



联合国国际贸易法委员会

第三十六届会议

2003年6月30日至7月18日，维也纳

第五工作组（破产法）第二十七届会议工作报告
(2002年12月9日至13日，维也纳)

目录

	段次	页次
一. 导言：工作组先前审议的情况概述	1-9	2
二. 会议的安排	10-16	3
三. 审议情况和决定概述	17	4
四. 拟订破产法立法指南草案	18-165	4
1. 第二部分. 第二章. 申请和启动	18-80	4
A. 资格和管辖权(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)	18-31	4
B. 申请和启动标准(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)	32-80	6
2. 第三章. 破产程序启动时的资产处理(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9)	81-165	13
A. 受影响的资产	81-95	13
B. 保护和维护破产财产(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)	96-124	15
C. 资产的使用和处分(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)	125-140	19
D. 合同的处理(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)	141-156	21
E. 撤销权诉讼(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	157-165	23



一. 导言：工作组先前审议情况概述

1. 委员会第三十二届会议（1999 年）收到了澳大利亚关于在破产法领域未来可能开展的工作的建议（A/CN.9/462/Add.1）。该建议主张，鉴于委员会成员的普遍性、委员会以往关于跨国界破产的工作成绩及其与熟悉并关心破产法的国际组织业已确定的工作关系，委员会是讨论破产法问题的适当论坛。该建议促请委员会考虑委托一工作组负责制订公司破产示范法，以促进并鼓励各国采用有效的公司破产制度。
2. 委员会确认了强有力的破产制度对所有国家的重要性。据认为，一国采用什么样的破产制度已成为国际资信等级中的一个“第一线”因素。然而，有人对国际一级的破产立法工作所伴随的困难表示担忧，这种困难涉及敏感的和可能产生分歧的社会政治选择。鉴于这些困难，有人担心或许无法圆满地完成这项工作。据指出，拟定一项普遍接受的示范法极有可能是行不通的，任何工作都需要采取灵活的做法，为各国提供备选办法和政策上的各种选择。虽然在委员会会议上有人表示支持这种灵活做法，但会议普遍认为，如果不对其他组织已经开展的工作做进一步研究及对有关问题进行审议，委员会即无法就是否应致力于设立工作组制订示范立法或另一种法规而作出最后的决定。
3. 为便利进一步研究，委员会决定召开一届探讨性的工作组会议，以便起草可行性建议供委员会第三十三届会议审议。该届工作组会议于 1999 年 12 月 6 日至 17 日在维也纳召开。
4. 委员会在其 2000 年第三十三届会议上注意到工作组在其报告中提出的建议（A/CN.9/469, 第 140 段），授权工作组编写一份全面说明，阐述强有力的破产、债务人 - 债权人制度的关键目标和核心特点，包括对庭外重组的考虑，并拟订一份载有实现这种目标和特点的灵活方法的立法指南，包括讨论各种可能的替代方法以及所意识到的这类方法的利弊。¹
5. 委员会商定，工作组在执行其任务时应注意到世界银行、国际货币基金组织（货币基金组织）、亚洲开发银行（亚行）、破产管理从业人员国际协会（破产专业人员的一个国际联合会）和国际律师协会商法科 J 委员会等其他组织正在进行或已经完成的工作。为了解这些组织的看法并借鉴其专门知识，秘书处与破产管理从业人员国际协会和国际律师协会合作，于 2000 年 12 月 4 日至 6 日在维也纳组织了贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会破产问题全球讨论会。
6. 委员会 2001 年第三十四届会议收到了该讨论会的报告（A/CN.9/495）。
7. 委员会满意地注意到这份报告，并称赞迄今完成的工作，尤其是举行破产问题全球讨论会以及为了与破产法领域其他国际组织开展的工作保持协调而作出的努力。委员会讨论了该讨论会的各项建议，尤其是关于未来工作可能采取的形式和对委员会第三十三届会议赋予工作组的任务授权的解释的建议。委员会确认对任务授权应作广义解释，以确保取得一种适当灵活的工作成果，这种工作成果应采取立法指南的形式。为了避免立法指南过于笼统和过于抽象而无法提供必要的指导，委员会建议工作组在开展其工作时应铭记需尽可能具体一

些。为此目的，应尽量将示范立法条文列入在内，即使这些示范立法条文只涉及拟列入指南的某些问题。²

8. 破产法工作组第二十四届会议（2001年7月23日至8月3日，纽约）开始结合破产法立法指南草案初稿审议此项工作。会议报告载于 A/CN.9/504 号文件。工作组第二十五届会议（2001年12月3日至14日，维也纳）和第二十六届会议（2002年5月13日至17日，纽约）继续进行了上述工作。这些会议的报告分别载于 A/CN.9/507 和 A/CN.9/511 号文件。

9. 委员会 2002 年第三十五届会议收到了工作组第二十四、第二十五和第二十六届会议的报告。委员会注意到，工作组第二十六届会议曾讨论过其工作可能完成的时间问题并认为在其第二十七届会议（2002年12月9日至13日，维也纳）有机会对立法指南的进一步草案进行审查以后将更有条件向委员会提出建议。委员会请工作组继续编写立法指南，并在工作组第二十七届会议上审议有关工作完成的进度问题。³

二. 会议的安排

10. 由委员会所有成员国组成的破产法工作组于 2002 年 12 月 9 日至 13 日在维也纳举行了第二十七届会议。工作组下列成员国的代表出席了会议：阿根廷、奥地利、巴西、喀麦隆、加拿大、中国、哥伦比亚、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、肯尼亚、立陶宛、墨西哥、俄罗斯联邦、卢旺达、新加坡、西班牙、苏丹、瑞典、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

11. 下列国家的观察员也出席了会议：澳大利亚、保加利亚、印度尼西亚、爱尔兰、约旦、黎巴嫩、尼日利亚、菲律宾、波兰、大韩民国、斯洛伐克、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国、土耳其和委内瑞拉。

12. 下列国际组织的观察员也出席了会议：(a)联合国系统的组织：国际货币基金组织（货币基金组织）、世界银行；(b)政府间组织：亚非法律协商组织、东部和南部非洲共同市场（东南非共同市场）、海牙国际私法会议；(c)委员会邀请的非政府组织：美国律师协会、美国律师基金会、合法权限中心、破产及其预防问题审议小组、破产管理从业人员国际协会、国际律师协会、J 委员会和国际破产协会。

13. 工作组选出下列主席团成员：

主席： Wisti WISITSORA-AT 先生（泰国）；

报告员： Luis Humberto USTARIZ GONZÁLEZ 先生（哥伦比亚）

14. 工作组收到了秘书处编写的一份说明：破产法立法指南草案 (A/CN.9/WG.V/WP.63 和增编 3-15)。这些文件曾根据工作组第二十五和第二十六届会议的讨论情况加以修订，载列了关于指南的评文案文和建议。

15. 还提供了下列背景资料：破产法领域未来可能开展的工作：秘书处的说明 A/CN.9/WG.V/WP.50；秘书长的报告 A/CN.9/WG.V/WP.54 和增编 1 和 2；A/CN.

