破产法立法指南

联合国国际贸易法委员会编著

联合国

联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）是联合国大会的一个附属机构，编写国际法律文书供各国用于更新商业法，并编写非法律文书供商业当事方用于交易洽谈。法律文书包括如下：《联合国国际货物销售合同公约》；《国际货物销售时效期限公约》；《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》；《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》；《联合国独立担保和备用信用证公约》；《贸易法委员会国际贷记划拨示范法》；《联合国国际汇票和国际本票公约》；1978 年《联合国海上货物运输公约》（汉堡）；《联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约》；《贸易法委员会电子商务示范法》。非法律文书包括如下：《贸易法委员会仲裁规则》；《贸易法委员会调解规则》；《贸易法委员会组织仲裁程序的说明》；《贸易法委员会拟定工程建筑国际合同法律指南》；《贸易法委员会国际对销贸易交易法律指南》。

进一步的资料可向以下地址索取：

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre,
P. O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813
Internet: http://www.uncitral.org E-mail: uncitral@uncitral.org

联合国国际贸易法委员会

贸易法委员会

破产法立法指南

联合国
2006 年，纽约

说明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

本出版物上的材料可自由引用或翻印，但请注明来源，并送寄一册含有引用或翻印材料的出版物。

UNITED NATIONS PUBLICATION

Sales No. C.05.V.10

ISBN 92-1-730044-6

序言

破产法立法指南系由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）编写。这一项目源于 1999 年向委员会提出的一项建议，其内容是，贸易法委员会应当就破产法特别是公司破产问题开展进一步的工作，以促进并鼓励各国采用有效的公司破产制度。1999 年 12 月举行了一次探索性会议审议这样一个项目的可行性。根据该次会议的建议，委员会授权第五工作组（破产法）编写一份阐述强有力的破产、债务人-债权人制度的关键目标和核心特点的综合性说明，包括对庭外重组的考虑，以及一份载有实现这种目标和特点的灵活方法的立法指南，包括对各种可能的替代方法以及所意识到的这类方法的利弊的讨论。[1]为了征询国际破产界对指南中拟包括的破产制度关键目标及核心特点范围的意见，2000 年 12 月委员会与国际破产协会和国际律师协会联合举办了一期国际研讨会。

第五工作组于 2001 年 7 月审议了破产法立法指南草案的第一稿，审议工作持续了七届为期一周的会议，2004 年 3 月下旬举行了最后一次会议。除委员会 36 个成员国的代表之外，其他许多国家和一些国际组织的代表，包括政府间组织和非政府组织的代表，也积极参加了编写工作。在进行工作的同时还与第六工作组（担保权益）进行了密切协作，以确保在破产中对担保权益的处理与贸易法委员会正在拟订的《担保交易立法指南》相协调。

2004 年 6 月 14 日至 21 日在纽约举行的贸易法委员会第三十七届会议对《破产法立法指南》草案进行了最后协商，2004 年 6 月 25 日协商一致通过案文（见附件二）。随后，联合国大会 2004 年 12 月 2 日通过了第 59/40 号决议(见附件二)，并对贸易法委员会完成和通过《立法指南》表示赞赏。

[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。

目录

页次

序言 iii

导言 1

A. 破产法立法指南的架构和范围 1

B. 术语表 2

第一部分

确定有效力和高效率的破产法的关键目标和结构

一. 有效力和高效率的破产法的关键目标 9

A. 导言 9

B. 确立关键目标 10

1. 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长 10

2. 资产价值最大化 10

3. 在清算和重整之间求得平衡 11

4. 确保对处境相近的债权人的公平待遇 11

5. 及时、高效并公正地解决破产事务 11

6. 保全破产财产以便公平分配给债权人 12

7. 确保制定有透明度和可预见性的破产法，为收集和传递信息提供激励 12

8. 承认原有的债权人的权利，就优先债权的排序确定明晰的规则 13

9. 建立跨国界破产的框架 13

建议 1-5 13

C. 兼顾破产法的各项目的和关键目标 14

建议 6 15

D. 破产法的一般特征 16

1. 实质性问题 16

2. 破产法的结构 17

页次

3. 破产法与其他法律之间的关系 18

建议 7 18

二. 解决债务人财务困境的机制. 21

A. 导言 21

B. 自愿重组谈判 21

1. 必要的先决条件 22

2. 主要过程 23

3. 自愿重组的规则和准则 25

C. 破产程序 25

1. 重整程序 26

2. 清算 29

D. 行政程序 30

三. 体制框架 31

第二部分

有效和高效率的破产法的核心条文

一. 申请和启动 36

A. 资格和管辖权 36

1. 资格：破产法涉及的债务人 36

2. 管辖权 38

建议 8-13. 41

B. 程序的启动 42

1. 导言 42

2. 启动标准 43

3. 清算 46

4. 重整 49

5. 程序性问题 52

页次

6. 无足够资产的债务人 56
7. 破产程序的费用 57
8. 启动后撤销破产程序 58

建议 14-29 58
C. 破产程序中的准据法 62
1. 导言 62
2. 权利和债权有效性和效力问题的准据法 63
3. 破产程序中的准据法：法院地法 63
4. 破产程序中的准据法：对法院地法的例外 64
5. 在例外的可取性和破产的目标之间达成平衡 66

建议 30-34 66
二. 破产程序启动时的资产处理 69
A. 构成破产财产的资产 69
1. 导言 69
2. 纳入破产财产中的资产 69
3. 被排除在破产财产范围之外的资产 73
4. 构成破产财产的时间和资产的收回 74

建议 35-38 75
B. 保护和保全破产财产 76
1. 导言 76
2. 通过适用中止来保护破产财产 76
3. 中止的适用范围 77
4. 中止的酌情适用或自动适用 81
5. 中止的适用时间 81
6. 中止的适用期限 84
7. 中止期限的延长 86
8. 对担保债权人的保护 86

页次

9. 对债务人处分资产的限制 89

建议 39-51 90

C. 资产的使用和处分 95

1. 导言 95

2. 破产财产中的资产 95

3. 第三方拥有的资产 100

4. 对现金收益的处理 101

建议 52-62 101

D. 启动后融资 103

1. 启动后融资的必要性 103

2. 启动后融资的来源 105

3. 吸引启动后融资：提供优先权或担保 105

4. 启动后融资的批准 106

5. 转换程序的影响 107

建议 63-68 107

E. 合同的处理 109

1. 导言 109

2. 自动终止、提前到期或类似条款 111

3. 合同的延续或否决 112

4. 土地和房屋的租赁 116

5. 转让 117

6. 合同延续履行权、否认权和转让权的一般例外 117

7. 程序启动后订立的合同 118

建议 69-86 119

F. 撤销程序 122

1. 导言 122

页次

2. 撤销标准 124
3. 可撤销的交易的类型 127
4. 免于撤销诉讼的交易 131
5. 撤销的效力：无效或可撤销的交易 132
6. 确定可撤销期 132
7. 撤销程序的进行 133
8. 交易撤销后对方的责任 136
9. 重整转换为清算 136

建议 87-99 136
G. 抵销权 139

建议 100 140
H. 金融合同与净额结算 140

建议 101-107 142
三. 参与者 145
A. 债务人 145
1. 导言 145
2. 债务人企业的继续经营和债务人的作用 145
3. 债务人的权利 149
4. 债务人的义务 150
5. 债务人的赔偿责任 153

建议 108-114 154
B. 破产管理人 156
1. 导言 156
2. 资格 156
3. 破产管理人的甄选和指定 158
4. 对破产管理人的监督 160

页次

5. 破产管理人的职责和职能 160
6. 保密 161
7. 破产管理人的报酬 162
8. 破产管理人的赔偿责任 164
9. 破产管理人的代理人和雇员 165
10. 对破产管理人管理工作的审查 166
11. 破产管理人的解职 167
12. 破产管理人的替换 167

建议 115-125 167
C. 债权人：参与破产程序 170
1. 导言 170
2. 债权人介入决策的程度 171
3. 促进参与的机制 173
4. 债权人会议 174
5. 需由债权人表决的事项 175
6. 债权人委员会 176
7. 保密 180

建议 126-136 180
D. 利益相关方的申述权和上诉权 183
1. 申述权 183
2. 审查程序 183
3. 上诉权 184

建议 137-138 184
E. 担保债权人 185
四. 重整 187
A. 重整计划 187
1. 导言 187

页次

2. 计划的性质或形式 187

3. 重整计划的提出 188

4. 计划 191

5. 计划的批准 194

6. 提出的计划未能获得批准 200

7. 约束持异议类别的债权人 201

8. 法院确认计划 202

9. 经批准的和在要求确认的情况下经确认的计划的效力 204

10. 在法院确认后对计划提出质疑 204

11. 在债权人批准后修改计划 204

12. 计划的执行 205

13. 计划执行失败 206

14. 转换为清算 206

建议 139-159 207

B. 简易重整程序 212

1. 导言 212

2. 自愿重组谈判通常涉及的债权人 213

3. 自愿重组协议的实施程序 214

建议 160-168 217

五. 程序的管理 221

A. 债权人债权的处置 221

1. 导言 221

2. 债权人债权的申报 221

3. 对债权的核实和确认 227

4. 未获确认的债权 233

建议 169-184 233

页次

B. 优先顺序和收益的分配 237

1. 优先顺序 237

2. 分配 244

建议 185-193 244

C. 破产中对公司集团的处理 246

1. 导言 246

2. 集团对外部债务的责任 247

3. 集团内债务 248

六. 程序的终结 249

A. 债务的解除 249

1. 清算中债务人债务的解除 249

2. 重整中解除债务和债权 252

建议 194-196 252

B. 程序的终结 253

1. 清算 253

2. 重整 253

建议 197-198 254

附件

一. 破产程序中对担保债权人的处置. 255

二. 联合国国际贸易法委员会的决定和联合国大会第 59/40 号决议 257

三. 贸易法委员会跨国界破产示范法及制定指南 261

导言

A. 破产法立法指南的架构和范围

1. 本指南的目的是为了协助建立一个高效和有效力的法律框架，以解决债务人的财务困境。其目的是为了让国家机关和立法机构在制定新的法律法规或审查现行法律法规是否完备时用作参考。本指南所提供的建议旨在平衡兼顾尽快和尽可能高效地解决债务人的财务困境的需要和与该财务困境有关的各当事方——主要是债权人和其他在债务人的业务中有利害关系的各当事方的利益以及各种公共政策考虑。本指南讨论了与制订有效力和高效的破产法有关的核心问题，尽管各国的政策和立法处理上多有不同，这些问题在许多法律制度中都得到确认。本指南侧重依据破产法启动的并根据该法运行的破产程序，重点强调针对债务人的重整。债务人是指从事经济活动的法人或自然人。与从事非经济活动的个人（例如消费者）的破产相关的特有问题不作讨论。

2. 本立法指南还讨论了日趋增多的解决破产的其他工具的使用及其重要性，尤其是债务人与其主要债权人之间自愿进行不受破产法约束的重组谈判。除了论及国内破产法的要求之外，本指南编入了《贸易法委员会跨国界破产示范法》（“贸易法委员会示范法”）（附件三）的案文及其颁布指南，以便利审议跨国界破产问题。然而，应予指出的是，对示范法的使用通常有别于立法指南。具体地说，示范法属于建议各国作为本国法律一部分加以颁布的法规，而不论对其修改与否。示范法通常会就某一专题从法律上提出一整套解决办法，所使用的措词有助于将示范法的各项条文直接纳入国内法。另一方面，立法指南侧重于向立法者和其他使用者提供指导，为此原因，立法指南通常会列入大量评注，就相关问题展开讨论和分析。目的并不是要将立法指南的各项建议作为国内法一部分加以颁布。因此，其将概述在国内法中应该解决的核心问题，附有一些建议，就如何草拟某些立法条文提供具体指导。

3. 本立法指南并不针对有效力和高效的破产法的核心问题提供单独一套示范解决办法，而是协助读者评估现有的各种不同做法，从而选择对于国内或当地情况最为适合的一种方法。本指南各章的第一节附有评论，其中指明了在拟定破产法时应予考虑的关键问题并对不同的破产法所采取的各种做法作了论述和分析。各章的第二部分附有一套立法原则建议，更加具体地阐述在破产法中应如何处理这些关键问题，其中包括说明在破产法中

就某一专题列入相关条款的用意，以及对所建议列入这些条款的内容的简述。这些建议旨在协助建立高效和有效力的破产法立法框架，使之反映破产法领域的现代发展和趋势。这些建议根据所涉问题的情况而详略有别。有些建议采用立法语言来详述破产法处理某具体问题的方式，反映出对拟采取的具体做法意见高度一致。另外一些建议指出了破产法就某专题必须解决的关键要点，并提供了几种可能的备选做法，表明存在着可能必须加以考虑的不同的政策和程序性问题。

4. 建议使用者结合评论阅读立法建议，因为评论提供了有助于加深理解立法建议的详细背景信息，而且还论及未作为建议而具体列入的问题。鉴于担保债权人对于破产程序至关重要以及破产法对担保债权人的处理所涉及的政策考虑，还鼓励本立法指南的使用者考虑到第六工作组（担保权益）的工作和未来完稿后的《贸易法委员会担保交易立法指南》。

5. 本指南中的各条建议并不涉及其他法律领域，尽管正如指南通篇都会提到，这些其他法律对破产法的制订和根据破产法启动的破产程序的运行都有影响（例如，第二部分，第一章，第 89-91 段，关于准据法；以及关于债务人产权的建议 35(a)）。此外，一套破产制度的成功实施需要在建立适当的立法框架之外采取各种措施，特别是具备完备的基础制度设施、组织能力、专业技术知识和适当的人力财力资源。尽管这些问题都放在评论中讨论，除了与被指定管理破产财产的破产专业人员有关的问题之外，一般不在立法建议中涉及。

B. 术语表

1. 关于术语的说明

6. 下列术语旨在向立法指南的读者提供指导。诸如“担保债权人”、“担保权益”、“清算”和“重整”等许多术语在不同的法域可能有根本不同的含义，在指南中对术语的使用作出解释可有助于确保指南中所论述的这些概念清楚明确和得到广泛理解。

(a) 立法指南中对“法院”的提及

7. 指南假定，整个破产程序中都依赖法院的监督，法院有权启动破产程序、指定破产管理人、监督其活动和在这些程序的过程中作出裁定。虽然这种依赖作为一项一般原则可能是适当的，但在有些情况下，也可考虑其他做法，例如，法院（因缺少资源或因缺乏必要经验）无法处理破产工作，或倾向于由另外某个机构进行监督（见第一部分，第三章，机构框架）。

8. 本着简明扼要的目的，指南同《贸易法委员会跨国界破产示范法》第2条(e)款一样，都使用“法院”一词指控制或监督破产程序的主管司法机构或其他主管机构。某个权力机构支持破产程序或在破产程序中具有指定的作用，但不具备就这些程序进行裁定的职能，不应被视为与指南中使用的“法院”一词具有相同的含义。

(b) 解释规则

9. “或者（或）”的本意并不是排他；使用单数亦含复数；而“包括”的本意并不是详尽无遗；“可以”表示允许，“应当”表示指令；“诸如”和“例如”应与“包括”作同样解释。

10. 除非另有说明，“债权人”应解释为既包括法院地国的债权人，也包括外国债权人。

11. 除非另有说明，对“人”的提及应解释为既包括自然人，也包括法人。

2. 术语和定义

12. 以下各段解释在《立法指南》中频繁出现的某些表述形式的含义和用意：

(a) “破产管理债权或破产管理费用”：包括程序费用和开支在内的债权，例如破产管理人和由破产管理人雇用的专业人员的报酬，债务人继续经营的费用，适当行使破产管理人的职能和权力所引起的债务，继续履行合同义务和法律义务所引起的费用以及程序费用；

(b) “债务人的资产”： 债务人的财产、权利和利益，包括对财产的权利和利益，而不论该财产是否为债务人占用、是有形财产还是无形财产、是动产还是不动产，还包括债务人对抵押资产或对第三方所有的资产的权益；

(c) “撤销权规定” ：破产法中准许为了债权人的集体利益而取消破产程序之前发生的关于转让资产或承担债务的交易或以其他方式认定此种交易无效并收回已转让的任何资产或其价值的规定；

(d) “累赘资产”： 对于破产财产没有价值或价值极其轻微的资产，或者保留资产时所需的支出将超出资产变现收益或产生过重的义务或付款责任因而成为负担的资产；

(e) “现金收益”：变卖抵押资产的收益，但条件是此类收益数额不超过担保权益；

(f) “主要利益中心”：债务人对其利益进行经常性管理并因而可由第三方查明的地点；[1]

(g) “债权”：从债务人破产财产中受偿的权利，无论这种权利是否产生于债务、合同或其他类型的法律义务，也无论这种权利是否已清偿或未清偿，已到期或未到期，有争议或无争议，有担保或无担保，已确定或未确定。

注：有些法域承认在准据法允许情况下把向债务人追回资产的能力或权利作为债权。

(h) “程序的启动”：无论是由法规还是由司法判决确定的破产程序的生效日期；

(i) “法院”：有控制或监督破产程序的权限的司法当局或其他当局；[2]

(j) “债权人”：在破产程序启动时或启动前对债务人拥有债权的自然人或法人；

(k) “债权人委员会”：依照破产法指定的债权人代表机构，拥有破产法规定的咨询权和其他权力；

(l) “占有债务人”：重整程序中的债务人保留对经营的充分控制权，结果是法院不指定破产管理人；

(m) “解除债务”：免除在破产程序中涉及的或本来会解决的对债务人的债权；

(n) “处分”：全部或部分转移或放弃一项资产或一项资产的权益的任何方式；

(o) “抵押资产”：债权人在其中拥有担保权益的资产；

(p) “股东”：代表对一家公司或其他企业的部分资本所有权要求的股票或类似权益的持有者；

(q) “营业所”：债务人借助人工以及货物或服务从事非短暂性经济活动的任何经营地点；[3]

(r) “金融合同”： 系指涉及利率、商品、货币、股票、债券、指数或其他任何金融工具的任何现货交易、远期交易、期货交易、期权交易

---

[1]欧洲理事会 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号条例，陈述部分 13。

[2]根据《贸易法委员会跨国界破产示范法》（联合国出版物，出售品编号：E.99.V.3），第 2 条(e)项。《示范法》及其《颁布指南》的案文载于附件三。

[3]《贸易法委员会跨国界破产示范法》（1997 年），第 2 条(f)项 (见附件三)。

或互换交易、任何回购或证券借贷交易和在金融市场订立的与上述任何交易相类似的任何其他交易和上述交易的任何组合；[4]

(s) “破产”：债务人基本无力偿付到期债务，或债务人负债超过其资产价值；

(t) “破产财产”：需受破产程序支配的债务人资产；

(u) “破产程序”：为重整或清算进行的须受法院监督的集体程序。

(v) “破产管理人”：在破产程序中被授权管理破产财产进行重整或清算的个人或机构，包括临时指定的个人或机构;

(w) “清算”：依照破产法变卖和处分资产以分配给债权人的程序；

(x) “法院地法”：破产程序启动地国家的法律；

(y) “资产所在地法”：资产所在地国家的法律；

(z) “净额结算”：根据金融合同抵销规定的货币或非货币债务;

(aa) “净额结算协议”：双方或多方之间对以下一种或数种业务作出规定的一种金融合同：

㈠ 以债权更新或其他方式对同一日到期的同一币种付款进行净额交割;

㈡ 一方发生破产或其他违约情况时，按重置价值或公平市场价值终止所有未结交易，将这些金额按同一种货币折算，经相互对销算出一方应付给另一方的单一一笔款额；

㈢ 根据两项或多项净额结算协议，按本定义第㈡项列明的方式算出的各笔款额相互抵销；[5]

(bb) “正常营业过程”：与㈠破产程序启动之前债务人企业的经营和㈡正常营业条件都相符合的交易；

(cc) “同等原则”：情形相似的债权人按其债权比例从可分配给其所属等级的债权人的破产财产的资产中获得相应待遇和获得偿付的原则；

(dd) “利益方”：切身权利、义务或利益受到破产程序或破产程序中特定事项影响的任何当事人，包括债务人、破产管理人、债权人、股东、债权人委员会、政府部门或受到此种影响的任何其他人。破产程序对其利益影响渺茫或不明确的人将不被视为利益方；

---

[4]《联合国国际贸易应收款转让公约》(联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14)第 5 条(k)项。

[5]《联合国国际贸易应收款转让公约》第 5 条(1)项。

(ee) “程序启动后的债权”：破产程序启动后发生的债权；

(ff) “优惠性清偿”：导致债权人得到好处或不正常付款的交易；

(gg) “优先权”：某一债权因法律效力产生的排序优先于另一债权的权利；

(hh) “优先债权”：在偿付普通无担保债权人之前偿付的债权；

(ii) “保护价值”： 在破产程序中为维护抵押资产和第三方所拥有的资产的经济价值而采取的措施（在有些法域称为“充分保护”）。可以用支付现金、在替代或额外资产上提供担保权益或者以法院确定的其他必要的保护手段来提供保护；

(jj) “相关人”：对于本身是法律实体的债务人而言，相关人包括：㈠对债务人有控制力或者曾有控制力的人；及㈡债务人的母公司、子公司、合伙人或附属机构。 对本身是自然人的债务人而言，相关人包括同债务人有血亲和姻亲关系的人；

(kk) “重整”：采用各种手段恢复债务人企业的良好财务状况和活力并使之继续经营的过程，其中可包括免除债务、重订债期、债转股以及将企业整体（或部分）作为营运资产出售；

(ll) “重整计划”：可借以恢复债务人企业的良好财务状况和活力的计划；

(mm) “企业作为一个营运资产出售”： 出售或转让资产的整体或主体部分，而不是出售分割资产；

(nn) “担保债权”：用担保权益辅助支持的债权，以此保证在债务人不履约时可强制执行债务；

(oo) “担保债权人”：持有担保债权的债权人；

(pp) “担保权益”：对资产的权利，籍此保证一笔或多笔债务得以偿付或以其他方式得以履行；

(qq) “抵销”：甲方对乙方的欠款抵销乙方对甲方的欠款作为相互债权的清偿或者减少；

(rr) “程序的中止”：为防止对债务人的资产、权利、义务或负债启动法律诉讼、行政诉讼或其他个人行动，或为中止此种诉讼或行动，包括旨在使担保权益对第三方具有效力的行动或强制执行担保权益的行动，而采取的措施；以及为防止对属于破产财产的资产实施执行、终止与债务人的合同以及转移、抵押或以其他方式处分属于破产财产的任何资产或权利而采取的措施；

(ss) “可撤销期”：某些交易可加以撤销的参照期限。这一期限的计算通常溯及破产程序的申请启动日或启动日；

(tt) “无担保债权人”：无担保权益的债权人；

(uu) 自愿重组谈判：不受破产法调整并一般涉及债务人与其部分或全体债权人之间进行的谈判， 旨在对参与谈判的债权人的债权达成一致的更改。

第一部分

确定有效力和高效率的破产法的关键目标和结构

一. 有效力和高效率的破产法的关键目标

A. 导言

1. 对于债务人无力偿付到期债务和其他负债的情形，大多数法律制度都规定了一种法律机制，处理以债务人资产（有形资产或无形资产）集合清偿未偿债权的问题。这样一种法律机制需考虑到各方的利益——首先是各方当事人，包括债务人、其所有权人和管理部门、享有不同程度的担保的债权人（包括税务机构和其他政府债权人）、雇员、债务担保人及货物和服务供应商，以及与破产法的制定有关的和其运作所需要的法律、商业和社会机构和惯例。一般而言，该机制不仅必须在这些利害关系方的不同利益之间保持平衡，而且必须在这些利益和影响破产程序经济目标和法律目标的有关社会、政治和其他政策方面的考虑之间保持平衡。如果债务人及其质权人之间的关系不受以上法律机制的调整，那么债务人和质权人则既不受该机制的约束，也不享有该机制所提供的保护。

2. 大多数法律制度均制定了为解决债务人财务困境而可加以启动的各类程序（在本指南中通称“破产程序”）规则。尽管这些程序的共同目标是解决债务人的财务困境，但形式不一，其形式并不总是使用统一的术语称谓，其中可能既有所谓的“正式”成分，也有所谓的“非正式”成分。正式的破产程序依照破产法启动，并且受破产法管辖。此类程序通常包括清算程序和重整程序。非正式破产程序不受破产法调整，通常涉及债务人与其部分或全部债权人之间的自愿谈判。这些通常形式的谈判由银行部门或商业部门居间协调而进行，并且通常规定对破产债务人进行某种形式的改组。此类自愿谈判虽不受破产法调整，但其有效性仍依赖于破产法，后者对实现重整可能会起到间接的激励或说服作用。

B. 确立关键目标

3. 各国做法尽管不一，但普遍认为，有效和高效率的破产制度应以平衡方式实现下文列明的关键目标为目的。能够实现这些关键目标的破产法无论最终构思如何，都必须与其赖于存在并且最终加以维护的该社会法律价值观和社会价值观相辅相成，并行不悖。破产法尽管通常自成一体，但它运作产生的结果不得与破产法以外法律所依据的前提有根本的冲突。如果破产法确实希望实现一种不同于或根本偏离该其他法律的结果（例如，关于合同的处理、先前行为或交易的撤销或对担保债权人权利的处理），那么，可取的做法是，这种结果必须是朝此方向作出认真考虑和采取自觉政策的产物。

1. 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长

4. 破产法和破产管理机构对于各国从国内金融体系与国际金融体系一体化的过程中获得利益并避免风险具有至关重要的作用。这些法律和机构应当促进有生存能力的企业的重组和经营不善企业的有效率的关闭和资产转移，应当为企业恢复生机和重整的融资提供便利，并应当促进评估国内和国际信贷风险。应当落实破产法的关键目标，以期增强市场的确定性并促进经济稳定和增长。

2. 资产价值最大化

5. 破产程序的参与者在实现资产价值最大化上应该是具有高度积极性的，因为这样做将有助于提高对全体债权人的分配额，减轻破产造成的负担。为实现这一目标而通常采取的做法是平衡兼顾破产程序所涉当事方之间的风险。例如，撤销权规定对以前交易的处理方式可以确保公平对待债权人，并通过为所有债权人的利益追回价值而提高债务人资产的价值。与此同时，对这些交易的处理也会危及作为投资决定关键之所在的合同关系的可预测性，造成破产制度不同目标之间的对立。同样，必须平衡兼顾下述多重方面：一方面是迅速清算，另一方面是作出长期努力，重整企业，从而可能会给债权人创造更多价值；一方面是为保持或提高资产价值而需要进行新的投资，另一方面则是这种新投资对现有的利益当事人造成的影响和代价；一方面是不同的利益当事人所赋有的不同作用，尤其是破产管理人能够行使的自由裁量权，另一方面则是债权人为保障程序和确保价值最大化而对行使自由裁量权加以监督的程度。

3. 在清算和重整之间求得平衡

6. 价值最大化的首要关键目标与破产法在清算和重整之间求得平衡有着密切的联系。破产法需要权衡近期内通过清算收取债务（担保债权人通常倾向于清算）和通过重整保存债务人企业价值（无担保债权人和债务人通常倾向于重整）的利弊。实现这一平衡可能还对其他社会政策考虑具有一定的意义，例如，鼓励扶持企业家阶层和保护就业等。破产法应包括债务人进行重整的可能性，以作为清算之外的另一种选择办法，在这种情况下，债权人将不会被强制接受少于清算的价值。通过允许债务人继续运营，社会和债权人可以从债务人那里获得最大的价值。这样做所依据的是经济学上的下述基本理论：相对于将企业拆开零散处分的做法，保全企业基本组成部分的做法可以取得较大的价值。为确保债权人或债务人无法滥用破产程序，并且能够提供最似应于解决债务人财务困境的程序，破产法还应规定在适当情形下各种程序可相互转换。

4. 确保对处境相近的债权人的公平待遇

7. 公平待遇的目标所依据的概念是，在集体程序中，享有类似法定权利的债权人应当受到公正待遇，其债权的受偿应依照其相对排序先后和权益加以划分。这一关键目标承认不必对所有债权人给予完全一样的待遇，但是所给予的待遇必须反映债权人与债务人达成的不同交易。同债务人未订立任何具体债务合同的情况，比如损害赔偿的债权人（例如环境损害赔偿的债权人）和税务当局，这一点不那么能够作为一个决定因素。即使公平待遇原则可能因关于优先权的社会政策而改变，让位于持有例如依法产生的债权或权益者的特权，但该原则仍不失其意义，因为该原则确保所赋予同类债权的优先权对同类债权人一视同仁。破产法在许多方面都体现了公平待遇的政策，包括适用中止或暂停措施，规定可以撤销已完成的行为和交易从而追回属于破产财产的价值，对债权进行分类，重整的表决程序以及分配机制。破产法可通过规定撤销有损于债权人公平待遇的行为和交易而解决在财务困境时可能出现的债务人欺诈和褊袒问题。

5. 及时、高效并公正地解决破产事务

8. 应当有条不紊、迅速并高效地处理和解决破产问题，以避免给债务人企业和活动造成不应有的破坏，并尽量减少破产程序的费用。及时高效地进行管理将有助于实现使资产价值最大化的目标，而不偏不倚则有助于实现公正待遇的目标。对整个程序必须加以认真地研究，以确保最大限度地提高效率，但又不以牺牲灵活性为代价。与此同时，应侧重于对无法生存和效率低下的企业进行清算而对效率高、有可能生存下去的企业加以拯救的目标。

9. 为迅速有序地解决债务人的财务困境，破产法应当以明确和客观的标准为依据，使人方便援用破产程序，为查明、收取、保护和追偿应当用于偿付债务人债务的财产和权益提供便利，在尽量不延误和尽量减少费用的情况下便利债务人和债权人的参与，建立对破产程序进行监督和管理的适当结构（包括所涉专业人员和机构），并最终为债务人的财务责任与义务提供有效的解决办法。

6. 保全破产财产以便公平分配给债权人

10. 破产法应保全财产，防止个别债权人为收取个别债务而采取行动，过早地分割债务人的资产。这种行动通常会减少可用来清偿所有针对债务人的债权的全部资产总价值，而且不利于进行重整或将企业作为营运资产加以出售。中止债权人的行动可为债务人提供喘息的空间，使其能够适当地审查其财务状况，这样做既有利于破产财产价值实现最大化，也有利于公平对待所有债权人。为了确保中止措施不影响担保债权人的权利，可能需要提供某种机制。

7. 确保制定一部有透明度和可预测的破产法，并为收集和传播信息提供激励

11. 破产法应具有透明度并且可加以预测，这样就使得潜在的贷款人和债权人能够理解破产程序是怎样运作的，并且能够在发生破产的情况下对其作为债权人而承受的风险加以评估。这将有助于商业关系的稳定性，并促进风险溢价较低的贷款和投资。透明度和可预测性可使债权人能够明晰重点之所在，并且由于为评估相对权利和风险提供了依据而可防止出现争端，同时有助于界定任何自有裁量权的界限。破产法在适用上的不可预测不仅有可能损害破产程序所有参与方的信心，而且还会使这些参与方不愿意作出在破产前提供贷款和进行其他投资的决定。破产法应尽量列明对破产程序的进行产生影响的所有其他法律条文（例如，劳工法；商业法和合同法；税法；有关外汇、净额结算和抵销以及债转股等的法律；甚至还包括家庭和婚姻法）。

12. 破产法应当确保提供有关债务人状况的充分资料，对鼓励债务人披露自己的状况提供激励并酌情对不这样做的债务人规定制裁办法。如果提供了这类资料，负责对破产程序进行管理和监督者（法院或管理机构、破产管理人）及债权人就能够对债务人的财务状况进行评估，并确定最为似应的解决办法。

8. 承认原已存在的债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则

13. 在破产程序中承认并执行债权人在破产程序启动前对债务人及其资产所享有的各种权利，尤其在关系到担保债权人的权益和优先权方面可使市场具有确定性，并有助于提供信贷。制定原已存在的债权人和程序启动后的债权人的优先权排序明确规则，关系到能否为贷款人提供可预测性，能否确保连贯一致地适用这些规则和对破产程序抱有信心，以及能否确保所有参与人都能够采取适当的措施管理风险。这些优先顺序应尽最大可能[1]立足于商业交易，而不得反映有可能扭曲破产结果的社会和政治方面的种种考虑。因此，应尽可能减少对非商业交易的债权赋予优先权。

9. 建立跨国界破产的框架

14. 为了促进不同法域之间的协调，便利协助管理在外国启动的破产程序，破产法应当以颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》（见附件三）的方式提供关于跨国界破产的规则，包括承认外国程序。

建议 1-5 (第 4-14 段)

1. 为了确立和制定一部有效的破产法，应考虑下列关键目标：

(a) 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长;

(b) 实现资产价值最大化；

(c) 在清算和重整之间求得平衡；

(d) 确保对处境相近的债权人的公平待遇；

(e) 及时、高效并公正地解决破产事务；

(f) 保全破产财产以便公平分配给债权人；

(g) 确保制定一部有透明度和可预测的破产法，并为收集和传播信息提供激励；

(h) 承认原已存在的债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则;

2. 破产法应当包括关于债务人重整和清算的条文。

[1]破产法下的债权优先权可能会受一国的国际条约义务的影响（见第二部分，第五章，第 67- 74 段，关于优先权的讨论）。

建议 1-5 (第 4-14 段) (续)

3. 破产法应承认破产法以外的法律创设的权利和债权，而不论其为国内或涉外权利和债权，但破产法作出明文限制的情况除外。

4. 破产法应规定，如果根据破产法以外的法律某项担保权益是有效的和可执行的, 则该项担保权益将在破产程序中得到承认，被确认为有效的和可执行的。

5. 破产法应当有一个现代、统一和公平的框架，以有效地处理跨国界破产事例。建议颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

C. 兼顾破产法的各项目的和关键目标

15. 由于破产制度不可能充分保护所有当事方的权益，所以在制定破产法时需作出的一些关键政策选择涉及界定破产法的总体目的（拯救陷入财务困境的企业、保护就业、保护债权人的权益、鼓励企业家阶层的发展）和上述各项具体目标之间取得应有的平衡。破产法为实现这一平衡，以符合国家经济、社会和政治目标的方式重新划分破产的风险。因此这类破产法可以对整个经济产生广泛的影响。

16. 在破产法中实现这种平衡并将破产法融入范围更广的法律制度中，对维护社会秩序和稳定至关重要。所有当事方都需要能够事先了解在发生债务人无力偿付或无力全额偿付欠债的情况下，他们依法所享有的权利将会受到怎样的影响。这样做就使得债权人和股权投资人能够计算出债务人拖欠债务时所造成的经济影响，并从而能够对其风险加以估算。《立法指南》各部分对这些问题进行了详细的讨论。

17. 由于各国的需要千差万别，各国的法律在诸如担保权益、[2]财产权和合同权利、救济措施和强制执行程序等问题及对破产至关重要的其他问题上差别也很大，因此在破产法的设计上不存在普遍适用的解决办法。尽管不存在此类普遍适用的解决办法，但大多数破产法都涉及以上讨论的各项关键目标所提出的一系列问题，不过侧重点各有不同。有些法律更加侧重于在破产中承认和强制执行债权人的权利和商业交易，并且使债权人比债

[2]近年来已采取步骤协调有关担保权益的法律，例如《联合国国际贸易应收款转让公约》、《统法社移动设备国际利益公约》（2001 年，开普敦）和贸易法委员会进行的制订担保交易立法指南的工作。

务人对破产程序的运作享有更多的控制权（有时称作“有利于债权人”的制度）。有些法律倾向于规定债务人对程序享有更多的控制权（称作“有利于债务人”的制度）。而另有一些法律寻求在两者之间取得平衡。有些法律更加重视对债务人实行清算，目的是将效率和能力低下的市场参与者清除出局，而有些法律则倾向于重整。以重整为重点可以达到若干不同的目的，例如提高作为营运资产组成部分的债权人债权的价值，为股东和债务人经理层提供第二次机会；为企业家和管理人员对风险采取正确的态度提供强劲的动力；保护债务人的雇员等弱势群体免受企业倒闭的影响。[3] 有些法律特别强调在破产中保护雇员和维护就业，而另一些法律则规定企业可以裁员，对雇员的保护甚少。

18. 但是，采取有利于重整的做法不应当给濒临绝境的企业建立一个安全的庇护所：对于无可救药的企业应尽可能迅速有效率地进行清算。如果某些权益与其他权益相比可被视为不太优先，在破产法以外建立机制比试图在破产制度下解决这些权益可能更易于解决问题。例如，作为政策问题，如果决定破产中将员工债权排在担保债权人和优先债权人的债权之后，那么可以利用保险安排来保护雇员的应享权利（见下文，第二部分，第五章，第 72 和 73 段）。

19. 社会在不断变革之中，因此，破产法不可能一成不变，而是需要定期对其重新评估，这样才能确保破产法满足当前的社会需要。为了应对预计发生的社会变革，必须在了解国际最佳做法的基础上作出判断，然后这些做法可移植到本国破产制度中，同时考虑到破产制度的现实情况以及现有的人力和物力资源。

建议 6(第 15-19 段)

6. 《立法指南》中的各项建议旨在论及每一项关键目标并在其相互之间求得适当平衡。

[3]破产制度对债务人有利还是对债权人有利，究竟是侧重于清算还是重整，这与重整后究竟成功还是失败并不一定有直接的联系。尽管详细讨论这些问题并不在本指南的范围以内，但它们对拟订破产制度十分重要，值得加以考虑。一方面，在被归类为对债权人有利的制度中，重整的成功率差别也很大，另一方面，研究结果似乎表明，相对于对债务人有利的制度，对债权人有利的制度造成重整成功的数目较少或不太成功这一假设并不一定符合事实。

D. 破产法的一般特征

1. 实体性问题

20. 制定有效和高效率的破产法，需要考虑到一系列共同的问题，其中有些问题关系到实体法和程序法方面的法律框架，有些问题则关系到在其执行上所需的体制框架。实体性问题在本《立法指南》第二部分中详细论述，其中包括：

(a) 确定可以受破产程序调整的债务人，包括那些可能需要适用特别破产制度的债务人；

(b) 确定何时可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序，哪些当事人可以请求启动程序，以及启动标准是否因请求启动程序的当事人不同而有所区别；

(c) 破产程序启动后应允许债务人对企业保留控制的程度，或者是否应将债务人撤职并任命独立的当事方（在本指南中称为破产管理人）监督并管理债务人，以及在这方面对清算和重整作出的区分；

(d) 确定将受破产程序调整并构成破产财产的债务人资产；

(e) 防范债权人、债务人本人和破产管理人对破产财产采取行动。在对担保债权人适用保全措施的情况下，以何种方式在破产程序期间保全担保权益的经济价值；

(f) 破产管理人对债务人在启动程序之前订立的债务人和对方尚未充分履行各自义务的合同的处理方式；

(g) 在启动破产程序后，抵销权或净额结算权可以强制执行或得到保护的程度；

(h) 破产管理人动用或处分属于破产财产的资产的方式；

(i) 破产管理人可在多大程度上撤销有可能导致债权人权益受损的某些类型的交易；

(j) 对于重整的情形，制订重整计划并对重整计划的内容实施任何可能的限制，计划的制订者以及批准和执行计划所必需的条件；

(k) 债务人的权利和义务；

(l) 破产管理人的义务和职责；

(m) 债权人和债权人委员会的职责；

(n) 与破产程序有关的费用和支出；

(o) 对债权的处理并为分配变现资产而对债权进行排序；

(p) 分配变现资产；

(q) 解除债务人的债务或使债务人解体；

(r) 程序终结。

2. 破产法的结构

21. 除考虑这些实体性问题外，破产法还需要考虑程序的结构，这种程序最终将导致选用清算或重整程序。但所采取的做法大相径庭。有些破产法规定了一种单一而灵活的破产程序，实行一项单一的启动要求，视案件的具体情况而定，可以在清算或重整中任选一种。另有一些法律规定两种明显不同的程序，各有自己的准入和启动要求，两种程序之间的转换存在着不同的可能性。那些把重整程序和清算程序截然分开的法律，所依据的是不同的社会和商业政策考虑。不过，重整和清算有许多共同的问题，因而无论从程序步骤看还是从实体问题看，二者之间存在着相当多的重叠和联系，下文第二部分的讨论将表明这一点。

22. 在确定破产债务人的企业是否具有生存能力时至少应在理论上确定将采用哪种程序。不过，实际上，在启动重整或清算时，经常无法对企业的财务生存能力作出最后评价。要求在启动时即在不同程序间作出的决定的做法，其一些弊端是可能在重整与清算之间造成对二者不必要的非此即彼的选择，并且可能造成拖延，增加费用和效率低下，特别是在重整失败等情况下，还要求重新另行申请进行清算的情形。这种效率低下可在某种程度上加以克服，这就是通过规定两种程序之间的联系，以允许在某些特定情况下二者之间的转换，并包括实行某种机制防止滥用破产程序，例如，启动重整程序以避免或推迟清算。

23. 关于选择程序的问题，有些国家规定，申请破产程序的当事人可以对清算和重整作初步选择。当一位或多位债权人提起清算程序时，法院通常提供一种机制，使债务人能够在可行的情况下请求转换为重整程序。当债务人申请重整程序时，不论是其主动提出还是由于债权人申请清算，从逻辑上来说都应当首先选定重整申请。但为了保护债权人起见，有些破产法还规定了一种机制，允许在程序早期阶段或后期当确定重整不太可能或无法成功时可将重整转为清算。对债权人的另一种保护机制可以是，对可以违背债权人意愿进行重整的延续时间规定最长期限。

24. 作为一般原则，虽然重整和清算程序通常作为单独的程序提出，但它们一般依次执行，也就是说，如果重整不大可能获得成功，或重整努力未能奏效，才将启动清算程序。在有些破产制度中，一般的假定是应当对企业实行重整，而且只有在所有的重整尝试都失败后，才可启动清算程序。在规定可以转换程序的破产制度中，视法律规定而定，可由债务人、债权人或破产管理人提出将重整转换为清算的申请。这些情形可能包括债务人无力支付申请后到期的债务；重整计划未能获得债权人或法院的批准；以

及债务人未能履行获准的计划规定的义务或债务人试图欺诈债权人。尽管重整程序经常可以转换为清算程序，但多数破产制度规定，一旦重整已经转换为清算，则不允许再转回至重整。

25. 由于难以从一开始就确定是对债务人实行清算还是实行重整，有些国家修订了破产法，用“单一”程序取代分开的程序。[4]根据“单一”法，在初始期内(通常称为“观察期”，在单一法的现有实例中，最长可达 3 个月)，并不假定企业最终将实行重整还是清算。只有对债务人的财务状况进行评估并对重整是否确实可行作出判定后，才能在重整程序与清算程序之间作出选择。这种做法提供的基本优势是程序上简单、灵活和可能具有成本效率。简便统一的程序，可能也有助于鼓励面临财务困境的债务人及早求助于破产程序，从而增加重整的成功机会。但是，这种方法的一个缺陷则可能是在决定启动程序和决定应采用哪种程序这个过程中发生拖延，以及这种拖延可能对债务人的企业和资产的价值带来后果。无论破产法在重整和清算之间如何安排，都应当确保债务人一旦进入破产程序后，不对其未来作出某种最终的决定，债务人就不能从中退出。

3. 破产法与其他法律之间的关系

26. 一个必须加以考虑的更为一般的问题是，破产法与其他实体法的关系，以及破产法能否有效地修改这些法律。相关的法律可包括向雇员提供某些保护的劳工法、限制采用抵销和净额结算办法的法律、限制债转股的法律以及可能影响到重整计划内容的外汇和外国投资管制法律（参见劳工合同，第二部分第二章第 145 段和第五章第 72 和 73 段）；抵销和净额结算，第二部分第二章第 204-215 段；以及重整计划的内容，第二部分第四章第 18-22 段）。破产法与其他法律的关系应当明确，在可能的情况下，破产法中应指明所参照的其他法律。

27. 尽管本《立法指南》未对体制框架作任何详细论述，但以下将论及其中的一些问题。虽然有各种实体问题必须加以解决，但破产法是程序性很强的法律。拟定程序规则对确定在各参与方之间尤其在决策方面如何分配角色起着关键作用。如果在作出关键决策上破产法赋予机构基础设施相当的责任，那么就必须充分发展这一基础设施，以便能够作出必要的决定。

建议 7(第 20 段)

7. 为了制定一部有效力和高效率的破产法，应考虑下列共同特征：

[4]如果选择的是单一制度，将需要对破产法的各项核心要素作一些更改。

(a) 确定可以受破产程序调整的债务人，包括那些可能需要适用特别破产制度的债务人；

(b) 确定何时可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序，哪些当事人可以请求启动程序，以及启动标准是否因请求启动程序的当事人不同而有所区别；

(c) 破产程序启动后应允许债务人对企业保留控制的程度，或者是否应将债务人撤职并任命独立的当事方（在本《立法指南》中称为破产管理人）监督并管理债务人，以及在这方面对清算和重整作出的区分；

(d) 确定将受破产程序管辖并构成破产财产的债务人资产；

(e) 防范债权人、债务人本人和破产管理人对债务人的资产采取行动。在对担保债权人适用保全措施的情况下，以何种方式在破产程序期间保全担保权益的经济价值；

(f) 破产管理人对债务人在启动程序之前订立的债务人和对方尚未充分履行各自义务的合同的处理方式；

(g) 在启动破产程序后，抵销权或净额结算权可以强制执行或得到保护的程度；

(h) 破产管理人动用或处分属于破产财产的资产的方式；

(i) 破产管理人可在多大程度上撤销有可能导致债权人权益受损的某些类型的交易；

(j) 对于重整，制订重整计划并对重整计划的内容实施任何可能的限制，计划的制订者以及批准和执行计划所必需的条件；

(k) 债务人的权利和义务；

(l) 破产管理人的义务和职责；

(m) 债权人和债权人委员会的职责;

(n) 与破产程序有关的费用和支出；

(o) 对债权的处理并为分配变现资产而对债权进行排序；

(p) 分配变现资产；

(q) 解除债务人的债务或使债务人解体；

(r) 程序终结。

二. 解决债务人的财务困境的机制

A. 导言

1. 下述讨论侧重于为解决债务人的财务困境而逐步建立的不同机制，这些机制已证明是有助于处理这些困境的工具。这些机制包括根据破产法而进行的重整或清算程序；债务人自愿并基本上在破产法的范围以外与债权人进行谈判；一些国家为具体解决银行部门体制性金融问题而逐步建立的管理程序。列入此类管理程序仅供参考，并不是建议为讨论从事经济活动的债务人的破产问题而逐步建立这些程序。同样，不得将用来监督这些特定管理程序的辅助机构与为监督根据破产法对经济债务人进行的破产程序而可能逐步建立的机构混为一谈，对于后一类机构，在本《立法指南》中设想使用“法院”这一术语。

B. 自愿重组谈判

2. 自愿重组谈判是若干年前由银行部门发展起来的，是破产法规定的正式重整程序的一种替代办法。在一些有国际影响力的银行和融资机构的带头和影响下，这类谈判逐渐发展到众多的法域。不过，它们的使用情况不尽相同，在一些法域，据报告很少加以采用，而在其他法域，据报告大多数重整都是通过这类谈判进行的。在某种程度上，这种结果可能反映了存在着（或不存在）一种有时称之为“拯救文化”的东西，即参与者在何种程度上认为这类谈判可能成功，而不论在形式上是否缺乏根据破产法进行的程序的某些特征，例如中止债权人诉讼。

3. 自愿重组谈判的使用一般限于公司财务困境或破产情形，涉及对银行和融资机构拖欠的大笔债务。谈判着眼于在贷款人之间以及在贷款人与债务人之间就债务人的重组达成合同安排，而不论是否重新安排融资。这可以提供一种赋予破产制度灵活性的方式，因为它可以减少给司法系统造成的负担，便利债权人在按正式破产程序通常不可能做到的情况下更早地采取积极主动的对策，并避免通常伴随着破产而来的不良名声。这类谈判的使用虽然并不依据或依赖于破产法的规定，但其成功却在很大程度上取决于所存在的和可利用的有效和高效的破产法和支持性机构框架[1]来提供制

[1]见下文第三章关于体制框架的论述。

裁，这样才能使自愿谈判获得成功。除非债务人及其银行和金融债权人不失时机地携手行动自愿加入到谈判中，否则债务人或债权人就有可能援用破产法，其结果是有可能使债务人和债权人因拖延、费用和结局不理想而都受到损害。

4. 许多法律制度都设想债务人可以与其部分或全体债权人订立结构重整或债务重组协议或安排，这些协议或安排可能不由破产法调整，而是由例如合同法、公司法或商法或民事诉讼法调整，或在有些情况下由相关的银行法规调整。但是有些法域不允许在法院系统或破产法范围之外制定这类协议或安排。有些法律将这些与此类自愿重组谈判相关的步骤视作足以由法院宣布破产的条件。同样，有些法域因为对债务人规定了义务，要求他们在某个特定的破产事件后一定时间内正式启动破产程序，所以这些法域将这类自愿谈判的进行限于尚未满足关于启动程序的正式条件的情形之下。尽管有这些局限性，然而仍建议这些法域内的银行和其他债权人务必经常使用各种方法在破产法之外实现对债务人某种形式的重整。

1. 必要的先决条件

5. 自愿重组谈判的有效性取决于一些严格定义的首要前提。这些前提可以包括：

(a) 对一些主要银行或金融机构债权人欠下大笔债务；

(b) 债务人目前或即将无能力偿还该债务；

(c) 对主张在债务人与融资机构之间以及在各融资机构之间谈判一项安排以解决债务人的财务困境的观点表示接受；

(d) 使用一些可以用来改变、重新安排或重组债务人的债务或债务人本身的较为复杂的再融资、担保和其他商业技术；

(e) 准许在谈判过程无法开始或破裂时迅速而有效地诉诸破产法；

(f) 前景显示，通过谈判过程为当事各方带来的好处可能比直接和立即诉诸于破产法更大（其中部分原因是因为谈判各方可以控制结果，谈判过程的费用较低，可以迅速完成，不会造成债务人业务的中断）；

(g) 债务人不需要减免小额债务或正式破产的益处，例如自动中止，或有能力甩掉债务负担；

(h) 在债务人的法域和涉外债权人的法域中，重整都可以享受有利的或中性的税收待遇。

2. 主要过程

6. 自愿重组谈判如要达到效果，需要遵循一系列不同的步骤和采用一系列技巧。现对这一过程中的主要要素讨论如下。

(a) *启动谈判*

7. 自愿谈判主要是将债务人与债权人或至少与主要债权人汇聚在一起，他们当中必须有一人或多人启动这一谈判(因为不可能由法律或调解人来启动、实行或协助这个谈判)。债务人可能不愿意启动与债权人或至少与其所有债权人进行的对话，而债权人则因为担心其本身的地位，也可能对这种集体谈判没有什么兴趣。正是在这种时刻，可以借用个别债权人补救措施或正式破产程序的存在和效率，鼓励启动和开展这类谈判。不情愿参加的债务人可能会发现自己需要面对个别债务或强制执行诉讼，或甚至是破产程序，而这些将是债务人无法获胜或拖延的。与此同时，债权人也会发现自己需要面对正式的破产程序，这些程序有效地阻止他们执行其个别权利，而且这一过程可能也不是收回其债务的最佳办法。因此，提供一个讨论场所是至关重要的，以便让债务人和债权人可以汇聚在一起探讨和谈判找出一项可以解决债务人困境的安排。

(b) *对各方参与人的协调—指定一个领头的债权人和指导委员会*

8. 自愿谈判可能需要将所有关键成员包括在内；一般来说，可能受到自愿重组协议影响的贷款人群体，有时还包括关键的债权人成员，对这一谈判至关重要。为了更好地协调谈判，通常指定一个主要债权人牵头、组织和管理过程的进行。这个债权人一般向代表所有债权人的一个委员会(指导委员会)报告，并可以提供协助和作为关于债务人建议的传达者。

(c) *商定一个“暂停期”*

9. 为了让企业继续运营和确保有足够的时间获取和评估关于债务人的资料，以及制订和评估解决债务人财务困境的建议，可能需要达成一项合同协议，暂停债务人和主要债权人的不利行动。这一协议一般需要持续一段时间，通常不太长，除非在某种具体情况下这样做不合适。

(d) *聘用顾问*

10. 在自愿重组中，几乎没有不聘用各学科(例如法律、会计、金融和商业管理或市场营销等方面)独立专家和顾问的。虽然可以说，他们的参与将会带来不必要的费用和介入债务人和债权人的事务，并使之丧失控制

权，但一般都需要确保提供经独立核实的资料，以及由专业人员制定的有关再融资、重组、管理和运营计划，这些对谈判的成败至关重要。

(e) 确保充足的现金流量和流动性

11. 债务人如果成为可能需要进行自愿重组谈判的对象，通常都将需要继续获得既有信贷额度或提供新的信贷。由原有的担保债权人提供信贷可能并不构成问题。但如果没有这种信贷，需要新的信贷，则可能难以保证在谈判失败的情况下新的信贷最终得以偿还。虽然这个问题可以在破产法中解决，对这类持续放贷给予某种形式的优先或担保(见第二部分，第二章，第 100-104 段)，但破产法的适用范围一般不及于自愿谈判达成的协议。

12. 然而，参与自愿谈判的债权人可以在其当中商定，如果他们当中一人或多人提供进一步的信贷，其他人将把自己的债权排序推后，以便新的信贷可以在其他人债权之前得以偿还。这样在这些债权人之间将有一项合同协议，如果重组谈判成功，新贷款将得到偿还。但是，如果谈判失败，对债务人实行清算，那么留给提供了新信贷的债权人的就可能是无担保债权(除非提供了担保权益)，该债权人可能与其他无担保债权人一起仅获得部分偿还款。[2]

(f) 获取关于债务人的资料

13. 为了对债务人的财务状况进行正确的评估和向有关的债权人提出建议，获取关于债务人的完整、准确的资料至关重要。需要向所有相关的债权人提供关于债务人资产、负债和业务经营情况的资料，但是除非这些资料已经可以公开得到，否则可能需要视作机密。

(g) 对债权人的处理

14. 债权人利益的复杂性通常对自愿谈判构成关键的问题。只有当前景显示可以通过这些谈判取得更好的结果，或正式破产程序的威胁将阻止债权人争取其个别的权利时，才有可能顾及各种不同的利益，劝服那些已经启动对债务人追款或执行诉讼的债权人参加谈判。

15. 但是，在许多情况下，将不可能(也确实不必要)让每一个债权人都参加谈判，这是因为他们人数众多，利益各有不同，或者是因为有些债权人的债权额微不足道，或他们不具备有效参加所需的商业专门知识或意愿，所以让他们参加反而会降低效率。虽然属于这些类别的债权人经常可能被

[2]见第二部分，第五章，第 55-61 段，关于债权的排序退让。

排除在谈判之外，但对他们不可以忽略，因为他们(作为基本货物或服务的供应商，或作为债务人生产过程重要部分的参与者)对企业的继续运营可能至为重要，而且也没有规则可以迫使这些债权人接受大多数债权人的决定。

16. 在自愿重组协议中，小额贸易债权通常都能获得全额偿付。虽然这意味着待遇不平等，但对于一些大债权人来说，这在商业上可能是合情合理的。另一种做法是取得主要债权人对重组计划的同意，然后将此计划作为有其他债权人参加的、法院监督下的正式重整程序的基础(有时称作“事先做好的”计划，在本指南中称作“简易重整程序”——见第二部分，第四章，第 76-94 段)。这样，这一计划即可对其他债权人具有约束力。没有一套有效的正式破产制度，在这种情况下是不可能实现这种结果的。

3. 自愿重组的规则和准则

17. 为协助进行自愿重组谈判，特别是就复杂的跨国企业而言，为解决上述种种问题，一些组织提出了无约束力的原则和准则。一种这样的办法称作“伦敦办法”，这种办法可概述为一种在英格兰银行支持下的非正式框架，在可能实行结构重组之前，处理由银行和其他贷款人为处于财务困境的公司或集团而临时实施的支持行动。这种办法鼓励银行对陷入财务困境的债务人采取支持的态度。关于债务人长期前景的决定，只应根据全面的信息作出，而且应在参与制定任何涉及债务人未来的协议的各家银行及其他方面中间共享此种信息。通过暂停期和从属协定促进临时融资，同时各银行与其他债权人合作，就是否以及按什么条件向负债实体提供融资达成集体意见。其他国家的中央银行也制定了类似的办法，在有些情况下，制定了准则。

18. 在这一领域开展工作的一个国际组织是国际破产协会，该组织出版了一份《多债权人全球解决办法原则说明》。这些原则旨在指导不同类别的债权人如何在一些共同商定的规则基础上开展工作，从而加快自愿重组谈判和增加成功的前景。

C. 破产程序

19. 大多数破产法通常都采用两种主要的破产程序——重整和清算。

20. 对这两种程序传统上作出的区分在某种程度上是人为的，并且可能不必要地造成非此即彼的极端化和缺乏灵活性。例如，对于那些并非理所当然适用其中一种程序的情形来说，传统的区分办法难免顾此失彼；对于这些情形，用灵活的办法来处理债务人的财务状况，就破产财产价值实现最大化而言，更有可能为债务人和债权人取得最佳结果。举例来说，有时用“重整”一词来指确保在清算程序中保护并尽可能增加破产财产价值的一

种特定方式，例如有的法律规定进行清算方式是将企业作为营运资产转让给另一实体。在这种情况下，“重整”一词只是指一种非传统式的清算方法(即直接而零散地出售或变现资产)，用这种方法尽量从破产财产中取得最大的价值。为了实现这种出售或变现，破产法可能需要加入一点灵活性，这种灵活性在将清算界定为尽快出售资产，而且仅仅是为此目的才允许企业继续经营的法律中是没有的。举例来说，有些法律实际上规定破产管理人有权对债务人的资产进行相比清算来说更有利的出售或变现。同样，重整可能要求出售债务人企业中相当大一部分或考虑最终对企业进行清算，或将企业出售给一家新的公司，并解散现有债务人。

21. 出于这些考虑，破产法宜在狭义的单一种类的重整和严格的传统清算之间提供更多的选择。由于重整概念可涵盖各种安排，破产法宜采取的做法是，不做硬性规定，支持相对于清算债务人而言最终结果将可为债权人带来更多价值的种种安排。

22. 在讨论有效和高效率的破产制度的核心条文时，本《立法指南》一方面侧重于重整程序，另一方面也侧重于清算程序。但是，采用这种办法并不是要表明特别看重某种程序，也并不表明对如何把这些程序融入破产法中有什么倾向性。相反，指南试图对各类不同程序的核心要素进行比较和对比，促进采用一种注重为破产的各参与方取得最佳结果而不是注重严格界定的程序类型的办法。为此，可制订一部破产法，以能够带来最大程度的灵活性的方式纳入传统的正式程序的成分。

1. 重整程序

23. 作为旨在拯救债务人或（如果不能拯救债务人）一个企业的一种程序，重整可能采取若干形式之一，世界各地在其概念、可接受性和适用方面比清算程序更为纷杂。为简洁起见，本指南取“reorganization(重整)”一词的广义，指最终目的在于允许债务人克服财务困境并恢复和继续正常的商业经营的那类程序(即使在有些情况下可能包括缩减经营范围，作为营运资产出售给另一家公司，或最终加以清算)。

24. 并非所有在竞争激烈的市场上地位动摇的债务人或遭遇严重财务困境的债务人都必须清算；一个债务人只要还有生存下去的合理前景(例如，其业务仍有赢利的可能性)，就应当让它有机会生存下去，只要能够证明把债务人的基本业务同其他组成部分继续保持在一起更有价值(而且通过推断，从长期来看对债权人更有利)。重整程序的目的是给债务人一定的喘息空间，使其能够从暂时的资金流动困难或较为长期的过度负债的负担中缓过来，并在必要时为其重组债务和调整与债权人的关系提供机会。在有可能重组的情况下，只要债务人的企业继续经营产生的价值会增加债权价值，债权人更愿意采用这种方式。

25. 但是，重整并不意味着所有利益方都必须受到完全的保护，或其财务或商业状态恢复到未发生破产时的水平。也不意味着债务人将完全恢复或债权人得到全额清偿，或破产债务人的所有权人和管理部门将继续维持和保持其各自的地位。管理部门可能被解职和替换，股东的股本可能贬值到分文不值，雇员可能被裁减，供应商的一个市场来源可能就此消失。不过，一般而言，重整肯定意味着不论所商定的计划、方案或安排采取何种形式，债权人最终都将获得超过清算债务人所能分得的价值。

26. 其他支持采用重整方式的因素包括现代经济大大减少了通过清算实现债务人资产价值最大化的程度。在专门技术知识和商誉对企业的经营比有形资产更重要的情况下，保存人才和商业关系是企业价值的基本要素，不可能通过清算得到。另外，长期的经济收益更有可能通过重整程序实现，因为它们鼓励债务人在自身的财务困境变得更为严重之前采取行动。最后，有些社会和政治方面的考虑是可以通过设立重整程序来顾及的，举例来说，重整程序可以保护陷入困境的债务人的雇员。

27. 重整程序可以采用一些各不相同的形式，其中可包括关于债务的简单协议(称作“和解协议”)，举例来说，债权人根据这种协议同意接受一定比例的债务，以此全部、彻底和最终清偿债权人对债务人的债权。这样一来减少了债务，债务人重新具有清偿力并能继续经营。重整形式还可包括一种复杂的重整计划，例如，根据这种计划可以对债务进行重整(例如，延长贷款期限和偿债期限，推迟支付利息或改变贷款人的身份)；某些债务转为股权，同时减少(甚至取消)现有股权；可以出售非核心资产；关闭不赢利的业务活动；等等。如何选择重整的方式，通常需考虑到企业的规模以及债务人具体处境的复杂程度。

28. 在破产法中，尽管重整可能不如清算那样广泛接受，并可能不遵循此种通用的形式进行，但仍有一些关键或基本的因素可以确定：

(a) 债务人服从重整程序(无论是自己申请还是在债权人申请的基础上)，而这一过程可能涉及也可能不涉及司法控制或监督；

(b) 在一段有限时间内自动和强制性中止或暂停针对债务人资产并影响全体债权人的诉讼和程序；

(c) 债务人继续开展业务，可由现有的管理层、一名独立管理人或二者结合进行此项工作；

(d) 制订一项计划，提出如何对待债权人、股东和债务人本身的方式；

(e) 由债权人审议并表决是否接受该项计划；

(f) 可能的话由司法部门批准或确认已通过的计划；

(g) 实施计划。

29. 重整带来的益处日益受到承认，许多破产法都包括关于正式重整程序的规定。相对于某种形式的自愿谈判，对于在多大程度上依靠正式的重整程序实现重整目标，各国的做法不尽相同。无论如何，普遍的认识是，破产法中清算的存在有助于债务人的重整，因为可以鼓励债权人和债务人通过重整计划达成适当的协议。

