定关于终止和抵销的一般规则的许多国家都开辟了对适用的破产规则的例外，专门允许对资金合同实行“清仓式净额结算”。实行这些例外的理由是这些交易在全球金融市场上的重要性日益增加，而且如果没有关于一方破产时可以进行净额结算的确定性，那么达成这类交易的机会将会受到限制。虽然具有上述这些重要优点，但应该认识到，这类“开辟的例外”使法律复杂化，造成某些类别的债权人享有优惠待遇的结果。

## 2. 小结和建议——合同的处理

### (1) 这些规定的目的是：

(a) 使破产代表能够干预债务人及其对方尚未履行或未充分履行的合同，目的是使价值达到最大化和减少破产财产的负债；

(b) 规定破产代表的合同干预权范围和可以行使这些权力的情形；

- (c) 指明应排除在这些权力范围外的合同；
  - (d) [.....]。
- (2) 破产代表可终止债务人和对方尚未履行或未充分履行的合同。
  - (3) 关于终止措施何时可以生效，可采用两种做法：
    - (a) 在破产代表发出终止通知时生效[第...段所述的优点和缺点列在此处]；或
    - (b) 在破产代表（或法院）未在规定的时期内作出继续执行合同的决定时自动生效，规定的时间可由法院延长或缩减[第...段所述的优点和缺点列入此处]。
  - (4) 终止合同引起对由此造成的损害而提出的无担保求偿权。
  - (5) 在破产程序中，某些类别的合同，包括雇用合同、金融合同和[.....]的终止权利应受到限制。破产代表对这些合同而可行使的权力应在破产法中明确规定。
  - (6) 破产代表可选择继续执行那些将有利于公司业务和可增加破产财产价值的合同，但资金合同、因为要求债务人履行的个人服务不可替代而无法继续执行的合同和[...]例外。关于合同的继续和转让的规定还应附带对违约可能造成的任何损害而向对方给予赔偿。
  - (7) 合同的规定具有在破产程序启动时终止合同效力的：
    - (a) 破产代表或法院可将该规定视作无效；或
    - (b) 破产法可规定其无效；或
    - (c) 自动终止条款不得援引作为对破产代表要求履行合同的抗辩。
  - (8) 破产代表继续执行的合同自程序启动时开始成为破产财产的义务。
  - (9) 除因为要求履行的个人服务不可替代或因为依法禁止转让而不得转让的合同之外，破产代表可将禁止转让的条款视作无效，并在经原始合同的所有当事方同意后转让继续执行的合同。
  - (10) 如果合同的当事各方不同意转让，但转让将有利于公司业务，增加破产财产的价值，而且法院认为受让人可履行合同义务，那么法院仍可批准合同的转让。
  - (11) 除破产代表权力有限的那几类特别合同之外，破产代表对合同的终止权、继续权和转让权应是可以行使的，无须法院或债权人的批准，但须接受法院根据有关当事方的申请而进行的审查。

## D. 撤销权诉讼

### 1. 概述

124. 破产程序（清算和重组）可能在债务人首次意识到此种后果不可避免后，经过很长时间才开始。在此间隔期内，债务人可以有許多机会设法背着债权人隐匿资产，产生人为的债务，向亲友作出捐赠，或向某些债权人付款而将其他债权人排除在外。从最终的破产程序的角度看，此类活动的结果不利于一般的无担保债权人，他们不是此类行动的当事方而且得不到担保权的保护，此类活动也会损害全体债权人平等待遇的目标。

125. 许多破产法都包括了可追溯既往的规定，这些规定旨在推翻和推倒破产债务人过去作为当事一方参加的而且结果是减少了债务人净价值的那些交易（例如，通过赠予其资产或以低于公平商业价值的价格转让或出售资产），或结果是扰乱了同类债权人之间平等分配原则的那些交易（例如，通过向无担保的债权人偿付债务，或向当其他无担保的债权人尚未得到偿付时本来也属无担保的债权人给予担保）。撤销权一个首要目标是确保债权人按照既定的偿付优先顺序获得破产债务人资产的公正分配。虽然有这一目标，但也不应忘记，可能受此撤销权取消的许多交易如果发生在破产背景之外则是安全正常和可接受的，这些交易之所以有嫌疑只是因为其发生的时间接近破产程序的启动时刻。

126. 人们对撤销权规则作了许多讨论，主要是针对其在实践中的有效性和例如为确定相关时间段和应包括在内的交易的所属性质而需要的那些多少带有任意性的规则。不过，撤销权规定可能对破产法至关重要，不仅是因为其所依据的政策是妥当的，还因为这些规定的结果可一般为债权人的利益追回损失，并且因为这种性质的规定有助于建立一套公正的商业行为守则，成为商业实体的适当管理标准的一部分。

127. 如同破产法的一些核心规定一样，在拟定撤销权的规定时，似宜在竞合的社会利益之间求得平衡。这些利益包括为所有债权人的利益使破产财产价值最大化的强权重要性和合同可预见性和确定性的可能削弱。当二者权衡后表明某些交易是有害的时候，该项交易在法律上是“可撤销的”，即可作为在法律上无效来处理，从而破产代表可一般为债权人的利益追回债务人已处分的资产或其价值。

128. 对于哪些交易属于撤销权规定的范围，采取了不同的定义方法。一种办法强调依靠普遍化的客观标准来确定交易是否可撤销。问题将是，例如，交易是否在破产程序启动前的一段规定的时期（常常称作“嫌疑期”）内发生的，或交易是否含有法律所规定的任何一般特征（例如，要求提供适当的价值）。虽然普遍化的标准适用起来可能简单，但如果单单依靠这些标准，也可能造成任意性的结果。例如，使规定时期内进行的合法和有益的交易作废，而这段时期外进行的欺诈交易或特惠交易则受到保护。

129. 另一种做法强调按具体案件具体对待的主观标准，例如，是否有证据表明有意背着债权人隐匿资产，在进行交易时债务人是否已经破产，以及对方是否知道破产。这种按具体情况处理的方法可能需要较为详细地考虑交易当事各方的意图和什么构成彼此间正常的业务过程。在有些国家，这种做法造成了许多诉讼案和对破产财产的大量费用。为了避免这些费用（见下文……），有些法律采取了嫌疑期短时限做法，例如3-4个月，同时实行一项任意规则，即在该时期内发生的所有交易都有嫌疑，除非交易的当事方之间在大致同一个时间相互交换了价值。

130. 无论破产法采用这两种做法中的哪一种，或是采用力求在两种做法中求得平衡的一种中间做法，人们普遍承认，对于与相关当事方（即与债务人或其债权人具有密切商业关系或家庭关系的人，有时称作内幕人士）进行的交易，应实行较为严格的规则。实行较为严格制度的理由是这些当事方获得特惠的可能性较大，而且往往最早知道债务人事实上什么时候已经破产。

(a) 可撤销的一些类型的交易

131. 使用“交易”一词是为了统称处分资产时可能采用的广泛的一系列手段，其中包括转让、给付、担保、保证、承诺、借贷、让予或免除债务。

132. 在大多数法律制度中可发现三种常见类型的可撤销交易。这些交易是：旨在欺诈

债权人的交易、压价贱卖交易和与某些债权人进行的可视为特惠的交易。根据合同的具体情况，有些交易可能具有其中一个以上不同类别的特点。例如，看上去特惠的交易如果发生在债务人接近破产时，或交易后留给债务人的资产不足以经营其业务的，则更有可能是欺诈性的交易。同样，压价贱卖交易对债权人可能是特惠的，而当涉及第三方时，则可能并非如此。在考虑须加以撤销的各类交易时，破产法可将重点放在交易的后果和所涉当事方之间的关系上。例如，从一种情况中即可看出这种做法的相关性，这就是债务人实体的董事们在程序启动前的时期内力图偿付其个人亲自担保的所有负债。虽然看起来这种偿付是可以接受的，但对其后果则可能须加以考虑。

133. 这三类交易之所以可予撤销，其中的若干原因包括：防止欺诈（例如，为了债务人以后的利益隐匿资产或为了使债务人实体的高级职员、股东或董事获益而进行的交易）；防止偏袒，即债务人希望使某些债权人得利而牺牲其他债权人的利益；防止赶在实行破产程序监督之前造成企业实体的价值突然损失；以及建立一个在法院外解决的框架——债权人将会知道资产的最后一刻转让或占有可被宣告无效，因此将更可能与债务人合作，以便在法院不介入的情况下达成可行的解决方案。

#### (一) 欺诈性交易

134. 欺诈性交易是债务人管理部门背着债权人进行交易，将资产转让给第三方，意在挫败、阻止或拖延债权人追收债款的努力，而该第三方则明知这一意图。与本节讨论的其他交易不同，因为需要证明债务人意图，所以不能以一段固定嫌疑期的客观检验标准而自动宣告欺诈性交易无效。作为一种实际办法，为了证明意图，如果债务人无法解释从资产中抽取价值的某项交易的商业目的，那么便可较为直截了当地表明该项交易是欺诈性的。在制定破产法时，如上所述，似宜考虑到，有些交易按破产法规定可能是欺诈性的，而按非破产法的规定则往往是完全有效的。

#### (二) 压价贱卖的交易

135. 如果向第三方处分资产后，债务人仅收到了名义上微不足道的价值，或比所处分的资产的真实价值低得多的价值，而且交易是发生在破产程序启动前的一段规定时期内，那么这种交易便可能是须加以撤销的。有些法律还要求有关于债务人在该项交易发生时已经破产或因该项交易而导致破产的认定。这些交易既包括与债权人的交易，也包括与第三方的交易。

#### (三) 特惠交易

136. 在破产程序启动前一段特定但通常较短的时期内与债权人因为债务发生的交易，而且由于该项交易的结果，债权人获得的债务人资产超过了其按比例依法应得到的份额的，属特惠交易，可能须加以撤销。许多国家还要求关于交易发生时已破产或接近破产的证明。之所以将这些类型的交易包括在撤销权规定范围内，其理由是当这些交易的发生在时间上非常接近程序的启动时，便很可能存在着一种破产状态，而且这些交易违背了债权人平等待遇的关键目标。

137. 特惠交易的例子可包括在提出破产程序申请后但在程序启动前所进行的交易，除非该项交易是破产法的规定所许可的。破产法似宜规定，如果这些交易是不允许的，则应是无效的，而不是可撤销的，以避免争议。虽然在有些情况下，礼品馈赠可能是完全善意和法律许可的，但却可能是对债权人不公平的，须作为欺诈性、压价贱卖或

特惠交易而撤销。抵销这样做本身并非必须撤销，但如果发生在提出启动破产程序的申请前一段短时期内，而且其结果是改变当事方之间的债务平衡从而形成了特惠的，或如果涉及债权人之间的债权转移或转让以促成进行抵销的，则可被认为是有害的。如果抵销是在非正常情形下发生的，例如抵销交易的当事方之间没有合同，那么也可能须加以撤销。

138. 对于特惠交易的指控可提出抗辩，在抗辩论中表明交易看上去虽然是非正常的，但实际上符合正常的商业惯例，特别是符合交易的当事方之间正常的业务往来。例如，在收到定期交付和付款的货物时所作的付款即不能加以撤销，即使是在距离破产程序的启动相接近的时间内作出的，而对一笔长久过期的债务的付款则可加以撤销。这种做法鼓励货物和服务的供应商继续与可能有暂时财务问题但却仍然有生存能力的债务人做生意。

139. 有些法律允许对债权人提供担保，根据这类法律规则有效的担保物权可按破产程序中的欺诈性、特惠或压价贱卖的交易类别加以撤销。例如，在破产前不久提供的担保物权虽然本来是有效的，但却可能被发现是不公正的，使某个债权人得利而损害其他债权人的利益。根据过去的考虑或现有的债务而提供的担保物权（某些法律制度允许，某些法律制度不允许），也可能因为不公正给予某个特定债权人特惠而无效。

#### (d) 确定嫌疑期

140. 有些破产法明确规定了嫌疑期（例如破产开始前的多少天或多少个月），在这段时期内进行的每一项这类交易都将撤销。在有些法律中，嫌疑期由法院在程序启动后向前追溯确定。在这些法律中，法院的裁定常常以对于债务人何时停止正常还债（“停止偿付”）的认定为基础。一个相关的问题是，破产法规定的嫌疑期是否可由法院在适当的情况下加以延长，例如，当交易发生在嫌疑期外，但情形可疑，具有削减资产的效果。酌情处理的方法在涉及撤销权规定所应涵盖的交易时，可以有一定程度的灵活性，但也可能导致程序的拖延，不能给债权人一个确定或具有透明度的回答，指明哪些类型的交易可能撤销。如果在破产程序启动前的某段未作规定的时间内发生的交易可以反悔不作数，并且可由法院酌情处理，那么商业和金融交易中的安全性便可能减少。

141. 某些制度可能对所有类型的可撤销交易统一规定了一个嫌疑期，而有些制度则可能根据不同的因素规定不同的时限，例如是否故意损害债权人（即欺诈性），受让人是否是内幕人士（即与债务人或其债权人有密切公司关系或家庭关系的人）。由于欺诈性交易涉及故意的不法行为，所以许多破产法并不限定这些交易必须在多长期限内发生才可撤销。有些破产法规定了一段非常长的限期（例如，一至六年不等），以此计算程序启动之日前的嫌疑期。

142. 如果特惠或压价贱卖交易所涉及的债权人不是内幕人士，那么嫌疑期可能相对较短，也许不超过几个月。但是如果涉及债务人的内幕人士，则许多国家都适用较为严格的规则，其中可能包括较长的嫌疑期，举证责任转换，以及放弃关于债务人在进行该项交易时必须已经破产或该项交易的结果导致其破产的规定。

#### (e) 被撤销交易的对方责任

143. 关于每一项这些类型的交易，都会产生关于对方是否可以免除责任和废除该项交易是否可取的问题。这种决定可能需要服从对每种类型交易的不同考虑，并将涉及兼

顾两个方面，一方面必须公正对待无辜的当事方，另一方面则是难以证明动机和知情和对债权人造成的伤害，无论对方的心态如何。

144. 例如，在欺诈性交易的情况下，交易对方支付充分价值的程度和了解债务人欺诈债权人的实际意图的程度将是相关的因素。在压价贱卖的交易中，相关的问题将是交易对方是否是内幕人士，是否已经知道债务人实际破产或即将面临破产或债务人可能因这项交易的结果而发生破产。有些破产法允许抗辩，例如指出交易的对方已给付价值，而且并不知道重要的事实，而有些破产法则要求无论如何必须退还资产，尽管对交易的对方所实际给付的任何价值实行某种保护。