9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61 和增编 1 和 2; 贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会破产问题全球讨论会报告(2000 年) A/CN.9/495; 贸易法委员会第三十四届会议工作报告(2001 年) A/56/17 和第三十五届会议工作报告(2002 年) A/57/17; 破产法工作组第二十二届会议工作报告(1999 年) A/CN.9/469; 第二十四届会议工作报告(2001 年 7 月/8 月) A/CN.9/504; 第二十五届会议工作报告(2001 年 12 月) A/CN.9/507 和第二十六届会议工作报告(2002 年 5 月) A/CN.9/511。

16. 工作组通过了下列议程:

1. 会议时间安排
2. 选举主席团成员
3. 通过议程
4. 编写破产法立法指南
5. 其他事项
6. 通过报告

三. 审议情况和决定概述

17. 工作组审查了破产法立法指南草案, 从 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 号文件开始一直到 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9 号文件的建议(76)。工作组对各增编的审议情况和决定载列如下。工作组指出, 可能没有充分的时间来为在本届会议上审议的材料编写修订案文供工作组在纽约举行的第二十八届会议(2003 年 2 月 24 日至 28 日) 审议。委员会曾请工作组考虑其对于完成立法指南工作的立场, 就此, 工作组强调, 指南需要尽快完稿。工作组建议, 虽然指南草案可能尚未准备妥当供委员会 2003 年最后通过, 但可在 2003 年向委员会提出一份草案, 以便初步审议和评估立法指南所依据的各项政策。这样做可便于在 2004 年最后通过立法指南之前将之作为一个参考工具, 并可使未参加工作组的国家有机会考虑到指南的发展动态。据指出, 工作组可能需要在 2003 年下半年, 甚至还可能需要在 2004 年上半年, 再举行若干届会议, 以便进一步完善案文供最后通过。

四. 拟订破产法立法指南草案

1. 第二部分. 第二章. 申请和启动
 - A. 资格和管辖权(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

第 1 和 2 段-资格: 破产法涉及的债务人

18. 普遍支持按目前的措词保留第 1 和 2 段的实质内容。

第 3 和 4 段—债务人：从事商业活动的个人

19. 与会者提出，由于对自然人破产的社会考虑和政策考虑不同于对商业实体的考虑，评注中的这段论述要么删去，要么挪到单独一个章节，以便更为详尽地论述这些不同的考虑。但是，经过讨论，普遍支持保留关于从事商业活动的个人的说明，并赞成按目前的措词对这些个人适用破产法。据认为，在许多国家，商业活动是由个人进行的，忽略这些人将大大影响破产法的运作和效能。

第 5 和 6 段—国有企业

20. 对于政府组织、市政当局和其他类似的实体，以及它们是否包括在指南之中或是否应当包括在指南之中，与会者表示了一些担心。普遍认为，指南应当只适用于工商企业，而不应包括政府或类似的实体，除非它们在国有企业的定义范围之内并从事商业活动。为了澄清目前的案文，与会者请秘书处增添大意如下的词语：指南的本意并非适用于国家、次国家一级的政府、市政当局和其他类似的实体。

21. 与会者认为第 6 段的实质内容可以接受。

第 7 至 9 段—管辖权：主要利益中心

22. 与会者表示支持下述建议：应当修改这些段落，以便与《贸易法委员会跨国界破产示范法》保持一致，特别是与第 28 条以及根据资产的存在启动非主要破产程序的要求保持一致。

23. 与会者提出，指南应当只注重债务人已注册的办事处，而不应就主要利益中心作出任何推定。但是，经过讨论，普遍认为应当保持这种推定，特别是考虑到债务人的主要利益中心往往与其注册办事处不一致这种在实践当中经常遇到的情形。

24. 关于指南第 9 段的脚注 1，工作组普遍认为，应当在指南中另设一章列入示范法和颁布指南。与会者承认，对跨国界破产问题的处理是现代破产制度的一个基本组成部分，列入这方面的说明将对指南的读者有帮助。与会者注意到需确保指南与示范法之间的一致性，并可能需为补充某些提法而对指南作出一些小的改动。

第 10 至 13 段—资产的确立和存在

25. 工作组认为这些段落的实质内容可以接受。

建议

26. 与会者提出，在目的条款(a)和(b)条中，括号内的“一般”一词是多余的，不妨删去。但是，普遍支持保留这一词语，以防止出现歧义，特别是如果有些

国家对某些种类的企业采用（不同于普通破产法的）特殊破产制度的话。据认为，如果保留这一词语，即应作到前后一致，在指南中通篇使用这一词语。

27. 有的与会者提出，如果在论述目的的(d)条中对“法院”一词作出限定，或许对解释有所帮助。另有与会者提出删去(d)条，理由是司法授权问题应当根据每个国家的法律来确定。对此，有的与会者提出，有必要具体说明在何处进行破产程序有利于申请启动程序。经过讨论，普遍支持保留(d)条。有的与会者提出，指南不妨从地点和诉讼事由这两个方面进一步说明哪些种类的法院可以开启程序。这一建议得到一定支持。

28. 对于象医院这种从事商业活动的非盈利性机构是否包括在“商业”一词的含义范围之内，与会者提出问题。为了澄清这一点，与会者建议加上“是否为盈利”这样的词语，来修饰建议(11)中的“商业”一词。与会者认为建议(12)的实质内容按目前的措词可以接受。

29. 有的与会者提出在建议(13)中提到“资产的存在”这一标准。但是，有的与会者指出，按工作组第二十六届会议商定的意见，该条建议宜采用灵活做法，只提出最低限度的非排他性依据。有的与会者认为，不妨明确提及示范法和颁布指南，以便把关于资产的存在说明作为启动破产程序的依据。

30. 有的与会者建议，为确保清楚明了，把建议(15)中的“营业”一词删去。但是，有的与会者认为，这一用语是以《跨国界破产示范法》为依据的，因此应当按原样保留。

31. 有的与会者还建议对建议(16)修改如下：“破产法应明确规定哪类法院对破产程序拥有管辖权以及哪些特定的法院对破产程序进行过程中产生的事项拥有管辖权”。这一建议得到一些支持。另一项建议认为，该条建议不妨略去提及“破产法”之处，因为破产法中不一定包含管辖权规则。

B. 申请和启动标准(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

第 14 至 16 段—导言

32. 工作组一致认为这些段落的实质内容可以接受。

第 17 至 22 段—申请标准

33. 对于把清偿力标准和资产负债表标准作为可供立法者选择的替代办法（此种办法在一些段落中均有反映），与会者提出了一些担心。与会者建议在指南中明确说明，这两种标准均可列入破产法，债务人满足其中一项标准即可启动破产程序。关于资产负债表标准，与会者认为，这种标准可能引起误解，因为它偏重于如何估价资产这一基本上属于会计范围的问题，而且可能产生资产负债表是否可靠的问题。与会者建议指南侧重于债务人的资产（不论如何估值）是否足以清偿其负债的问题，而这种做法称为资产标准更为贴切。据认为，第 17 至 21 段中反映的想法是可以接受的，但是，可能需调整一下顺序并进行一定

的修改，以便使评注更为清楚并反映出工作组关于资产负债表标准的讨论情况。与会者还提出，指南中不妨列入全面支付的一些特征，例如，无法偿付租金、薪金、雇员津贴和其他基本业务费用。

第 23 段—清算：可提出申请的当事人

34. 与会者注意到，有些破产法规定可以由法院自行启动破产程序；因此，此种可能性也应列入指南。对此，有的与会者指出，应当明确区分法院申请启动程序的情形和法院应另一方当事人的申请就启动程序作出裁决的情形。允许法院采取这两种行动，会造成潜在的冲突或偏见，而且有悖于本指南所建议建立的清楚了、有预测性而且有透明度的破产制度。工作组一致认为，法院不能自行启动程序，而只能应另一方当事人的申请启动程序。

第 24 至 26 段—清算：债务人提出申请

35. 有的与会者担心，第 24 段第一句话第二部分暗示，即使债务人未满足任何破产标准，法院仍可启动程序。对此，有的与会者指出，虽然在实践当中可以在严格要求方面更为灵活地处理债务人的申请，但这并不表明，即使债权人反对启动程序，或者启动程序无异于滥用破产过程，仍可在债务人提出申请时启动程序。与会者提出，必须对下述两种情形加以区分：一种是接受债务人对其财务状况的说法，债权人不提出异议；另一种则是不对债务人的财务情况提出质疑，但对债务人的财务状况有一些疑问或者债权人对启动程序提出异议。与会者认为，有些破产法的规定，债务人宣布破产相当于推定破产，或者可以当作启动程序的充分破产证据，无需进一步核实。有的与会者对后一种做法是否可取以及债权人应否要求或能否要求提供某些进一步的证据提出疑问。与会者注意到，某个正在改革其破产法的国家目前正在审查这种做法。作为措词问题，与会者提出，第 24 段第二句话写到“无力偿债”即应结束，以消除任何不确定之处。工作组认为，关于这些问题，尚需在指南中作进一步的说明和论述。

第 27 至 31 段—清算：债权人提出申请

36. 关于第 27 段中提到的债务须为无争议债务的要求，与会者提出，债务不一定是完全无争议的债务，只要债务中有相当一部分无争议或者不能抵消即可。工作组同意进一步审议这个问题。