30. 不过，债务人遇到的财务困境的程度、债务人业务安排的复杂性与适当解决办法的难度之间通常有着相互关系。例如，如果涉及的是单独一家或少数银行和机构债权人，那么债务人就有可能在不涉及贸易债权人和不必启动破产法所规定的程序的情况下与这些债权人谈判一项自愿重组协议并解决其困境。如果财务状况比较复杂，需要由数目众多的各类债权人参与，则可能需要有更大程度的正式性，以找出可考虑到这些债权人的不同权益和目标的解决办法，因为自愿重组协议一般需要取得各参与方的一致意见才能发生效力。在这种情况下，根据破产法启动重整程序有助于实现理想的目标，如果这些程序可使必要多数的债权人核可的计划强加于持反对意见的少数债权人。因此，在有些情况下，破产法规定的程序效果很好，正是因为这些程序由破产法规范，强制参与者接受法律的制约，而与此同时又提供某些保护。在另一些情况下，自愿谈判取得成功，这是因为其不受法律规范，避免了这种规范往往带来的拖延和费用。

31. 如上所述，鉴于债权人采取个别强制执行行动的能力以及更改某些现有类别债务的条款需要得到一致同意往往会阻碍通过自愿重组谈判达成协议，因此有些国家采用了不同类型的机制处理这些情形，其中包括“破产前”或“事先制订的”程序。指南中讨论的旨在处理这些情形的简易重整程序遵循重整程序，但是以快速方式进行，在大多数受影响的债权人谈判和商定了一项计划的情况下，将自愿重组谈判与根据破产法的规定启动的重整程序相结合，以获得法院对该计划的认可，从而使其对持异议的债权人具有约束力。这种程序旨在尽量减少正式重整程序引起的费用和拖延，同时提供一种即使在未获得债权人一致支持的情况下也可以使债务人与其部分或全体债权人自愿谈判达成的重组计划获得批准的手段。这样做还使自愿谈判过程中获得的对重组计划的批准可用于实现将对债权人具有约束力的重整，而同时又向受到影响的债权人提供破产法的保护。这类程序在第二部分第四章第 76-94 段作更详细的讨论。

32. 另一种办法规定，为了便于同债权人达成友好和解，债务人可以请求法院指定一名“调解人”。调解人没有什么特殊的权力，但是，如果调解人断定中止将有利于达成和解协议的话，可以请求法院对所有债权人实行中止执行令。中止期间，债务人不得为清偿现有债务(除工资之外)进行任何偿付，也不得在正常经营过程之外处分任何资产。与全体债权人或(经法院批准)与主要债权人达成协议之后，这一程序即告结束；对于后一种情形，法院可以继续对不参加和解协议的债权人执行中止令，为债务人提供最多两年的宽限期。

2. 清算

33. 所谓“清算”这种程序由破产法调整，一般规定由公共机构(通常是由法院为此目的指定某人代行此事，但不一定总是这样)掌管债务人的资产，以便终止债务人的商业活动，把非货币性资产转变为货币形式，然后再按比例把资产出售或变现后的收益分给债权人。尽管破产法一般要求以零散的方式尽快出售或变现资产，但是有些破产法允许清算包括按生产单位出售企业，或将其作为营运资产出售；而按照另一些法律只有在重整中才允许这么做。清算的结果通常是作为商业性法人的债务人解体或消失以及自然人债务人解除债务。

34. 在世界各地，各种清算程序往往在其概念、可接受性和适用方面非常相似，通常按下述方式进行：

(a) 由债务人或债权人向法院或其他主管机构提出申请；

(b) 下达清算债务人的命令或判决；

(c) 指定一名独立人士进行和管理清算工作；

(d) 如果债务人的企业不能作为营运资产出售，则关闭债务人的业务活动；并终止所有权人和管理层的权力以及雇员的雇用；

(e) 以零散方式或作为营运资产出售或变现债务人的资产；

(f) 裁决债权人的债权；

(g) (根据某种优先安排)将现有资金分配给债权人；

(h) 债务人是公司或某种其他法人形式的，债务人解体；债务人是自然人的，债务解除。

35. 清算过程在法律和经济上都有一些根据。广而言之，可以说，商业企业在市场经济中没有竞争力就应当出局。丧失竞争力的企业，其主要识别标志是具备破产原因，即无能力偿还其到期债务，或资不抵债。更具体而言，不妨把清算程序的必要性看作是处理债权人之间的矛盾(当破产债务人的资产不足以清偿所有债权人的债权时，债权人出于自身利益的考虑，会在其他债权人采取类似行动之前抢先采取行动收回自己的债权)，也可以看作是一种纪律约束力，而这正是可持续的债务人—债权人关系的基本要素。对于债权人之间的矛盾，有序和有效的清算程序的做法是启动一种集体程序，以此避免那些虽然个别债权人认为符合其自身的最大利益，但从根本上来说则会导致全体债权人遭受价值损失的行动。集体程序旨在为债权人提供公平的待遇，对地位相同的债权人一视同仁，为全体债权人的利益而实现债务人资产价值的最大化。为此，通常采取的做法是中止债权人对债务人强制执行其个人权利的能力，同时指定一名独立人士，由其主要负责实现债务人资产的最大化以将其分配给债权人。

36. 以一种有秩序和比较可预测的机制执行债权人的集体权利，还可为债权人在作出贷款决定时提供一定程度的可预测性，以及从更广泛的意义上来说，通过便利提供信贷和发展金融市场促进经济中所有参与方的利益。这并不是说破产法的作用应是作为执行个别债权人权利的一种手段，尽管执行和破产机制之间存在着明显而重要的关系。个别执行债权人权利的程序，其效率和有效性将意味着债权人不必被迫而为此目的动用破产程序，这特别是因为破产程序一般要求有充分的证明，费用高昂，程序复杂，从而不适宜如此运用。然而，有效的破产程序可确保当债务执行机制失效时债权人将有最后追偿的途径，对拒不偿债的债务人来说，这可作为一种有效的鞭策，促使其偿付特定的债权人。

D. 行政程序

37. 近年来一些受危机影响的法域主要在政府或中央银行的倡议下制订了半正式“结构”形式的破产程序，以对付银行部门系统性金融问题。这些程序都是按类似的方式发展起来的。首先，每种程序都有一个协助机构来鼓励并在一定程度上协调和管理这个程序，以便为其发展提供必要的鼓励和动力。第二，每种程序都以商业银行之间达成的协议为基础，在这种协议中各参与方同意对负债法人采用一套“规则”，这个对一家或多家银行欠债的负债法人可以参与这一程序。这些规则为试图进行法人重整的情形提供了应当依循的程序和应当规定的条件。在某些法域中，负债法人要想根据这一程序谈判达成重整，首先需同意适用这些规则。第三，对这些程序的不同部分规定了时间限制，在有些情况下可将原则协议交给有关的法院来决定是否根据破产法启动重整程序。另外，某个法域建立了权力极为广泛的专门机构，可以由其从银行及金融部门接手不良贷款，然后对不履约的负债法人强制执行非司法程序，包括强行重整或勒令重整。

38. 由于这些程序较为复杂，涉及制定特殊规则和条例，而且这些程序处理的是系统破产这种特殊情形，所以不在本《立法指南》中讨论。

三. 体制框架

1. 破产法是整个商业法律制度的一部分，它的正确适用不仅大大依赖于一个成熟的商业法律制度，而且也大大依赖于一个成熟的司法体制框架。因此，在制订或改革破产法的过程中，所作的选择将需要与现有机构的能力紧密相关。只有在法院和负责执法的官员拥有必要的能力向破产制度的受益者提供最有效、最及时和最公正的结果时，破产制度才会行之有效。如果尚不具备这种体制能力，则十分可取的做法是，在对破产法进行改革的同时进行体制改革，为此，建立和维护必要体制框架的成本将与提供一种高效率、有效和公众信赖的制度所带来的利益相权衡。尽管详细讨论发展或提高这种体制能力的办法超出本《立法指南》的范围，但也可以提出一些一般性意见。[1]

2. 在大多数法域，破产程序由司法当局掌控，常常是通过商事法院或具有一般管辖权的法院进行，或者少数通过专门的破产法院进行。有时法官只具有有关破产事务的专门知识并只对破产事务负责，而在其他情况下破产事务只是诸多更广泛的司法责任之一。在一些法域，非司法或准司法机构履行在其他法域由法院发挥的作用。

3. 在制订破产法时，似应考虑在多大的程度上需要法院监督破产程序，以及它们的作用是否可以在程序的不同阶段加以限制或者通过债权人和破产管理人等其他参与者发挥作用加以制约。如果破产法要求法官迅速处理棘手的破产问题(常常涉及商业和企业问题)，而且司法机构的能力无论由于其规模、法院系统内普遍缺乏资源还是由于缺乏关于破产中可能遇到的各种问题的具体知识和经验而受到限制，这一点就显得尤为重要。

---

[1]一些国际组织正在从事关于体制能力建设的工作。提供对所涉各机构的详细调查将超出本《立法指南》的范围，但其中可以例举的是：国际破产协会，该协会通过会议、特设培训和技术研究向破产从业人员、法官、政府管理人员和贷款贷款人提供培训和技术援助；亚洲开发银行，该银行通过建立法律培训机构、网上培训机会和法律研究材料向各国政府提供援助，提高公共机构的工作效率，特别是法院、政府管理机构和司法部的工作效率；世界银行，该银行认识到稳健的机构对可持续发展的重要性，通过广泛的一系列贷款、评估、技术援助和知识产品支持受援国努力加强机构能力；国际货币基金组织，该组织为成员国的管理当局提供专家培训、讲习班和研讨会，从宏观经济问题的角度帮助加强成员国的法律基础设施和提高司法机关的机构工作效率。详情可向各有关机构查询。

4. 为了减少法院根据破产法履行的职能，而同时又加以必要的制约和制衡，破产法可对其他参与者，例如破产管理人和债权人，或对其他机关，例如破产管理机关或公司法人管理机关，指定其特定的职责。破产法可以规定，例如，除非出现对其中某个问题的争议情况外，破产管理人有权不必经过法院干预而就一些问题作出决定，这些问题包括核实和承认债权，是否需要启动后融资，放弃对破产财产没有价值的抵押资产，出售主要资产，启动撤消权诉讼和对合同的处理。这种方法的使用取决于是否有一批称职的专业人员来担任破产管理人。还可授权债权人向破产管理人提供咨询意见或批准破产管理人的某些决定，如批准出售重要资产或取得启动后融资，而不必要求法院干预，但在出现争议的情况下除外。破产法可以具体规定需获法院批准的决定，如为得到启动后融资而规定优先于原已存在的担保债权人的权利的优先权。

5. 对破产案中涉及的有时十分复杂的商业问题，法院的处理能力常常不仅是一个具体法律和商业做法的知识和经验问题，而且是一个该知识和经验是否是最新的和是否定期更新的问题。为了解决司法能力的问题，特别强调对法院人员(不仅对法官而且对书记员和其他法院行政管理人员)的教育和继续培训，将有助于对破产制度提供支持，使之拥有有效和高效地承办破产案的能力。

6. 与法院监督破产案的能力有关的另一项考虑是破产法中强制部分与自由裁量部分之间的平衡问题。虽然自动启动或中止的自动适用等强制性内容可以给债务人和债权人带来很大程度的确定性和可预测性，并且可以限制要求由法院审议的事项，但如果这类内容太多也有可能导致僵化。自由裁量的办法可以让法院在考虑到先例、公众利益和受判决影响者的利益和市场状况的情况下对事实和案情加以权衡。然而，在法院不具备权衡这些考虑所需的知识或经验或及时作出反应所需的资源的情况下，这种办法也可能对法院造成负担。例如，在破产法规定由法院确认重整计划的情况下，不宜让法院对计划的可行性或可取性进行复杂的经济上的评价，而是应将其审议范围限制在批准过程和其他特定的问题上，并依赖拥有充分商业智慧的债权人就是否批准计划作出明智的决定。在破产法要求由作出决定机关如法院行使自由裁量权的情况下，最好还要规定关于正确行使这种自由裁量权的适当准则，尤其是在涉及经济或商业问题时。这一做法符合确保破产程序透明度和可预测性的一般目标。

7. 法律基础设施是否完备，尤其是法院是否拥有可用于处理破产案的资源，会对破产案的处理效率以及破产程序所需的时间产生重要影响。这可能是在决定破产法是否应当对程序某些方面的进行规定时限的一个重要考虑因素。如果法院基础设施无力及时满足向其提出的要求，无法保证各方遵守时限和破产程序的快速进度，那么在破产法中加入这样的条款就不会实现有效和高效的破产制度的目标。程序规则对于案件的进行也会产生重要的作用，制订完备的规则将有助于法院和处理破产案的专业人员根据债

务人的经济状况作出有效和有序的反应，从而最大限度地减少那些可能导致债务人资产价值降低和损害破产程序(不论清算还是重整程序)成功前景的延误。这种规则还有助于实现一定程度的可预测性和案件处理的一致性。

8. 破产制度的执行不仅取决于法院，还取决于参与破产程序的专业人员，无论他们是破产管理人、法律顾问、会计人员、估值专家还是其他专业顾问。制订专业标准和进行培训可以有助于提高能力。似应评估哪些破产管理职能是真正的公共职能，交给公共部门履行更妥当，以此确保破产制度行之有效所需要的信任和信心，同时评估哪些职能可以通过为破产过程的私营部门参与方提供鼓励措施而得以履行。破产管理人可能就是一个例子。

第二部分

有效和高效率的破产法的核心条文

1. 本《立法指南》第二部分的重点是破产法的内容和被看作是根据法律进行的破产程序达到高效率和有效性所必需的核心要素。本指南在论述这些核心要素时，其先后顺序将尽可能按照破产程序的进程顺序。

2. 第一章分析了申请和启动标准。第二章论述了启动破产程序对债务人及其资产的效力，其中包括破产财产的构成、破产财产的保护和保存、资产的使用和处分、启动后的融资、合同的处理、撤销权行使的规定、抵销权以及金融合同和净额结算。第三章审查了债务人和破产管理人在破产程序中的作用及其各自的职责，以及便利债权人参与的机制。虽然与重整有关的问题在整个指南中都作了论述，但第四章尤其审查了与提出和批准重整计划和简易重整程序有关的问题。第五章论述了不同类型的债权及其处理方式，以及分配的优先次序的确定。第六章涉及与破产程序的结束有关的问题，其中包括解除债务和终结。跨国界破产问题在《贸易法委员会跨国界破产示范法》及其《颁布指南》中论述（见附件三）。

一. 申请和启动

A. 资格和管辖权

1. 资格：破产法涉及的债务人

1. 以从事经济活动[1]（无论是否为赢利目的）的债务人为重点的破产法，其设计上一个重要的分界问题是确定并明确界定受该法约束的债务人。如果有任何债务人被排除在该法之外，那么其将不享有该法提供的保护，也不会受该法的约束。这就说明必须对破产法的设计采取包括一切的办法，仅规定有限的例外。破产法资格条款的设计提出了两个基本的问题。其一，该法是否应当区分自然人债务人与作为某种有限责任企业或公司或其他法人形式的债务人，这其中每一项都不仅会提出不同的政策考虑，而且还会提出不同的社会和其他观念方面的考虑。其二，应当被排除在该法适用范围之外的任何可能的债务人类型。

2. 各国均采取不同的办法界定其破产法的适用范围。一些破产法适用于所有债务人，但规定某些具体列明的例外，如下文所讨论的例外。有些国家则区分自然人债务人和法人债务人，并对每类债务人规定不同的破产法。另一种办法根据参与经济（或消费者）活动的情况区分法人和自然人。其中一些法律涉及被定义为参与经济活动作为正常职业的“商人”的破产，或根据商法组建的公司和一般从事经济活动的其他实体的破产。一些国家的法律还包括根据负债水平的不同而规定的不同程序，许多国家还针对不同的经济部门，尤其是针对农业部门，制定了专门的破产制度。

(a) 从事经济活动的自然人

3. 适用于个人债务和破产的政策常常表明与从事经济活动的债务人无关的文化观念，其中可能包括对以下方面的观念：发生私人债务；对无法处理的债务是否可以获得救济；破产对个人地位的社会影响；就个人债务提供咨询和教育协助的必要性；通过解除债务（在程序终结后解除债务人对某些债务的部分或全部责任——见第六章，第 1-13 段）为债务人提供一个新的开端。相比较而言，适用于商业领域破产的政策一般限于经济和商

[1]应当对“经济活动”一词作广义的解释，以涵盖由于所有各种涉及经济活动的关系而引起的各种事项，而不论这种关系是否为合同关系。这些关系包括但不限于以下交易：供应或交换货物或服务的任何商业交易；分销协议；商业代理；代理融通；租赁；工程建设；咨询；工程；许可业务；投资；融资业务；银行业务；保险；开发协议或特许；合营企业和其他形式的工业或商业合作；以及航空、航海、铁路或公路客货运输。

业的考虑，如企业在经济中发挥的重要作用；保护和鼓励经济活动和创业活动的必要性；以及鼓励提供信贷和保护债权人的必要性。

4. 参加经济活动的自然人（包括例如个人合伙和独资经营者）的权益至少在其负债的某些方面不同于消费者债务人的权益，但就判定如何在破产中加以处理而言，常常难以将个人的私人负债与其商业负债区分开来。可以制定不同的检验标准来便利这种判断，例如可以重点强调所开展的活动的性质、债务水平和债务与经济活动之间的联系。参加经济活动的标志可以包括：企业是否被登记为贸易或其他商业企业；企业是否为商法上某一类型的法人；其日常活动的性质；以及关于营业额以及资产和负债的信息。

5. 许多国家将参加经济活动的自然人债务人包括在商业破产法的范围之内。另有一些国家的经验则表明，虽然自然人从事的商业活动也是经济活动的一部分，但这种情况常常最好在自然人破产制度中处理，因为私人企业的所有者最终将通过一种不享有任何责任限制的结构从事其活动，从而使他们对企业的债务承担无限的个人责任。这种情况也提出了非常棘手的解除债务问题，其中包括债务人可以被解除债务之前所需的时间以及可以解除或免于解除的债务。不能解除的债务常常涉及到私人事项，如离婚程序中的清偿款项或儿童抚养费。

6. 另外一个考虑是，把自然人包括在商业破产制度中可能在一些国家出现一种可能性，即不管私人破产性质如何，由于对此的社会观念，这有可能成为抑制人们利用商业破产制度的因素。可取的做法是，在设计一项处理与商业有关的破产法律时考虑到这些担忧，同时考虑到特定国家一般从事经济活动的方式、是否存在有关自然人的破产法以及其效力。例如，在许多国家，几乎完全是个人在从事经济活动，把个人排除在破产法之外将极大地限制破产法的适用范围和效力。在另外一些国家，从事经济活动的自然人的破产问题由个人破产法专门处理，自然人被排除在商业破产制度之外。

7. 本《立法指南》重点讨论法人和自然人从事经济活动的问题，而不论进行这些活动所采取的法律结构如何，也不论是否以赢利为目的进行这些活动。[2]指南指明了在破产法包括自然人债务人的情况下需要作出额外或不同规定的问题。

(b) 国有企业

8. 破产法可以适用于所有各类从事经济活动的债务人，无论是私有企业还是国有企业债务人，尤其是以独立的经济或企业身份在市场上竞争但却

[2]例如，这种活动包括以慈善目的进行的经济活动。

与私有企业享有同样商业和经济利益的国有企业。这里的讨论不准备包括国家、国家下属区划的政府、市政当局和其他类似类型的组织或公共机构，除非它们是以商业企业运营的国有企业。

9. 企业若是为政府所有，这本身不可能自动提供将其排除在破产法涵盖范围之外的充分依据，尽管许多国家确实采取了这种方法。在国家对企业扮演不同的角色——不仅作为所有者，而且作为贷款人和最大的债权人——的情况下，正常的商业激励措施就不会适用，和解的解决办法就很难达成，而且有明显的理由表明会产生利益冲突。因此，把这些企业包括在破产制度中的好处是：让它们受制度的约束；传递出政府对这些企业的财政支持不会是毫无限制的明确信号；并且提供一种有可能最大限度地减少利益冲突的程序。

10. 在下列情况下，对把这些企业包括在一般破产法中的一般政策可能需要做出一些例外：政府采取了对这种企业的负债提供明确保证的政策；对国有企业的处理是宏观经济政策改革的一部分，如大规模的私有化方案；或者国有企业参与国民经济的敏感部门，如提供关键服务或公用事业(如水电)。在这种情况下，关于相关问题（包括破产问题）的单独立法就有可能是必要的。本指南不具体涉及与这种单独立法相关的问题。

(c) 需作特别处理的债务人

11. 尽管似应将破产法提供的保护和规制尽可能扩大到广泛的债务人，但对某些专业性的实体，如银行、保险机构、公用事业公司和股票或商品经纪人公司而言，可以规定作单独的处理。对这些类型的债务人例外处理在破产法中相当普遍，而且经证明一般具有正当性，依据是在破产制度之外这些企业还常常受到具体法规制度的约束。为了解决这些债务人的破产问题，法规制度可以包括针对这类被规制企业的规定，或者在一般破产法中包括特别的规则。本《立法指南》对由于这种债权人破产和消费者破产而引发的特别考虑因素未作具体的论述。

2. 管辖权

12. 除了拥有必要的企业或经济特征外，债务人还必须与实施破产法的国家有充分的关系才能受其破产法的管辖。在许多情况下，不会产生破产法是否可以适用的问题，因为债务人会是该国的国民或居民，并且会通过在该国注册或组建的合法机构而在该国从事经济活动。然而，如果存在债务人与国家的联系问题，破产法会采取各种不同的检验标准，其中包括债务人在该国是否拥有主要利益中心，债务人在该国是否设有营业所，或者债务人在该国是否拥有资产。

(a) 主要利益中心

13. 尽管一些破产法采用了主要营业地等检验标准，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”的检验标准来确定用以就该债务人而启动所称“主要破产程序”的适当地点。2002 年 5 月 29 日欧洲理事会第 1346/2000 号条例也采用了这一检验标准。贸易法委员会示范法对这一术语未作定义；欧洲理事会条例（陈述部分 13）指出，这一术语应当相对应于“债务人对其权益常年进行管理并因而可以由第三方查明的地点”。适当的检验标准将是贸易法委员会示范法第 16 条第(3)款和欧洲理事会条例第 3 条中规定的检验标准：债务人的注册办事处或个人的惯常住所被推定为主要利益中心，除非可以表明该主要利益中心位于他处。在一国内拥有主要利益中心的债务人应当受该国破产法的支配。

14. 尽管采用了“主要利益中心”的检验标准，但在一个以上的国家拥有资产的债务人可能会发现自己符合受一个以上的国家的破产法支配的要求，因为对债务人的资格存在着不同的检验标准或者对同一检验标准会有不同的解释，其结果是有可能在这些国家分别进行破产程序。在这种情况下，适当的做法是根据贸易法委员会示范法制定立法，以解决协调和合作的问题。就不同检验标准的适用而言，示范法重点把主要利益中心和主程序放在了首位，但同时承认，一旦外国主程序得到承认，也可以采用资产所在地等其他检验标准启动处理当地资产的当地“非主要”程序。[3]

(b) 营业所

15. 一些法律规定，可以在债务人设有营业所的法域内启动破产程序。“营业所”一词在贸易法委员会示范法第 2 条中定义为“债务人以人工和货物或服务进行某种非临时性经济活动的任何经营场所” 。欧洲理事会条例第 2 条包含了一个类似的定义，但没有提到“服务”。实际上，营业所是一种经营场所，但不一定是主要利益中心。它的定义跟“主要利益中心”一样，对于贸易法委员会示范法的总体结构以及作为承认外国破产程序和适用救济措施的标准处理跨国界破产案件来说十分重要。在许多国家，无力支付债务的营业所的经理们必须对债权人承担个人责任，除非他们启动破产程序。因此，以营业所为基础启动破产程序的资格问题对于国内破产制度和该债务人在特定国家的资产的处理具有重要意义。

16. 欧洲理事会条例也作了类似的规定：可以在债务人设有营业所的法域启动破产程序（被称之为“次要程序”）。一般来讲，这种程序限于涉及

[3]贸易法委员会示范法，第 28 条（见附件三）。

到债务人位于该国领土上的资产的清算程序。取决于债务人业务和所涉资产的性质，也可能出现重整程序可能要以营业所为基础的有限情况。

(c) 资产所在地

17. 一些法律规定，可以由目前或一直以来在法域内拥有资产的债务人或针对该债务人启动破产程序，而不用要求该债务人在该法域内拥有营业所或主要利益中心。贸易法委员会示范法并未规定承认以资产所在地为基础启动的外国程序，但它确实规定，为了处理本地资产，可以在承认外国程序的国家以资产所在地为基础启动本地程序。[4]

18. 也许可以对以资产所在地为基础启动的清算程序和重整程序之间加以区分；虽然资产所在地可以成为启动涉及位于一国的具体资产的清算程序的适当依据，但它对于启动重整程序来说可能并不充分，尤其是在主要利益中心启动的程序是清算程序的情况下，或者在有关资产数量有限的情况下。尽管一国规定资产所在地将足以启动重整程序（而且这种程序可以涉及债务人无论位于何处的资产），但这种备选方案并不是可以广泛获得的。在以资产所在地启动针对一跨国债务人的程序的情况下，一般需要与债务人设有主要利益中心以及可能设有营业所的其他法域协调这些程序。因此，资产所在地的检验标准可能提出多重法域的问题，其中包括可能出现多个程序和可能出现需在贸易法委员会示范法所述程序之间加以协调和展开合作的问题。

(d) 拥有管辖权的法院

19. 另一个管辖权问题是哪家法院有权启动破产程序和解决程序进行过程中所出现的问题。启动权限和后来在破产程序进行中产生的所有问题可能都属于一个国家的同一法院，或者不同的法院有权处理不同的问题。为了增加透明度，也为了便利债务人、债权人和第三方使用破产法（尤其是当他们来自外国的情况下），法律应明确规定哪家法院对哪些事项拥有管辖权。尽管破产法中不总是可能包括关于具体说明哪家法院对破产程序拥有管辖权的规定，但破产法中可以提及具体列明法院管辖权的其他法律中的规定，这一点极为有用。

[4]贸易法委员会示范法第 28 条和颁布指南第 184-187 段（见附件三）。

建议 8-13

立法条文目的

关于资格和管辖权的条文的目的是为了确定：

(a) 受破产法调整的债务人的类型；

(b) 可以从破产法适用范围中排除的债务人的类型；

(c) 与一国有充分联系从而须受其破产法调整的债务人；

(d) 对破产程序的启动和进行拥有管辖权的法院。

立法条文内容

资格（第 1-11 段）

8. 法律应当管辖针对从事经济活动的所有债务人的破产程序，无论他们是自然人还是法人，其中包括国有企业，[5]也不论是否以赢利为目的从事这些经济活动。

9. 应当对不适用破产法的例外情形加以限制，并在破产法中加以明确规定。[6]

管辖权（第 12-18 段）

10. 破产法应当具体规定哪些债务人与一国有充分联系从而受其破产法的管辖。可以采取不同的办法确定适当的连接因素，但债务人可据以受破产法管辖的理由应当包括下列任何一种：[7]

(a) 债务人在该国设有主要利益中心；

(b) 债务人在该国设有营业所。

---

[5]本指南并非意在适用于国家、国家下属区划的政府、市政当局和其他类似类型的组织，但属于“国有企业”的除外。

[6]对受管制程度高的银行和保险公司等组织可能需要作专门的处理，这种专门的处理可以在单独的破产制度中适当规定，也可以通过一般破产法作出特别规定。还可以把涉及敏感经济部门的一些国有企业排除在外。

[7]本建议旨在说明启动破产程序的最低限度且非唯一性理由。一些法域则采用是否存在资产等其他理由，但本指南不建议这样做：见上文第 17 和 18 段以及《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》（见附件三）第 184-187 段。

建议 8-13（续）

11. 破产法可以确定一项推定，如果不存在相反的证据，法人的主要利益中心位于其拥有注册办事处的国家，自然人的主要利益中心位于其拥有惯常居所的国家。

12. 破产法应当规定“营业所”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”。[8]

立法条文目的

拥有管辖权的法院（第 19 段）

13. 破产法应当明确指出对启动和进行破产程序，包括对这些程序中所出现的事项拥有管辖权的法院（或提到成立该法院的相关法律）。

B. 程序的启动

1. 导言

20. 启动破产程序时需达到的标准是破产程序设计上的中心环节。这一标准作为启动破产程序的依据，有利于确定哪些债务人可归入破产法的保护和规制的范围并确定由谁来提出启动申请，债务人、债权人，还是其他当事人。

21. 作为一般原则，可取的做法是，启动标准应当具有透明度和确定性，能够促进方便快捷、费用低廉地利用破产程序，以便鼓励陷入财务困境或资不抵债的企业自愿启动程序。还有一点也是可取的，这就是就可利用的破产程序类型（重整和清算）而言，就最适合某一债务人的程序在准入上的方便程度而言，以及就能否方便转换不同类型的程序而言，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却步，不愿启动程序，而时间上的延误不论是对资产的价值，还是对破产程序的圆满完成，都会造成有害的影响，特别是在重整情况下。对于准入的方便性，需以适当而完备的保障加以制衡，以防不当使用破产程序。不当使用的例子可包括，债务人未陷入财务困境即申请启动破产程序，以便为了利用破产法提供的保护，如自动中止，或者为了避免或延迟对债权人付款；

[8]贸易法委员会示范法第 2 条(f)项（见附件三）。

债权人是债务人的竞争对手，申请的目的是利用破产程序来扰乱债务人的经营，以此取得竞争优势。[9]

22. 关于启动破产程序之前必须达到哪些具体标准的问题，各国法律的规定各不相同。一些法律提供了备选标准，并区分启动清算程序和重整程序的适用标准，同时对债务人和债权人的申请也加以区分。

2. 启动标准

(a) 清偿力、现金流量或全面停止付款标准

23. 广泛用于启动程序的一项标准是名称各不相同的所谓清偿力或现金流量或全面停止付款标准，它的要求是债务人已全面停止偿付到期债务，而且没有充足的现金流量偿付正常营业过程中到期的现有债务。债务人全面停止付款的标志可以包括债务人未能支付租金、税款、薪金、员工福利、贸易应付款和其他主要业务费用。这一标准使得判断破产的要素都在债权人的控制范围之内。借助这一标准，是为了在债务人财务困境期间尽早启动破产程序，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。等到债务人能证明资产负债表破产（即该实体的资产负债表显示债务人资不抵债——如下文所作讨论）才允许启动程序，可能只会延迟必然要发生的事情，减少可收回的资产。

24. 采用需要加以审议的全面停止支付标准的一个有关问题是，债务人无力清偿到期债务，可能只表明现金流量或清偿能力暂时出现问题，而企业在其他方面则是健全的。当今市场竞争激烈，竞争可能迫使市场的参与者为保持竞争力和维持或取得市场份额而暂时接受更低的利润，甚至承担损失。虽然在每个案件中都会成为一个事实问题，但可取的做法是，破产法对法院提供引导，指导其判断是否已达到启动标准，以避免过早裁定破产。

(b) 资产负债表标准

25. 全面停止偿付标准的替代办法是资产负债表办法，其依据是资不抵债时即表明遇到财务困境。由于这一标准依赖受债务人控制的资料，因此，资产负债表标准有其实际局限性：债务人的财务状况究竟如何，在水落石出、成为不可改变的事实之前，其他当事人几乎无从得知，因此，债权人恐怕不易以此为根据提出申请。此外，采用这一标准可能发出关于债务人财务状况的令人误解的信号，因为这一标准的重点实际上是一个如何对资

[9]这个问题在驳回启动申请和中止进行程序的范围内作进一步讨论，第二部分，第一章，第 61-63 段和第 79 段。

产价值进行评估的会计问题（如与一个营运资产的价值相对比的清算价值），而且还提出了债务人的资产负债表是否可靠和是否真实地反映了债务人的支付能力的问题，这在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[10]结果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的情况下，尤其如此。服务性企业的情形可能尤其如此，按照这一标准，即使企业基本上是健全的，但从技术上来说，由于缺乏资产，可能已经破产。或者，在没有维持企业经营所需的现金流量的情况下，企业也可能有显示正值的资产负债表。

26. 这种检验标准还会造成取证的延误和困难，因为专家一般需审查账册、记录和财务数据[11]之后才能确定该企业的公平市场价值。如果这些记录的操作不当或不便于查阅，则困难更大。由于资产负债表标准存在这些问题，所以往往是在失掉重组可能性后才启动程序，并对营运资产的债务人以集体方式对付债权人的能力产生不利影响，从而可能偏离实现价值最大化的目标。因此，这一标准的可靠性尚不足以构成破产定义的唯一依据，比较可取的做法是与停止偿付标准结合起来使用。以这种方式使用时，通过重点关注无论如何估价的资产是否足以偿付债务人的债务，包括尚未到期的债务的方式，资产负债表标准可以有助于对破产进行界定。

(c) 设计启动标准

27. 破产法以不同的组合方式使用全面停止支付标准和资产负债表方法来确定启动标准。有些法律采用全面停止支付标准的简单形式，规定债务人须是无力履行到期债务的。有些法律则在采用这一标准时还添加了其他一些规定，例如，停止付款所反映的必须是非临时性财务困境；债务人的信誉必须受到威胁；对债务人进行清算是公平和公正的。启动标准中添加的因素越多，就越难以满足，尤其在所添加的属于主观因素的情况下。这会导致破产程序的启动申请受到质疑，从而造成延误、不确定性和支出增

[10]公平市场价值一般认为是买卖双方之间正常销售中可以合理预期得到的价值，这时买卖双方都没有面临强迫的压力。如果不是真买真卖，价值可能带有一定的投机性，因为价值的估算是以销售有关资产的条件的假设为依据的。为减少投机性开发了各种办法，以便根据相当企业和资产的销售或根据企业潜在收入的倍数估算价值。在资产不易出售的市场中，或由于市场饱和，或由于相关资产的市场并不存在，价值的估算难以进行。

[11]资产的账面价值是为会计目的显示的资产金额。账面价值通常取自原始购置价格，再加上折旧、摊销、重新评估之后调整到较低的当前市场价格，或者偶尔根据会计原则重新评估出较高的价格。虽然国际会计标准委员会制定了国际财务报告标准，但也必须注意到，并没有全球公认的会计准则强制规定为会计目的评估资产的依据。而且，用于管理账户目的的资产的账面价值可能并不等同于年度终了经过审计的财务报表中包括的同样资产的价值。其结果是，资产的账面价值可能与为清偿债权而变现的金额之间没有多大关系或者没有关系。

加。相比之下，相对简单和直接的标准可能都倾向于包括更多的状况，但可以通过由于这些标准所产生的更大程度上的适用便利而对此加以平衡。

28. 另一种办法把停止偿付标准与资产负债表标准结合起来。一个例子是，要求除了停止付款之外，债务人还必须是过度负债，例如，确定过度负债的办法是，债务人因其负债超过资产而无力清偿到期债务。把两种标准结合起来的办法可以有助于在缺乏关于存在一般违约的信息的情况下启动程序，并更加全面地反映债务人当前和预期的财务状况。例如，资产负债表标准可以促使考虑根据停止付款标准不会考虑到但对可能成功重整具有十分重要意义的未到期债务。

29. 破产法可以采用单独一项破产标准，在这种情况下，停止付款标准可以有效地引发对破产程序的利用；资产负债表标准则如上所述，有很多不利之处，不应当用作唯一的标准。破产法还可以采用一种把停止付款标准和资产负债表标准结合起来的标准。如果采用这一办法，则只要满足一项标准就可以启动破产程序。

㈠ 即将破产（预期缺乏流动资金）

30. 有些仅采用停止支付标准的法律还规定债务人需以即将破产或可能无力偿付作为申请启动的依据，就此种情形而言，债务人将无力履行其未来到期债务。虽然在有些情况下无须经过很长时期就能证明此种潜在的无偿债能力，但在有些情况下则取决于应履行债务的性质，须经过相当长的时期才能确定这一点。确定潜在无偿债能力的实际情形或可包括：债务人对债券付款承担了长期义务，而债务人知道自己无力付款；或者债务人是一项大宗侵权诉讼案的被告，而债务人知道自己无法胜诉，也无力支付相关的赔偿费。

㈡ 可启动的程序的类型

31. 启动标准的第二个方面是可以启动的程序的类型（统见第一部分，第二章）。在有些法律中，启动标准提供了启动重整程序或清算程序的依据。如果清算申请由债权人提出，破产法可以允许债务人申请将清算程序转换为重整程序。根据其他倾向于重整的破产法，必须启动重整程序，但如果发现不能对债务人进行重整时，可以将重整程序转变为清算程序。还有一种做法是，申请本身并不起决定作用，究竟是清算还是重整，只能在对债务人财务状况经过一段时期的评价之后才能决定。

3. 清算

(a) 被允许提出申请的当事人

32. 破产法通常规定清算程序应由债务人提起，或由一个或多个债权人提起，由政府机构提起，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（例如，保持一定数量的资产）自动引发破产程序。

(b) 债务人提出申请

33. 许多破产法对债务人申请清算采用“全面停止支付”标准。从实际做法来看，债务人申请启动清算程序，通常是债务人遇到严重财务困境情况时的最后手段，因此，一些法律允许债务人或者以其已经停止偿付到期债务为根据提出申请，或者根据其对财务状况的简单声明提出申请，例如，债务人无力或不打算偿付其债务（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）。至少有一种破产法并不要求债务人以说明任何特别的财务状况作为理由。在这种情况下，无论对债务人规定了何种举证责任，破产法都应当区分并规定两方面的情形，一方面是如果债权人不提反对意见即可推定债务人的财务声明已经获得认可的情形，另一方面则是由于对债务人财务状况存有某种疑问或由于债权人已经对启动破产程序提出异议因而应当对债务人财务情况提出质疑的情形。

34. 在一定程度上这些问题可以通过破产程序的启动机制加以解决。如果法院必须作出启动裁定，那么它将有机会对申请进行审查，债权人则可以在庭审之时提出异议。如果申请所起作用是继而自动启动破产程序，债权人和其他利益方将仍有机会提出异议，尽管程序已经启动（见下文，第55-58 段，关于裁定启动；第 61-63 段，关于驳回申请；第 79 段，关于解除程序）。在这两种情形下，滥用申请程序的企图都会受到审查。

㈠ 规定债务人的申请义务

35. 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务困境时的某一阶段申请启动程序。关于这个问题，并无普遍认同的做法。有些破产法或企业治理法所载的规定是，在债务人无力偿还其到期债务之后或债务人根据其资产负债表确信其债务负担过重之后，债务人必须在（两周到60 天不等的）一段规定时期内提出申请。有些法律对如何确定停止偿付作出具体规定，例如，查阅银行记录，以证明债务人确实未在一定时期内（如两个月）偿付一定比例的总债务。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；就重整而言，可以通过鼓励尽早采取行动而增加成功的机会。在无法依赖积极参与的债权人类别启动程序的国家中，这一点可能很重要。但是，有些国家的经验表

明，对债务人规定义务，要求其在无力偿债或停止付款的一定天数或周数之后提出申请，只会导致债务人提出不反映真实破产情况（因而不反映对清算或重整实际需要）的申请。在有些国家，破产基础设施并不充分，因而无力处理大量的此种申请，规定这样的义务给破产基础设施造成了额外的压力。

36. 规定这样一种义务还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务困境，例如，自愿重组协议这种对某些情形可能更合适的替代办法。[12]另外，如果没有相应的执行措施制裁不遵守这一义务的行为，此种义务将形同虚设。采取激励办法（例如，采用中止措施保护债务人，以免对其采取强制执行措施或其他诉讼——统见第二章，第 25-73 段），或许是一种比对不履行申请义务实施制裁更有效地鼓励债务人尽早申请破产程序的手段。

(c) 债权人申请

37. 许多破产法还对债权人申请对债务人清算采用停止支付标准，并往往另外还要求大部分债务应无争议和无可抵销。在若干法律中，该债务必须依据法院的判决。如果对债权人申请采用全面停止支付标准，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，但要提供全面停止支付的证据可能不太容易。实际需要的是债权人能出示证据，例如通过推定，确证债务人已破产，而同时又不对债权人设置过重的举证责任。例如，在债务人未能偿付一项或多项到期债务并且该未偿债务是无可争辩的债务情况下，也即是不能对其提出合法争辩或加以抵销的情况下，债务人基本无力偿债的推定即可成立。如果破产法对这种推定作出规定，破产法就有必要相应地为债务人提供反驳这种推定的机会并具体规定可据以反驳这种推定的理由。这些理由可包括：债务人表明其能够偿付其债务；可对该债务提出合法争辩；或对债权人作出其推定所依据的要素的任何其他否定。债权人申请启动破产程序后将此事通知债务人，将使债务人有机会对债权人有关其财务状况的指称提出争辩（另见下文，第 64-68 段，关于发出通知）。

38. 为了完善全面停止支付的标准，以便于确定债权人需满足的最低限度举证义务，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或债务到期后的一段特定时期内债务人未能偿付到期债务。若干破产法包括这类规定，在需要提出正式要求的情况下，这种特定时间一般为

[12]在简易重整程序和相关启动标准的范围内对这一问题作了进一步的讨论，见第二部分，第四章，第 76-90 段。

8 天至 24 天不等。有些破产法还规定，此种申请的前提应是在申请启动之前的一段特定时期内，例如三个月内，追收债务的行动以失败告终。如果在法律中规定时限，为了满足快速进入破产程序和保存价值的主要目标，比较可取的做法是规定一个较短的时限。

39. 债权尚未到期的债权人也对启动破产程序有着正当的权益。例如，长期债务持有人的情况可能尤其令人担心。如果以到期债务作为启动程序的标准，这些债权人可能永远没有资格申请启动破产程序，虽然可能该债务人明显在该债务到期之日将无法偿付债务。可以采取的一种解决办法是，在破产法中规定，不支付长期债务分期付款可以构成债权人申请的依据。但是，制订一种在这种情况下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，特别是在如何把不支付单笔付款与债务人的总体财务状况联系起来时。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。可以通过采用一种既含有停止付款标准又含有资产负债表标准的方式解决这些问题。

40. 除了对停止支付、债务到期和债权无争议的要求外，有些破产法要求由一个以上的债权人提出申请(其中每一债权人可能需是持有无争议债权的无担保债权人)；并要求债权人不仅持有到期债权而且其债权应在债权综合价值中占有一定的数量（也可以是一定数目或比例的债权人和一定量的债权综合价值的组合）。

41. 之所以提出这些要求，往往是因为希望尽量减少可能不正当利用破产程序的情形，例如单个债权人会试图用其取代索债强制执行机制，特别是如果所涉债务额不大；或破产程序由仅占债务人总债务一小部分的少数债权人启动。不过，对于赞成这一做法的观点，要本着便利迅速而方便地进入破产程序的目标来权衡。此外，解决不当使用的问题，还可考虑到单个债权人的债权价值（不过，具体规定债权的特定价值并非总是最理想的立法技术，因为币值一旦波动可能就需修改法律），或者采用一种程序，要求债务人向法院提供资料，使法院能够判断不偿还债务是与特定债权人发生争议的结果还是实际上缺乏流动资产的证据。处理不当使用的问题时，还可以强调阻止不当使用，而不是制定一种对所有符合条件的债务人有潜在损害的复杂的启动标准；并且对由此产生的某些后果作出规定，例如，驳回申请和要求为债务人受到的损害给予赔偿。这些损害可能不仅涉及债务人引起的费用和支出，而且还涉及对债务人经营的扰乱。

(d) 政府机构提出申请

42. 如果债权人是政府，则它应当享有与其他任何债权人同样的启动清算程序的权利。这一权利一般赋予某个具体的政府部门或机构（通常为检察

机关或同等机构）或其他监督机构，而且一般适用与其他债权人提出申请时相同的启动标准。

43. 有些情况下，政府或其他监管机关不一定是债权人，但关闭企业被认为符合公众的利益。对这类情况，有些国家为这类政府机关利用破产制度关闭企业提供了基础较为广泛的额外权力，例如，不一定需要证明缺乏流动资金，这样一来政府就能够终止从事了某种欺诈或犯罪活动或涉及严重违背规定的义务或两者兼有的活动的企业的经营活动。考虑到在与破产无关的情况下这种权利被滥用的可能性，以及公共利益的理由有可能界定得十分广泛，因此，十分可取的做法是，只有在某些有限的情形中才能拥有这种权力，而且只能作为其他法律没有适当的补救措施情况下最后的手段使用。此种有限的情形可以包括在可能不必要求证明破产的情况下，在与洗钱或证券管理等有关的法律的执行过程中一并利用破产权。也可以包括涉及实际破产标准的情形，例如，该政府机关所代表的是大量小额债权人的利益，其中任何一个债权人的债权都达不到申请启动程序的标准，但他们都受到了债务人活动的损害。

44. 在以上述方式利用破产程序的情况下，可能还需要规定某些保护措施。例如，可能需要对债务人的事务进行初步调查，然后需要获准采取初步措施，例如申请中止及任命一名临时破产管理人，以便在法院裁定对该企业采取何种进一步的措施之前，防止出现不当行为的可能性。以上讨论的额外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，也可将清算改为重整。这些条件可包括企业活动是合法活动，而且已由破产管理人或政府机构代为管理该债务人的经营。

4. 重整

(a) 可以提出申请的当事方

45. 比起申请启动清算程序，破产法在更大的程度上对于可以由哪些当事人申请启动重整程序采取了不同的办法，虽然一些法律同时允许债务人和债权人申请，但不少法律只允许由债务人提出申请。

(b) 债务人申请

46. 重整程序的目标之一是确立一个可鼓励债务人尽早处理财务困境的框架，以使企业能够继续给债务人和债权人带来利益。与这一目标相一致的启动标准可能是一个比清算程序的启动标准更灵活的标准，不要求债务人一直等到全面停止偿付后再提出申请，而是允许债务人在出现任其发展则会破产的财务状况时提出申请。各国的破产法对债务人申请重整采取不同做法。在有些法律中，重整程序并不实际要求符合实体性标准：债务人可

按其意愿随时提出申请，仅需向适当的法院提交一份简单的申请书。其他一些法律，包括采用单一程序的法律（见第一部分，第二章，第 21-25 段），规定如果债务人估计今后将无力偿付到期债务（预期未来或眼下即将破产或缺乏流动资金），即可提出申请。一些重整法律还要求提出债务人存活的真实或合理前景的证据，或债务人企业的经济可行性证据。

47. 可能有这样的说法，放宽启动标准会招致债务人滥用破产程序。例如，未陷入财务困境的债务人可能申请启动破产程序和提出重整计划，借以摆脱沉重的义务，如劳务合同，以便重新谈判债务，或敷衍债权人，不及时如数偿债。这些情形应当与鼓励债务人提出申请的情形区分开来，因为偿还到期债务造成了可能导致未来发生破产的财务困境（见上文，第 30 段，关于即将破产），即使在提出申请时债务人并未实际破产。换言之，这一申请有财务上的依据。是否会产生不当使用，是一个重整程序要素如何设计的问题，其中包括启动标准、制订重整计划的要求、程序启动后债务人对企业的控制以及对不正当使用程序的制裁。如上所述，可取的做法是破产法重点强调防止不当使用，而不是使得更难以启动，从而可能给所有符合条件的申请人带来损害。对于债务人的可能不当使用，一个处理办法是，规定法院有权驳回申请，而且在此情况下，债务人应对债权人因抵制申请所引起的费用以及由申请所造成的损害承担一切赔偿责任。

(c) 债权人申请

48. 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整程序，则没有共识。如上所述，一些法律仅对债务人申请作出规定。鉴于重整程序的目标之一是通过继续经营和重整债务人的企业增加资产的价值，从而增加债权人的债权回报，所以不把提出申请的能力仅给予债务人这一点极为必要。允许债权人提出申请的另一个理由是，可能会出现债务人不愿意或不能够提出启动申请的情况，例如管理层已经辞职。债权人能否提出重整申请，对债权人能否提出重整计划的问题也是至关重要的（见第四章，第 8-14 段），而且可能严重影响他们是否支持所提出的任何计划。一些国家所持的立场是，由于在许多情况下债权人是重整成功的主要受益人，债权人应当有机会提出重整计划。如果采用这种推理，那么允许债权人申请启动重整程序，就似乎是合情合理的。

49. 允许债权人申请债务人重整的破产法，对启动标准采取了不同的办法。一种办法是，破产法采用与债务人申请重整时同样的标准，其中包括预期缺乏流动资金的标准。一种不同的办法认为难以证明采用同样的标准合乎道理，特别是包括预期缺乏流动资金这样的标准。这不仅仅是由于债权人会遇到种种困难，无法证明预期缺乏流动资金的标准已经得到满足，更是因为，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。

50. 为解决与债权人启动重整程序有关的这些难题，一些法律采用的启动标准要求债权人证明除债务人破产以外的某些因素。例如，债权人必须证明将会有流动现金用来支付企业的日常经营；资产的总价值将为重整提供支持；债权人从重整中获得的回报有可能超过清算提供的回报，等等。这种做法一个明显的不利之处是，它要求债权人在提出申请之前已经对债务人的企业作出彻底评价或有能力作出此种评价。然而，为了作出这种评价，债权人必须能够从债务人处取得与该评价有关并且十分可靠而足以方便进行这种评价的资料。为了有助于处理这类情形，破产法可以规定，例如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。这种程序可有助于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造成申请程序复杂化，从而阻止债权人提出重整，鼓励将清算作为一种更容易的选择办法，或延误启动可带来资产价值最大化后果以及重整成功的程序。还应当注意确保不要让破产程序被债务人的竞争对手用来取得商业上敏感或机密的资料，或通过在债务人财务状况的评价方面规定一些无法接受的要求而扰乱债务人的经营。

51. 有些破产法律采用另一种停止支付标准，要求由一定数目的债权人或由持有一定价值的到期债权的债权人或同时由这两者提出申请。另一些法律则要求债权人在提出申请时提供某种保证金或付款，以支付启动程序的费用。[13]可以说这些要求与上述关于债权人必须证明有充足手段足以实现成功重整的要求有着同样的不利之处。

52. 启动标准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。例如，有些破产法规定启动程序后即自动适用中止措施，在这种破产法中，企业能否继续经营并成功地进行重整的问题可以等程序启动后再来评价（而且只要法律允许，如果认定重整不适当，即可将程序转换为清算）。在另一些制度下，可能需先获得评价资料再提出申请，因为选择重整的前提是假定重整给债权人带来的回报将大于清算。

53. 由于上文各段讨论的这些原因，合适的做法可能是，关于债权人申请对债务人清算和重整的情形，适用同样的启动程序标准(即全面停止支付)。此项标准与双轨法和单一法似乎不谋而合（见第一部分，第一章，第 25 段），使用不同的启动标准不是以所提起的程序的类型而定，而是以申请人是债务人还是债权人而定。这种对清算和重整采用同样标准的做法也有例外情形：赞成重整的制度规定，在最后断定已无重整可能之前，

[13]此种付款也可为破产管理人提供报酬（见第二部分，第三章，第 58 段；另见下文，第 76-78 段，关于破产程序费用的讨论）。

债务人或债权人都不得启动清算程序。在这种情况下，清算程序的启动标准不是全面停止支付，而是断定重整不能成功。

5. 程序性问题

(a) 提出启动申请

54. 破产法应具体规定对于提出申请的程序上要求。许多破产法规定必须向指定的法院提出申请，但也存在着其他范例，例如，有一部法律规定，债务人向公司监管机构提出声明而启动程序。程序上的要求问题提出了第一部分所讨论过的法院更广泛参与破产程序的问题（见上文，第三章，第1-8 段，关于体制框架）。破产法以外的法律也可能影响启动破产程序的方式，如宪法（可能关系到法院和行政机构的作用以及管辖权问题）、程序法（包括法院规则）或公司法。

(b) 启动破产程序的决定

55. 在程序上的一个初步问题涉及提出申请后程序的启动方式。许多国家通常采取的做法是，由拥有管辖权的法院根据启动申请而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或法庭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，而是对这个机构批准申请和使程序启动有何要求。

56. 启动的条件要着眼于便利提早和方便地进入破产程序，这样不仅可以通过减少复杂性和酌情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加透明度和可预测性。这种启动条件也不大可能给可能缺乏机构能力或进行要求有相当商业和企业知识才能进行的复杂调查的专长的制度带来压力。对于中小企业实体的破产来说，与利用破产制度有关的费用问题可能特别重要。在启动程序方面需要注意的另一个因素是，最近在一些破产法中出现了一种趋势，即承认，无论申请是由债务人提出还是由债权人提出，债务人都拥有由对程序启动申请做出裁决的法院或机构进行审理的基本权利。

57. 在涉及启动要求方面，有些破产法对债务人提出的申请和债权人提出的申请加以区分。在有些法律中，如果债务人提出申请，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，债务人滥用了破产法。比较来说，就债权人根据这些法律提出的申请而言，法院需要在决定启动程序之前审查启动标准是否得到满足的问题。一个首要的原因是避免债权人或其他利益方的滥用。债务人可自行选择采取各种行动方针，其中包括同意该申请、对申请人关于其财务状况的指称提出争辩以及请求启动

不同的程序（例如在申请清算的情况下，请求启动重整）。债务人还可从管辖权限上或程序上对债权人的申请提出抗辩。在另一些法律中，无论申请由债务人还是债权人提出，法院不仅要确定启动条件是否得到满足，还要确定所申请的程序类型是否符合债务人的具体情况。

58. 如果评价过于复杂，就不仅有可能在申请和启动之间出现延误，而且在这一期间还有可能引起更多的债务，因为债务人并未中断经营，有可能为维持现金流量而让商业债务继续增加，而且资产有可能因债权人的行为而散失。如果法院在启动程序之前必须对各种问题进行评价，一种降低评价可能出现的复杂性的方法是，首先应当规定，评价应在程序启动之后进行，以便由破产管理人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整之间转换程序。如果采用这种做法，破产法可能需要就下述方面订立明确的规则：申请中止(统见第二章，第 25-73 段)；所发生债务的偿还优先顺序(见第五章，第 66 段)；在申请后和启动前这一期间债务人处分资产的权力（见第二章，第 16 段和第 70-73 段）；以及对评价期间发生的未经许可的交易的处理问题（见第二章，第 147 段）。

(c) 给作出启动决定规定时限

59. 如果法院需要就启动作出决定，可取的做法是，及时作出决定以确保决策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。在进行重整以避免资产价值进一步缩水和增加重整成功的机会方面，这一点尤其重要。有些破产法就提出申请后作出启动决定规定了时间期限。这些法律通常对债务人申请和债权人申请加以区分，对债务人申请通常能较快地作出决定。给债权人申请的时间多一些是为了迅速向债务人发出通知，并使债务人有机会对申请作出回应。

60. 虽然确定时限的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，但在实现这些目标的过程中或许需权衡可能出现的不利之处。例如，固定的时间期限可能不够灵活，无法考虑到特定案件的具体情形。一般而言，这类时间期限在制定时可能并不考虑负责监督破产程序的机构所掌握的资源或该机构本身的工作重点（尤其是如果破产只是该机构所负责的众多事项中的一项）。而且事实可能还证明难以确保决策机构遵守既定的期限，并就违反规定可能产生什么后果作出规定。从提出申请至作出启动程序的决定之间的时期长短也应反映所申请的程序、申请的手续及在任何特定的制度中启动程序而产生的后果。例如，各制度就启动前必须在多大程度上完成通知利益方及信息收集的工作订立了不同的规定，所要求的时限并不相同。出于这些原因，破产法拟采用一种灵活的做法，既强调迅速决策的好处并对合理的期限提供指导，同时又承认地方机构本身的局限性和工作重点。

(d) 驳回启动申请

61. 前几段提及在法院必须作出启动决定的案件中由于不正当使用破产程序的问题或出于同是否符合启动标准有关的技术原因所以法院宜有权驳回启动申请的若干情形。所提及的案例包括了债务人申请和债权人申请的范例。由于技术原因驳回申请的主要依据可能是存在着下述情形：据认定，债务人未满足启动标准；对债务存在着法律争议及抵销数额相当于或大于债务数额；程序不能起到任何作用，因为譬如有担保的债务超过了资产的价值；债务人没有足够的资产支付破产管理费，而且法律对如何为管理这种破产财产提供资金也没有作出其他的规定。

62. 不当使用的情形示例可能还包括债务人以破产申请为由借机敷衍债权人，无正当理由不及时如数偿还债务，或设法免除劳务合同等繁重义务。就债权人提出申请而言，情形可能包括债权人使用破产程序而不适当地取代（可能尚不完备的）索债强制程序；试图把存活的企业排挤出市场；或试图通过胁迫债务人取得某种优惠付款（如果这种优惠付款已经发生，债务人也已经破产，调查将成为破产程序的一项关键任务）。

63. 如上所述，如果有证据表明债务人或债权人不正当地利用了破产程序，破产法可规定，除驳回申请之外，对不当使用破产程序的当事人进行处罚，或规定该当事方向另一方当事人支付费用，并可能支付损害赔偿费。非破产法也可能有相关的救济规定。如果驳回申请，在提出申请启动之后法院下达的任何临时救济措施均应当终止（见第二章，第 53 段）。

(e) 申请和启动通知

64. 发出启动申请的通知和破产程序启动的通知是实现破产制度几项关键目标的基本条件。这样做可以确保破产程序的透明度，以及所有有关各方——债务人申请时的债权人和其他利益方以及债权人申请时的债务人、其他债权人和利益方——均能同样清楚地了解整个情况。

㈠ 债务人申请：对债权人的通知

65. 在债务人提出申请的情形下，能否收到程序启动通知以及是否有机会对推定符合条件提出质疑(或许应在规定的时限内，以防止不必要地延长程序)，直接关系到债权人和其他利益方的利益。然而，问题是，什么时候应当通知债权人——究竟是在提出申请时还是在程序启动时。为了能够就是否继续向债务人提供货物和服务作出明达的决定以避免债务进一步累积，得到申请通知关系到债权人的切身利益。对于未意识到债务人财务困境而继续与其交易的债权人而言，申请提出后至程序启动前这段时间的拖延可能造成严重的后果。在某些情形下，一方面需考虑到债权人的利益在

于了解到申请已经提出，另一方面则还应考虑到对于提供申请通知的情形，如果债务人的申请最终被驳回或者债权人受到鼓励后会争先恐后地追讨债务，那么债务人的经营地位便可能会受到不必要的影响。对于这些问题，不妨一般地规定只在程序启动时通知债权人和其他利益方，并采取一种启动步骤避免申请后至启动前的时间拖延。

66. 进一步的考虑是，是否要在破产法所载任何通知要求中明确提及外国债权人，以确保本国债权人和外国债权人的平等待遇，并考虑到废止基于债权人国籍的区别对待做法的国际趋势。下文结合发出通知的方式讨论在确定这一问题方面需加以平衡的各种因素。

㈡ 债权人申请：对债务人的通知

67. 在债权人申请启动破产程序的情形下，人们越来越认识到，债务人应享有立即接到申请通知的基本权利，并应当有机会就其财务状况陈述意见和对申请人的债权提出质疑（见第三章，第 20 和 21 段）。如果债务人失踪，或者躲避个人直接接受通知，公告的要求将足以解决问题，或者可将通知送至已知的债务人最后地址。然而，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个人直接通知，根据是，这样做可能不利于实现某项申请的目的。这些情形可包括提供申请通知可能会造成债务人设法使债权人或破产管理人无法接近资产的情形。相反的论点认为，如果债务人得不到通知，债务人可能在不知情的情况下继续作出损害其资产价值并因而损害债权人的行为。比起不发出申请通知来说，实行中止措施等临时措施可能是解决这一问题更好的办法。然而，如果法律规定法院不必发出申请通知即可启动程序，债务人仍应该尽快收到关于程序启动的通知。获得程序启动通知可能直接关系到那些未申请启动程序的债权人的切身利益。

㈢ 向债权人以外的其他当事人发出启动通知

68. 需要得到程序启动通知的，除债权人外可能还有其他一些当事人。这些当事人可包括邮政部门（尤其是如果法律规定债务人的邮件要投寄给破产管理人）、税务当局、社会服务当局和公司事务管理机关。

㈣ 发出通知的方式

69. 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内容，以确保其有效性。关于提供通知的方式，可以论及按要求应发出通知的当事人(例如法院或提出申请的当事人)以及怎样发出消息，关键的考虑是采用利益方一般可能注意到的形式送达

通知或发布公告。举例来说，虽然可以向已知的债权人个别发出通知[14]（这一方法的有效性取决于债务人档案的状况），但为了通知身份不详的债权人，立法者还作出了广泛的规定，例如要求在正式的官方出版物上或在商报或广泛发行的报纸上公布这一通知。这种报纸可以是区域性的、全国性的或地方性的（以债务人企业所在地计），具体取决于个案的情况，以及将可证明是最具有成本效益的方法。例如，如果债务人企业设在当地并在当地经营，可能并不总是必须要求在全国性报纸上出巨资进行公布。

70. 为了避免通知程序变得难以操作，并且避免在每一情况下均要求查明将可证明是最有效的发布通知方法，应当规定遵守标准格式的义务，并在一定程度上灵活考虑到当地的条件。实现有效通知的其他选择办法可以包括各种形式的电子通信方式和使用相关的公共登记处。

㈤ 通知的内容

71. 通知中必需的内容可能包括程序启动的影响（尤其是关于中止措施的适用——见第二章，B 节）；提出债权的时间；提出债权的方式及其地点；提出债权所必需的程序和任何形式上的要求；关于哪些债权人应提出债权的问题的咨询性意见（即，担保债权人是否必需提出债权——见第五章，第 2-5 段和适用于外国债权人的任何特殊规定）；未提出债权或未以规定方式提出债权的后果及关于核实债权和债权人会议的说明。

6. 无足够资产的债务人

72. 符合启动破产程序标准的许多债务人都从未被正式实行清算，要么是由于债权人不愿意启动程序，这是因为债权人认为，债务人没有资产或者没有足够的资产可用于支付破产管理费用；要么是由于这种处境的债务人很少会采取步骤启动程序。某些破产法规定，如果在这种情况下提出启动申请，法院将会作出资产不充分的评估而驳回申请，而有些破产法则设有指定破产管理人和规定破产管理人报酬的机制（见第三章，第 44-47 段）。另有一些法律规定对债权人征收附加费，以支付破产财产管理费用（见下文，第 76-78 段，关于费用）。

73. 为了能够在正式程序下对显然无财产或者无多少财产的债务人进行管理，拟定一个机制是有一些理由的，这些理由在性质上尤其与公共利益有关。如果破产法未规定对无资产或无多少资产的破产公司进行探索性调查，就很难确保公平的商业行为，或推行商业实体良好治理的标准。资产