145. 在特惠交易情况下，可能采取不同的做法。一种做法是，如果债权人本着诚信行事，并不知道债务人在交易时已经破产或因该项交易的结果导致破产，那么债权人即无责任，交易也不作废。另一种做法是对交易还基本上同时设定了债权人的债权、随后提供了价值或属于正常业务过程中发生的这三种情况，规定了同样的结果。

146. 如果这些交易涉及内幕人士，则可能实行较为严格的规则，对他们在程序中提出债权的能力可能加以限制，或可能将他们的债权排在所有其他债权人之后。

(f) 无效和可撤销的交易

147. 如果一项交易属于这些类别中的任何一种，则根据对每一类别的交易所采用的检验方法，破产法要么使之自动失效，要么规定可予撤销。例如，如果法律仅提及在某些固定时期内发生的交易，并不包括任何主观的标准，则可以指定这些交易将是无效的。但是，即使交易是无效的，破产代表也可能需要采取行动向交易的对方追回所得。

148. 在规定了交易可予撤销的那些法律中，要求由破产代表决定撤销交易是否对资产有利，其中应考虑到每一类可予撤销的交易的情节，以及在追回所涉资产或资产价值方面的拖延和可能的诉讼费用。这种自由裁量权一般以破产代表力求使破产财产价值最大化的义务为根本，破产代表可能须对未能这样做而负责。

149. 在破产代表不提起诉讼撤销某些交易的情况下，破产法对进行撤销权诉讼和当破产财产的资产不足以提供这些诉讼经费时可如何解决所需的经费采取了不同的做法。关于进行这些诉讼，一些法律允许债权人或债权人委员会采取行动，在看上去对破产财产有利时，要求由破产代表提起撤销权诉讼；或在其他债权人同意的情况下，也允许债权人自己或债权人委员会提起诉讼，撤销这些交易。在允许这后一种诉讼的情况下，有些法律还规定债权人收回的资产或价值应作为破产财产的组成部分处理；在其他情况下，无论收回什么都可用以首先满足提起诉讼的债权人的债权。

150. 关于这些诉讼经费的可能方式，有些国家向破产代表提供公款用以启动撤销权诉讼。而在有些国家，这些诉讼的经费则是从破产财产中拨出的。采取后一种做法可防止追回某些特定的资产：这些资产已从破产财产中转移出去，其特别意图是使破产财产的资产减少，而通过撤销权诉讼追回资产时所需的经费正是从这些资产中拨付的。有些破产法允许破产代表通过有偿转让而将诉讼权交给第三方，或与放款人联系预付经费，以这些经费来启动撤销权诉讼。作为对采用后面几种机制的支持，拥有公共资源可作为这种经费的国家之间有着明显的重大差别，在从破产财产中无法为撤销权诉讼提供经费的情况下，这些备选方法在适当的情形下可提供一种有效的手段，恢复破产财产的价值。



## (g) 证据问题

151. 破产法采用不同的做法确定撤销权诉讼的情形。在有些法律中，要求由债务人证明交易不属于任何类别的可撤销交易。在有些法律中，则要求由破产代表，或由经允许对交易提出质疑的其他人，例如债权人，证明存在着撤销权诉讼的每个要件。在比如说破产代表难以通过外观迹象、客观表象或其他情节证据确立债务人诈骗债权人的实际意图时，有些法律允许举证责任的转换。在这些法律中，确立债务人无辜动机的责任转换到交易的对方。

## 2. 小结和建议——撤销权

## (1) 撤销权规定的目的是：

- (a) 列出在哪些情形下在破产程序前发生的与债务人有关的某些交易可因为其欺诈性或违背债权人平等待遇原则而被认为是有损于债权人的；
- (b) 使破产代表能够采取程序撤销这些交易；
- (c) 使资金或资产能够从现已撤销的交易所涉及的其他人那里追回；以及
- (d) 使债务人原本根据现已撤销的交易而产生义务能够被宣布为不可强制执行。

## 备选案文 1

## (2) 破产代表可采取法院程序宣告下列交易无效：

- (a) 为挫败、拖延或阻止债权人追收债款的能力而进行的交易，[无论这些交易在何时发生][如果该项交易发生在程序启动前后的[...]年期限内]；
- (b) 程序启动前[...]个月[年]期限内发生的压价贱卖交易，[债务人当时已经破产或如果债务人因该项交易的结果而发生破产的]；
- (c) 程序启动前[...]个月期限内发生的与债权人有关的特惠交易，[债务人当时已经破产或因该项交易的结果而发生破产的]；
- (d) 程序启动前[...]个月[年]期限内发生的涉及有关人员的压价贱卖交易，或与内幕债权人有关的特惠交易，[债务人当时已经破产或因该项交易的结果而发生破产的]。

## 备选案文 2

- (2) 另一种做法将是规定可仅以一段固定的嫌疑期为准而自动撤销压价贱卖的交易和特惠交易。
- (3) 第(2)款所述的时间期限可由法院延长。
- (4) 破产法应列明撤销权案件的立案所必须证明的要件，以及还有对这一诉讼可能提出的抗辩。
- (5) 对于欺诈性交易，可采取两种做法：
  - (a) 破产代表可通过外观迹象、客观表象或其他情节证据确立债务人的实际

意图；或

(b) 要求对方确立债务人的无辜动机。

(6) 破产法可规定其他一些做法，处理破产代表不提起撤销权诉讼的情形。这些做法可包括允许个别债权人或债权人委员会提起诉讼或[拟列入的其他措施]。

(7) 程序启动后发生的交易应该是无效的，除非经由破产代表或法院批准，所转让的资产应予追回。

#### 四. 程序的管理

##### A. 债务人的权利和义务

###### 1. 概述

###### (a) 对债务人管理部门的控制

###### (一) 清算

152. 清算程序一旦启动，维护破产财产即要求采取综合措施，保护破产财产不仅不受债权人行动的影响（见上文……），而且也不受债务人或其管理人员或股东的影响。<sup>2</sup> 为此原因，许多破产法都剥夺债务人对企业的所有管理权和经营权，并指定一名破产代表承担被剥夺的所有职权。这些职权可包括代表破产财产提起法律诉讼和进行抗辩的权利，以及代收付给债务人的所有付款的权利。在清算程序启动后，债务人采取的有害于破产财产的任何行动通常都将无效。

153. 在已确定清算破产财产的最有效手段是将企业作为经营中企业出售的情况下，一些法律规定，破产代表应负责监管和对企业实行全面控制，同时允许债务人通过继续留任和提供咨询而提高破产财产的价值和为资产的出售提供便利。债务人对其企业和有关市场或行业的详细了解，以及与债权人所保持的关系，可以是对这种做法的支持。按照这种做法，凡在程序启动后并且未经破产代表或法院批准而发生的债务人资产的任何转让都将属无效，所转让的资产应予追回（见……）。破产代表可能需对其控制期间发生的债务人不法行为承担责任。

###### (二) 重组

154. 在重组程序中，对于撤换债务人在多大程度上是最合适的行动措施，或对于债务人可继续发挥的作用，没有商定的统一做法。在许多情况下，债务人对其业务和所经营的行业将有着直接和深入的了解。在个体经营和小型合伙经营的情况下，这种了解特别重要，可为管理部门保持经营的连续性提供基础，并可在短期经营决策中发挥作用。这种了解还可有助于破产代表在更加直接和全面认识债务人经营业务的情况下履行其职能。出于同样的原因，债务人经常有充分的资格提出一项重组计划供债权人和

---

<sup>2</sup> 因为破产法将涵盖由不同类型实体运营的企业，无论是个人、合伙制还是某种形式的公司运营的，所以债务人的持续作用问题视情形而定理所当然引起债务人的管理部门或股东的作用问题。为便于阅读，本指南仅提及“债务人”，但用意在于适当情况下该词的使用还应涵盖管理部门和股东。

法院批准。在这种情形下，不考虑债务人在企业财务困难中的作用而完全撤换，可能不仅打消企业经营活动和承担风险的积极性，以及债务人尽早启动重组程序的积极性，而且还会损害重组取得成功的机会。

155. 债务人继续发挥作用的可取性可能需要与一些可能的弊端相权衡。债权人可能因为债务人的财务困难（和管理部门在这种处境中可能所起的作用）而缺乏对债务人的信心，如果重组要取得成功，就必须重新建立起这种信心。允许债务人在对其权力没有充分控制权的情况下继续经营业务，可能不仅会加剧信心的下降，而且也会招致债权人的进一步反对。如果一种制度被认为过分偏袒债务人，便会导致债权人对之不感兴趣和不愿意参与，而如果破产法要求债权人发挥作用，则这还会进一步造成监督债务人行为的问题。另外还可能助长对破产程序的敌对态度，造成费用的增加和进一步拖延。债务人可能有其自己的工作议程，与破产制度的目标相背，特别是与最大限度地扩大债权人的回报相背。重组的成功可能取决于实行现有管理部门可能不愿意进行的变革，以及取决于现有管理部门拥有知识和经验，利用破产法渡过其财务困难。需要考虑的一个相关因素是破产程序是自愿还非自愿启动的（在非自愿情况下，债务人可能敌视债权人）。

156. 破产法采取不同的做法平衡这些竞合的考虑。一种做法是采用与在清算程序中相同的做法，解除债务人对企业经营的所有控制权，并以破产代表取而代之。但是，完全撤换债务人会造成企业经营的混乱和在企业存亡的关键时刻对企业经营的有害影响。

157. 另一种做法是在债务人与破产代表之间建立一种共管安排，由后者监督债务人的活动，批准大宗交易，而债务人则继续负责企业的日常经营。这种做法可能需要由较为严密的规则作为辅助，以确保破产代表与债务人之间的责任划分明晰，以及对于重组将如何进行，确保有明确的确定性。还可能需附加规定，债权人可采取适当的行动确保共管安排的有效性和良好效率。如果将这种权力给予债权人或债权人委员会，则可能需要有一定的措施，防止债权人企图使重组程序遭到失败或债权人获得不适当的影响力而可能实施的滥用行为。所需的保护程度可以通过适当的方式达到，例如在允许债权人采取行动力图解除共管安排之前，要求必须取得适当大多数债权人的投票赞同。

158. 如果采取了这种做法，并且有证据表明债务人严重的管理失误或滥用资产，或重组的目标不再现实，那么似宜规定可由法院主动或根据破产代表或也许可根据债权人或债权人委员会的动议而撤换债务人。

159. 第三种做法是使债务人能对企业的经营保持充分的控制权，其结果是程序一旦开始，法院不指定独立的代表（这种做法称作“债务人占有”）。如果可以依赖债务人以诚实的方式继续经营企业，并且可获得债权人的信任、信赖和合作，那么这种做法可能具有提高重组成功机会的优点。但是，也可能存在弊端，其中包括将重组过程用于显然不可能获得成功结果的情形，也就是说用于拖延不可避免的结局，其结果是资产继续散失，而且管理部门可能在控制期间不负责任地行事，甚至采取欺骗手段，从而破坏重组和债权人的信心。这些困难可通过采取某些保护措施而减轻，例如通过指定一名破产代表监督债务人，或通过实行一种机制，允许法院（主动或根据债权人的请求而）撤换债务人，以破产代表取而代之。或将程序转换为清算程序，以及让债权人在监督或监管债务人方面发挥重要的作用。不过，这种做法相当复杂，需加以细致的考虑，这不仅是因为其取决于严格的管理规则和机构能力，而且也因为其影响到破产制度在设计上的其他一些方面。

160. 为协助债务人履行其在程序中的一般职责，有些法律允许债务人经过许可而雇用专业人员，例如可能需要的会计师、律师、估价师和其他专业人员。在有些法律中，这种许可是由破产代表给予的，而在有些法律中，则是由法院或债权人给予的。

161. 需要解决的问题：

[A/CN.9/504，第 94 段——经讨论后，工作组商定，对于破产程序启动后至重组计划批准前这段时期与批准后的时期这两者似宜加以区分。据认为，虽然在前面这段时期以法律列出特定规则和规定拟参与程序的一名独立代表将是适当的，但在计划批准后的时期和计划的整个执行时期中，似宜采取一种较为灵活的做法，扩大当事方意思自治的范围，以提高重组成功的机会。]

(b) 信息的提供

162. 为了便利透彻、独立评估债务人的经营活动，包括其立即需要的流动资金和程序启动后融资的可取性、企业长期生存的前景以及管理部门是否有资格继续领导企业，一般将需要有关于债务人、其资产和负债、财务状况和业务的资料。为了能够进行这种评估，在这两种破产程序中，但是特别是在重组程序中，可取的做法是由债务人承担持续的义务，在相当长一段时期内，而不仅仅是在程序启动后的一段短时期内，披露关于其业务和财务的详细资料。这种详细的资料可包括对盈利和亏损的预测；现金流量的详细资料；市场营销信息；行业趋势；以及关于债务人财务状况原由或原因的资料。还应披露根据破产法撤销权规定而可撤销的过去交易的情况。虽然示范法可能不必详尽无遗地逐一列出应提供的资料，但这样做可有助于提供参考，表明希望提供哪类资料。在这方面，有些法律制定了标准化的信息一览表，列出所需要的具体信息。这些表格将由债务人填写（提供虚假或误导信息的，需受到适当的制裁），或由一名独立人士或管理人填写。

163. 为确保所提供的资料可用于这些目的，资料必须是最新、完整、精确和可靠的，义务中似宜规定应在程序启动后尽快提供资料。如果债务人可达到这一义务的要求，这样做还可有助于提高债权人对债务人继续经营业务的能力的信心。

164. 如果债务人不是自然人，资料可由债务人的主管人员和其他相关第三方提供给破产代表。另一种做法是要求债务人本身（如果债务人是自然人）或其一名或多名董事派代表出席和自己出席债权人的主要会议，解答问题，除非董事的所在地不在债权人会议可能举行的地点因而不能实际出席。