37. 虽然与会者注意到持有未到期债务的债权人在破产程序中可以享受正当权益，但指出，根据某些破产法，债务不到期，不能要求偿债。但另一些破产法规定，一笔长期债务的分期付款未偿付，可以构成债权人提出申请的依据。与会者提出在论述中包括这些情形。

38. 工作组讨论了单个债权人能否申请启动程序的问题以及如何将债权人的人数与债权价值联系起来的问题。有的与会者认为，在某些情况下会出现问题，例如，债务人能够偿还若干小债权人，但无力偿还单个大债权人；在这种情况下

下，只有单个大债权人有资格申请启动程序。有的与会者提出不妨区分对提出申请的债权人的人数要求和举证要求 - 即证明债务人无力偿债是否与其债务的某些部分、全部或大部分有关。另一种看法是，如果单个债权人遵循了第 27 段中提到的程序，而且发出索款要求后未果，该债权人即可申请启动程序。经过讨论，工作组一致认为，指南适当地论及了关于债权人提出申请的各种选择办法，按其目前的措词可以接受。

39. 作为措词问题，与会者建议将第 28 段中的“费用低廉”一词改为“有成本效益的”。这一修改意见得到支持。

40. 工作组一致认为第 29 至 31 段的实质内容可以接受。

第 32 和 33 段-政府机构提出申请

41. 与会者询问，第 32 段是不是论及政府机构作为债权人的情形，第 33 段是不是论及政府机构不是债权人、破产程序的目的并非处理破产事务而是处理诸如欺诈或其他刑事犯罪之类的问题的其他情形。工作组同意这一解释并认为有必要在案文中更明确地阐明这一点。

第 34 和 35 段-重组：债务人申请

42. 与会者提议在第 35 段中列入另一个支持放宽重组启动标准的因素，即有必要鼓励债务人在其财务困难的最初阶段提出申请，例如，支付到期债务造成财务困境但未必破产的情况。据指出，这种情形可能属于建议 18(a)中提到的未来无力偿付的范畴。

第 36 至 40 段-债权人申请

43. 有人建议改进这一章节，用改写的办法把两个关键概念区分开来：一方面，采取一种灵活的办法确定对债权人的启动标准，以便能够克服遇到的实际困难，例如，当债务人不愿意提出申请或不能提出申请时（原因之一是管理部门已不复存在），必须由债权人提出启动申请，另一方面，如果要求提议重组的债权人证明其拥有足够的手段实现圆满重组的话，可能不利于债权人提出申请。

44. 还有人建议，需要对债务人申请和债权人申请明确加以区分，为此，指南最好先对两者规定共同的规则，然后再分别讨论这两种程序。

45. 另有人建议对第 36 段第二句中增加债权人的债权价值的写法作出修改，改成增加资产价值和从债权上增加对债权人的回报。

46. 据指出，第 40 段的启首语“由于这些原因”与上一段没有必然的联系，应当加以澄清。

第 41 至 43 段—程序性问题

47. 有人建议把第 41 段的标题修改成“启动申请”，以便更准确地反映内容。另一项建议是，该段只需说明一点，向主管法院提出申请即可启动程序，而不必对细节作进一步的论述。在对此作出回应时指出，由于某些法域规定，法院不参与亦可启动程序，还是应当保留目前的草案，或者加上大意如下的一个新的第一句：“破产法应当具体规定如何启动破产程序”。还有人说，其他适用的法律也可能影响启动程序的方式。

48. 普遍认为需对该节略作修改，以承认法院的参与并非启动程序的必要条件，这一点已在讨论第 41 段时提到。有人建议在指南中对为什么要求法院裁定作出解释，认为这将有助于防范债权人滥用程序。

49. 有一条意见对第 42 和 43 段都一般适用，即，应当对自愿程序和非自愿程序作出更加明确的区分。此外还有人建议，由于该节目前的重点是非自愿程序，因此应当在指南中对这一重点加以阐明。

50. 有一项建议得到支持：指南应当提到若干国家的破产法正在发生变化，由法院或将对启动申请作出裁定的机构把陈述权这一基本权利赋予债务人。

51. 有人建议，第 43 段第二句中“躲避债权人”的措词应当删去，因为还存在着无需在指南中详细列举的其他滥用形式。据建议，应当对第 43 段最后一句的案文进行修订，以便强调制订关于这一中断期内适用中止令的明确规则的必要性，并提到需比照第三章。

52. 另外建议比照指南中关于债务人董事或管理部门申请破产程序的责任的论述(第六章，第 229-230 页 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)。

53. 提出了好几项起草建议：把“总和”一词从第 38 段第一句中删除；用更适当的关于救济或启动的提法取代第 41 段中“破产申请”一词。

第 44 和 45 段—程序问题：对作出启动决定规定时限

54. 与会者认为上述几段的实质内容可以接受。

第 46 段—程序问题：驳回启动申请

55. 下列建议得到了支持：对该节重新拟订，以便使其既适用于自愿程序也适用于非自愿程序，并且把标题改成：“拒绝启动申请或解除程序”。与会者回顾，工作组第二十六届会议讨论过这个问题（见 A/CN.9/511 号文件，第 37 段）。请秘书处在指南中加上关于解除程序的评注和建议（另见第 80 段）。据建议，任何修订都应包括现行法律规定的所有可能的安排，其中包括那些允许自动启动的安排。

56. 另一项建议是，虽然应当把拒绝债务人申请的理由限制在最低限度，并且应当允许债务人有一定的时间对申请书中的任何瑕疵进行补救，但对债权人应当适用更加严格的要求。

57. 对于修改第 46 段中所载的关于拒绝启动申请的理由提出了一些建议。有人认为，在审查目前列举的理由时，工作组不应当把拒绝的理由与滥用继后程序的事件混为一谈，后者可以放在解除程序中论述。有人对在列举清单中以某种形式保留债务人取得优惠付款的理由表示支持，据指出，在非自愿申请的情况下，对债务人施压以获得这种付款的情形屡见不鲜，而且任何形式的胁迫付款都可能是一种不适当地利用破产程序。反对意见认为，法院作出这样的裁决将是不适当的，因为对这种付款进行调查是破产程序的一项主要功能。

58. 有人提出，应当从所列理由中去掉以破产程序替代债务强制执行机制这一理由，根据是，尽管这可能是对破产程序的不当利用，但它本身不应当是一种拒绝申请的理由。建议增加的拒绝理由包括：资产不足（关于这一点，应当比照第 52 段和第 53 段中关于无资产破产财产的论述，以及第 46 段中关于各国家均不承认此一拒绝理由的说明），参与欺诈或其他犯罪活动。

59. 关于措词，还提出以下各点建议：第 46 段第三句，应加上“无故”一词；“to obtain”一词应改为“obtaining”；删除“全部债务”（该句应改为：“债务人以破产为由借机敷衍债权人并无故不及时如数偿还债务，或设法免除劳工合同等繁重义务”）；第四句中，“不正当地”应当修饰“取代”一词。

第 41 至 51 段—程序问题：启动通知

60. 有人建议，需要在建议中对申请通知和启动通知加以明确的区分，因为两者会产生不同的后果。第 47 段应当明确论及启动通知问题。

61. 与会者强烈支持在第 49 段中强调以下各点：债务人拥有获得通知的基本权利（关于这一点，应比照第六章第 218-220 段中关于债务人权利的论述。A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10），而且只应在非常例外的情况下才能不向债务人发出通知，例如债务人的行为可能不利于债权人或者债务人已经消失。在对此作出回应时指出，如果不通知债务人，它有可能继续以不利于破产财产的方式行事。还有人认为，债务人采取不利于债权人的行动的问题，最好通过适用临时措施加以解决。即使存在债务人已经消失的情形，也要保留通知要求，对此表示了强烈支持。如果债务人试图避免当面接受通知，就可能需要进行公告，或者可以把通知送达债务人最确定的地址。

62. 在自动申请的情况下，如果申请与启动之间出现延误，有人建议，需要给债权人发出申请通知，以使其能够就是否继续向债务人提供服务作出知情的决定，因为在此期间有可能产生更多的债务。