[14]通过参见债务人与破产管理人合作提供的债权人名单可便于完成这项工作（见第三章，第 23-27 段和第 49-51 段；另见贸易法委员会示范法第 14 条（见附件三））。

将可能在清算前从公司转移出去或移入相关的公司，毫不担心受到调查或将会适用法律规定的撤销权条款或其他民事或刑事规定。

74. 设立管理机制可有助于纠正容忍这类犯法行为的任何错觉，如果可撤销此前交易的效力，则还可给债权人带来回报，而且管理机制还可用于调查这类债务人的管理层的行为，并可以通过为从事经济活动的企业家和其他人员解除义务和给他们提供重新开始的机会，鼓励创业活动和负责任的经济冒险行为——债务人如果诚实可信，破产法的惩罚和威慑方面就不太适用。例如，对于原本可驳回的启动破产程序申请，有些破产法为那些资产不足以支付管理程序费的个人规定了一种例外情形，从而能够对该债务人的事务进行调查，以确定是否有可加以追回的资产以及是否应给该债务人解除债务。

75. 如上文所述，用于管理这类破产财产的机制可包括向债权人征收额外费用支付管理费；设立公共办事处或使用现有办事处；设立一个可从中拨付费用的基金；或根据人员名单或轮换制度指定列入名单的破产专业人员。后几种机制的一般目的是确保所有破产案件中公平有序地实行分配，而不论是否有足够的资产。在这些机制下，国家将向破产管理人支付规定的津贴，或由破产管理人直接负担这些费用，并一般由其客户共同给予补贴（因为如果他们是专业人员，其报酬率可作调整以顾及无报酬的工作部分——如果破产管理人是政府工作人员，则不可能采取这一做法）。如果将这类机制列入破产法，可能还需要考虑确定这些条文所适用的债务人，例如，所拥有的未抵押资产低于规定价值（不包括自然人债务人被允许保留的那些资产——见第二章，第 18-21 段）且无固定收入来源从而无法使清算得以进行的债务人。

7. 破产程序的费用

76. 除速度和效率外，成本效益也是行之有效的破产制度的一个重要部分，它影响到破产程序的所有各个阶段。因此，在制定破产法时，应当避免破产程序费用负担过重的情形，致使债权人望而却步，造成对启动程序的限制，使破产程序的基本目标无法实现。对于中小型企业破产案件，这一点尤为重要。对于债务人所欠债务数额庞大，债权人为数众多但各自债权款额较小，其单个债款对申请程序的费用可能不胜负荷的情形，或破产财产的资产为数稀少的情形，这一点也十分重要。

77. 无论是债务人还是债权人，申请启动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以来帮助支付程序费用的收费办法。但是，如果收取的费用过高，可能令人望而却步，有悖于方便、成本效益良好和迅速地进入破产程序的目标。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。

78. 作为支付程序费用的一种保证，有些破产法要求提出申请的债权人保证支付最高为某一固定数额的破产程序费用，或支付全部债权的某一百分比，或支付一定的数额。在要求支付款项作为费用保证金的一些法律中，如果破产财产内有足够的资产，可使用破产财产退还所支付的款项，另外，例如员工等某些债权人可免于提供所需的保证金。其他法律规定，作为启动的一个条件，破产财产的未抵押资产必须足以负担程序费用。如果这类资产不够，破产法一般规定应驳回申请（其结果可能是债务人的财务状况依然未得到解决），或根据关于无资产或者无多少资产的破产财产的规定来处理这种申请（见上文）。另一种办法是按破产财产资产价值的固定百分比确定可以征收的费用。在大额案件中，这可能导致从破产财产中支付大笔费用，从而阻止债权人和债务人提出申请。

8. 启动后撤除破产程序

79. 除了以上（第 61-63 段）讨论的可能驳回启动程序的申请的情况外，还会有一些在程序已经启动后破产法应当允许其撤销的情形。不论是债务人提出申请后是否自动启动程序，还是启动决定由法院作出，对破产法来说，撤销程序都会具有重要意义。在其中任何一种情况下，都有可能在程序稍后的某个阶段获得对撤销具有重要意义的相关信息，或情形可能发生改变。撤销的理由基本上与驳回的理由相同，即存在着债务人或债权人对破产法的不当使用，或者债务人在程序启动时不符合启动标准。

建议 14-29

立法条文目的

关于破产程序启动的条文的目的是：

(a) 便利债务人和债权人利用破产法提供的救济方法；

(b) 建立透明而有确定性的启动标准；

(c) 有利于以迅速、有效和具有成本效益的方式提出和处理破产程序申请；

(d) 建立保障措施以保护债务人和债权人免受不当使用申请程序的影响。

(e) 建立关于有效通知破产程序的启动的要求。

立法条文内容

启动标准

允许提出申请的人（第 32-53 段）

14. 破产法应当具体列明允许提出启动破产程序申请的当事人，其中应当包括债务人及其任何债权人。[15]

债务人申请（第 33-36 段关于清算，第 45-47 段关于重整）

15. 破产法应当具体规定，如果债务人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债务人提出的申请而启动：

(a) 债务人目前或者将来全然无力偿还到期债务；

(b) 债务人的负债超过其资产的价值。[16]

债权人申请（第 37-41 段关于清算，第 48-53 段关于重整）

16. 破产法应当具体规定，如果债权人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债权人提出的申请而启动：

(a) 债务人目前全然无力偿还到期债务；

(b) 债务人的负债超过其资产的价值。

推定债务人无偿付能力（第 37 段）

17. 破产法可规定一项推定，即如果债务人未能偿付其到期债务中的一项或多项债务，并且对该债务所有部分均无合法争议或该债务不会被一笔等同于或大于该债务额的数额所抵销，则推定该债务人没有能力偿付其债务。[17]

---

[15]这将包括作为债务人的债权人的政府机关。

[16]这一建议和关于债权人申请的建议的目的是允许立法者在单一或双重标准的基础上灵活制定启动标准。如果破产法采用单一标准，依据应当是债务人无力偿还到期债务（停止付款标准），而不是资产负债表标准。如果破产法采用两种标准（停止支付标准和资产负债表标准），只要满足其中一项标准的要求就可启动程序。

[17]在债务人未偿付某一项到期债务而债权人就该项债务已得到对债务人的判决的情况下，则无需以推断来确定该债务人没有能力偿付其债务。债务人可通过表明以下事实来反驳这种推定：债务人有能力偿债；对该债务有合法争议或可予合法抵销；或债务尚未到期。关于启动通知的建议要求把申请启动程序的通知发送给债务人并给债务人以反驳上述推定的机会，从而对债务人提供了保护。

建议 14-29（续）

根据债务人的申请启动（第 65 段）

18. 对于债务人提出启动申请的，破产法应当规定下列任何一种方式启动破产程序：

(a) 启动申请将自动启动破产程序；

(b) 法院将尽快确定其管辖权以及债务人是否符合条件和启动标准是否达到，如果是，即启动破产程序。

根据债权人的申请启动（第 57 和 67 段）

19. 如果债权人提出启动申请，法律一般应当规定：

(a) 关于该申请的通知应尽快送达债务人；[18]

(b) 给予债务人对该申请作出答复的机会，债务人可对该项申请提出质疑或表示同意，或如申请以清算为目的时，债务人可请求启动重整程序；

(c) 法院将尽快确定其管辖权以及债务人是否符合条件和启动标准是否达到，如果是，即启动破产程序。[19]

驳回启动程序的申请（第 61-63 段）

20. 破产法应当规定，在法院作出启动程序的决定情况下，如果法院认定下列任何一种情形属实，则法院可以驳回该项启动申请并酌情对申请人判决缴费或处罚：

(a) 法院不拥有管辖权，债务人不符合条件，或未达到启动标准；

(b) 该项申请是对破产法的不正当援用。

21. 对于由债权人提出申请的，破产法应当规定迅速向债务人发出关于裁定驳回的通知。

[18]如果债务人的下落不明，也无法联系上，一般的法律可以规定关于在这种情况下发出通知的相关规则。

[19]对是否已达到启动标准的判断可能涉及需考虑对该债务是否无合法争议或该债务是否会被一笔等同于或大于该债务额的数额所抵销。存在这种抵销可作为驳回申请的一个依据（见上文，第 61-63 段）。

程序启动通知（第 64-71 段）

22. 破产法应当确立发出破产程序启动通知的程序。

一般通知（第 69 和 70 段）

23. 破产法应当规定，发出破产程序启动通知的方式必须适当，[20]以确保信息可能引起利害关系人的关注。[21]破产法应当规定由哪一方负责发出这一通知。

给债权人的通知 （第 65 和 66 段）

24. 破产法应当规定，程序启动通知应分别发给各债权人，除非法院认为根据情况其他通知形式更恰当。[22]

通知的内容（第 71 段）

25. 破产法应当规定，破产程序启动通知将包括下列内容：

(a) 对债权申报的说明，其中包括提出的时间和地点；

(b) 债权申报的程序和形式要求；

(c) 未按照以上(a)项和(b)项债权申报的后果；

(d) 关于核实债权、适用中止措施及其效力和债权人会议的说明。

资产不足的债务人（第 72-75 段）

26. 破产法应当规定对资产和收入来源不足以支付破产程序管理费用的债务人如何处理。对此可以采取不同的方式，包括下列任何一种方式：

(a) 驳回申请，但债务人属个人而有权获得债务解除的除外；

(b) 在可以利用不同的办法指定破产管理人和支付其报酬的情况下，启动程序。[23]

---

[20]在具体情况下什么才适当，这个问题也会涉及对成本效益的考虑，例如，如果在地方报纸上公布即已足够，破产法则不应当要求出巨资在全国性报纸上进行公布。

[21]一般通知可以通过以下方式发出：在政府官方公报或广泛发行的全国性、区域性或地方性报纸等出版物上、通过电子手段或通过相关公共登记处公布信息。

[22]将向哪些债权人发出通知，该名单的编制义务根据破产管理人和债务人的义务确定（见第三章，第 22-27 段和第 49-51 段）。

[23]关于指定机制，见第三章，第 44-47 段；关于报酬，第三章，第 53-59 段。

建议 14-29（续）

撤销破产程序（第 79 段）

27. 如果在程序启动后法院判定下列任何一种情形属实，破产法应当允许法院撤销程序：

(a) 程序构成对破产法的不当援用；

(b) 债务人不适格，或在启动时未达到启动标准。

28. 破产法应当规定，如果撤销程序，法院可以酌情判决程序启动申请人缴付费用或对其给予处罚。

29. 破产法应当要求发出关于裁定撤销程序的通知。

C. 破产程序中的准据法*

1. 导言

80. 当破产程序涉及的当事人或资产位于不同的国家时，可能会产生复杂的问题，究竟将由哪项法律适用这些资产上的权利或其他债权的有效性和效力，以及在破产程序中将如何处理这些资产和这些外国当事人的权利和债权。在这种破产程序的情况下，法院地国通常将适用其国际私法规则（或冲突法规则）来确定哪项法律适用于某项权利或债权的有效性和效力以及在破产程序中对其的处理。《贸易法委员会跨国界破产示范法》（见附件三）并未列入可供颁布国加以通过的协调统一的法律冲突法规则，从而将这些事项留待既定的规则和惯例加以处理。虽然破产程序一般可能由启动程序的所在地国的法律管辖（法院地法），但许多国家都对适用该法律采取了例外的做法，其数量和范围不尽相同。这些例外做法在数量和范围上的差别对涉及跨国界破产程序的当事人来说可能造成不确定性和不可预测性。通过在破产法中以透明和可预测的方式具体论述适用法律的问题，可以有助于提供确定性，明确破产程序对所涉及的当事人权利和债权的影响。

*本节是在与海牙国际私法会议密切合作下编拟的。

2. 权利和债权有效性和效力问题的准据法

81. 在纯国内环境中，破产法并不“设定”权利（对人权或所有权）或债权，而是应当尊重根据其他适用的法律，即根据民法、商法或公法针对债务人而获得的权利和债权。破产法本身涉及的是一旦启动了破产程序后将如何确定这其中每一项权利和债权的相对地位，并且在适当的情况下，还涉及对这些权利和债权规定其在破产程序中将需遵守的限制和变动，以便达到这些程序的集体目标。这些限定和限制是“破产的后果”，因为是在启动针对债务人的破产程序之后才出现的。

82. 在跨国界破产案件中，务必区分根据法院地法律冲突规则指定的准据法（无论是本国还是外国实体法）而设定的权利和债权与破产后对这些权利和债权造成的后果。因为正如所述，破产法并不设定权利或债权，某项权利或债权是否已被设定的问题以及该权利或债权的内容，属于一般法律冲突法的范畴。例如，根据一般法律冲突规则，通常合同准据法来确定是否存在针对破产债务人的一项合同债权以及该债权的数额；物所在地法则将确定是否在不动资产上为某个特定债权人设定了担保权益，等等。在这方面，每个国家都将适用其本国的法律冲突规则，包括已生效的任何国际公约。就破产程序而言，法院地国通常将适用其本国的法律冲突规则来确定由哪项法律管辖某项权利或债权的有效性和效力，然后才考虑在破产程序中如何处理该权利或债权。应当强调的是，对于有效性和效力的确定并不是一个破产问题，而是一个由其他适用法处理的事项。

3. 破产程序的准据法：法院地法

83. 一旦根据经由法院地法律冲突规则指定的准据法确定某项权利或债权为有效和可发生效力的，第二个问题就是破产程序对该权利或债权所形成的后果——即该权利或债权在破产程序中是否将获得承认和接受，如果是，其相对地位如何。这是一个破产方面的事项。从法律冲突的角度来看，这个第二阶段问题在于确定对这些破产后果所适用的法律。通常都将会由启动破产程序的所在地国的法律（法院地法）管辖这些程序的启动、进行、管理和终结。这一般包括例如确定可以由破产法管辖的债权人；哪些当事人可以申请启动破产程序以及必须达到的资格标准；启动之后产生的后果，包括中止措施的适用范围；对破产财产的管理所作的安排；参与者的权力和职能；债权获得认可的规则；债权的优先权和排序；以及分配规则。因此，这项法律一般将管辖破产对根据外国法律有效获得的权利和债权而的效力，例如，某项权利或债权鉴于其性质和条件而在债务人破产中是否可获得认可，以及将如何排序。

84. 如果管辖债权排序的法律与除破产法以外其他适用管辖权的法律不相同，就可能出现问题。所存在的特权和优先权类别以及债权的排序总是由

法院地法来确定。一般来说，在确立这些类别和排序时，一国的破产法考虑到根据该国本国法律所存在的这些债权。但是，某个债权人的债权可能是根据一项外国法律成立的。在这种情况下，有必要确定根据外国法律所设定的哪些债权可等同于那些被授予某些特权或优先权的本国法定债权。换句话说，有必要审查根据外国法设定的那种债权是否“等同于”法院地法在破产程序中授予特殊地位的那种债权。所使用的检验标准是从基本内容和职能来看，这两种债权是否相符，以致可被视作“功能上可以互换”。如果答案是肯定的，这些债权应当视作等同，在破产程序中获得同等待遇。如果不能确立等同性，则该债权一般将作为一项普通债权处理。

4. 破产程序的准据法：对法院地法的例外

85. 为了确定破产对有效和发生效力的权利和债权的效力，有些法律就是否适用法院地法作了例外的规定。这种例外的目的并不是为了改变关于是否有效和是否发生效力的问题所适用的法律（这个问题继续由法院地的一般法律冲突规则管辖），而是为了改变对破产效力所适用的法律。法院地法将不予适用，而是规定破产效力例如可由关于有效性和效力问题所适用的同样法律管辖。例如，关于抵销权，破产效力可以不由法院地法决定，而是由抵销权的准据法来决定。各国破产法对适用法院地法所实行的例外譬如还涉及支付系统、劳动合同、撤销权规定和所有权等方面的适用法律。

(a) 支付和结算系统以及管制下的金融市场

86. 之所以实行例外，而不适用法院地法，一般是出于某些社会政策的考虑。例如，有些法律侧重于支持商业确定性和减少对商业交易当事方的风险。交易当事方在特定法律环境背景下建立其关系，包括考虑在债务人发生破产时，本人权利将在多大程度上得到保护，这是任何债权人面临的最典型风险。适用在设定权利或债权时所依据的法律与债务人主要利益中心或住所地的法律相比，可能一般对债权人了解法律知识时耗费较少，在破产效力方面可预见性较明确，而且债务人也更难以事后加以操纵。因此可以说，在某些情形下，允许当事方依赖在设定权利或债权时所依据的法律并对这种依赖加以保护是合情合理的。一个关键的例子涉及的是支付或结算系统以及管制下的金融市场，许多破产法都承认这种情况要求对适用法院地法实行例外。通过适用支付或结算系统或管制下的市场所适用的法律，可以避免在某个参与者发生破产时变更支付和结算机制，从而保护系统或市场的一般确定性以及对其保持的信心，并且避免系统的风险。

(b) 劳动合同

87. 某些法律实行例外是为了维护受本国法律特别保护的某些权利或利益不受适用外国法院地法破产效力而可能造成的不确定性或不统一性的影响。例如，关于劳动合同，可能从财务安全网的角度给予工人特别（通常是强制性的）保护，或对破产时否定或变更这些合同加以限制。这些规定的基本理由在于保护员工对于其就业合同的合理期望，承认工人与其雇主相比所处的谈判地位可能较弱，以及确保对同一国家内工作的劳动者实行一视同仁，无论他们是受雇于本国的还是外国的雇主。在一些国家，此类保护仅适用于个人就业合同，在另一些国家，这些规定也适用于集体谈判协议。

(c) 担保权益

88. 有些破产法对担保权益也采取就法院地法的适用范围规定例外情形的做法。这种解决办法意味着关于对物权的管辖法律将不仅确定对物权的设定及其一般有效性，还将在破产程序中确定其是否发生效力。换句话说，对于在国外启动的破产程序中所涉及的不动产担保权益，其地位将不是由法院地法确定，而是由适用于担保权益的破产法律规则确定。适用法院地法可能影响关于有担保借贷的法律框架，带来一个不稳定因素，有可能增加本国的融资成本。如果外国程序侵扰本国的担保权益，那么这些担保权益的价值可能受到严重的影响。同样，债务人主要利益中心迁移到另一个国家，可能造成有担保当事方的地位发生根本的改变。如上所述，出于与当事各方的期望相关的种种原因，特别是如果他们彼此经常发生交易，抵销权也有可能受法院地法以外的法律处理。

(d) 撤销权规定

89. 关于加强确定性和减少风险，这一基本理由可能也适用于有关撤销权规定的适用。许多破产法规定，关于交易撤销权的管辖法律应当是法院地法，即使根据法院地的一般法律冲突规则，所要撤销的交易由外国法律管辖。其他法律则规定交易管辖法律也管辖关于该交易的撤销权诉讼。这些对于法院地法在适用上的例外，所依据的基本政策是保护对方当事人及其对交易管辖法律的依赖。这种做法可能为对方当事人提供某种程度的确定性和可预测性，使之明白其与债务人的交易不会在日后的破产程序中受到质疑，这种做法还可因为撤销交易的风险减少（如果交易发生在支付或结算系统中，这一点可能极为重要）而有助于降低信贷和商业交易的成本。

90. 对于撤销权诉讼，有些法律以交易管辖法为准，但其中有些法律采取的做法是将法院地法与交易管辖法二者结合并用，可以是若干方式中的其中一种。一种方法规定，除非根据启动破产程序的所在地国的法律和交易

管辖法某项交易都是可被撤销的，否则在破产中将不会受到撤销。另一种做法则规定，如果根据法院地法或交易管辖法对于某些交易可以实行撤销，则该交易可予以撤销。例如，一项法律虽然规定法院地法将适用于撤销权，但却承认可以适用比法院地法更为严格的另一项法律，从而导致可以撤销的交易范围更加广泛。

5. 在例外的可取性和破产的目标之间达成平衡

91. 关于对法院地法适用上的例外，其基本政策考虑必须与作为破产程序核心的其他方面考虑相权衡，特别是要顾及为全体债权人而不是某些个别债权人的利益而使破产财产的价值达到最大化和所有处境类似的债权人一视同仁这一目标。法院地法在设计上将是旨在支持本国破产程序的具体目标，将为破产管理人在履行其有关破产程序的许多职能方面提供确定性，包括在撤销交易、处理合同、处理债权等等方面。法院地法在破产程序中的适用可避免进行也许所需耗资巨大和为时旷日持久的诉讼以便就破产效力方面确定适用法的问题，以及鉴于法院地法规定的破产效力而确定权利或债权的有效性和效力问题。因此，在许多情形下，就破产效力方面适用法院地法可减少费用和延误，从而为全体债权人的利益尽可能使破产财产的价值达到最大化。另外，就破产效力方面对法院地法在适用上实行例外可能造成处境类似的债权人仅仅因为其权利和债权受不同的适用法律管辖而在破产效力方面受到截然不同的对待。例如，可以争辩说，法院地的抵销权规则应适用于所有债权，因为在破产中，抵销权与债权证明和债权数额以及债权人同等待遇政策密切相关。既然这些是由法院地法调整的问题，所以抵销权也应作类似的调整。

建议 30-34

立法条文目的

关于破产程序中的准据法的条文目的是：

(a) 通过在破产程序中确认破产程序启动前产生的权利和债权，以及确认将适用于这些权利和债权有效性和效力问题的法律，从而为商业提供便利；

(b) 确立破产程序的准据法以及该法律在适用上可能的任何例外。

立法条文内容

适用于权利和债权有效性和效力问题的准据法（第 81 和 82 段）

30. 破产程序启动时即已存在的权利和债权，其有效性和效力所适用的准据法应当由启动破产程序的所在地国的国际私法规则确定。

破产程序的准据法：法院地法（第 83 和 84 段）

31. 启动破产程序的所在地国的破产法（法院地法）应当适用于破产程序的启动、进行、管理和终结等所有方面及其效力。这些可包括例如：

(a) 确定可以受破产程序管辖的债务人；

(b) 确定何时可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序，哪些当事人可以申请启动程序以及启动标准是否因申请启动程序的当事人不同而有所区别；

(c) 破产财产的组成和范围；

(d) 对破产财产的保护和维护；

(e) 资产的使用或处分；

(f) 重整计划的提出、核准、确认和执行；

(g) 某些交易的撤销；

(h) 合同的处理；

(i) 抵销；

(j) 对担保债权人的处理；

(k) 债务人的权利和义务；

(l) 破产管理人的职责和职能；

(m) 债权人和债权人委员会的职能；

(n) 债权的处理；

(o) 债权的排序；

(p) 与破产程序有关的费用和开销；

建议 30-34（续）

(q) 收益的分配；

(r) 程序的终结；

(s) 债务的解除。

破产程序法律在适用上的例外（第 85-90 段，具体为第 86-87 段）

32. 尽管有建议 31，但关于支付或结算系统的参与者或管制下的金融市场的参与者，破产程序对其权利和义务发生的效力应当完全由适用于该系统或市场的法律管辖。

33. 尽管有建议 31，但关于劳动合同的否定、继续和变更，破产程序所发生的效力可以由该合同的准据法管辖。

34. 在建议 32 和 33 以外，任何其他例外在数量上都应当有限，并且应当在破产法中明确列出或加以说明。

二. 破产程序启动时的资产处理

A. 构成破产财产的资产

1. 导言

1. 破产程序的关键是，确定、收集、保管和处分债务人的资产。许多破产制度将此类资产置于某种特别的制度之下，有时称之为破产财产，在不违反某些除外规定的情况下，破产管理人对破产财产拥有特定的权力。

2. 本《立法指南》用“财产”的功能含义，表示受破产管理人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（通常是破产管理人）。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此类资产的权力受到限制。或是破产管理人完全控制了资产，或是债务人只能够在正常经营范围内处分资产，至于在正常经营范围外对资产的使用或处分，包括设立担保权益，都将需要得到破产管理人或在某些情形下需要得到法院或债权人的同意。

3. 不论依循哪种法律传统，破产法都需清楚地确定哪些资产将受破产程序的管辖并因此将归入本指南所讨论的破产财产概念的范畴，同时明确说明这些程序会对这种资产有何影响，包括明确各参与者的相对权力。确定资产及其处理方式有助于确定程序特别是重整程序的范围和进行方式，并对这些程序的成功机会产生重要的影响。在破产法中纳入有关这些问题的清楚而全面的规定将确保其对债权人和债务人均具有透明度和可预测性。

2. 纳入破产财产中的资产

(a) *破产财产的一般定义*

4. 破产财产可能应包括债务人的所有资产，其中包括债务人对不论何处的资产拥有的权益，不论是在法院地国还是在外国，也不论在程序启动时是否为债务人所占有，以及还包括一切有形资产（动产或不动产）和无形资产。破产财产将包括债务人在抵押资产上以及在第三方拥有的资产上的担保权益（破产财产继续动用此类资产可能必须遵守破产法的其他规定（见第二章，第 90 和 91 段）。一般而言，债务人或破产管理人在破产程

序启动后取得的资产（对自然人债务人适用的具体除外情形不在此列(见下文)）以及通过撤销诉讼或其他行动而追回的资产也将包括在内。有些资产可以在破产程序过程中自由出售或交换，而另有一些资产可能必须受合同或其他法律所产生的限制（例如，不得转让的政府许可证或必须遵守隐私限制的客户名单）的约束，也可能涉及这些资产上的其他权利的相互调和问题。尽管有种种限制，但仍应将此类资产归入破产财产中。

5. 有形资产不难在债务人的资产负债表上核对，例如现金、设备、存货、进行中的工程、银行帐户、应收帐款和不动产等。对于哪些资产可归入无形资产类别，各国的界定方法不同，视本国法律而定，但可以包括知识产权、证券和金融工具、保险单、契约权（包括与第三方拥有的资产有关的契约权）以及侵权行为[1]所产生的诉讼权。将某些无形资产归入破产财产可能会与其他法律发生冲突，例如限制可转让性的法律或涉及保护隐私的法律。如系自然人，破产财产还可包括继承权，这种继承权可以是债务人在破产程序启动时已享有权益或资格的继承权，也可以是在程序期间才开始存在的继承权，破产财产还可以包括债务人在与另一人包括与债务人配偶所共同拥有的资产上享有的权益。

6. 尽管对于破产财产作出宽泛的定义是可取的，但将某些类型的资产归入在内可能会引起争议。有些资产归入破产财产是不会有任何问题的，例如属于债务人的非抵押资产，第三方未提出异议的资产以及破产管理人通过对第三方提出诉讼或通过撤销诉讼而收回的资产。而其他一些资产排除在破产财产以外也不会造成任何问题，例如债务人在其中不享有任何权益的属于第三方的资产以及属于债务人的配偶并且其享有一切所有权的资产。抵押资产、共同资产、在国外的资产、某些无形资产以及债务人在其中享有权益的第三方所有的资产，这样一些资产可能会带来棘手的问题，以下各节分别加以论述。

(b) 抵押资产

7. 一个具有某种重要性的问题是破产法是否将抵押资产作为破产财产的一部分包括在内。对于这类资产，破产法采用了不同的处理方法。许多国家的法律规定，抵押资产应包括在破产财产之中，程序的启动产生不同的效力，例如，通过适用中止规定限制强制执行担保权利。将抵押资产归入破产财产，以此在程序启动时限制担保债权人行使权利，不仅有助于确保一视同仁的对待所有债权人，而且可能是破产程序的基本条件，因为抵押资产是企业继续经营的关键。举例来说，如果生产设备或租赁的厂房是债

[1]债务人为自然人的，有些法域将诽谤、损害信用或名誉或人身伤害之类的属于个人性质的侵权行为排除在外，在此类情形中，债务人本人仍然有权起诉和保留所收回的财产，因为否则将会减弱惩罚恶行的积极性，但债务人可能无权就与这些诉因有关的任何收益损失起诉。

务人企业经营的关键，那么不在重整程序中保留这些设备和厂房，企业的重整或作为营运资产出售可能无法进行。尤其是在重整中，以及在清算过程中将企业作为营运资产出售，从程序启动时起就将债务人的所有资产交给破产财产支配，是特别有益的。

8. 抵押资产归入破产财产后，一些破产法提供了某些保护，例如，为维持抵押资产或债权人债权中有担保部分的价值而采取的保护措施和针对抵押资产从破产财产中分离出来的特定情形采取的保护措施。破产法应当明确规定，不得因抵押资产归入破产财产而剥夺担保债权人对抵押资产的权利，即使这的确限制了这些权利的行使（例如，实行中止措施后推迟了这类权利的行使），同时，破产法还应当具体保证对担保债权人在抵押资产上的权利给予保护。

9. 另有一些破产法规定，抵押资产不受破产程序的影响，担保债权人可以进而强制执行其法定权利和合同权利。由于认识到在某些情形下抵押资产可能对破产程序至关重要，有些国家的法律规定，即使在这些资产不受破产影响的情况下，如果这些资产为企业继续经营所必需，仍可请求法院阻止强制执行。把抵押资产排除在外，好处是一般可以增加信贷可获量，因为担保债权人不再担心其权利会因启动破产程序而受到任何不利的影响。然而，各国日益认可，给经济带来的这种一般好处，其实并没有上文说明的将抵押资产归入破产财产中并限制担保债权人行使权利所带来的好处大。

(c) *第三方拥有的资产*

10. 有些法域允许从破产财产中把债权人保留法定所有权或所有权（例如，保留所有权或租赁安排）的资产分离出来，其依据是，破产法应尊重债权人对资产的法定所有权。在某些法域中，资产的分离需服从于破产法中有关对待合同的规定。然而，正如上文关于破产财产的一般定义所述，破产财产一般包括债务人对第三方拥有的资产可能享有的任何权利。在有些破产案中，类似抵押资产等第三方拥有的资产可能对企业的继续经营至关重要，而不论是在重整中还是在清算中作为营运资产出售。在此类破产案中，如果破产法提供某种机制，使第三方拥有的资产仍能由破产程序来处置，那将不无益处，但必须保护第三方所有人的权益以及第三方对这样处理提出质疑的权利。

11. 如果交易的经济学术语表明交易是为获得资产进行融资的一种手段，那么，举例来说，尽管在结构上属于某种租赁，但有些法律仍将此种安排视为一种附担保的贷款安排，在破产时，出租人将受到与其他担保债权人一样的待遇。交易将成为一种融资手段，在租期结束时，要么债务人可为保留资产而支付微小的数额，要么资产所剩价值可忽略不计。破产法可将债务人的权利视为破产财产的一部分，并允许破产管理人在符合下文（第 90 和 91 段）所述的某些条件下使用此类资产。

12. 债务人声称拥有资产的权益而第三方对此提出异议的，破产法宜规定对此类资产提供临时保护，以确保在法院就所有权作出决定之前保管好此类资产。如果最终作出决定，此类资产不属于破产财产的一部分，法律还可述及因债务人留置而对第三方造成的损害问题。第三方扣押被认定为破产财产一部分的资产也可能会涉及到损害问题。

(d) 外国资产

13. 债务人在已启动了破产程序的国家之外拥有的财产是否会成为破产财产的一部分，这一问题牵涉到跨国界破产问题。这一问题对将外国资产排除在外可能严重影响破产程序能否成功的重整尤为重要。有些破产法采取的做法是，应该以债务人设有其总部或者注册或组建地(主要利益中心)的国家为基础采用单一破产程序，适用于债务人位于任何地点的资产(普及主义)。这种做法所隐含的想法是，采用此类做法的国家将接受根据另一国破产法而提出的同样的债权。另一些破产法所依据的做法是，将破产法的适用性局限于受颁布法规的国家所管辖的地理区域(属地主义)。这种做法要求在债务人拥有资产或债务人不同的分公司或机构所在的各国中启动不同的破产程序。另一种做法是对此种做法的修改，根据这种做法，一国声称本国法律普遍适用，但不承认其他国家的法律同样普遍适用。

14. 有关这一问题的现行做法种类繁多，造成了很大程度的不确定性，从而损害各国破产法的有效适用。然而，由于各种破产法之间的区别不断缩小，越来越趋于一致，坚持属地主义就越来越没有理由了。越来越可取的做法是破产法规定，破产财产包括债务人位于任何地点的所有资产。[2]然而，由于在一段时期内此类区别有可能继续存在，《贸易法委员会跨国界破产示范法》为跨国界破产案中的有效合作建立了一个制度，其中承认外国的判决并让外国破产管理人使用本国程序。这一制度意在与所有法律制度相兼容，附件三所列的文件对此制度作了更详细的讨论。

(e) 收回的资产

㈠ 撤销程序

15. 破产财产一般将包括通过撤销程序收回的任何资产或其价值，因为其中的交易涉及破产法所规定的需作撤销处理的那类资产。这类交易可能包括那些导致某些债权人得到优惠待遇、不利于破产财产或为使债权人集体权利落空而订立的交易(见下文，第 170-184 段)。

[2]例如见《欧洲理事会第 1346/2000 号决议》，该决议依赖程序普遍范围原则，而同时又保留启动附属程序的可能性，附属程序的效力局限于有关成员国领域内。对外国的判决自动承认，还有关于清算人之间协调的特别规则。

㈡ 未经批准的申请后交易和启动后交易

16. 许多破产法都规定采取某些措施，限制受破产程序管辖的债务人在未经法院或破产管理人批准的情况下处理其抵押资产或其他资产的范围（见下文，第 70-73 段）。这些限制一般在破产程序启动之后适用，但也可在临时破产管理人有权处理破产财产中的资产的情况下在申请启动程序之后适用。有些破产法将未经批准的交易视为对破产财产不具有效力和不可执行，并允许取回任何已被转让的资产，但相对人已给予价值或能够证明该项交易不妨碍债权人的权利的一些情形除外。另一些破产法通过按撤销规定处理未经授权的合同来取得相同的结果，但具体结果取决于如何计算可撤销期限（见下文，第 188 段）。

3. 被排除在破产财产范围之外的资产

(a) 一般性排除

17. 破产法可将某些资产排除在破产财产范围之外。破产法对这一问题采取了不同的做法。举例来说，排除在破产财产范围之外的资产可包括由第三方拥有的、但在破产程序启动时为债务人所占有的某些资产，例如信托资产和受一项安排（无论是合同安排的还是其他性质的安排）约束的资产，这种安排不涉及所有权转让，而是涉及使用这些资产以及一旦债务人占有资产的目的已经达到即把这些资产归还给所有人。[3]这类资产还可包括根据某些法律必须取回的资产，例如供应商在启动前提供给债务人，但因未收到付款而可加以取回的物品（服从于确认和其他可适用的条件）。

(b) 债务人系自然人的情形

18. 如果破产人是自然人，破产法可将某些资产排除在破产财产外，例如，债务人在申请之后通过提供个人服务取得的收入或债务人因为公共工程而收到的钱款、债务人为维持生计而需要的资产以及个人和家庭资产，例如为满足债务人及其家人基本家庭生活需要所必需的家具、家用设备、床上用品、衣物及其他资产。有些法域将诽谤、损害信用或信誉或人身伤害等个人性质的侵权行为排除在外。债务人个人仍然有权提起诉讼和保留通过这些诉讼所追回的资产，前提是不这样做惩罚报复不法行为的动机将减弱，但是，对于这些诉因带来的任何收益损失，债权人无权提起诉讼。此类除外情形通常不适用于法人债务人。

[3]此种安排可称为委托或寄托。

19. 如果破产法把自然人的某些资产排除在破产财产外，这些排除的资产必须明确界定，所排除的资产数目和价值必须局限在为保护债务人的个人权利和允许债务人仍能够积极生活所必需的最低限度以内。在确定这些排除情形时，可能需要考虑到适用的人权义务，包括国际条约义务，这些义务意在保护债务人和相关家庭成员，从而可能影响应当作出的排除。[4]另外还可能要考虑到排除情形的经济影响；某些研究结果表明，把个人资产完全排除或在相当程度上排除在破产程序的范围之外，可能会对创办实业和勇于承担风险产生积极影响。

共有资产

20. 对于自然人债务人及其配偶所共同拥有的个人资产，在处理上采取了各种不同的做法。破产法或破产法以外其他法律，例如与婚姻所得财产或财产所有权有关的法律，可能对如何处理作了规定，在有些联邦制法域中，这一问题可能涉及州法和联邦法问题。这些法律与破产法之间的关系可能是如何适用撤销规定等某些破产法条文的决定因素。

21. 处理共有资产的一种做法是将其完全排除在破产财产的范围之外。还有一种做法规定，如果启动了针对某一配偶的资产的破产程序，共有资产中属于该配偶的那部分可以变成破产财产的一部分，条件是，根据破产法以外的法律，这些资产可为执行目的而予以分割（资产的分割将在破产法和破产程序范围以外进行）。因此，对这些做法的取舍可能将取决于破产法以外的法律的适用情况，以及是否便于分割这类资产等因素（见下文，第 87 段）。

4. 构成破产财产的时间和资产的收回

22. 为了对债务人和债权人提供确定性，破产法应规定破产财产构成之日的参照日期。有些破产法以程序实际启动的日期为准，还有一些破产法以启动的申请日期或构成申请依据的破产行为为准。这些日期之间的区别的意义在于以申请至启动的过渡期内如何处理（更重要的是，如何保全）债务人的资产。出于这种原因，有些法律规定，破产财产自申请之日起构成。另外一些法律出于清楚明了和确定无疑的考虑，将启动日期作为破产财产的构成日期，但同时载有限制债务人权力的条文，使之不能在提出申请后的期间内处分财产。在这一期间处分的资产，破产管理人可以追回。关于从申请至启动期间保护资产的问题，还要考虑到撤销权的规定和可撤销期的起算日期（见下文，第 188 段）。

[4]例如在欧洲，1950 年《保护人权和基本自由公约》与此相关。

23. 无论选择哪一个日期作为破产财产的构成之日，破产财产可能都应包括债务人截至该日期的资产以及破产管理人和债务人在该日期后获得的资产，而不论是行使撤销权时所得还是在经营债务人业务中的正常过程中所得。[5]

24. 一旦确定拟列入破产财产的资产，就必须收回此类资产。为此，破产法可以赋予破产管理人对已被确定为破产财产一部分的资产进行控制的权力，并规定其有义务确保债务人和其他有关当事方在这方面协助破产管理人并与其合作。资产位于外国的，可能需要采取补充措施，例如《贸易法委员会跨国界破产示范法》（见附件三）中所载明的措施。

建议 35-38

立法条文目的

有关破产财产的条文的目的是：

(a) 确定破产财产中将予纳入的那些资产，包括债务人在抵押资产上以及在第三方拥有的资产上享有的权益；

(b) 确定将被排除在破产财产范围之外的任何可能的资产。

立法条文内容

构成破产财产的资产（第 1-16 段）

35. 破产法应规定，破产财产应当包括：

(a) 债务人的资产[6]，包括债务人在抵押资产上以及在第三方拥有的资产上享有的权益；

(b) 在破产程序启动后获得的资产；及

(c) 通过撤销权诉讼和其他诉讼收回的资产。

36. 对于破产程序在债务人主要利益中心的所在地启动的情况，破产法应规定破产财产应当包括债务人位于任何地点的所有资

[5]但在自然人债务人情况下被排除在破产财产之外的那些资产除外（上文第 18-21 段所作讨论）。

[6]资产的权属将参照相关的适用法律确定，广义上“资产”一词的定义包括债务人的财产、权利和利益，包括债务人在第三方拥有的资产上享有的权利和利益。

建议 35-38（续）

产。[7]

构成破产财产的时间（第 22-24 段）

37. 破产法应规定破产财产的启始构成日期，既可以是申请启动的日期，也可以是破产程序启动的有效日期。

债务人系自然人时可排除在破产财产之外的资产[8]（第 18-21 段）

38．破产法应指明在债务人是自然人时应排除在破产财产之外的任何资产。

B. 保护和保全破产财产

1. 导言

25. 有效破产法的关键目标是保护破产财产的价值不会因破产程序各当事方的行动而缩减，并且便利以公正和有序的方式管理这些程序。破产财产最需要防范的当事方是债务人及其债权人。

2. 通过适用中止来保护破产财产

26. 关于债权人，破产法的基本原则之一是，破产程序是一种集体程序，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。许多破产法都包括一种用以保护破产财产价值的机制，不仅防止债权人在清算或重整程序的部分阶段或全过程中通过法律救济手段启动强制执行其权利的诉讼，而且中止已在进行中的针对债务人的诉讼。这种机制有各种名称，如“延缓”、“暂停”或“中止”，视机制的效力而定。就本《立法指南》而言，“中止”一词取其广义，指暂停现有的行动和延缓启动新的行动。

[7]如果破产法采纳此处建议的普及主义做法，则还应处理承认外国程序的问题，见《贸易法委员会跨国界破产示范法》（附件三）。

[8]对法人债务人通常不规定除外情形。关于对自然人可排除在外的资产种类，见上文第 18-21 段。

㈠ 清算

27. 作为一般原则，清算的重点是全部或部分变现资产，从而能够尽快使用破产财产的所得清偿债权人的债权。首要目标是实现最大价值。实施中止可以确保对程序进行公平和有序的管理，为破产管理人提供足够的时间，以免强行变卖，无法实现清算资产的最大价值，同时又可在资产总体价值可能大于以零敲碎打的方式出售的价值时提供作为营运资产将其出售的机会。中止还使破产管理人能够评价债务人的处境，包括已在进行中的诉讼，为充分考虑所有诉讼提供了时间，从而更加有可能实现不会损害债务人和债权人权益的结果。在清算程序中很难做到平衡兼顾担保债权人和无担保债权人之间的相竞利益，前者往往持有在企业某些最重要资产上设置的担保权益，因而希望强制执行其担保权益，而后者则可能愿意留置该资产以利于作为营运资产出售该企业从而从中受益。

㈡ 重整

28. 在重整程序中，适用中止有助于企业的继续经营，使得债务人获得整顿业务的喘息空间，有时间制订和批准重整计划，并能采取其他步骤，例如取消不盈利的活动和摆脱负担过重的合同，视情况而定。同清算一样，中止还提供了考虑将对债务人进行的诉讼的机会。考虑到重整的目标，中止对其的影响要比对清算程序的影响更大，因此起着更为关键的作用，而且能为鼓励债务人发起重整程序提供重要的动力。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任危机和扑朔迷离的局面，债务人所属企业的供应商、客户和员工会对破产程序如何影响他们忧心重重。

29. 必须平衡兼顾通过实施广泛的中止以限制债权人的行动而使债务人得到的眼前利益和通过限制中止干扰债务人与债权人尤其是担保债权人之间的合同关系的程度而可产生的长远利益。

3. 中止的适用范围

(a) 适用中止的诉讼

30. 有些国家采用的做法是，为了确保中止的有效性，中止的范围必须非常广，应适用于针对债务人及其资产的所有救济措施和程序，不论是行政的、司法的还是自助的，并应限制债务人对其资产采取某些行动，限制无担保和担保债权人强制执行其权利，以及限制政府行使优先权。

31. 可以中止的各类诉讼和行为例如包括：启动或继续进行针对债务人或与其资产有关的诉讼或程序；启动或继续进行与债务人的资产有关的强制

执行程序，包括执行判决和采取行动使担保权益对第三方生效或强制执行担保权益；财产的任何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进行偿付或提供担保权益；债务人转移、抵押或以其他方式处分任何资产（在重整中，这可能局限于在企业正常经营过程以外的转移、抵押或处分）；相对方终止与债务人的合同[9]（除非合同规定的终止日期正好在启动日期之后）；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。《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条就是一个中止规定的示例，该条规定中止启动或继续针对债务人资产、权利、义务或负债的个别诉讼或单独程序以及针对债务人资产的执行行动。上文提到的这几类个别诉讼应涵盖由法院或仲裁庭启动的诉讼。[10]

32. 关于使担保权益对第三方具有对抗效力的行动，一些关于担保权益的法律规定了具体的时限，在此时限内，应通过登记、公示或某些其他方式使这些担保权益对第三方具有对抗效力。如果一国的法律包括了这种时限，破产法可以对其加以确认，允许在破产程序启动后在一定期限内使担保权益对债务人具有效力并对第三方具有对抗效力。如果法律并未包括这种时限，在破产程序启动时适用的中止将具有防止担保权益产生效力的作用。关于发生破产时这种行为是否将使担保权益对第三方具有对抗效力的问题，应当同是否允许此类行为的问题加以区分。在破产中的效力将取决于使这种权益具有效力所需的行为。例如，如果要求通过登记取得效力，就可以允许在程序启动后产生效力，但是如果产生效力涉及担保债权人占有资产，就会有不同的看法，因为这种占有行动会减少破产财产可使用的资产。

33. 将程序的继续列入中止范围的原因之一是，（在债务人被剥夺控制权的情况下，）如果破产管理人必须参与正在进行的讼案，注意力和资源就会分散和转移，无暇顾及管理破产财产的工作。在未实行中止的情况下，举例来说，对债务人可以做出缺席判决，并以此作为破产程序中债权人债权的依据，而破产管理人并不知晓这一诉讼。如果法院以适当方式裁决这些问题，破产管理人即有机会针对这种诉讼进行申辩，可以是驳回诉讼，或判还的数额也可能少一些。由于大多数破产法都有涉及债权的提交、核实和认可的债权处理机制和债权分配机制，所以在破产案之外实施的有关此类债权的程序也就变得多余。尽管如此，有些破产法规定，如果针对债务人的法律程序（包括这些程序的启动和继续）在中止的范围以内，当法院认为有必要保全一债权或确定债权额时，法院可决定是启动还是继续进

[9]实行中止后将使得破产管理人有时间评估合同对程序的重要性，并考虑应采取的行动，即延续还是放弃合同。

[10]然而，并非总能自动中止仲裁程序，例如，如果仲裁地在外国，而不是在破产程序启动国。

行这些程序。[11]如果规定程序的中止即暂停计算任何适用的时效期限，因而债权人对债务人主张债权而提起诉讼的权利将在解除中止之日与当初实行中止之日相同不变，那么也可达到同样的结果。

34. 另外一些破产法允许（未经法院许可）启动或继续法律程序，但却适用中止措施阻止强制执行由此产生的任何命令。有些破产法对可进行的诉讼作了限制，只可启动或继续某些诉讼，例如员工针对债务人的诉讼，但是根据这些程序采取的任何强制执行行动都将予以中止。有些破产法对涉及规章的诉讼和关系到金钱的诉讼作了区分。有些法律对继续提出涉及规章的债权和关系到金钱的债权都加以允许，另外一些法律则仅允许涉及规章的债权，例如其目的不是为破产财产收回金钱，而是保护至关重要并且十分紧迫的公共利益的债权，譬如遏制造成环境损害的活动和有损于公共健康和安全的活动。作为一种程序步骤，有些破产法限制在程序启动时中止措施所适用的行为行动的最初范围，但却规定法院可根据申请而将中止措施的范围扩展至其他类别的诉讼和行动。

(b) 对适用中止的例外

35. 为确保透明度和可预测性，十分可取的做法是，破产法应明确确定拟列入中止范围的或具体例外的诉讼，而不论启动这些诉讼的人是谁，是无担保债权人（包括优先债权人，如员工、法定留置权持有人或政府）、第三方（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），还是担保债权人或其他当事人。例外情形可包括：抵销权和资金合同的净额结算（见下文，第 204-215 段）；为保护公共政策利益而进行的诉讼，例如遏制对环境的损害或有损公共健康或安全的活动；为防止滥用而进行的诉讼，例如利用破产程序掩盖非法活动；为保全对债务人的债权而启动的诉讼；就涉及人身伤害或家庭法的债权而针对债务人提起的诉讼。[12]对于针对债务人的赔偿额可能极大的债权，例如大规模侵权行为损害赔偿债权，宜将此类债权列入中止的范围之内。

(c) 担保债权人

36. 关于受中止影响的权利的范围，各国破产法所作规定有很大的不同。关于适用中止以暂停或阻止启动无担保债权人针对债务人或其资产的诉讼

[11]例如，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条第 3 款规定，对启动或继续针对债务人的个别诉讼或程序适用中止，不得影响必要时为保全一针对债务人的债权而启动个别诉讼或程序的权利（见附件三）。

[12]举例来说，有些法域把履行债务人义务不影响破产财产的排除在适用中止的范围以外，例如，对于涉及家庭法的案件，允许家长出庭。

的必要性，几乎没有争议。不过，对担保债权人的行动适用中止可能较为困难，而且需要权衡一些相竞利益。这包括在担保债权人对抵押资产的权利上尊重他们在破产前取得的优先权；尽量减少中止对抵押资产的价值的影响；为全体债权人实现资产价值最大化；以及在重整情况下确保将有生存能力的债务人成功重整所必需的一切资产置于破产程序的控制之下。

37. 债权人通常要求为保护其利益而设置担保权，以防债务人无法偿债。要使担保权达到这一目的，可以这样说，破产程序启动时不应延误或阻止担保债权人立即实现其对抵押资产的权利。归根结底，担保债权人是以担保权益换取可反映担保权益信赖度的价值。因此，对于采取任何将会降低担保债权人收债能力的确定性和减损担保权益价值的措施，例如适用中止措施推延强制执行，可能都需要认真加以考虑。这样一种措施最终不仅有损于当事方在其商业往来中的意思自治和遵守商业交易的重要性，而且不利于获得费用可承受的信贷；担保权益提供的保护一旦下降，信贷价格就会上升，以抵销更大的风险。有些破产法把担保债权人的行动排除在中止范围以外，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，以此作为替代中止的一种办法。

㈠ 重整

38. 然而，越来越多的破产法承认，在许多情况下，允许担保债权人随意执行其对抵押资产的权利尤其在重整中可能不利于实现破产程序的基本目标。为此原因，在获得某些保护条件的情况下，担保债权人的行动日益被列入中止的范围之内。应予指出的是，银行和其他金融机构在根据例如“伦敦做法”等规则进行的自愿重组谈判中日益接受暂缓（见第一部分，第二章，第 17 段），这可能也是担保债权人日益接受在破产程序中对其适用中止的部分原因。

㈡ 清算

39. 关于在清算程序中如何对担保债权人的行动适用中止的问题，破产法采取了不同的做法。作为一般性原则，如果破产管理人的职能是收回并变现资产，以分红方式将变现所得分配给债权人，就可允许担保债权人自行执行其对抵押资产的权利以清偿其债权，同时不影响对其他资产的清算。因此，有些破产法把担保债权人作为例外而排除在中止范围以外。不过，即便是采用这样的做法，如果对担保债权人适用中止可使破产管理人取得较好的结果，为所有债权人的集体利益而最大限度地实现财产价值，则可能仍需保持一定的灵活性。如果在清算程序中能将企业作为营运资产出售，这一点可能就尤为重要了。对于即使以零敲碎打的方式出售资产，但

仍需要有些时间就出售作出安排，从而给所有无担保债权人提供最大回报的某些情形，这一点或许也可适用。

40. 如果在清算和重整程序中都把担保债权人的行动包括在中止范围内，破产法可以采取一些措施，确保担保债权人的利益不会因中止而减少。这些措施可以包括规定中止的期限，保护抵押资产的价值，支付利息，另外还可以规定，如果抵押资产未得到充分保护或者其并非出售整个企业或其中有经济效益的部分的必要条件，则可以规定免于中止。

4. 中止的酌情适用或自动适用

41. 中止的适用的一个初步问题是，中止究竟是（根据破产法）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，可能会影响关于这一问题的决定。在酌定基础上适用中止，便于根据具体案件的需要（包括债务人、债务人的资产及其债权人以及适用中止的时间和期限）适用中止，避免不必要地适用中止和不必要地干涉担保债权人的权利。然而，这种做法有可能会因法院审理有关问题而造成迟延；使中止最终可予以适用的债权人和第三方当事人所处情形无法预测；可能会造成有必要拟订临时措施等某种机制，以便就法院对中止的适用作出决定前的阶段作出安排；以及规定必须就中止的适用发出通知。

42. 为了最大限度地减少延误，协助实现资产价值的最大化，确保破产程序公平有序和具有透明度、可预测性而提出的一种替代做法或许是规定（在申请或程序启动时）中止措施可自动适用于具体指定的行动，经法院酌定可扩大该中止措施范围而适用于其他行动。《贸易法委员会跨国界破产示范法》采用了这种做法：第 20 条规定了在承认了外国主要程序时将自动中止的诉讼类型，而第 21 条则列举了经法院酌定在承认后可下令给予额外救济的示例。自动中止是当代许多破产法制度的一个特征，并且可以同允许在指定情形下给予救济免于适用中止措施的条文一并使用（见下文，第 60-62 段）。

5. 中止的适用时间

43. 与适用中止有关的另一个问题是在清算程序和重整程序中适用中止的时间。基本上有两种做法。第一种做法是，就启动程序而言，自提出申请之时起适用中止，第二种做法是，自启动程序之时起适用中止，但规定了涉及从申请至启动期间的临时措施。

(a) 具体规定中止生效的准确时间

44. 作为一个初步问题，无论是参照申请时间还是参照启动时间来自动适用中止，破产法都应涉及中止生效的确切时间问题，以确保尤其在付款方面对破产财产加以保护。在这个问题上存在着不同的做法。有些法律规定中止从法院决定启动程序时开始生效，另有法律规定中止从公布决定启动时开始生效。还有一些法律规定，中止具有追溯效力，从下达启动令当天的第一小时开始。对于中止在提出启动程序申请时生效的情况，也存在着类似的不同做法。无论采取哪一种做法，破产法均应载有一条明确的规则。

(b) 从提出启动申请之时起适用

45. 关于在程序进行时中止应予生效的启始时间，一种做法是，从提出清算或重整程序申请时开始适用中止，而不论申请是由债务人还是由债权人提出。这种做法可免去从提出申请至启动程序期间考虑提供短期或临时保护措施的必要性，但将要求在若干实际问题尚不一定清楚的情形下，尤其是尚未弄清债务人是否符合启动标准的情形下适用中止。为了相应地防范在这种情形下出现滥用的可能性，如果采取这种做法，就宜将加速寻求救济以免于中止措施的明确程序列入破产法。

(c) 从启动之时起适用

46. 关于适用中止的最为常见的做法是在启动程序时适用中止，因为届时有关资格、管辖权和符合启动标准的问题将已得到解决，而且显然应该启动程序而不是驳回申请。为了处理申请后至启动前这段时期，一些破产法允许下令采取临时措施。虽然破产法的其他规定也可能涉及在启动前保护破产财产，例如通过对资产的收回，但这些规定一般只在启动后才适用。

㈠ 临时措施

47. 有些破产法并未规定在提出申请时程序自动启动，在这类法律中，启动时适用的中止还以可能在申请后至启动前这段期间下令采取的临时措施作为补充，以便保护将有可能构成破产财产的债务人资产和债权人的集体利益。即使很快作出启动决定，债务人这一期间的经营状况仍有可能发生变化，而且存在着债务人资产流失的可能性——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，预先防范程序启动时可能实行的任何中止所产生的后果。如果在这种情形下不提供临时措施，就无法实现破产程序的目的。如同大多数临时

措施，救济需要通常必须是迫切的需要，并且必须大于这类措施可能造成的任何伤害。

48. 破产法准予采取临时措施的，也应包括规定由法院定期审查并在必要时延长这些措施的期限，破产法应述及在启动破产程序时这种措施的情况。在许多情形下，程序启动后不必继续适用临时措施，因为这些措施将被启动时适用的措施所取代。然而，如果在启动时适用的措施未提供某种类型的救济，而在启动后仍然需要这种救济，法院在适当情形下可延长这种临时措施的适用期限。启动申请被驳回或临时措施令遭受质疑被确认不当时，临时措施也将终止。

㈡ 临时措施的类型

49. 可以根据债务人、债权人或第三方的申请，也可以由法院自行下令采取这些临时措施。这些临时措施可包括：指定临时破产管理人或其他人（不包括债务人）管理或监督债务人经营的业务，并保护债权人的资产和利益；禁止债务人处分资产；控制债务人的部分或全部资产；暂停债权人对债务人强制执行担保权；中止债权人针对债务人资产的任何行动，例如由担保债权人或留置权持有人采取的此种行动；以及防止债权人为强行索债而启动或继续进行个别诉讼。

50. 如果破产管理人是作为临时措施而获得任命的，其权限范围可能不如在启动程序时任命的破产管理人，其职能可能会局限于保护债权人的资产和利益。举例说，可能赋予其在企业正常经营过程中使用和处分债务人资产以及全部或部分变现资产的权力，以便保护和保全那些因本身的性质或其他因素而属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的资产的价值。无论如何，可能必须确定临时破产管理人和债务人之间在经营债务人企业方面责任的分工，同时铭记尚未确定破产程序是否启动。因为如果法院最终决定驳回启动申请，将可能会对债务人的企业或债权人的权利造成巨大伤害，法院似应只有确信债务人资产有危险时才行使其准予采取临时措施的权力。一般来说，除非法院有所限制，否则债务人可继续经营其企业并在企业正常经营过程中使用和处分资产。

㈢ 证据要求

51. 由于这些措施是临时性的，而且是在法院确定启动标准已经达到之前准许的，法律可以要求使法院确信存在着债务人满足启动要求的某种可能性。如果申请措施的当事人不是债务人，法院可以要求申请人出具证据，证明有必要采取措施保全债务人资产的价值或避免资产的流失。在这种情况下，为防止事后未启动破产程序，或者所请求采取的措施对债务人的企业造成某种损害，或许还需要就可能支出的费用、服务费或损害提供某种

形式的担保，例如交付保金。如果以不当手段争取到临时措施，则宜允许法院判定申请人承担该措施造成的费用、服务费和损失。

㈣ 临时措施申请通知和临时措施令通知

52. 破产法还可能需要考虑就临时措施申请和临时措施令提供通知（包括这些措施开始生效的时间）以及所需通知的当事人问题。作为一般原则，应该就临时措施申请向债务人提供通知并为其对申请提出质疑提供机会。只有在非常情形下才可免予向债务人发出通知，允许受理单方面提出的申请。尽管许多法律均允许单方面提出临时措施的申请，但允准此类申请的前提通常是申请人就费用和损害提供担保，并且能够证明存在着必不可少的紧迫性，即，如果申请人必须按照需要提前多天提供通知的惯常程序争取所请求的措施就会造成无法弥补的伤害。[13]然而一旦单方面发出临时措施令，债务人通常有权获得该临时措施令的通知并且应该享有提出申述的机会。考虑到有必要避免在事后未启动破产程序的情况下给该程序所针对之债务人造成不必要的损害，可能需要将临时措施令通知局限于受该命令直接影响的那些当事人。如果所寻求的临时措施将影响其他当事人的利益，那么也应当向这些当事人提供通知。

㈤ 救济免于临时措施

53. 如果临时措施所针对者的权益因适用措施而受到损害，可能应给予救济免于适用的临时措施，例如修改或终止临时措施。这方面的例子可以包括涉及易腐货物的情形以及与保全或者量化对债务人和在有些情况下对担保债权人的债权的价值有关的行动（见下文，第 56 段）。在准予此类救济的同时必须平衡兼顾对一般债权人和债务人的资产有可能造成的损害。可根据受影响当事人的申请、破产管理人的申请或由法院自行动议而给予这类救济，通常要求向修改或终止临时措施后受到影响的人提供通知并向其提供申诉的机会。如果临时措施令经质疑后被确认不当，这些措施一般将会终止或由法院加以修改。

6. 中止的适用期限

(a) 无担保债权人

54. 许多破产法规定中止在整个清算和重整程序期间均适用于无担保债权人。在清算中，这通常意味着直至完成对资产的清算和程序的终结。在重

[13]见贸易法委员会关于法院下令采取支持仲裁的临时措施的文件（A/CN.9/WG.II/WP.119，2002 年贸易法委员会年鉴，第二部分；可在 www.uncitral.org 上查到）。

整中，程序的期限不那么截然分明；有些法律规定，在重整计划得到批准并且生效时程序终结，而另有一些法律则将程序的终结延至计划得到充分实施之后。适用中止的期限如此延长滞后或许是不必要的，其依据是所批准的重整计划应当对无担保债权人的债权作出处理。

55. 在上文所述关于量化或保全债权价值等特定情形下，可以对无担保债权人给予救济使之免于适用中止措施（见上文，第 33 和 34 段）。

(b) 担保债权人

㈠ 重整

56. 中止宜对担保债权人适用充分的一段时间以确保以有序的方式进行重整，而不会在可以确定应如何在重整中处理这些资产和批准适当的计划之前把资产分离。为了避免适用中止的期限不确定或过于漫长，并鼓励迅速完成程序，有利的做法是，将中止的适用期限制在重整计划生效所需要的合理时间期限内，但前提条件是期限并非很长而且不允许程序持续数年而计划却未提出和获得批准。这种限制可能还有一个好处，就是可以让担保债权人在一定程度上确切地预测其权利的推延时间及这些权利在计划中所作的处理。作为另一种办法，也可明确规定固定的期限，但这种办法的困难是，该期限并不总是足够长，这取决于重整的规模和复杂性以及所需要的计划，而且这一期限可能难以实施。解决办法可以包括，确定明确的时限，而且有可能加以延长（见下文，第 58 段），或规定在某些情形下给予救济而免于中止（见下文，第 60 和 61 段）。破产法的总体构想应鼓励程序迅捷有效地取得进展，以便能够尽量缩短对担保债权人适用中止的期限，尤其是在重整过程中。

㈡ 清算

57. 关于在清算中如何对担保债权人的行动适用中止，破产法所采取的做法不一。在对担保债权人适用中止的破产法中，有些破产法所采取的做法是，清算程序启动时对担保债权人自动适用中止，但期限很短，有 30 天或 60 天不等。破产管理人可以利用这段时间履行职责，清点破产财产的资产和负债，并确定对资产实现清算的最佳手段。在抵押资产对企业作为营运资产出售至关重要的情况下，有些法律规定可以延长中止的适用期限，超过规定期限。然而，如果出售企业不需要抵押资产，就可解除中止（见下文，第 60 段）。另一种做法是，在整个清算程序期间对担保债权人适用中止，但如果有证据表明抵押资产的价值已受到侵蚀，无法予以维持，法院可以下达解除令。

7. 中止期限的延长

58. 如上所述，当中止在一规定期限内适用时，法律可以列入关于延长期限的条文。有些国家的经验表明，延长中止的期限是作为例行公事办理，结果造成中止的期限经常延长数年之久，从而最终使破产程序的目的落空，毁灭了债权人最初可能得到的任何价值。为避免出现这种情形，破产法宜对期限可否延长订立明确的规则，对可提出申请的当事方和可准予延长的理由加以限制。举例说，如果能够证明需为实现价值最大化而延长中止期限（例如，有相当的把握能够把债务人或债务人企业单位作为营运资产出售），则由破产管理人提出申请即可延长中止期限，条件是担保债权人的权益不会遭到损害。为了提供额外的保护和避免中止适用期限不定或过长，破产法宜对中止的延长期限，并且视可能对可予延长的次数作出规定。