165. 有关的资料常常将是商业敏感资料（例如贸易秘密），因此，破产法中似宜包括一些保护机密资料的规定，防止债权人或有资格利用这些资料的其他第三方滥用这些资料。

166. 在资料扣留不发的情况下，可能需要有某种机制强迫提供相关的资料，例如由法院或破产代表对债务人进行“公开审查”。对于较为严重的扣留资料情况，一些国家实行刑事制裁。

167. 除提供资料的具体义务外，破产法还对债务人规定了与破产代表合作和协助破产代表履行职责的一项一般性义务。

(c) 听取申辩权

168. 为了维护有些国家所视作的债务人根本权利和确保债务人的公平和公正待遇，以

及鼓励债务人对破产程序的信心，债务人似宜享有在破产程序中其申辩得到听取的权利，或一般有权参加作为程序一个必要部分的裁定过程。这样的权利是符合国际和区域协定的，例如《公民权利和政治权利国际盟约》（1976年）第14条和《欧洲人权公约》第6条。

169. 如果行使这一权利可能导致一些手续和费用，妨碍程序的进行，而对债务人又没有任何直接利益，那么似可将这一权利局限于对债务人债务状况和个人利益具有利害关系的情况。例如，这种情况可以是当债务人已离开正在进行程序的所在法域并且拒绝或未能对破产代表或法院取得联系的所有合理努力作出响应时。在这种情况下，一项关于听取其申辩的绝对要求可严重阻碍程序的进展，甚至使程序不可能进行下去。虽然似宜规定应作出一切合理努力听取债务人的申辩，但破产法也可能需要避免这种权利的行使导致滥用权利而造成对程序不利影响的情况。

(d) 债务人赔偿责任

170. 在企业实体有偿债能力时，管理部门一般对企业的股东负有其主要义务，管理部门与其债权人的关系将由其合同协定管辖。但是在企业发生破产时，注意力重点改变，债权人成为企业财务实际的利益攸关者，承受债务人继续交易而可能遭受的任何损失风险。企业实体股东和管理部门的作为和行为主要是破产制度以外的法律和政策的事项。利用破产法纠正法律管理上这一领域的缺陷或用以监察管理政策是不可取的，不过有些破产法可能包括一项义务，规定必须在财务困难的早期阶段启动破产程序（见“申请和启动”）。如果与破产企业实体相关的人员过去作为和行为的后果是对该实体债权人造成损害或损失（例如，由于欺诈性或不负责任的行为所致），那么破产法似宜规定可能的损害或损失赔偿。这种情况的范围可扩大到调查和审查的权力。

2. 小结和建议——债务人的权利和义务

- (1) 这些规定的目的是[……]。
- (2) 在清算和重组程序中，债务人均应有权[对有关程序中任何问题进行申辩和得到听取][参与裁定]，但条件是这一权利的行使不会造成滥用整个程序，对程序的迅速进行产生不利影响。
- (3) 在清算和重组程序中，法律应明确规定债务人的义务。这些义务可包括：
  - (a) 与破产代表合作和协助破产代表履行职责的一般义务；
  - (b) 向法院、破产代表和（视情况而定）债权人委员会提供有关其财务状况和业务的当前、精确和可靠资料的一般义务。
- (4) 债务人提供的资料将包括：[资产和负债表；以及关于债务人财务状况原由或原因的资料和披露根据破产法撤销权规定而可予撤销的过去交易的情况和[...]。与重组具有特别关系的补充资料可包括：[对盈利和亏损的预测；现金流量详细资料；市场营销信息；行业趋势]。资料应在程序启动后尽快提供。
- (5) 对于债务人未能提供有关资料的情况，破产法应列入获得必要资料的其他措施。这些措施可包括规定债务人有义务服从破产代表或法院对其资产和业务的检查。
- (6) 对于债务人所提供的资料是商业敏感资料的情况，破产法应作出保密规定。

(7) 在清算程序中，应由破产代表对[破产财产][债务人]进行管理。在已确定清算破产财产的最有效手段是将企业作为经营中企业出售的情况下，破产代表应负责监管和对企业负有全面控制权。如果聘用债务人管理部门协助企业的经营将有利于程序的进行，也可聘用债务人的管理部门这样做。

(8) 在重组程序中，可根据债务人与破产代表之间的共管安排对[破产财产][企业]进行管理，由破产代表负责监管和享有对[破产财产][企业]的全面控制权及批准大宗交易，债务人则继续负责企业的日常经营，但不能处分破产财产的资产，并且不能订立以破产财产抵押的债务。破产法应包括关于这种共管安排当事方职责如何划分的准确规则。

(9) 在订立了破产代表与债务人之间的共管安排情况下，如果有证据表明债务人对资产严重管理不善或滥用资产，或重组的目标不再现实，可由法院主动或根据破产代表或债权人或债权人委员会的动议完全撤换债务人，或将程序改为清算程序。

## B. 破产代表的权利和义务

### 1. 概述

171. 破产法用不同的称呼来指负责管理破产程序的人，其中包括管理人、受托人、清算人、监督人、破产事务官、保佐人、官方或司法管理人员或专员。本指南所使用的“破产代表”这一用语是指广义的管理人，未对可能履行的不同职能进行区分。破产代表可以是个人，或在某些法域中，可以是公司或其他单独的法律实体。破产代表无论是由债权人、法院、政府部门或机构指定，还是由公共或法定机构或债务人指定，均在有效执行破产法中起核心作用，对债务人及其资产享有某些权利，有义务对其价值提供保护，并确保有效公正地适用法律。

172. 由于破产代表通常掌握的关于债务人情况的信息最多，因此对破产程序的进行最有可能作出明智的决定。这并不是说破产代表是法院的替身：因为一般要求法院裁决在破产程序的进行过程中产生的纠纷，而且在破产程序的许多阶段通常都要求法院予以核准。即使在破产程序中法院作用受限制的国家，对通常授予破产代表的权限也有限制。

#### (a) 拟由破产代表行使的职能

173. 破产法经常就破产代表对债务人及其资产所享有的权利和义务作出规定。尽管其中某些义务与其说是同重组有关，不如说与清理有关，但这些义务一般包括：

- (一) 作为破产财产的代表；<sup>3</sup>
- (二) 具有代表破产财产诉讼和应诉的专有身份；
- (三) 采取一切必要的步骤保护构成破产财产的任何资产并使其处于合理的状况；
- (四) 登记破产财产的权利（在为保全破产财产权利防止善意购买人不当介入而有必要登记的情况下）；

<sup>3</sup> 关于指南使用的“破产财产”一词的定义，参见破产财产词条和词汇表。

- (五) 保留会计师、律师、评估师和其他必要的专业人员以协助破产代表履行其职责；
- (六) 对债务人和与债务人有过交易的任何人进行查询以调查债务人的财务事项，并确定破产代表认为应该包括在破产财产之中的任何资产的有无、去向、规模和状况；
- (七) 请求法院令任何人交出破产财产中所包括的任何资产，或限制任何人处分破产财产中所包括的任何资产；
- (八) 对债权予以审查和确认，并编写关于已获确认的和有争议的债权的登记表；
- (九) 对索取有关破产财产或其管理情况资料的合理要求作出回应，但法院规定有限制的情况除外；
- (十) 向法院提交详细介绍破产程序进行情况的定期报告。该报告应该载有，例如，在有关期间内已出售的资产的详情、实售价格、出售费用以及法院可能要求的或债权人委员会可能合理要求的资料；收据和实付款；有待管理的资产。
- (十一) 出席债权人和债权人委员会的会议并向债权人报告破产财产的运作情况。破产法应具体说明拟列入这类报告的详细情况；
- (十二) 以市场上可合理取得的最佳价格出售构成破产财产的资产；
- (十三) 迅速、有效并根据案件各方当事人的最佳利益关闭破产财产；以及
- (十四) 向法院提交关于破产财产管理情况的最后报告和清算帐目。

(b) 破产代表的选择和指定

174. 在有些法域，由法院选择、指定和监督破产代表。而在有些法域，则经法院指示后，由一个单独的办事处或机构选择破产代表，该机构负责所有破产代表的一般管理工作。破产法正越来越多地采用这种做法，这种做法使得独立指定机构能够利用具有应付特殊情形的专长和知识的专业人员——而无论这类情形是债务人企业的性质或其他活动；资产类型；债务人现在或以前经营业务所处的市场；为理解债务人业务而必需的知识；或其他某种特殊原因。第三种做法允许债权人发挥某种作用，推荐和选择所需指定的破产代表，条件是此人符合处理特定案件工作的资格。依靠独立指定机构和债权人委员会的做法可能有助于防止偏见观念，并减轻法院的监督负担。选择独立指定机构将取决于是否有一个合适的机构具有履行规定职能所必需的资源 and 基础设施。

(一) 无资产的破产财产

175. 对于破产财产没有资产用于支付破产管理费的情形，拟建立某种机制以解决这类情形对破产程序的影响问题。某些破产法规定可根据法院对无资产情况的评估立即终止程序，某些破产法规定不应采取任何行动，有些破产法则设有指定破产代表的机制。

176. 在设有指定破产代表机制的国家，破产代表可以是公职人员或根据人员名单指定的破产专业人员，其目的是确保所有破产案件按顺序公平分配，而无论有否资产。对

于这些情形，无资产破产财产的管理费用由国家负担。至少对破产财产无足够资产支付管理费用的情形，人员名单制度可能存在着一个缺陷，即可能无法确保指定一名最有资格处理某一案件的人。当然，这取决于如何编制人员名单以及破产专业人员如若列入名单而应具备的资格。如果破产财产无资产，这一缺陷或许不会被认为是一个重大问题。

(c) 资格

177. 破产代表可从若干不同的背景甄选，例如实业界、政府专门机构的员工或合格人员组成的私人小组。一个相关的问题是破产代表是否必须是自然人，或是否法人也有任职资格。不管如何指定，鉴于许多破产程序的复杂性，破产代表需要懂得法律，办事公正并有商业和金融事务方面的适当经验。如果需要进一步或更加专业的知识，则始终可由聘任的专家提供。破产代表除具备必需的知识外，似宜具有某些个人素质，可确保其是履行所要求的不同信托职责的合适人选。

178. 在破产代表资格问题上存在着不同的做法。各国规定的要求包括专业资格和审查；颁发执照，执照制度由政府机构或专业部门负责管理；专业培训班和资格认证考试；在金融和商业等相关领域具有某种程度的经验（一般列明年数）；[其他？]

179. 在拟订指定人员的程序和要求方面拟平衡兼顾两个方面，一方面是如果要求十分严格，可取得所指定人员高度胜任的结果，但却有可能大大限制被视为具有适当资格的专业人员人数而且增加程序所涉费用；另一方面则是如果要求过低，则无法保证所要求的工作质量。

180. 如果某人因为其与债务人、债权人、法院成员或甚至与债务人的竞争者以前就已存在的关系而产生利益冲突，在有些国家这类冲突可能足以使此人无资格担任破产代表。为提高破产制度的透明度、可预测性和公正性，应要求未来的破产代表披露可能会产生这类冲突或造成缺乏独立性的情形。

(d) 注意的责任

181. 破产代表采用的注意的标准及其个人责任对于破产程序的进行具有重要意义。破产代表是作为受托人履行其职责的，而无论其是否是由系法院指定的法院官员。因此，破产代表可能对违反这些职责负责。确定所需注意、审慎和技能的衡量尺度需要一项标准，其中将考虑到破产代表在履行职责时遇到的困难处境。

182. 在确定该衡量尺度方面可采取不同的做法，尽管采用哪种衡量尺度将取决于指定破产代表的方式和指定性质（例如，政府员工——待详细阐述）。一种做法或许是要要求破产代表遵守对债务人在破产状态下正常经营业务活动时所预计适用的同样的严格标准，即在这种情形下审慎行事者所适用的标准。然而，有些国家可能要求在这类情形下采用更高的审慎行事标准，这是因为破产代表所处理的是他人的资产，而不是自己的资产。另一种做法是立足于期望破产代表将为正当目的而本着诚信行事。[工作组注意：此处究竟是否真有区别，还是属于修辞说法？]另一种做法可能是依据过失情况下所需注意程度的标准。在确定适用标准时，似宜平衡兼顾两种标准，一种标准将是确保破产代表有能力履行义务，另一种则是过于严格从而引发针对破产代表的法律诉讼并造成其服务费用的增加。

183. 解决费用问题的一种方式或许是要要求破产代表对其可能违反规定的义务而设置保证金或保险金。然而，并非所有国家都采用这种办法。在拟订这个问题的解决办法时，



似宜平衡兼顾必需控制服务费用和在参与者中间分摊破产程序所涉的风险，而不是根据所设置的个人赔偿保险由破产代表承担所有风险。

184. 在由于破产代表的代理人和员工的行为而使财产受到损失时，破产法可能需要涉及破产代表对这些行为的责任问题。有些破产法规定破产代表不负个人责任，除非他对履行职责未进行适当程度的监督。

185. 有些破产法要求，需经法院核准，破产代表才能保留会计师、律师、评估师和可能需要的其他专业人员以协助破产代表履行其职责。有些法律则不要求法院核准。破产法拟制定根据专业人员经验、知识和声誉以及根据专业人员服务需对破产财产有益而雇用这类专业人员的某种标准。关于这些专业人员的报酬，有些法律要求向法院申请并经其批准，而另一种做法则可以要求获得债权人集体的批准。专业人员的报酬可在实施程序期间定期支付，或可能要求等到程序结束后再付。

(e) 更替或解职

186. 在破产代表死亡、辞职或解职的情况下，则通过作出规定指定一位继任破产代表，可避免程序的中断和因未作出继任规定而可能造成的拖延。有些破产法允许在某些情况下解职破产代表，其中可能包括破产代表违反或未能履行破产制度规定的法定职责，或表现出严重缺乏能力或严重失职。不同的做法规定，解职可依据法院自行作出的决定或应有关当事方要求作出的决定，或依据适当多数的无担保债权人作出的决定进行。如果破产法对破产代表的解职作出了规定，则还可能涉及与破产财产资产的（酌情而定）所有权或支配权的替代和继承有关的问题（见“破产财产”）。

2. 小结和建议——破产代表的权利和义务

(1) 这些规定的目的是：

- (a) 确定将在破产法执行中发挥主要作用者的职能；
- (b) 建立破产代表的指定机制，包括指明所需要的相关资格；
- (c) 对破产专业人员的赔偿责任、解职和更替作出规定；
- (d) [……]。