63. 还提出了一些实现有效通知的选择办法（见第 74 段）。

64. 据指出，第 49 段第一句中“非自愿”或“债权人”申请这样的措词，可能引起混乱，因为非自愿申请不一定限于债权人申请。这一用语应当加以澄清。

65. 据建议，工会和员工代表也可以加到第 50 段中接受启动通知的当事人名单中。

第 52 至 54 段—程序问题：无资产的破产财产

66. 与会者支持增列下述理由，来说明处理无资产债权人管理问题的必要性：为企业家和从事商业活动的其他个人恢复资格并鼓励这些当事人承担经济活动的风险。还有人建议提到收入问题，以便考虑到有些债务人虽然没有资产但有固定收入来源，因此不应放在“无资产”破产财产的范围内处理。

第 55 和 56 段—破产程序的费用

67. 有人评论，第 56 段按目前的措词，反映了破产制度设计中对成本效益重要性的认识，但并未得出任何有效的结论。有人建议用更强的措词说明这样一点：破产制度的成本高，不利于启动和利用破产程序。

68. 与会者认为第 56 段的内容可以接受。

建议

69. 与会者表示赞成删去论述目的部分的(b)段，因为这些词语已包括在第二章 A 节论述目的的部分。有的与会者还提出，(f)段放在(e)段之前更合乎逻辑顺序。

70. 对建议(18)中提到的启动标准提出一定担心，并提出了一些增改意见。为了反映工作组就申请标准达成的一致意见（见第 33 段），应当删去“或者”一词；应当反映出工作组关于债务须为无争议债务的要求的讨论结论，另外加上“全部”一词，以澄清部分债务可以有争议，而非全部债务可以有争议（对建议(19)应作同样的修改）；在提到止付之处应加上“全面”一词，以便使建议(18)(a)和(b)与评注的第 17 和 18 段一致；在建议(18)(b)中，应在“无力偿债”之前加上“或将”以便包括可能破产的情形。针对最后一条建议，有的与会者认为，可能破产的情形只应适用于债务人提出申请，而不应适用于债权人提出申请。与会者还认为，建议(18)(a)应当采取一种比较灵活的做法，以鼓励债务人尽早提出申请并鼓励进行重组，同时对清算的启动标准和重组的启动标准作出必要的区分。

71. 虽然有的与会者对建议(19)的变式 2 表示支持，但经过讨论，普遍认为应当保留变式 1 并将脚注 5 和 6 并入其中。

72. 关于建议(20)，有的与会者提出，对于如何在(a)和(b)段之间作出选择，应当作出更明确的论述。

73. 针对评注中论及的政府机构启动程序的问题，有的与会者提出在建议(21)中的“债权人”一词之后加上“或政府机构”这样的词语，同时作出任何必要的修改以考虑到公共机构出于公共利益而非出于破产考虑启动程序的情形。为了反映工作组关于向债务人提供通知的例外情形的讨论情况，与会者建议在启首语中“破产法”之后加上“一般”一词。

74. 与会者对关于启动程序通知的建议(22)至(24)提出一些担心。一种看法认为,应当对通知个别当事人和普遍公布启动程序明确加以区分。关于公布,有的与会者认为,在政府公报中公布,一般来说只是例行手续,不应依靠这种手段来提供有效的通知;全国性报纸的提法应当删去,改为提及债务人营业所在地的地方性报纸。关于如何具体说明可发布通知的出版物的种类,与会者提出采用下述替代写法:“一般有可能引起有关当事人注意的出版物”。与会者还建议纳入用电子通信手段向个人发出通知的可能性。为了说明建议(22)的程序性质,与会者提出在启首语中提到有必要确立统一的通知程序。关于哪些当事人应提供通知的问题,与会者提出将建议(22)最后一句话中的“可”改为“应”。工作组请秘书处在修订上述建议时考虑到这些意见。

75. 关于建议(23),与会者提出,应当具体指明由哪一方当事人负责拟订应予通知的债权人名单。对于“[其名字可从债务人帐册和记录中查到]”这一用语,与会者认为没有必要,而且可能限制了范围,因为可能还有一些已知的债权人无法用此种方式查到。

76. 与会者提出在建议(24)中增加进一步的要求,其中包括,提供关于核实债权以及核实债权的任何时间框架的资料,适用中止及其效力。

77. 有的与会者对建议(25)的措词和内容提出问题。据指出,建议(25)(b)的范围过窄,未论及多个债权人提出申请的情形。其中一位债权人的债务引起争议,不应导致申请无效。与会者认为,该条建议中提到的标准范围过窄,还应包括未遵守时间期限、当事人行为能力的有关问题、以及未偿付程序费用等情形。此外,应在起首语中加入“除其他情形之外”。另一项建议是,由于(c)段适用于清算和重组,应当删去起首语。作为措词问题,建议把(a)段放在各段之后。

78. 与会者注意到,各条建议中未论及解除程序的问题(这种做法在有些情况下是必要的,例如,债务人提出申请可视为自动启动程序的情形)以及解除程序的费用和制裁。如果提出申请即可自动启动程序(而且理应发出启动程序的通知),此后又解除程序,与会者建议为保护债务人的企业还应要求通知解除程序。这些建议得到支持。

79. 与会者提出,建议(26)应当对个人债务人和法人债务人加以区别。在回顾评注的第52至54段时,有的与会者提出,建议(26)应当只适用于债务人并非个人债务人而且有权要求解除债务的情形,因为在这种情况下申请是不能被拒绝的。与会者认为第一句话应当提到无“未设押”资产,而不应笼统提及资产。

80. 经讨论后,提出了关于解除、费用和处罚的下述建议草案供工作组今后审议。

破产程序的终止和解除

(26A) 破产法可以规定,如果法院判定有以下情形,法院可以终止或解除已经启动的程序:

- (a) 程序的启动构成对破产法的不当利用;

- (b) 债务人未遵守法院的命令或破产法的规定；
- (c) 债务人不与破产代表合作；或
- (d) 程序出现[不合理的]延误[并已经给债权人造成损害]。

[说明：上述理由将适用于清算程序或重组程序。尽管第五章 A 节(14)对重组程序转变为清算程序的可能理由进行了讨论，但还没有关于这一专题的建议。其他的转变理由可以包括：在重组期间继续遭受损失；以及未在[法律规定的期限][合理期间]内确认重组计划。可能需要把解除的理由与转变的理由区别开来。]

(26B) 破产法应当规定向债权人发出终止或解除破产程序的通知。

[说明：对于重组程序转变为清算程序，可能也需要列入这一规定。]

费用和处罚

(26C) 破产法应当对提出启动破产程序申请的特权规定合理的收费。

(26D) 破产法可以规定，法院应有权判定启动申请是否构成对破产法的不当利用。如果作出此种裁定，法院可以允许评估费用或对申请人作出处罚。

[说明：申请人可以是自愿申请中的债务人或非自愿申请中的债权人。]

2. 第三章. 破产程序启动时的资产处理(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9)

A. 受影响的资产

81. 与会者建议删去第 57 段结尾处括号内的词语，因为这些词语会引起混乱，或者对这些词语作出修改，提及破产代表取代或中断债务人的权力。

第 59 至 65 段—破产财产内的资产

82. 关于用词，与会者建议在指南中前后一致地提及将构成破产财产的债务人的“资产和权力”。

83. 与会者认为，第 59 段的脚注 1 将只适用于债务人是个人债务人的情形；至少在某个国家的破产法中，债务人可保留对人身伤害和名誉损失的起诉权，但不能保留对由此造成的任何收入损失的起诉权。

84. 与会者认为，第 60 段应当加入一条明确的说明，承认有必要为实现重组目的而影响有担保债权人的权利。一条相关的建议是，第 62 条应当指明有必要明确界定有担保债权人的各项权利，以便得以确定信贷风险的代价，其写法如下：“破产法应明确阐明有担保债权人处理其担保物的权利。”此项建议得到支持。

85. 与会者认为第 61 段的实质内容可以接受。

86. 与会者认为，第 63 段只涉及个人债务人，为更加明确起见，不妨挪至第 68 段。另一项建议是，应当增加一段论述，论及破产法以外的法律对在破产中处理共同财产的作用以及可供破产程序支配的各种共同拥有资产的示例。这项建议得到支持。