8. 对担保债权人的保护

59. 如上文所示，担保债权人被列入中止范围的，破产法可采取某些措施以保护其权益。除限制中止的期限外，这些措施还可以包括允许解除中止，并采取各种措施以确保如果担保债权的价值大于或接近抵押资产的价值，就应保护抵押资产的价值免于在破产程序启动后因资产的使用或中止的适用而减损。由于这些措施互有联系，破产法宜采取前后一致的做法。举例说，如果中止的适用期限较短，法律可能就不必要求对抵押资产的价值加以保护。然而，如果中止的适用期限很长，相对于保护资产的价值，解除中止可能是一种更具成本效益的补救办法，但前提条件是资产并非为程序所必需。也可通过下述手段更为全面地保护担保债权人的权益：就抵押资产的使用和出售征询其意见；在资产收益允许的范围内支付利息；在资产价值少于担保债权时接管资产。关于这些措施的讨论情况见下文各节。在考虑为抵押资产的价值提供保护的做法的可取性时，或许还需权衡一下这些措施的潜在复杂性和费用，包括价值的估算，以及是否需由法院就保护问题作出困难的商业决定。如果提供保护，则破产法似应提供指导，指明对债务人的资产持有某种类型担保权益的债权人将在何时以及以何种方式有权获得下文所述的各类保护。

(a) 通过救济免于适用的中止

60. 在清算和重整程序中，可能会出现宜向担保债权人提供救济使之免于适用的中止的情形。例如，担保的债权人可以向法院提出解除中止的申请，或可以允许破产管理人（不经法院批准）解除对资产的限制。有关的情形可包括：担保债权人的债权价值超过抵押资产的价值；担保债权人未得到防止抵押资产价值减损的保护；提供保护可能行不通或将给破产财产

带来过重的负担；重整或在清算过程中将企业作为营运资产出售不需要抵押资产；为保护或保全易腐货物等资产的价值需要解除中止；或在重整中，计划未在可适用的任何时限内获得批准。

61. 如果准予给予救济免于适用的中止，破产法可规定将抵押资产移交给担保债权人。资产不再是破产财产的一部分，担保债权人将可自行执行其权利。有些破产法可能会要求破产管理人决定究竟将资产移交给担保债权人还是放弃资产，因为这两种备选办法之间的区别可能会涉及到对破产财产的费用问题。举例说，如果资产系一部大型设备，将其移交给债权人可能需要将运费计作破产财产的支出，而放弃的话，则由债权人负担搬运费用。

62. 虽然解除中止的规定主要是为了保护担保债权人的权益，但也有一些破产法规定可以对无担保债权人解除中止。例如，在破产法不允许提出或继续提出债权的那些情形中就可以这样做，以便允许在另一诉讼地确定债权（因为诉讼可能已经在那里充分展开，让它在那里完成效率将更高），或者允许对债务人的保险人提出债权。

(b) 对价值的保护

63. 有些破产法订有规定，具体目的是通过在中止期限内保持担保债权的经济价值（在有些法域中称为“充分保护”）来处理中止对担保债权人的负面影响。如果破产财产能够保持抵押资产的价值，可采取若干方法加以处理。

㈠ 保护抵押资产的价值

64. 一种做法是保护抵押资产本身的价值，但在清算时把出售抵押资产的收益按其债权中附担保部分直接分给债权人。这种做法可能要分若干步骤进行。

65. 在中止期间，抵押资产的价值有可能会减少。由于在最后分配时担保债权人享受优先权的范围将受到抵押资产的价值的限制，这类贬值会不利于担保债权人。有些破产法规定，破产管理人应当向担保债权人提供保证，避免其资产价值缩减，为此要么提供附加资产或替代资产，要么按价值缩减的数额给予定期现金付款。只有在抵押资产价值低于担保债权的数额时才有必要采取这种做法。如果担保价值超出债权，在担保的资产价值变得不足以支付担保债权以前，担保债权人不会因资产价值的减损而受到损害。在有些按上文所述保护抵押资产的价值的国家中，还允许在中止期间支付利息，以补偿由于程序而造成的迟延。然而，利息的给付可能会局限于抵押资产的价值超出担保债权的价值的情形。否则的话，给迟延提供

的补偿可能会耗尽可供无担保债权人分配的资产。这种做法可以鼓励贷款人寻找能充分保护其债权价值的担保权益。

对抵押资产的估价

66. 保护抵押资产的价值这一概念的关键之处在于有一个用于确定这些资产价值的机制，以使法院能够考虑可否向担保债权人提供以及提供多少救济，从而避免抵押资产的价值在程序进行期间减损。这可能是一个复杂的问题，涉及到应该在什么基础上进行估价（例如，究竟是营运资产的价值还是清算价值）；进行估价的当事方；以及确定价值的相关日期，同时顾及要求进行估值的目的。在某些情形下，当事人可能会在程序启动前对资产进行估值，此类估值在程序启动时可能仍然有效。为了对所有资产和负债进行登记，编制债务人财务状况明细表，在启动后不久就可能有必要进行全面估值，从而使破产管理人对资产的价值有所了解，在破产程序进行过程中有必要对资产，特别是抵押资产进行估值，以确定担保债权（和任何相关的无担保债权）的价值及与该价值任何减损相关的保值问题。为了支持在企业的正常经营过程之外处分部分企业或特定资产，也有必要对资产进行估值，并应经过所批准的重整计划的确认以满足有关的要求。与此相关的问题是估值的费用和应负担该费用的当事人。

67. 一种做法是至少首先通过当事方(债务人或破产管理人和担保债权人)的约定而确定估值方法。另有一些法律采取了偏重法院的不同做法。例如，法院不亲自进行估值，而是指明确定价值的方式，可以由有关专家具体负责价值的确定。为此，作为辅助手段，破产法可规定作为估价基础的明确原则。另一种做法是，在破产管理人对价值作出初步估计或评价后，可以由法院在证据的基础上确定价值，这种证据可以包括对市场、市场情况及专家证词的研究。有些法律要求通过出售方式由市场估价资产，即通过招标或拍卖而获得市场对资产的最高出价。这种估价方法更适用于破产管理人对破产财产的资产的处分，而不太适用于保护抵押资产或担保债权的价值。

68. 在某些清算情形中，破产管理人可能认为有必要动用或出售抵押资产（见下文，第 83-86 段），以实现破产财产价值的最大化。举例来说，在清算中，如果破产管理人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其企业，那么破产管理人可能希望把已经部分抵押的库存品卖掉。同样在重整程序中，将类似性质的抵押资产卖掉以提供所需的流动资金可能符合破产财产的根本利益。因此，对于以维持抵押资产的价值的方式来保护担保债权人的情形，破产法似应允许破产管理人作出选择，要么为债权人提供等值的替代担保权益，例如留置另一资产或抵押资产出售后的收益作为替代，要么直接或通过商定的缴款计划全额付清以保护担保债权资产的价值。其他做法偏重于对抵押资产售后收益的使用（见下文，

第 92 和 93 段）。一种方法是由法院阻止破产管理人现在或将来使用这些收益。另有一些法律则准许给予担保债权人救济使之免于中止措施，以便就此类收益寻找个别补救办法，或在担保债权人或法院未授权使用此类收益的情况下，要求债务人、其管理部门或破产管理人本人对收益额负有责任，或规定此类债务不得免除。

㈡ 保护债权附担保部分的价值

69. 保护担保债权人权益的第二种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抵押资产的价值，并据此确定债权人的债权中附担保部分的数额。这一数额在整个程序期间固定不变，清算后进行分配时，担保债权人在这一数额范围内获得第一优先债权。在实施程序期间，担保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。这种方法避免了上述第一种方法下可能所需的对抵押资产不断估价而带来的一些复杂性。

9. 对债务人处分资产的限制

70. 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，破产法通常还采取一些措施，目的是限制债务人对破产财产中的资产的处理限度。（见上文，第 16 段）这些措施通常在程序启动后适用。但在有些情形下，也可适用于申请启动后至启动前这一阶段。举例说，如果在启动程序以前作为一项临时措施指定临时破产管理人，债务人可能要受到该破产管理人的监督或控制，对如何处理其资产通常权力有限（见上文，第 50 段）。有些破产法规定，只有在债权人提出申请的情况下这一适用期才有可能成立，因为债务人提出申请后程序即自动启动。

71. 对于在破产程序启动后任命破产管理人的情形，许多破产法规定，债务人要么丧失其对破产财产的所有控制，在启动后无法订立任何交易，要么在企业日常经营方面享有不间断但有限的权力，但只能够在企业正常经营过程中订立交易。不属于这一类型的交易，例如一般将在企业正常经营过程外发生的大笔资产出售，可能需要有破产管理人、法院或在某些情形下债权人的批准。

72. 如果债务人在申请至启动阶段或在启动后订立未经许可的交易，最终的结果是所转让的任何财产应当退还破产管理人，由此产生的任何义务均不能对破产财产执行。然而，可能要考虑到交易相对人的情况，尤其是如果该当事方本着善意订立交易并且支付相应价款。为此原因，有些破产法规定这些交易在某些情形下是有效的。举例说，这些情形可包括所转让的是不动产，并且转让发生于有关的登记机构发出破产程序启动通知之前或者持有债务人某些资产的第三方本着善意将这些资产转让给另一方并且对

破产程序的启动毫不知情。尽管所起作用是保护无辜的第三方，但这类条文有可能减少可以提供给债权人的资产。为此原因，如果必须将此类条文列入破产法，其范围不宜过宽。由于在启动和通知启动之间出现的延迟对此类转让的发生至关重要，启动通知要求务必有利于切实尽早地提供通知（见第一章，第 64-71 段）。

73. 有些破产法在关于撤销程序的条文中涉及债务人在从申请至启动期间未获破产法、破产管理人、法院或债权人（根据需要）授权而订立的合同和实施的交易，并且将可撤销期的适用追溯到程序启动之时（见下文，第 188 段）。

建议 39-51

立法条文目的

关于保护和保全破产财产的条文的目的是：

(a) 确定可确保资产的价值不会因债务人、债权人或第三方的行动而减少的措施；

(b) 确定这些措施的范围及其所适用的行动和当事方；

(c) 确定这些措施适用的方法、时间和期限；

(d) 确定给予救济免于适用这些措施的理由。

立法条文内容

临时措施[14]（第 47-53 段）

39. 破产法应规定，法院可在需要给予救济以保护和保全债务人资产价值[15]或债权人权益的情况下，应债务人、债权人或第三方的请求，在提出启动破产程序的申请后到启动该程序之前这段时间，[16]给予临时性的救济，其中包括：

(a) 中止针对债务人资产的执行，包括为使担保权益具有对抗第三方效力而采取的行动和对担保权益的强制执行；

[14]这些条款沿用了《贸易法委员会跨国界破产示范法》中的相应条款，见第 19 条（见附件三）。

[15](a)-(c)款使用资产的提法用意是仅限于程序启动时属于破产财产的资产。

[16]破产法应指明临时措施令的生效时间，例如在下达命令时、追溯至下达命令的那一天的开始或规定的其他某一时间（见上文，第 44 段）。

(b) 把管理或监督债务人企业的工作，包括在企业正常经营过程中动用和处分资产的权力，委托给破产管理人或由法院指定的其他人员[17]；

(c) 把债务人全部或部分资产的变现委托给破产管理人或由法院指定的其他人员，以便保护和保全那些因本身的性质或其他因素而属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的债务人资产的价值；以及

(d) 根据建议 46 和 48 属于在程序启动时可予适用或动用之类的任何其他救济。

与临时措施有关的赔偿（第 51 段）

40. 破产法可规定，法院有权：

(a) 要求临时措施申请人提供赔偿，并且酌情支付费用或服务费；或

(b) 就临时措施的申请规定处罚办法。

债务人和破产管理人之间权利的平衡（第 50 段和第 70-73 段）

41. 破产法应明确规定债务人和作为临时措施而获得任命的任何破产管理人之间权力和义务的平衡。在提出启动破产程序的申请后到启动这些程序之前这段时间，债务人有权继续经营其企业，在企业正常经营过程中动用和处分资产，但法院作了限制的除外。

通知（第 52 段）

42. 破产法应规定，除非法院对发出通知的必要性作了限制，或规定无此必要，应向受下述各项影响的那些利益方发出适当的通知：

(a) 临时措施申请或临时措施法院令（包括对审查和修改或终止的申请）；及

(b) 在启动时适用的补充措施法院令，除非法院对发出通知的必要性作了限制或规定无此必要。

[17]建议 39(b)项和(c)项中“其他人员”这一用语的用意不包括债务人。

建议 39-51（续）

单方面临时措施（第 52 段）

43. 破产法应规定，如果未将临时措施的申请通知债务人或受临时措施影响的其他利益方，债务人或受临时措施影响的其他利益方有权经紧急申请后要求迅速[18]就是否继续实行该救济提出申述。

修改或终止临时措施（第 53 段）

44. 破产法应规定，法院可根据自己的动议或应破产管理人、债务人、债权人或受临时措施影响的其他任何人的请求，审查和修改或终止这些措施。

临时措施的终止（第 53 段和第一章第 63 段）

45. 破产法应规定，临时措施在下列条件下终止：

(a) 启动申请被驳回；

(b) 根据建议 43，临时措施令经质疑后被确认不当；以及

(c) 启动时应予适用的措施开始生效，除非法院认定临时措施继续有效。

启动时应予适用的措施（第 30-34 段）

46. 破产法应规定，破产程序一经启动：[19]

(a) 涉及债务人资产及债务人权利、义务或负债的个别诉讼或程序[20]的启动或继续即予中止；

[18]为防止债务人企业的价值损失，列入破产法的任何时限都应该短暂。

[19]这些措施通常自下达启动令之时起生效。

[20]见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条（附件三）。建议 46 中(a)项所提及的个别诉讼，还意在包括向仲裁庭提起的程序。然而，在本国以外的所在地进行仲裁等情形下，并不总是有可能自动中止仲裁程序。

(b) 使担保权益具有对抗第三方效力的行动和强制执行担保权益的行动即予中止；[21]

(c) 针对破产财产中的资产的执行或其他强制执行即予中止；

(d) 对方终止与债务人任何合同的权利即予中止；[22]

(e) 对破产财产中任何资产的转让、抵押或其他处分的权利即予中止。[23]

适用中止的除外情形（第 35 段）

47. 破产法可允许在建议 46 下有免予适用中止或暂停的除外情形，如果作出此类规定，则应明确说明这些除外情形。建议 46(a)项不应影响为保全对债务人的债权而需启动个别诉讼或程序的权利。[24]

启动时可供采用的额外措施（第 34 段）

48. 破产法应规定，法院可在启动时适用的措施外，再给予额外的救济。[25]

程序启动时自动适用的措施的适用期限（第 54-58 段）

49. 破产法应规定，破产程序启动时适用的措施在整个破产程序中始终有效，直至发生下述任何一种情形：

---

[21]如果破产法以外其他法律允许担保权益在规定的某个时期内发生效力，则破产法似应承认该时限并在破产程序于所规定的该时限截止前即开始启动的情况下，允许该项权益发生效力。如破产法以外其他法律未列入此类时限，则启动时应予适用的中止即产生阻止担保权益生效的作用。（关于进一步的讨论，见上文第 32 段和《贸易法委员会担保交易立法指南》）。

[22]见下文。第 114-119 段。如果合同规定的终止日期恰巧在破产程序启动以后，本建议无意排除此种合同在该日期才告终止。

[23]对转让、抵押或以其他方式处分破产财产中资产的权利作出的限制，在下述情况下可有例外：债务人企业获准继续经营，而且债务人可在正常营业过程中转让、抵押或以其他方式处分资产。

[24]见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条第 3 款和《颁布指南》第 151 和 152 段。如果在确定债权额问题上出现分歧，可要求法院考虑是否能给予救济免于中止，以便能够为此目的而启动诉讼或程序。

[25]可予以提供的额外救济将取决于具体法域所规定的哪一类措施以及除启动时适用的措施外（例如建议 46 下），在具体的破产程序中什么措施可能是适宜的。

建议 39-51（续）

(a) 法院准许救济而免于适用这些措施；[26]

(b) 在重整程序中，重整计划生效；[27]

(c) 对于清算程序中的担保债权人，法律规定的固定期限届满，[28]除非表明下列情况，法院将这一期限再次延长：

㈠ 有必要延长期限，以便为债权人的利益实现资产价值的最大化；及

㈡ 担保债权人将得到保护，以防设有其担保权益的抵押资产价值缩减。

防范抵押资产的价值缩减（第 63-69 段）

50. 破产法应规定，在向法院提出申请后，担保债权人应有权享有对其担保权益所在资产的价值给予保全。法院可准予采取适当保全措施，其中可包括：

(a) 由破产财产支付现金；

(b) 提供附加担保权益；或

(c) 法院认定的其他方法。

给予救济免于程序启动时适用的措施（第 60-62 段）

51. 破产法应规定，担保债权人可请求法院准许救济而免于破产程序启动时适用的那些措施，其理由可包括：

(a) 抵押资产并不为将来可能进行的债务人企业的重整或变卖所需要；

(b) 抵押资产的价值因破产程序的启动而正在缩减，并且未对担保债权人提供保护以防范该价值的缩减；

(c) 在重整中，计划未在任何可适用的时限内获得批准。

---

[26]应当以建议 51 所列的理由为根据准许救济而免于适用。

[27]视破产法的要求而定，在债权人批准或法院确认以后，计划可以生效（见第四章第 54 段及其后各段）。

[28]用意是中止只应在短期内适用于担保债权担保债权担保债权人，例如，30-60 天，破产法应明确说明适用期限。

C. 资产的使用和处分

1. 导言

74. 虽然作为一项普遍原则，可取的做法是破产法不对第三方的所有权或者担保债权人的权益作不适当的干预，但破产程序的进行将常常要求继续使用或者处分（包括通过抵押）破产财产中的资产和债务人占有的、债务人经营中正在使用的资产，以便能够实现特定程序的目标。这在重整中特别重要，但在将企业作为营运资产出售的清算中也很重要。另外它在这样一些清算情形中可能也有意义：在清算程序中，需要企业继续经营一段较短时期，以便能够即使在分批出售资产的情况下也尽量增加这些资产的价值。出于这些原因，较可取的是在破产法中列入关于使用或者处分破产财产中的资产（包括抵押资产）和第三方所拥有的资产的规定，论述使用这些资产的条件和对第三方所有人和担保债权人权益所提供的保护。资产的使用或处分通常涉及将所建议的任何行动通知债权人，无论是全体通知还是仅通知受影响的债权人。对于向债权人全体通知的情况，可通过为便于程序的进行而组成的任何债权人委员会发出通知（见第三章，第 99-112 段）。在拟订这些规定时可能应指出的是，其他法律可能会影响在发生破产时运用这些权力。例如，关于禁止或限制外国对某些经济部门享有所有权的法律，可能会限制某些资产所获得的价格，并从而影响对债权人的分配。

2. 破产财产中的资产

(a) 正常经营过程

75. 有些破产法按谁可就使用或处分破产财产中的资产作出决定和所要求的保护来区分在正常经营债务人企业过程中[29]使用或处分破产财产中的资产与在其他情形下（“正常经营过程外”）的使用或处分。当破产管理人继续经营债务人企业时，无论在重整程序中还是为了能够作为营运资产来出售企业，在正常经营过程中使用和处分财产的决定可以由破产管理人作

[29]在论及撤销权程序时对这一概念作了进一步讨论，见下文，第 164-168 段。在“正常经营过程”定义中，各国对不同的要素有不同的侧重点。但是在大多数法域，该定义的一个共同目的是确定什么构成例行经营并允许企业例行付款和订立例行合同，在破产时，这些交易不受可能的撤销权影响。这些例行的付款可能包括支付房租和公用事务费，例如电费和电话费，以及还有可能支付贸易供应。

出，[30]无须向债权人发出通知或经法院批准。然而，对于正常经营过程以外的使用和处分，可能需要法院或者债权人的批准。有些法律将这些使用权和处分权扩大至给予受破产管理人监督或管制下的债务人或占有中债务人。如果资产上设有担保或受限于其他利益（例如，租赁），该权益持有人的经济利益将需要受到保护。

76. 破产法对在正常经营范围内外所作的处分加以区分可有助于在重整中和在作为营运资产出售的清算中不中断企业的日常业务，同时又不会产生为开展日常活动而争取法院批准的复杂性。由于非日常的处分需要获得批准，因此可以防范向有关当事方处分资产等滥用职权的情况。然而，破产法必须就什么构成日常经营过程中的交易提供明确的指导，以便避免产生纠纷并确保程序的进行迅捷有效。正常经营过程外的资产出售或其他处分提出了若干复杂问题，在下文进行讨论，这其中包括旨在为破产财产创造最大价值的出售方法；当对担保债权的有效性或债权额有争议时或当这样出售可提高破产财产的价值时对抵押资产的出售；对利益方的通知和给予感兴趣的买方提出更高和更优报价的机会；易腐资产的迅速出售；以及对破产财产无价值的资产的放弃权。

77. 有些破产法还按可以如何使用资产以及将适用什么条件来区分各类不同的资产。例如，可以对不迅速出售价值就会很快消失的易腐资产或其他资产或者现金或者由债务人与他人共同持有的财产或由债务人持有的设有担保权益的财产，适用特别规定。破产法可规定，这类资产可在正常经营过程外出售，而无需债权人或法院的事先批准。

78. 通过使用任命标准，包括提供担保函（这种做法为许多破产法所采纳——另见第三章，第 62 段）和采取关于破产管理人责任的其他措施，均可解决对破产管理人滥用使用权和处分权或挪用公款的任何担忧。

(b) *出售的方法*

79. 如要出售破产财产中的资产，无论由哪一个当事人对出售进行监督，所选定的出售方式均应尽量提高破产财产的价值，并且债权人应当收到适当的出售通知，从而如果其不赞成就能够在法院对出售提出质疑。如果成立了债权人委员会并且破产法规定在企业正常经营过程以外变卖资产必须同债权人进行磋商，那么可通知债权人委员会并以此方式满足将任何拟议的变卖通知债权人的要求，目的是尽量降低费用，避免因通知所有债权人而带来任何迟误。对于资产的变卖，采取了各种不同的程序。许多破产法

[30]破产管理人对这些权利的行使取决于破产法对该职位的职能所作的规定，举例说，如果破产管理人发挥受托人或监督人的作用，则其对这些权利的行使可能受到限制，此外，其权利的行使还取决于在启动破产程序之后，尤其在重整中赋予债务人和破产管理人的相对职能。

要求以公开拍卖的形式出售资产，而有些破产法规定债权人委员会或者其他某个债权人代表或者破产管理人可以批准其他一些出售手段，例如私下订立合同，只要可以获得更多利润即可。

80. 如上所示，有些破产法将在正常经营过程中出售的权力赋予破产管理人，并规定有责任获得出售时可以合理获得的最佳价格。这些法律中有些还对破产管理人选择出售方法的自由裁量权规定了限制。如果破产管理人选择私下而不是通过公开拍卖的形式出售资产，法律可能要求由法院对出售进行监督，或者由债权人予以批准。另外一些破产法规定法院在资产的出售中发挥重要作用。由法院确定出售的时间、形式和条件；破产管理人起次要作用：收集报价和征求债权人的意见。有些破产法还处理这样一些问题：出售给某一债权人以抵销该债权人的债权，将由某一第三方占有的债务人的任何资产以合理的市场价格出售给该第三方。如果资产由于属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的资产其价值可能迅速下跌，实际上可能很难迅速得到债权人或法院的通知和/或批准。在此类情形下，法律宜规定不需要事先批准。尽管可以在完成出售后加以确认，推翻或变更出售（欺诈或共谋的情形除外）会造成合同不确定性，因而是不可行的。鉴于资产本身的性质，对任何转售的可能性都须打折扣。

81. 虽然可以建议破产法应当专门排除向有关联的当事方出售资产的做法，以便避免冲突，但只要出售受到充分的监督并在允准出售之前受到严格审查以避免欺诈和共谋，似无必要对这种出售加以绝对禁止。为进行此类监督和审查，可能需要在资产评估和披露经营业务关系方面提高标准。

82. 尽管可以预计在破产程序中出售的资产的售价低于在通常市场情况下出售的类似的资产，但是破产法可以在程序方面采取若干保护措施，以确保程序的公平，尽最大可能争取高售价，并且从总体上确保处分资产的过程具有透明度，并且广为告之。这些保护措施包括以能够确保通知可引起有关当事方注意的方式向债权人和未来的买方发出通知；允许债权人（酌情向破产管理人或法院）提出其异议或关切；（尤其对于房地产和专门的财产）要求由中立、独立的专业人员对资产进行估值；对于拍卖，规定出价前资格以及最低价格，防止并惩治出价人之间的共谋。

(c) 抵押资产的使用或处分

83. 破产法需要涉及抵押资产的使用或处分（包括采取进一步抵押的方式）问题，特别是破产管理人还是担保债权人有权力出售这些资产的问题。一般来说，所采用的做法将取决于破产法是否将抵押资产包括在破产财产内；如果不包括在内，担保债权人通常将可自行执行其担保权益。当抵押资产属于破产财产的一部分时，各国破产法对这个问题采取不同的做法，在某些情形下，究竟采取什么做法取决于破产法中其他规定的适用，例如中止的适用（在中止适用期内，只有破产管理人能够处分资产），取

决于破产法以外其他法律的适用，以及取决于能否不牵带任何权益并自由出售抵押资产。还可能取决于拟议出售的性质，即是作为单独资产还是作为出售营运资产的一部分出售。例如，有些破产法规定，只有破产管理人能够无论是在清算还是在重整中处分这种资产。另有一些法律对清算和重整加以区分；在重整中只有破产管理人能够处分这种资产，而在清算中这种能力是有时间限制的。一旦破产管理人的专属权期限届满时，担保债权人可以行使其权利。无论采取哪一种做法，破产法都应要求将任何拟议的处分通知担保债权人，而担保债权人则应有机会提出异议。如果担保债权超过了资产的价值或资产不为程序的进行所必需，则可允许破产管理人未经通知将抵押资产让与担保债权人。

84. 破产法还应概述对已抵押的资产作进一步抵押的条件（包括规定发出通知和原已存在的担保债权人有机会提出异议），其中最普通的条件是，原已存在的担保债权人对于其债权有担保的部分享有优先于任何新的担保债权人的权利（见下文，第 103 和 104 段）。

(d) 破产管理人不牵带任何权益以及自由地出售资产的能力

85. 有些破产法允许破产管理人在不牵带任何权益包括担保权益的情况下出售破产财产中的资产，但须符合某些条件。这些条件包括：破产法以外其他法律准许这种出售，将拟议的出售通知权益持有人并且得到其同意，出售的价格超过担保权益的价值，或者可以（在其他法律程序中）迫使担保权益持有人接受现金或等值的替代担保权益来清算其权益，并将保持任何出售所得收益的权益优先权。有些法律还规定，如果担保权益的持有人不同意出售，破产管理人可以请求法院授权出售。只要法院认定破产管理人已经作了合理的努力来获取同意，出售既符合债务人的权益又符合债权人的权益，出售将不严重损害权益持有人等，那么就可以授权出售。即使法院批准出售，如果对资产的出价不妥，法律仍可允许担保权益持有人保留为保护其权益而取消该项出价的权利。

86. 允许破产管理人在不牵带任何权益的情况下出售的某些好处在于，如果在牵带这些权益的情况下出售资产，售价可能会低得多，对买方来说，存在着相当大的不确定性。如果抵押资产上存在着相互冲突的债权（例如，所有权、租赁权或留置权），那么有能力在不牵带任何权益的情况下出售，意味着允许不必等到解决债权即可出售资产（如果此类资产并非独一无二）。届时索赔人可能对出售收益的分配提出质疑。

(e) 共有资产

87. 如果债务人和另一人以某种共有或共同所有权的形式拥有资产，对处分破产财产上的权益可能有不同的做法。如果一般根据破产法以外其他法

律可以在债务人与共有人之间分割资产以便执行，则可以在不影响共有人的情况下出售破产财产上的权益。然而，某些破产法规定，在满足某些条件的情况下，破产管理人既可以出售破产财产上的权益，也可以出售共有人的权益。这些条件可包括当在破产财产和共有人之间分割财产不切实可行，出售分割部分的财产将使破产财产的价值大大低于在不牵带共有人权益的情况下出售不分割的整个破产财产的价值，以及出售整个破产财产对破产财产带来的益处超出给共有人造成的任何损害。破产法还可以规定在向另一当事方出售资产完成前，共有人可以选择购买或有权购买债务人的权益。如上文所示（第 20 和 21 段），破产法以外其他法律的适用可能会影响在破产中对这些资产的处分。

(f) 累赘资产、无价值资产和难以变现的资产

88. 允许破产管理人放弃破产财产在某些资产上的权益，包括在土地、股份、设有有效担保权益的资产、合同和其他财产上的权益，可能符合实现价值最大化和减少程序费用这一目标，在这种情况下，破产管理人须确定这种放弃是否符合破产财产的利益，另外，担保债权人得救济而免于中止措施。行使这种权利可能必须得到法院的批准并符合某些条件，例如，这种放弃不违反可能存在的任何强制性公共利益，举例说，资产有可能危及环境或威胁到公共健康和安全。破产法可能还需要解决谁可有资格收取所放弃的资产的问题。似应采取这种做法的情形包括：资产对于破产财产来说毫无价值或者价值微不足道（例如，担保权益超过抵押资产的价值）；资产是一种负担，保留这种资产将要求过度支出，超出这种资产变现的收益，或者会产生繁重的义务或支付资金的责任；在资产十分独特或没有现成明显的市场或市场价值时破产管理人无法出售或者不易出售这种资产。对于担保债权人收到破产管理人放弃的资产的情况，破产法可规定担保债权人的债权按所放弃的该资产的价值相应扣减。应将破产管理人提出的放弃资产的任何建议通知债权人并向其提供表示异议的机会。

(g) 应收款

89. 如果破产财产中的资产包括应收款（债务人收取一笔偿付金额的合同权利），那么允许破产管理人转让收款权可使破产财产增值或取得信贷。对于破产情形中的转让问题采取了不同的做法（见下文，第 139-142 段）。一些破产法规定，破产程序的启动即宣告不可转让条款无效。另外一些破产法将这一事项留给一般合同法处理。如果合同载有不可转让条款，则除非原始合同的当事方同意，否则不能转让合同。有些法律还规定，如果原始合同的相对方不同意转让，那么只要能证明相对方拒绝同意

是不合情理的，破产管理人也可经法院允许而实行转让。这种做法是与《联合国国际贸易应收款转让公约》第 9 条中采取的做法相一致的。[31]

3. 第三方拥有的资产

90. 有些破产案件将会涉及第三方拥有的资产，该资产类似于抵押资产，对于企业继续经营至关重要，首先特别是在重整程序中，其次是在将企业作为营运资产出售的那些清算程序中。在这些情形中，如果破产法中包括一种机制，可使这些资产继续加以利用，那将有利于破产程序。有些破产法按拟作为破产财产一部分而包括在内的资产的类型来处理这个问题（见上文，第 10-12 段和第 17 段），因此这类资产可供破产管理人利用。应当指出，就本《立法指南》而言，第三方拥有的资产上所设置的债务人权益被视作资产。另有一些破产法就债务人对资产的占有须受制于合同安排的情形，结合对合同的处理来解决资产利用问题。例如，这种做法可以包括：对债务人占有资产所依据的合同在终止问题上作出限制（见下文，第 114-119 段），或在破产情况下，在启动后的一段有限时期内通过实行中止而防止所有权人（至少不得未经法院或破产管理人的批准而）收回其资产。

91. 若破产程序中使用属第三方拥有的资产，破产法将需要考虑为资产所有人的权益提供保护以防其价值缩减，这与提供保护防范抵押资产价值缩减的做法基本相同（见上文，第 63-69 段）。可取的做法是，对于因继续使用资产而产生的债权应由破产财产作为破产财产管理费支付（见下文，第 131 段）。

---

[31]第 9 条. 转让的合同限制：

“1. 尽管初始转让人或任何后继转让人与债务人或任何后继受让人之间的任何协议以任何方式限制转让人转让其应收款的权利，应收款的转让仍具有效力。

“2. 本条规定概不影响转让人对违反此种协议而承担的任何义务或赔偿责任，但该协议的另一方不得仅以此项违反为由撤销原始合同或转让合同。非此种协议当事方的人仅因知悉该协议不承担责任。

“3. 本条仅适用于下列应收款的转让：

“(a) 根据供应或租赁货物或除金融服务外的服务的合同、工程建筑合同或买卖或租赁不动产的合同这类原始合同产生的应收款；

“(b) 根据买卖或租赁工业产权或其他知识产权或专有资料或为其核发许可证的原始合同产生的应收款；或

“(c) 代表对信用卡交易支付义务的应收款；或

“(d) 依照涉及两个以上当事方的净额结算协议按净额结算应付款项后尚欠转让人的应收款。”

4. 对现金收益的处理

92. 对于在破产程序进行的过程中出售“流动”抵押资产（即很容易转换为现金的库存品等抵押资产）的情形，大多数法律均规定对这些抵押资产享有权益的担保债权人对处分该资产所得的任何现金继续持有相等的权益。

93. 这些现金收益是破产程序进行过程中，尤其是在重整期间破产财产的一个重要资本来源，并且可用于同企业经营有关的若干个目的，例如缴纳电费和其他服务费。为了使用现金收益，破产管理人大体上不外乎有两种做法。按照当事方商订的条件在征得相关担保债权人的同意后可使用现金收益，或者在通知所涉债权人之后，债务人可争取得到法院的批准以使用现金收益。一般来说，法院在批准此类用途之前将需确定一些事项：相关的担保权益及其所依附的财产的价值；对担保债权人的风险；以及为保护担保债权的经济价值是否已经有适当的措施(见上文，第 63-69 段)。

建议 52-62

立法条文目的

关于资产的使用和处分的条文的目的是：

(a) 允许在破产程序中使用资产，包括使用抵押资产，并指明使用和处分的条件；

(b) 允许使用第三方拥有的资产，并指明使用的条件；

(c) 对使用权和处分权确定限制范围；

(d) 酌情将拟议的使用和处分通知债权人；

(e) 规定如何处理累赘资产。

立法条文内容

对破产财产中的资产的使用权和处分权（第 74 段）

52. 破产法应允许：

(a) 在正常经营过程中使用和处分破产财产中的资产（包括抵押资产），但现金收益除外；

(b) 在正常经营过程外使用和处分破产财产中的资产（包括抵押资产），但需符合建议 55 和 58 的要求。

建议 52-62（续）

抵押资产的再抵押（第 84 段）

53. 破产法应规定，抵押资产可以再抵押，但需符合建议 65-67 的要求。

第三方拥有的资产的使用（第 90 和 91 段）

54. 破产法应规定，破产管理人可以使用由第三方当事人拥有并由债务人占有的资产，但需满足规定的条件，其中包括：

(a) 将保护第三方当事人的权益不受资产价值缩减的影响；

(b) 继续履行合同而发生的合同下费用和使用资产而发生的费用将作为破产管理费用偿付。

处分的通知程序（第 82 段）

55. 破产法应规定将正常经营过程外进行的任何处分适当通知债权人，[32]并且其有机会向法院提出申诉。

56. 破产法应规定以确保可能引起有关当事方注意的方式发出关于公开拍卖的通知。

一般出售方法（第 79-82 段）

57. 破产法应规定在正常经营过程外进行出售时应采用的将可为破产程序中出售的资产获取最高价格的出售方法，即应允许公开拍卖，也应允许私下出售。

以不牵带抵押权和其他权益的方式出售破产财产中的资产的能力(第 85 和 86 段)

58. 破产法应允许破产管理人在正常经营过程外以不牵带抵押条件和其他权益的方式出售抵押资产或设有其他权益的资产，条件是：

(a) 破产管理人向抵押权或其他权益的持有人通知其拟议的出售；

(b) 让持有人有机会在法院就拟议的出售提出异议；

(c) 尚未给予救济而免于中止措施；以及

(d) 在所售资产的所得收益上保持相关权益的优先权。

[32]如果是抵押资产或设有其他权益的资产，则也适用建议 58。

现金收益的使用

59. 破产法应允许破产管理人在下述情况下使用和处分现金收益：

(a) 持有这些现金收益上留存的担保权的担保债权人同意此类使用或处分；或

(b) 已将拟议的使用或处分通知担保债权人并给予其向法院提出申诉的机会；以及

(c) 担保债权人的利益将受到保护而不受现金收益价值缩减的影响。

紧急出售（第 77 和 80 段）

60. 如果资产因其本身的性质或其他因素而属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的资产，破产法应允许在正常经营过程外进行资产的紧急出售。破产法可规定在这类情形中无需法院或债权人的事先批准。

向有关联的人处分资产（第 81 段）

61. 破产法应要求凡拟议向有关联的人处分资产时均需加以仔细审查后才可允许进行。

累赘资产（第 88 段）

62. 破产法应允许破产管理人决定如何处理破产财产中的任何累赘资产。特别是，破产法可允许破产管理人放弃累赘资产，但首先须向债权人发出通知并给予其对所建议的行动表示异议的机会，除非附担保的债权超出抵押资产的价值，而且重整中或将企业作为营运资产出售也不需要该资产，在这种情况下，破产法可允许破产管理人放弃该资产，将之交与担保债权人，而无需通知其他债权人。

D. 启动后融资

1. 启动后融资的必要性

94. 启动破产程序后债务人企业的继续运作对于重整而言至为重要，其次对清算程序中企业作为营运资产出售也相当重要。债务人为维持其经营活动，必须能够获取资金，使其得以继续支付供应关键货物和服务的费用，

其中包括劳动成本、保险、租金、维持合同支出及其他运营支出，以及维持资产价值方面的相关费用。在有些破产案中，债务人可能已经有足够的流动资产，包括现金或可转换成现金的其他资产（例如应收款的预期收益），来应付营运资产的开支。另一个办法是，通过中止和停止偿付启动程序前的债务，使上述开支能够从债务人现有的流动现金中解决。如果债务人并无可动用的资金应付其当前的流动现金需要，它将需要设法从第三方获得融资。此种融资可采取由货物和服务的卖方向债务人提供贸易信贷的形式，也可采取由贷款人提供贷款或其他融资的形式。

95. 如果以继续运营作为破产程序的目的，为确保这一点，至为必要的是早日确定获取新的融资需要，有时甚至在提出申请后至启动程序前这段时间即需确定此种需求。获得新的融资对于程序启动后至批准计划之前这段时间也是重要的；在计划获准后一段时间内获得融资的问题，一般应在计划内述及，尤其是在有些禁止取得新借款的法域内，除非借贷需求已列入计划之内。

96. 尽管使债务人能够获取新的资金对程序结果可能是有利的，但是一些法域限制在破产时提供新的资金或者不具体论及破产时的新融资问题或其偿还的优先顺序，结果造成不确定性。例如，在有些法律下，由于禁止对新贷款给予优先，只能在担保权的基础上提供新资金。在债务人没有未抵押资产或已经抵押的资产没有多余价值可作为担保或用以偿付破产管理费优先债权的情况下，债务人的选择有限。将不会有新的资金，除非贷款人甘冒在无担保情况下贷款的风险，或者除非可以从债务人的亲属或集团公司等来源获得新的资金。在破产法对此并无授权或无明确规定的情况下，启动破产程序前的融资也可能引发一些困难问题，其中涉及撤销权的适用以及贷款人和债务人的赔偿责任。例如，有些破产法规定，如果贷款人在这一阶段向破产债务人垫付资金，它可能要对其他债权人负债上的增加负有责任，或该垫付资金将在随后的任何破产程序中被撤销。在其他一些例子中，要求破产管理人借款，可能涉及对偿还贷款的个人责任问题。

97. 只要破产法鼓励采用允许破产企业继续营业的破产程序，不论该程序是重整还是在清算中将企业作为营运资产出售，都必须处理新的融资问题并须考虑上文所论及的限制。破产法可承认这种启动后融资的必要性，可准许此种融资并确立贷款人的优先受偿权或对其的担保。中心问题是这种权力的范围，尤其是能向潜在债权人提出哪些有吸引力的条件，以此鼓励该债权人贷款。如果采用的解决办法影响到原已存在的担保债权人的权利，或先前已对资产确立了权益的那些人的权利，则关于程序启动后融资的规定，似应平衡兼顾若干因素，其中包括考虑到几个方面的基本需要：维护商业交易，保护债权人先前存在的权利和优先权，以及尽可能减少其对于获取信贷特别是获取有担保贷款的不利影响，此种不利影响有可能产生于打乱原已存在的担保权和优先顺序。还必须考虑到对无担保债权人产生的影响，此类债权人会发现剩余未作保资产因用于担保新贷款而消失，

特别是如果重整将归于失败，由此导致未留下任何资产用于分配。针对这一风险，必须考虑到通过企业的继续经营以保全营运资产的价值将使这些债权人受益这一前景。

98. 除了获取新贷款的可能性及其优先权或担保等事项外，破产法还需考虑获取这种新资金所需的准许（见下文，第 105 和 106 段）以及在重整失败和程序转变成清算的情况下，如何处理转变前可能已经预先支付的资金（见下文，第 107 段）。

2. 启动后融资的来源

99. 程序启动后的借贷来源可能有限。第一种贷款人系破产前贷款人或货物卖方，他们与债务人及其经营的业务有着还在继续的关系，而且可能预支新款或提供贸易信贷，以提高收回其现有债权的可能性，或许通过提高新贷款的利率而获取增值。第二种贷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。对这两类贷款人的吸引力在于确信程序启动后融资将得到特殊待遇。对现有贷款人的其他吸引力则包括与债务人及其企业继续保持关系，对程序启动后的放款条件不会变动的保证，以及根据某些法律，如果他们不提供启动后融资，他们的优先权有可能被提供此种融资的贷款人挤占。

3. 吸引启动后融资：提供优先权或担保

100. 在吸引启动后融资和安排偿还方面可采取若干不同的做法。可将贸易信贷或破产管理人（或占有中的债务人）在正常经营过程中欠下的债务自动视之为破产管理费。如果获取信贷或负债对资产价值最大化至关重要，而且无法以其他方式获取作为破产管理费的信贷或资金，也无法在正常经营过程以外负债，法院可准许将信贷或所负债务作为破产管理费，赋予其优先于其他破产管理费的超优先权，或以未抵押或部分抵押资产提供担保的方式予以支持。

(a) 确立优先权

101. 如果债务人的企业在破产程序启动之后或是作为试图重整的附带结果或是为保留作为营运资产变卖的价值而继续经营，根据某些破产法，企业经营所涉支出通常有资格作为破产管理费。破产管理费优先债权人在其担保权方面通常并不优先于担保债权人，但通常会被赋予第一优先权（见第五章，第 45-47 段和第 66 段），优先于普通无担保债权人，并在税款或社会保障债权等其他任何法定优先权之前优先得到受偿。物品和服务的供应商唯有在有理由期望将先于启动前无担保债权人受偿的情况下，才会继续赊帐向破产管理人提供物品和服务。在有些情况下，给予此种优先权的

条件是，新的信贷或贷款是提供给破产管理人的，而不是提供给债务人的，因而成为破产财产的一项开支。有些破产法规定，此种借款或信贷需经法院或债权人批准，另一些破产法规定，破产管理人可以不经过批准而获得必要的信贷或融资。对破产管理人而言，这可能涉及个人责任问题，如果确实如此，则可能导致不愿意寻求新的融资。

102. 信贷或融资若排序等同管理费债权，与破产管理人或受雇的破产专业人员的管理费等其他破产管理费债权同等受偿，则可能无法获得，对此类情形另一些破产法规定了一种“超级”破产管理费优先权。这种“超级”破产管理费优先权的排序高于破产管理费债权人。

(b) 提供担保

103. 如果贷款人要求出具担保，可以用未抵押资产作保，或者用已经抵押的资产提供次级或优先顺序较低的担保权，但抵押资产的价值须足以超过原已存在的附担保债务的数额。在此情况下，一般不需要对原已存在的担保债权人提供特别保护，因为其权利不会受到消极影响，除非后来情况起了变化（例如抵押资产的价值开始贬损），而且他们将保留其对抵押资产的启动前优先权，除非他们另有约定。可用于担保启动后融资的唯一未抵押资产往往是通过撤销程序追回的资产。然而，有些破产法对于以此类资产提供担保存在着争议，不允许这样做。

104. 有些破产法规定，对于新的贷款，贷款人将得到相对于原已存在的担保债权人的某种程度优先，有时称之为“优先留置权”。在有些国家，虽允许这后一种优先权，但其破产法院承认对于原已存在的担保债权的这种风险，因此不大愿意准许这类优先权，只是万不得已才允许。准许此种优先权可能附有某种条件，例如向受影响的担保债权人发出通知，或使他们有机会向法院提出申诉；债务人证明如果不提供优先权就无法获得必要的融资；以及提供保护，使抵押资产不致减少任何经济价值，其中包括使抵押资产具有充分的超值。在有些法律体系中，所有这些吸引启动后融资的优先权、超级优先权、担保和优先留置权的办法均可使用。作为一般规则，原已存在的担保债权人的权利的经济价值应受到保护，不致受到损害。如有必要，这种保护的方法（如上文所述，见上文第 63-69 段）可以是通过定期偿付，或以额外资产提供担保权以取代债务人可能使用的任何资产或为获取新贷款而抵押的资产。

4. 启动后融资的批准

105. 也许应将是否批准新贷款问题同提供新融资而可能发生的损害或可能得到的利益联系起来。一些破产法允许破产管理人（或在采用债务人占管方式时，允许占有中的债务人）确定是否需要新资金用于企业的继续经营

或生存或用于保持或提高破产财产的价值，以及可在未得到法院或债权人批准的情况下获得无担保信贷。其他一些法律则要求法院或债权人在某些情况下给予批准。鉴于可能相当迫切需要新融资来确保企业的继续经营，应将所需批准手续限制在最低限度内。视拟提供的担保或优先权以及所获贷款或融资的数额而定，破产法对于所需的批准手续可采取一种级层的办法。虽然一般要求法院干预也可能有助于提高透明度并为贷款人提供更多的保证，但在许多情况下，破产管理人也许能更好地评估是否需要取得新融资。同样，如果担保债权人同意对其担保权益待遇的修改，则可能也无需要求法院给予批准。无论如何，法院除了得到破产管理人提供的信息之外，一般不会有机会获得更多的专门知识或信息来作为决定的依据。

106. 从未抵押资产或未充分抵押资产提供担保的问题不是一个一般应要求法院批准的问题。如果破产法确定一般可给予例如破产管理费优先权这样的优先权水平，即可不必要求法院的批准。如果认为法院的批准是可取的，中间办法可以是确定一种需要求法院批准的金额起点。然而，如果拟给予的担保或优先权影响到例如现有担保债权人的利益而且这些担保债权人并不支持所提议的方案，则应要求法院给予批准。

5. 转换程序的影响

107. 有些破产法规定，为新贷款提供的任何担保或优先权均可在随后的清算中予以撤销，并可能由此产生因延误清算的起动从而潜在地损害债权人的利益而负有的赔偿责任。这种办法有可能成为不利于启动重整的因素。较可取的办法是，规定为新融资获取优先权的债权人将在随后的任何清算中保留该优先权。还有一种办法是，规定该优先权将在随后的清算中加以确认，但不一定被视为同等水平的优先权，例如可排在与清算费用有关的破产管理费债权之后，或排在与破产管理费等同的地位。

建议 63-68

立法条文目的

关于启动后融资的条文的目的是：

(a) 促进获得融资以用于债务人企业的继续经营或生存或用于保全或增加破产财产中资产的价值；

(b) 确保对启动后融资的提供者提供适当保护；以及

(c) 确保对其权利可能因提供启动后融资而受到影响的当事人提供适当保护。

建议 63-68（续）

立法条文内容

吸引和授权启动后融资（第 94-100 段，第 105 和 106 段）

63. 破产法应在破产管理人认为获得启动后融资对于债务人企业的继续经营或生存或对于保全或增加破产财产的价值是必要的情况下，为破产管理人获得启动后融资提供便利或动力。法律可要求由法院授权或由债权人同意是否提供启动后融资。

启动后融资的优先权（第 101 和 102 段）

64. 破产法应确定可为启动后融资提供的优先权，至少应确保对启动后融资提供者的偿付优先于普通无担保债权人，包括那些拥有破产管理费优先权的无担保债权人。

启动后融资的担保（第 103 和 104 段）

65. 破产法应规定对启动后融资的偿还提供担保权益，包括在未抵押资产（含启动后获得的资产）上设定的担保权益或破产财产中已抵押资产上设定的次级或较低优先的担保权益。

66. 法律[33]应规定，除非破产管理人征得现有担保债权人的同意或者遵循建议 67 中所载程序，否则，为获得启动后融资而以破产财产中资产提供的担保权益并不比任何以该资产提供的现有担保权益优先。

67. 破产法应规定，如果现有担保债权人不同意，法院仍可批准设定优先于先前存在的担保权的担保权益，但要满足特定条件，其中包括：

(a) 给予现有担保债权人向法院申述的机会；

(b) 债务人可以证明其无法以任何其他方式获得融资；以及

(c) 现有担保债权人的利益将得到保护。[34]

[33]这一规则可能见诸于破产法以外的法律，在此情况下，破产法应注意到该项规定的存在。

[34]见上文，第 63-69 段。

转换程序对启动后融资的影响（第 107 段）

68. 破产法应规定，在重整程序转换为清算的情况下，在重整中给予启动后融资的任何优先权均应在清算中继续得到确认。[35]

E. 合同的处理

1. 导言

108. 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。因此，合同的处理对破产程序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。第一个困难是合同不同于破产财产中所有其他资产，通常与负债或债权相挂钩。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才能享受可能变成有价值资产的权利。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。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、许可人或被许可人、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。

109. 使破产财产的价值达到最大化和减少负债，以及在重整的情况下，使债务人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于和有助于提高破产财产的价值的合同（包括有利于继续使用可由第三方拥有的关键财产的合同），而拒绝那些造成负担的合同或持续履约成本超过可从合同取得的收益的合同。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，破产管理人能够继续以低价购买然后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，但要求履约只不过是要求对方遵守其在破产前所作的约定而已。许多法律制度都不允许逃避履约，尽管其可能有权获得按全额支付合同价款的保证。从许多事例来看，延续合同对订约双方都有利，而不只是对债务人有利。

110. 如何决定破产情况下合同的处理方法，首先涉及这样一个问题：一方面是在破产情况下坚持一般合同法，另一方面是某些因素表明有必要干预那些既定的合同原则，对于这两者，应如何权衡其彼此的相对重要性。其

[35]同一优先顺序可能不一定受到确认。例如，在某些法律下，启动后融资的优先顺序可列于与清算费用有关的破产管理费债权之后。

他一些相竞利益可能也需要加以权衡，以确保在一般公共政策目标、破产目标和商业关系具有可预测性之间保持适当平衡。这些利益包括：重整和担保债权人参与破产程序的相对重要性；劳工合同等某些类型的合同所提出的特殊社会问题(见下文，第 114 段和第五章第 72 和 73 段)；允许干预继续履约对商业和金融关系可预测性的影响以及对信贷成本和可获量的影响（破产中延续或拒绝履约的权力越大，信贷成本则可能越高，信贷可获量也可能越少）；以及影响履约的权力有助于加大资产的再利用程度。

111. 如果破产法采取准许可能与一般合同原则相对立的干预履约做法，这些权力的程度和哪类合同可能受到影响需作仔细考虑。在破产程序启动时，债务人几乎必然至少是一项合同的当事方，除支付已交付的货物的货款之外，债务人和对方当事人都仍未充分履行其各自的义务。对于只有一方未充分履行义务的情形，无需制订特别规则。如果未充分履约的是债务人，另一方对履约或赔偿有请求权，可以在破产中提出。如果未充分履行义务的是对方，破产管理人可以要求该当事方履约或给予赔偿。但是，对于双方均未充分履行义务的情形，许多破产法都有一个共同特点，即在情况确定时，可以对合同适用中止，以防对方当事人行使终止权，或允许继续履约或否决该合同（也可转让这种合同，不过一般不允许这样做）。一般由破产管理人负责对合同处理方法作出此种估价。然而，各法域在是否要求取得法院的同意问题上存在着差异。

112. 在重整中，如果程序的目标是使债务人能够存活和尽量继续经营其业务，则延续对债务人的企业有利或必不可少的合同和有助于提高破产财产价值的合同，可能对程序的成功至关重要。这些合同包括：提供基本货物和服务的合同，或涉及使用对企业继续经营至关重要的财产（包括第三方拥有的财产）的合同。同样，可通过允许破产管理人否决负担沉重合同而提高成功的前景，例如那些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。在清算中，程序启动后延续合同的可取性可能不如在重整中重要，但合同可使债务人的企业或某项特定资产增值的，或可促进将企业作为营运资产出售的情况除外。例如在一项租赁协议中，如果租金低于市价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。

113. 关于哪些种类的合同会受影响，通常的解决办法是在破产法中对各类合同规定一般规则，而对某些特殊合同规定例外情形。例如，对于否决劳工合同的能力，可能有必要加以限制，这是因为考虑到有可能利用破产手段公开取消这些合同给予员工的保护。其他需要特别处理的各类合同或可包括金融合同（见下文，第 208-215 段）和个人服务合同，在此种合同中，履行协议的当事方的身份，不论是债务人本人还是债务人的员工，都是特别重要的，另外还有贷款合同和保险合同。

2. 自动终止、提前到期或类似条款

114. 许多合同都含有一项条款，界定给予对方无条件终止或加速合同到期的权利的违约事件（有时称为“当然”条款）。这些违约事件一般包括申请启动或实际启动破产程序；指定破产管理人；债务人符合启动破产程序的标准这一事实；甚至包括债务人财务状况脆弱的种种迹象。有些法律维护这类条款的有效性，例如，如果希望在破产程序启动后继续履约，能够这样做的前提是，对方不选择或能被说服不选择行使其由合同规定的终止权，或由破产法载列一种用以说服对方允许延续合同的机制。就终止条款而言，这种机制可包括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规定存在，将程序启动后发生的费用作为第一优先来处理）。

115. 维护此类条款的方法可能有若干因素作为支持理由，其中包括：似应尊重商业交易；需要防止债务人有选择地履行有利可图的合同而拒绝其他合同（对方当事人不享有这种便利）；不坚持自动终止条款时对金融合同净额结算造成的影响；认为既然破产企业一般将无能力偿付，拖延合同的终止只能提高现有的负债水平；知识产权的创造人需要能够控制此种财产的使用；以及终止一项特别是有关无形资产的合同给对方业务造成的影响。

116. 根据一种不同的方法，破产法可推翻这些条款，使之无法执行。例如，如果条款规定在发生所界定的违约事件时终止合同，则可以不顾对方的反对而延续合同。首先，对方的终止权将暂停适用，使破产管理人有时间考虑合同并决定应采取的行动。虽然推翻终止条款的方法可被视为干预合同法的一般原则，但这种干预对程序取得成功至关重要。例如，在重整中，如果合同是一项关键性的租约，或涉及使用某一关键产品中所含的知识产权，那么延续履行合同可提高企业获利的可能性；削弱某个基本供应商的讨价还价能力；为所有债权人的利益而争取债务人合同的价值；并有助于把所有债权人同重整程序紧密连结起来。

117. 赞同在清算中否决终止条款的理由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；需要为所有债权人争取合同的价值，而不是把合同贴现给对方；以及将各方锁定在企业最终处置内的可取性。

118. 虽然有些破产法允许在启动了破产程序的条件下推翻这类条款，但这种做法尚未成为破产法的一般特点。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，前者可能要求维护合同，而后者则需要创建出对一般合同规则的各种例外。虽然这明显是一个可能需要仔细权衡利弊的问题，但在有些情形下，破产管理人能否确保延续履行合同对取得重整成功将至关重要，而且如果将企业作为营运资产出售，可能其次对于清算也具有一定的重要性。出于这些理

由，破产法应允许推翻此类条款。对于主张推翻这类条款的政策，可平衡其产生的任何负面影响，方法是，向可证明因破产程序启动后延续履行合同而遭受损害或损失的债权人提供补偿，或为某些类型合同载明对一般可推翻这些条款做法的例外规定，其中包括贷款合同，特别是金融合同（见第二章，第 208-215 段）。

119. 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以某种其他理由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，那么破产管理人即有权恢复这些合同。

3. 合同的延续或否决

(a) 延续或否决合同的程序

120. 对于延续和否决合同，破产法采取不同的做法。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了不同的规则，例如明文规定的推翻自动终止条款或否决合同的权力。

121. 其他法律用一种共同程序把延续和否决合同联系起来，要求破产管理人就合同采取某些积极行动，例如通知对方是延续履行合同（以及在某些情况下由破产财产所采用）还是否决合同。根据采用这种做法的法律，将中止对方的终止权，使破产管理人有时间考虑应就合同采取什么行动。要求破产管理人就所有合同采取积极行动的做法的一个不利之处是，在实践中，可能会有许多因合同无法履行而无法作出任何决定的情形。要求就每一项合同作出明确的选择也会造成过多的费用和麻烦。与这种做法相关的另一个困难涉及破产管理人是否清楚地获知债务人为一方当事人的所有合同的情况，从而有能力就每一项合同采取行动。因此，对于破产管理人并不知晓的合同，法律以何种方式处理是很重要的，特别是在违约规则方面。

㈠ 规定时间期限

122. 有些法律要求破产管理人采取积极行动，而且要求在一段规定的时间期限内采取行动(也许带有关于在某些情形中予以延期的规定)，在重整中的这种时间期限一般比在清算中的长。具体时间期限的例子为 28 天至 60 天不等。其他一些法律则规定由法院确定时间期限。这种方法的目的是旨在确保对当事双方的确定性。这种做法要求破产管理人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，明了在破产程序启动后一段合理期限内继续履约。

㈡ 默认规则

123. 有一些法律采用一项默示规则，大意是破产管理人未在规定时间内行事即会导致合同被视为例如受到否决或不可执行。如果采用默认规则，就可在清算与重整之间作出区分以及在破产管理人知晓的合同与其不知晓的合同之间作出区分。在清算中，鉴于可以合理地假定，破产管理人未能就合同作出决定很可能意味着是一种否决合同的决定，因此合同会自动被否决，除非采取行动保留合同。这一结果将与要求零散出售资产的清算的目标相一致。

124. 同样的假定不一定总是适用于重整或企业作为营运资产出售的情形，因此可能要有更大的灵活性，以避免因未能及时作出决定而造成破产财产丧失一项或许对程序至关重要的合同的局面。因此，允许破产管理人在重整计划获得批准前作出是否否决合同的决定可能是适当的，但条件是，合同的任何履约费用均已在否决之前作为破产管理费用付给，而且对方能够在需要或希望时促使尽早作出决定。重整计划中似应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整计划获批准时应作为自动否决处理。

㈢ 催告权

125. 有些法律规定，对方拥有无条件的权利要求破产管理人在一定期限内就某一合同作出决定。这一规则甚至可适用于破产法为破产管理人作出决定而规定时间期限的情形，因为该规则使对方能够在不必等待时间期限期满的情况下寻求作出决定。这一点在下述情况下可能特别重要：如果有关合同涉及某种连续服务，破产管理人不采取行动可能导致不必要开支的增加（例如，如果不迅速终止租赁，那么债务人所租用的财产的租金则可能是一笔相当可观的破产管理费用），或者导致基本服务的终止。如果破产管理人在规定期限内未作出任何决定，破产法可以允许对方向法院申请作出决定，也可以适用一项默示规则，即规定将合同或者当作延续的合同或者当作被否决的合同来处理。

㈣ 整个合同的延续和否决

126. 无论对合同的延续履行或否决采用什么规则，都有必要将破产管理人的任何权力限于针对整个合同的范围，以避免出现破产管理人有选择地延续履行合同的某些部分而拒绝其他部分的情形。

㈤ 破产管理人知晓的合同

127. 还有一点也是必要的，即破产管理人在合同方面的权力应当限于破产管理人或法院（如果破产法要求法院就合同作出确定的话）所了解的合同。如果不作出此种限制，那么破产管理人因不知道某项合同而未就其作出决定，就会造成后果，有可能因此而导致损害赔偿要求和可能的职业赔偿责任。如果破产管理人不知晓某一特定合同，那么，破产法要求适用默示规则也可能不妥当，因为那会导致在破产管理人有机会评估合同之前就加以延续履行或否决。解决这一问题的一种方法（如果债务人遵守这一规则的话）是，在法律中规定要求债务人向破产管理人提供一份尚未完全履行的合同清单（见第三章，第 24 段)）。

(b) 延续和否决的时间与通知

128. 如果法律允许破产管理人否决合同，就应确定该否决开始生效的时间，可以从作出决定之时起生效，也可以具有追溯效力。一种办法是规定否决的生效回溯至提出启动程序申请之时，结果是在合同范围内不产生任何申请后责任，但为破产财产的利益而在申请后供应的货物或服务的合同例外。

129. 如果法律要求破产管理人应就延续或否决合同作出决定，可取的做法是，法律中也应要求将该决定通知相对方。该通知应告知对方其享有的权利，包括有权质疑破产管理人就合同作出的决定，以及在破产中提出（关于启动前违约的或由于有关合同的决定所引起的）债权，以及任何相关手续。

(c) 在债务人违约的情况下延续合同

130. 如果在提出破产申请时债务人根据合同已经违约，那么所产生的政策问题是，要求对方与破产债务人继续打交道是否公正。作为在合同期剩余时间内继续履行该合同的一个条件，有些破产法要求破产管理人必须根据合同补救债务人的任何违约（使对方回到在违约发生之前其所处的经济地位），并且通过例如提供一项保证金或一保证人，对今后履约作出保证。其他破产法并不要求补救以往的违约，但可能对可以继续履约的情形作出限制，一个例子是，可以分成若干部分的合同，例如要求按月付费的公用事业供应合同等。破产法通常特别允许延续这些合同以提供基本的必要服务，其中可包括电话、电、气、水和垃圾收集。有某种理由证明应在不要求补救违约的情况下保证债务人继续获得这些服务（尤其是在债权人申请启动的情况下）。破产法应明确论及在哪些情形下要求债务人补救违约后果以便合同可继续履行。有些破产法还要求破产管理人对今后履约作出保证并在某些情况下对今后违约承担个人赔偿责任。

(d) 在继续执行或拒绝之前的履约

131. 虽然破产法这样做并不寻常，但可能也应处理对方在程序启动至就某一合同的处理作出决定（在那些需要作出这种决定的情形中）这一期间的义务问题，及特别是是否要求对方开始或继续履约。这一办法有助于实现确保对所有有关各方的确定性和可预测性的目标。如果在决定是否延续或拒绝一项合同之前继续履行该合同，则因继续履约而在该合同下产生的费用应作为破产管理费支付。这一做法的根据是，启动后履约对破产财产有利这一假设是合情合理的，否则合同早已被否决。如果破产管理人使用由债务人根据合同占有的第三方拥有的资产，根据该合同继续履约所产生的费用应作为破产财产管理费偿付，并应对第三方给予保护，以防止这些资产的价值缩减，但条件是这个问题未涵盖在合同的范围以内。