(2) 破产代表可由：

- (a) 法院作为一项临时措施予以指定，任期始自申请时直至程序启动时为止；
- (b) 在破产程序启动时[由法院][由独立指定机构][根据债权人委员会的建议]予以指定。

(3) 破产代表应具备某些资格和个人素质。这些可包括其必须是履行破产代表应尽之信托义务的适当人选，独立公正，具备相关商法的必要知识和商业及经营事项方面的经验。

(4) 应要求未来的破产代表披露可能会引发利益冲突或造成缺乏独立性的情形。

(5) 破产代表在有关清算和重组程序方面的责任[职能][权利和义务]应在法律中予以明确规定。

(6) 破产法应涉及破产代表就未履行其[责任][职能]所负责任问题。

(7) 破产法应涉及破产代表的更替和解职问题。法院可根据债权人或债权人委员会的申请或法院自动出于诸如不合格或过失或者在履行其职务中未加以适当注意等原因而解职破产代表。

(8) 在破产代表死亡、辞职或解职的情况下，破产法应规定指定一位继任破产代表。如果破产代表对破产财产享有所有权，法律应对继承财产资产[所有权][支配权]作出规定。

## C. 启动后融资

### 1. 概述

187. 破产实体的继续运营对重组至关重要，其次对清算程序中将企业作为经营中企业出售也相当重要。债务人为维持其经营活动，必须有获得流动现金的途径，以便使其能支付关键货物和服务供应所需的费用。如果债务人没有可动用的资金以满足其眼前的现金需求，破产法可承认启动程序后提供这类贷款的必要性，批准贷款和规定放款人的优先受偿权。中心问题是权利的范围，尤其是作为获得信贷的一种手段，破产代表能够向潜在的放款债权人所提供的种种具有吸引力的条件。如果采用的解决办法影响到现有附担保债权人的权利或先前的资产权益持有人的权利，则关于程序启动后进行融资的规定，似宜平衡兼顾三个方面的一般需要，即维护商业交易合同，保护债权人的权利和优先权，以及在最大程度上减少对提供信贷尤其是担保信贷的不利影响。

188. 程序启动后的借贷来源可能有限。第一种放款人系破产前放款人，这些放款人与债务人及其经营的业务有着还在继续的关系，而且可能再行预支贷款，以提高收回其现有债权的可能性，或许通过提高新的贷款费率而获取增值。第二种放款人与债务人经营的业务不存在破产前的关系，获得高回报的可能性也许是其放款的唯一动机。对这两类放款人的吸引力在于确信程序启动后的放款将得到特殊待遇。对现有放款人的其他吸引力则包括与债务人及其经营的业务尚存在的继续关系，以及关于程序启动前的其放款条件不会变动的保证。

189. 在吸引程序启动后信贷并为还款提供担保方面可采取若干不同的做法。可使用未设定抵押义务的财产提供担保，或使用已设定抵押义务的财产提供第二优先担保物权。如果这些做法不够或不存在，某些破产法规定，借贷款的偿还优先于其他债权人。这些优先权包括破产管理费用优先（见分配优先一节），其地位优先于一般无担保债权人，但对于附担保债权人的担保物则不优先；或包括“超级”破产管理费用优先，其地位优先于破产管理费用债权人。另一种做法是赋予提供启动后信贷的放款人超越所有债权人包括超越附担保债权人的优先权（有时称作“优先留置权”）。在承认这类优先权的国家，未经将由此改变地位的附担保债权人的同意，很少赋予这种优先权。因此，在这一基础上获得信贷的决定并不纯粹是由法院、破产代表或无担保债权人作出的。在某些法律制度中，所有这些选择方案都可利用。

190. 在允许经营业务继续下去的任何情形中，获得无担保的商业信贷至关重要。许多破产法规定，破产代表可未经法院或债权人核准而获得这种无担保的信贷，而有些法律则规定，在某些情形下需要法院或债权人核准。关于赋予破产管理费用优先权等不同类型的优先权，某些法律规定，破产代表享有核准权，而有些法律则规定，某些形式的优先权需经法院或债权人核准。

## 191. 待解决的问题:

[A/CN.9/505, 第 126 段: [……]有与会者指出, 在提供融资方面, 必须对申请后、计划前和计划后期间等重组进程的各阶段予以区分。有与会者提出了在清算程序中企业出售的情况下启动后融资是否也属无关的问题。]

## 2. 小结和建议——启动后融资

- (1) 这些规定的目的是: [……]。
- (2) 破产法应确认启动后借贷的必要性, 并批准可在将企业作为经营中企业出售的清算程序中和在重组程序中这样做。
- (3) 如果破产代表确信, 为了使债务人或其经营的业务能继续运作, 需要进一步的信贷, [破产代表][债务人]可获得必要的信贷, 并对其财产提供担保。
- (4) 为方便提供信贷, 破产法可允许破产代表赋予程序启动后的债权人以优先受偿权, 其地位优先于无担保债权人的受偿(破产管理范围优先权), 或破产管理费用的偿付(超级破产管理费用优先权)。
- (5) 为程序启动后的融资而设定的以债务人资产的担保, 其地位不优先于以同一资产设定的任何现有的担保, 除非破产代表获得现有担保权持有人表示这种意思的书面同意。

## D. 债权人委员会

## 1. 概述

192. 一旦破产程序启动, 债权人同企业就有了重大的利害关系。一般的主张是通过指定破产代表来保障这些债权人的权益; 然而, 许多破产法规定, 债权人可以不同的方式并出于许多原因而直接参与破产程序的进行。如果在作出重大决定时不同债权人协商, 而且决策者是可能被认为经验、专长或独立性有限的个人, 那么作为对破产程序的结果具有经济上主要利害关系的当事方, 债权人可能会对这种程序失去信心。此外, 债权人通常完全有能力对债务人经营的业务提供咨询和帮助, 并对破产代表的行为进行监督, 从而有助于防止欺诈、滥用权力和行政费用过高的情况发生。

193. 如果债权人为数众多, 组成一个债权人委员会能够提供一种机制, 便利债权人参与案件的管理, 不论所涉的是清算程序, 还是重组程序。

## (a) 债权人介入决策过程

194. 债权人介入破产程序决策过程的程度可能有所不同。在某些破产法中, 破产代表对于无争议的一般管理问题和清算问题负责作出所有重要决定, 而债权人仅起很小的作用, 而且影响甚微。如果由有经验的破产代表负责办理, 这种做法可能很有效率, 因为可避免因安排管理债权人的参与而可能造成的拖延和产生的费用。破产制度如果对过程及其参与者的约束程度很高, 可成为这种做法的依附基础。

195. 其他做法向债权人提供了更大的程序参与权。有些破产法规定, 在清算程序中, 债权人可以选择和更换破产代表, 批准破产代表暂时继续经营企业, 批准资产的非公开出售, 以及批准将清算程序转为重组。在重组程序中, 债权人可行使监督企业活动

（例如破产制度允许债务人在程序启动后行使某种程度的支配权）和破产代表活动以及提出并批准重组计划等职责。债务人还可起请求或建议法院采取行动的作用，例如，建议将重组转为清算，或由债权人提起撤销权诉讼。在费用方面，还可赋予债权人在对破产代表的报酬进行监督方面发挥作用。

196. 在清算中，虽然一般来说，债权人干预决策过程或参与决策可能不很重要，但似宜向债权人提供卷入的机会，因为债权人能够对债务人的企业，尤其是将企业作为经营中企业出售而提供弥足珍贵的专家意见和信息。也似宜向债权人提供关于清算进行情况的报告，以确保债权人对清算过程的信心及清算过程的透明度。在重组中，债权人的投入既是有益的，也是必要的，因为债权人通常能决定重组是否可能成功。

197. 为顾及特定案件的性质和规模，破产法似宜对委员会应履行的职能采取灵活的做法，而不是对办理每一案件时必须履行的特定职能作出规定。一般来说，委员会可在破产程序中履行咨询的职能。此外，委员会可在拟订重组计划、在清算程序中出售重大资产以及根据破产代表或法院的请求而进行参与方面，履行规定的职能。

198. 在破产法允许债权人积极参与程序过程的情况下，需要考虑的一个重要问题是如何克服债权人的冷漠和鼓励参与破产程序。如果破产法能够统筹兼顾程序所涉当事方的不同利益（例如，参见“债务人权利和义务：控制债务人的管理部门下的种种考虑”，而且例如采取与挑选债权委员会人选有关的具体措施（见下文），即可解决这个问题。

#### (b) 债权人委员会的组成

199. 在债权人委员会的组成方面有不同的做法。虽然债权人委员会一般只代表无担保债权人，但某些法律承认，在某些情形下，单另设立附担保债务人委员会是有正当理由的。这些制度采取这些做法是因为不同类型债权人的利益并不总是趋于一致的，附担保债权人如能参与委员会的决定并有可能影响决定的结果并不总是很妥当的，也并不一定符合其他债权人的最佳利益。

200. 有些破产法则规定这两类债权人派代表参加同一个委员会。这种做法所持的理由是，由于债权人委员会对参与决策进程和作出重要决定负责，所以附担保债权人应该参加该委员会，不然他们就会被排除在可能影响其利益的重要决定的决策过程之外。另一种做法是，破产法或许不必规定在某一具体案件中哪些债权人应派代表参加，而是允许债权人根据候选人的服务意愿自行选择其代表（以解决并非罕见的债权人冷漠问题），并规定可根据需要扩大或缩减委员会的规模。如果需要派代表参加的各类债权人差别太大，在单独一个委员会内无法顾及其利益的情形，例如既有侵权索赔人又有股东等特殊利益集团的情形，破产法可规定由不同的委员会来代表不同的利益。然而，似宜仅仅在特殊情况下才使用这一机制，以避免产生费用问题及防止债权人代表机制有可能难以推行。

201. 债务人股东或负债公司所有权人和与债务人有关的债权人，其参与可能会引起争论，尤其是如果债权人委员会有权影响附担保债权人的权利，或在股东或所有权人参与债务人的管理的情形下。然而，在某些情况下，股东并不直接了解或参与债务人的管理，例如股东是同管理无直接关系或不介入管理的投资者的情形。在这类情形下，或许有令人信服的理由允许股东通过股东委员会进行参与。

202. 对于购买债权人债权的当事方，也会产生类似的参与问题。这类购买者可能与债务人有关，也可能是对债务人经营的业务无特殊兴趣的第三方当事人。第三方当事人购买可能会引起对获取在次级债务市场上或许很有价值的敏感机密资料的担心，而内

幕人士购买则会引起购买者是否有权索取债权原始面值或只能索取实付款款的问题。

203. 为解决任何潜在的问题，破产法可采取的做法是，具体规定哪一个当事方无权参与债权人委员会或无权就重组计划的批准进行表决。

(c) 债权人委员会的成立

204. 如果法律规定可成立债权人委员会，其中经常也规定了委员会成立方式的细则、委员会职责的范围和限度、委员会的管理和运作，包括表决资格和权力、会议法定人数和会议的进行，以及委员的更换和替代等事项。似宜将这类条文列入破产法，这样不仅能够避免发生纠纷和确保机密性，而且还能提供具有透明度和可预测的程序。

205. 为便利委员会的管理和监督，有些破产法具体规定了委员会的人数——一般来说，是单数，以便确保能够以多数票决定。如果委员会仅代表无担保债权人，则委员会的成员有时仅限于最大的无担保债权人。认定这些债权人的方法有多种，包括要求债务人的管理者编制一份债务人的最大债权人清单。为确保债权人待遇平等，诸如债权尚未获得批准的债权人和外国债权人等类别的债权人似宜有资格获得指定进入委员会。

206. 甄选委员会成员采取了若干不同的做法。一种做法是由破产代表或法院或其他某种授权机构进行指定。这种做法可能受到偏见观念的限制，而且缺乏公正性和透明度。债权人或许不会信任那种不鼓励或不允许债权人在甄选其自身代表方面发挥作用的制度，而且这种做法无助于克服普遍存在的债权人冷漠问题。既可有助于取得债权人的信任而又可鼓励参与破产进程的另一种做法是允许债权人甄选委员会成员。

207. 为了确保委员会履行其公平代表无担保债权人的职责，似宜对委员会进行监督，此项工作可由破产代表负责。

(d) 债权人委员会的职责

208. 可指定债权人委员会履行多种职能，其中包括监督案件的进展情况，与程序的其他委托人尤其是破产代表和债务人现行管理人员进行磋商，并就债权人集体在有关出售重要资产和拟订重组计划等问题上的意图，向破产代表提供咨询意见。委员会可为履行其职能而要求得到行政协助和专家援助。为此可规定委员会可以要求破产代表允许聘用秘书，而且如果情况需要，聘用顾问和专业人员，费用由破产财产负担。

209. 委员会的职责是对全体债权人负责，但委员会对破产企业的业主不承担任何赔偿责任或受托责任。似宜要求委员会本着诚信行事，并规定，委员会成员对其作为委员会成员而采取的行动和作出的决定免于承担责任，除非经发现委员会成员行为不端，或违背对其所代表的债权人的受托责任。在考虑委员会责任问题时，似需平衡兼顾而不偏执一端，责任订得过高会造成债权人更加冷漠，而且实际上会使债权人丧失参与的信心，而订得过低则可能会造成滥用职权，并且阻碍委员会作为具有代表性的机构有效发挥职能。

(e) 债权人的表决

210. 如果拟在破产程序过程中采取的行动将对债权人集体具有重大影响，可取的做法是，所有债权人（而不仅仅是债权人委员会）有权获知这些行动并对这些行动进行表决。这些行动可包括根据破产法可能的规定通过表决甄选破产代表；批准重组计划；以及在出售重大资产等其他重要事件上采取的行动。根据拟表决事项的性质，可以在

如何进行表决上采取若干种不同的做法。有些法律规定，应在债权人的会议上亲自进行表决，而有些法律则规定，在所涉及的债权人人数很多或债权人不是当地居民的情况下，可以邮件的形式或通过代理人进行表决。也似宜承认可使用电子手段进行表决。

211. 关于对债权人具有约束力的决定需经过哪种类型的表决，按不同的决定采取了不同的做法。关于表决制度的类型，有些法律规定，为了能够对所有债权人具有约束力，需要有实际参加表决的代表超多数债权额的表决票[使债权人受哪几种决定约束？]，超多数所需的比例可以是四分之三或三分之二。另一种做法是要求有参加表决的大多数债权人，另加超多数债权额。