87. 与会者关心的另一个问题是，第三方拥有的资产可否归入破产财产以及在哪些情形下这些资产可以在破产程序中使用（无论其是否为破产财产的一部分）。虽然此种资产的使用问题在第三章 C 节中论及，但工作组同意在第 64 段中更为清楚地阐明这个问题。

第 66 至 68 段—排除在破产财产之外的资产

88. 与会者提出，另一种应排除在外的资产，是根据某些法律可以收回的资产，例如启动程序前已供应但尚未付款的货物，（在符合鉴定及其他适用条件的情况下）供应商可以收回此种货物。

89. 第 66 段的实质内容基本上可以接受。

90. 与会者支持这样的意见：第 67 段不应包括在关于除外资产的章节内，而应放在一个单独的章节内。另外，与会者还对下述建议表示了一定的支持：第 67 段应当清楚地阐明破产财产应包含债务人的所有资产，而不论其位于何处。与会者特别指出，把外国资产排除在外会影响对债务人进行重组的能力。

第 69 和 70 段—收回的资产

91. 普遍认为，第 69 段应当与第三章 E 节中关于撤销条款的论述保持一致，而且应当提及各类可以撤销的交易。与会者提出在第一句话中增添若干词语：在“不当”之后加上“设押”一词；提及造成破产的交易，而不是只提及在“破产之时”发生的交易；提到涉及向债权人以外的当事人赠送礼品的交易，例如在债务人破产时或者在债务人因赠送礼品而破产时向配偶赠送礼品。据认为，在跨国界破产案中，那些未对撤销某些种类的转让交易作出规定的法域，会在承认和合作方面遇到麻烦。

92. 工作组一致认为，第 70 段应当比照指南中关于未经批准的交易的章节。

建议

93. 关于目的条款，有人建议应当根据关于有担保债权人和第三方拥有的资产的讨论情况恢复(d)项，但对(d)项和开头语作适当的修改，以反映该节的内容，即破产财产的构成，而不是启动的效力。

94. 工作组审议了关于建议(27)和(28)的两项提案。第一项提案是，应当在(27)(a)的第一个短语结束时加上“无论位于何处”的措词并删除建议(28)。第二项提案

是，建议(28)应修改为“…破产法应规定破产财产将包括无论位于何处的所有资产。”对这两个提案都表示了一定程度的支持，普遍的看法是，鉴于工作组已决定将《贸易法委员会跨国界破产示范法》并入指南中，因此指南中采用一种措词强硬的赞成普遍做法的表述可能是适当的。有建议认为，如果一国采取一种普遍做法，那么指南应当突出表明破产法必须采用明确的规则，以便给债权人带来确定性，并应当解决承认的问题（并加上参照《跨国界破产示范法》的内容）。还决定，评注中应确认有些国家可能希望采取一种不同的做法。

95. 对建议(29)提出了两项修改：标题中恢复提到自然人，并删除“其中可包括破产程序启动后获得的资产”词语。

B. 保护和维持破产财产(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

96. 作为一种工作方法，工作组讨论并同意将重点放在指南的建议上，并对评注进行修改，以反映有关的审议情况。工作组请秘书处评注的有关部分反映就建议所讨论的问题并对案文进行调整。

建议

97. 人们对目的一节(a)项方括号中的第二个选择方案的具体细节表示支持。除此之外，本节的内容都是可以接受的。

98. 有建议认为，起草本节建议时应当考虑到工作组先前就在特殊情况下可能不必通知债务人的可能性所作的审议，以便最大限度地减少受到损害的可能性。一些人对此建议表示支持。

99. 对建议(30)开头语的文字提出了以下修改建议：第一行中的“债务人的资产”应改为“债务人的资产和权利”；“急”字应当从方括号的文字中删除，并删除方括号；用“债务人、债权人或第三方”取代第二行的“任何有关当事人”，以反映已就目的条款所达成的一致意见。这些修改都得到了支持。

100. 有建议认为可以在建议(30)(a)的前面加上“根据要求”词语。

101. 有人表示担心，建议(30)(b)赋予破产代表的权力在某些情况下可能太广泛，因为它可能取决于是否指定破产代表来监督或控制债务人企业。据认为，对出售的权力应当施加更多的限制，以避免破产代表可能滥用，如出售所有资产。不过，也有人支持这样的看法，即“在企业正常经营过程中”和“包括”（可以改为“可以包括”）这些词语应当足以消除这种担心。另据指出，一些破产制度要求破产代表有忠诚保险契约，以防止任何不遵守诺言的行为。另据建议，应当明确规定“其他人员”一词不是指债务人。一些人支持把建议(30)(b)两套案文的方括号都删除，尽管据指出，第二个案文似乎没有必要，因为开头语中已经载有这一内容。

102. 有建议认为，建议(30)(d)中参照的内容应当扩大到整个建议(35)，而不仅限于(35)(d)。

103. 有建议认为，建议(31)的第一句应当提到经授权实施临时措施的个人或机构，而不是提到债务人和临时破产代表之间责任的平衡。另一项建议涉及到该建议的第二句，认为债务人继续管理企业的权力即使在未指定临时破产代表时也应能够加以限制。对建议(31)还提出了一些起草建议：在第二句中，“除非”一词应以“但……的除外”取代；在同一句中，“权力”一词应改为“权力和权利”或“权利和义务”。

104. 据商定，建议(32)中的“可”字应当用“应”字取代，而开头语应为“Where appropriate…”（酌情），因为它与建议(33)结合在一起将顾及到不向债务人发出通知的情形。对此，有人认为，看来没有必要这样做，因为临时措施的通知可以与启动通知区分开来。

105. 一致同意，建议(33)应增加以下措词：“如果债务人没有得到事先通知，法院应当[在…天内][应紧急申请][在一段合理的期限内][立即]裁定可以听取债务人反对所给予的全部或部分救济的意见”。应当强调限制时限以防止企业全部价值消失，可以对该建议加上脚注进行强调。另有建议认为，指南应指出初步措施在任何情况下都应当接受定期审查和更新。为了对不当使用进行制裁，有人认为应当给该建议再增加一些内容——“如果法院认为救济属不当取得，法院应当保留确定费用的自由裁量权”。关于建议(33)的一项起草建议是，在“破产代表”之后加上“债务人”一词。另外还有建议认为，“根据自己的动议”一语应当以大意如此的以下词语所取代：法院可以始终听取债务人的意见，而变更的决定则必须通知债务人。所提出的一项选择性建议是，对该词语加上“在发出适当的审理通知之后”的修饰语。

106. 有建议认为，建议(34)的结尾处应当加上以下措词：“…或者启动程序的申请被驳回”。一致认为，在讨论权限问题中可以加上一项说明，以解决审查这种措施的法院的组成人员是否将与授权采取这种措施的法院的组成人员相同的问题。

107. 据指出，建议(35)(a)来源于但并未照搬《跨国界破产示范法》第 23 条。为了解决维护债权的问题，一致认为，应当把《示范法》和《颁布指南》中的措词以某种形式纳入到建议之中。关于量化债权的问题，有建议认为，应当从建议(35)(a)中删除提到量化的内容，而在评注中可以指出，法院始终可以考虑解除在这一问题上的中止程序。有人提出，如果合同规定了终止日期，而该日期碰巧在程序启动之后，就不应当实施建议(35)(c)，不让合同终止。这一建议得到支持。

108. 有建议认为，在指南中加上对自动中止的例外一览表可能是有益的，其中包括对债务人提出人身伤害索赔或根据家庭关系法提出索赔的程序的自动中止例外。一致认为，例外不应扩大到大规模侵权行为的情形，尽管索赔人可以有权个别地寻求解除中止。经过讨论，工作组一致认为，指南应当说明破产法可以规定一些中止例外，但这些例外应当明确加以规定。

109. 对建议(35)作了一系列起草方面的修改：(35)(a)第一行修改为：“破产财产的资产和权利”；建议(35)(a)方括号内的文字修改为：“法院认为紧急而必需的”。另外还建议，(a)项从“除外”开始的后半部分可能没有必要。再一项建