(e) 延续或否决对对方的影响

㈠ 延续

132. 根据那些要求破产管理人采取积极行动的法律，破产管理人选择继续履行的合同，应看作是必须由破产财产和对方履行的债务人的启动后连续义务。若干破产法将履行这些合同所产生的债权看作一种破产财产管理费（而不是一种无担保债权），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，如果采取这种办法，在破产程序启动后似应仅仅延续那些将有利可图或者对于债务人的继续经营必不可少的合同。在那些适用合同法一般规则以及不要求破产管理人就延续作出任何决定的法域内，破产法可以规定此种债权没有优先并将其与其他无担保债权并列。

133. 由于延续一项与受破产程序限制的当事方订立的合同，可能给对方带来本来并不存在的风险因素，例如不偿付问题，破产法似应考虑是否应为对方提供某些保护措施。有必要对一些因素加以权衡，包括合同对于程序的重要性；提供必要的保护给程序造成的费用；债务人或破产财产是否有能力履行经延续合同规定的义务；以及迫使对方承担不偿付的风险对商业订约的影响。例如，如果合同规定卖方先向债务人提供一定期限的信贷再要求付款，或规定交货付款，那么到了支付或交货时破产管理人如果不再具有支付能力，卖方就会承受巨大费用和遭受损失。有些法律解决这些问题的方法是，要求破产管理人为付款或履约而向对方提供保证，例如出具银行保函或信用证。根据其他一些法律，破产管理人可能对履约负有个人责任。如果存在某种失败风险，这种做法可能不利于延续合同，从而对重整造成负面影响。在劳工合同等合同情形中，个人责任可能特别大。根据另一种做法，要求对方承担不偿付的风险，其依据是该风险属于一种通常的商业交易风险。为已延续的合同项下的启动后履约的相关债权和付款提

供破产管理费优先权，或可为对方提供一定程度的保护（但如果用于支付这种费用的资产有限，这种保护可能范围有限）。

㈡ 否决

134. 如果合同被否决，则对方一般免于履行合同的其余部分，有待确定的主要问题是对方可得到哪些救济。许多法律规定，对方只可享有损害赔偿济，即使也可在破产程序之外获得其他救济。这种做法的理由之一是，允许给予其他救济，例如交付在破产程序启动前生产的但尚未交付的货物，等于全额偿付对方的债权，而其他无担保债权人则得不到的这种结果，因此偏离了同等待遇原则。不过，确有一些法律允许以交付货物的方式给予这种救济，而其他一些法律则允许在出售土地合同情形中履约。

135. 如果救济是损害赔偿的一种，则由于否决合同而造成的无担保损害赔偿的计算可根据适用的破产法以外其他法律来确定，对方变成了无担保债权人，其债权额与算出的数额相等。除了否决合同所造成的损害赔偿之外，对方可以对否决之前的期间内的履约享有债权（其排位可与破产管理费债权相同）。[36]

(f) 对延续合同的修改

136. 另一个要考虑的关于延续合同的问题是，在什么情况下破产管理人可以更改这些合同的条款和条件。如上文所述，整个合同的条款和条件必须得到尊重，而且，作为一般原则，破产管理人对修改合同的权利，并不比债务人本人通常根据合同享有的权利更大。一般会要求破产管理人与对方商讨任何修改意见，任何修改未经另一方同意，将构成违约，对方可以寻求适用的救济。

4. 土地和房屋的租赁

137. 有些法律载有关于未到期土地和房屋租约的具体规定，在住宅租赁和商业租赁之间作了区分。特别是商业租赁在重整情形中往往具有重要意义。例如，低于市价的租赁代表一种可予以出售并向破产财产返还一定收益的资产。相比之下，规避赔钱地点的租约的能力可能是一种优点，因为债务人需要缩小其经营规模，以确保重整取得成功。

138. 有些法律规定，在法律或租约规定的通知期限得到遵守的情况下，可以不考虑是否到期而否决债务人是承租人的租约。租约否决后，出租人有权要求赔偿提前终止租约的损失费。如果债务人是承租人，合同得以延

[36]见第五章，第 62-79 段，关于债权的排位 。

续，似应对破产财产规定某些条件，例如，破产管理人必须对违约进行补救，对此种违约造成的任何损害给予赔偿，并对今后根据租约履约提供保证。另外，似应对出租人提出的损害赔偿规定一个上限(可以是一定的金额或应支付损害赔偿的一段规定的时期)，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。出租人通常有机会通过转租财产来减轻损失。

5. 转让

139. 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，但破产管理人能否选择转让合同，可对破产财产并因而可对清算后或作为重整的一部分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，例如合同的价款低于市场价值，或否决合同可为对方带来意外收获。如果合同可以转让，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。

140. 然而，规定可以在违反合同条款的情况下转让合同，可能损害对方的合同权利并引起损失问题，特别是当对方对于选择受让人几乎或根本没有发言权时。强迫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，可能并不可取。对于转让问题，有不同的做法。一些破产法规定，破产程序的启动即宣告不得转让的条款无效。有些破产法把这一问题留给一般合同法解决；如果合同载有不得转让的条款，那么，除非获得原始合同的对方或所有当事方的同意，否则不能转让合同。然而，其中有些法律还规定，如果对方不同意转让，法院可批准转让，条件是，例如，可证明对方不合理地拒绝同意，对方不会因转让而变得严重处境不利，或破产管理人可以向对方表明受让人可以充分履行合同。[37]

141. 如果破产法允许转让合同，那就极有必要也要求债务人在转让合同之前补救任何违约。这将有助于确保受让人成功地、毫无问题地取代债务人成为订约方。

142. 不管破产管理人是否有权转让合同，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，或者是法定禁止转让合同。例如，有些国家禁止转让政府采购合同。

6. 合同延续履行权、否决权和转让权的一般例外

143. 破产管理人处理合同的权力的例外一般分为两类。第一类涉及特定种类的合同，第二类涉及不能履行的合同。就第一类而言，破产法规定可推

[37]这种做法例如与《联合国国际贸易应收款转让公约》第 9 条中采取的做法相一致（关于第 9 条的案文，见上文，脚注 31）。

翻自动终止条款，但似应为诸如短期金融合同（例如互换交易合同和期货合同——见下文，第 208-215 段）、保险合同和贷款合同规定具体的例外。对否决权的限制可能也适用于劳工协议和债务人是出租人或特许权给予人或者是知识产权许可人的协议，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；另外也可适用于与政府的合同情形，例如许可证协议和采购合同。

144. 为提高破产制定的透明度，对本节讨论的破产管理人处理这些类型合同的权力，似应在破产法中规定明确的限制。

(a) 劳工合同

145. 如上所述，本节论及的权力的一个重要例外是劳工合同。这类合同不仅在重整中至关重要，而且在清算中当破产管理人试图将债务人企业作为一个营运资产出售时，也关系重大。如果破产管理人能够解除麻烦的劳工合同，或对债务人的员工进行必要的裁减，那么便可能获得较高的售价。但是，雇员与雇主之间的关系在破产法中引起一些最困难的问题。保护雇员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），而且通常还有其他法律的强制性规定。例如，这些规定可能涉及不公正的解聘；最低工资额；带薪休假；最长工作时间；产假；平等待遇和不歧视。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未付薪资和津贴方面的资金求偿权的优先权要广泛得多。由于这些原因，一些国家采用特别制度处理在破产程序中雇员债权的保护问题（见第五章，第 72 和 73 段，关于雇员债权的优先权），并且为了避免破产程序被当作解除对雇员保护的一种手段，这些法律还特别限制破产管理人否决劳工合同的能力。这种做法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整程序中将企业作为营运资产出售时，员工继续留职，而有些国家则规定只有在重整程序中才能这样。

(b) 关于不可替代的个人服务的合同

146. 第二类涉及这样一些合同，即不管破产法如何处理自动终止条款，合同不能继续，因为其中规定由债务人或由债务人的雇员履行无法替代的个人服务（例如，合同可能涉及某种特殊知识产权，涉及合伙协议的服务，由具有高度专业技能的人或有特长的知名人士提供服务等）。

7. 程序启动后订立的合同

147. 除了未予充分履行的合同之外，还有一类破产中的合同是程序启动后订立的合同。在重整中，以及在清算中作为营运资产出售企业时，往往有

必要（在正常经营过程内外）订立合同，以保持企业作为营运资产并为债权人最终获利而使企业能够继续盈利。这些合同一般被看作是破产财产在程序启动后承担的义务，在其履行过程中产生的费用和开支作为破产管理费用全额支付。

建议 69-86

立法条文目的

关于合同处理的条文的目的是：

(a) 确定破产法中应以何种方式处理债务人及其相对方尚未充分履行各自义务的合同，包括破产法与适用法律之间的关系，目标是实现价值最大化并减少破产财产的负债；

(b) 界定处理这些合同的权力的范围以及在何种情况下及何人可行使这种权力；

(c) 确定对这种权力行使范围例外的合同类型；以及

(d) 确定延续的合同的各相对方可得到的保护种类。

立法条文内容

对未充分履行的合同的处理（第 108-112 段）

69. 破产法应规定如何处理债务人及其相对方尚未充分履行各自义务的合同。

自动终止和提前到期条款（第 114-119 段）

70. 破产法应规定，合同条款凡是规定某一合同会在出现以下情形时自动终止或提前到期的，对破产管理人和债务人都不可执行：

(a) 申请启动或实际启动破产程序；

(b) 指定破产管理人。[38]

[38]本建议仅适用于那些虽有此类条款但其可推翻的合同（见上文评注，第 143-145 段关于例外情形），但无意作为唯一性的，而是要确定最低要求：法院应能够审查会具有在发生类似事件时终止一项合同的作用的其他合同条款。

建议 69-86（续）

71. 破产法应规定免于适用建议 70 的合同，例如金融合同，或者须遵守特定规则的合同，例如劳工合同。

延续或否决（第 120-122 段、第 126 和 127 段）

72. 破产法应规定，如果破产管理人认为其所知晓的某一项合同的继续履行有利于破产财产，破产管理人则可决定予以延续。[39] 破产法应规定：

(a) 延续权适用于整个合同；以及

(b) 延续的效力为合同所有条款均可执行。

73. 破产法可允许破产管理人作出否决合同的决定。[40]破产法应规定，否决权适用于整个合同。

决定延续或否决的时间与通知（第 128 和 129 段）

74. 破产法应规定破产管理人就延续或否决合同作出决定的时限，该时限可由法院延长。

75. 破产法应规定这种否决的生效时间。

76. 破产法应规定，如果合同被延续或否决，应向相对方通知延续或否决合同事宜，包括相对方提出债权的权利和提出债权的时间，并允许相对方向法院提出申诉。

催告权（第 125 段）

77. 虽有建议 74，破产法仍应准许相对方请求破产管理人（在任何规定时限内）迅速作出决定，并在破产管理人未能采取行动时请求法院指示破产管理人作出延续或否决合同的决定。

[39]如果程序启动时自动中止即开始生效，以防止（根据自动终止条款）终止与债务人的合同，则所有合同均应保持原状，以使破产管理人能够考虑延续合同的可能性，除非该合同的终止日期恰好在破产程序启动之后。

[40]对合同否决权可采用的替代办法是，有些法域规定，除非破产管理人决定延续合同的履行，否则合同的履行即告终止。

未能作出决定的后果（第 123、124 和 127 段）

78. 破产法应规定破产管理人未能在规定时限内就其知晓的合同采取行动的后果。破产管理人未能在规定时限内采取行动并不造成其并不知晓的合同得以延续。[41]

在债务人违约情况下延续合同

79. 破产法应规定，如果债务人违背某一合同，破产管理人仍可延续对该合同的履行，条件是，违约行为得到补救，未违约相对方基本上恢复到在违约前的经济状况，而且破产财产能够根据延续的合同运作。

80. 破产法应规定，破产管理人可以接受或者要求合同相对方在合同延续或否决前履约。在破产管理人接受或要求下相对方在合同延续或否决前履约而产生的债权，应作为破产管理费用偿付:

(a) 如果相对方履行了合同，破产管理费数额应为履约的合同定价；或者

(b) 如果破产管理人使用的资产属于第三方所有但由债务人依据合同占有资产，应当保护该第三方免受这些资产的价值缩减的影响，并且该第三方应根据(a)款享有破产管理费债权。

合同延续后违约所产生的损害赔偿 (第 132 和 133 段)

81. 破产法应规定，如作出决定继续履行合同，则随后发生的对该合同违约所造成的损害应当作为管理费用支付。

合同被否决而产生的损害赔偿 (第 134 和 135 段)

82. 破产法应规定，对于因否决一项启动前合同而引起的任何损失均应根据适用的法律加以确定并应作为一项普通无担保债权处理。对于与否决一项长期合同有关的债权可由法律作出限制。

[41] 见第三章第 24 段，其中述及债务人提供信息的义务，包括提供尚未充分履行的合同清单。

建议 69-86（续）

合同的转让（第 139-142 段）

83．破产法可规定，即使合同中有限制，只要转让合同对破产财产是有利的， 破产管理人仍可决定转让合同。

84．相对方反对转让某一合同的，破产法仍可允许由法院批准该项转让，条件是：

(a) 破产管理人延续该项合同；

(b) 受让人能够履行所转让的合同义务；

(c) 相对方不会因该项转让而变得处境严重不利；以及

(d) 债务人的违约在转让前得到补救。

85．破产法可规定，合同被转让的，受让人自转让之日起取代债务人成为订约方，破产财产也不再承担合同规定的任何其他责任。

启动后订立的合同（第 147 段）

86. 破产法应规定，破产程序启动后订立的合同属于破产财产的启动后义务。由这些合同产生的债权应作为破产管理费用偿付。

F. 撤销程序

1. 导言

148. 破产程序（清算和重整）可能在债务人首次意识到此种后果不可避免后很长时间才开始。在此间隔期内，债务人可以有许多机会设法背着债权人隐匿资产，产生人为的债务，向亲友作出捐赠或赠送，或向某些债权人付款而将其他债权人排除在外。债权人也有一些机会主动采取战略行动以使自己处于优势地位。从最终的破产程序的角度看，此类活动的结果一般不利于无担保债权人，他们不是此类行动的当事方而且得不到担保权的保护。

149. 本节中使用“交易”一词是为了统称处分资产或承担义务时可能实施的各种法律行为，其中包括转让、给付、抵押、保证、贷款或解除，并可包括这些交易的综合集合。

150. 许多破产法都载有从某一特定日期（例如破产程序申请或启动之日）开始在一规定期限（通常称为可撤销期）内具有追溯效力的规定，其目的

在于推翻破产债务人过去作为当事一方参加的交易或涉及对在债务人资产具有某种效力的以往交易。这些效力包括减少了债务人净值（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），扰乱了同等级债权人之间平等分配的原则（例如，通过向某个无担保的债权人偿付债务，或为一个当其他无担保的债权人尚未得到偿付和担保时本来也属无担保的债权人设置担保权益）。许多破产法以外的法律也论及这些对破产范围之外的债权人有害的交易。在某些情况下，破产管理人除了适用破产法的规定之外还能适用这些破产法以外的法律。

151. 破产法的一项公认原则是，集体行动在最大限度扩大债权人可获得的资产方面比允许债权人自行谋求个别救济的制度更有效率，而且，要求所有类似债权人得到同等待遇。关于撤销权的规定旨在支持这些集体目标，确保债权人按照既定的优先顺序获得破产债务人资产的公正分配，以及维护破产财产的完整。撤销规定也可具有威慑效果，可防止债权人在即将破产期间谋求个别救济，因为他们知道在程序启动时这些救济可能会被撤销或失去效力。在破产时交易一般可予撤销，以防止欺诈（例如，为了债务人今后的利益而隐匿资产或为了使债务人实体的高级职员、所有人或董事获益而进行的交易）；坚持全面执行债权人的权利；防止偏袒，即防止债务人希望使某些债权人得利而牺牲其他债权人的利益，以确保所有债权人得到公平待遇；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；以及在某些国家建立一个鼓励庭外解决的框架——债权人将会知道资产在最后时刻的交易或扣押可被宣告无效，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。

152. 撤销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追回资产或其价值，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，成为治理商业实体的适当标准一部分。应当指出的是，在跨国界情形中，未在破产法中规定某些类型交易可予撤销的法域，可能会在承认程序方面以及在与有可撤销这些交易情形的法域的法院和破产事务官员之间合作方面遇到困难。

153. 虽然撤销规定有其普遍公认的理由，但也不应忘记，破产中可能会被撤销的许多交易如果发生在破产背景之外则是完全正常和可接受的，但这些交易只是因其发生的时间接近破产程序的启动时刻才会产生嫌疑。撤销权的用意不是要取代或另外影响可在一般民法或商法下提供的保护债权人利益的手段。

154. 人们对撤销规则作了许多讨论，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可被撤销的交易的所属性质而需要的那些多少带有任意性的规则。如同破产法的一些核心规定一样，在拟定撤销规定时，需要在相竞争的社会利益之间求得平衡，例如，一方面有必要赋予极大的权力，为了全体债权人的利益而实现破产财产价值的最大化，另一方面又要

防范可能损害合同的可预测性和确定性。还可能需要在能够容易地证明并导致一些交易被撤销的撤销标准与难以证明但更加严格的将予成功撤销的交易数目的较狭窄的撤销标准之间取得平衡。为尽量减轻撤销权对合同可预见性和确定性可能产生的消极影响，只要有可能，就应使可予撤销的各种类别交易（不论其是广义界定的还是狭义界定的）和撤销权的行使都遵守能够确定企业和商业风险的明确标准。

155. 在作出对某项交易是否启动撤销程序的决定时，需要权衡一些不同的考虑因素。如果为了使资产回归破产财产而采取行动，这些考虑将包括：撤销交易是否使破产财产获益（例如在启动撤销诉讼可能会打断重整建议的情况下，尤其是在债权人可能未经破产管理人同意而提起诉讼情况下）；撤销程序可能给破产财产带来的费用，为破产财产追回价值的可能性，追回过程的可能拖延，以及为撤销某一特定交易而提出必要证据方面的困难。

2. 撤销标准

156. 各国破产法中，为撤销权诉讼确立标准的办法在具体标准及其在每一破产法中的结合方式方面有很大的差异。在具体标准方面，可大致分为客观标准和主观标准。

(a) 客观标准

157. 一种办法强调依靠一般化的客观标准来确定交易是否可撤销。问题将是，例如，交易是否在可撤销期内发生的，或交易是否有证据显示法律所规定的某些任何一般特征（例如，是否为转让的资产或承担的债务提供适当的价值债务或债务关系是否到期，或交易当事各方之间是否存在着特殊的相互关系）。虽然这种一般化的标准适用起来可能比依靠例如意图证明的标准简单，但如果单单依靠这些标准，也可能造成任意性的结果。例如，可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。

(b) 主观标准

158. 另一种做法强调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或因此项交易而变得破产，该项交易对某些债权人是否不公平，以及对方是否知道债务人在进行交易时已经破产或者会因该项交易而变得破产。这种按具体情况处理的方法可能需要详细地考虑交易当事各方的意图和债务人在进行交易时的财务状况、该项交易对债务人的资产的财务影响以及什么构成债务人和特定债权人之间正常的业务过程等其他因素。

(c) 综合各种要素

159. 很少有破产法是仅依赖主观标准作为撤销规定的依据，这些法律一般都连带考虑肯定发生过交易的时间段。在有些国家，严重依赖主观标准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，有些法律最近采取了例如三至四个月短期可撤销期这种严格的客观做法，在某些情况下，在采用这种短期可撤销期时还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。此外，短期可撤销期可用于推定债务人或交易对方或两者特别是对破产怀有的必要意图或了解，这种推定可凭适当的证据加以反证。

160. 有些法律采取双重办法，将短期内的所有交易均加撤销且债权人不得抗辩与须证明较长时期内某些额外要素两相结合。法律可能规定，可对发生在例如启动前六个月期间内的某一类型交易加以撤销，而只需破产管理人证明这是一项立法所界定的交易并且发生在限定时间内即可，而且相对方不享有抗辩权。对于交易发生在一年之内，则要求破产管理人证明，该项交易不是发生在正常业务往来过程之中，而且具有某种效果，例如设置优惠。相对方要驳回这一指称，就必须证明其有相关的申辩理由。然而，如同主观标准一样，过分依赖客观标准也会产生负面的结果。一些国家的经验已经表明，如果根据破产法某些类别的交易可自动被撤销或可方便地被撤销，那么破产管理人可撤销某一可撤销期内发生的每一项交易，而不必对这样复原而可能为全体债权人带来的成本或利益逐项进行任何分析或计算。此外，这种方法还可能造成撤销本质上“公平”的商业交易，把对撤销行动提出置疑的责任和费用强加在个别债权人身上。

161. 一些破产法还将这些不同的做法结合起来用于处理不同类型的交易。例如对特惠交易和压价贱卖交易可参照客观标准来加以界定，对旨在挫败或妨碍债权人的交易则将参照债务人和对方的意图来加以界定。例如，某一采取这些要素相结合做法的破产法规定，诸如礼品馈赠、为现有债务设置担保权和非常付款（不是以通常支付方式或是在到期前支付的款项）如果是在程序启动前的三个月之内发生的即可予以撤销。其他交易在下述情形下可以撤销：债务人在进行交易时已经破产、交易对某一组债权人是不公平或不妥当的、以及对方知道债务人在交易发生时已经破产。

162. 不论采用什么标准，破产法都应当试图在个别的债权人利益与破产财产的利益之间取得平衡，因为从通过撤销行动收回资产的角度来看，破产财产的利益与全体债权人的集体利益相吻合。虽然就最简单的形式而言，这可能看上去是决定究竟由哪一当事方负责有关对撤销行动提出质疑的费用，但其他因素也需加以考虑。其中主要的一点是撤销权行动的费用。撤销权行动的成功需证明一系列要件，如此规定的标准是要求由破产管理人就其所希望推翻的每一项交易启动法院程序，这可能对破产财产是一笔巨

大的开支，并不一定获得回报。在采用这种做法的法域中，缺乏资金是不进行撤销权行动的一项主要原因。然而，一种不同的做法是，在规定时期内发生的所有交易都自动具有嫌疑，这种做法不要求使用破产财产中的资产或其他资金。与制定标准相关联的其他一些因素包括撤销权行动所涉及的债权人是否有抗辩权，以及对破产管理人规定了什么样的义务。例如，一些破产法对破产管理人规定了某些义务，以此抑制对撤销权规定的滥用。与此相关的还可能包括职业条例，以及在认定所谋求的撤销权行动属不正当或造成了不必要费用的情况下，法院可下令由破产管理人承担费用。

163. 不论采取哪种方法，破产法都十分有必要通过对撤销权行动规定明确的标准，包括哪些要件将不必由破产管理人加以证明以及给予债权人抗辩权，从而向所有各方提供确定性。

(d) 正常经营过程

164. 许多破产法都使用“正常经营过程”这一概念来界定其撤销标准，以便可以撤销上文所述非常支付。这一概念对破产制度有着广泛的意义，因为举例来说，可以使用这一概念对在“正常经营过程”中和在其他情况下在破产程序期间使用和处分资产的权力加以区分，明确可由谁来行使这些权力以及需要哪些保护（见上文，第 75 和 76 段）。

165. 各国在界定“正常经营过程”时都对不同的要素作各种各样的强调。不过，大多数法域中下此定义的共同目的是，确定什么构成日常业务，允许一个企业进行日常支付和订立例行合同，而不让这些交易有可能在破产时被撤销。这些日常支付可包括支付租金、电力和电话等公用事业费以及可能还包括贸易供料费。

166. 为了界定什么构成某个债务人的“正常经营过程”，有些法律注重债务人及其交易对方先前的行为，注重彼此关系中的各项要素，例如供应和支付的方法、数量和经常性。在此情况下，凡是与合同、惯例或当事各方之间的惯常做法不一致的做法，例如以不正常方式支付，均被视为不符合“正常经营过程”。另一个做法是强调当事一方或双方的意图，查问债权人是否已经知道或应当知道债务人的财务状况或者债务人是否有意对债权人厚此而薄彼。

167. 还有一个做法是将通常采用的行业标准、甚至是一般商业惯例适用于交易条件以及达成交易时的情形。其他一些法律将任何超过债务人资产价值一定百分比的支付都视为异常。

168. “正常经营过程”的标准必须兼顾灵活性，以免对商业惯例的新做法作出过份的限制，同时又必须考虑到确定性这一首要要求。

(e) 抗辩

169. 如果破产法为个别相对方提供对撤销行动的抗辩，这些抗辩就可能冲淡撤销规定的效力。抗辩如果涉及各种可能引起争议的要素，例如交易是否在正常经营过程中发生的或者相对方是否诚信行事，或者涉及对方实际或推定的知情状态等，会给各当事方造成不确定性，并将需要法院作出裁定。在一些法域中，法院对这些抗辩采取有利于相对方的广义解释，造成了发生这种不确定性的可能性增加。破产管理人可能因为相关的费用或程序效率低和不可预测而不愿意使用撤销规定，将其作为破产中的一个有效手段。这些潜在的困难突出表明破产法有必要采用能使所有当事方评估潜在风险和避免纠纷的明确和可预测的撤销标准和抗辩，例如侧重交易的效力或结果而不是侧重当事各方的意图的客观标准。如果将“正常经营过程”这样的要素包括在内，破产法就应对其加以明确界定和限定。

3. 可撤销的交易的类型

170. 虽然有各种界定，但有三种大致常见类型的可撤销交易，可在大多数法律制度中找到，并被用作本《立法指南》中的讨论基础。这些交易是：旨在挫败、阻止或拖延债权人以使其无法追收债款的交易、压价贱卖交易和与某些债权人进行的可视作特惠的交易。根据每项交易的具体情况，有些交易可能具有其中一个以上不同类别的特点。例如，就看上去特惠的交易而言，当交易的目的是使债权人或潜在债权人[42]得不到资产或在其他方面妨碍该债权人的利益时，以及如果交易是债务人无法在债务到期时偿付债务时或是在给债务人留下的资产不足以进行经营的情况下发生的，那么，这种看上去特惠的交易则更可能具有旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易的特点。同样，压价贱卖交易当其涉及债权人时也可能是特惠的，但是当涉及第三方时，则可能并非如此。如果明显有阻止、挫败或拖延债权人的意图，这些方面则可被归入第一类交易的范围。在此类情况下，破产管理人或许能够确定应予撤销的交易属于哪一类，从而可以利用一般适用的证明和可撤销期要求的差异。

171. 为达到尽可能的明确和稳定以及避免不必要的重叠，在确定可适用撤销规定的交易的类别时，破产法最好具体指明对撤销交易（包括交易的效力）至关重要的交易特点，而不是依赖于“欺诈性”或“特惠性”这种比较笼统的限定词。

[42]潜在债权人可能是在可予撤销的交易发生时尚不是债权人的一个当事方，但其已准备通过例如与债务人订立贷款协议而成为债权人。债务人可能为避免其资产受制于该协议而已将资产转让。

(a) 旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易

172. 所进行的交易旨在挫败、阻止或拖延债权人的，涉及债务人将资产转让给任何第三方，意在使债权人得不到这些资产。这些交易的效果一般会使所有无担保债权人变得处境不利。因为需要证明债务人的意图，所以一般不能根据交易发生的一段固定时期这种客观标准自动撤销这些交易。这种意图很少是由直接证据证明的，而是通过确定这些类型的交易共同具有的情形来证明的。虽然因法域不同而异，但也有一些共同之处，其中包括：

(a) 交易各方之间的关系，交易直接与相关人进行或通过第三方与相关人进行；

(b) 为该交易收取的价值缺少或不足；

(c) 债务人在达成交易前后的财务状况，特别是在其债务人已经破产或交易发生后破产的情况下；

(d) 存在着某种交易方式或一系列交易，其特点是在开始出现财务困难或受到债权人诉讼威胁后转让债务人的部分资产或几乎所有资产；

(e) 调查中的事件和交易的一般时间顺序，例如交易是在承担巨额债务之后不久发生的；

(f) 债务人隐瞒交易情况，尤其是未在正常经营过程中进行的交易或涉及虚假当事人的交易；或

(g) 债务人潜逃。

173. 有些法律也指明被认为或可以推定确有所需意图或欺诈的那些情形或交易类别，例如涉及相关人的发生在程序启动前一段特定期间内的交易（下文第 182-184 段作进一步的讨论）。根据其他法律，如果债务人本会并因此而本应认识到某项交易的后果（如果并非意图）会对债权人不利，而且受益人本会并因此而本应认识到债务人的行为可能产生这种后果，即可撤销该项交易。有些法律还规定，某些转让，例如土地转让，如果是善意地使未注意到或未意识到有任何欺诈债权人的意图的人获取好价钱，则可在此交易类别下免于撤销。

(b) 压价贱卖的交易

㈠ 标准

174. 需要现金的债务人可以按大大低于实际价值的价格快速达到结果，而从不抱有挫败或拖延债权人的任何意图。不过，结果可能是使破产时债权人可获得的资产明显减少。出于这一原因，许多破产法把重点放在交易中

的价值交换上。如果债务人与第三方进行交易而收到的价值微不足道或不存在（例如馈赠）或比真实价值或市场价格低得多，在此情况下，交易一般可予撤销，但条件是，该交易发生在可撤销期内。其他一些法律还要求作出以下认定：该交易对债务人产生灾难性影响，例如，债务人因该交易而使其资本不合理地变得所剩无几，在交易发生时已经破产，或因该交易而破产。这些压价贱卖交易包括与债权人和第三方进行的交易。

175. 这些类型交易方面的一个重要问题是，为撤销之目的，什么是充足的“压价贱卖的构成因素，以及如何对其加以确定。在许多国家，这一点留给法院根据鉴定证据通过参考交易可以取得的合理价值或市场价值加以确定。在一项交易的相关数额可能不确定的情况下，可能对法院有帮助的一种做法是，由破产管理人向法院提供此类数额的估计价值，对此，在交易相对方出示进一步的证据时可进行争论。还可赋予法院规定价值确定方式的权力，而不是其必须确定价值本身。鉴于要证明压价贱卖有其困难，在有些法域，如果交易是在债务人无力偿付到期债务时达成的，则以有优惠效果这一理由撤销该交易比较容易。此外，有些法律规定，对价欠公平或无任何对价，可以推定为有意挫败、阻止或拖延债权人的交易的证据。

㈡ 抗辩

176. 有些破产法规定，如果某些条件得到满足，这些类型的交易则不会被撤销：例如，受益人以善意行事；交易的目的是继续进行债务人的业务；以及有合理理由认为交易有益于债务人的正常经营。

(c) 特惠交易

㈠ 标准

177. 在下列情况下特惠交易可以取消：(a)交易发生在规定的可撤销期内；(b)交易因预先存在的债务而涉及向某一债权人进行的转让；(c)由于进行交易，债权人从债务人资产获得的偿付比例高于相同等级或类别的债权人（换句话说是取得了优惠）。许多破产法还要求交易发生时债务人应是已经破产或接近于破产的境地，而有些破产法还要求债务人有设定优惠的意图。之所以将这些类型的交易包括在撤销规定范围内，是因为当这些交易的发生时间非常接近程序的启动时，很可能存在着一种破产状态，而且这些交易通过给予某一类别中的某一成员超过其可以合法取得的利益，违背了处境类似债权人平等待遇的关键目标。

178. 特惠交易的例子可包括：偿付或抵销尚未到期债务；实施债务人没有义务实施的行为；为现有无担保债务设置担保权；以非正常支付方式偿付到期债务，例如不使用金钱偿付；偿付与债务人的资产相比数额相当可观

的债务；在某些情况下，迫于债权人的极端压力（例如诉讼或扣押）而偿付债务，但施加这种压力的理由令人怀疑。抵销本身并非必须撤销，但如果抵销发生在提出启动破产程序的申请前的一段短时期内，其结果是改变当事方之间的债务平衡从而形成了一种优惠，或如果抵销涉及债权人之间债权转移或转让以形成抵销之势，则可以认为该抵销是有害的。如果抵销是在非正常情形下发生的，例如抵销交易的各方之间没有合同，那么也可以撤销。

㈡ 抗辩

179. 对指控某项交易是特惠交易的情形，可以提出的一种抗辩是，证明交易虽含有优惠成份，但实际上符合正常的商业惯例，特别是符合交易各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一定是特惠的，即使是在距离破产程序的启动相接近的时间内作出。这种做法鼓励货物和服务的供应商继续与可能有财务问题但却仍然有潜在生存能力的债务人做生意。根据破产法可提出的其他抗辩包括：相对方在交易之后将信贷提供给债务人而该信贷尚未偿付（抗辩限于新贷款的数额）；相对方提供新的价值但未获得担保权益；相对方可证明其对设立优惠不知情；相对方不知道或不可能知道债务人在进行交易时已破产；或债务人在交易进行时的资产超过其负债。其中后面的一些抗辩，特别是那些涉及交易当事方意图的，因难于加以证明而存在一定的弊病。并有可能使程序复杂化、不可预测和过程漫长。

(d) 担保权益

180. 有些法律允许提供担保权益，按此种法律规定为有效和可执行的担保权益应被破产法一般视为有效，但这类担保权益也可能会以质疑和撤销任何其他交易的同样理由而在破产程序中被撤销。这种做法的目的是防止无力偿债的债务人给资产抵押，除非所提供的担保权益考虑到了预支的新资金。否则，债权人一般得不到已抵押资产，并且将对债务人使用这些资产加以限制。提供担保的交易可予撤销，条件是，该交易意在挫败、拖延或阻止债权人，或者是特惠性或压价贱卖交易。在许多情况下，该交易因涉及现有债权人而会是特惠交易。特惠交易的事例可以包括：在程序启动前不久提供的担保权益虽然本来是有效的，但可能被发现是过于偏袒某个债权人而损害其他债权人；为担保旧债而提供担保权益或按过去的对价设定担保权益（某些法律制度允许，某些法律制度不允许）；某一获得担保不足的债权人在可撤销期内获得全额偿付。如果将担保权益给予了新的债权人，则该交易可能不属于该交易类别含义内的特惠交易，但可能属于另一类别的范围。有些法律载有专门处理此类交易的撤销的规定，特别是关于

有利于董事的担保权益（关于与相关人进行的交易的规定也可能涉及这一问题）并在提供价值和可撤销期方面适用不同标准的规定。

181. 撤销规定也可能适用于尚未根据有关的担保交易法具有对抗第三方效力的担保权益，而且根据有些法律，也可能适用于在程序启动前很短时间内发生效力的担保权益，以及适用于在设立担保权益的交易有污点的情况下将抵押资产的收益转让给担保债权人的情形。

(e) 与相关人进行的交易

182. 如上所述，与撤销某些交易有关的一项标准是债务人与对方之间的相互关系如何。如果须撤销的各类型交易涉及相关人（有时称之为关系人或内幕人士），破产法往往规定较严格的规则，特别是关于可撤销期长短和对相关人任何债权的处理规则（见第五章，第 48 段），以及旨在便利撤销程序的推定方法或举证责任调转（见下文，第 199-201 段）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要求。实行较为严格制度的理由可能是，这些当事方获得优惠的可能性较大，而且往往最早知道债务人事实上什么时候发生财务困境。

183. 相关人一般被界定为与债务人有着各种层次的关系。大多数法域将那些与债务人有着某种形式的业务或家庭关系的人视为相关人。法律上采取的做法一般是，但并不完全是作出明确规定。对于那些与债务人有着某种形式的业务关系的人，狭义的界定侧重于债务人的董事和管理层，而较宽广的定义则可能延伸至不仅包括对债务人具有有效控制权的人，而且还可能包括债务人的全部雇员和与债务人有业务关系的任何人员的债务担保人。同样，家庭关系可界定为包括血亲关系或姻亲关系，在某些法律中甚至包括与债务人生活在同一住所的人员以及以债务人或与债务人有关系的人员作为受益人的任何信托财产的受托人。与债务人有业务关系的人员的亲属一般也被视为相关人。许多法域中的一个重要组成部分是，把以往与债务人有过某种确定关系或今后可能会有某种确定关系的人包括在内。

184. 如果债务人是自然人，其他法规（例如关于婚姻财产的法规）通过补充或限定破产法的撤销规定，可予适用并可影响破产法在可予撤销的交易方面的运作。最好使这些法律与破产法相协调并在破产法中明确其对破产法的任何影响。

4. 免予撤销诉讼的交易

185. 破产法可能最好载列免予对某些类型交易适用撤销的具体情形。这些情形可包括：在实施重整计划过程中发生的交易，包括与启动后融资有关的交易；在加速重整程序下根据法院批准的计划作出的支付；在计划或安排的实施失败而程序随后转变为清算的情况下，或者在经谈判达成协议后

启动清算程序的情况下，根据（债务人与至少是多数无担保债权人之间批准的）自愿重组协议作出的支付。某些对金融市场的运作至关重要的交易，例如证券和衍生合同的终止式净额结算（见下文，第 208-215 段），是应免予适用撤销规定的一个交易示例。另一个例子可能是在实施一项重整计划过程中发生的交易，随后实施计划失败，程序转换为清算。

5. 撤销的效力：无效或可撤销的交易

186. 如果一项交易属于这些须撤销的交易类别中的任何一种，则根据对每一类别的交易所采用的标准，破产法要么使其自动失效，要么规定其可予撤销。例如，那些仅提及在某些固定时期内发生的交易但并不包括任何主观标准的法律有时规定相关的交易将是无效的。但是，即使采取这种做法，破产管理人也可能需要在对方未能返还资产或偿付其价值的情况下启动程序，向交易的对方追回资产或其同等价值。

187. 在规定了交易可予撤销的那些法律中，将要求由破产管理人决定撤销某项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。行使这种自由裁量权，一般应以破产管理人履行其实现破产财产价值最大化的义务为条件，根据一些法律，破产管理人可能还须对未能这样做而负责。

6. 确定可撤销期

188. 大多数破产法都明确规定了可撤销期的期限，同时提及拟撤销的特定类型交易并指明追溯计算这一期限的日期。例如，在某一特定事件或日期之前的多少天或多少月，这种事件包括提出启动程序申请之日、破产程序的启动生效之日、或法院确定的债务人停止以正常方式偿债（“停止支付”）的日期。法律规定的事件或日期将取决于破产制度的其他设计特征，例如对启动的要求，包括在破产程序的申请和启动之间是否存在着拖延的可能性。例如，如果从申请之时起，启动一般要花几个月的时间，而可撤销期是从启动生效之日起算的一段固定期间，那么从申请至启动这段拖延期将占用可撤销期内的这几个月，从而限制撤销权的潜在效力。然而，如果提出申请时程序即自动启动，同样的拖延就不会发生。为处理可能出现的拖延期，破产法不妨规定，可撤销期可以追溯从申请之日起算，而从别的角度处理申请至启动这一期间的交易，例如这些交易是否属欺诈性交易，是否发生在正常经营过程中，如果指定了临时破产管理人，还可审查是否属未经授权的交易（见上文，第 70-73 段）。如果启动是在申请之后不久发生的，可撤销期可以从启动生效之日起追溯计算。

189. 有些破产法对所有类型的可撤销交易统一规定了一个可撤销期，而有些制度则根据交易的类型及受让人是否为相关人等因素规定不同的时限。

如上文所述，还有一些法律采取的做法是，把自动撤销某些类型交易所适用的较短可撤销期（无抗辩权）同必须证明额外要素的较长期间结合。由于有些交易涉及故意的不法行为，所以许多破产法并不限定这些类型的交易必须在多长期限内发生才可撤销。有些破产法规定的期限非常长（一至十年不等），一般从程序启动之日开始计算可撤销期。除涉及故意行为错误的交易外，可撤销期的阶段最好相对短些，以确保商业的确定性和减少撤销权规定可能对信贷供应量及其成本造成的任何负面影响。

190. 如果特惠或压价贱卖交易所涉及的债权人不是相关人，那么可撤销期似应相对短暂，也许不超过几个月(例如，三至六个月)。但是，如果涉及相关人，则可能适用较为严格的规则，可撤销期也较长(例如两年，而同样的交易如果不涉及相关人，则为三至六个月)。

191. 一个相关的问题是，破产法规定的可撤销期是否可由法院在适当的情况下加以延长，例如，交易发生在规定的可撤销期外，但情形可疑，具有削减资产的效果。虽然酌情处理的方法在涉及撤销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，不能就哪些交易可撤销给债权人一个可预测的或有透明度的回答。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。由于这些理由，似应将可撤销期的延长限制在旨在挫败、阻止或拖延的交易范围，因为在此范围内商业确定性问题不太令人关切。

7. 撤销程序的进行

(a) 可启动程序的当事人

192. 要撤销某一特定交易，一般要求向法院提出申请，请求法院宣布该交易无效，并由破产法对可能启动这种程序的当事人采取各种做法。许多破产法承认破产管理人在破产财产管理方面发挥中心作用，规定应由破产管理人进行所规定交易的撤销程序，不过也有一些破产法的确要求破产管理人在任何程序启动之前先取得若干债权人或大多数债权人的同意。也有一些法律允许由债权人（以及在某些情况下还有债权人委员会）启动撤销程序，其中有些法律将启动权局限于其债务发生于受质疑的交易之前的那些债权人。一些允许债权人启动此类程序的法律要求破产管理人的事先同意。如果破产法中允许这样做被视为是可取的，那么，要求事先同意可确保破产管理人对债权人的建议知情并使破产管理人有机会拒绝批准，从而避免撤销程序对破产财产管理产生任何消极影响。

193. 如果要求取得破产管理人的同意但未得到其同意，有些破产法则允许债权人寻求法院批准启动撤销程序。破产管理人有权在任何由此导致的庭审中作出陈述，以解释其为何认为不应进行该程序。在此类庭审中，法院

可准许启动撤销程序，也可决定根据案情进行审理。这种做法有助于减少各当事方之间达成任何交易的可能性。如果允许由债权人提起撤销程序，有些法律要求由债权人支付这些程序的费用，或允许对债权人进行制裁，以防止债权人滥用撤销程序的可能性。

194. 对于只有破产管理人有权启动撤销程序并可以在权衡上文所述各种考虑因素（即过失、恶意或不作为以外的理由[43]）的基础上决定不就某些交易启动程序的情形，破产法就这些程序的进行和费用采取不同的做法。当破产财产的资产不足以提供这些费用时，这些程序费用的解决方式可能具有特别重要的意义（费用问题在下文作进一步讨论）。关于这些程序的进行方式，一些法律允许债权人或债权人委员会在看上去对破产财产有利时，要求由破产管理人启动撤销程序；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启动程序，撤销这些交易。

195. 如果允许债权人以与破产管理人平等的方式启动撤销程序，或允许债权人在破产管理人决定不启动撤销程序的情况下启动此类程序，破产法为收回的资产或价值采取不同的做法。最常见的做法是，将债权人追回的资产或价值当作破产财产的一部分来处理，因为撤销程序的主要理据是，价值或资产归还破产财产是为了所有债权人的利益，而不是使个别债权人得利。其他一些法律规定，追回的任何价值或资产可首先用于清偿启动程序的债权人的债权；或规定可对采取该行动的债权人的债权优先顺序加以修改。

(b) 撤销程序的费用

196. 在有些国家中，撤销规定发挥效力的最大的限制是，没有用于质疑有可能撤销的交易的资金。对费用问题采取了不同的做法。有些国家向破产管理人提供公款用以启动撤销程序，而有些国家则要求这些程序的费用从破产财产中拨出。后一种做法在资金充足的情况下可能是适当的，但在某些情形中，这样做有可能妨碍某些资产的追回，这些资产已特意从破产财产中转移出去，使破产财产的资产所剩无已，无法用其启动撤销程序追回资产。有些破产法允许破产管理人将启动程序的能力有偿转让给第三方，或找一位贷款人垫付启动撤销程序的费用。各国在用公共资源支付撤销程序的费用方面有着明显的重大差别，这或许说明为什么需采用某些其他机制。在无法用破产财产支付撤销程序的费用的情况下，这些备选方法在适当的情形下或可提供一种有效的手段，用以恢复破产财产的价值，避免滥用，调查不公平行为及推动良好治理。

[43]见第三章，第 49-52 段，关于破产管理人的义务和职能。

(c) 撤销程序的启动时限

197. 有些破产法确定了启动撤销程序的具体时限，而另有一些破产法则对这一问题保持沉默。例如，那些的确指明了时限的法律规定，应在破产程序启动的生效之日后一段规定时限（例如 3-12 个月）内或不晚于破产管理人能够发现、评估和处理债权之后一段规定期间（例如 6 个月）启动程序。如果某一破产法要确立具体时限，而不是依赖根据破产法以外其他法律所适用的时限，似应采取一种将不同时限结合的做法，例如将启动后的一段固定时限和破产管理人发现了该交易之后的一段固定时限结合起来。这样一种办法可提供充分的灵活性，处理那些瞒着破产管理人进行的交易和在规定时限到期后才发现的交易。不论采取哪一种办法，时间期限都似应相对短暂，如上述的示例，以避免不确定性和确保破产程序迅速进行。

(d) 满足撤销标准

198. 破产法采用不同的做法来确定为撤销某一交易而必须证明的要件。采取何种做法，取决于如何在撤销那些对破产财产不公平或有财务危害的交易与保护那些在破产范围以外并不被视为不当的或有害的商业交易之间保持平衡。无论破产法采用何种做法来满足撤销标准，都极有必要准确地指出哪一方须证明标准的哪一部分，以便明确对破产管理人寻求撤销某一交易有何要求以及对对方提出反对撤销交易的抗辩有何要求。

199. 在有些法律中，证明交易不属于任何类别的可撤销交易而是例如属正常经营过程内的交易，是债务人的责任。而有些破产法则规定，破产管理人或由经允许可对交易提出质疑的其他人，例如债权人，需证明交易符合撤销要求。如果这些要素包括主观意图，往往难以证明，负有举证责任的一方难免败诉。为克服这一困难，在破产管理人只通过外观迹象、客观表象或其他间接证据难以证明债务人诈骗债权人的实际意图时，有些法律允许将举证责任调转到对方。不过，债务人如果无法就某一从破产财产中提取价值的交易的商业目的作出令人满意的解释，实际上即可能恰恰证明了意图要件。

200. 另一种做法是，规定如果某些类型的交易是在可撤销期内进行的，并且交易对方负有反证责任，则可认定或推定存在着必要的意图或恶意。例如，这些类型的交易可包括与相关人的交易、偿还未到期债务、以及无偿交易或有偿交易的付款。还有一种做法是，规定如果某一类型交易是在可撤销期内发生的而且具有给予优惠等效果，则可以对给予优惠的意图提出可以反证推翻的推定。除非对方能推翻这一推定，否则，交易将予撤销，而且破产管理人可追回涉及该项交易的资产或获得对所涉资产的价值的裁决。

201. 在对方知道债务人破产是撤销的要件的情况下，有些破产法规定，如果与对方进行的交易具有某些特点，即可推定对方知道债务人处于财务困境。这些特点可以包括，偿还的是未到期债务或以非正常方式偿付，或交易发生在申请启动破产程序前或实际启动前的一段不长的时期内。

8. 交易撤销后对方的责任

202. 如果某一交易被撤销，就会有一个关于撤销对对方的效力问题。在大多数破产法中，撤销某一交易的结果是该项交易将被扭转，要求对方归还已获得的资产或以现金向破产财产支付该项交易的价值。有些破产法规定，破产管理人可获得对所涉财产价值的裁决。有些破产法还规定，在有优惠的情况下，以及在对价是在压价贱卖交易中支付的情况下，对方如果已将资产或价值归还给了破产财产，仍可在破产中作为无担保债权人在已归还资产的范围内提出债权。在对方不向破产财产交出资产或归还价值的情况下，现有的大多数补救措施一般是由破产法以外的法律规定的。然而，有些破产法规定，除了撤销该交易外，对方提出的（可撤销交易所涉数额之外的欠款）的债权不能在破产时给予承认。

9. 重整转换为清算

203. 在重整程序转换为清算程序的情况下，可能需要有所考虑的是，这种转换对重整程序期间所作偿付方面撤销权的行使和对可撤销期的确定所产生的影响。

建议 87-99

立法条文目的

关于撤销的条文的目的是：

(a) 恢复破产财产的完整性并确保债权人的公正待遇；

(b) 确立明确的规则，规定在何种情形下，在破产程序启动前发生的、与债务人或债务人的财产有关的某些交易，可被视为损害性的并因此可予以撤销，从而为第三方提供确定性；

(c) 使程序的启动能够撤销这些交易；以及

(d) 便于向已撤销交易所涉人员追回资金或资产。

立法条文内容

可撤销的交易[44]（第 170-179 段）

87. 破产法应载列可回溯适用的有关条文，这些条文的目的是推翻涉及债务人资产或破产财产并具有减少破产财产价值或违反债权人公正待遇原则作用的交易。破产法应规定下列类型的交易可予撤销：

(a) 交易的意图在于挫败、拖延或阻碍债权人收回债权的能力，交易的效果是使债权人或潜在债权人得不到资产，或损害债权人的利益；

(b) 在债务人破产时发生的交易或债务人因此而发生破产，在该交易中，债务人转让财产权益或承担义务作为礼品馈赠或只换取名义价值，或所换价值在等值以下或缺欠不足（压价贱卖的交易）；以及

(c) 在债务人破产时发生的交易，交易涉及债权人，其中一个债权人的所获或获益超出其在债务人资产中的相应比例（特惠交易）。

担保权益（第 180 段）

88. 破产法应规定：虽然根据破产法以外其他法律某项担保权益是有效和可执行的，但仍可出于与其他交易相同的理由而按破产法的撤销规定处理。

确定可撤销期（第 188-191 段）

89. 破产法应规定，如果建议 87 (a)-(c)项中所述交易是在自某一规定日期——破产程序申请之日或破产程序启动之日——起追溯计算的一段规定期间（可撤销期）内发生的，该项交易可予撤销。破产法可为各类交易规定不同的可撤销期。

[44]本节使用“交易”一词是为了统称处分资产时或发生义务时可能采用的一系列法律行为，其中包括转让、给付、担保、保证、借贷或解除[或使担保权益对第三方有效的诉讼]以及可包括综合系列交易。

建议 87-99（续）

相关人交易（第 182-184 段）

90. 破产法可规定，可撤销的交易涉及相关人时，其可撤销期比与非相关人进行的交易的可撤销期长。

91. 破产法应规定与债务人有充分关系而应被视为相关人的类别。[45]

免于撤销诉讼的交易（第 185 段）

92. 破产法应规定可免于撤销的交易，这些交易中包括金融合同。

撤销程序的进行（第 192-195 段）

93. 破产法应规定，破产管理人负有启动撤销程序的主要责任。[46]破产法还可允许任何债权人在破产管理人同意的情况下启动撤销程序，如果破产管理人不同意，债权人可寻求法院的许可而启动该程序。

撤销程序的费用（第 196 段）

94. 破产法应规定撤销程序所涉及的费用作为程序管理费支付。

95. 破产法可提供备选办法用以解决有关寻求实行撤销程序和程序资金来源的问题。

启动撤销程序的时限（第 197 段）

96. 破产法或适用的程序法应规定可启动撤销程序的时限。该时限应自破产程序启动之时起算。对于建议 87 所述的已被隐瞒并且不可能指望被破产管理人发现的交易，破产法可规定该时限自发现之时起算。

[45]“相关人”的定义载于术语表（见导言，第 12(jj)段）。

[46]与撤销有关的问题也可能会在由破产管理人以外人员启动的程序中出现，在此种程序中，破产管理人通过对强制执行进行抗辩提出撤销要求。

撤销和抗辩的要件（第 198-201 段）

97. 破产法应规定为撤销某一特定交易而应证明的要件、对证明这些要件负有责任的当事方以及对撤销要求的具体抗辩。这些抗辩可包括交易是在破产程序启动前在正常经营过程中进行的。法律还可确立推定和允许掉转举证责任以便于进行撤销程序。

交易撤销后对方的责任（第 202 段）

98. 破产法应规定，被撤销交易的对方必须把所获得的资产归还破产财产，或者在法院下达命令的情况下，向破产财产支付相当于该交易的价值的现金。破产法应确定被撤销的交易的对方是否享有普通无担保债权。

99. 破产法可规定，如果对方不遵守撤销交易的法院令，除了撤销和任何其他救济外，该对方的债权可以不承认。

G. 抵销权

204. 根据破产法对债务人的启动前交易或活动引起的互负债务执行抵销权，不仅对商业预测和信贷提供很重要，而且有助于避免在策略上误用破产程序。鉴于这些理由，由破产法为这种抵销权提供保护是十分可取的。

205. 在大多数法域，抵销权不受破产终止的影响，并且可在破产程序启动后予以行使，而不论互负债务是由单项合同还是多项合同引起的，也不论互负债务是在破产程序启动之前还是之后到期的。有些法域则作出了某种区分；允许对破产程序启动前到期的债务作启动后抵销，但限制或不允许对破产程序启动后到期的债务作启动后抵销。

206. 有一种替代办法可保全抵销权，不管互负债务是在破产程序启动之前还是之后到期的，但以对担保债权人行使权利适用终止的同样方式对这些抵销权适用终止。在采用这种替代办法的制度中，债权人被视为是有担保的，但以其拥有的有效而未使用过的抵销权为限，并且这些权利以类似于对担保权益提供的保护方式受到保护。[47]

207. 破产法几乎普遍载列规定，允许破产管理人寻求避免债权人为加强抵销权而采取的某些启动前行动（例如折价购买债权以图增强抵销权）的影响。这些规定的性质和范围各不相同。

[47]见上文，第 59-69 段。

建议 100

立法条文目的

关于抵销的条文的目的是：

(a) 就破产程序的启动对行使抵销权的影响提供确定性；

(b) 具体说明可在破产程序启动后抵销的债务的类型；以及

(c) 具体说明其他法律规定（例如撤销规定和中止）对行使抵销权的影响。

立法条文内容

100. 破产法应保护在破产程序启动前产生的根据破产法以外其他法律而存在的一般抵销权，但适用撤销规定的除外。

H. 金融合同与净额结算

208. 金融合同已成为国际资本市场的一个重要组成部分。这种合同有助于增加信贷可获量，是为应付汇率、利率和其他市场波动而进行套期保值的一种重要手段。鉴于这些交易的构成和交单方式，有必要对这种合同的当事一方未能履约（包括出于破产理由未能履约）时发生的情况提供确定性。

209. 金融合同包括证券合同、商品合同、远期合同、期权、互换交易、证券回购协议、净额结算主协议以及其他类似合同。债务人往往在单独一次交易中与某一特定相对方订立多项金融合同，如果这些合同规定的权利根据合同条款是可充分执行的，则会使信贷可获量增加，从而允许相对方在考虑到所有“未结”合同的价值之后根据其暴露风险净额不断提供信贷。

210. 破产程序启动时，相对方会寻求“轧平”未结头寸并“净额结算”与债务人的金融合同产生的所有债务。“终止式净额结算”包括两个步骤，第一步是，由于启动破产程序而终止所有未结合同（终止）；第二步是，被终止交易产生的所有债务总额相互抵销（净额结算）。

211. 允许在破产程序启动后进行“终止式净额结算”是一项重要因素，有助于减轻可能威胁金融市场稳定的系统风险。视金融市场的条件而定，金融合同的价值或在其范围内承受的风险每天（有时是每小时）都可能有很大差异。因此，这些合同的价值可能极易变化。相对方一般通过与第三方

订立一项或多项“对冲”合同或“套期保值”合同来减轻或冲销与这些合同相关的风险，这些合同的价值与债务人合同的价值呈反向波动。[48]

212. 无论债务人是否履行其与相对方的合同，相对方都必须履行其与第三方订立的套期保值合同。如果债务人发生破产而无法履行其与相对方的合同，就会使该相对方承受市场变动的风险，因为其套期保值部分，不能再用与债务人的合同来“补进”。在此情况下，相对方一般会寻求通过订立一项或多项新的合同来“补进”这些套期保值合同，以限制其承受未来市场波动风险的范围。然而，相对方只有肯定其不会被要求履行与债务人的合同时才能以上述方式补进。相对方依赖于终止债务人的合同的能力，这种能力允许其在破产程序启动后迅速补进。

213. 如果无法如上文所述在破产程序启动后迅速终止、净额结算和抵销与未履行的合同有关的债务，则债务人不履行其合同（或其决定履行盈利合同而不履行不盈利合同），会导致相对方无法履行其与其他市场参与者之间的有关的金融合同。一个重要的市场参与人破产，会造成连续交易中发生一系列违约，从而可能使其他市场参与人陷于财务困境，最坏的情况是，可能导致其他相对方（包括受管制的金融机构）发生财务崩溃。这种多米诺效应常被称为系统风险，并被援引为允许参与者以通常不会被破产法许可的方式终止、净额结算和抵销债务的重大政策理由。

214. 对中央支付和结算制度中发生的金融合同支付和结算的终结性表示的关切也可引起系统性风险。这些系统一般采用双边或多边净额结算安排。在制度的参与者之一发生破产时，应确认和保护通过这些系统进行的金融合同净额结算和通过这些系统进行的清算和结算的终结性，以便预防系统风险。

215. 在许多国家，一般破产规则的适用将允许在破产程序启动后根据金融合同的条款履行金融合同，一方面使破产引发的合同终止条款生效（见上文，第 114-119 段和建议 70 及 71），另一方面允许抵销债务，而不管违约索赔是以自动终止条款为依据还是在启动前提出的。其他法域或者由于其破产规定限制自动终止条款的效力，或者由于破产规定中止或限制抵销权和其他债权人补救措施的行使，都要求在其破产法中规定具体的例外情形，方能允许充分执行与金融合同有关的补救措施。这些类型的合同的例外情形也应扩大，以涵盖原本可适用于金融合同的撤销规定，以及任何关于限制担保对完成抵销后仍存在的未偿金融合同债务的适用限度的规定。金融合同的例外应从广义上措词，以便足以保护金融合同交易当事方的重要利益并防止系统风险。

[48]本节提及“合同”之处均包括一项或多项合同的可能性。

建议 101-107

立法条文目的

关于金融市场上金融交易中净额结算和抵销的条文的目的是，通过就金融合同一方当事人因破产而未能履约时该合同各当事人的权利提供确定性，来减少会威胁金融市场稳定的潜在系统风险。这些建议并非意在适用于非金融合同的交易，这些交易将仍由适用于抵销和净额结算的法律管辖。

立法条文内容

101. 破产法应确认与金融合同相关的由合同规定的终止权，这种权利允许在破产程序启动后迅速终止这些合同，并对这些合同范围内的未偿债务进行抵销和净额结算。如果破产法暂停终止合同或在破产程序启动时限制自动终止条款的可执行性，金融合同应排除在此种限制之外。[49]

102. 债务人的金融合同一旦被相对方终止，破产法应允许该相对方净额结算或抵销这些已终止金融合同所涉的债务，以确定相对于债务人的风险暴露净额头寸。应允许作此种终止和抵销以确定风险暴露净额，而不管这些合同的终止是发生在破产程序启动之前还是之后。如果破产法限制或中止在破产程序启动时行使抵销权，金融合同的抵销和净额结算应排除在此种限制范围之外。

103. 债务人的金融合同一旦被终止，破产法应允许相对方对金融合同产生的债务执行和适用其担保权益。金融合同应排除在破产法针对执行担保权益所规定的任何中止的范围之外。

104. 破产法应规定，符合市场惯例的破产前日常转账，例如为

[49]这将允许市场参与者提供基于“净”头寸的信贷，使债务人无法通过履行某些合同而不履行另一些合同来“有选择地履行”合同，这对于金融合同尤其重要，因为有系统风险问题。

金融合同设立保证金[50]以及清算金融合同债务的转账，[51]应被排除在撤销范围之外。

105. 破产法应确认和保护通过支付和结算系统对金融合同进行的净额结算、清算和结算在系统的一方参与人破产时所具有的终局性。

106. 建议 101 至 105 应适用于所有被视为“金融合同”的交易，不管相对方之一是否为金融机构。[52]

107. 金融合同的定义应当十分广泛，足以包括现有各种金融合同和顾及日后出现的新型金融合同。

[50]保证金是根据合同约定的一种反映合同和现有担保品市场价值波动情况的公式作为交易的一种担保品而交付额外现金或证券的过程。以互换交易为例，可能需要105%的保证金用于维持合同终止时的价值。如果担保头寸跌至 100%，则可能必须交付额外保证金。

[51]在某些情况下，结算支付可被视为一种优惠。以互换交易为例，可按合同的市价每月进行或在合同终止时进行结算支付。这些支付并不是价值对等的转账，而是已经到期的实际应计债务的支付。在那些为启动前发生的所有交易规定了固定可撤销期可撤销期的国家，这种支付可能也须受撤销权的约束。

[52]即使某一特定金融合同并不涉及金融机构，某一相对方破产所产生的影响也可能引起系统风险。

三. 参与者

A. 债务人[1]

1. 导言

1. 对于债务人在破产程序中的作用，破产法一般按清算和重整划分而采取不同的方法。如果企业将继续经营下去（无论是在清算中作为营运资产出售，还是在重整中），都更加需要债务人以某种形式参与管理。债务人还将发挥作用，协助破产管理人履行其本身的职能，以及向法院或破产管理人介绍关于企业的情况。除义务之外，对于这些程序，债务人也将享有某些权利，例如，在程序中的陈述权，获取信息的权利以及保留个人财产的权利等。为确保高效率和有效地进行程序，并为有关各方当事人提供确定性，破产法似应明确确定债务人权利和义务的范围。

2. 债务人企业的继续经营和债务人的作用

(a) 清算

2. 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，而且也不受债务人的影响。为此原因，许多破产法在清算程序中都剥夺债务人对资产的一切控制权以及对企业的一切管理和运营权，并指定一名破产管理人承担被剥夺的所有职权。除资产的使用权和处分权之外，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款项的权利。在清算程序启动后，凡未经过破产管理人、法院或债权人（视破产法的要求而定）许可的涉及破产财产中资产的交易，包括这些资产的转移，一般都将无效（或可以被撤销），而所转让的资产（或其价值）则需为了破产财产的利益而追回（见第二章，第 70-73 段）。

---

[1]因为破产法将涵盖不同类型的企业，无论是个体商人、合伙制还是某种形式的公司，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《立法指南》仅提及“债务人”，但用意是在适当情况下该词的使用还应当涵盖债务人的管理部门和股东。

3. 在已确定清算破产财产的最有效手段是将企业作为营运资产出售的情况下，一些法律规定，破产管理人应负责对企业实行监管和全面控制，同时允许债务人通过继续留任和向破产管理人提供咨询而提高破产财产的价值以及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，及其与债权人、供应商和客户所保持的关系，可以是对这种做法的支持。