212. 在其他实例中，破产法对不同类型的决定作了区分。有些法律规定，大多数决定必须有占多数债权额的同意，而选举或解职破产代表和由破产代表雇用特定的专业人员等决定，则必须有占债权额和债权人的多数者赞同。有些则法律规定，在选举或解职破产代表等问题上简单多数就够了。有些法律还对需要得到附担保债权人和无担保债权人支持的事项作了区分：附担保债权人将只参加对选举破产代表等规定事项和影响其担保权的事项的表决。

## 2. 小结和建议——债权人委员会

(1) 这些规定的目的是：[···]。

(2) 如果债务人的债权人很多，可指定一个债权人委员会，以便为破产程序的进行提供便利。该委员会一般代表[无担保]和[附担保]债权人。如果无法在单独一个委员会内适当地代表债权人的利益，则可指定不同的委员会。

(3) 在清算和重组程序中，债权人委员会应履行一般的咨询职能，向破产代表提供专家意见和援助。委员会除了其一般的咨询职能外，还应在某些规定的领域，包括在拟订重组计划、出售重大资产和破产代表或法院指导的其他事项上发挥中心作用。

(4) 为协助委员会履行(2)项所述具体职能，债权人委员会经破产代表核准，可聘用专家顾问，从破产财产的资产中为这些专家支付报酬。

(5) 债权人委员会作为具有代表性的委员会，其成员应该由债权人根据候选人的服务意愿而加以甄选。破产法可规定，债权人委员会应由不超过规定人数的无担保[和附担保]债权人组成，最好是单数，[兼有按特定程序需要而扩大或缩减委员会规模的灵活性]。[甄选委员会成员的机制将是可根据参加债权人会议的债权人多数票甄选代表，以债权额和债权人人数为表决所依据的标准。]

(6) 委员会成员应该有责任本着诚信行事。委员会成员对于其以委员会成员身份采取的行动免于承担责任，除非例如经发现其有欺诈行为或违背了受债权人委托的职责。债权人委员会不应对债务人的股东或负责人承担受托责任。

(7) 如果要求债权人委员会就任何事项作出决定，则委员会每个成员均有一票，委员会的决定将根据多数票作出。

(8) 在关于[·····]方面需要所有债权人集体的表决。

## E. 债权人的债权及其处理

### 1. 概述

213. 破产程序涉及许多不同而且相互冲突的利益。债权人之所以为债权人主要是由于在债务人破产前与债务人缔结了法律上和合同上的关系。然而，有一些债权人，例如税务当局（其经常卷入破产程序）和侵权索赔者（其参与一般不很常见），与债务人没有订立这类安排。

214. 这些债权人的权利受若干不同的法律管辖。虽然许多债权人在根据类似的法律权利或合同约定的权利而拥有的种种债权方面所处的地位相类似，但有些债权人可能享有优先求偿权，或持有优先权。即使在同一类债权人中间，也会存在着竞合的权利，例如，附担保债权人比其他债权人更有保障。出于这些原因，破产法一般根据债权人的债权划分债权人的等级，这种做法与公平待遇的目标并不相悖。在确定这些类别时，宜依照公平性及债权人相对地位在商业上的合理性平衡兼顾债权人的法定权利和商业权利，同时恪守平等待遇的目标，维护合理的商业期望并努力提高商业关系的可预测性。然而，鉴于破产法宜平衡兼顾这些竞合的目标和其他公共政策上的考虑，因此究竟在多大程度上能够实现这些目标是有一定限度的。如果这些更广泛的公共利益同私人利益有冲突，就可能会造成正常的商业刺激发生改变。如果赋予这些公共利益以优先权，而且不实行债权分类基础上的平等待遇，则在破产法中宜明确说明确定这种优先权的政策原因。在不实行平等待遇的情况下，采取这种做法至少可在债权和分配上有某种透明度和可预测性。

215. 在破产程序中，债权人债权的作用在两方面——用以确定哪些债权人可以投票表决及其可如何表决（按照它们所属的债权人等级），以及为了分配的目的。在可以提出的债权类型方面，各种法律的规定有所不同。有些法律规定，出于公共政策的原因，某些债权是不获承认的，例如外国征税权、以欺诈获得的裁决、罚款和处罚以及赌债等（见除外债权）。为确定清算中破产财产收益分配上的优先权，一般都参考债权人的划分类别。分配政策除依赖根据债务人及其债权人之间的商业关系和法律关系而确定的那些类别外，通常还反映出所作的选择承认重大的公众利益。

#### (a) 债权人

216. 破产债务人的债权人一般分别属于附担保债权人、优先债权人或享有优先权的债权人、无担保债权人或普通债权人等几种类别。有些破产法将员工列为单独的利益集团。

##### (一) 附担保债权人

217. 绝大多数破产法都对附担保债权和无担保债权加以区分，这种区分取决于在程序中尤其在适用暂缓执行方面是如何对待担保物权的。如果破产法规定，附担保债权人可将其担保物单独分开，则附担保债权人不再拥有债权，除非该附担保债权人放弃其担保物或担保物价值不足（即其债权额超过其担保物的价值）从而希望提出对无担保部分的债权主张。如果为将企业作为经营中企业出售而保留或在重组中保留担保物，则附担保债权人拥有债权。如果在程序启动时很难对担保物的价值进行确切的估计，则可以暂时准许附担保债权人的债权（见临时债权）。

218. 许多破产法均承认附担保债权人享有其债务通过担保物或担保物收益而获偿付的别除权。对附担保债权人的分配办法取决于在破产程序中用以保护附担保债权人的方法。如果通过保护担保物的价值来保护担保物权，附担保债权人对于担保物产生的收益一般将拥有优先求偿权，但以附担保的债权数额为限。或者，如果通过在启动程序时固定债权中有担保部分的价值来保护附担保债权人的担保物权，债权人对该价值产生的一般收益通常将拥有优先求偿权。

219. 有些破产法则规定，其他权益可优先于附担保债权人，例如未付薪资求偿权、征税求偿权、环保求偿权和人身伤害求偿权[其他求偿权？]然而，别除权规则的这类例外情况宜有一定的限度，以便为收回有担保的信贷提供确定性，从而鼓励提供担保信贷和降低相关费用。附担保债权人别除权的另一类例外情况可能产生于与破产程序有关的费用。由于附担保债权将直接通过相关资产的变现净值收益而获得偿付，因此，附担保债权人不同于无担保债权人，不会增加破产程序的一般费用。然而，附担保债权可能会增加与其直接有关的其他费用，例如，与保管担保物有关的行政管理支出。如果破产代表在保管担保物的价值上耗费了资源，则有理由将这些支出作为行政管理支出予以扣除。这些例外情况还可能适用于在程序启动后融资方面所给予的优先权，在这类情况下，所准予的任何优先权对附担保债权人利益的影响应该在获得融资时清楚明确，其原因特别是因为这种优先权可能已获得附担保债权人的核准[其他原因？]。

## (二) 破产管理费用

220. 破产程序经常要求各种专业人员予以协助，如破产代表和债务人顾问或破产代表顾问的协助。债权人委员会可能发生费用，为了经营企业业务和进行程序也会发生费用，其中包括许多或所有启动后债务，例如员工求偿权、租赁费用和类似的求偿权。这些破产程序的支出作为破产管理费用，通常享有相对于无担保债权的优先权，而且在处理方式上不同于其他债权，以确保处理破产过程的当事方得到恰当的偿付。

221. 尽管向参与进行破产程序的各方提供适当报酬十分重要，但破产管理费用有可能会严重影响破产财产的价值。虽然这种影响在某种程度上取决于破产法的设计和对其中起支助作用的基础设施，但也似宜考虑如何可尽量减少这种影响。破产法例如可以在允许这些支出方面拟订严格但又灵活的标准。在这些标准中可包括规定允许支出与否取决于支出是否有助于增加破产财产的价值，从而使所有参与方都能普遍获益，或包括规定支出不仅是合理和必要的，而且还符合进行破产程序的关键性目标。支出的合理性可参照破产程序所拥有的资源数额以及支出对破产程序可能产生的影响来评估。[工作组注意：是否存在着其中包括这类标准的法律范例？]

222. 可采取不同的方法进行这类评估。一种方法是要求在产生费用以前必须得到法院的核准，或在普通商业往来范围以外的所有费用都需得到法院的核准。第二种方法是规定由债权人进行这类评估，以提高破产程序的透明度，但对于由债权人进行的评估有争议的，可诉诸法院。

## (三) 享有优先权的债权人或优先债权人

223. 破产法经常赋予某些（主要是无担保的）债权以优先权，这些债权将因此而在获得偿付方面优先于其他无担保和非优先（或不很优先）的债权。这些优先权减少了可用于分配的资产，从而有损于平等分配的原则，并且一般来说，对普通无担保的债务造成损害。这些优先权还有可能引发就如何评估各种优先求偿权的附带特权而进行的



毫无结果的讨论。

224. 在哪几种债权将享有优先权和该优先权究竟是什么的问题上，采取了许多不同的做法。各国规定的优先权种类各异，但有两种优先权尤为普遍。第一类是员工的薪资和福利（社会保障和退休金求偿权）优先，这种做法与在破产法其他领域向员工提供的特别保护基本一致（见下文）。第二类是政府征税权。赋予征税优先权可能不利于税法的统一执行，并可能会构成某种形式的国家补贴，这会损害有效的破产制度旨在予以支持的规章制度。[其他范例？]

225. 在最近的一些破产法中，这几类优先权的数目大为减少，这反映了公众对这类优惠待遇的接受态度起了变化。然而，在有些国家，则存在着增加这些享有优先权的债务类别的趋向。如果坚持多种类别的债权享有若干不同的优先权地位，就有可能使实现破产进程的基本目标复杂化，而且难以保证进程的切实有效性。这样做可能会造成不平等的情况，而且在重组中，会使计划的拟订工作复杂化。此外，不应忘记，为确立这些优先权而对分配上的优先权予以调整，不会增加债权人可获得的资金总额。这样做只会造成厚此薄彼，对一类债权人有利，损害另一类债权人的利益。享有优先权的债权人的优先类别越多，其他群体声称其也应得到优先待遇的空间就越大。得到优先待遇的债权人人数越多，这种优先待遇的好处就越小。

226. 有些优先权引起的问题最好由破产法以外的法律解决，而不是拟订破产法以实现与债务和破产问题仅有间接关系的社会目标。如果拟将优先权列入破产法，或其他法律规定了可能会影响破产法运作的优先权，则宜在破产法中明确说明或提及这些优先权。这样就能确保破产制度对债权人的影响至少是能确定的，具有透明度的，而且是可以预测的，并能使放款人更为准确地估计与放款有关的风险。

#### (四) 普通无担保债权人

227. 一旦所有附担保债权人和享有优先权的债权人的债权得到实现，余额一般将按比例分配给普通无担保债权人。在这一类别中还可能再作区分，有些债权将作为次要类别处理。有些国家将奖金、罚金和罚款、股东贷款和申请后利息等债权的排位顺序归在一般无担保债权之后，而有些国家则将其中的某些债权作为除外债权对待。

#### (五) 员工

228. 作为企业的一个基本部分，员工的权利与其他债权人的权利经常发生冲突。员工这一类别往往处于企业主和管理人员与放款人或债权人这两端之间，员工与债务人之间的关系是建立在一种不言而喻的承诺基础上的，这就是员工的工作将得到报酬，而且如果员工工作很有效率，就会被继续聘用。在破产的情形下，这一承诺必然是有所限制的，但许多破产法都承认这一承诺的重要性，并规定欠发的薪资享有相对于其他某些类别债权人的优先权（另见合同的待遇）。

229. 在更广的层次上，就业关系还会造成其他问题，这些问题通常很难解决，而且使员工的利益同其他债权人的利益发生冲突，有可能影响信贷的提供和信贷费用，对劳动密集型企业来说尤其如此。在工人没有什么工作流动性，失业十分普遍，退休金和保障福利取决于企业的持续存在或托付在债务人的资本上，工人的社会安全网薄弱，以及[……]等情形下，其中有些问题便会发生。

230. 如果员工的工资有特殊（员工）基金的保护，就不可能改变破产程序的顺序过程，除非保障这些求偿权的基金被排除在外，不得在破产程序中提出受偿权，或这些受偿

权无法享有与员工相同的优先权。通常的做法是该基金所享有的权利与员工相同，至少在可按薪金额或支薪周表示的某一特定数额方面享有同等的权利。

#### 231. 拟解决的问题：

[工作组报告 A/CN.9/504，第 153 段：关于对员工薪资和福利所给予的特权，有人指出，安排一种社会保障制度将会为破产财产带来好处，因为这将使这些求偿权可排除在资产分配之外。但据澄清说，为此需作出规定，不允许这些求偿权的社会担保机构对破产财产拥有与员工相同的优先权。另一种观点是，指南草案应当提请注意各种不同的法律制度下可采用的解决办法。]

#### (六) 企业主

232. 许多破产法采用的一般规则是，在优先的债权人已得到全额偿付之前，企业主无权参加资产收益的分配。这可能要求也可能不要求支付利息。如进行分配，将按照公司法和公司章程规定的股份等级进行。

#### (七) 相关当事方债权人

233. 可能需要特别考虑的另一类债权人是与债务人有关的人，无论这些人是在家庭关系上还是在商业关系上与债务人相关。可能需要特别对待的理由是这些当事方更有可能得到特殊照顾，而且往往很早就了解到债务人的财务困难，以及[其他?]。虽然他们并不确切属于除外债权的类别，但似宜考虑是否应将他们与其他债权人同等对待或给予特别对待，例如将其债权地位排在其他债权人之后，以及阻止相关债权人参与同其他债权人就计划的批准和其他关键问题进行表决。

### (b) 债权人的债权

#### (一) 债权的提出

234. 作为一项一般原则，只可以对程序启动前发生的债务提出债权。程序启动后发生的债务如何处理，将取决于程序的性质和破产法的规定——许多法律规定应全额偿付这些债权，作为程序的费用。