议是，“包括担保权益的实现或强制执行”可以从(35)(a)中删除，因为建议(40)已经对这一问题作了处理，其中包括了参照建议(35)。

110. 有建议认为，建议(36)应当对该款设想的救济措施规定一些限制。

111. 普遍认为，应把建议(37)中的“可规定”修改为“应规定”，并在“法院”一词之后加上“在启动后”。

112. 经过讨论，一致认为，建议(38)必须说明临时措施（包括建议(36)中提到的措施）什么时间生效并生效多长时间。关于启动时自动适用的措施，有建议认为，应当在建议中清楚地说明，这些措施将在“作出启动决定之时”适用。

113. 建议(39)的内容被认为可以接受。

114. 经过讨论，工作组一致认为，建议(40)(a)中的“程序的期限”的措词不够充分，因为它给人这样一个印象，即中止可以是无限期适用的。工作组无法就替代措词达成最后的一致意见，尽管一致认为，应明确规定这一期限是有限的。所提出的建议有：中止将在制定或批准重组计划之前的整个期间或以下最先发生的时间内仍然有效：(一)计划生效或对自动适用的措施所规定的任何期限届满，(二)程序告终，或(三)法院对有担保债权人解除自动适用的措施。一些人支持最后一种表述方法。工作组同意修改建议(40)(b)中的天数，并且可以将其从该款挪到脚注，并附带说明该期间是示意性的。有人在澄清时建议，指南应当明确指出，如果有担保债权人被排除在破产财产之外，建议(40)规定的中止程序也不应当把他们包括在内。

115. 另外一致认为，建议(40)(b)(三)中提到的损害的文字应修改为有担保债权人将不会得到充分的保护，而且这一概念应当在评注中加以解释。

116. 有些与会者对建议(44)(a)的范围表示关切。特别提到的一个问题是，建议是否应同时适用于清算和重组。讨论后与会者一致认为，该建议应适用于这两种类型的程序，案文应就此作出适当的澄清。关于措词，提出若干初步建议：“根据包括……在内的理由”改为“经法院裁定”；在建议(41)(a)中，“并且并非为下述情况所必需”之前添加“并且破产代表证明”这几个词，删除建议(41)(a)(三)中的“作为经营中企业”。

117. 另一个关切涉及对建议(41)(a)至(c)的解释，尤其是(a)和(b)段究竟是累积性的还是排斥性的。讨论后普遍认为，为防止取消中止，必须证明该资产对于破产财产是有价值的，并且为重组企业或出售企业所必需。为更加明确地落实这一要求，有的与会者建议将(a)段分成两部分，分别涉及价值问题和保留资产的必要性问题。另有与会者提出采用一种更适当的标准，即把建议(40)和建议(41)更紧密地联系起来，以价值是否最大化、而不是以今后是否必须出售企业作为标准。有的与会者指出，启首语仅使用了“包括下列理由在内”这几个并不表示排它性要求的词，其灵活性当足以顾及上述关切。有的与会者指出，讨论中遇到的部分难题可能是由于对“毫无价值”有不同的解释。由于该词既可按字面意思解释为毫无价值，也可指有担保债权人的担保不足，债权价值超过作保资产价值，因此，应当在案文中澄清这一点。

118. 关于建议(41)(b)，有的与会者建议用不十分具体提及的破产法或法院规定的最后期限或时限取代“[……]天”的提法。有的与会者回顾，曾就建议(40)(b)作过类似的修改。

119. 关于措词，有的与会者建议，(41)(c)第二次提及“资产”时，该词应改为“有担保债权人”。对使用“作保资产”一词是否合适也提出问题，经商定，认为必须结合整个指南看待这一用法。

120. 针对如何援用建议(42)提出关切，即何时审查价值缩减和根据什么因素评价价值缩减的问题，有的与会者指出，只有在根据建议(41)寻求救济而未获准的情况下这一建议才有意义；该建议论及对有担保债权人的保护，而不是论及价值的缩减，这是正确的。有的与会者认为，显然建议(41)明确指出债权人有必要请求解除中止，但从建议(42)看不出应由哪一方当事人提出这一请求供法院审理。

121. 有的与会者提出为明确起见对建议(42)的措词修改如下：“破产法应规定，法院可受理有担保债权人就作保资产价值缩减提出的申诉，并考虑提供适当的保护。”第二句和第三句第一部分的措词按原样不变，第三句“侵蚀”一词之后添加“因实行自动措施或因破产财产使用作保资产”。(a)至(c)段的措词按原样不变。这一建议得到一定支持，但有些与会者表示在对拟议措词作更深入的研究之前保留意见。所担心的一个问题是，适用中止，本身并不足以构成审查价值缩减的依据，因为价值缩减可能包含价值的附带损失，而债权人不应为此得到赔偿。对于这种关切，有的与会者指出，这一提议并非硬性规定提供保护，与会者还讨论了一些可表明不动用资产时价值的缩减事实上也可能因适用中止而发生的情形。

122. 另有与会者提出，该建议应当写成一条一般性原则，规定必须兼顾破产目标和对有担保债权人的保护，并应在必要时提供适当的保障。

123. 有的与会者指出，除建议(41)和(42)之外，似有必要拟订一则条文，允许有担保债权人要求破产代表在某些情形下（尤其是在资产对破产财产毫无价值的情况下）放弃作保资产，而不必正式请求解除中止并赋予破产代表解除中止的权力。

124. 经讨论后，提出了建议(42)的下述修订草案供工作组今后审议。

(42) 破产法应规定，如果作保资产的价值未超过担保债权的数额，或如果由于采取自动适用措施或破产财产使用作保资产而造成作保资产价值缩减，不足以偿付担保债权，可向有担保债权人提供保护。破产法[还]应规定，法院可审理有担保债权人就作保资产价值缩减而提出的申诉，并考虑提供下述适当保护：

- (a) 由破产财产支付现金；
- (b) 提供附加担保；或
- (c) 法院认定可提供适当保护的其他方法。

[说明：指南评注部分如尚未说明，则必须强调，如果作保资产的价值超过担保债权数额，并且足以偿付担保债权，可能就不需要提供保护。]

C. 资产的使用和处分(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

建议

125. 与会者普遍认为论述目的部分的实质内容可以接受。

126. 关于建议(43)的启首语，有的与会者指出，不宜用“批准”继续经营的提法，并提出采用这样的写法：“……需继续经营企业时”。该建议得到支持。与会者还指出，清算期间债务人一般丧失处理资产的能力，而在重组中则不然，因此，可能需要将这条建议分开，以更为明确地述及这些区别。该建议得到一定支持。

127. 有的与会者指出，纵观各种法律制度，并非总是破产代表有权出售资产，受托人或监督人也可以有这种权利。在这种情形下，(43)(a)的用语就无法适用。与此相关的一种意见是，该建议只涉及指定破产代表的情形，把这些权力赋予占有设押资产的债务人，似乎不妥。对此，有的与会者认为，有些破产法不允许占有设押资产的债务人保留这些权力。另一种观点是，(a)段可提及受破产代表监督或管制的债务人。这一办法得到一定支持。经过讨论，工作组认为或许有必要反映各种可能性。

128. 有的与会者担心，“使用、出售或出租”这一用语范围过窄，应扩大其范围，以涵盖从破产财产中让渡资产的其他手段。例如，抵押、设押或其他处分方式。

129. 有的与会者表示赞成保留建议(43)(b)方括号内提及法院和关于使用作保资产和第三方拥有资产的其他建议的措词；同时赞成将“债权人”改为“债权人委员会”，并指明将其作为法院批准的替代方式。反对意见认为，要求由债权人或债权人委员会批准可能过于繁琐，所需要的只是向债权人发出通知，并向他们提供对拟议诉讼提出质疑的机会。另一种不同的观点也得到一定的支持，认为应侧重于债权人委员会，而不应要求法院加以批准。针对“正常经营过程”的含义所引起的关注，与会者指出，该词是破产情况下常用的词语，但在评注中作进一步的解释，也未尝不可。

130. 经讨论后，提出了建议(43)的下述修订草案供工作组今后审议。

(43) 如果根据重组程序，债务人可继续经营其企业，破产法应：

(a) 允许债务人在破产代表的监督下，在正常经营过程中使用、出售、抵押、出租或以其他方式处分或设押破产财产中的资产；

(b) 允许破产代表在正常经营范围以外使用、出售、抵押、出租或以其他方式处分或设押破产财产中的资产，但须经法院批准，除非已得到受影响的债权人的同意，[并依照指南关于使用作保资产和第三方资产的建议]。