(b) 重整

4. 在重整程序中，对于债务人的撤换在多大程度上是最合适的行动措施，以及在的确发生某种程度的撤换情况下，对于债务人可以继续发挥的作用，以及对于用何种方式以其他参与者的作用来平衡这种作用，并没有商定的统一做法。这种继续发挥的作用在很大程度上可能取决于债务人在重整程序中是否诚信行事；如果不是，其继续发挥作用的价值则可能值得怀疑。这还可能取决于是否存在严格的独立治理制度来对付不称职的行为或谋取私利的行为。有时，债务人继续发挥作用的好处可能取决于程序是由债务人启动的还是由债权人申请启动的，在后一种情况下，债务人可能不合作，甚至怀有敌意，从而使得债务人的继续参与毫无意义。究竟采取哪种做法，可能取决于一些因素，其中包括当地的公司文化；银行的作用；公司治理制度的存在和有效性；破产管理机构的有效性；法院提供或要求法院提供监督的程度；法院的效能和近便程度；以及在多大程度上确信启动破产程序的鼓励办法对破产制度的设计起着重要作用。

㈠ 债务人继续参与的利弊

5. 允许债务人继续发挥作用这样做有一些潜在益处。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。在个体商人和小型合伙经营的情况下，这种了解特别重要，使债务人能据以在短期和日常经营决策中发挥作用，因而有利于经营的连续性。这种了解还可有助于破产管理人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，债务人往往能够提出一项重整计划。在这种情形下，不考虑债务人在企业财务困境中的作用而完全加以撤换，可能不仅打消企业经营活动、一般地承担风险以及债务人尽早启动重整程序的积极性，而且还会损害重整取得成功的机会。

6. 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。债权人可能因为企业的财务困境（和债务人在这些困境中可能所起的作用）而缺乏对债务人的信心，如果重整要取得成功，就必须重新建立起这种信心。在对债务人权力没有充分控制权的情况下允许其继续经营业务，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。有一个因素可能影响债权人对此种办法的看法，这就是任何适用的公司治理制度的有效性和

债务人对待此种制度的态度。如果没有行之有效的治理制度，债权人可能倾向于任命破产管理人，替换债务人，或由其对债务人实行重要的监督权。

7. 如果一种制度被认为过分偏袒债务人，便会导致债权人对程序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冲突，特别是与对债权人的回报最大化相冲突。例如，债务人压倒一切的目标可能是确保其不丧失对企业的控制权，而不是为债权人的利益而使价值达到最大化。另外，重整的成功可能不仅取决于实行债务人可能不愿意接受的变革，而且还取决于债务人拥有利用破产法渡过其财务困境的知识和经验。需要考虑的一个相关因素是破产程序是由债务人还是由债权人申请启动的（如果是后一种情况，债务人可能敌视债权人）。

8. 关于债务人的作用，一些破产法对程序启动后至重整计划批准这段时期与批准计划后这段时期这两者加以区分。对于前一段时期，这些法律就债务人管理和控制企业日常经营的能力和指定一名独立破产管理人规定了具体规则。一旦计划获得批准，对债务人控制和管理企业的限制即可停止适用，债务人将负责实施所批准的计划。

9. 破产法采取不同的做法来平衡重整中这些竞合的考虑。这些做法各有不同，一边的极端是撤换债务人和指定一名破产管理人，另一边的极端是允许债务人在最低限度的监督下保留对企业的控制权。中间的做法则是指定一名破产管理人行使某种限度的监督职能，以及保留现有的管理层。对这些不同做法的取舍，影响到破产制度的结构，特别是影响到应在不同参与方之间保持的平衡以及将在多程度上运用由法院或债权人提供的制衡手段。在考虑债务人的作用时，应当牢记，如果债务人是一个法律实体，那么在破产启动时的管理层将不一定自始至终留存到程序的结束。

㈡ 债务人继续发挥作用的几种做法

a. 完全撤换债务人

10. 第一种做法采取与清算相同的程序，即解除债务人对企业的所有控制权，并指定一名破产管理人承担债务人在企业管理上的职能。但是，如上所述，完全撤换债务人会造成企业的混乱和在企业存亡的关键时刻对企业的继续经营造成有害影响。

b. 由破产管理人监督债务人

11. 中间做法是在债务人与破产管理人之间建立不同程度的控制权。这些做法一般涉及由破产管理人对债务人实行某种程度的监督，例如由前者广

泛监督债务人的活动和批准大宗交易，而债务人则继续负责企业的日常经营和决策。这种做法可能需要有较为严密的规则作为辅助，以确保破产管理人与债务人之间的责任划分明晰，以及十分明确重整将如何进行。例如，一些破产法规定，某些交易，比如承担新债务、转让或抵押资产，以及给予对破产财产的财产使用权等，只要是在正常业务过程中进行的，都可以无需经由破产管理人或法院的同意。如果不是在正常业务过程中进行的，则需要获得同意。监测债务人企业的现金流量可以是监督债务人及其交易的另一种手段。

12. 如果债务人不遵守限制条例，未经同意而订立了需获得事先同意的合同，则破产法可能需要就这些交易是否有效作出规定，并就债务人的行为规定适当的制裁。例如，一种破产法规定，在这些情形下，法院可完全中断破产程序。但这一补救措施是否适当，取决于程序是由债务人还是由债权人申请启动的（债务人不能阻挠由债权人申请启动的程序，拒不遵守破产法或法院裁决令），另外还取决于哪种做法最符合程序各参与方的利益以及破产法中是否设有对付债务人此种行为的其他机制（包括将重整程序转为清算程序的可能性）。

13. 凡列出需经同意的交易的破产法，均较为明确地划分了债务人与破产管理人或法院之间的责任界限。这些法律中有些还规定，在特定情况下，如果需要保护破产财产，破产管理人可对破产财产和企业的日常管理承担更大的控制权。这类有关情形可以包括，有证据表明债务人缺乏责任交代的能力，或债务人管理不善或滥用资产。在出现这些情形时，似应准许由法院主动或根据破产管理人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。

14. 在监督债务人的管理活动和确保债务人有效实行管理方面，债权人可发挥一定的作用。当债权人具有这种作用时，可能需要有一定的措施，防止债权人因企图阻挠重整程序或获得不适当的影响力而滥用权力。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撤换债务人或扩大破产管理人的监管作用之前，要求必须取得适当大多数债权人的投票赞同。

15. 债务人与破产管理人之间权力划分的另一种做法是破产法并不指明债务人可以进行哪些交易，而是允许法院或破产管理人决定管理层经批准后可实施和不可以实施哪些法律行为。虽然这种做法允许某种程度的灵活性，但却可能阻止债务人启动破产程序，因为启动后其对企业的管理和控制权会受到什么影响将不明确。

c. 由债务人充分控制

16. 关于债务人继续发挥其作用问题的另一种做法是使债务人能对企业的经营保留充分的控制权，其结果是程序一旦启动，法院不指定独立的代表（这种做法常称作“债务人占管式”）。如果破产法允许仍由债务人控制经营活动，则宜指明可由占有中债务人履行破产管理人的哪些职能。在有些情况下，通过确认债务人对企业的熟悉知情，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、信赖与合作，那么这种做法可能具有提高重整成功机会的优点。

17. 但是，这种做法也可能存在弊端，其中包括将重整过程用于显然不可能获得成功结果的情形，或拖延不可避免的结局，其结果是资产继续流失，而且债务人有可能在控制期间不负责任地行事，甚至采取欺骗手段，从而破坏重整和债权人的信心。其中一些困难可通过采取某些保护措施而减轻，例如要求债务人定期向法院报告程序的进行情况，允许法院在某些情况下指定一名破产管理人负责监督债务人，让债权人在监管或监督债务人方面发挥重要作用，或规定将程序转换为清算程序。

18. 应当注意的是，如果采用这种做法，程序启动时债务人的管理层通常不是负责执行已获批准的计划的同一个管理层，同债务人的管理层在整个程序中保持不变的情况相比，上文提到的某些因素将没有那么重要。不过，这种债务人主持做法相当复杂，需加以仔细的考虑，这不仅因为其取决于健全的公司治理规则和机构能力，而且也因为其影响到破产制度其他一些规定的设计（例如，重整计划的制订、撤销权的行使、对合同的处理、获得启动后融资），而本《立法指南》中并未详细论及这些方面。

3. 债务人的权利

19. 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，以及也许更加重要的是，为了鼓励债务人对破产程序的信心，破产法中宜列明债务人在程序中的作用及债务人对于程序的进行将享有的各种权利。在许多国家，自然人债务人在破产程序中的权利可能受到国际和区域条约规定的义务的影响，例如《公民权利和政治权利国际盟约》[2]和《欧洲人权公约》[3]。

[2]联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号。

[3]同上，第 213 卷，第 2889 号。

申述权、知情权和个人财产保留权

20. 出于上述原因，债务人似应享有在破产程序中的申述权，以及对作为程序特别是重整程序一个必要组成部分的决策过程的一般参与权利。在所有情形中，尤其是当破产法规定了可在某种程度上撤换债务人（无论是在清算程序还是重整程序中）从而解除其对企业的管理和控制权的，债务人应当能够获取关于程序进展情况的信息。在重整程序中，如果破产法规定在重整计划批准之前可在某种程度上撤换债务人，但却要求债务人对实施计划承担责任的，在这种情况下，这种获取信息的权利可能特别重要。如果在制订计划时债务人不能参与发挥作用，在计划提交债权人批准前让他有机会就计划发表意见也可能是适宜的。正如上文（第二章，第 18-21 段）所述，在债务人是自然人的情形下，某些资产一般排除在破产财产之外，以便使债务人能够保留其个人及其家庭的权利，破产法中似应指明保留这些除外财产的权利。

21. 但是，还有些情况可能是，行使或履行这些权利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。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管理人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，一项关于听取其申述的绝对要求可能严重阻碍程序的进展，甚至使程序不可能进行下去。同样，如果债务人已停止经营而且无法以经营人的身份作出申述，或者如果股东和企业主不参加程序中的任何分配，则规定这样一种绝对申述要求可能根本于事无补。考虑到这些问题，虽然似应规定应作出一切合理努力听取债务人的申述，但破产法也可能需对例外情形提供某种灵活性，以避免尊重这种权利的要求对程序的进行产生不利影响。

4. 债务人的义务

22. 正如关于债务人的权利方面所述，破产法似应明确列出债务人在破产程序方面的各项义务，包括尽可能列明各项义务的内容和条件以及应对谁履行各项义务。这些义务应当在程序启动时产生，并应在整个程序期间适用。这些义务将需要根据债务人在清算和重整程序中发挥的作用，特别是根据在重整程序中对企业的管理和控制权而加以调整。例如，当债务人在重整程序中保留对企业的控制权时，交出对破产财产资产控制权的义务将不适用。

(a) 合作与协助

23. 为确保破产程序可以有效和高效率地进行，一些就一定程度内替换或监督债务人作出规定的破产法，对债务人规定了与破产管理人合作和协助破产管理人履行其职责的一项一般性义务，而有些法律则规定债务人不得

作出可能有害于程序进行的行为。合作义务的一个重要部分将是债务人交出资产控制权以及业务记录和帐册，从而使破产管理人能够对破产财产实行有效的控制。债务人的资产位于外国法域的，债务人可能无法交出资产控制权，但是，这种义务应当提及便利或配合破产管理人追回位于国外的这些资产（见《贸易法委员会跨国界破产示范法》，附件三）。这种合作义务还可以要求债务人协助破产管理人编拟债权人及其债权的清册和债务人的债务人清册（见下文，第 49 段）。

(b) 信息的提供

24. 为便于透彻、独立地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获得融资的可取性、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，在清算和重整这两种程序中，特别是在重整程序和将企业作为营运资产出售的清算程序中，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。这种详细资料可包括关于资产和负债的资料；收入和支出；客户名单；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、被认为造成债务人财务状况的原由或原因的资料；披露涉及债务人或债务人资产的以往交易情况，包括那些根据破产法而可能撤销的以往交易；以及关于尚未了结的合同、涉及有关人员的交易和针对债务人或牵连到债务人的正在进行的法院、仲裁或行政程序的资料。一些破产法还要求债务人提供关于其债权人的资料，而且，如上文所述，通常与破产管理人合作拟订一份债权人名单用以核查债权并拟订一份债务人名单。还可能要求债务人根据对债权的核实和认可或否定，随时修订债权清单。

25. 虽然破产法可能不必详尽无遗地逐一列出债务人应提供的资料，但列出所需资料种类的做法可有助于提供参考，并有可能避免争议。在这方面，有些法律制定了标准化的信息表，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，须受到适当的制裁），或由一名独立人士或管理人填写。

26. 为确保所提供的资料可用于上述目的，资料必须是最新、完整、精确和可靠的，而且应在程序启动后尽快提供，但须允许债务人有必要的时间收集相关资料。如果债务人能达到这一义务的要求，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。

27. 收集上文所述资料的程序可能对该资料的最终效用至关重要。例如，如果债务人的管理部门成员对债务人当前的财务处境负责，他们可能不愿意全面而坦白地披露情况或披露可能自证其罪的信息（不过许多国家的刑法规定，自证犯罪的证据不能在随后的刑事诉讼程序中使用，以便鼓励坦

白披露）。因此，除了债务人提供信息的义务之外，破产法似有必要为破产管理人以及债权人或债权人委员会提供相应的权利，使其能够要求债务人提供信息，同时对不提供所要求的信息的情形规定适当的制裁。债务人的义务可以用其他措施来补充，其中包括指定独立人审查债务人的财务，或要求债务人本人（如果债务人是自然人）或其一名或多名董事派代表出席或亲自出席债权人的会议解答问题（除非因地点原因，不能实际出席）。

(c) 保密性

28. 债务人提供的资料或关于债务人的资料常常是商业上敏感的机密资料，或者受对其他人的义务的限制（例如商业秘密、客户和供应商名单、研究与发展信息、专业机密或保密资料或其他方面的机密资料），这些资料可能属于债务人所有，也可能属于某个第三方所有，但都是在债务人的控制之中。破产法中似应包括一些保护这类资料的规定，防止债权人或那些有条件在破产过程中利用这些资料的其他当事人滥用这些资料。为了使债务人保护信息的义务与债务人向破产管理人、法院或债权人提供信息的义务相平衡，保守机密和保护这种信息的义务可能还须适用于与债务人相关的当事方、破产管理人、全体债权人、债权人委员会和第三方。

(d) 附属义务

29. 一些破产法在债务人的合作与协助义务之外，还规定了一些附属义务。这些义务（适用于自然人债务人，或法人债务人的管理人员和董事）可能包括（未经法院或破产管理人许可）不得离开其惯常居住地，债务人提出离开或被迫离开其居住地须通知法院或破产管理人，必须向破产管理人或法院披露所有往来通信，以及其他一些涉及个人自由的限制。对于法人债务人，还可对法人总部的搬迁实行限制，而破产法可以要求在提出搬迁的情况下取得法院或破产管理人的同意。这些限制可能极为重要，有助于避免因在破产程序启动后债务人离开营业地和董事及管理人员辞职这种通常做法而造成破产程序的中断。这些附属义务如果列入破产法，应当与其基本宗旨和给予合作的一般义务这一种宗旨相应；这些义务也可能受到上述有关人权公约和协定的限制。

30. 有些破产法规定这些义务是自动适用的，有些则规定在这些义务对管理破产财产实属必要时，法院可以酌情命令适用。有些法律还对自然人债务人和法人债务人加以区分；如果债务人是自然人，这些限制将只有通过法院的命令才能适用，但如果债务人是法人，则有些限制可自动适用，例如关于披露往来通信的义务。

(e) 雇用专业人员协助债务人

31. 为协助债务人履行其在程序中的一般职责，有些破产法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，这种许可是由破产管理人给予的，而在有些法律中，则是由法院或债权人给予的。

(f) 不遵守义务

32. 如果债务人不遵守其义务，破产法可能需要考虑应当如何加以处理，同时应考虑到不同义务的性质和适当的制裁。如上所述，如果债务人扣留资料不发，似应利用某种机制强迫提供相关的资料，例如，由法院或破产管理人对债务人进行“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。对于违背其他义务的，也似应采取类似的做法。在重整中，转为清算（见第四章，第 72-75 段）或许是一种适当的制裁，但须以债权人的最大利益为重。在有些情况下，即使债务人未能合作或未能遵守其他义务，继续重整仍然最符合债权人的利益。

33. 破产法还可能需要考虑违背义务采取行动的后果和这些行动是否有效。例如，对于债务人在程序启动后订立的合同，可以放在撤销程序中处理，也可以作为未经授权的交易处理。对于制裁措施所适用的当事方，可能也需给予考虑，例如，如果债务人是法人，凡是一般被看作受债务人控制的人，包括董事和管理人员，均应考虑在内。

5. 债务人的赔偿责任

34. 在企业实体有偿债能力时，企业的拥有者是财务上的主要利害关系人，与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，承受债务人继续经营而可能遭受的任何损失风险。尽管重点发生这样的改变，但企业股东和管理部门的行为和作为主要仍是破产制度以外的法律和政策处理的事项。利用破产法来纠正法律管制上这一领域的缺陷或用以监察公司治理政策，是不可取的，不过有些破产法也可能包括一项义务，规定必须在财务困境的早期阶段启动破产程序。如果与破产债务人实体相关的人员过去行为和作为的后果是对该债务人的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），那么破产法似应根据适用于欺诈和过失的赔偿责任制度，规定可追究有关个人对损害或损失的赔偿责任。

建议 108-114

立法条文目的

关于债务人的条文的目的是：

(a) 确定债务人在破产程序期间的权利和义务；

(b) 阐明对债务人未能履行其义务的补救方法；以及

(c) 处理与破产程序中债务人的管理部门有关的问题。

立法条文内容

权利

申述权（第 20 和 21 段）

见建议 137

参与权和要求获得资料的权利（第 20 段）

108. 破产法应规定，债务人有权参与破产程序，并有权要求破产管理人和法院提供与这些程序有关的资料。

财产保留权，以维护债务人的个人权利（第 20 段）

109. 对于债务人是自然人的情况，破产法应规定，债务人有权保留那些被法律排除在破产财产之外的资产。[4]

债务人的义务（第 22-27 段、第 29 和 30 段）

110. 破产法应明确规定债务人对破产程序的义务。这些义务在破产程序启动时产生，并在整个破产程序期间延续。这些义务应当包括：

(a) 与破产管理人合作，并协助破产管理人履行其职责；

(b) 提供法院、破产管理人、债权人和（或）债权人委员会可能要求提供的有关其财务状况和业务的精确、可靠和完整的资料，其中包括列出：[5]

[4]见第二章，第 17-21 段和建议 38。

[5]但须允许债务人有必要的时间收集相关资料。

㈠ 程序启动前发生的涉及债务人或债务人资产的交易；

㈡ 仍在进行中的法院、仲裁或行政程序，包括强制执行程序；

㈢ 资产、负债、收入和支出；

㈣ 债务人及其债务；以及

㈤ 与破产管理人合作编制债权人及其债权的清册，并随着债权的核实以及债权的承认或否认对清册进行修订和修正；

(c) 与破产管理人合作，使破产管理人能够有效控制破产财产，并便利或配合破产管理人追回不论位于何处的[6]破产财产资产或资产控制权以及业务记录；

(d) 债务人为自然人的，在债务人提出离开或被迫离开其惯常居住地时通知法院；债务人为法人的，为其总部的搬迁取得法院或破产管理人的同意。

保密（第 28、32 和 115 段）

111. 破产法应为保护债务人提供的或关于债务人的商业上敏感的或机密的资料[7]作出规定。

债务人在企业继续经营中的作用（第 2-18 段）

112. 破产法应就债务人在破产程序期间在企业的继续经营方面的作用作出规定。可以采取各种办法，其中包括：

(a) 保留对企业的全面控制（债务人占管式），但实行适当的保障措施，包括对债务人不同程度的控制和规定在特定情形下可撤换债务人。[8]

(b) 有限度的撤换，即债务人可在破产管理人的监督下继续进行企业的日常业务，在此情况下，法律应规定债务人与破产管理人之间的责任分工；或

[6]见第七章——《跨国界破产示范法》和指定一名外国破产管理人。

[7]债务人提供的资料可以包括由债务人控制的资料和由债务人或第三方拥有的资料，关于债务人的资料可由债权人、金融机构和其他人提供。

[8]应当指出，这种备选办法依赖于一个发展完善的法院结构和适用保障措施用以在某些情形下撤换债务人（关于更加详尽的说明，见上文，第 16-18 段）。

建议 108-114（续）

(c) 完全撤换债务人，取消其在经营方面的任何作用，并任命一名破产管理人。

113. 对于债务人占管式安排下的债务人，破产法应规定可由占有中债务人履行的破产管理人职能。

对债务人未能遵守其义务的制裁（第 32 和 33 段）

114. 破产法应允许对债务人未能遵守破产法规定的义务实行制裁。

B. 破产管理人

1. 导言

35. 破产法用一些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”、“接管人”、“临时监护人”、“官方”或“司法管理人员”或“专员”。本指南所使用的“破产管理人”这一用语是指承担从广义上说可予以履行的各种职能的人员，但不对其中不同类型程序中的不同职能进行区分。破产管理人可以是个人，或在某些法域中，可以是公司或其他单独的法律实体。不论以何种方式任命，破产管理人均在有效和高效地执行破产法中起关键作用，对债务人及其资产享有某些权力，有义务对这些资产及其价值以及债权人和雇员的权益提供保护，并确保有效、公正地适用法律。因此，关键是破产管理人要称职，拥有必要的知识、经验和个人素质，使之不但能确保程序的有效和高效率进行，而且能使人们对破产制度抱有信心。

2. 资格

36. 对可被指定为破产管理人者的资格要求，可能取决于破产法在下述方面的设计：破产管理人的作用（包括是清算程序还是重整程序）以及法院对破产管理人（和一般破产程序）进行监督的程度。这些资格要求也可能视任命程序的不同而有差异（见下文，第 44-47 段）。如果破产法规定指定一名公职人员担任破产管理人，则下文讨论的具体资格一般与这种任命并不相关（虽然这些资格可能与政府机构雇用公职人员相关）。

37. 在确定对指定破产管理人所要求的资格时，宜平衡兼顾两个方面，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。在缺乏具备适当资格的专业人员情况下，在指定和监督破产管理人方面赋予法院的作用可成为在实现所要求的平衡方面的一个重要因素。

(a) 临时破产管理人

38. 如果破产管理人是由法院在破产程序启动前临时指定的，该人的权力和职能则一般由法院确定。如果这些权力和职能与破产程序启动后指定的破产管理人的权力和职能相同，该临时破产管理人则应具备与启动后指定的代表相同的资格，负有同样的责任，领取同样的报酬。

(b) 知识和经验

39. 鉴于许多破产程序的复杂性，破产管理人应当称职，最好懂得法律（不仅是破产法，还应懂得相关的商法、金融法和商业法）并有商业和金融事务包括会计方面的适当经验。在清算和重整过程中，在破产法可能规定时限的情形下，在商业上的需要必须与法律上的考虑加以平衡的情形下，以及在需服务于其他人如债权人的利益和可能需考虑公共利益的情形下，破产管理人必须显示出针对种种可能引起争议的不同案件和情况履行其受托职责的才干。如果某一特定案件需要进一步或更加专业化的知识，则始终可由聘任的专家提供。有些破产法还要求，拟被指定为某一特定案件中的破产管理人者应具备适合于该案件的专门知识和技能，例如有关债务人的具体业务、其资产及其运作市场类型的知识。

(c) 确保适当的资格

40. 为确保破产管理人具备适当的资格采取了不同的做法，包括要求具备某些特定专业资格和参加考试；在执照制度由政府机构或专业部门负责管理的情况下颁发执照；专业培训班和资格认证考试；要求在金融、商业、会计和法律等相关领域以及在进行破产程序方面具有某种程度的经验（一般列明年数）。另外还可能要求参加连续职业教育，以确保熟悉有关法律和实务领域中当前的发展变化。那些要求具备某种形式的执照或专业资格和专业协会成员资格的制度也往往论及监督和纪律问题，破产管理人可能须根据破产法以外的法规遵守法院、专业协会、法人管理机关或其他机关的规章。其中有些制度比较复杂，超出了本《立法指南》的范围而无法对其作详细的考虑。

(d) 个人素质

41. 破产管理人除应具备必需的知识和经验外，最好还应具有某些个人素质，例如廉正、公正、独立和良好的管理技能。廉正要求是，破产管理人的声誉良好，无犯罪记录或不当经济行为，在有些国家，还要求过去未破产或被公共机构撤职。如有此类事情发生，一般即构成取消被提名人资格的充足理由。

(e) 利益冲突

42. 这些个人素质的一个基本要素是，破产管理人能够显示出超然于既得利益的素质，而不论这些利益是经济利益、家庭利益还是其他性质的利益。为此目的，破产法有必要规定一种披露现有的或潜在的利益冲突的义务，此种义务应在程序启动时适用于被提名担任破产管理人的人，并在整个程序期间一直适用于已被任命的人。法律应当规定向何人作出这种披露。这取决于破产管理人的甄选和任命程序。各国法律对哪些情形构成利益冲突有不同的规定，而对于在程序启动时披露利益冲突产生的后果或在此后某个阶段发现这种利益冲突后将发生的后果，亦有不同的规定。

43. 举例来说，以前或现在与债务人保持的若干种关系可以产生利益冲突。曾经是债务人的所有人，以前或现在与债务人有商业关系（包括一项与债务人进行的可能在破产程序中受到调查的交易的当事方，或者是债务人的债权人或债务人），与债务人的债权人有关系，曾被聘为债务人的代表或负责人，曾被聘为债务人的审计员，与债务人的竞争对手有关系，这些都足以构成利益冲突。在有些国家，这种利益冲突将排除指定某人担任破产管理人的可能性，或取消被任命者继续担任这一职务的资格。在另一些国家，只要披露了利益冲突，该人仍可被任命，但所披露的情况须证实其廉洁无私，并能据此对任何不公正或缺乏独立性的行为作出评价。为了提高破产制度的透明度、可预测性和公正性，破产法似应规定何种程度的关系可产生此种利益冲突，包括规定哪些关系将使某人丧失接受任命的资格。通常由法院来确定某一案件中是否存在利益冲突或可证明缺乏独立性的根据。

3. 破产管理人的甄选和指定

44. 破产法对破产管理人的甄选和指定采取若干不同的做法。第一步涉及确定可接受任命的潜在候选人范围。破产管理人可从若干不同的背景甄选，例如实业界、政府专业机构受雇人员或民间专业人员协会（往往是律师、会计师或其他专业人士）。在某些法域中，破产法规定某一特定公职人员（职称不尽相同，例如称作官方受托人、官方托管人或法定受托人不等）将自动被指定负责处理所有破产案件或某些类型破产案件。在许多国

家中，破产管理人必须是自然人，但有些国家也确实规定法人也可有任职资格，但须符合某些特定要求，例如代表法人从事工作的个人应具备适当的资格以及法人本身须遵守规章。

(a) 由法院甄选和指定

45. 第二步是确定从合格者当中指定一名破产管理人的程序。在许多法域中是由法院挑选、指定和监督破产管理人的。可由法院从具备适当资格的专业人员名单中斟酌作出挑选，也可从名册中或按轮换制或以其他方式（例如由债权人或债务人推荐）作出挑选。虽然名册制可确保案件得到公平和公正的分配，但这一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，这可能取决于如何编制名册以及破产专业人员列入名册所需具备的资格。如果破产财产无足够资产支付破产管理费，这可能不会被认为是一个多么重大问题。

(b) 独立的指定机构

46. 在有些法域中，经法院指示后，由一个负责对所有破产管理人进行总体管理的单独办事处或机构挑选破产管理人。这种做法可能具有的优点是使得独立指定机构能够利用具有应付特定案件具体情形的专长和知识的专业人员，案件具体情形包括：债务人企业或其他活动的性质；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；或其他某种特殊情形。利用独立的指定机构显然将取决于是否有一个合适的机关或机构具有履行规定职能所必需的资源和基础设施，或将需要建立这样的机关或机构。

(c) 债权人的作用

47. 另有一种做法允许债权人发挥某种作用，参与推荐和选择所需指定的破产管理人，条件是此人符合处理特定案件工作的资格。这种做法和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。一种不同的做法是在破产程序是由债务人所启动的情形中允许债务人指定破产管理人。这种做法可使债务人和其他当事人（例如债权人）在程序启动前进行讨论，以便让预定的代表熟悉业务并让债务人挑选其认为最有能力进行重整的破产管理人。但有人可能会对这些情况下该破产管理人的独立性感到担心。这些担心可通过允许债权人在适当情形下撤换由债务人指定的破产管理人加以解决。

4. 对破产管理人的监督

48. 除了对指定破产管理人所适用的资格和个人素质要求之外，在某些个别案件中，通过破产法的设计和分配给各参与方的不同职责，还可对破产管理人履行其职责（和证明其上述素质）的情况进行监督。例如，对于破产管理人与法院之间的关系，尤其是两者之间的权力划分，以及债权人对监督破产管理人的某些决定和在诸如报酬以至撤职等其他问题上可能发挥的作用，破产法采取了各种各样的做法。由于破产管理人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往往最有可能作出知情的决定。但这并不是说破产管理人可以取代法院行事。在破产管理人做出某些决定之前，须向法院或债权人发出通知，破产管理人须定期就某些活动向法院和债权人报告，法院须裁决在破产程序的进行过程中产生的纠纷，而且在破产程序期间许多阶段通常都要求法院予以核准。即使在法院在破产程序中作用较有限的国家，对通常赋予破产管理人的权限也有限制。

5. 破产管理人的职责和职能

49. 破产法经常对破产管理人必须在程序中履行的职责和职能作出规定，破产法赋予破产管理人有效和高效地履行这些职责和职能所必需的权力这一点非常重要。这些关于管理程序和保存及保全破产财产的职责和职能一般可包括下文所列各项（尽管本表所列各项并非意在详尽无遗，在有些情况下，不同的职能会重叠，或者会因破产法的设计不同而无关紧要），其中有些可能与重整关系不大，而是与清算更为相关。

(a) 直接控制组成破产财产的资产及债务人的经营记录；

(b) 代表破产财产；

(c) 获得启动后融资；

(d) 在进行中的法院、仲裁或管理程序中为破产财产的利益而行使权利；

(e) 采取一切必要步骤保全和保存破产财产中的资产和债务人企业，包括防止擅自处分这些资产以及行使撤销权；

(f) 登记破产财产的权利（在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）；

(g) 指定会计师、律师和其他必要的专业人员以协助破产管理人履行其职能并给予报酬；

(h) 获得有关债务人、其资产、负债和以前的交易（特别是可撤销期内发生的交易）的资料，包括审查债务人和与债务人有往来的任何第三人；

(i) 审查尚未充分履行的合同，以便决定是继续执行还是拒绝执行；

(j) 处理雇员及其权利和应享待遇，包括养恤金权利；

(k) 在清算中变现破产财产中的资产；

(l) 核实和承认债权并保持已核实债权和已承认债权的最新清单；

(m) 定期向法院和债权人提供详细介绍程序进行情况的资料。有关资料将包括，例如，在有关期间内已出售的资产的详情、变现价格、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；有待管理的资产；

(n) 参加债权人会议；

(o) 在重整中以及在将企业作为营运资产出售的清算中继续经营和管理企业；

(p) 在重整中拟订或协助拟订重整计划或（在拟由破产管理人履行重整职能的情况下）拟订一份说明为何不可能进行重整的报告；

(q) 监督重整计划的批准，并在需要时监督计划的执行情况；

(r) 在清算中分配破产财产的变现收益，迅速、有效并根据案件各方当事人的最佳利益结清破产财产；

(s) 向法院或根据需要向债权人提交关于破产财产管理情况的最后报告和清算账目；以及

(t) 可由债权人或法院委托给破产管理人的任何其他事项。

50. 除这些具体职责和职能外，破产法还经常对破产管理人规定某些一般性义务。这些义务可包括实现破产财产价值的最大化和保护破产财产中的资产，以及有责任在出售破产财产的资产时获得可合理获得的最好价格。

51. 如果重整涉及债务人占管式，不指定破产管理人，那么其中许多职责将由债务人履行，法院或债权人的监管程度也有所不同。

6. 保密

52. 上文指出了规定债务人负有保密义务的必要性。破产法还宜规定破产管理人也负有保密的职责，因为将获得的有关债务人事务的许多资料都具有商业敏感性、机密性或受对其他人的义务的限制（例如商业秘密、研究与发展资料以及客户资料），这些资料不应披露给可能会对其作不当利用的第三方。如果向债权人披露信息，这些债权人应负有与破产管理人同样的保密义务。在破产管理人有权在审查债务人过程中强迫披露资料和文件的情况下，遵守保密规定就可能特别重要。其中有些资料可能来自第三方

当事人，须受到隐私权保护规定和保密规定（例如那些适用于银行的规定）的保护。最好是仅允许破产管理人为了破产程序之目的在被允许进行审查时使用那些资料，但法院另有决定的除外。这一点也可适用于在针对债务人的刑事诉讼程序中提供和取得资料的情形。类似的保密义务应适用于破产管理人的代理人和雇员（见下文，第 66 段）和法院指定的其他当事人（包括债权人，见下文，第 115 段）。

7. 破产管理人的报酬

(a) 数额的确定

53. 除了对破产财产管理过程中发生的适当支出给予补偿外，破产管理人还将有权就其提供的服务得到报酬。这种报酬应与破产管理人的资格和所要求履行的任务相适应，并在风险与奖励之间取得平衡，以便适当吸引符合资格的专业人员。为这种报酬的计算采取了若干方法。报酬数额可通过下列方法确定：参照政府机构或专业协会确定的经核准的佣金表；由全体债权人、法院或特定案件中的一些其他行政机关或法庭确定；根据破产管理人（和有可能进行破产管理方面工作的、从办公室人员到主要任用人员的各类人员）在管理破产财产方面适当花去的时间或者可根据已变现或已分配或两者兼有的破产财产中资产数额的百分比（在程序结束，资产已被出售及价值已经确定时计算出来的）。它可以是一个固定的百分比，并可能包括视特定案件而予以增减的规定。不论是哪一种计算方法，破产法一般都对在利益方或破产管理人本人提出要求时进行进一步调查作出规定，视计算方法而定。这种做法将对确保透明度很重要。但是，同时务必避免出现拥有最后决定权的一方当事人可左右程序进行的情况。

㈠ 按时间计酬法

54. 按时间计酬法的一个优点是，往往在一开始时对于某一特定管理工作的复杂性和资源密集性存在着高度不确定性，这种不确定性至少会一直延续到开展了某些初步工作时为止。而其缺点是，按时间计酬法虽然可能会鼓励进行非常彻底的管理，但也可能会在某些情形下作为一种刺激因素发生作用，导致尽量增加花在管理上的时间，而不一定能使破产财产获得相称的价值回报。

㈡ 按佣金计酬法

55. 至少从债权人的角度看，按佣金计酬法的一个优点是，所收回的资产中至少有一些（即使不是大部分）将会分配给他们。但从破产管理人的观点看，这可能是一种没有确定性的计算方法，因为管理工作所涉的工作量

不一定与可供分配的资产的价值相称。这种方法还可能会鼓励采取一种“以最小成本取得最大回报”办法，而对履行与增加债权人的回报无直接关系的职能几乎没有什么刺激作用，这些职能包括负有向法院和债权人报告的义务以及协助监管机构调查债务人事务和可能的不当行为。在大案中，此种计算法可能导致从破产财产中支付大笔费用，结果令债权人和债务人望而怯步，不愿提出申请。

㈢ 债权人的介入

56. 在有些国家，可能要求债权人（或债权人委员会）在确定或批准报酬数额方面发挥作用，其中要求考虑到案件的复杂性、破产管理人职责的性质和程度及其履行效果以及破产财产中资产的价值和性质。债权人的介入可有助于克服上文讨论过的一些困难，因为债权人对所涉及的问题有更多的了解并有机会参与确定和批准报酬。还可在程序进行过程中对报酬进行定期审查，以便或许通过仲裁或破产管理人与债权人之间一些其他解决纠纷的形式，在产生任何问题时加以处理和解决。应当小心避免出现由最后决定权使一方当事人可不适当左右程序进行的情况。

57. 破产法最好能为确定破产管理人的报酬数额建立一个机制，该机制应当足够明确和透明，以避免产生纠纷，并应对破产程序的费用提供某种程度的确定性。无论以何方法计算破产管理人的报酬，破产法都应确认优先支付破产管理人的报酬的重要性。

(b) 支付方式

58. 支付破产管理人的报酬经常引起无担保债权人的报怨，因为最常见的可用资金来源往往是未抵押资产，支付报酬后，可分配给这些债权人的资产可能毫无所剩。虽然仅仅因为管理费用超出了可用于支付这项费用的未抵押资产的价值就下结论说管理费用过高，这是不公平的，但无担保债权人看到大部分（即使不是全部）资产被用于支付管理费用这一情况，以及认为管理费用总额与收回的资产价值相比不公平这种看法，的确表明有必要对这一问题加以认真考虑。可对破产管理人的报酬支付问题采取不同的做法。例如，在破产财产含有未抵押资产情况下，可从这些资产中支付报酬；对资产收取附加费，以用于支付在为了债权人的利益而管理或出售的情况下管理或出售这些资产所需的费用；还可对提出启动破产程序申请的债权人收取附加费，以用于至少支付起始费用和履行基本管理职能所需的费用；或者抵押资产可能必须用来支付相应比例的报酬或固定比例的报酬。另一种做法是从国家为此目的而设立的基金中支付破产管理人的报

酬，如果债务人的资产不足以支付破产财产的管理费用，这种做法特别有用（见第一章，第 72-75 段）。[9]

(c) 对报酬的审查

59. 视破产管理人的计酬方式而定，似应规定一个审查程序，以解决破产管理人本身的不满或债权人的不满。在报酬是由债权人会议所确定的情况下，法院将一般有权在由破产管理人或由一定比例或人数的债权人（例如，占发行股份资本的 10%或占债务总额的至少 10%或 25%的债权人）提出申请后，审查报酬数额。如果报酬一开始就是由法院确定的，可以采取不同的做法；有些法律允许破产管理人对该决定提出申诉，有些法律则不允许。有些破产法还规定债务人不能申请审查。如果要求破产管理人须是某一专业组织成员或须持有执照，该有关专业组织或执照颁发部门也可有权审查其成员收取的佣金并可提供非正式纠纷解决机制。

8. 破产管理人的赔偿责任

60. 破产管理人采用的细心标准及其个人赔偿责任对于破产程序的进行具有重要意义。确定破产管理人履行其职责和职能所需的细心、审慎和技能的衡量尺度要求考虑到破产管理人在履行职责时遇到的困难处境，并使之与支付适当的报酬水平和需要吸引具备资格的人员担任破产管理人保持平衡。还似应平衡兼顾两种标准，一种标准将是确保破产管理人有能力履行职责，另一种则是过于严格从而引发针对破产管理人的法律诉讼并造成其服务费用的增加。破产法还需考虑到破产管理人的赔偿责任可能常常涉及破产法以外法律的适用问题，或者如果破产管理人是某个专业组织的成员，可能涉及适用该组织的有关职业标准。

61. 在许多法律制度中，破产管理人将因其失职或渎职造成的损害而在民事诉讼中承担责任，不过在确定必要的标准方面采取了不同的做法。在一定程度上，采用哪种标准将取决于指定破产管理人的方式和指定的性质（例如，是私人从业人员还是政府雇员）。一种做法可能是要求破产管理人遵守对债务人在非破产状态下正常经营业务活动时所预期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，这是因为破产管理人所处理的不是自己的资产，而是属于另一个人的资产。另一种做法是立足于期望破产管理人将为正当目的而本着诚信行事。再一种做法可以是依据必要的细心标准确定过失。

---

[9]此种基金可以用若干种方式集资，例如，由被清算的债务人的董事付款；增加破产申请登记费，要求将清算变现所得全部资金存入一共同账户，其利息归入该基金；或对申报的公司年度收益征税，等等。

62. 解决损害赔偿责任问题的一种方式可以是要求破产管理人设置一项保证金或投保，用于补偿破产财产中资产损失或可能因其渎职而须支付的赔偿金。一些破产法要求既支付保证金又提供保险，保证金用于一类损害，保险用于另一类损害，其他一些破产法则仅要求提供保险。在某些情况下，所要求的保证金数额与破产财产的资产的账面价值相关，在其他情况下，在相关的专业协会或监管机关的规则中，甚至在破产法中，对所要求的保证金价值和投保额都作了规定。这两种做法的另一个区别可能与提出损害赔偿的程序有关，以及针对保证金索赔或针对保险金索赔是否有所不同。然而，支付保证金或取得个人赔偿保险，并非在所有国家都行得通，因此还需采取其他办法。在拟订这个问题的解决办法时，似应平衡兼顾控制由破产管理人提供的服务的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管理人承担所有风险。

63. 赔偿责任的另一个问题是破产管理人对正常破产程序过程特别是重整过程中产生的债务，例如，与企业继续经营有关的债务，是否将负有个人责任。使破产管理人承担责任这种做法的好处是，可以给债务人的供应商提供确定性，并对举债起制约作用。但是，如果个人赔偿责任的风险超过可能赚取的费用，这种做法同时又会起到消极作用。一个解决办法是，只让破产财产的资产承担责任，而不让破产管理人的个人资产承担责任。

64. 赔偿责任方面的另一个问题涉及破产管理人对债务人不法行为的责任，这个问题可能须视破产管理人对债务人活动的控制程度而定。根据有些国家的法律，破产管理人可能对在其控制期间债务人的不法行为承担责任，但要求破产管理人对在其被指定为破产管理人之前发生的债务人的行为诸如环境损害承担责任，则是不可取的。

65. 对于针对具有正式身份的破产管理人提起的诉讼，可能需考虑确定哪个法院对这种诉讼拥有管辖权。为了避免不确定性和混乱，（在法院对任命破产管理人起一定作用的情况下）,似应确保所确定的法院是指定破产管理人的同一个法院。

9. 破产管理人的代理人和雇员

66. 有些破产法要求，需经法院核准，破产管理人才能保留会计师、律师、评估师和可能需要的其他专业人员以协助破产管理人履行其职责。有些法律则不要求法院核准。破产法宜制定根据专业人员的经验、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。适用于破产管理人的披露利益冲突或引起缺乏独立性的情形的要求也同破产管理人雇用的或提议雇用的专业人员有关。保密义务也是如此。

(a) 对作为或不作为的责任

67. 在由于破产管理人的代理人和雇员的行为而使破产财产受到损失时，破产法可能需要涉及破产管理人对这些行为的赔偿责任问题。有些破产法规定破产管理人不负个人责任，除非他对履行职责未进行适当程度的监督。

(b) 报酬

68. 可对破产管理人雇用的专业人员的报酬支付采取不同的做法。关于报酬的数额，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是要求获得债权人的批准。专业人员的报酬可以在实施程序期间定期支付，也可以要求等到程序结束后再付。关于对他们的支付方式，有些破产法规定，将由破产管理人垫付专业人员的报酬，然后再从破产财产中销账，而根据其他法律，专业人员对破产财产拥有破产管理费债权。

10. 对破产管理人管理工作的审查

69. 破产法应当明文规定债权人可以什么理由质疑破产管理人的决定或管理以及可对哪些决定提出这种质疑。根据现行法律债权人提起诉讼的理由可以分为两大类。

70. 第一类中的法律规定，在可以表明破产管理人犯下某种错误时，债权人享有某些权利。这种错误可以包括：实际违法行为，例如挪用款项或资产或者以不当手段获取债权人的核准；程序错误，例如没有征求债权人或债权人委员会的必要核准，或者没有进行法律规定的另一行为；或者破产管理人玩忽职守。某些法域限制债权人只能在其中的一些情形而不是所有情形中有权质疑破产管理人。

71. 第二类中的法律通常除了与特定错误有关的理由之外，还规定债权人可以（一般在法庭上）对他们各自或集体反对或不同意的破产管理人的任何决定、作为或不作为进行检验。胜诉的基础通常是与上文所述相类似的理由，但还可以包括证明这种决定、作为或不作为有违债权人的权益。为了防止不合理地扰乱对破产财产的管理，破产法可以采用适当的限制，例如调整为了让法院支持债权人的申诉而应满足的举证标准，或者保护破产财产管理的某些方面免受申诉。

72. 大多数法律规定法院在审查破产管理和强制执行债权人的实质性权利时享有若干权力。在某一程度上，法院可以指示破产管理人采取或不采取与债权人异议有关的特定行动。法院还可以有权确认、撤销或修改破产管理人的决定，或者根据异议债权人的直接请求或法院自己动议撤换破产管理人。许多破产法规定，破产管理人履行其职责时故意或因疏忽而给债权

人造成损害的，须负个人责任。某些破产法还规定在这些情形中法院可以对破产管理人处以罚款。

11. 破产管理人的解职

73. 有些破产法允许在某些情况下解除破产管理人的职务，其中可以包括破产管理人违反或未能履行破产法中规定的法定职责、表现出严重缺乏能力或严重失职、未披露利益冲突、从事了非法行为，或不太严重的理由，例如破产程序要求的某一特定的或不同的能力现任代表并不具备。出现后一种情况的原因包括，从清算程序转为重整程序，而破产管理人可能不具备必要的技能，或者在债务人主持重整的情况下，无需指定破产管理人。不同的做法规定，解职可依据法院自行作出的决定或应利益方要求作出的决定，或依据适当多数的无担保债权人作出的决定进行。无论采取哪种做法，解职都是对破产管理人的一种制裁，因此，应当允许破产管理人有权申述和说明原因。在破产管理人须受专业或监管机构监督的情况下，可经调查和审查之后将其解职，并还可撤销其执照或其他授权。

12. 破产管理人的替换

74. 在破产管理人辞职或解职的情况下，或发生了例如死亡或严重疾病等可能造成破产管理人无法履行其职责的任何其他事件的情况下，可以通过规定由法院或债权人指定一位继任破产管理人来避免程序的中断和拖延。有些破产法则要求法院也要批准破产管理人的辞职，而其他法律则无此要求。如果破产法对破产管理人的替换作出了规定，则还可能需要涉及与破产财产中资产的（酌情而定）所有权或支配权的替代和继承有关的问题以及将账薄、记录和与债务人有关的其他资料交给继任人的问题。破产法可能还需要考虑已被替换的破产管理人在进行破产程序时实施的行为的有效性问题和对其任职期间所做工作的报酬。

建议 115-125

立法条文目的

关于破产管理人的条文的目的是：

(a) 规定任命所需的资格；

(b) 建立甄选和指定机制；

(c) 规定权力和职能；以及

(d) 规定报酬、赔偿责任、解职和替换。

建议 115-125（续）

立法条文内容

资格（第 36-41 段）

115. 破产法应规定被指定担任破产管理人所需的资格和素质，其中包括廉正、独立性、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。破产法还应规定取消拟指定为破产管理人的人的任命资格的理由。

利益冲突（第 42 和 43 段）

116. 破产法应要求下列人员披露利益冲突、缺乏独立性或可能引发利益冲突或缺乏独立性的情形：

(a) 已获提名指定为破产管理人的人或已指定为破产管理人的人，如果在破产程序过程中将出现利益冲突或出现可能引发利益冲突或缺乏独立性的情形；以及

(b) 已获提名拟由破产管理人或破产财产雇用的人，包括专业人员，或已由破产管理人或破产财产所雇用的人，如果在破产程序过程中将出现利益冲突或出现可能引发利益冲突或缺乏独立性的情形。

117. 破产法应规定在建议 116 中提出的披露义务应当在整个破产程序中适用。破产法应规定利益冲突或缺乏独立性的后果。

指定（第 44-49 段）

118. 破产法应确定甄选和指定破产管理人的机制。可采取各种办法，其中包括由法院指定；由独立的任命机构指定；根据债权人或债权人委员会的建议指定；由债务人指定；或在破产管理人是政府或行政机构或官员的情况下通过破产法的运用来指定。

报酬（第 53-59 段）

119. 破产法应确立破产管理人的计酬机制并确定支付此种报酬的优先顺序。

破产管理人的职责和职能（第 49 段）

120. 破产法应规定破产管理人负有保全和保存破产财产的义务。破产法应规定破产管理人对程序管理以及保存和保全破产财产，包括对继续运作债务人企业的职责和职能。

申述权（第 116 段）

见建议 137

保密（第 28、52 和 115 段）

见建议 111

赔偿责任（第 60-65 段）

121. 破产法应规定破产管理人未能履行或未能适当履行法律对其规定的职责和职能的后果以及所实行的任何有关的赔偿责任标准。

解职和替换（第 73 和 74 段）

122. 破产法应确定解除破产管理人职务的理由和解职的程序。解职的理由可包括：

(a) 不胜任、未能履行其权力和职能或在履行其权力和职能时未能表现出适当程度的细心；

(b) 没有履行的能力；

(c) 缺乏特定案件所要求的特殊资格或专门资格；

(d) 从事非法行为或活动；

(e) 利益冲突或缺乏独立性从而理应解职；或

(f) 破产管理人的职能发生变化。[10]

123. 破产法应确立破产管理人的解职程序，这种程序应考虑到当时指定破产管理人的方式并应当为破产管理人提供申述权。

[10]例如，由清算程序转为重组程序。

建议 115-125（续）

124. 对于破产管理人死亡、辞职或被解职的情形，破产法应确立指定接替人的机制并规定是否有必要由法院批准接替人。

破产财产无足够资产支付程序管理费（第 45 段；第一章，第 72-75 段）

125. 破产法如果规定应指定一名破产管理人来管理所含资产不足以支付程序管理费的破产财产，则破产法还应确立破产管理人的指定和报酬机制。

C. 债权人：参与破产程序

1. 导言

75. 一旦启动破产程序，债权人同债务人企业就有了重大的利害关系。作为一般的主张，许多破产法规定，通过指定破产管理人来保障这些权益，出于一些不同的原因，许多破产法也为债权人直接参与程序提供便利。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债权人认为对债务人这类企业经验不足或专长不足或者缺少独立性的个人（取决于任命破产管理人的方式），那么债权人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，可能会对这种程序失去信心。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，并对破产管理人的行为进行监督，从而制止可能滥用破产程序和管理费用过高的问题，并提供一种处理和分发信息的手段。在考虑促进债权人深入参与的可取性时，必须考虑到需确保债权人代表机制的效率和成本效益，防止债权人参与将对其权益毫无影响的事务（不过，要明确区分哪些事务有影响和哪些事务没有影响，恐非易事）。

76. 如果破产法为债权人参与程序提供便利，这种参与可以采取不同形式。根据有些法律，这种参与只包括申述权和出庭权，其他法律则规定，这种参与还包括就某些事项表决的权利、根据请求或就破产法指定的事项向破产管理人提供建议，以及破产法、法院或破产管理人确定的其他职能和职责。

2. 债权人介入决策的程度

(a) 债权人应履行的职能

77. 根据所认定应由债权人履行的职能，债权人对破产程序决策过程的可能介入程度各有不同。一般而言，在确定应将哪些职能赋予债权人时，须考虑到破产法的总体设计以及希望在法院、破产管理人、债务人和债权人这几方的作用之间如何平衡，特别是在监督和监管方面。在某种程度上，赋予债权人的不同职能反映了不同的破产文化和传统，特别是反映了债权人对其介入破产程序的不同期待。不过，债权人的参与越来越被看作是破产法的一个重要组成部分，尤其是可以以此平衡法律分配给其他参与方的作用，而且是一种维护债权人权益的重要手段。

78. 一种做法是只允许债权人很低程度的参与。根据这些破产法，破产管理人须对无争议的一般管理问题负责作出所有重要决定，而债权人仅起很小的作用，影响甚微。这一模式中债权人很低程度的参与，可以由破产管理人的关键义务予以弥补，而其中的一项义务就是最终为了一般债权人的利益而保护破产财产的价值。这种做法在两种情况下可能有效，一种是在任命一位有经验的破产管理人参加程序的情况下，因为这样做可以避免在管理债权人参与方面出现可能的延误和产生费用；另一种是在破产制度对程序及其参与者的约束程度很高的情况下。

79. 其他做法向债权人提供了更大的程序参与权。这种参与程度可能从参与第一次会议审议某些事项，到自始至终发挥作用。这可能要求债权人履行咨询职能，或者在更高层次上，批准破产管理人的某些行为和决定。例如，在债权人履行一般咨询职能的情况下，破产管理人可以把事项提交债权人，但不受其所作任何决定或所给予的咨询建议的约束。对于破产管理人不必非要遵循债权人决定的情况，破产法常常规定，对于某些行为，破产管理人必须征求法院的事先批准，或债权人可向法院提出申请，要求给予破产管理人具有约束力的指示（或在破产管理人未能履行其义务或其行为有损于债权人利益的情况下，要求撤换破产管理人）。

80. 根据其他的法律，债权人可能需对程序的进行履行具体的职能，其中包括与破产管理人合作或协调一致。在作出决定之前，破产管理人可能必须就这些事项与债权人进行磋商，或者决策权可能归属于债权人。其他的职能是要求债权人监督破产管理人的行为和决定。 这些行为和决定一般涉及程序的管理和影响债权人权益的问题，其中可能包括：在正常经营过程之外出售资产；核实债权；批准破产管理费；在清算时继续经营；程序启动后进行融资；核实债权；补偿专业人员，包括破产管理人；对程序启动时债务人为当事方的司法程序进行处理；审议和批准重整计划；任命债权人委员会或债权人代表；监督破产管理人的行为；分配资产；以及审议（和批准）破产管理人的最后报告和决算。

81. 债权人可能对破产管理人的甄选和指定负有责任，如果破产管理人不履行其职能和职责或者出现过失，债权人还可以寻求通过法院撤除和撤换破产管理人。债权人还可以起请求或建议法院采取行动的作用，例如，建议将重整改为清算，或由破产管理人启动或债权人代表破产财产启动撤销权诉讼。

82. 如果破产制度规定破产管理人的行动或决定须受全体债权人或债权人委员会或其他债权人代表的监督或核准，将可能对债权人给予高度的保护，然而，这有可能影响行政管理过程的费用和效率。. 破产管理人与个别债权人之间某种程度的分歧几乎是不可避免的，这特别是因为破产管理人需要以所有债权人的总体利益为重，所采取的行动个别债权人可能不支持或不同意。不过，在通常情况下，这种不满不会构成由法院撤换破产管理人或者由债权人对破产管理人采取行动的理由。为此，破产制度将需要平衡两个方面，一方面是在多大程度上需要债权人的监督或核准（包括界定需要核准的行为和决定以及获得这种核准的程序），另一方面是破产管理人的独立性和进行破产程序过程中迅速与成本效益的可取性。各破产制度对这些可能相竞的因素所作的综合考量各不相同。

83. 无论债权人应当履行何种职能，破产法都似应明确规定债权人是否必须承担所规定的每一项职能，或是否某些职能是自由斟酌履行的，以及在履行这些职能的过程中债权人与破产管理人相互作用的方式。特别是，可能应处理破产管理人与债权人之间的争议。 如果争议涉及属于债权人会议应履行的职能范围内的事项，许多法律都优先考虑债权人所作出的决定。如果破产法规定债权人有权对破产管理人的行为或决定提出异议，破产法中应指明当破产管理人不同意或不接受这种异议时债权人可采取的行动，并指明适用的程序要求和举证要求。

(b) 参与清算和重整

84. 在确定债权人参与程度方面，一些破产法在清算和重整之间作了区分。在清算中，虽然一般来说，债权人干预程序或参与决策可能不很重要，但他们能够对债务人的企业，尤其是将企业作为营运资产出售而提供弥足珍贵的专家意见和信息。还似应向债权人提供关于清算进行情况的报告，以确保债权人对程序的信心以及程序的透明度。然而，在重整中，要求债权人的投入既是有益的，也是必要的，因为一般将要求由债权人批准所拟议的重整计划。

(c) 鼓励债权人参与

85. 在破产法允许债权人在程序中发挥积极作用的情况下，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。即使在破产法

规定要求积极参与的情况下，债权人也一般认为从这种参与中不会取得什么收获，尤其是在债权人所得到的回报不可能很大的情况下，以及在参与可能事实上要求进一步耗费时间和金钱的情况下。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，见上文，第 2-18 段），而且例如采取与挑选债权人委员会人选和拟由该委员会（或在没有委员会的情况下一般由债权人）履行的职能有关的具体措施以及必要时使用电子手段便利通信和表决，即可在一定程度上解决这个共同的问题。另一个担心可能与参与程序，特别是作为债权人委员会成员参与程序而可能承担的赔偿责任有关。针对这种担心，可以规定除欺诈或恶意行为等明确界定的情形之外，一律免除赔偿责任。

(d) 掌握情况和获得通知的必要性

86. 为了使债权人能够履行具体职责，务必直接或通过债权人委员会或债权人代表的其他形式，为债权人提供关于债务人业务和财务事项的相关、现时和准确的情况，并就影响债权人权益和可能需由其决定或提出意见的问题向债权人提供通知。该通知可通过债权人委员会或其他代表提供。如果向债权人或债权人委员会提供这种资料，则上文提到的与债务人和破产管理人有关的保密问题，也与债权人有关（见下文，第 115 段）。

(e) 担保债权人

87. 破产法还似应规定有担保的债权人可以或者应当参加债权人会议或债权人委员会的程度。作为一般规则，有完全担保或担保超值的担保债权人不参加债权人委员会。在这种情况下，他们的利益与无担保债权人的利益大不相同，而且如果他们能够参与并可能改变债权人决定的结果，并不一定符合所有债权人的利益。由于认识到这种利益上的差异，一些破产法要求有担保的债权人放弃担保权益后才能参加破产程序并就需要债权人表决的事项进行表决。然而，如果债权人的担保价值不足，他们的利益更有可能与无担保债权人的利益一致，他们参加债权人委员会或债权人的表决，并无不妥，至少在其不足值担保范围内是如此。在重整中，如果重整计划会改变担保债权人的权利或如果抵押资产对重整计划的成功实施至关重要，则将直接关系到担保债权人的利益（见第四章，第 34-39 段）。

3. 促进参与的机制

88. 在参与机制方面，一些破产法规定在程序的关键阶段举行债权人全体会议。其他的破产法则允许组成一个委员会，由少数债权人组成（人数可在破产法中规定）以便利参加对破产财产的管理，债权人有时可能与股东并且还可能与其他利益方共同组成该委员会。前一种办法对债权人人数少

或债权人都在同一地区的情形最有用。后一种办法对债权人人数多或债权人不在同一个地区或甚至不在同一个国家的情形更适合。所采用的参与机制还将取决于债权人当前面临的问题。许多破产法将两种办法都包括在内，诸如批准重整计划等重大问题留待债权人会议审议（见下文，第 96 段）。如果指定一个委员会，其应当有权独立于破产管理人行事，以便确保公正而又毫无偏见地代表债权人的利益行事。

89. 有利于组成债权人委员会的另一个办法是（由债权人或法院应债权人的请求）指定由一个人（某些法律称之为干预人或监察人）在破产程序中代表某些债权人或某些类别的债权人（如至少持有 10%债务的那些债权人）。在采用这一做法的一部法律中，这一做法的理由是为了促进债权人更加有序和及时的参与，以及避免以前遇到的拖延和争议。该代表所起的作用类似于债权人委员会，代表其所代表的全体债权人行事，承担各种职能，例如监督破产管理人或债务人对破产财产的管理；请求举行庭审；对债务人提起诉讼；要求提供关于涉及债权人权益的资料；或者召集债权人会议。有些法律要求由债权人支付其代表的费用，以避免给破产财产造成过多的费用，其他法律则规定从破产财产中支付这些费用。

90. 对这些不同做法的取舍，可能涉及对时间、费用、效率、透明度和民主体制等各方面因素的平衡。例如，同债权人委员会这种办法相比，指定一名代表的做法可能更有效率，成本效益也更高，由于引起的争议较少，程序的进行更加有序。但是，后一种做法或许透明度更高，是一种更为民主地代表债权人利益的方式。另一个相关因素是，是否有训练有素的破产事务专业人员和有效的基础体制结构可协助管理和进行破产程序，在有些情况下，可以让债权人在程序中发挥更大的作用，从而协助克服专业人员缺乏或体制能力薄弱的困难处境。如果破产制度的条件支持设立债权人委员会，则便于债权人参与的最有效安排即可能是这样的委员会。

4. 债权人会议

91. 许多破产法都规定，分配给债权人的职能应当通过债权人全体会议加以履行。如上所述（见第一章，第 64-66 段和第 69-71 段），破产法应当要求（以个别通知、广告或其他方式）向债权人通知启动破产程序的情况，这种通知应当包括有关许多事项的内容，其中包括在启动后一段规定的时限内（破产法中列入的时限为启动生效之日起五天到一个月不等）拟由法院或破产管理人召集债权人第一次会议的详细情况。根据许多破产法的规定，该第一次会议是全体债权人将召开的唯一一次会议。如果召开此种会议，破产法似应指明该会议上将予讨论和解决的事项。

92. 那些对举行债权人其他会议作出规定的破产法采取了不同的做法。根据某些法律的规定，将由法院或破产管理人为了具体的目的而召集这些其他的会议，而有些法律则规定债权人或破产管理人以及在某种有限的情况

下债务人在必要时召集特别会议。在破产法允许债权人召集会议的情况下，法律可能对何时召集会议或召集会议前必须满足的条件作出某些限制规定。这些条件可能包括在采取破产程序中的某一步骤之后一段规定的期限届满；在破产管理人的规定行为或决定完成之后；或者在破产管理人不作为的情况下。一些法律还规定，只有持有总债权额特定百分比的债权人集体才有权召集会议（如按价值计算的 10%的债权人集体、持有不少于25%总债权的债权人集体或至少 25%的无担保债权的债权人集体）。另外一种办法是授权任何利益方向法院申请召集债权人会议。不论采用哪种办法，都应平衡兼顾两个方面，一方面是便利债权人参与和保护债权人的利益，另一方面则是高效率和有效地进行程序，毫无不适当的拖延。

93. 似应让所有债权人都享有对债权人会议所讨论的事项的申述权。如果必须有债权人的投票表决，破产法似应规定表决资格和表决机制，其中应特别包括债权人是否须亲自参加表决，是否可以使用代理人或电子邮件或互联网等其他手段。如果债务人的债权人当中包括某些种类的债权人，例如持有债券的公共机构，则还须制订特别规则以便利它们参与程序，特别如果它们为数众多的话。例如，为满足参与债权人大会的债权人需达到的规定人数或比例要求，似应允许经过适当授权的代表可代表一定百分比的债权人。对于表决要求也应适用同样的考虑；如果债务人的负债包括公开出售的债券，要求亲自参加表决可能使破产程序大为复杂。