235. 提出债权可采用不同的机制。许多破产法规定由债权人负责举证，向破产代表出示其债权的证据交由破产代表审查(根据关于重组的某些法律，举证责任可能在于债务人)。一些法律规定，作为第一步，由法院或债务人拟订一份债权人及其债权的清单。由债务人拟订这样一份清单可利用债务人对其债权人及其债权的了解，并向破产代表初步指明企业的状况。另一种做法将是由破产代表拟订这一清单，这种做法可有助于减少核查债权的过程所涉及的手续，但却可能增加费用和造成拖延。清单拟订出来后，即可请债权人向破产代表提出其债权加以核实。要求由债权人向破产代表提出其债权再由破产代表加以核实的机制，可有助于确保正确的分配。

236. 为确保及时提出债权和破产程序免于不必要的拖长，破产法中可列入向破产代表提出债权的最后期限。但是，这种最后期限可能不利于外国债权人，在许多情况下，外国债权人可能无法遵守与本国债权人同样的最后期限。为确保国内外债权人的同等对待，以及考虑到废除债权人国籍上的歧视的国际趋势，可采用一种方法，允许在分配之前的任何时候提出债权，或虽然规定一个时间期限，但如果债权人有充分的理由

不能遵守最后期限或最后期限对于债权人来说构成严重障碍，则可延长或取消这一时间期限。如果提出债权的时间迟误，造成需要负担的费用，则这些费用应由债权人承担。

237. 为了使债权能够及时提出，破产法似宜要求向国内外债权人发出关于启动程序的适当通知。至于外国债权人，《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》就示范法第 14 条指出，向这些债权人发出通知时所需履行的一些手续非常麻烦而且费时，这样做一般不会使外国债权人获得关于破产程序的及时通知。《颁布指南》建议，不应要求履行这些程序，除非涉及一项国际条约义务(《颁布指南》第 106-111 段)。

238. 对外国债权人的另一个特别重要的问题是债权是否必须以启动破产程序的法域所使用的语言提出，以及提出债权是否必须符合某些手续，例如经过公证和翻译。为便于外国债权人处理事宜，可考虑这些要求是否真是绝对必须的，还是可以在关于示范法第 14 条而讨论的其他程序性手续方面加以放松。

239. 大多数法律规定，所有已认定和可认定的债权人都有权收到关于所提出的债权而发出的通知。这一通知可亲自发出，或通过适当的商业出版物中刊登公布。可能需要增加一个破产代表编拟债权清册，既列入已获认定的债权，也包括有争议的债权，并向法院或其他行政机构备案，以便于向尚不明确的债权人发出通知，并提供关于有争议的债权已获认定或被拒绝的最新进展情况。

## (二) 临时债权

240. 债权人的债权可分为两类：数额已确定的债权和债务人所欠数额尚未或目前不能确定的债权。这些债权可能属于合同性质或非合同性质，在附担保债权和无担保债权的情况下都可能产生。如果在应向破产代表提出债权的时候尚不能或尚未查清债权额，对于这种情况，许多法律规定可临时提出债权，或给予一个临时的数额。承认临时债权会引起一些问题。这些问题涉及对于债权的估价和进行这种估价的当事方(破产代表、法院或其他某个指定的人员)；临时债权人就重要问题进行的表决，例如确定本案是清算案件还是重组案件，或者还是对重组计划的批准(见“债权人委员会”)；以及作为少数债权人，临时债权人是否可受其所不同意的计划的约束，见(“重组计划”)。

## (四) 债权的核实

241. 核实不仅涉及对债权依据的合法性和债权额的评估，也涉及确定在表决和分配问题上债权的所属类别(例如，是附担保债权还是无担保债权；是程序启动前的债权还是程序启动后的债权)。

242. 许多破产法规定由破产代表核实债权人的债权，而争议则交由法院解决。但是，可以指出，如果采用的方法严重依赖破产代表酌情处理，可能会导致拖延或甚至与债务人的冲突，从而破坏制度的可预测性。但是，如果采用这种做法，便似宜要求破产代表给出拒绝某一债权的原因，最好是书面形式。这一程序有可能提高程序的透明度，从而有可能提高程序的可预测性。第二种做法是规定由法院核实所有债权和解决争议。如果十分需要确保迅速和有效地进行程序，那么在这种时候，这种做法也有可能造成严重的拖延，而且还将要求使用法院的大量资源。

243. 另一种做法是可以规定，在程序启动时尚未清偿的债权不需要核实，这些债权可获自动承认，除非受到质疑。如果采用这种做法，则似宜与另一种机制结合使用，其目的在于确保可以向所有有关的当事方提供关于已获自动承认的债权的适当情况。债

权的自动承认可避免许多困难，使破产代表不必在程序开始时首先对情形作精确的评估，以便让债权人可以参与在程序的早期阶段举行的会议和进行表决。债权的自动承认可辅之以要求债权以声明的形式提出，例如正式的书面陈述，对此可附加对弄虚做假的处罚。还可辅之以承认有妥善记录的会计帐册为凭的债权。

244. 承认债权人的债权将确立债权人是否有权出席债权人会议和有权以多少数额为准在会上表决，或就选举破产代表或批准重组计划进行表决，以及破产代表在向债权人进行分配时，必须考虑到该债权人拥有多大的债权基数。

245. 破产法如果允许对债权提出质疑，则还可指出哪些当事方有权提出质疑。有些法律仅允许破产代表提出异议，而有些法律则允许其他有关当事方，包括债权人在内，对债权提出质疑。为避免出现债权人可能对许多债权提出质疑的情况，似宜规定在清册拟订完后，将在债权人会议上对债权人的债权清册进行最后审查。在对债权发生争议时，不论是债权人与破产代表之间的争议，还是债务人与破产代表之间的争议，以及包括对担保物或担保物权的争议，迅速解决的机制对确保程序的有效和有序进行至关重要。如果有争议的债权不能迅速和有效地解决，那么能够对债权提出争议这种做法便可能被用于阻挠程序的进行和造成不必要的拖延。

#### (五) 除外的债权

246. 出于各种公共政策原因，破产法可能力图将某些类别的债权排除在外。这些债权可包括外国征税、罚款和罚金以及赌债。

247. 目前许多国家都将外国征税排除在外，一般认为，这种除外并不违反国内外债权人同等待遇的目标。但是，尽管有这种普遍看法，也没有迫切的原因表明如果一个国家愿意承认这些债权，这些债权为什么不能被承认。在外国征税得到承认的情况下，这些征税可享有与本国征税或一般无担保债权的同样待遇。《贸易法委员会跨国界破产示范法》第13条承认这些不同的做法，其中规定，排除外国征税和社会保障缴款，或将之与一般无优先债权列为同一类，或当本国同等债权的地位较低时，将之列入较低类别，这样做并不影响国内外债权人同等待遇的要求。

248. 在将赌债作为除外债权处理的情况下，其依据一般是这些债务产生于本身非法的活动。破产法不必着重于哪些特定类别的债权可作为非法从而排除在外，而是可以作为一个总的类别，将那些产生于非法活动从而不应当执行的债权排除在外。

249. 关于罚款和罚金，破产法可区分两种情况，一种是属于严格的行政管理或惩罚性质的(例如因违反行政法规或违反刑法而实行的罚款)，另一种是属于补偿性质的。可以说应当将第一类排除在外，理由是这类金钱处罚是债务人某些不法行为而造成的，所以无担保债权人不应承担这种不法行为的后果，不能眼看着由此而减少用于分配的资产。相比之下，似乎没有迫切的理由必须排除第二类，特别是当其涉及对另一方遭受的损害的赔偿时，但还可能合理认为这种除外可作为一种手段用以增加无担保债权人可能分配到的资产的情形除外。另一种做法是承认罚款和罚金的求偿权，因为否则将收取不到[其他原因? ]。

#### (六) 外国货币债权的折算

250. 债权的估价对外国债权人具有特别关系，他们一般将是以非破产程序国的货币提出债权的。为了进行核实和分配，这些债权通常折算为本国货币。如果折算日定在破产程序的启动之日，在进行分配(可能很迟才进行分配)之前的这段时期，货币可能发生

贬值或增值，那么债权的数额也将随之波动。另一种做法是为参与表决而在程序启动时先临时作一个折算，但如果在进行分配前的这段时期汇率波动超过某个特定的百分比，那么折算可在分配时进行。

#### (七) 债权的转让

251. [...]

252. 需处理的问题：

[工作组报告 A/CN.9/504，第 117 段：关于如何处理股东所发放的贷款，一种观点是，这种贷款必须有一个专门的制度，其中应考虑到发放贷款时通常所依据的特别原因，这些原因不一定与其他实体发放贷款时的原因相同。作为一项总的评论，据指出，指南草案应当提醒立法者注意立法选择可能对公司的管理造成的影响。]

118. 有人建议，指南草案应当涉及如何处理破产法规定的共同义务的问题。这项建议获得了许多人的支持。特别是，还建议指南草案应当涉及破产程序的启动是否和在多大程度上将影响债权人对程序外一个或多个共同债务人强制执行债权的权利。在这方面，还有一种观点认为，指南草案中应论述对于保证人将如何处理，并应涉及保证人也破产的情况。

119. 另一种看法是，指南草案应建议专门论述如何处理在破产程序启动后获得的无担保债权的问题，其中应列出各种法律制度所提供的不同做法。

## 2. 小结和建议——债权人的债权

(1) 关于债权人债权的规定的目的是：

- (a) 规定由向破产债务人主张债权或责任的人提出债权供破产代表审议；
- (b) 要求破产代表审议债权，是全额还是部分加以承认或拒绝，并规定可对这一程序上诉；
- (c) 规定如何处理某些特定的债权，包括附担保债权人、外国债权人和以外国货币提出债权的债权人的债权，对利息主张的债权，以及对未到期债务提出的债权；
- (d) 规定偿付债权人债权的优先顺序；
- (e) 规定对清算案件和重组案件中的上述目标实行同样的规则。

(2) 应向国内外所有债权人发出启动程序的通知，并留出提出债权的时间。发出通知的方式应符合《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条的要求。

(3) 可以在程序启动后的一段规定的时间内[通知程序启动后]或在进行分配之前的任何时间提出债权。

(4) 为便于处理债权，破产代表应编拟一份债权人名单和一份债权清册。

(5) 每名[无担保][和附担保]债权人均有权[在破产程序启动后][...天]内[在进行分配前的任何时间]对破产财产提出债权。如果破产法对提出债权实行时间限制，那么这种时间限制应由法院延长或免除。外国债权人的债权应同其他任何债权一样处理。附担保债权人只有在其放弃担保物或所得到的担保额不足(即其债权额

超过担保物的价值)并且希望对该部分无担保的权利提出主张的情况下, 才得提出债权。

(6) 某些债权可以除外, 其中可包括产生于非法活动的债权(例如赌债)和[外国征税]、[罚款和罚金]、[其他? ]。

(7) 债权人可以通过以[声明][正式书面陈述]的形式向破产代表提出其债权的证据而提出债权。

(8) 破产代表将承认或拒绝任何债权的全额或其中一部分, 或者债权可以[根据帐册记录]自动获得承认, 除非[有债权人][破产代表]提出争议。如果破产代表拒绝某一债权, 必须给出拒绝的理由。债权被拒绝或受到争议的债权人, 应有权向法院提出上诉。

(9) 未定数额的债权、附担保债权和有争议的债权, 应当在对债权或担保物进行估价和法院解决争议之前获得临时承认。对债权的估价可由破产代表或法院进行。债权人应当能够对所作的估价向法院提出上诉。

(10) 对债权人债权的承认即确定了:

(a) 债权人有权出席破产债务人的债权人会议和有权以多大的数额为准进行表决, 或就选举破产代表或批准重组计划进行表决;

(b) 破产代表在向债权人进行分配时必须考虑以多大的数额为准对该债权人给予偿付。

(11) 抵销权。

(12) 内幕人士和股东的债权。

## 五. 清算和分配

### A. 分配上的优先

#### 1. 概述

253. 对破产财产收益的分配一般将根据债权人类别的等级和对这些类别所给予的不同优先顺序来进行。

254. 如果有许多不同优先顺序的不同类别, 每一优先等级将得到全额偿付然后再偿付下一等级。一旦达到某个优先等级时没有足够的资金全额支付所有债权人, 则该等级的债权人将按比例分享。在一些不分各种优先等级的法律中, 如果没有足够的资金全额偿付所有债权人, 那么债权人按比例分享。

255. 似宜规定, 在重组程序中, 优先债权必须获得全额偿付, 以此作为用以确认重组计划的前提, 除非受到影响的优先债权人同意采取其他方式。重组计划中可提出不同于破产法规定的分配上的优先, 但必须是对该计划进行表决的债权人同意这种改动。

#### 2. 小结和建议——分配

(1) 这些规定的目的是: [···]。

(2) 用于向债权人进行分配的数额将按下列顺序支付:

- (a) [附担保债权];
- (b) 与指定破产代表和其职责和职能有关的费用和报酬;
- (c) 破产管理费用;
- (d) [其他核准的债权]。

(3) 上述每一类别内的债权彼此之间等级相同。某个类别内的所有债权都获得偿付后才偿付下一个类别。如果没有足够的资金全额偿付, 将按比例偿付。

## B. 解除债务

### 1. 概述

256. 在分配结束后, 可能有些债权人将得不到全额偿付。破产法将需要考虑这些债权人是否将仍有对债务人的未了结债权, 或者债务人是否将被免除或“被解除”这些剩余的债权。

257. 当破产实体是一个有限责任公司的時候, 清算结束后不会出现解除债务的问题; 法律要么规定该法定实体消失, 要么规定该实体仅作为无资产的空壳继续存在。股东将不对剩余的债权承担责任, 不出现解除债务的问题。但是, 在重组的情况下确实出现这一问题, 应当加以解决。如果企业实体是一个不同的形式, 例如个人公司(独资企业)、一些个人组成的企业(合伙企业)或所有权人拥有无限责任的实体, 那么将会出现对于清算结束后这些个人是否仍将从个人的角度对未清偿的债权负责的问题。