(43A) 如果根据清算程序债务人可继续经营其企业，破产法应允许破产代表在正常经营过程中使用、出售、出租、抵押或以其他方式处分或设押破

产财产中的资产，但如果是在正常经营范围之外使用、出售或出租资产，就必须经由法院批准。

131. 关于建议(44)和(45)，有的与会者担心，这些条文不过是对建议(41)和(42)中所涉事项的重复，可以由内容大致如下的一般性建议取代：可以在不影响前几项建议所提供的保护的情况下在程序中使用作保资产。支持这一提议的与会者认为，如果按建议(27)所述将作保资产列入破产财产，也就没有必要再列入象建议(44)这样的条文。有的与会者表示支持按下述写法一般提及建议(41)和(42)：“可以使用抵作担保权益的财产，但须按建议(40)至(42)所述保护有担保债权人[或所有人]的权益”，同时需对建议(43)作一些调整。

132. 鉴于建议(46)论及债务人在不违反合同安排的情况下占有资产，有的与会者提出，该建议理应属于第三章 D 节：合同的处理。有的与会者还建议，措词的限制性应当更强，并提出这样的写法：资产归第三方所有，不属于破产财产的一部分，但由债务人占有或控制并可由债务人合法使用（或可由债务人经第三方同意后使用）的，可以由破产代表使用。

133. 关于建议(47)，有的与会者指出，该建议重复了向有担保债权人提供的保护，或许可以用比照其他建议的方式来处理。经过讨论，有的与会者表示支持从第三章 C 节中删除建议(46)和(47)的实质内容，以措词中提及第三章 B 节或第三章 D 节的行文取而代之，并确保在第三章 B 节和第三章 D 节中适当述及这些问题。

134. 与会者提出，根据建议(48)，由债权人批准是不合适的，所需要的是发出通知并有机会对拟议诉讼提出异议仅此而已。与会者认为，在未指定破产代表的情况下把此种权利赋予占有设押资产的债务人，可能不大妥当。

135. 与会者认为，建议(49)中提到“有合理的迹象表明”有担保债权人能够比破产代表更容易地出售资产，这一标准过于主观，与会者普遍支持采用一种更为客观的办法。提到“无价值”一词的用法时，与会者认为，这些词语在指南的其他地方也使用，因此建议将其改为：“当附担保债权的价值超过资产价值时”。与会者还建议比照提及关于债权的论述，特别是提及这样一点：当资产交给有担保债权人处理时，应当对有担保债权人的债权作出某种限制。关于第二句括号内的词语，与会者认为“可”字更为妥当。

136. 在对建议(50)进行讨论之后，工作组商定以下几点：(一)建议(50)最后一句括号内的词语“由法院批准”，应当保留；(二)由债权人批准，应改为债权人委员会或其他债权人机构，并作为备选办法提出；(三)这一条文应侧重于正常经营过程以外的出售；(四)对关于公开拍卖通知和公布要求的评注应当作出补充。有的与会者还支持允许向债权人提供通知，而不是由债权人给予批准，条件是债权人有机会在其不同意时向法院提出销售质疑。还有的与会者支持建议(50)只注重出售方法的想法。

137. 对措词提出的建议包括在“任何出售通知”之后加上“在正常经营过程之外”，并在该词之后加上“私下出售”，另外删除第一句中两个带括号的词语。一项替代建议是，把“在正常经营过程外”这一词语从方括号内删除，挪

到“出售方法”一词之后，另外把“无论是在清算还是在重组中”这一词语的方括号去掉。

138. 与会者表示支持对下述情形作出规定：当资产需紧急出售时，例如，资产可能迅速丧失其价值，则无需通知债权人和/或取得债权人的批准，或者在出售之后补办批准手续。对建议(50)提出的一条补充意见是，提议对内幕人士出售资产时，必须认真加以审查，然后才能批准。另外还提出调整这些建议的顺序，把建议(50)放在建议(48)、(49)和(51)之前，或置于其后。

139. 普遍认为应当去掉建议(51)的脚注 5，因为该脚注不必要地限制了有担保债权人反对出售的理由同时应在建议(51)中加入一新款，其大意是如果出售的收益超过有担保债权的价值，无需对有担保债权人提供任何保护。关于建议(51)(b)，与会者对债权人应向哪一方当事人提出异议表示了不同的看法，有的与会者表示赞成将该句改为：“向[法院或破产代表就]提出异议。”

140. 与会者提出，关于出售资产的估值程序，还需在评注中作比较详细的论述。有的与会者提出在建议(51)中加入一条，规定即使法院批准出售，但如果资产的开价不合适，有担保债权人为了保护自身的利益可以保留取消开价的权利。

D. 合同的处理(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

建议

141. 与会者一致认为，目的条款(b)条方括号内的“和何人”应保留，同时去掉方括号。

142. 与会者认为建议(52)的实质内容可以接受。

143. 工作组同意对建议(53)作出以下修改：起首语中的“应”一词比“可”更可取；“终止权”应改为“自动终止”，以免使人以为建议(53)还可能指有权选择终止；建议(53)(c)和(53)(d)的实质内容应挪至评注中。工作组还一致认为，评注应说明建议(53)只适用于合同可以被推翻的情形而且其中的各条是非排他性的。与会者还提出在评注中加入这样一条解释：法院可以对类似的合同条款进行审查，以确定其对此种事件的终止效力。

144. 与会者认为，按目前的措词，建议(53)适用于所有类型的合同，但某些合同应排除在外，如贷款。关于措词，与会者提出的意见包括：在建议(53)开头处加上“破产程序启动时”；“针对破产代表”这一词语的方括号应当去掉，加上“和债务人”“或确定为违约事件”应当删去。

145. 工作组一致认为，建议(54)的实质内容可以接受，但需在建议(53)和(56)中论及对其他订约方的效力以及其他订约方的权利问题。这包括是否应向该订约方通知破产代表的决定以及该当事方是否能够质疑这一决定。与会者还指出，关于在这种情况下有无必要取得法院的批准的问题，存在着不同的看法，不妨在评注中加以论述。

146. 关于建议(55)括号内的例外情形与会者提出将其去掉，理由是，合同一经延续，所有条款都是可以执行的。有的与会者以破产代表不应对违反自动终止条款负责为依据，提出挪动此种例外情形，将其放在“和”一词之后和“损害赔偿金”一词之前使之与损害赔偿金而不是与可执行性发生具体关系。鉴于最后一行中提到“破产代表违约”，与会者对破产代表的潜在赔偿责任提出一些担心；经过讨论，一致认为应当删除提及破产代表之处，同时一并删去该例外情形。关于“延续”一词的用法，与会者提出采用其他措词，例如“通过”或“接受”，以清楚地表明，损害赔偿金只对破产代表肯定会延续的合同适用。一个问题是，这些建议并未论及破产代表不知情的合同和如何处理这些合同的问题。与会者特别提出，破产代表未能处理此种合同，并不等于延续这些合同。

147. 对建议(56)的措词提出的意见是：“程序启动时”应改为“程序启动之前”；(a)段应提到“破产财产的”的能力；在建议(56)中以及在整个指南中，所提及的“延续”应指“继续履约”；对“决定”一词的使用，应当贯穿指南全文；或采用不同的写法来表明破产代表肯定会决定延续哪些合同；建议(56)(b)中的“将拥有”几个字可以保留。

148. 一致商定，因建议(56)(a)中“能够得到纠正”的提法过于空泛，容易被滥用，应予删除。但是，有人指出，纠正违约的义务不应是绝对的，应在建议(56)(a)的“恢复”二字之前加上“基本上”一词。有人对“适当的保证”一词表示疑问，为此，建议需要由破产代表作出履约保证。一致商定，无论对合同如何说明，都有必要论及基本服务，例如水电供应，但建议(56)(b)中方括号内的写法并不合适。必须确保债务人可以利用那些服务，特别是对于非自愿申请启动破产程序的情况，在其能够履行启动后义务的基础上，应继续提供服务。有人建议，可以在评注中加上一些正在考虑的合同类型示例。