94. 破产法还似应允许由债权人制定其会议的实际议事规则。这些规则应涉及的问题可以包括：出席和参与资格、表决资格、法定人数所需的必要多数、会议主持人以及会议的一般进行方式。关于这些问题的规则也将适用于债权人委员会及其会议的进行。

5. 需由债权人表决的事项

95. 破产法需确定须由债权人表决的事项并确定适用于每种情况的表决要求。

96. 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管理人；批准重整计划；批准启动后融资；以及在正常经营过程外出售重大资产等其他重要事件上采取的行动。

97. 对于实现这种表决可以采取若干不同的做法，每种做法都取决于有待决定的事项的性质。一些法律规定，表决应当在亲自出席债权人会议的情况下进行，而其他的法律则规定，如果涉及大量的债权人，或者债权人不是本地居民，表决可以通过邮件或通过代理人进行。如果涉及大量债权人，特别是涉及持有债券的公共机构等某些种类的债权人以及外国债权

人，则要求亲自表决的可行性显然会受到质疑。允许在建立适当安全的措施的情况下利用电子邮件和互联网等电子手段进行表决，这种做法将越来越可取。

98. 关于各种决定需要有哪种表决结果才能对债权人具有约束力，采取了不同的做法，一些破产法对拟作出的不同类型的决定作了区分。有些破产法规定，较为重要的决定，如批准重整计划的决定，可能需要表决时既包括一定比例的债权价值，也包括一定数量的债权人。有些法律规定，大多数决定必须有占多数债权额的同意，而选举或撤换破产管理人或由破产管理人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。有些法律则规定，在选举或撤换破产管理人等问题上简单多数就够了。有些法律还对需要得到担保债权人和无担保债权人支持的事项作了区分，例如，担保债权人一般将只参加对选举破产管理人等规定事项和影响其担保权益的事项进行的表决。

6. 债权人委员会

99. 如上所述，成立债权人委员会或选举或指定债权人代表，是为了促进债权人积极参与破产程序，不论是清算还是重整。债权人委员会（或其他的债权人代表形式）可能并非在所有的破产案件中都需要，但在下列情况下却是适宜的，例如债权人的人数庞大；债权人利益迥异；或者案件的其他特征表明这种做法是可取或必要的（如限制时间和金钱的耗费）。一些破产法允许由债权人确定究竟是指定一个委员会还是指定破产管理人，而其他法律则规定由法院指定一个委员会。不论如何指定，债权人委员会应能独立于破产管理人行事，以确保公正而又毫无偏见地代表债权人的利益。在如何进行委员会会议方面，破产法似应允许债权人制定关于上述事项的规则（见第 94 段）。

100. 在成立债权人委员会的情况下，有必要考虑在多大程度上以破产财产支付委员会的费用；一些破产法允许债权人成立非正式的委员会，这些委员会不受法院或破产管理人的正式承认，其费用不在破产财产中报销，而是由债权人本身承付。其他法律规定，债权人委员会的费用由破产财产支付。由谁来支付的问题与委员会的作用、破产法规定拟由债权人行使的职能可在多大程度上由委员会行使或通过成立一个委员会而得到协助以及有关在任何特定程序中是否成立委员会的其他各种决定因素密切相关。如果由破产财产承担费用，法院应有权限制过高的支出。

(a) 可以被指定参加债权人委员会的债权人

101. 破产法如规定成立债权人委员会，可能需考虑哪些债权人才有权被指定参加债权人委员会。对于这个问题有不同的做法。而且在很大程度上取

决于债权人将在程序中发挥的作用。相关的因素包括债权人的债权状况和债权性质。例如，一些破产法规定，只有债权得到承认（取决于承认程序，由法院或破产管理人承认）的债权人才能被指定，而其他法律则规定指定一个临时委员会，直到所有的债权被核实或承认为止，而所有的债权人都有资格参加这个临时委员会。其他破产法则对可在债权人委员会任职的债权人的所在地作出了限制。不过，为确保债权人待遇平等，诸如债权仅获暂时承认的债权人和外国债权人等类别的债权人似应有资格获得指定进入委员会。在这些不同做法之间的选择与债权人将在程序中发挥的职能密切相关。

102. 第二个问题涉及所代表的债权人类型。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，设立单独的担保债权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，担保债权人能够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。尽管如此，还是应当承认，正如所述，在某些情况下，要么因为切身利益受到影响，要么因为其他原因，担保债权人的参与还是妥当的。

103. 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。这种做法的一个理由是，如果债权人委员会对参与决策和作出重要决定负责，那么排除担保债权人将可能对其利益造成负面影响（特别是如果他们没有全额担保的话）。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可派代表参加，而是允许债权人根据候选人的服务意愿共同选择其代表（以解决债权人态度不积极这个普遍问题），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，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，似应仅仅在特殊情况下才采用这一做法，以避免产生不必要的费用及防止债权人代表机制难以推行。

104. 股东和与债务人有关的债权人的参与可能会引起争议，尤其是如果债权人委员会有权影响担保债权人的权利，或在股东参与债务人的管理的情形下。然而，在某些情况下，这些当事人并不直接了解或参与债务人的管理，例如他们是债务人的投资者的情形。在这类情形下，或许有令人信服的理由允许他们通过他们的委员会进行参与。有利益冲突的其他债权人（例如拥有个人利益潜在影响公正履行委员会职能的债务人竞争对手）也可能需排除在委员会之外，以确保委员会能够代表债权人整体而公正和独立地行使职能。

105. 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。第三方购买会引起对有可能获取在二级债务市场上也许很有价值的敏

感机密资料的担心（见下文，第 115 段）。相关当事方购买则会引起相关当事方是有权申报债权原始面值还是只能按实付价款申报债权的问题（在两者不一致的情况下），特别是债权人能否表决直接与其债权价值相关时。

106. 为解决任何潜在的问题，破产法可采取的做法是，具体规定哪些当事方无权参与债权人委员会。

(b) 债权人委员会的成立

107. 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，包括委员会会议法定人数和会议的进行，以及成员的更换和替代等事项。似应将关于这其中一些问题的条文列入破产法，特别是关于职责以及成员替换的条文，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。对于其他问题，可以放在委员会通过的程序规则中处理，包括关于会议程序、选举主席和解决争议的规则。

108. 对委员会成员的指定采取了若干不同的做法，其中在很大程度上取决于具体委员会所要履行的职能。在许多情况下，都是由债权人负责指定委员会，通常是在债权人第一次会议上，或者在破产管理人提供有关债务人的初步资料之后。债权人指定委员会成员可以鼓励债权人对破产程序的信任和参与。一些法域允许法院指定债权人委员会，既可以由法院主动指定，也可以由债权人或破产管理人提出申请。这种做法有一些不利之处，包括可能造成认识上的偏见和缺乏公正性和透明度；债权人或许不会信任那些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。另一方面，这一做法又可能简化成立债权人委员会的程序，并缩小可能导致延误和费用的债权人之间争议的范围。如果在这些不同的做法之间作出选择，可能要取决于法院在多大的程度上监督破产程序和参与日常工作，以及债权人必须在多大的程度上积极履行不仅仅是应当向破产管理人提供咨询意见的职能。

109. 为便利委员会的管理，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，而在有些情况下，则是不超过三人或五人。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一些最大的无担保债权人。认定这些债权人的方法有多种，包括参照拟由债务人拟订的债权人名单。然而，为了确保委员会履行其公平代表所有债权人的职责，在破产法要求委员会承担重要职责的情况下，似应对委员会进行监督，此项工作可由破产管理人或法院安排完成。

(c) 债权人委员会的权利和职能

110. 一般认为，债权人委员会将代表债权人履行职能，因此，这些职能与上文所述的赋予债权人的一般职能直接相关。然而，债权人的权利和要求其履行的职能，不应损害全体债权人继续参与或以其他方式在破产程序中发挥作用的权利。关于决策，债权人委员会一般将发挥咨询作用，就关键问题如何决断向广大债权人提出建议，但通常无权代表债权人作出重大决定。债权人委员会的作用可能还包括代表债权人接收关系到其所代表的债权人利益的某些问题的通知。例如，如果破产法规定，在正常经营过程外出售资产时必须与债权人协商，那么任何此类出售建议的通知均可通过债权人委员会提出，以节省时间，减少费用，并为债权人委员会与其所代表的债权人之间进行磋商提供便利。虽然债权人委员会将与破产管理人交换意见，或在破产法对重整采取债务人占管式的情况下与债务人交换意见，但委员会应能独立于这些当事人而代表债权人的利益行事。

111. 破产法规定由债权人委员会承担各种职能，其中可包括就正常经营过程外出售资产和制订重整计划等问题向破产管理人表达债权人的愿望；与破产管理人和债务人的现有管理人员等程序中其他委托人进行协商；参与制订重整计划；或可能对破产管理人进行监督。这些职能可以由破产法规定，也可以由法院就此提供指导或者与破产管理人合作确定。

112. 如上文就债权人整体所述，委员会需能够获得关于债务人及其财务事项的最新资料，并能就属于其职能范围的事项或就影响债权人权益的事项表达其看法和债权人的看法（关于保密，见下文，第 115 段）。委员会可能还需要行政协助和专家协助，但此种协助的需要应与委员会履行的职能有明显的联系。委员会可能需按法律的要求取得破产管理人或法院的许可才能聘用秘书或在情况需要时聘用顾问和专业人员。有些破产法规定将由破产财产支付聘用协助人员的费用，包括其报酬，其他法律则规定债权人必须交付这些费用作为其参与破产程序的费用的一部分。如果由破产财产支付费用，法院似应不仅对聘用此类专业人员有一定的发言权，而且对相关的费用也有一定的控制权。

(d) 债权人委员会的赔偿责任

113. 委员会的职责是对全体债权人负责。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。然而，破产法似应要求委员会成员在执行委员会职能时本着诚信行事，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，除非发现委员会成员有欺诈或恶意行为，或违背对其所代表的债权人的受托责任。比如，这可以包括从破产财产的管理中获利；未经法院事先批准而取得构成破产财产一部分的资产；或者利用其作为委员会成员所取得的机密资料谋利。适用于委员会成员的赔偿责任标准可以不同于对破产管理人的标准；委员会成员无须满足具备

专门知识的要求，而且是以自愿身份无偿工作的。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) 债权人委员会成员的撤换和更替

114. 破产法可能需要对撤换债权人委员会成员的正当理由和建立更替机制给予某种考虑。这些理由似可包括严重疏忽、缺乏必要技能、不称职、效率低、缺乏独立性；辜负信任或有利益冲突。这种撤换和更替程序一般将取决于债权人委员会的任命程序，即究竟是由法院任命还是由债权人选出的问题。在委员会成员辞职或不能够继续履行规定的职能情形下，如发生严重疾病或死亡时，委员会成员的替换机制也具有重要意义。

7. 保密

115. 正如所述（见上文，第 28 和 52 段），破产法似应对债务人和破产管理人都规定保密义务。出于类似的理由，还似应考虑到债权人不必遵守保密要求的情形。在管理破产程序过程中，债权人一般都能够获得关于债务人及其企业的大量资料，其中许多资料都可能是商业上的敏感资料。虽然清算的结果表明，债权人可能没有太多的机会不正当地利用这一资料（否则就可能产生对债务人的伤害），但对重整来说则不一定真是如此，可能存在债权人利用这一资料影响已商定的计划获得成功实施的情形。因此，似应规定债权人和债权人委员会（或由其雇用的任何专业人员）具有保密义务，从而使在程序过程中所获取的资料仅用于管理程序的目的，除非法院另行作出判决。如果指定债权人委员会（而且委员会聘用专业顾问），则为了贯彻保密义务，可以要求委员会成员（和专业顾问）签署保密协议。

建议 126-136

立法条文目的

关于债权人参与破产程序的条文的目的是：

(a) 促进债权人参与破产程序；

(b) 在有利于债权人参与破产程序的情况下提供指定债权人委员会或其他债权人代表的机制；

(c) 确保债权人有权获得关于破产程序的信息；以及

(d) 规定债权人委员会或其他代表的职能和职责。

立法条文内容

申述权

见建议 133 和 137

保密

见建议 111

债权人的参与（第 75-87 段）

126. 破产法应规定担保债权人和无担保债权人均有权参与破产程序，并指明此种参与就应履行的职能而言可能涉及哪些方面。

债权人的表决（第 96-98 段）

127. 破产法应规定哪些事项须由债权人表决，并确定相关的资格和表决要求。特别是破产法应当要求债权人就批准或拒绝一项重整计划进行表决。

召集债权人会议（第 91-94 段）

128. 破产法可以要求在程序启动后一定时间期限内召集第一次债权人会议讨论破产法规定的事项。破产法还可以允许法院、破产管理人或持有无担保债权总价值一定百分比的债权人集体请求召开债权人任何其他会议，并规定可予召开此类会议的具体情形。破产法应规定由哪一方负责通知债权人召开此种会议。

债权人的代表方式（第 88-90 段）

129. 破产法应促进债权人积极参与破产程序，例如通过债权人委员会、特别代表或其他代表机制。[11]破产法应规定所有破产程序需要一个委员会还是需要其他代表方式。如果参与破产程序的债权人有着不同的利益和种类，指定单独一个委员会或一个代表不利于债权人的参与，破产法可规定指定若干个不同的债权人委员会或代表。

[11]见第 2-21 段和建议 112 和 113，关于债务人在重组中的持续作用。如果债务人仍占管企业，债权人委员会或其他债务人代表将可发挥重要作用，包括监管和在必要情况下报告债务人的各项活动。

建议 126-136（续）

130. 如果破产法允许指定债权人委员会或代表，则应明确规定债权人与债权人委员会或代表之间的关系。[12]破产法应就如何支付债权人委员会的费用作出规定。

可以被指定为债权人委员会成员的债权人（第 101-106 段）

131. 破产法应规定哪些债权人有资格被指定为委员会成员。不能被指定为债权人委员会成员的债权人包括相关人和其他出于任何原因可能不会不带有偏见的人。破产法应规定，在债权人有资格被指定为委员会的成员之前，债权人的债权是否必须先得到承认。

指定债权人委员会的机制（第 107-109 段）

132. 破产法应确立指定债权人委员会的机制。可以采取不同的做法，包括由债权人选定债权人委员会或者由法院或其他行政机构来指定。

债权人委员会的权利和职能（第 110-112 段）

133. 破产法应规定债权人委员会在破产程序中的权利和职能，其中可以包括：

(a) 向破产管理人或占有中债务人提供咨询和协助；

(b) 参与制订重整计划；

(c) 接收关系到本类别债权人切身利益的事项的通知，并就此类事项接受商议，包括有关在正常经营过程外出售资产的事项；

(d) 随时听取破产管理人意见的权利；以及

(e) 在程序中提出申诉的权利。

[12]破产法特别应就下述方面作出规定：债权人与债权人委员会之间的职能和权力划分，债权人与债权人委员会之间的纠纷的解决机制。

债权人委员会对专业人员的雇用和报酬（第 112 段）

134. 破产法应允许债权人委员会在取得法院批准的情况下甄选、雇用和酬劳可能为协助债权人委员会履行职能所需的专业人员。破产法应规定如何支付这些专业人员的费用和报酬。

债权人委员会成员的赔偿责任（第 113 段）

135. 破产法应当规定，对债权人委员会成员以该委员会成员身份行事所产生的赔偿责任给予豁免，除非发现其有欺诈行为或故意过失行为。

债权人委员会成员的撤换和更替（第 114 段）

136. 破产法应规定债权人委员会成员的撤换理由并规定更替方法。[13]

D. 利益相关方的申述权和上诉权

1. 申述权

116. 许多破产法都规定，作为破产财产第一受益人的债权人和其他利益相关方应享有某种能力，可以检查破产财产的管理情况和破产管理人的履职情况。破产管理人、债务人、债权人、债权人委员会或另一利益相关方可能希望根据破产法获得救济，也可能反对他人请求此种救济。当本方权利、资产利益或破产法规定的职责受到影响时，每一方均应有权申述。如果有关破产财产管理的决定要由法院作出，权益受到影响的一方通常可以就这些决定向上级法院提出申诉，虽然有些破产法规定对某些决定不得上诉（例如关于任命监督法官或启动程序的决定）。

2. 审查程序

117. 对破产财产的管理采用什么程序，这大体上取决于关于破产管理人职责的规则、破产法对债务人规定的权利和义务以及债权人单独或通过债权人委员会或其他代表在管理中可能发挥的任何积极作用。例如，有些法律要求破产管理人在采取某些行为之前须先获得债权人或债权人代表的核

[13]撤职权如何行使将取决于委员会的指定方式。

准。在这种情形下，由于债权人直接参与决策，所以通常不需要允许债权人寻求法院对这种行为进行审查，但破产管理人误导债权人的情形除外。

118. 如果破产管理人的行为不必事先经债权人核准，则可能应允许债权人申请由法院审查破产管理人的决定。当破产管理人的行为影响到其他利益相关方时，这种审查程序对他们来说是妥当的。

119. 大多数破产法都要求利益相关方通过法院来提出其救济请求和异议。一些破产法允许债权人个人提起诉讼，而另外一些破产法则要求持异议的债权人需代表一定数目的债权人或一定百分比的债务才能享有提起诉讼的法律地位，或者甚至要求诉讼应由债权人委员会或由债权人整体提出。这种要求可能取决于所提出的反对理由。其他利益相关方可以在其权利、资产利益或破产法规定的职责受到影响时享有提出异议或请求救济的法律地位。如上所述，申述权必须与有效管理破产程序的必要性相权衡。

3. 上诉权

120. 一利益相关方请求救济而遭到拒绝，或者就另一方的请求或诉讼提出异议而未果的，在其认为法院发生误判时，应有权向上级法院提出上诉。大多数司法制度都为上诉审查建立了法院分级管理制度并规定了援用上诉审查的程序。对负责施行破产法的法院及其所下达的命令，应适用类似的制度。

建议 137 和 138 段

立法条文目的

关于审查和上诉的立法条文的目的是：

(a) 确保利益相关方在其权利、资产利益或破产法规定的职责受到影响时享有申述权和寻求法院给予救济的权利；以及

(b) 确定提供救济的程序和上诉复审程序。

立法条文内容

申述权和请求审查权（第 116－119 段）

137. 破产法应规定，利益相关方有权就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何问题申述己见。例如，利益相关方应有权：

(a) 对须由法院批准的任何行为提出异议；

(b) 请求法院审查任何无须法院批准或未请求法院批准的行为；以及

(c) 请求提供破产程序为其设置的任何救济。

上诉权[14]（第 120 段）

138. 破产法应规定，利益相关方可以就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何法院令提出上诉。

E. 担保债权人

121. 正如所述，根据一些破产法，担保债权人的权利不受程序启动的影响，他们可继续强制执行这些权利而不受破产程序的阻碍。但是，根据许多破产法，担保债权人的权利受到影响，例如，适用中止而阻止其强制执行担保权益的权利，进行重整等也对其权利造成影响。

122. 在整个《立法指南》中，担保债权人的权利在可能影响这些权利的破产法条文中讨论。关于一些问题，指南具体提及担保债权人以及破产程序的启动可能如何对他们造成影响，例如在破产财产的构成、适用中止和启动后融资等方面。关于其他问题，在破产法的适用方面，评注中不对各类债权人加以区分，担保债权人将受到与其他债权人同样的影响。

123. 附件一列有指南关于破产中如何处理担保债权人及其权利的各章节索引表（条文评注段落和各项建议的索引）。但是，关于破产程序的启动如何影响担保债权人，如要了解总体情况，应将指南作为一个整体加以阅读。

[14]破产法应当根据关键目标作出规定，要求除非法院另行判定，在破产程序中提出上诉不得产生停滞作用，以此确保在没有不适当干扰的情况下以有序、迅速和高效的方式处理和解决破产事务。上诉的时间期限应当遵守一般适用的法律规定，但在破产程序中需短一些，以免打断破产程序。

四. 重整

A. 重整计划

1. 导言

1. 在前面几章中，本《立法指南》讨论了一些与重整程序有关的事项。这一程序中的一个核心要素是重整计划，破产法一般涉及与重整计划有关的若干问题，其中包括计划的性质或形式；计划拟订的时间；允许由谁拟订计划；计划的内容；债权人将如何批准计划；是否需要法院确认；计划的效力和将如何执行计划。

2. 重整计划在不同类型的程序中有不同的功能。在有些程序中，重整计划可以在重整程序结束时提出，涉及付清全部股息和最后结清所有债权以及重整完成后的企业最终结构。在有些程序中，重整计划也可在程序启动时提出，完全象经营计划那样，阐明重整期内债务人和企业的处理方式以及预计的股息数额和支付日期。如果企业作为营运资产出售，还可能出现在清算中制订如同重整计划一样的计划的情形。这种计划可能会涉及临时分配的时机和机制等问题。以下论述侧重于程序启动后某个时刻提出的计划所涉及的种种问题，涉及重整期间的经营方式，以及针对债务人财务状况提出的法定权利的转换问题。这些方面的考虑还与其他类型的计划有关，不过难免有不同之处。

2. 计划的性质或形式

3. 重整的目的是使债权人最终可能得到的回报达到最大化，提供一个比清算债务人更好的结果，同时保留有生存能力的企业，以此维持雇员的就业机会和与供应商的商业关系。由于参与重整程序的各方利益不同，各方都可能对实现这些目标的最佳方法持有不同的看法。主要客户或供应商等某些债权人可能倾向于同债务人继续保持商业关系，而不是迅速偿还债务。有些债权人可能主张以股本参与企业，而有些债权人则不愿这样做。因此，在一个特定案件中，一般有各种备选方法可供选用。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指令性做法，便有可能设置过多的条条框框。理想的做法是，法律不将重整计划局限于只是旨在完全恢复债务人能力的方案，不禁止注销债务；并不通过规定一个最低限

度百分比而限定最终必须向债权人支付数额；也不禁止债转股。一种不规定这类限制的非干涉做法可留有充分的灵活性，便于从各种可能性中选出对特定债务人最合适的方法。

4. 有些破产法采取举例说明的做法，列出可供采用的一些可能性，但这并不是说所列出的办法已毫无遗漏或排除其他做法。这些可能性可包括选择一种简单的和解协议（一种按债权的一定百分比，通常为分期偿还形式的偿付债权人协议）；企业继续经营和最终可能作为营运资产出售（然后对债务人加以清算）；向一个或多个现有企业或未来将建立的企业转让破产财产的全部或部分资产；债务人与一个或多个其他商业实体并购或合并；对债务和股本结构采用一种复杂的重组方式或某种其他解决办法。究竟用哪种方法最合适，如果存在一个有效的市场，最好由市场来决定，或者至少由债务人、破产管理人、债权人和其他利益方谈判确定。

5. 即使不对计划的形式或实质采取指令性做法，破产法也可确立一些指导原则，例如，重整中应保持债权人在清算程序中的优先顺序；在重整中债权人的所得将与在清算时原可得到的相同；重整计划的效果不应是债务人依然资不抵债并在这种状态下被推回市场；重整计划不应违反其他法律规定的限制（除非破产法意在对这些限制加以修正），如外汇管制方面的限制。

3. 重整计划的提出

6. 提出重整计划时应考虑的两个重要问题是，应当在程序的哪个阶段提出计划以及哪一方或哪些方当事人有能力提出计划或可以获得提出计划的授权。对于其中的任何一个问题，都可以采取若干不同的做法。

(a) 提出计划的时机

7. 关于第一个问题——提出计划的时机，所采取的做法可能取决于某一重整所要达到的目的或目标，或者与启动重整程序的方式有关。例如，有些法律规定，在由债务人申请启动重整程序时，应该在提出重整程序申请的同时提出重整计划申请（在这种情况下，重整申请又可称为重整“提议”）。[1]这种做法可能拖延债务人寻求启动程序和通过中止而及时获得救济的能力。在提出申请时，也可能难以确切地了解计划应完成的任务。如果未同债务人和其他利益方磋商即制定计划，而计划本身又打算是不可更改的最终计划，则这样的计划可能得不到债权人的批准和成功实施。其他许多法律规定必须在启动重整程序后谈判和提出计划。这可能是一种更

[1]请勿将这种做法与申请简易程序相混淆，后者需附上经债权人批准的计划，见建议 162。

为灵活的备选办法，便于就可以接受的重整计划进行磋商和谈判，同时债务人又可利用中止期获得保护。在利用这些有利之处的同时，可能还需要防范某些债务人既无意也无力提出计划，而只是设法取得中止期好处这种滥用破产制度的可能性。在清算程序改为重整程序时，也可能出现提出计划的时机问题（见下文，第 72-75 段）。

(b) 经允许可提出计划的当事人

8. 关于第二个问题，重整程序的参与人在谈判和提出重整计划方面的能力和责任可能各有不同，其具体能力和责任取决于破产法如何规定以及分别赋予破产管理人、债务人和债权人的作用。例如，在一些破产法中，这些当事人对合作进行谈判和提出计划负有积极义务。在确定准许哪一方当事人提出计划或哪一方当事人有能力提出计划的问题上，似应兼顾两个方面，一方面是要考虑到对不同当事人所给予的提出计划的自由度（例如，各方当事人是否都能提出计划，各方当事人是否能同时提出计划，各当事人是否应按先后顺序提出计划，是否应按拟议计划被接受的程度来决定各方当事人提出计划的顺序），另一方面则是要考虑到必须对这一过程所作出的限制，例如批准（表决）要求（例如，所有债权人是否都应参与拟订须由其核准的计划）、谈判和提出计划的时限、对计划的可能修正和其他程序上的考虑。与指令性做法相对的是灵活的做法，这种做法有可能确保兼顾上述两个方面，不过为了效率、确定性和可预测性以及程序及时取得进展起见，破产法宜提供足以确保提出可行计划所需的指导。

㈠ 债务人提出计划

9. 计划须在程序启动前提出的，通常由债务人提出计划，但可以与一类或几类债权人进行谈判，他们可以谈判商定计划，但计划必须为其他债权人接受或强行要求其余各类债权人接受计划。计划须在程序启动后提出的，有些破产法要求由债务人提出重整计划，有时还规定债务人应与破产管理人、债权人、律师、会计或其他金融顾问等其他当事方合作提出重整计划。让债务人参与进来的做法好处是可以鼓励债务人尽早启动重整程序，并在计划设想债务人企业继续经营的情况下，最有效地利用债务人熟悉其业务和了解需采取哪些步骤搞活企业。在给予债务人这方面自由的同时，可能还必须兼顾需要确保债权人对债务人及其建议方案抱有信心。如果债务人的关键管理人员对企业的成功必不可少（例如由于企业十分复杂）或在短期内难以取而代之，这种做法的好处也可能显而易见。

10. 有些破产法单独给予债务人提出计划的机会。有些法律则采取了一种分阶段的做法，债务人提出重整计划的单独机会限于一段规定的时间内。如果债务人可表明推延期限的正当理由，并且确实有可能提出一项成功的

重整计划，那么法院可有权延长这一期限。如果债务人独享的期限届满而未提出计划，另一方当事人即可提出计划。

㈡ 债权人提出计划

11. 对于需要债权人批准计划的情形，始终存在着债务人提出的计划不被接受致使重整失败的风险。例如，债权人可能只想批准一项剥夺债务人的股东在企业中的控股权益和剥夺现任管理部门的任何管理职责的计划。如果债务人享有提出计划的独享机会，而债务人又拒绝考虑这类安排，那么重整就有失败的危险，受损害的还是债权人、员工和债务人本身。为解决这种情况，有些破产法规定，债务人在制订其计划时，应与债权人合作和商讨，如果债务人未能在专为其提供的期限届满之前提出一项可让人接受的计划，则债权人应有机会提出计划（可以通过债权人委员会提出）。这种办法可为各参与方之间达成妥协提供必要的制衡。

㈢ 破产管理人提出计划

12. 许多破产法采取的另一种做法是给予破产管理人一个提出计划的机会，作为一种选择方法，代替债务人或债权人提出计划，或将其作为一种补充措施。鉴于破产管理人在程序启动后将有某种机会了解债务人的业务，破产管理人可能完全有条件确定为保证企业的存活将需要采取什么措施。破产管理人还可能有充分的条件便利债务人和债权人就计划进行谈判。对破产管理人的参与作出规定是否重要，取决于法律如何规定，特别是取决于是否要求由债权人或法院批准计划。如果要求债权人批准，那么在计划中考虑到可为债权人接受的建议，则获得批准的可能性大于不考虑这些建议的计划。如果不需要债权人批准，那么上述考虑就可能不适用。如果计划只须经过法院批准，为确保所提计划获得批准，可能需进行大量的法律咨询。如果不给破产管理人商议和提出计划或参与这一过程的机会，则似应在计划提交债权人和其他方批准之前，给予破产管理人审议所提出的计划的机会。

㈣ 多方当事人提出计划

13. 有些破产法规定，可给予若干当事人提出计划的机会。这些当事人包括债务人、破产管理人以及债权人或债权人委员会。如果列入这类规定，则宜采用某种程序以确保避免同时提出若干项相竞争的计划。尽管在某些情况下，这种竞争做法可能有利于提出可共同接受的计划，但也可能使程序复杂化，导致混乱、效力低下和迟延。

14. 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。虽然将这些当事方包括在谈判计划过程中在某些情况下可有助

于提出一项可接受的计划，但如果将其作为一项一般原则，也有可能造成复杂化和延长程序的持续时间。只有在这些当事方的利益是重整计划的核心，谈判过程受到仔细监测，并且按规定的时间限制进行，而这样做有可能对这种特定案件有利时，才可考虑这种做法。

(c) 提出计划的时限

15. 有些破产法规定了程序启动后必须提出计划的一段时限。这种时限可具体适用于债务人提出计划，也可一般性适用。例如，某国破产法给债务人提出计划规定了 120 天的时限；时限期满，其他任何一方当事人都可提出计划，并无施加任何时限。一般适用于谈判和提出计划的时限从启动后 35 天至 120 天不等，有些法律列有法院在某些情形下可延长或缩短这一时限的规定。尽管规定时限可有助于确保重整程序的进行不受迟延，但在考虑到这种好处的同时还需考虑另一方面的若干因素，例如：最后期限过于僵硬，施加限制十分武断，尤其是在大型案件中，谈判和提出计划所需时间可能长出许多，例如 12 个月以上；时限无法得到遵守，尤其是如果没有适当制裁的话；破产管理基础设施薄弱（出于缺乏资源等原因），无法控制最后期限。解决这种僵硬性问题的一种方法是允许法院延长这一时限，但条件是只再延长一段有限的时期，而且只限于延长若干次。这种做法的一个好处是，请求延长的当事方必须向法院证明延长时限的必要性，即有正当原因延期（例如因为需要与债权人进一步磋商，或在收到专业顾问的评估或报告方面发生了延误），延期不会损害其他当事方的利益，以及如果获准延期，有实际前景可望提出一项将获得债权人批准的计划。

16. 如果破产法列入了谈判和提出计划的时限，则需要考虑那些从清算程序转换而来的重整程序。对于以最初的启动申请为准并将转换视作该程序的继续的情形，按启动程序（即清算程序）生效之日而适用的标准时限可能难以适用，因为程序启动后至转换之前可能已过了相当长的一段时间。

4. 计划

17. 计划的结果取决于什么是可行的，即根据已知的事实和情节以及合理的假设，计划和债务人是否更有可能成功。在确定计划是否有可能成功方面存在着两个相关的问题。第一个问题是计划本身的内容，即计划所提出的是什么。第二个问题是，为获得债权人的支持，将以什么方式提出这些计划并向债权人加以解释。

(a) 计划的内容

18. 计划中应列入什么内容的问题，与计划批准程序密切相关，即计划需要得到哪些债权人的批准，批准需要在哪种程度上得到支持，计划批准以

后产生何种效力，即计划是否对负责执行计划和继续管理债务人的持反对意见债权人和担保债权人具有约束力，以及是否需要法院的确认。许多破产法都列有涉及重整计划内容的规定。有些法律在述及重整计划的内容时，或是提及一般标准，例如要求重整计划必须适当而明确地向各方当事人披露关于债务人财务状况和计划中提出的转换法定权利的信息；或是提及最低要求，例如计划必须就偿付某些优先债权作出规定。应该指出，计划不必变更或者以其他方式影响各类债权人的权利。

19. 有些法律则就有关债务人财务状况所需信息的内容及计划中可列入的建议提出了更为具体的要求。关于债务人财务状况的信息可包括资产负债表；现金流量表；与债务人财务状况形成的原因有关的信息。视计划的目标和具体债务人的情形而定，与计划所建议的内容有关的信息可包括各类债权的详细情况；计划所变更或影响的债权以及计划对各类债权的处理；延续还是否决未完全执行的合同；未到期租约的处理；涉及债务人财产的措施和安排（例如，转移、清算、留置）；抵押资产的出售或其他处理方式；披露和接受程序；有争议的债权参加表决过程的权利和解决有争议债权的规定；债务人方人员的安排；对债务人管理层的报酬；为计划的执行提供资金；延长未结担保权益的到期日或改变利息率或其他条件；债务人对执行计划并确定何人今后负责管理债务人企业所起的作用；债权的结算及债权人如何收到超过清算额的清偿额；债权利息的偿付；破产财产的全部或任何部分资产向其利益方的分配；对债务人公司组建文书或组织文件的可能更改（例如，对公司章程或条例作出更改）或对债务人资本结构的可能更改，或债务人与另外一人或多人兼并或合并；企业能够继续经营和重整可成功的依据；计划执行情况的监督；计划的执行期，在有些情形下包括法定最长期限。

20. 破产法不必列明应列入计划内的广泛的详细资料，而是应指明计划内的最低限度内容，以计划的关键目标和执行程序为重点。例如，破产法可要求计划中详细列出各类债权人和对其所给予的待遇；计划中规定的条款条件（如对合同的处理和债务人的持续作用）；计划的执行所要求的条件（例如出售资产或部分企业，延长到期日，改变企业的资本结构和监督执行情况）。

21. 计划的内容也涉及与其他法律相关的问题。例如，如果本国法律禁止债转股，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整的一个重要特点，所以如果这些内容要列入计划并获得批准，至少对于破产的情形需要取消禁令。同样，如果根据破产法以外其他法律，计划局限于仅实行债务减免或延长到期日，则可能难以获得债权人的批准。在破产法与其他法律的关系问题上，有些破产案涉及类似的直接而又无争议的问题。有些破产案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（特别是在多个债权人为非本国居民的情况下），或

根据有关的就业法规定的员工待遇，在这种情况下，重整可引起更改集体谈判协议的问题或与税法有关的问题，等等。

22. 这些问题的处理方法不尽相同。在有些国家，破产法将须服从其他法律中规定的限制，后果是重整的备选办法可能范围有限。有些破产法则允许在某些特殊情况下（例如债权人表示同意）推翻其中的一些限制，例如，与处分债务人资产和分配优先权有关的限制。在拟订破产法时，似应考虑到其他法律中将对破产法造成影响的限制。为了确保透明度和可预测性，破产法宜具体论及破产法同其他法律的关系。在可能的情况下，破产法中应注明这些其他法律所造成的影响。

(b) 计划应附带提供的信息

23. 债权人和可能所需对计划进行表决的其他利益方（例如股东），需要能够使自己确信计划所建议的内容是可行的，而不是根据错误的假设制定的，并且计划的执行不会使债务人承受的债务负担过重。为便于进行这种评价，必须向债权人和其他利益方提供信息，就计划所提建议以及这些建议对他们的权利和债权的影响作出解释。为此，在向债权人和其他当事方提出计划时，可附上一份披露说明，充分披露有助于所有当事方正确评价计划的信息。说明可由合格专业人员编写，该专业人员应可对计划所建议的措施或对提出计划的当事方所建议的措施进行可信和不带偏见的评价，附上或不附上专业咨询意见。如果破产管理人未参与提出计划或编写披露说明，则似应要求其对这两份文书发表意见。如果债权人和其他利益方不同意该专业人员的评价，或不相信所披露的信息具有说服力，可以通过允许修正所提出的计划而在批准计划过程中考虑到他们的看法，或在确认计划过程中（如果确认计划是破产法所要求的）加以考虑。

24. 有些破产法列入了一些条文，规定哪些信息应提供给债权人和其他利益方，以使其对计划作出正确的评价，这些信息可以列入计划本身作为其中一部分，也可以列作单独的说明。要求提供这些信息，并以获取信息的机制作为支持，符合增进透明度这一关键目标，并可有助于确保债权人对破产程序抱有信心。但是可能需要兼顾保密问题，以防泄露关于债务人的可能十分敏感的财务和商业情报，尽管最终经法院批准或确认计划后这一情报可能还是要加以公开。可通过在法律中作出保密义务的规定解决这个问题，这一义务将适用于债务人、债权人、破产管理人和其他利益方。不得提供与评价计划无关的信息而滥用对提供信息的要求；应将重点放在在特定案件中为评估计划所载具体建议而必需的信息上。

25. 破产法似应规定在披露说明中所需列入的最低限度信息。这可包括与债务人财务状况有关的资料，其中包括资产和负债表以及现金流量表；可能对债务人今后运作造成影响的非财务信息（例如，有一项新的专利）；对计划的概述；对债权人按所提出的计划可得到的待遇与预计债权人在清

算时的所得进行的比较；债务人的企业能够继续经营和重整可成功的依据；关于批准计划时所适用的表决机制的介绍；关于考虑到计划的影响后已作出充分安排来清偿计划中规定的所有债务的情况说明和关于债务人的现金流量预期能够按计划偿付其债务的情况说明。

5. 计划的批准

(a) 需考虑的问题

26. 在制定关于计划的批准问题的破产法条文时，需要考虑一些不同的问题，例如，是否所有债权人和股东都有权就计划进行表决；是否应按类别就批准计划分别进行表决；以及对不批准计划的债权人（“持异议的债权人”）将如何处理。一些基本原则是，对于债权人其权利为计划所变更或影响的，包括担保债权人在内，只有给予其就计划进行表决的机会，才能使其受计划的约束；担保债权人和无担保债权人应分别进行表决；同一类别的债权人根据计划受到的待遇应彼此同等，须受计划约束的异议类债权人其所得应至少与在清算程序中的相等。

㈠ 债权的分类

27. 对债权实行分类的首要目的是给予债权人公平和公正的待遇，对类似情形的债权同等处理，确保重整计划对某个特定类别的所有债权人给予一系列同样的条件。实行分类是确保按照破产法中确立的优先顺序处理优先权或优惠债权的一种方法。在为了使计划切实可行而可能有必要的情况下，更便于处理主要债权人的债权，劝说其接受与一般类无担保债权人不同的待遇。但是，根据所划分的类别多少而定，分类也可能增加破产程序的复杂性和费用。为确保应受到特殊待遇的债权人不被多数债权人压制，一种变通做法可以是给予这些类别的债权人在受到不公平和不公正待遇时向法院质疑多数债权人的决定的机会。这种机制的存在可抑制多数债权人提出将使优先债权人陷入不公平劣势的计划。

㈡ 持异议的债权人的待遇

28. 关于持异议的债权人，务必规定一种方法，将某类大多数债权人批准的计划强加给持异议的少数债权人，以增加重整获得成功的机会。根据所选择的计划表决机制以及债权人是否按类别参加表决，还可能有必要考虑是否允许该计划对持异议的各类债权人和其他受影响的当事人具有约束力。

29. 如果计划能获得批准并强加给持异议的当事人，那么将需要确保计划的内容对持异议的当事人提供适当的保护，特别是，他们的权利没有受到

不公正的影响。例如，法律可规定，除非得到某种待遇的保证，持异议的各类当事人不受计划的约束。作为一项一般性原则，这种待遇可以是，债权人在计划中的所得将至少与其本可在清算程序中得到的所得相等。如果是担保债权人，所需的待遇可以是获得相当于其担保权益的等值的付款，而如果是无担保债权人，则可能是包括股东在内的任何次优先利益方均一无所得。如果批准程序在未经债权人和其他受影响的当事人（特别是担保债权人）同意的情况下造成对其债权的重大损害，那么债权人今后将不会愿意提供信贷。因此，批准计划的机制和提供适当的保障措施对保护这些利益是相当重要的。

(b) 批准程序

30. 许多破产法规定，为了对重整计划进行表决，必须召开债权人特别会议，并要求在召开会议之前的某个时期内向债权人和在会上有表决权的其他利益方（包括股东）提供这一计划（如果有资料或披露声明就附上）。有些法律规定在债权人会议上由本人亲自进行表决，而有些法律则允许以邮寄方式或通过代理人进行表决。为便于表决和承认电子通信手段的日益普及，似应允许亲自表决、通过代理人表决和使用电子手段表决。

31. 在批准计划方面应考虑的其他问题包括：债权人和其他利益方是否应根据各自权利按类进行表决；在确定是否达到表决所需的必要多数时将需考虑的债权类型（指这些债权的承认和暂时承认）；担保债权人是否有权参加表决；在确定必要多数时是否考虑到优先债权的表决权；除债权人外，哪些利益方有权参加对计划的表决；以及对弃权或未参加表决的债权人的处理方式。这些问题在下文各段中讨论。

㈠ 弃权债权人或未参与表决的债权人的待遇

32. 关于最后一个问题，有些法律将投弃权票的人或未参加表决者视为投票不接受计划。这种做法的后果可能是对参加表决批准计划的债权人剥夺其表决权，并可能在实际上造成难以获得必要的多数批准计划。作为另一种办法，许多国家则采取按实际参加表决的人数计算支持率的做法，其依据是缺席者和弃权者可被视为无意参与程序。这种做法可能导致潜在少数而又不具代表性的债权人群体影响重整的进程，鉴于债权人普遍漠不关心，情况尤其如此。需要采取一种平衡兼顾的做法，便利计划获得批准，确保取得债权人足够程度的支持以便计划得以执行，并避免发生滥用情况。不论采取上文讨论的哪一种做法，如果规定须向债权人和其他利益方，特别是向其中的非本国居民者发出适当的通知，并采用便利和鼓励更广泛表决的机制，例如通过代理人和使用电子手段，那么所述的目标即有可能便于实现。

㈡ 利用推定办法

33. 有些破产法还利用推定办法来简化表决程序。例如，如果重整计划取消某个债权人的债权或某个所有人的股权（而且该当事人根据重整计划一无所获），即可推定其对重整计划投反对票。相反，如果重整计划不变更或不影响某项债权，或规定将全额偿付某项债权，则可推定其对计划投赞成票。利用这种推定法还可减少向有关债权人和其他利益方提供通知和信息的必要性。

(c) 担保债权人和优先债权人批准计划

㈠ 担保债权人和优先债权人参加表决的必要性

34. 在许多破产情况下，担保债权在债务人所欠债务的价值中占很大部分。对于担保债权人和优先债权人批准计划，可采取不同的做法。然而，作为一般原则，担保债权人有权参加表决的程度，取决于破产制度对待担保债权人的方式、重整计划影响担保债权人的担保权益的程度以及抵押资产的价值能在何种程度上清偿担保债权人的债权。

35. 一种做法是，如果破产法不影响担保债权人，特别是不阻止其对抵押资产强制执行其权利，那么便不需要给予这些债权人表决权，因为其担保权益将不会受到计划的影响。在这种做法中，优先债权人处于类似的地位——计划不能损害其债权的价值，他们有权在无优先权的债权人受到偿付之前获得全额偿付。但是，如果抵押资产或变更这类债权人的权利对计划的成功关系重大，那么这种做法的局限性是可能减少重整的成功机会。如果担保债权人不受计划的约束，那么担保债权人一旦决定通过收取或出售作保资产的方式强制执行其权利，就会使企业的重整无法实施。同样，在某些情形下，确保计划的成功将需要在批准计划时优先债权人获得的偿付额低于其债权的全部价值。如果优先债权人对过一段时间再偿付表示接受，而且担保债权人将对以后修改担保条款予以默认，重整的前景就会有所改善。如果这些债权人未被包括在计划内，而他们有权就影响他们权利的建议进行表决，那么更改这些权利便不可能实现。

㈡ 担保债权人和优先债权人的分类

36. 认识到有必要让担保债权人参加，第二种方法规定，这些债权人可作为与无担保债权人不同的类别就将会变更或影响其债权条件的计划进行表决，或者表示同意受该计划的约束。采取允许担保债权人和优先债权人作为单独一个类别进行表决的做法，为充分保护这类债权人提供了最低保障，并承认担保债权人和优先债权人与无担保债权人分别享有不同的权益。但是在许多情况下，担保债权人和优先债权人彼此的权利也不相同，

要求全体担保债权人或者全体优先债权人作为单独一个整体类别进行表决，可能行不通。在这种情况下，有些破产法规定，每个担保债权人自成一类。如果担保债权人作为一个类别参加表决（例如，同一资产担保的多个担保债权人），某一类别的担保债权人的必要多数一般将与无担保债权人批准计划的必要多数相同，但有些法律规定的必要多数不同，需视担保债权人的权利将受到计划影响的方式而定（例如，有一部法律规定，拟延长到期日的，需获得四分之三多数；权利受到其他损害的，需获得五分之四多数）。同样，根据这些法律，每一等级的优先债权将分别作为一个类别。

37. 如果担保债权人按类别进行表决，有些破产法规定，只要本类别的必要多数表决批准计划，同类别中持反对意见的成员就必须接受计划条款的约束，但可享有某些保护。例如，破产法可能规定，这些债权人只有根据计划获得至少相当于清算中可获得的偿付额时，或者根据一些法律，如果重整计划规定在一定时期内按其担保权益价值加上按市场利率计算的利息全部偿清其债权的，这些债权人才受计划的约束。另有破产法规定，除非担保债权人同意，否则不得将计划强加给他们。对于优先债权，也存在着类似的两种划分。一些法律允许在债权的现值得以保全的情况下逐渐慢慢偿付。有些法律则只允许在优先债权人同意的情况下才可变更优先债权。

㈢ 担保债权人享有的担保权价值不足的

38. 对于抵押资产的价值不足以全部清偿担保债权人债权的情形，一些破产法规定，担保债权人应就其债权未清偿部分与普通无担保债权人一起参加表决。此种做法会造成估值的困难，难以确定担保债权人是否以及在多大程度上确实持有担保权。例如，三个债权人对同一笔资产持有担保权，该资产的价值只够偿付第一优先债权和第二优先债权的一部分。因此，第二优先债权人可能仅就其债权的无担保部分享有表决权，而第三债权人则将完全失去担保。因此，对于确定这些担保债权人持有担保权的程度以及他们是否有权就其债权的任何部分而作为无担保债权人进行表决，资产估值至关重要。

39. 在决定就此问题采取哪种做法时，重要的是评估拟采取的做法对担保式融资的供应和费用的影响，并尽可能提供更多的确定性和可预测性，将此与破产法的目标和重整成功给经济带来的好处加以平衡。

(d) 普通无担保债权人批准计划

40. 为确保普通无担保债权人可以高效率和有效地对计划进行表决，可以采用不同的机制，但不论选择什么机制，都应力求简单，并在破产法中作出明确规定，以确保可预测性和透明度。

㈠ 无担保债权人的分类

41. 有些破产法未要求将无担保债权人分为不同的类别，他们整体作为一个类别参加表决。

42. 划分担保债权人和优先债权人类别的国家，常常还规定按普通无担保债权人不同的经济利益将其分为不同的类别。设置这些类别是为了至少从三个方面增加重整成功的前景：第一，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；第二，提供一个框架，安排计划的条款结构，并确保同一类别的所有债权人待遇同等；第三，提供一种手段，使法院可以利用某一类别债权人的必要多数支持而使计划对持异议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，所以只有在出于众多债权人缺乏共同经济利益以及计划给他们提供的待遇不相同等迫切原因而必须给予某些普通无担保债权人特殊待遇的情况下才似应这样做。与确定利益的共同性可能有关的标准可包括：引起债权的债务的性质；无重整计划时债权人可以利用的救济措施，包括债权人借助这些救济措施追回债款的限度。如果无担保债权人人数很少，或其利益相似，债权人就没有必要分作不同类别参加对批准计划的表决，这样也就简化了表决程序。

㈡ 类别的确定

43. 有些破产法规定了为批准重整计划而确定普通无担保债权人类别或债权类别的方式。一种做法是，把利益共同或基本相同的债权归为一类，或者按债权的价值将其归类。如果以利益的共同性或类似性作为分类的标准，则提出计划的当事方在确定债权的类别时可以有一些灵活余地。其他做法是规定由破产管理人在债权人对是否批准计划进行表决以前向法院提出建议，或规定首先由债务人确定类别，其对各类债权人的组成享有某种有限的灵活性；对类别组成不满意的无担保债权人可以要求由法院审查这一问题。

(e) 股东批准计划

44. 有些破产法规定由股东批准重整计划，至少是在债务人的公司形式、资本结构或成员组成将受计划影响的情况下。如果股东根据该计划得到分配，预计他们也将参加表决。如股东有权参加表决，应当为他们提供与其他有权参加表决的债权人同样的通知和信息。如果由债务人的管理部门提出计划，计划的条款可能已经得到股东的批准（视有关债务人的结构而定，债务人的公司组建文书可能要求这样做）。如果计划直接影响到股东，例如通过转让现有股份或发行新股来实施债转股，则通常是这种情况。

45. 在法律允许债权人或破产管理人提出计划而且该计划又设想债转股的情况下，有些国家允许不顾股东的反对而由债权人批准计划，不论债务人公司组建文书的条款如何规定。这种计划可能在新企业中导致未经现有股东同意就将其股权完全替换的情况。

(f) 相关人

46. 有些破产法规定，相关人不应与其他债权人一起参加批准计划的表决，即使参加表决，在某些方面也不算数，例如，不能以此确定某一类受影响的债权人已接受计划（如果这是批准计划的一项要求的话）。但是，许多破产法未列入具体涉及相关人问题的条款。在这些情况下，相关人一般以与其他债权人同样的方式参加表决。然而，相关人个人同债务人及其企业打交道时一般必须遵守破产法以外的法律的规定。

(g) 对批准计划的要求

47. 许多破产法对计划获得债权人的批准规定了需达到的最低支持率。根据债权人是否按类别参加表决和在确定多数方面如何对待这些类别，以及如上所述破产法是要求取得参加表决的债权人的多数还是全体债权人的多数，可以按若干种不同方式计算必要多数。

㈠ 表决不按类别进行的

48. 如果债权人不是按类别参加表决，可按债权价值中的支持比例或百分比，或按债权人中的支持人数确定多数，也可以同时参照这两个标准。例如，有些法律规定，对计划的支持率，必须至少占债权总额的三分之二或四分之三，而且不得低于债权人人数的二分之一或三分之二。尽管这些比例一般适用于那些实际参加对批准计划的表决的债权人，但也有一些法律是按债权总额和债权人总数来确定比例的，而不考虑债权人是否参加表决（见上文第 32 段）。另外还有其他各种组合方法。

㈡ 表决按类别进行的

49. 如果债权人按类别参加表决，为确定计划何时得到批准采用了多种不同的做法。这些做法可能比较复杂，既要求经由某个特定类别债权人的批准，也要求所有类别债权人的批准，在确定多数票时，有时仅以实际参加表决的债权人为准，而有些情况下则是按债权人总人数计算，无论其是否参加表决。不论采用何种方法，重要的是破产法应作出明确规定，以便为重整程序的各当事方提供确定性和透明度。

a. 某个特定类别中的多数

50. 有些破产法要求计划必须获得某个类别多数债权人的批准，在此情况下，必要多数按债权价值的百分比或比例或按债权人人数确定，或两者并用。虽然考虑债权价值和债权人人数的程序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，如果某个债权人在债权价值上独占多数，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，这类条文中可防止大债权人将其未获支持的计划强加给其他债权人，给后者造成损害，不过有的法律给予持有债权份额超过债权总价值一定比例的债权人对已批准的计划的否决权，或授权其可对计划的条款强迫实行将有利于所有债权人的改进。同时考虑债权价值和债权人人数的表决程序，还将防止众多小债权人联合起来将其决定强加给少数持有大量债权的债权人。有些破产法还在条文中规定，即使多数债权人对某项计划表示支持，但如果这些债权人的债权份额低于总债权价值的一定比例（例如，低于约 25%或 30%），法院也不得确认该计划。这种程序之所以有必要，还因为它有助于确保计划得到充分支持，使之能够成功实施。

b. 类别上的多数

51. 一些法律要求必须有所有类别的债权人支持，计划才能获得批准。但也有一些法律规定，计划获得某些类别债权人的支持就可以对不支持计划的其他类别的债权人产生约束力。例如，可能需要类别上的简单多数，如果对计划的支持未达到类别上的多数，仍可规定计划对不表示支持的持异议的类别的债权人具有约束力，但须使法院确信某些条件已得到满足。例如，某个国家的法律将债权分为三类，并规定，计划必须至少得到这三类中两类债权人的批准，如果对债务人进行清算，已批准计划的类别中至少有一类不得追回其全部债款。另一种变通办法要求，已批准计划的类别中至少有一类债权人的权利会因重整计划而变更或受到影响，其目的是确保重整计划不仅仅得到权利未被变更或未受影响的债权人的支持。其他法律规定，如果担保债权人对计划表示反对，则各类无担保债权人的支持不能构成对计划的批准。下文第 54-63 段进一步讨论有关对持异议的类别具有约束力的要求。

6. 提出的计划未能获得批准

(a) 对提出的计划进行修改

52. 无论选用何种表决机制，破产法都似应具有充分的灵活性，以便所提交批准的计划可以由债权人和其他利益方在表决程序过程中进行商议，从

而争取广泛的支持。如果不可能进行这种商议，且仅限于就所提出的计划进行表决，则该计划获得批准的机会便可能降低。为达到这种灵活性，可以采取的做法是，如果就一项计划举行进一步谈判似可产生有利的结果，或可解决悬而未决的争议和问题，那么可以允许多数债权人就暂停召开对计划举行表决的会议进行表决。但是，如同破产法其他许多方面一样，凡这种休会的办法只可在有限的情况下采用，或者至少应限制次数，同时可能还需规定时间期限，以便从速结束重新谈判并避免滥用。

(b) 计划未获批准

53. 如果重整计划未获批准，重新谈判和修改重整计划也不能解决遇到的问题，破产法可以对程序的进一步进行采取不同的做法。有些破产法规定，计划未获批准应被理解为表明债权人赞成清算，重整程序因而可转为清算（另见下文，第 72-75 段）。这种做法可鼓励债务人提出可被接受的计划，但须订立保障措施，防止在清算不符合全体债权人利益的情况下出现滥用。有的破产法则规定重整程序应予撤销。在许多情况下，这种做法的不利之处是，债务人陷入财务困境，债务可能越积越多，资产价值减少，清算程序可能是不可避免的，却又推迟启动（下文对这种做法作进一步讨论，见第 71 段）。

7. 约束持异议类别的债权人

54. 如上所述，在规定担保债权人和优先债权人可以参加批准计划的表决并确立了无担保债权人不同类别的少数几个国家中还建立了一种机制，规定重整计划获得一个或多个类别债权人的支持，即可对不支持计划的其他类别的债权人（在某些法律中包括担保债权人和优先债权人类别）具有约束力。这种做法有时称作“强加”条款。纳入这类条款的破产法一般还列入旨在保护持异议的各类债权人利益的条件。这些条件包括已经获得必要的对计划的批准，而且批准过程进行得当；按计划债权人的所得至少与他们本可在清算程序中得到的所得相等；计划不含有违背破产法或其他相关法律的规定；程序管理费将得到全额偿付，除非该债权持有人或费用支出人同意不同的待遇；根据计划，不支持计划的债权人类别的债权应当根据破产法赋予他们的排序进行处理（换句话说，该类别债权人应当在低一级债权人得到偿付之前得到全额偿付，不论是以货币形式还是以股票或其他证券等财产的形式）。由于一般需由法院来审查这些条件是否得到满足，将在下一节中讨论这些条件。

55. 根据有些破产法，如果法院认定某些条件，法院有权命令担保债权人接受计划的约束。这些条件包括担保债权人强制执行担保权将对达到计划的目的造成重大不利影响；担保债权人的担保权益将受到计划的充分保护；担保债权人的地位不会因重整计划而进一步削弱（例如，今后的利息

会得到偿付，担保权益的抵押资产的价值不会受到影响）。如果优先债权人的优先债权及其利息将得到全额偿付，债权的现值得到保全，则类似的规定也允许法院要求这类债权人接受计划的约束。

8. 法院确认计划

56. 并非所有国家都要求由法院确认债权人已批准的计划；计划生效的全部要求是获得必要多数债权人的批准，而持异议的债权人将根据破产法而受计划的约束。在这些制度中，如果计划本身或计划获准的方式受到异议债权人或包括债务人在内的其他利益方的质疑，则法院仍将在审查计划方面发挥作用。有些国家则要求在法院确认所批准的计划后，计划才能生效和具有约束力。

(a) 对批准计划提出质疑

57. 许多破产法规定可向法院提出对债权人批准计划的质疑，如何审理所提出的质疑可能取决于促成计划发生效力的机制。例如，如果不要求由法院确认计划，则异议债权人或包括债务人在内的其他利益方，可在批准计划的表决后向法院提出其质疑。如果破产法要求由法院确认所批准的计划，则可在确认计划的庭审上提出质疑。法律将需涉及可对批准计划提出质疑的当事人和提出任何质疑的时限，特别是在质疑的依据属欺诈性质的情况下。在这种情况下，凡规定对批准计划提出质疑的任何时限均可能需以查出欺诈的时间为准。法律还需处理对计划的质疑得以成立的后果。例如，如果有进一步的机会审议和批准计划可妥当纠正据以对计划提出质疑的理由，法律可允许这样做，或规定将程序改为清算。

58. 有些法律列出了对批准计划提出质疑的理由。这些理由例如包括：计划是以欺诈方式获得批准的（例如，给债权人和其他利益方提供错误的或误导性的信息，扣压与重整计划或债务人的财务有关的重要情况）；表决程序中有舞弊现象（例如，相关人在破产法不准许的情况下参加表决，批准计划的决议不符合债权人的基本利益）；组织会议或开会表决的方式有不正常的情况（例如未发出适当的会议通知）；计划中所载建议是出于不正当目的提出的或计划中载有违法的规定；计划不可行（例如，成功执行计划需要动用抵押资产，而担保债权人却不受计划的约束，同时又未就执行其担保权同有关的担保债权人达成协议）；计划未满足对某类债权人中持异议的债权人的保护要求（例如，这些债权人根据计划所得将少于在清算中所得）；计划中的建议对持异议者的利益造成不当损害，或计划中对债权的处理不符合破产法规定的债权排序方法（除非已达成协议同意更改该排序）。

59. 由于所有债权人都有可能在某种程度上受到重整程序的损害，因此债权人以受到损害或不公平待遇为由对批准计划提出质疑得以成立的一般要求是，其所受损害或伤害的程度超过其他债权人或其他类别的债权人。如果对计划提出质疑的债权人曾投票赞成计划，则其提出质疑的理由就可能受到限制，例如只限于欺诈或其他不当行为之类的理由。

(b) 法院确认步骤

60. 如果破产法要求法院确认计划，通常是要求其确认（无论是按债权人类别表决还是按其他方式表决而）已获得债权人必要多数批准的计划。如上所述，有些国家让法院能够对“约束”债权人发挥积极的作用，法院可规定对未批准计划的某类债权人强制执行计划。这可能要求法院扮演某种属于法律手续性质的角色；这样做并不要求法院审查债权人表决支持计划时所考虑的商业依据，而是要求法院确保计划的批准是通过正当方式获得的（即，无证据显示批准过程中曾出现欺诈），并且满足了某些条件。

61. 如上文（第 54 段）所述，这些条件可能与有关对批准计划提出质疑时所适用的条件相类似或相同：对计划持反对意见的各类债权人将可分享到计划的经济利益；持反对意见的各类债权人按照重整计划的所得将与他们在清算中的所得相同；任何债权人的所得都不超过其债权的全部价值；计划中遵守破产法所规定的债权的正常排序；排序类似的债权人将得到同等待遇。有些破产法允许某些类别无优先权的无担保债权人通过本类别必要多数的表决而对有别于按破产法规定实行清算分配时所适用的排序表示同意。例如，将不会得到全额清偿的普通无担保债权人类别可能同意对次要债权类别或股东类别的分配。凡是属于程序管理费或有优先受偿权的债权和费用一般都需要全额清偿，只有这样重整计划才会获得确认，除非该债权的持有人或该费用的支出人同意不同的待遇。一些法律要求法院还必须评估其他事项，例如，对于切身利益受到计划的变更或影响但仍表决批准计划的那些类别来说，计划可否看作是公平的。

62. 有些破产法还授权法院以重整计划从实际情况来看而不是从经济观点来看不可行或无法执行为由而否决计划。例如，如果担保债权人不受计划的约束，而计划又未对全部清偿其担保债权作出规定，那么这样的做法就可能是有正当理由的。在这种情况下，如果法院认为担保债权人将对抵押资产强制执行其权利，致使计划无法实施，那么法院可以否决该计划。有关制定和批准计划的规定应当述及发生这种情况的风险。

63. 在批准或确认方面要求法院作出的决定越复杂，就越需要法官具备更多的相关知识和专长，而且法官就越有可能干涉债权人就批准还是否决计划而作出的本质上是商业性质的决定。破产法尤其不宜要求或允许法院审查债权人所作决定的经济和商业依据（包括与批准程序无关而是关系到所商议事项实质内容的公正性问题），也不宜要求法院从经济可行性的角度

审查计划的某些方面，除非可以行使这种权力的情形被严加限制，或者法院有能力和经验进行必要水平的商业和经济上的判断。出于这些原因，似应认真制订关于由债权人批准计划和由法院确认计划的要求，以便尽量减少此处论及的这类潜在问题。

9. 经批准的和在要求确认的情况下经确认的计划的效力

64. 如果计划得到债权人和股东的必要多数的批准，并在法律要求的情况下，取得法院的确认，破产法一般都规定，计划将对所有受影响的普通无担保债权人具有约束力，包括表决支持计划的债权人、持异议的债权人、未就计划进行表决的债权人以及股东。有些破产法还规定，重整计划将对董事以及法院确定的其他当事人具有约束力。有些破产法规定，受计划约束的当事人不得向法院提出申请，请求对债务人进行清算（除非在特定情况下，例如重整计划的执行失败，或债务人未按计划的要求履行其义务），或启动或继续实施针对债务人的法律程序，或未经法院批准强制执行。有些法律还规定，一旦计划得到债权人的批准和在法律所要求的情况下获得法院的确认，破产财产的财产即重新由债务人控制，用于实施计划（除非计划另有规定），并且债务人可根据计划获取对债务和债权的解除。