258. 破产法对解除债权的问题实行了不同的做法。在有些破产法中, 债务人仍然对未清偿的债权负责, 但以任何法定的限度为限。这类规则强调债务人与债权人之间关系的重要性: 清算结束后债务人继续负责, 既有助于克制债务人的财务行为, 也有助于鼓励债权人提供融资。有些破产法则规定, 无欺诈行为的诚实债务人在清算结束后立即完全解除债务。这种做法强调的是解除债务后所带来的“崭新的开端”的好处, 常用于鼓励形成一个创业阶层。这也是对债务负担过重这个当前经济现实的承认。第三种做法是试图在两者中折中一下: 分配结束后经过一段时期才允许解除债务, 这段时期希望债务人作出诚信的认真努力, 清偿其债务。

259. 在有些情况下, 似宜限制这种解除债务的做法。这些情况可包括债务人有欺诈行为的, 从事犯罪行为的, 违反就业或环保法律和[其他? ]。在实行解除债务的一些国家中, 某些债务可能排除在外, 例如抚养费协议、欺诈、法院罚款和税款所产生的债务。还可能对债务人强加一些条件, 这些条件既是在程序中必须遵守的, 也是作为解除债务的条件, 这些条件可以由破产代表或法院通过建议的方式提出。条件中可包括在一段时间内对获得新贷款、离境出国或继续经营企业的能力的限制。其他一些限制与债务人可以解除债务的次数有关。在一些法域中, 解除债务是一生中只有一次的机会; 而在有些法域中, 则有一段最低限度的等候期, 例如十年后债务人才能具有再次解除债务的资格, 或甚至才能进入可能最终又一次解除债务的破产程序。

260. 在考虑对从事企业经营的個人解除债务时, 一个可能需要注意到的问题是企业负债与消费者负债交织在一起的情形。鉴于对自然人的破产采取了不同的做法(在有些国家, 自然人根本不可能被宣布破产, 而在有些国家, 则对个人以“商人”的身份行事有一定的要求), 而且许多国家没有已成形的消费者破产制度, 所以有些国家的破产制度确实是力求区分单纯的消费者债务人和因小企业产生债务的债务人。例如, 在许多

情况下，消费者信贷被用于为小企业提供融资，作为起始资本或经营资金，所以很难划清债务的类别。为此原因，如果法律制度承认个人的消费者债务和企业债务，那么对个人的企业债务所实行的规则如果不同于对消费者债务所实行的规则是不可行的。

## 2. 小结和建议——解除债务

(1) 如果破产法允许从事企业活动的个人发生破产，那么应规定债务人在清算结束后可解除债务。[当债务人是诚实或无欺诈行为的时候]，这种解除应当是[完全和立即实行的][受一段特定时间的限制][其他?]。

## 六. 重组计划

### 1. 概述

261. 破产法在拟订重组计划的范围内述及若干问题，例如计划的性质或形式；计划何时制定；谁能制定计划；应将什么内容列入计划；以及计划应如何批准和计划的生效。

262. 重组计划在不同类型的程序中有不同的职能。在有些法域中，重组计划可能是重组程序的结尾部分，处理偿付问题，完全和最终解决所有债权(也称作和解协议或安排方案)，或者可能是在程序启动的时候提出，列出在重组时期内对债务人和企业应当如何处理，与企业计划十分相似，另外还列出预期的偿还额和偿付日期。在将企业作为经营中企业出售的清算程序中，也可能有制定一项如同重组计划一样的计划的情况。该计划将与企业经营计划十分相似，而且不涉及任何与分配有关的事项，因为这类事项将根据破产法处理。

#### (a) 计划的性质或形式

263. 重组的目的是使债权人最终可能得到的回报达到最大化和提供一个与债务人受到清算相比而较好的结果。重组过程中涉及不同的参与方，所有各方都可能对如何可以达到目标持有不同的看法，例如，通过继续与一个主要客户或供应商保持商业关系，或者迅速还债，而且各方承受风险的程度也不同。一些债权人可能选择以股本参与企业，而有些债权人则不愿这样做。因此，在一个特定案件中，一般有一系列备选方法可以选用，如果破产法对备选办法的范围或对特定案件中应作出的选择实行规定性的做法，便有可能阻碍实现价值最大化的目标。理想的做法是，法律不应当：例如只允许为充分恢复债务人能力而制定的计划；规定债务不得勾销；或规定最终必须向债权人支付一笔最低限度的数额。关于什么是最适当的商业解决办法，可最好留给市场去决定。

264. 破产法似宜确立一些限制，例如在重组中应保持清算程序中给予债权人的优先顺序，以及重组计划的效果不应是债务人结果还可能依然处于破产状态并在这种状态下返回市场。一种不干涉的做法可留有充分的灵活性，从而可在一系列可能性中选出(对特定实体)最合适的方法。有些破产法采取的做法是列出可能采用的一些可能性，但这并不是说所列出的办法将排除其他做法。这些可能性可包括选择一种简单的和解协议(一项用以支付债权人债权的一定百分比的协议)；企业继续经营和最终可能作为一个经营中企业出售(然后对债务人加以清算)；向一个或多个现有实体或未来将建立的实体转让破产财产的全部或部分资产；将债务人与另外一个或多个实体合并或合为一体；对债务和股本实行一种复杂形式的重组或其他某种解决办法。



(b) 计划的制定

265. 在制定重组计划方面应考虑的两个重要问题是应当在程序的什么阶段制定计划和应由哪个当事方负责制定。对其中的任何一个问题都可采取若干不同的做法。

266. 关于第一个问题，采取的做法取决于特定的重组所要达到的目的或目标。一些法律采取的做法是，重组计划构成申请重组程序的一个部分(在这种情况下，提出的申请可能称作重组“建议”)，而有些法律则规定重组计划在重组程序启动之后制定。在程序启动前制定计划可能有一个困难，这就是如果制定计划不与债权人或其他有关的当事方协商，那么这一计划便可能不是切实可行的，从而有可能阻碍程序和造成拖延。

267. 关于第二个问题，根据破产法的拟定方式，特别是对破产代表、债务人和债权人分别规定的作用，重组程序中各种不同的参与者可能都负有对于制定重组计划的首要责任。在一些破产法中，这些当事方负有主动参与合作制定计划的义务。在确定应由哪个当事方主要负责制定计划时，似宜平衡兼顾两个方面，一方面是对不同的当事方所给予的制定计划的自由，另一方面则是在批准(表决)的要求方面整个程序所必然附带的限制、制定计划时的时间期限、对计划的修正和程序上的其他考虑。与管理式的做法相对的是灵活的做法，这种做法可以确保实现上述的平衡兼顾，不过为了效率、确定性和可预测性起见，破产法还应采取一些步骤处理这些问题。

268. 有些破产法要求由债务人制定重组计划。这种做法的优点是可以鼓励债务人尽早启动重组程序，并最有效地利用债务人熟悉其业务和了解搞活企业所需的步骤这种优势(不过，在给予债务人这种自由的同时，可能还必须兼顾需要确保债权人对债务人及其建议的信心)。可以规定，提供给债务人的这种机会只有一次或在一段规定的时期内只有一次，但如果延长这个时期将有利于重组程序，法院可有权加以延长。如果必须在程序启动前制定计划，那么只可能由债务人制定，因为债权人既缺乏有关的信息，也没有这样做的组织结构，而且当时也还没有指定破产代表。

269. 由于只有经债权人必要多数批准，计划才将获得成功，所以如果债务人提出的计划没有获得接受，重组就会告吹，这种风险始终存在。例如，债权人可能只想批准其所希望的计划，剥夺债务人股东在企业中的控股权益，而且还可能剥夺在职管理部门的任何管理职责。如果债务人被给予一次唯一的制定计划的特别机会但却拒绝考虑这种安排，那么重组就有失败的危险，使债权人、员工和破产实体这三方都受到损害。为消除这种忧虑，有些破产法规定，如果债务人在唯一的特别时期结束之前不能提供一项可以接受的计划，那么债权人就获得提出计划的机会(可以通过债权人委员会这样做(见“债权人委员会”) )。这种抉择方案可提供为参与方之间达成妥协所必需的必要动力。

270. 第三种做法是给予破产代表一个制定计划的机会，作为一种选择方法，代替由债务人或债权人制定计划，或作为一种补充措施。鉴于破产代表届时将有机会了解债务人的业务，所以破产代表将有充分的条件确定企业的存活将需要什么样的措施。对破产代表或债权人的参与作出规定是否重要，取决于法律的设计。在债权人必要多数的批准是计划生效的必要条件的情况下，如果计划考虑到将可为债权人接受的建议，其获得批准的可能性大于不考虑这些建议的计划。在不需要债权人批准或法院可以推翻债权人批准的情况下，上述考虑将不适用。虽然可以给予若干当事方制定计划的机会，但一般不宜若干项计划同时制定。这样做可能会使过程复杂化和导致效率低下，但在有些情况下，也有可能促进制定一项彼此可以接受的计划。

271. 有些法律规定法院应考虑到第三方对计划的意见，例如政府机构和工会的意见。

虽然在特定的情况下这样做可有助于制定一项可接受的计划，但也有可能延长这一过程的持续时间，只有在可能对特定的案件有利、整个过程受到认真的监测和规定了时间期限的情况下才似宜这样做。

(c) 内容

272. 多数国家的法律都要求重组计划向所有当事方充分和明确地披露关于破产实体财务状况和计划中所提出的法定权利转变的信息。关于债务人财务状况的信息可包括资产和负债表及现金流量表；计划中所包括的具体建议的细节；债权人所得的细节（和所得将如何比在清算情况下更多的原因）；以及企业将能够继续经营和重组可以获得成功的依据。关于计划中拟列入的各项建议的有关信息可包括：资金分配的细节；未充分执行的和未到期的租约合同的继续或终止；债权的解决；担保物的出售；分给债权人的最低限度偿金；有关披露和接受的程序；有争议的债权参加表决过程的权利和关于解决争议债权的规定；以及“内幕人士”的表决权利和权力。提供这些信息可辅助透明度这个关键目标，并可有助于确保债权人对整个过程的信心。但是可能需要兼顾对保密的担心，因为债权人有机会获得关于债务人的可能十分敏感的财务和商业情报，即使这些情报可能最终通过法院批准计划之后而进入公共领域。

273. 计划中应列入什么内容的问题与计划的批准和效力问题密切相关。计划的最终成果在于什么是可行的，换句话说，根据已知的事实和情节以及合理的假设，计划和债务人成功的可能性是否较大。在对计划进行表决时，债权人需要能够使自己确信计划是可行的，并不是根据例如错误的假设制定的，或使债务人承受的债务负担过重。为便于进行这种评价，在提出计划的同时，可附上一名合格的专业人员的报告，该专业人员应是可以预计对计划中所建议的措施提出可信和不带偏见的看法者。如果债权人不同意该专业人员的评价，可以通过一种修正计划的机制在对计划进行表决时考虑到这些看法，或由法院在其确认计划时（如果这是程序的一个要件）加以考虑。

274. 计划的内容也引起与其他法律相关的问题。例如，如果国内的公司法禁止债转股，那么规定这种转换的计划就不可能获得批准。由于债转股可能是重组的一个重要特点，所以如果这些规定要列入计划并获得批准，就需要取消禁令。同样，如果一项计划只局限于债务减免或延长到期日期，就可能得不到使之成功所需要的债权人的充分支持。有些破产案件引起破产法与其他法律之间类似的简单而无争议的相互关系问题。有些案件则引起较为复杂的问题。这些问题可能包括对外国投资的限制和外汇管制（特别是在许多债权人为非本国居民的情况下），或根据有关就业法规定的员工待遇，在这种情况下，例如，重组可引起更改集体谈判协议的问题，或与税法有关的问题。有些破产法允许在特定情形下推翻其他法律中所含的某些限制，为了确保透明度和可预测性，破产法似宜特别论述与其他法律的关系问题。

(d) 计划的批准和效力

275. 在制定关于计划的批准和效力问题的法律规定时，需要平衡兼顾一些竞合的考虑因素。一方面，似宜规定一种方法，将所商定的计划强加于少数持反对意见的债权人，以增加重组获得成功的机会。如果计划能获得批准并强加于持反对意见的债权人，那么可能需要确保计划的内容对持反对意见的债权人提供适当的保护，特别是，他们的权利不能受到不公正的影响。另一方面，如果批准程序在未经债权人（特别是附担保债权人）同意的情况下造成对其债权的重大损害，那么债权人今后提供信贷的意愿便有可能受损。

### (一) 附担保债权和优先债权

276. 在许多情况下，附担保债权在债务人所欠的债务价值中将占很大的部分，对于由附担保债权人和优先债权人批准计划，可采取不同的做法。一种做法是，如果法律确保所批准的计划将不禁止附担保债权人行使其权利，那么一般不需要给予这些债权人表决权，因为他们的利益将不会受到计划的损害。在这种做法中，优先债权人处于类似的地位——计划不能损害他们的债权价值，他们有权获得全额偿付。但是，这种做法的局限性是可能减少重组的成功机会，特别是在债权的担保资产对计划的成功关系重大的情况下——如果附担保债权人不受计划的约束，或计划规定全额偿付附担保债权人的债权，那么附担保债权人选择行使其权利时可能会使计划无法实施。同样，在某些情形下，计划可能成功的唯一途径是规定在计划批准后，优先债权人的债权获得非全额的偿付。

277. 为解决其中一些困难，有些国家采取的做法是，允许附担保债权人和优先债权人作为单独的类别就将会损害其债权价值的计划进行表决，或者表示同意受该计划的约束。设立这些类别是认识到这些债权人各自的权利和利益与无担保债权人的不同。如果可以同时获得附担保债权人和优先债权人这两类债权人的多数支持，那么这两类债权人将受计划条款的约束。在这些情况下，法律一般要求持反对意见的债权人有权至少获得与其在清算程序中相等的数额。有些破产法还规定，如果法院有权命令附担保债权人受计划的约束，那么他们可受此约束，但需符合某些条件。这些条件包括附担保债权人对担保物实施强制执行时将会对达到计划的目的造成重大不利影响，以及附担保债权人的担保物和利益将受到计划的充分保护。

### (二) 一般无担保债权人

278. 即使不允许附担保债权人或优先债权人参加表决，一般无担保债权人也似宜拥有对计划进行表决的有效手段。可以采用不同的机制，但不论选择的是什么，破产法中都应该明确列出，以确保可预测性和透明度。