149. 关于否决，有人说，有些法域并不赋予否决合同的权力，合同的履行自然停止，除非合同为破产代表所采用。据此，有人提议在评注中论述此种解决办法，并把将建议(57)中的“应”字改为“可”字。经讨论后，与会者认为该建议的实质内容可以接受，但应作出所提议的修正。

150. 与会者认为，按目前的措词建议(58)和(59)的实质内容可以接受。建议(60)的实质内容被认为可以接受，但应去除其中的方括号，保留其中的文字。

151. 针对有人认为建议(61)中的否决时间不应具体追溯效力的关切，与会者提出，如果要求由破产法规定生效时间，应当可以克服这一问题。有关追溯效力是否可取的任何问题应在《指南》中涉及。

152. 关于建议(62)，提议的修改是，在“决定”一词之前加上“以肯定态度”，其后案文的圆括号去掉；启首语中的“可”字改为“应”；第二句中的“可”也改作“应”；把“时限”改为“时段”。关于圆括号中的文字，有人提议，破产法应就需要作出决定的案例规定具体时段。关于建议(62)的第二句，有人提议在评注中论及未能采取行动的后果。提出的一个例子是合同根本无法执行，因而提议就后果而言增加的任何规定均应涉及清算与重组之间的潜在差别。有

人回顾，评注中的第 140 段也许适当论及这一问题，这一办法获得支持。另一项提议是，也许可在建议(92)(d)中增加文字，提到应提供一个合同清单。

153. 工作组商定，建议(63)开头方括号中的词语应予保留，把括号去除，再把建议(63)的措词修改为“作出及时决定”。得到支持的一个提议是，损害绝不应当是请求作出决定的一个条件，因此应删去“就此种合同”这一词语。为解决破产代表未能作出决定所造成的情况，有人提议把案文改为：“破产法应允许一对应方向破产代表提出请求，或在破产代表未能采取行动的情况下，请求法院作出及时决定”。这就使对应方在破产代表未能采取行动时可以请求法院命令破产代表采取行动。

154. 经过讨论，一致商定，建议(64)没有必要，可全部删去，同时删去建议(65)的启首语，直至“破产法”为止，建议(65)应保留“可规定”一语。还商定，建议(66)的(e)段，作为转让的一个先决条件，挪至建议(65)更合适。在(a)段中，提议在“义务”的前面再增加“启动后”这一定语，使之更为明确。一致商定，建议(66)(c)中的方括号内的词语应予保留，并将词语改成“是必要的或有利于破产财产的”，这样可以涵盖重组和清算两种情况。其余词语可予删除。另有一个得到一定支持的提议是，在建议(66)中再加上一句，大意是，“破产法还可规定，如合同被转让，即由受让人取代债务人，自转让日期之后作为订约当事方”。在涉及不合理损害或不利处境的措词上，经讨论决定，两种提法均应保留，作为可能的选择。对于有人提出在转让合同之前应纠正违约情况的问题，一致商定，该问题应在评注中论及。

155. 有人对建议(67)的意旨和应予包括的合同表示疑虑。普遍一致的看法是，鉴于可适用的国际制度，应当论及劳工合同。经讨论后，工作组商定，需有一项总则，提及对某些类别的合同作特别处理，同时增添一些举例，例如劳工合同。

156. 工作组同意删除建议(68)中提及的“正常经营过程中”。提议可增加提及建议编号，以解决可予以撤销或未经授权的启动后合同问题。

E. 撤销权诉讼 (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

建议

157. 关于目的条款，工作组同意在(a)款中使用“重构”和“公正”，在(b)款中保留方括号中的所有词语，并将“或”改为“和”。

158. 关于建议(69)，工作组同意将“净值”一词改为“破产财产的价值”，并应当保留“公正”而不是“公平”二字。方括号中的词语“[或[申请]启动后发生的未经许可的]”应当与目的条款中商定的措词一致起来。

159. 工作组讨论了关于撤销交易的建议(70)下若干方面的标准，针对(a)款，一致认为“通过例如把资产转让给第三方”等词语应当删除，而保留下划线的案文部分。关于第三方知情的问题，普遍意见是赞同把所要求的条件改为“第三方已知或应当已经知道”债务人的意图。在关于证据问题的建议(79)和(80)中，应

当进一步论及第三方可以利用的抗辩理由。另一种建议是，在债务人破产的情形下，(a)款所述各类交易可以撤销。关于这项建议，可以在指南中作进一步讨论。工作组还商定，在(b)和(c)款中，应保留“破产”二字，删去“已停止偿付”，“破产”一词应当参照工作组以往关于启动标准的讨论加以定义，并在评注和词汇中作进一步解释。

160. 工作组一致认为，建议(71)涉及应当在指南中保留的两个观点：(一)如果根据破产法以外的其他法律，某项担保权益是有效的或发生效力和可执行的，那么破产法应当承认这种有效性或效力和可执行性；(二)尽管某项担保权益根据其他法律可能是有效的或发生效力和可执行的，但可能仍需服从破产法关于撤销权的规定。工作组没有解决关于在指南中放置第一项原则的问题。关于第二项原则，与会者支持将脚注 3 的实质内容纳入建议(69)，以便更好地说明此语的用意。

161. 对建议(72)提出了若干改动。有与会者提议，(a)款是不需要的，应当删除。还有与会者建议在(b)款中将“可”改为“应”，对此，据认为，鉴于没有建议特定的时间，所以如果在不涉及相关人员的情况下所适用的嫌疑期已经是一段长期的时间，那么将难以看出如何或为什么对相关人员的期限应当更长些，因而应当保留“可”字。有与会者建议将(c)款分为两款，一款阐述推定问题，另一款阐述必要的举证责任转换问题，以便利于撤销对破产财产不利的交易。据指出，由于“相关人”一词可涵盖包括自然人和法人在内的各种人，所以应当在词汇中加以定义。

162. 一致商定建议(73)和(74)的实质内容是可以接受的。

163. 关于建议(75)，工作组一致认为，嫌疑期的“计算应回溯自”申请启动之日或程序启动之日开始，这两种备选方法都应当保留在建议中，并在评注中做进一步解释。

164. 关于是否宜由债权人启动撤销权诉讼，以及这种可能性是否应是除破产代表之外的另一种补充办法还是替代办法，还有是否将需要有法院批准的问题（建议(76)），与会者表示了各种不同的意见。一种观点认为，只有当破产代表决定不启动撤销权诉讼或破产代表同意应由债权人启动这种诉讼时，债权人才能启动撤销权诉讼。作为对这种观点的支持，据称需要尊重破产代表在管理破产财产方面的中心作用和职责。无论如何，据指出，破产法应当强调，撤销权诉讼的目的是为了恢复破产财产的价值或资产，而不是使某个另一方获益。作为一种不同的方式，有与会者指出，有些破产法规定，必须首先获得债权人或大多数债权人的同意之后，破产代表才能启动撤销权诉讼。那些不同意破产代表提起这类诉讼的债权人，可自己提起这类诉讼，风险自负。

165. 另一种观点是，在允许由债权人启动撤销权诉讼的情形下，其附带条件应是需首先经由法院批准，不过也有与会者指出，在有些国家，要求法院批准后才能启动这类诉讼可能会有问题。如果债权人可随意启动撤销权诉讼，即可能出现债权人滥用力量的问题，在这种情况下，可对债权人实行处罚，或可要求由债权人支付诉讼的费用。另一种观点是，不应当把法院的批准作为理当如此的要求，而是规定债权人启动这类诉讼的权力应当取决于首先征得破产代表的

同意。如果破产代表不同意，那么债权人才可寻求法院的批准，破产代表将有权陈述为什么不应提起撤销权诉讼。据指出，这种做法的必要性还在于也可防止各当事方之间可能做交易的现象。经讨论后，普遍认为债权人可以有权提起撤销权诉讼，但首先应与破产代表协商，如果破产代表不同意，才可寻求法院的批准（法院可准许启动撤销权诉讼，或审理案情）。

¹ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》(A/55/17)，第 400-409 段。

² 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 17 号》(A/56/17)，第 296-308 段。

³ 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 17 号》(A/57/17)，第 194 段。