279. 多数。一些法律列出了为使计划对一般无担保债权人具有约束力这些债权人的支持率所需要达到的最低限度，以及用以确定这种支持率的表决程序。一个重要的问题是票数的计算方式，是只根据对计划表示支持的债务价值的百分比，还是也根据表示支持的债权人人数。例如，有些法律要求计划必须得到三分之二债务价值和一半债权人人数的支持。也采用其他的组合办法。这种程序虽然增加了获得批准的难度，但因为可以保护程序的集体性质，所以可能是有正当理由的。例如，如果单独一个债权人占有多数价值，这种规则可阻止该债权人违背所有其他债权人的意愿而将计划强加于他们。同样，一大批非常小的债权人也不能将他们的决定强加于占有非常大量债权的少数债权人。这种程序还因为可有助于确保计划得到充分的支持从而使之能够成功实施，所以也可能是有正当理由的。

280. 关于表决程序，许多国家采取以实际参加表决的人数计算支持率百分比的做法。缺席者被认为对程序没有什么兴趣。这种做法要求有适当的通知规定及其有效的贯彻执行，在债权人非本国居民的情况下尤其如此（见……）。

281. 债权人的类别。划分了附担保债权人和优先债权人类别的有些国家也规定将无担保债权人划分为不同的类别。设置这些类别是为了至少从三个方面增加重组成功的前景：通过提供一种实用的手段，查明无担保债权人各种不同的经济利益；通过提供一个框架，安排计划的条款结构；通过一种手段，让法院可以利用某个类别债权人的必

要多数支持而使计划对不支持该计划的其他类别债权人具有约束力。由于设置不同的类别有可能使表决程序复杂化，所以只有在有迫切原因必须给予某些无担保债权人特殊待遇的情况下才似宜这样做。与确定利益的共同性可能具有关系的标准可包括：引起债权的债务的性质；无重组计划时债权人可以利用的补救措施和债权人采取这些补救措施可以追回的债权程度；重组计划中对债权的处理；以及根据计划，债权获得偿付的程度。

282. “硬塞”权。少数国家规定附担保债权人和优先债权人可参加表决，并设置了无担保债权人的不同类别，这些国家还建立了一项机制，让某个类别债权人的支持可以使计划在未经其他类别债权人（包括附担保债权人和优先债权人类别）的同意下对其具有约束力。这种做法通常称作“硬塞式”规定。类别的设置和这些规则的适用既造成破产法复杂化，也造成破产代表和法院在适用破产法工作上的复杂化，而且可能要求例如对经济问题行使相当大的自由裁量权，例如法院根据无担保债权人的经济利益对其进行归类。这种自由裁量权如果在行使上不是以知情、独立和可预测的方式为前提，就有可能损害债权人的信心。

283. 股东。有些法律规定由债务人公司的股东批准计划，至少是在公司形式、资本结构或成员组成将受计划影响的情况下。另外，如果债务人的管理部门提出计划，该计划的条款可能已经得到股东的批准（依据有关的实体而定，这可能是公司的组建文书所规定的）。如果计划直接影响股东，例如规定通过转让现有股份或发行新股来实施债转股，就经常是这种情况。

284. 在法律允许债权人或破产代表提出计划，而该计划又设想债转股的情况下，有些国家允许计划在不顾股东的反对情况下获得批准，不论实体组建文书的条款如何规定。这种计划可能造成现有股东未经同意就被完全撤换。

### (三) 相关的当事方债权人

285. [就是否批准计划进行表决]

### (四) 计划的效力

286. 在计划获得批准的情况下，对于谁受计划约束的问题采取了不同的做法。有些破产法似乎只约束那些参加对计划表决的债权人，而有些法律则似乎约束全体无担保债权人、董事和股东。

### (e) 法院对计划的确认

287. 并非所有国家都要求由法院确认债权人所批准的计划；所要求的只是多数债权人的批准。但是，如果计划本身或计划获得批准的手段受到少数债权人的质疑，则法院也可能在审查计划方面发挥一定的作用（见“对计划的质疑”）。

288. 在要求由法院（或在有些国家由某一行政当局）确认计划的情况下，通常预计所确认的计划是已获得必要多数债权人批准的。许多国家让法院能够发挥积极的作用，通过对未批准计划的某类债权人强制执行计划而将债权人“约束住”。这可能涉及由法院发挥一种法定形式性质的作用；这样做并不要求法院审查批准计划时所考虑的商业依据，而是要求法院确保债权人的决定是通过正当途径获得的，并且满足了各项必要的先决条件。法院可拒绝该计划，依据的理由可以是持反对意见的债权人的利益没

有得到充分的保护（例如，因为他们的所得不如在清算情况下本可得到的那么多），或有证据表明批准过程中存在作弊情况。

289. 有些破产法也授权法院以该计划不可行的理由拒绝该计划。例如，如果附担保债权人不受计划约束但计划未规定充分满足这些债权人的附担保债权，那么就可能有正当理由这样做。在这类情况下，如果法院认为附担保债权人将对担保物行使权利，从而使计划无法实施，那么法院可以拒绝该计划。有关制定和批准计划的规定中可述及发生这种情况的风险。无论要求法院在重组计划方面发挥什么样的作用，都不宜让法院审查债权人所作决定的经济和商业依据，除非法院有这样做的职权和经验。

(f) 对计划的质疑

290. 由于所有债权人都有可能受到重组程序的损害，所以对计划提出质疑时，一般将要求有所受损害或伤害的程度超过其他债权人或其他类别债权人所受损害或伤害的依据。有些法律还规定，应当可以对计划提出质疑，并规定可以参照既定的标准，以此判断这些债权人的反对意见，对计划重新考虑或予以撤销。所采用的标准可以包括：计划是通过作弊手段获得批准的（例如审议重组计划时，提供了虚假或误导性信息，或扣留了实质性信息），或表决程序中有一些不正常情况（例如相关人士债权人参与了表决，或决议批准计划不符合债权人的一般利益），或所举行的表决会议有一些不正常情况。

(g) 计划的修正

291. 如果对一项重组计划的表决未能达到批准该计划所需的票数，在这种情况下，破产法可通过一种机制，促使债权人修正和重新考虑计划。例如，一种做法可以是，如果看来就一项计划举行某种进一步的谈判可以产生有利的结果，或解决尚未解决的争议或问题，那么可让多数债权人表决暂时中止决策会议，以便可让更多的信息摆到桌面上来。但是，如同整个过程的所有领域一样，这种暂时休会的办法似宜只可以在有限的情形下采用，或至少有一定的次数限制，也许还需要同时规定时间期限，以便迅速结束重新谈判和避免滥用。

292. 如果一项计划的实施不能继续下去，或发现不能够履行其中的要求，对于这种情况，破产法还可规定，在计划获得批准之后仍可修正计划。许多法域都规定，如果对计划加以修正符合债权人的利益，那么应加以修正。如果法院已确认了原先的计划，还可要求法院确认修正后的计划。

(h) 计划的实施

293. 大多数计划都可以在无需进一步干预的情况下加以执行。但有时候执行工作可能需要由一名独立的人士进行监督或控制。一些国家规定，在计划获得批准和确认之后，法院在该计划的实施工作结束之前有不断监督债务人的职责。在出现如何解释债务人履行义务的情况或其他问题时，这一点可能十分重要。一些国家允许法院授权在计划获得确认之后由一名监督人员或破产代表在不同的程度上对债务人的业务进行持续不断的监督。

(i) 计划未获批准或实施失败的情形

294. 如果计划未获批准或实施工作不能继续下去，而且在这两种情况下修正计划都不能够解决这些困难，在这种情形下，破产法对接下去应当如何去做可采取不同的做法。有些破产法规定，债权人未能批准计划应被理解为表明了他们赞成清算。这种做法可有助于鼓励债务人提出一项可以接受的计划，但可取的做法是还必须要有保障措施，在支持进行清算不符合全体债权人利益的情况下防止滥用。

295. 对于计划的实施工作不能继续下去而又无可弥补的情况，破产法可规定改为清算。虽然这种做法对于程序的最终解决可提供某种确定性，但也可能导致进一步拖延和价值的缩减，其结果是债权人获得的价值少于重组的情形。另一种做法可以是把破产程序当作是一个结局，允许债权人各自采取行动。这种做法并不解决债务人的财务困难，并且可能导致对资产的争夺，而这正是启动集体程序所意在避免的情况。一种折中的做法可以是允许债权人在一段规定的期限内提出一项不同的计划，只有在不能制定出任何计划的情况下，才随后实行清算程序。必须认识到，在某个时刻，既要为全体债权人取得最佳结果又要实现可行的目标这两者之间平衡兼顾的结果是倾向于赞成追求可行的目标，所以破产法似宜具有足够的灵活性，允许这种情况发生。

(j) 改为清算

296. 在重组程序过程中可能会出现一些情形，对于这些情形，破产法似宜提供一种用以将程序改为清算的机制。这些情形可包括：经认定没有合理的可能性看见企业的整顿取得成功，或债务人显然正在滥用重组程序，不与破产代表合作（例如，扣留信息不发），或者行为不诚实（例如，通过转让作弊）。由于破产代表是在债务人或其管理部门之后对债务人的企业了解最多的当事方，因而也是常常在早期阶段知道债务人企业是否存活的当事方，所以破产代表可以在改换程序中发挥关键作用。另外，允许债权人或（可能所指定的）债权人委员会以类似的理由申请法院改换程序，也可能是合理的。还可授权法院根据其自己的动议改换程序。

297. 可采取若干做法加以保障，防止滥用改换程序。一种备选方法可以是规定重组程序必须完成的时间期限（例如，自启动程序开始 120 天），而且法院将无权延长这一期限。这种做法的可能优点是确立一个期限，作为催促完成制定和批准计划的一种手段，不过，这种做法也有可能强加在某些情况下可能证明是不必要或不应该的任意限制（例如对于巨大的破产案件，制定计划可能需要 12 个月以上），并且可能因为期限无灵活性而导致本来成功的重组失败。使债权人发挥更大作用的这种做法的一种变通方式可以是规定一段初始的时间期限（也许可以是 60-90 天），这一期限只能经由债权人表决后方可延长（也许依据破产代表或一名独立专家关于重组可行性的一份报告），但无论如何，不能超过一个外围的限制（例如，120 天）。

(k) 债务和债权的解除

298. 为确保重组后的实体有最大的成功机会，破产法可以规定按重组计划所解除或改变的债务或债权来解除或改变债务和债权。这种做法是对商业确定性这一目标的支持，因为根据已获批准的计划对债务的减免、取消或改变给予约束效力。这一原则尤为重要，可确保计划的规定将得到原本拒绝计划的债权人的遵守和没有参加这一过程的债权人的遵守。同时还可可为其他放款人和投资人带来确定性，使他们确信将不会卷入意料之外的清算或必须与所隐含的或未公开的债权竞争。因此，这种解除明白无误地确

定，重组计划充分处理了债权人的法定权利问题。

#### (I) 计划的终止

299. 一般来说，如果重组计划已得到充分实施，或因为不能实施而由法院命令终止的，应视作计划已经终止。在后一种情况下，为避免使债务人仍然带着其未解决的财务困难陷于破产状态，法院也可下令将程序改为清算。

### 2. 小结和建议——重组计划

#### (1) 关于重组计划的规定的目的是：

- (a) 为债务人、其债权人和其他有关当事方之间的谈判提供便利，以便根据重组计划解决债务人的财务困难；
- (b) 使全体债权人和债务人受该重组计划的约束；
- (c) 对实施重组计划作出规定；
- (d) 处理未能提出一项可以接受的计划、计划不能获得债权人的批准、计划实施失败等的后果；
- (e) 在某些情形下将程序改为清算；
- (f) 解除债务和债权。

(2) 重组计划可在提交破产程序申请时或破产程序启动后提出。在要求提交申请时提出重组计划的情况下，可以由债权人制定。

(3) 如果重组计划将在程序启动后制定，破产法应当对制定计划采取一种灵活的做法，因为这一计划可能涉及作为破产程序核心的所有当事方——债务人、债权人和破产代表。例如，破产法可以规定给债务人一段唯一的特别时期用以提出计划，但在提出计划的时候应与债权人和破产代表协商。在这段唯一的特别时期届满时，如果债务人未能够提出一项可以接受的计划，那么经与破产代表协商后可给予一名或多名债权人或债权人委员会，或给予破产代表本人以提出计划的机会。

(4) 破产法可在考虑到其他有关法律的规定情况下，规定重组计划的最低限度内容。这可包括[关于债务人财务状况的报表，包括资产和负债表和现金流量表；计划中所列入的具体建议的细节；关于债权人所得的细节（将如何比他们在清算情况下的所得更多）；以及企业将能够继续经营和重组获得成功的依据]。

(5) 对重组计划而言，可按债权人各自权利的性质和内容将其划分为不同的类别。

(6) 一项重组计划如果得到下列多数的支持可以获得批准：

- (a) 优先债权人类别和附担保债权人类别的多数支持（在所提出的计划涉及其权利的情况下）；
- (b) 无担保债权人类别的多数支持；以及
- (c) 债务人股东的多数支持（在提出的计划涉及其权利的情况下）。

(7) 对于批准计划而言，多数应当是占实际参加表决的债权人人数的一半和其所分别拥有的债务总和占总债务的三分之二。

(8) 破产法可规定，由多数债权人批准的重组计划将使该计划对持反对意见的债权人具有约束力（“硬塞式规定”）。

(9) 破产法可规定由法院或有关的行政机构确认重组计划，以便使之可对债权人强制执行。法院可有权确认计划，但条件是：

- (a) 持反对意见的债权人的利益已得到充分保护；
- (b) 计划是可行的；
- (c) [其他]。

(10) 持反对意见的债权人可拒绝重组计划，其依据可以是计划的批准是通过欺诈手段获得的（例如，在审议重组计划时提供了虚假或误导性信息，或扣留了实质性信息），或表决程序上有某些不正常情况（例如，相关人士债权人参与了表决，或决议批准计划不符合债权人的一般利益）。

(11) 在必要情况下，法院应有权监督计划的实施，或授权一名监督人或破产代表实施监督。

(12) 应当作出规定，在计划未能获得其批准所需的必要支持率时，或在批准后，因为计划的实施工作不能继续下去或发现计划不能够实施，可以对计划进行修正。

(13) 破产法应当处理根据重组计划中债务和债权的处理方式解除债务和债权的问题。

(14) 破产法应当规定在实施工作完成时计划终止，或在计划的实施失败和不能进行修正的情况下，程序改为清算。