10. 在法院确认后对计划提出质疑

65. 在那些要求由法院确认计划的破产法中，许多都规定可在确认计划的庭审之后（在有些情况须在规定期限内）向法院提出对计划的质疑。鉴于法院在确认计划之前必须查清若干条件，在确认之后提出质疑的理由一般将比在确认时提出质疑的理由范围窄些，例如，仅限于欺诈这一理由。如果破产法允许在确认计划后提出质疑，则似应规定在发现欺诈情况后可提出这种质疑的期限，并规定可由谁提出这种质疑。对已获确认的计划提出质疑而得以成立的，破产法可采用不同的备选办法。例如，可以撤销该计划，将程序改为清算。或者，可以终结程序，并将资产交还债务人控制。后一种做法不能解决债务人的财务困境，只是延迟启动清算程序而已，造成在清算程序最后启动之前债务人的资产价值进一步减少。在确定这些情形下应当采取哪种行动最合适时，必须考虑计划已执行到什么程度，如何处理执行过程中已采取的步骤，例如已付给债权人的款额，以及对计划质疑成立所依据的理由可以在多大程度上获得解决。

11. 债权人批准后修改计划

66. 关于在债权人批准后（和在确认之前和之后）修改计划，破产法可以作有限的规定，即执行中断或发现无法履行，包括全部或部分无法履行，

并且具体问题可以得到纠正，则可以对计划作出修改。在允许修改计划的破产法中，有的破产法规定，只有当拟议的修改符合债权人的根本利益时，才可对计划加以修改。有些法律则规定，如果修改是根据情况的需要，并且经修改的计划可继续满足破产法在内容、债权人类别和通知债权人等方面的要求，则可对计划加以修改。一般而言，将允许任何利益方随时对计划提出修改。在时间方面所适用的唯一限制是修改须经法院批准。这项要求的必要条件是程序尚未了结，并且法院仍保留有管辖权。如果在计划批准（和确认）后程序已经结束，那么，除非还有其他一些要求，否则由受影响的债权人批准所提出的修改即已足够。

67. 根据修改的性质，可能没有必要争取所有各类债权人的批准，因为在有些情况下，争取这种批准可能会被证明是很难的。替代的办法可包括允许微小的修改由法院或由受修改影响的债权人加以批准；要求将所提出的修改通知支持计划的债权人，允许他们在规定的时期内表示反对，否则即被视为接受这一修改。对未批准该计划的债权人可采取同样的做法。如果拟议的修改十分重大，则可能要求取得所有债权人的批准。破产法如要求由法院确认计划，还可能要求拟议的修改必须符合有关确认的规则或条件。破产法应处理所提出的修改未获得必要批准时的后果。这些后果可以类似于上文论及的关于债权人未能批准计划和质疑计划得以成立时的后果，同时考虑到在执行计划中可能已经采取的步骤以及对已付款项和续延的合同等问题应给予的处理。

68. 无论采取何种方法，破产法都似应要求向相关债权人（全体债权人或仅仅是受影响的债权人）发出关于所提出的任何修改的通知，指定负责发出该通知的当事方，并要求公布关于计划失败和所提出的修改的情况。

12. 计划的执行

69. 许多计划都可以在法院或破产管理人无需进一步干预或监督的情况下由债务人执行，特别是在债务人占有式重整的情况下。如果破产法规定一旦计划生效程序即应结束，一般将不可能实行进一步的干预或监督。有些法律规定在计划已充分执行时程序结束，在这种情况下，有时需由一名独立人士对执行工作进行监督或控制。一些破产法规定，计划获得批准后，法院在计划的执行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约或义务的问题或其他问题时，这一点尤为重要。有些国家规定，在计划获得批准之后，法院可授权由一名监督人或破产管理人在不同程度上对债务人业务进行持续不断的监督。还有一种做法是允许债权人指定一名监督人或破产管理人监督计划的执行情况。

13. 计划执行失败

70. 对于债务人未如约按计划履行其义务，或计划的实施由于其他某种原因而中断的，破产法规定了各种不同的后果。有些破产法规定，法院可终止计划，将程序转换为清算（见下文）。有些法律则规定，将仅对被违背的具体义务终止计划中有关部分的执行（，其他部分仍然有效）。被违背义务的债权人将不受计划的约束，（如果债权人曾同意按计划规定减少其所得数额，）其债权将恢复全额。在某些情况下，只有当债务人按计划偿债而拖欠大笔款额时，[2]才会出现此种情形。某些国家则在计划中载明拖欠债款的后果。

71. 另一种做法或许是把破产程序视为终结，允许债权人寻求法律规定的其他救济。正如已经讨论过的那样，视计划失败时在执行计划方面所达到的阶段而定，这种做法也许并不能解决债务人的财务困境，反而会导致竞相争夺资产，有违启动集体程序的初衷。但是，可能在有些情形下，合适的行动路线是允许法院结束程序，让各利益方行使其法定的权利。一个例子可以是所剩资产全已抵押，无担保债权人分不到任何资产的情形。在有些情况下，视执行计划所达到的阶段而定，一种折衷的办法可以是允许债权人在一定期限内提出不同的计划，只有当在该期限内不能拟订出可以接受的计划时，才能随后实行清算程序。必须认识到，需要平衡兼顾各种不同的因素，包括谈判出一项计划所需要的时间；为债权人取得最佳成果；确保达到价值最大化；以及快速进行程序的必要性。

14. 转换为清算

72. 重整程序过程中可能出现一些情形，这时破产法似应允许将程序改为清算。转换程序的主要理由是未能提出或批准重整计划；未能批准为执行计划所需的对计划提出的修改；（按规定必须由法院确认的，）未能获得确认；对已获批准或确认的计划提出质疑得以成立；债权人会议多数表决支持终止重整程序；债务人在履行计划对其规定的义务时发生重大或严重违约；或出于某种其他原因计划执行失败。其中有些情形将仅适用于由法院在批准计划后负责监督其执行和对债务人保留管辖权的制度。

73. 还似应考虑在下述情形下转换程序：认定企业重整并无合理的成功可能性；债务人显然正在滥用重整程序，或是不与破产管理人或法院合作（例如，隐瞒信息），或是恶意行事（例如，进行欺诈性转让）；企业在重整期间继续亏损；或者破产管理费未付。有些法律规定，当重整显然将不可能进行时，破产管理人有义务立即终结对重整程序的管理，以便为债

[2]某国法律在这方面的规定是，债权人提出偿付到期债务的要求，而债务人未能在至少两周的最低期限内满足这一要求。

权人保全价值。在破产法中列入改为清算程序的条文，将可为程序的最终解除提供可预测性。如果改为清算需要重新提出启动申请而不是以原来的申请作为程序转换的依据，则可能会造成进一步的拖延和价值的减少。因此，可能需考虑对于启动和进行转换而来的程序所需的步骤要求。

74. 如果重整程序转换为清算，破产法还需考虑以下各点：在计划批准之前破产管理人所采取的任何行动的状况；在破产法规定了以启动起算的时间限制的情况下，特别是对担保债权人继续适用中止措施；对程序转换之前的执行计划过程中所作的付款如何处理；以及对重整过程中受损害的债权人的债权如何处理。可能需要对重整过程中所作的付款加以保护，使其免受撤销规定的影响。在重整中受损害的债权可以在随后的任何清算程序中恢复全额，或也许只能作为受损债权加以强制执行。关于执行失败的问题也可在重整计划中论及，重整计划可规定在这种情况下债权人的权利。这种做法可简化对这些债权的处理问题，避免可能出现的准据法问题。

75. 如果破产法允许程序转换，一个相关的问题是如何才能引发这种转换；是某些条件一旦满足即可自动转换，还是要求由破产管理人或其他利益方向法院提出申请。因为除了债务人或其管理部门之外，破产管理人是最了解债务人企业的一方，因而也往往在程序的早期阶段就知道债务人的企业能否搞活，所以破产管理人可以在启动转换方面发挥关键作用。另外，允许债权人或其他利益方向法院申请转换程序，也可能是合理的。当符合某些条件时，还可授权法院自行提出转换程序。

建议 139-159

立法条文目的

关于重整计划的条文的目的是：

(a) 便利依照破产法拯救企业，从而维持就业，并在适当情况下保护投资；

(b) 查明可以实行重整的企业；

(c) 实现破产财产价值最大化；

(d) 便利重整计划的谈判和批准，并确定批准的效力，包括重整计划应当对债务人、所有债权人和其他利益方具有约束力；

(e) 论及未能提出可接受的重整计划或计划未获批准的后果，包括在某些情形下转换为清算程序；以及

(f) 规定重整计划的实施，以及实施失败的后果。

建议 139-159（续）

立法条文内容

提出重整计划（第 6-16 段）

139. 破产法应规定可以在申请启动破产程序之时或之后或者在破产程序启动后一段规定时间之内提出计划：

(a) 该时限应当由破产法确定；

(b) 应授权法院在适当情况下延长该时限。

140. 破产法应规定可以在申请启动破产程序之时或之后或者在破产程序启动后一段规定时间内提出计划。对于由清算程序转换为重整程序的情形，破产法还应当论及转换后对提出计划的时限方面的影响。

制订披露说明（第 23 段）

141. 破产法应要求计划附上一份披露说明，该说明将有助于使有资格表决是否批准计划的当事方就该计划作出的决定建立在知情的基础上。制订计划的当事方还应制订披露说明。

提交计划和披露说明（第 23 段）

142. 破产法应提供一种向债权人和股东提交计划和披露说明的机制。

披露说明的内容（第 24-25 段）

143. 破产法应规定披露说明包括下列内容：[3]

(a) 计划的概要；

(b) 关于债务人财务状况，包括关于资产、负债和现金流量的资料；

[3]如果破产管理人不制订或不参与制订计划和说明，应要求破产管理人就这两份文书发表意见。披露说明中所载的资料应受第三章建议 111 和第 28、52 和 115 段讨论的保密义务的限制。

(c) 可能对债务人未来运作造成影响的非财务信息；

(d) 对该计划给予债权人的待遇和在清算时债权人的所得这两者的比较；

(e) 企业得以继续交易并成功重整的基础；

(f) 表明在考虑到计划的影响之后已作出充分安排清偿计划中所列全部债务的资料；以及

(g) 关于适用于批准计划的表决机制的介绍。

计划的内容（第 18-22 段）

144. 破产法应规定计划的最基本内容，其中应包括：

(a) 指明各类债权人以及计划对每一类别规定的待遇（例如，每一类债权人将可能收到多少金额以及偿付的时间）；

(b) 详细说明股东的待遇；

(c) 详细说明计划的条款和条件；

(d) 指明债务人对执行计划的作用；

(e) 确定负责未来管理债务人以及监督计划执行的人员，并说明他们与债务人的关系及其薪酬；以及

(f) 说明计划将如何执行。

表决机制（第 26-51 段）

145. 破产法应确定对批准计划进行表决的机制。这种机制应涉及有权就计划进行表决的债权人和股东；进行表决的方式，可以是在为此目的召开的会议上进行表决，也可以是以邮件或以包括电子手段及使用代理人在内的其他手段进行表决；以及债权人和股东是否应根据各自的权利按所属类别进行表决。

146. 破产法应规定，权利被计划改变或受其影响的债权人或股东不受计划条款的约束，除非该债权人或股东被给予是否批准计划的表决机会。

147. 破产法应规定，如计划规定一个债权人或股东或一类债权人或股东的权利没有被改变或受到其影响，则该债权人或股东或该类别的债权人或股东无权就是否批准计划参加表决。

建议 139-159（续）

148. 破产法应规定，有权就是否批准计划进行表决的债权人应当按其各自的权利分别归类，各类别应分别进行表决。

149. 破产法应规定，一个类别的所有债权人和股东应当得到相同的待遇。

按类别批准（第 49-51 段和第 54 及 55 段）

150. 如果按类别就批准计划进行表决，破产法应规定如何计算批准计划所需的各类别表决中所获票数。可采取若干不同的做法，包括要求所有类别均批准，或须由规定的多数类别但至少必须有一个其权利被计划改变或受其影响的债权人类别批准计划。

151. 如果破产法不要求由所有类别批准计划，破产法应论及未表决批准计划的那些类别在计划仍获得必要若干类别批准的情况下的待遇，该待遇应符合建议 152 所载的理由。

对已批准的计划的确认（第 56 和 60-63 段）

152. 破产法如果要求已批准的计划须由法院确认，破产法应当要求在下列条件得到满足时，法院应确认计划：

(a) 已获得必要的批准以及批准程序的进行得当；

(b) 债权人按该计划的所得至少相当于其本可在清算中的所得，除非其已特别同意接受较低的待遇；

(c) 计划中不含有违法的规定；

(d) 程序管理费将获全额偿付，除非该债权持有人或费用支出人同意不同的待遇；以及

(e) 除非受影响的债权人类别同意其他做法，如果一类债权人在表决中反对该计划，则该类债权人应得到计划对其按破产法规定享有的排序的充分承认，而且按计划对该类别的分配应符合其排序。

（在不要求确认的情况下）对批准提出质疑（第 57-59 段）

153. 如果计划经债权人批准后无须法院确认即具有约束力，破产法应允许利益方（包括债务人）对批准计划提出质疑。破产法应规定对质疑的评估标准，其中应包括：

(a) 是否符合建议 152 中所载的理由；以及

(b) 欺诈，在这种情况下应适用建议 154 中的要求。

对已确认的计划提出质疑（第 65 段）

154. 破产法应允许以欺诈为根据对已确认的计划提出质疑。破产法应规定：

(a) 按发现欺诈的时间起算提出质疑的时限；

(b) 可以提出此种质疑的当事人；以及

(c) 质疑应由法院审理。

修改计划（第 52 和 66 段）

155. 破产法应允许修改计划，并指明可提出修改建议的当事人和可修改计划的时间，包括在计划提交后至批准前、计划批准后至确认前、计划确认之后以及程序尚未结束的计划执行期间。

对修改的批准（第 67 和 68 段）

156. 破产法应确立对经由债权人批准的计划进行修改的批准机制。该机制应当要求向债权人和其他受此所提修改影响的当事人发出通知；指明须发出通知的当事人；要求须得到债权人和其他受到修改影响的当事人的批准；以及（在要求确认的情况下）要求须符合确认规则。破产法还应指明所提出的修改未获批准的后果。

监督执行情况（第 69 段）

157. 法律可建立监督计划执行情况的机制，其中可包括由法院、法院任命的监督人、破产管理人或由债权人任命的监督人进行监督。[4]

转换为清算（第 72-75 段）

158. 破产法应规定在下列情况下法院可将重整程序转换为清算：

[4]如果程序涉及占有中债务人，或程序在批准计划时即告结束，则可能无须指定监督人。

建议 139-159（续）

(a) 未在法律规定的任何时限内提出计划而法院又未准许延长时限的；

(b) 所提出的计划未获批准的；

(c) （破产法规定须确认时）所批准的计划未获确认的；

(d) 对已批准或已确认的计划提出的质疑得以成立的；

(e) 债务人严重违背计划的规定或无能力执行计划的。[5]

计划的执行失败（第 70 和 71 段）

159. 破产法可规定，如果债务人严重违背计划的规定或无能力执行计划，法院可终结司法程序，利益方可随之行使其法定的权利。

B. 简易重整程序[6]

1. 导言

76. 如本《立法指南》第一部分所述，重整可采取若干形式中的任何一种，其中包括很少或根本不要求法院介入、基本上视所涉各方当事人之间的协议而定的非正式（即从庭外进行这个意义上来看）自愿重组谈判，以及在法院的正式监督下根据破产法进行的重整程序（在本文讨论中称作“正式重整程序”）。后面这种程序通常涉及债务人的所有债权人和程序启动后由债权人及其他利益方制定和批准的重整计划。然而，在破产法允许法院加快程序进行的情况下（本节中称为“简易重整程序”），重整还可能包括为使受到影响的债权人在程序启动之前自愿重组谈判中谈判商定的计划发生效力而启动的程序。

77. 通过自愿重组谈判达成协议，往往由于个别债权人采取强制行动的能力和债权人需要对改变某些类别现有债务的偿还期达成一致而受到阻碍。这些问题在复杂的跨国企业中更加突出，因为在这些企业中尤其难以取得

[5]只有在程序尚未结束的计划执行期间才可采取这一行动：见第六章，第 18 和 19 段。

[6]因为本程序以自愿重组谈判中达成的协议为基础，所以本节应结合第一部分第二章第 2-18 段一并阅读。

所有相关当事人的同意。为了提供一个所有参与者都能同意的谈判框架，并为便于这些谈判取得成功的结果，国际破产协会出版了一本《多债权人庭外解决全球办法原则说明》。这些原则旨在通过指导各种债权人团体如何根据某些共同商定的规则行事来加快谈判过程，从而增加成功的前景。

78. 自愿重组谈判也可能因少数受影响的债权人拒不同意一项最符合大多数债权人利益的解决办法而受到阻碍，其目的无非是利用其地位以其他当事人的利益为代价为自己争取更好的条件（通常称之为“拒不合作者”）。如果出现这种拒不合作者，只有采取在这些持反对意见的债权人不同意的情况下仍可修改其合同权利的办法，才能贯彻执行自愿协议。根据现行大多数法律制度，对合同权利作这种修改需要启动破产法规定的正式重整程序，其中应有所有债权人的参加，并且满足调整这些程序的破产法的规定。时机的选择通常在企业重组中起着至关重要的作用，拖延时间（通常必然存在于正式重整程序中）常常会付出代价，甚至会对实现有效的解决造成致命的影响。

79. 在采用自愿重组谈判和简易重整程序的情况下，可以避免这些困难以及正式重整程序通常相伴随的其中一些费用、拖延以及程序上和法律上的要求。这些程序可以成为解决债务人财务困境最有成本效益的手段，不过，其有效性取决于本《立法指南》第一部分所讨论的某些先决条件得到满足（见第二章，第 2-18 段）。这些条件可能包括对有限的一些主要银行或金融机构债权人欠下大笔债务；债权人认为也许最好是在债务人与融资机构之间以及在各融资机构之间谈判一项安排以解决债务人的财务困境；通过谈判过程有可能为当事各方带来比直接和立即诉诸于破产法而更大的好处前景（其中部分原因是因为谈判各方可以控制结果，谈判过程的费用较低，可以迅速完成，而不会造成债务人业务的中断）；债务人不需要减免贸易债务，也无需正式破产的益处，例如自动中止，或得以甩掉债务负担。

80. 尽管有这些先决条件，自愿重组谈判和简易重整程序可以成为国家工商部门可资选用的一系列破产解决办法中的宝贵工具。鼓励采用这种谈判办法，不一定是因为国家的正式破产制度薄弱、效率低或不可靠，而是由于这类办法具有优点，可以是提供公正性和确定性的纯粹正式破产程序的一种补充。而且，在一旦不能启动谈判过程或谈判失败即可以迅速而有效地诉诸破产法的情况下，这类解决办法最为有效。

2. 自愿重组谈判通常涉及的债权人

81. 如上所述（见第一部分，第二章，第 14-16 段），自愿重组谈判并非总是可以或甚至有必要让所有债权人参与。这些谈判通常涉及债务人和一类或多类债权人，例如贷款人、债券持有人和股东。还经常涉及主要的非机构债权人，这通常属于这些债权人在债务人企业中卷入很深以致于其不

参与就无法有效进行重组的情形。这些类别的债权人往往发现参与这些谈判有好处，因为这样做有可能减少他们在正式重整程序中会遭受的损失。

82. 通常参与自愿重组谈判的债权人类别有限，从而比正式重整更容易达成协议，因为后者通常涉及所有债权。由于自愿重组谈判通常能够让某些类型的非机构债权人和贸易债权人等其他债权人继续在债务人正常经营过程中获得偿付，因此，这些债权人对拟议的重组不太可能持有任何异议，所以也不需要参与谈判。但是，如果计划中将改变这些债权人的权利，那么将需要取得他们对拟议的改变表示同意。

3. 自愿重组协议的实施程序

83. 破产法可以在关于启动破产法所规定的重整程序的条文中，列入有关由法院确认自愿重组协议和加快这些程序的规定。如果破产法作此规定，则需考虑界定这些规定所适用的债务人和受这类快速程序影响的各方当事人。

(a) 符合条件的债务人

84. 债务人凡尚不符合条件根据破产法一般重整规定启动程序但已有可能基本无能力偿还其未来到期债务的，均似应有机会提出申请而启动简易重整程序。破产法中列入这类规定，允许这类债务人启动快速程序，即是确认有必要在早期解决财务困境，允许利用经多数受影响债权人批准的自愿重组协议。启动快速程序将确保根据破产法保护持异议的债权人。一般适用于启动破产程序的管辖权要求也将适用于此（见第二部分，第一章，第12-18 段）。

85. 破产法还可规定，债务人已符合条件启动破产法规定的正式程序的，应可以申请快速程序确认自愿重组协议（见第二部分，第一章，第 23-31 段和建议 15 及 16）。如果破产法规定当债务人符合关于其财务状况所规定的标准时（例如无清偿能力）即有义务启动破产程序，那么可能需要具体规定启动快速程序即达到这一义务要求。或者，破产法也可规定暂缓履行义务，使债务人能够规避这些标准（从而避免因未能履行申请启动的义务而受到制裁），而同时仍采取行动解决其财务困境。

(b) 受影响的债务

86. 如上所述，自愿重组谈判通常涉及的债务类型，与有担保或无担保的机构借款债务和公共借款债务有关，而且也与其他类似的金融债务有关。附担保债务经担保债权人同意后也可纳入这类谈判中。贸易债权人、优先债权人（例如税务和社会保险当局）及员工等其他债权人所持的债权，一般不包括在内，因为难以获得为调整其债权所需的同意，这些债权人继续

在正常经营过程中获得偿付。但是，如果遵守了根据破产法规定所适用的所有相关保障措施，那么在重整将变更这些债权人权利并可获得必要多数批准的情况下，可以将这些债权人包括在内。在任何特定案例中受影响的具体债务，将是那些已在计划中所列明的债务，在快速程序中，该计划将获得法院的确认。

(c) *破产法的适用*

87. 破产法如允许快速程序，还将需要确定在适用于正式重整程序的破产法条文中有哪些规定也将予适用，特别是如果拟对其适用方式作任何修改时。因此，举例来说，既一般适用于正式程序也同样适用于这种快速程序的条文（除非作了具体修改），可包括下列方面的规定：申请程序；启动程序；通知启动（可作修改，仅限于通知那些受计划影响的债权人和股东）和通知的内容（其中可能需包括债权核实的信息、法院就确认计划进行审理的时间和地点、对确认计划的异议以及计划对股东的影响）；适用中止；对拟订全体债权人名单的要求（其目的在于告知法院，并就谁受到计划影响和谁不受计划影响提供确定性）；对批准计划的要求（包括向受到影响的债权人提供计划和辅助信息、确定各类债权人、债权人委员会以及批准计划所需的标准和多数）；计划的效力和确认，包括保护持有异议的债权人利益的处理标准；与执行计划有关的问题（包括执行失败）和债权的解除。对于在快速程序中所确认的计划执行失败的情形，破产法将需要考虑这种失败的后果，特别是这种后果是否应与正式程序中所批准的计划遭遇失败的后果相同（见上文第 70-75 段），以及对于在执行过程中已作出的偿付，是否应有特别的规定。

88. 破产法中可能不适用于快速程序或可能需作修改以符合快速程序目标的规定包括下述方面：指定破产管理人，除非计划中对此作出特别规定；申报和核实债权；对未受影响的债权人的通知要求；批准计划的时限（如果破产法中列入了这方面的规定）；以及就计划进行表决（因为这发生在启动之前）。破产法适用上的另一个重要例外将是，如可表明计划很可能获得确认，法院可授权未受计划影响的债权人继续从正常经营过程中获得偿付。

㈠ *申请要求*

89. 申请启动快速程序可能需要与申请正式重整程序有所不同，以便考虑到不同的背景因素。申请中可包括经谈判达成的计划和披露说明；介绍已进行的谈判（包括为便利谈判而可能成立的任何债权人委员会的成员）；启动前征求债权人意见和受影响的各类债权人的表决情况（表明破产法就批准计划而规定的多数已在各类受影响的债权人中达到）；未受影响的债权人继续在正常经营过程中获得偿付和计划未变更或影响其权利的证据；

以及计划内关于向接受计划的各类债权人中持反对意见债权人所提供的保护。破产法将还需论及申请是否起到自动启动程序的作用或法院是否须审查申请的问题；如需法院审查，审查的时间似应尽可能短一些，这特别是因为申请是建立在谈判达成的协议基础上的，拖延时间将不仅不利于债务人的业务，也不利于计划的执行。

㈡ *启动的效力*

90. 正式重整程序的启动一般影响债务人及其所有债权人（除非某些类别的债权人按规定被具体排除在破产法的适用范围之外），而快速程序启动后的效力将局限于债务人，以及本人权利将受谈判达成的计划所改变或受其影响的个别或各类债权人和股东。但是，也可能在有些情形下，法院可认定程序的效力范围应涵盖更多的债权人或更多类别的债权人，以确保对破产财产的保全等。

㈢ 执行失败

91. 如已经讨论的那样（见上文，第 70 和 71 段），对于经债权人批准和按规定法院须加确认时经如此确认的计划，如果执行失败，破产法对其后果采取了不同的做法。虽然在快速程序中，法院确认的计划在执行上失败后所产生的后果一般预计可能与正式重整程序的情形下相同，但因为债务人可在不符合正式重整程序的启动标准时启动快速程序，所以这表明转换为清算程序可能不合适；破产法似应让债权人自行谋求其法定权利。

(d) *程序的加快*

92. 为了充分利用谈判达成的计划和避免因延误致使计划无法执行，破产法可能需要考虑除了承认上述启动之前已经完成的步骤以外，在处理快速程序时如何才能比正式重整程序更快些。例如，如果已通过谈判商定了符合破产法正式要求的计划和其他文件，并得到绝大多数的支持，那么法院似可下令立即酌情召开会议或进行庭审，以节省时间和费用。还可以准予免除实行一部分正式程序。例如，如果某一类别债权人（一般是机构债权人）的多数同意经谈判所商定的计划，而该多数已充分满足破产法对批准重整计划所规定的表决要求，并且其他债权人的权利也不会受到计划的变更或影响，那么法院或许可以下令举行仅由批准计划的该类别的债权人出席的会议或庭审。同样，如果已按照关于征票的适用法律（包括所适用的证券法的披露信息规定）向受影响的各类债权人进行了征票工作，那么法院应可省去启动后的征票程序。

93. 即使破产法规定对符合条件的案件可作从速处理，但对持异议债权人和其他当事人所提供的保护，最好不要低于破产法对正式重整程序中这些当事人所提供的保护。因此，对这种简易重整程序在程序上的要求，将包括与正式重整程序所提供的保障和保护基本相同的保障和保护措施。

94. 为鼓励或顾及自愿重组谈判和简易重整程序，可能需要对其他法律进行修改。这方面的例子可能包括那些使董事对自愿重组谈判期间进行的交易承担责任的法律；对这一期间提供的信贷债务不予承认或这些债务受制于撤销权规定的法律；以及限制债转股的法律。

建议 160-168

立法条文目的

条文涉及的破产程序结合了两个方面，一方面是自愿重组谈判和接受计划，另一方面则是根据破产法实行快速程序，以便法院确认该计划。条文的目的在于：

(a) 确认自愿重组谈判是挽救财务困境企业的一种成本效益良好和行之有效的手段，一般涉及调整对贷款人和其他机构债权人以及主要非机构债权人的债务的结构，这些当事人的参与对于重组至关重要，而这种谈判并不涉及所有类别的债权人；

(b) 鼓励和便利采用非正式谈判；

(c) 根据破产法制定具有下列作用的程序：

㈠ 可在每一类受影响的债权人的多数都同意计划的情况下，维护自愿重组谈判的良好结果；

㈡ 可尽量减少拖延时间和支出，并确保在自愿重组谈判中 谈判商定的计划不会落空；

㈢ 可对每一类受影响的债权人和股东中不接受商定计划的少数成员具有约束力；

㈣ 实体性要求与破产法规定的重整程序相同，包括保障措施也基本相同，但时间期限缩短；以及

(d) 在采取适当保障措施的情况下，对其他法律中的可能防止或限制使用程序从而延误诉诸破产法的各项要求暂缓适用。[7]

[7]例如，要求凡在破产程序外调整债务的，需取得一致同意，董事须对在进行自愿重整谈判期间债务人继续进行的交易承担责任，不承认这一期间提供的信贷债务，以及对债转股的限制。

建议 160-168（续）

立法条文内容

简易重整程序的启动（第 84 和 85 段；第一章，第 12-18 段以及关于管辖权的建议 10-12）

160. 破产法应规定，凡债务人有下列情形的，可根据其申请启动简易程序：

(a) 已经或可能全面丧失支付其到期债务的能力；

(b) 已谈判了一项重整计划，且该计划已为每一类受影响债权人所接受；以及

(c) 符合关于启动破产法所规定的正式重整程序的司法管辖权要求。

161. 破产法可补充规定，凡债务人有下列情形的，可根据其申请启动简易程序：

(a) 债务人资不抵债或可能资不抵债的；以及

(b) 符合建议 160(b)项和(c)项要求的。

申请要求（第 89 段）

162. 破产法应规定申请启动简易重整程序时应附上下列补充材料：

(a) 重整计划和披露说明；

(b) 关于提出启动申请前所进行的自愿重组谈判的说明，包括向受影响的债权人提供的资料，以使其能就计划作出知情的决定；

(c) 关于未受影响的债权人在正常经营过程中得到偿付和关于该计划未经未受影响的债权人同意不变更或不影响其权利或债权的证明；

(d) 关于受影响的各类债权人表决情况的报告，其中应表明这些类别的债权人以破产法规定的多数接受了该计划；

(e) 财务分析或其他证据，表明该计划符合所有适用于重整的要求；以及

(f) 在自愿重组谈判过程中成立的任何债权人委员会的成员名单。

启动

163. 破产法应规定申请启动将自动启动程序，或规定须由法院就债务人是否满足了建议 160 或 161 的要求迅速作出裁定，如已满足，则启动程序。

启动的效力（第 90 段）

164. 破产法应规定：

(a) 适用于正式重整程序的破产法规定也将适用于简易程序，除非按规定作出改变或不适用；[8]

(b) 除非法院另有裁定，启动的效力应限于债务人和权利受计划变更或受其影响的个别债权人、各类债权人和股东；

(c) 自愿重组谈判过程中成立的任何债权人委员会应视作根据破产法指定的债权人委员会；

(d) 应尽快举行关于是否确认计划的法院庭审。

启动通知（第 87 段和第一章，第 64-71 段和建议 22-25）

165. 破产法应规定简易程序的启动通知应发至受影响的债权人和受影响的股东。通知中应列明：

(a) 债务人所报出的每一受影响债权人的债权额；

(b) 受影响的债权人不同意债务人报出的债权额时提出不同债权额需遵守的时限，以及可以提出债权的地点；

(c) 就其他当事人所称的债权提出质疑的时间和程序；

(d) 确认计划的庭审和对确认提出反对意见的时间和地点；

(e) 计划对股东的影响。

[8]破产法中一般将不予适用或可作变更的规定包括：正式提出债权；关于批准计划的通知和时限；关于向债权人和其他利益方提供计划和披露说明以及关于计划的征票和表决的启动后机制；指定一名破产管理人（一般情况下不指定破产管理人，除非计划如此要求）；关于计划确认后修订计划的规定。在适用于正式重整程序的破产法规定中，一个例外是，在计划的执行期间，未受计划影响的债权人将在正常经营过程中受偿。

建议 160-168（续）

计划的确认（第 60-63 段和第 88 段及建议 152）

166. 破产法应规定，在下列情况下，法院将确认计划：

(a) 计划符合在对正式重整程序的计划确认时就受影响的债权人和受影响的股东所适用的实体性要求；

(b) 在自愿重组谈判期间向受影响的债权人和受影响的股东发出的通知和提供的资料足以使其就计划作出知情的决定，而且启动前为争取计划获得接受而开展的任何征集活动均符合准据法；

(c) 未受影响的债权人在正常经营过程中得到偿付，未经其同意，计划不变更或影响其权利或债权；以及

(d) 随申请一并提交的财务分析表明计划符合所有适用于重整的要求。

经确认后的计划的效力（第 64 段）

167. 破产法应规定，经法院确认的计划，其效力仅限于债务人和那些受计划影响的债权人和股东。

经确认后的计划的执行失败（第 70、71 和 91 段）

168. 破产法可规定，债务人发生对计划条款严重违约时或无能力执行计划时，法院可以终结司法程序，利益方可以行使其法定权利。

五. 程序的管理

A. 债权人债权的处理

1. 导言

1. 债权人的债权在破产程序中的两个阶段起作用——第一，用以确定哪些债权人在程序中可拥有投票权以及如何表决（根据其所属类别，如果债权的价值是相关因素，还根据其债权的价值）；第二，用于分配的目的。因此，申报债权及其获得确认，这一程序是破产程序的一个关键部分。应考虑确定哪些债权人按规定需要申报债权，以及应申报哪些类别的债权。例如，这些债权可包括由债务人在破产程序启动前的作为或不作为而引起的所有受偿权利，无论其是已到期的还是未到期的，是已清算的还是未清算的、是固定还是不确定的。还应考虑申报、核实和确认债权的适用程序；未申报债权的后果；以及复审有关确认债权的决定。破产法还应涉及申报和承认债权后的效力，因为这一点将是关系到债权人参与的关键。例如，申报债权可使债权人有权参加第一次债权人会议，而确认债权或至少是临时确认债权，对于债权人能否在破产程序中针对各种事项拥有投票权，可能十分重要。

2. 债权人债权的申报

(a) 按规定可能需要申报债权的债权人

2. 决定哪些债权人需要申报债权时的主要问题涉及担保债权人的待遇，因为无担保债权人（无论债务是或有债务，还是已清算债务）按规定一般都需要申报债权（当然，除非债权程序另外规定了一种用于核实和确认债权的机制，不要求所有债权人均必须申报债权申请——讨论情况见下文）。

3. 有些破产法不把抵押资产列入破产财产的范围，从而允许担保债权人自行强制执行其在抵押资产上的担保权益，在此情况下，只要担保债权人的求偿权可从出售抵押资产的价值中得到满足，就可将其排除在外，不必要求其申报债权。假如抵押资产的价值少于担保债权人的求偿数额，则该债权人可能需要就无担保部分如同普通无担保债权人一样申报债权。因此，无担保债权的价值取决于抵押资产的价值、其如何加以确定及其确定

的时间。除非有明确的、适用于估值的规则，否则有可能产生某种不确定性，特别是在参照债权价值计算投票权的情况下，在决定投票权方面有可能产生某种不确定性。[1]

4. 另一种做法是要求担保债权人就其担保权益的总价值申报债权，而无论其债权的任何一部分是否是无担保的。这一要求在有些法律中只限于持有某些类别担保权益的人，例如持有浮动担保、卖据或动产担保的人。要求所有担保债权人申报债权的某些法域列出了未申报债权者所面临的严重后果（讨论情况见下文）。有些破产法还允许担保债权人将其担保权益让与破产管理人，并且就其总价值申报债权。[2]

5. 要求担保债权人申报债权的依据是这种做法可以向破产管理人提供有关所存在的全部债权、附担保债务的范围和可能受制于担保权益的资产以及未偿付债务的全部数额的信息。不管选择何种做法，破产法都宜列入在申报债权方面如何处理担保债权人的明确规则。如果破产法规定债权方面的程序可能会影响担保债权人的担保权益，则程序启动通知尤其宜列入提交和未提交担保债权的信息。如果要求担保债权人申报债权，则提交和核实债权的程序应一般与无担保债权人相同。

(b) 对可申报的债权的限制

6. 破产法限制可以申报的债权种类，例如把未清算的侵权类债权排除在外，这种情况在过去并非异乎寻常。然而，最近的趋向是对于可申报的债权，定义范围扩大至包括未清算的侵权类债权和违约债权以及或有债权。破产法或许还需要解决如何处理非货币性质的债权，例如对要求履行某种义务（例如，交付特定财产）的权利或无追索权贷款。

7. 破产法对除外债权采取不同的做法。根据某些法律，持有这些债权的债权人不可以参与程序，对从债务人那里收取其债务无追索权；他们的债权已有效消灭。但是，根据其他法律，保留替代追偿方法，可在破产程序之外谋求债权的偿付。破产法宜对可申报的债权下一个广泛的定义。然而，应该指出，扩大该定义的范围有可能使破产程序更为复杂，尤其是如果必须对这些债权作出估价，以便至少能够暂时申报和确认此类债权。

---

[1]关于抵押资产的估价，见第二章，第 66-68 段。

[2]贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条第 3 款和《颁布指南》（第 111 段）指出，根据有些法律，担保债权担保债权担保债权人提出债权的视为已放弃担保或信贷所附的某些特权，而根据其他法律，如未能申报债权，则有这一结果（见附件三）。

㈠ 启动后发生的债务

8. 作为一条一般原则，只可以就程序启动前发生的债务申报债权。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所作的规定——许多法律规定这些债务应作为程序的费用全额偿付。

㈡ 除外债权的类别

9. 出于各种公共政策原因，破产法可以力求将某些类别的债权排除在破产程序之外，这种债权的例子包括涉外税收债权、罚款和罚金、与人身伤害有关的债权、与过失有关的债权和赌债。有些破产法规定，可以申报这些债权，但可能须作特殊处理，例如排在其他无担保债权之后。因此，破产法很有必要具体列明拟排除在破产程序之外或须作特殊处理的那些债权（见下文，第 45-49 段）。

a. 涉外税收债权

10. 目前许多国家都把涉外税收债权排除在外，一般认为，这种排除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，也没有任何强有力理由说明在一国愿意确认这种债权时一定不能予以确认。在涉外税收债权被确认的情况下，这种债权可享有与本国税收债权或普通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 条第 2 款（见附件三）承认这些不同的做法，其中规定，排除涉外税收和社会保险债权，或将之与普通非优先债权列为一类，或当本国同等债权的等级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原则。

b. 非法活动产生的债权

11. 将赌债作为除外债权，其依据一般是这些债务产生于本身非法的活动。破产法可不必着重具体列出可作为非法债权而排除在外的债权实例，而是可以将那些产生于非法活动因而无从执行的债权归为一大类排除在外。

c. 罚款和罚金

12. 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刑法而施加的罚款），另一种是属于补偿性质的。可以据理认为，应当将第一类罚款和罚金排除在外，因为这是由于债务人的某些不法行为造成的，无担保债权人不应当承担这种不法行为的后果，眼看着由此而减少可用于分配的资产。相比之下，似乎

没有迫切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补偿时，除非也有正当理由可以把这种排除作为一种手段用以增加无担保债权人可能分到的资产。另一种做法是承认罚款和罚金构成的债权，因为除此之外别无办法收取此种罚金。

(c) 申报债权的程序

㈠ 申报债权的时间

13. 为确保及时申报债权和破产程序免于不必要的拖长，似应对申报债权采取一种灵活做法，允许债权人不仅可通过邮寄方法申报债权，也可采用电子邮件和其他适当的手段申报债权。还可对申报债权的最后期限作出规定。规定最后期限一般有三种办法。第一种是破产法规定必须在程序启动生效之日后的某段时期内或应以程序中所指明的其他某个事件为标志申报债权。在另外一些破产法中，由法院或破产管理人确定最后期限，但该最后期限应在破产法规定的时间范围内，例如，在程序启动等特定事件后 10 天至三个月内不等。第三种方法是，有些破产法并不为何时申报债权规定任何最后期限，而是由破产管理人确定申报债权的时间，或规定在所指明的程序过程中某一点之前，例如在破产管理人提出最后报告和核算之前，任何时间均可申报债权。有些破产法视通知启动的方法而规定不同的时限。如果债权人为已知债权人，接到了关于启动程序的个人通知，其时限可能短于对依赖公开发布启动公告的债权人的时限。

14. 核实和确认债权的程序是确定对申报债权的任何最后期限的一个关键性因素。如果这一程序必须先于法院审理或为此目的而召开的债权人会议，则在申报债权的时间上的灵活性就会降低；对于那些未在该会议或庭审之前的规定日期内申报的债权，将需要举行特别庭审或特别会议。如果核实和承认由破产管理人进行，灵活性就可能提高，因为将不会同样需要满足关于召开债权人会议或法院庭审的程序上要求。

15. 尽管最后期限固然可有助于确保申报债权的过程不致于给破产程序造成不必要的拖延，但却有可能不利于外国债权人，在许多情况下，涉外债权人可能无法与本国债权人遵守同样的最后限期。为确保国内外债权人的同等待遇，并考虑到废除债权人国籍歧视的国际趋势，似可采用一种做法，允许在分配或程序中某个指明的事件之前任何时候申报债权，或者规定一个时限，但如果债权人有充分理由不能遵守该最后期限或该最后期限成为某一债权人的严重障碍，则可延长或取消这一时限。

16. 在确定了最后期限（无论是由破产法、法院还是由破产管理人确定）的情况下，如果申报债权的时间迟误，造成需负担的费用，则应由该债权人承担此种费用。如果在程序进行到后期阶段申报债权，则拟解决的一个相关问题是能否在申报所有债权之前进行临时分配、如果可以的话，在分

配以后才申报债权的债权人是否仍然能够参与该分配。有些破产法规定，这类债权人只能参与在其债权申报后发生的分配，而另外一些破产法则要求破产管理人在分配时为尚未申报其债权的债权人预作准备。

㈡ 申报和证明债权的举证责任

17. 许多破产法规定由债权人对申报和证明其债权负举证责任。通常要求债权人出具证据，有些破产法要求使用一种标准的债权表格，附上支持文件、证明其求偿金额、债务的依据以及任何优先权或担保权益。许多法律还允许破产管理人要求债权人提供补充资料或文件来证明其债权；有些法律还允许对未得到适当证明的债权不予确认。有些法域规定，为有助于对债权的承认，可要求债权以声明的形式申报，例如以宣誓书的形式申报，如有作假，将施加处罚；在某些法域中，与此类声明有关的手续已导致放弃了这种做法。

18. 作为缩短债权程序的一种方法，一些破产法允许在特定情形下债权人不必正式提出证据，债权即可获得确认。适当的情形可包括破产管理人可以从债务人账本和记录中查出哪些债权人应当得到偿付及债务的数额。虽然在许多破产案件中，债务人的账本和记录并不完全可靠，但是这种确认债权的方法好处是减少了与核实和确认债权有关的手续，似应于债权未受到债务人或其他债权人质疑的情形（下文作进一步讨论）。

19. 为便利这种做法，可在程序的早期阶段编制出一份债权人及其债权的清单。由债务人编制这一清单，其有利条件是债务人了解其债权人及其拥有的债权，而且可对破产管理人早日表明企业的财务状况。另一种做法是要求破产管理人协助债务人编制这一清单，或由破产管理人编制这份清单。后一种做法可有助于减少核实债权过程的相关手续，但有可能增大费用和造成拖延，因为要取决于破产管理人能否从债务人那里获得准确和相关的信息。清单编制出之后，即可按照清单评估可以无需正式证据而确认哪些债权人的债权以及应邀请哪些债权人向破产管理人申报债权，以便加以核实或者确保在债权确立阶段即已考虑到所有相关的债权人。该清单还可在一段时间之后作出修改和更新，使之不仅准确地表明债务人的负债水平，而且还可表明核实和承认债权的情况。

20. 破产法似应解决虚假债权问题并对所提出的债权被证明属于虚假债权的债权人及其他人施加适当的处罚。

㈢ 申报涉外债权的手续

21. 对于涉外债权人特别重要的一个问题是，提出债权的申请是否一定要使用启动破产程序所在法域的语文，以及申报债权是否必须遵循一定的手续，例如经过公证。为便于涉外债权人加入程序，宜考虑这些要求是否至

为必要，是否可以如同在关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条（见附件三）[3]的讨论中谈到的其他程序性手续一样加以放宽。在其他方面，外国债权似应遵守与本国债权同样的核实和承认手续。

㈣ 外币债权的折算

22. 如果债务人在不同的国家开展业务活动，债权人可能拥有不是以破产程序所在国的货币标明价值的债务。为进行核实和分配，这些债权通常都折算成本国货币，但在有些情形下可能不需要折算。折算日也许已在债务人和债权人双方的合同中商定，或者可由破产法参照程序启动生效之日或程序中任何其他某个时刻等固定时间来确定。如果折算日和分配日（可能很迟才进行分配）之间有时差，货币的任何贬值或升值都将会影响债权的数额。如果货币相对稳定，波动可能就不会很大。然而，在货币严重不稳或波动的时候，这种波动可能会造成某个债权人相对于其他债权人的严重不利或有利地位。对于这种情形，破产法可规定，可在启动生效之日为表决目的作出临时折算，但如果在进行分配之前的这段时间汇率波动超过某个特定的百分比（在破产法中加以规定），那么，将在分配时作出折算，或者可以对早先的计算作出适当调整。

㈤ 获准接受债权的一方

23. 破产法对向谁提出债权的问题一般采用两种做法其中的一种。一些破产法规定须向法院申报债权，另一些破产法则规定应向破产管理人申报债权。此种差异的依据一般涉及核实过程以及法院和破产管理人各自发挥的作用。如果由破产管理人负责债权的核实和确认，债权人通常有权诉诸法院，对有关已得到承认的债权所被赋予的价值或优先权或者对不予承认债权的问题提出质疑。

(d) 未申报按要求应予申报的债权

㈠ 未在规定时期内申报债权

24. 对于按破产法规定应予申报而未能在任何规定时限内申报的债权，破产法采取了不同的做法。一些破产法采取灵活办法，例如，规定尽管定出了最后期限，但在破产管理人申报清算程序最后报告和核算之前仍可在任何时间申报债权，然而债权人须承担由于延迟申报债权而造成的额外费用。延迟申报债权可能会造成的一个后果是，该债权人不能参加在提交

[3]另见欧洲理事会第 1346/2000 号条例，第 40 和 41 条，关于应向债权人提供的资料。

（或承认）其债权之前发生的暂时分配，但是，正如上文所示，也有一些破产法允许债权人一旦其债权得到承认时即可得到先前暂时分配的偿金。另一种后果是在申报债权是得以与会的先决条件时丧失在债权人会议上的投票权。

25. 在申报债权上的另一种做法是严格执行申报债权的最后限期，一些破产法规定未申报债权结果会造成债务消灭，或担保权利被废止或丧失，但前提条件是债权人按规定收到启动通知和对申报债权的要求。另一些法律规定，未能在最后期限前申报债权的债权人需向法院提出关于承认债权的申请。如果法院承认债权，该债权人将局限于只能分摊到未来的分配偿金。

26. 尽管应该尽可能向债权人提供在破产程序中申报其债权的广泛机会，从而使其能够及时收到有关程序启动及要求申报债权的通知，但如果某些债权人虽了解申报债权的必要性和所适用的最后期限但仍然未及时申报债权，那么不得因这些债权人而造成破产程序的延迟。这样做可能会增加破产程序的费用，对其他债权人不利。因此，应明确说明未申报债权所造成的后果，在将申报债权的最后期限通知债权人时应该让其了解此类后果。

㈡ 未能在破产程序结束之前申报债权

27. 债权人未能在最后报告和核算之前申报债权的，视破产法中其他条款规定，可能得出不同的结果。例如，规定在破产程序一俟结束债务人债务即告免除的某些破产法还规定，未在破产程序中申报的债权作为丧失债权论处。

3. 对债权的核实和确认

(a) 已申报的债权清单

28. 许多破产法根据对提出债权的不同要求，规定在提交债权的最后限期之后由法院或由破产管理人编制出已提交的债权清单，若无此种限期或限期发生在程序稍后阶段，则不断地更新这一清单。如按上文所述，破产法规定要编制一份债权人清单（见第三章，第 23 和 49 段）， 则以该债权清单来更新先前的债权人清单，并构成核实和确认债权的基础，也可用以签发收到、承认或不承认债权的通知，这取决于适用的确认程序。许多破产法规定，所有已认定和可以认定的债权人都应当得到有关已申报的所有债权的通知，而不论这种通知是向个人发出还是通过在适当商业出版物上刊载公告或将清单呈送法院等方式发出的。该通知将使各债权人、债务人和利益方能够知道已经申报了什么样的债权，而且可以对所列举的任何债权提出异议（如果破产法允许这样做）。

(b) 核实和确认的程序

29. 核实不仅涉及对债权基本合法性和债权数额的评估，也涉及为了表决和分配而确定某一债权的所属类别（例如，是担保债权，还是无担保债权；是否是优先债权等）。

㈠ 核实和确认的最后期限

30. 除规定申报债权的最后期限外，有些破产法还规定了核实和确认债权的期限，要求在过了申报债权的最后限期之后的一个较短时期内，例如 30 天内，向各债权人提出一个决定。另一些破产法并无此种期限规定。决定破产法在此类情形下是否应规定时限的一个关键性因素是核实的程序和确认债权时是否要求举行法院庭审或债权人会议或由破产管理人负责这一程序。如果举行法院庭审或债权人会议，通常在举行该庭审或会议时承认债权，但首先由法院解决可能质疑债权而产生的纠纷。出于保证透明度和确定性的原因，并且为了确保程序能够迅捷有效地进行下去，宜就确认或否定债权及时作出决定，尤其是如果确认债权将决定对程序的参与和表决权的话。然而，不论对核实和确认采取什么方法，对确定时限的必要性加以任何考虑的普遍做法是必须权衡确定时限的有利之处与这种做法可能造成缺乏灵活性的不利之处以及确保时限得到完全遵守的必要性。

㈡ 确认的程序

31. 破产法对确认债权的程序采取了各种做法、所涉及的复杂性以及法院、破产管理人和债权人的参与程度有所不同，在某些情形下，需要上述所有各方在各个时期作出贡献。该程序十分复杂，如果再加上有上诉权以及在处理需要作出估价的几类债权上存在的困难，程序的进行就可能会严重受阻，并会造成将影响到程序中其他步骤的延迟。出于这些原因，十分可取的做法是尽量简化手续，尽可能提高决策的效率。

a. 由破产管理人确认债权

32. 如上文（第 23 段）所示，破产法通常要求向破产管理人或法院申报债权。许多破产法规定，如果债权必须向破产管理人申报，则应由破产管理人核实债权并决定是否应确认债权，包括整体或部分的承认或不承认，或需作特殊处理，例如当债权是由相关人申报主张时。债权人将被告知破产管理人所作的决定，假若债权不获确认，或只是部分确认，或需作特殊处理，则一般要求破产管理人对该项决定申报理由（往往要求书面申报）。提供书面理由的要求可以提高程序的透明度，还可能为债权人增加可预测性，并在破产管理人的决定受到质疑时，便利法院的复审。正如已

经指出的，有些破产法要求破产管理人有关承认债权的决定须在向法院申报的债权清单中定期加以更新，或以其他方式公布周知，以便利于其他债权人和债务人给予考虑。如果在发布通知之后破产管理人并未收到对提议确认的债权的任何反对意见，按照一些破产法的规定，这些债权即被视为获得确认。

33. 另有一些破产法规定，破产管理人须召开一次债权人会议，根据其编制并提供给债权人的清单，审议所提出的债权。该清单也许要列入是否确认某项债权、其价值和优先权方面的建议。假若在会上没有对确认债权提出反对意见，采取这一做法的破产法通常规定，破产管理人的建议根据破产法即可视为被通过，或债权被视为获得确认。

b. 由法院确认债权

34. 如果须向法院申报债权，则法院通常须召开会议或庭审，对债权进行审理，并就确认债权作出裁定。有一些法律要求在已确定的会议日期之前几天提出债权，并在庭审或会议召开之前将法院或破产管理人编制的一份关于所确认之债权的暂定清单提供给所有债权人。如果与会者对确认所列举的债权未提出异议，按照破产法的规定，这些债权通常则被视为获得确认。

c. 关于债权人本人到场的要求

35. 对债权人，尤其是对涉外债权人，或许关心的一个问题是，有些破产法要求本人出席为审议债权而召集的债权人会议，以便其债权得到确认。这种要求有可能使类似情况的债权人得到平等待遇这一目标无法实现，并造成延迟。虽然在有些情况下，本人出席至关重要，但作为一项一般规则，根据文件证据即可确认债权。因此，可取的做法是，破产法不要求债权人为了使其债权得到确认而必须在所有情况下都亲自到场，而是作为一项一般规则，要求其债权可以凭其文件证据得到确认。

㈢ 自动确认债权

36. 为尽量减少核实和确认债权的手续，除上面所述的那些做法之外，另一种做法可以是规定，在程序启动时尚未清偿的债权不需要核实，这些债权可获自动确认，除非受到质疑。如果采取这种做法，则需要有某种机制来确定债权的存在，债权的价值和优先权。虽然出于可靠性和完整性原因，也许不一定在所有情形下仅凭债务人的账本和记录和在程序中编制的债权人清单即足以查明全部未偿债权及其名义上的价值，但首先以此为凭却可能是适当的。如果未对这些债权提出质疑，即可确认这些债权，而债权人也不必提出正式的证明。对债权的以这种方式自动确认债权可避免许

多相关的麻烦，不必在程序开始时就对情况作出精确的评估，从而使债权人得以参加在程序的早期阶段举行的会议并进行表决。

㈣ 对债权的临时确认

37. 债权人的债权可分为两类：已清算的债权和未清算的债权，后者属于在申报债权时尚未确定债务人所欠数额或目前无法确定数额的债权（例如，债权属于在启动时尚未最后确定的法院行动所针对的客体并且可能予以中止）。此种债权可以是合同性质的，也可以是非合同性质的，在担保债权或无担保债权中都有可能出现。债权还可能是附有条件的、或有的和程序启动时未到期的（后者一般须按到期前的未到期时段作出扣减）。

38. 如果在应当申报债权时尚不能确定或尚未确定债权的数额，对于这种情况，许多破产法允许对债权给予临时确认，但必须暂定其假定价值。确定此类债权的价值会引起一些问题。例如，确定价值的时间及对债权是否必须加以清算（若清算，就必须由法院审理）或加以估算（可以由破产管理人、法院或其他某个指定的人负责估算）。如果要求法院决定这一问题，则与此有关的一个问题是哪一个法院适宜作出决定（即破产法院还是其他某种法院），如何述及延迟作出决定对破产程序的进行的影响。在涉及大量侵权债权等情况下，未清算债权的估价问题会对破产程序产生严重的影响。关于估价的时间，许多破产法要求参照程序启动的生效之日。如果程序改换形式，则可能需要有特别的规则。

39. 允许临时确认债权的一个重要原因是便于持有这些债权的债权人参与程序，尤其是能够参加对关键问题的表决，例如，重整计划的批准或要求债权人作出决定的其他关键性问题。

40. 如果破产法作出了临时确认债权的规定，也许需要考虑此种债权首先是否要经过与其他债权同样的程序。例如，如果对债权的确认涉及在法院举行的庭审或召开一次债权人会议，那么，对于也许会给予临时确认的债权，似可采取该程序，或者也可以先由破产管理人给予确认，但不影响某一持不同意见的当事方质疑该债权的权利，并规定在后期阶段还得经过某种核准手续。需要考虑的其他问题包括享有获得临时确认的债权的债权人在对重整计划进行表决时，作为少数债权人是否受其表示不同意的计划的约束；享有获得临时确认的债权的债权人是否有权参与在债权获得完全确认以前进行的分配；如果事后拒不确认或只是部分确认已获得临时确认的债权，将对债权人参与作出的决定产生什么影响。对某一债权的确认一般可使该债权人与其他债权人一样参加破产程序，只是在其债权价值被最后确定和债权被确认之前，他们也许无权参加分配。但是，如果该债权最后仍未获得全额确认，那么该债权人在破产程序中先前的任何表决权都可能要按所确认的债权比例折扣计算。

(c) 有争议的债权

41. 有的破产法允许对在破产程序中申报的某一债权，不管是对它的价值、优先权或依据提出异议，破产法宜规定哪些当事方有权提出此种质疑。有些破产法只允许由破产管理人提出质疑，而另一些破产法还允许其他利益方，包括其他债权人和债务人在内，对某一债权提出异议。视申报和确认债权的程序的不同，此种异议可向破产管理人提出，也可向法院申报，或在法院庭审或为审查债权而举行的债权人会议上申报。若举行此种会议或庭审，由法院或由破产管理人编制出一份确认债权的临时清单，在庭审或会议举行前将该清单提交给所有债权人，这将有助于对债权的审议。如果在破产程序期间发生对债权的争议，一种快速解决争议的机制十分重要，它可确保破产程序高效和有条不紊地进行。在解决争议之前临时确认这种债权可最大限度地减少对破产程序和债权处理程序的干扰，如果有争议的债权不能迅速和高效率地加以解决，那么，可以对某一债权提出争议的资格有可能被用来干扰破产程序并制造不必要的拖延。多数破产法规定由法院解决争议，以确保作出最后裁定。

42. 如果在程序中申报的债权是破产程序之外发生的审议的对象，则此类债权通常属于根据债权的性质并且在该争议解决以前可以在破产程序中临时获得确认的某一类别的债权（但须适用中止措施——见第二章，第 30-34 段和第 60-62 段）。

(d) 确认债权后的效力

43. 某一债权人的债权被确认后，该债权人即有权出席债权人会议，而所确认的债权数额即是该债权人有权在此种会议上获得的相应表决权，不管是就选举破产管理人还是通过重整计划，或者是就破产法规定的其他某个事项进行表决。债权的确认还将确定债权的数额和债权的优先权，这些是破产管理人在作出对债权人的分配时必须加以考虑的因素。

(e) 相互债权的抵销

44. 正如上文（第二章，第 204-207 段）所述，一些破产法作出规定，若债务人与债权人之间有相互的欠款，则只要满足了某些条件，这些相互欠款可以在破产程序中抵销。例如，应满足的条件可包括：要求此种债权须是在启动程序的生效之日已经存在、已经到期和应予支付的；债权人得到该债权的方式并无欺诈，或并不知道债务人一方的财务状况；债权人并非在可撤销期内获得该债权；债权人已向破产管理人宣布其意图谋求相互抵销；以及债权是相关的债权。个别破产法规定了在破产中的强制性抵销，而其他一些破产法则不允许相互抵销，理由是违反公平原则。如果允许抵销，则破产管理人或法院在核实和确认债权时通常应顾及这类情况。

(f) 需予特别处理的债权

㈠ 管理债权

45. 如上文（第三章，第 31、66 和 112 段）所述，破产程序常常需要有一些专业人员的协助，如破产管理人以及债务人顾问或破产管理人的顾问。债权人委员会可能需要有支出，经营债务人的企业也要有支出，其中包括员工的债权、租赁费用和类似的债权等。许多或所有启动后的债务程序的进行还会有其他方面的支出。

46. 尽管向参与进行破产程序的各方提供适当报酬十分重要，但管理费用有可能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及其辅佐基础结构，但也似应考虑如何尽量减少这种影响。例如，破产法可以在这些支出的范围方面定出严格而又有灵活性的标准。这些标准可包括是否允许支出取决于该支出是否用以增加破产财产的价值，从而使所有的参与人都普遍获益，或取决于开支费用必须不仅是合理和必要的，而且还符合进行破产程序的关键目标。支出的合理性可参照破产程序所能动用的资金数额，并考虑到支出对破产程序可能产生的影响来评估。

47. 可采取不同的方法进行这种评估。一种方法可以是要求在发生费用以前必须得到法院的批准，或者要求在企业正常经营范围以外的所有费用均须得到法院的批准。另一种做法可以是要求由债权人进行此种评估，以提高破产程序的透明度，但如果对债权人的评估出现争议，仍须提交法院决定。正如上文在论及破产管理人的报酬时所指出（见第三章，第 53 段），凡所采取的费用评估机制都应避免费用评估方可不适当地影响程序的进行。

㈡ 相关人的债权

48. 可能需要特别考虑的一类债权人是与债务人有关系的那些人，无论是在家庭关系上，还是在商业关系上（上文已作讨论，见第二章，第 183 段和下文第 77 段）。对这些人的债权需予特别处理的常见理由是，他们比其他债权人更有可能得到优惠，而且很早就已了解到债务人的财务困境。虽然他们并不确切属于排除在外的债权类别，但似应考虑是应将他们同其他债权人一样给予承认和给予平等待遇，还是给予承认的同时作出特别处理。然而，仅仅根据其与债务人的特殊关系也许并不足以在所有情况下构成对某一债权人的债权加以特别处理的理由。在有些情况下，这些债权是完全透明的，应当参照并非相关人的债权人所申报的类似债权，给予同样处理，而在另外一些情况下，此种债权可能引起嫌疑，值得特别加以注意。破产法也许应列入某种机制，以便确定哪些类别的行为或情况下应对

其债权加以特别注意，譬如债务人资本严重不足（例如，在公司资本不足并在无充足资金偿付债权人的情况下继续运营时，债务人的主管人员以货款形式向公司提供资金），或者有假公济私的迹象（即，有关人员利用职务之便获取好处，例如，在清算之前六个月主管人员同意接受公司无法支付的整套补偿，并在清算时申报该债权）。在这类情形下，可对已确认的债权数额予以减少，也可把该债权的排序退位于其他类债权人的债权之后（见下文，第 55-61 段），或对相关债权人在某些问题上的表决权加以限制（例如在债权人根据破产法的许可选举破产管理人的问题上）。

㈢ 利息债权

49. 对于债权的应计利息和偿付，各国采取了不同做法。一些破产法规定，一旦启动了清算程序，即对所有无担保债务上的债权停止计算利息，但在重整中此种偿付将取决于重整计划中达成的协议。另有一些破产法规定，仍可计算利息，但是利息的支付可能排在从属地位，例如在所有无担保债权人得到偿付后才予以偿付。

4. 未获确认的债权

50. 许多破产法规定，如果债权未得到确认，有关的债权人在获得该项决定的通知后，有权在规定的时期内，例如，在 10－45 天内不等，寻求就该决定进行复审，而不论该决定是由法院还是由破产管理人作出的。

建议 169-184

立法条文目的

关于债权人债权的条文目的是：

(a) 界定可申报或必须申报的债权以及对这些债权的处理；

(b) 使对债务人拥有债权的人能够对破产财产申报债权；

(c) 确定核实和确认债权的机制；

(d) 对有争议的债权作出复审规定；以及

(e) 确保类同排序的债权人享有同等待遇。

建议 169-184（续）

立法条文内容

要求申报债权（第 1 和 13 段）

169. 破产法应当要求希望参与程序的债权人申报其债权，其中应指明债权的依据和数额。法律还应当尽量减少与申报债权有关的手续。破产法应准许使用不同的手段申报债权，包括邮寄和电子手段。

无争议的债权（第 17-19 段和第 35 及 36 段）

170. 破产法可允许按债务人与破产管理人合作编制的债权人和债权清册[4]承认无争议的债权，或者，法院或破产管理人可要求债权人提供其债权的证据。破产法不应要求在所有情况下债权人都必须亲自出面证明其债权。

可申报的债权（第 1 段）

171. 破产法应规定，可申报的债权包括由债务人在破产程序启动前的作为或不作为而产生的所有受偿权，[5]无论其是已到期的还是未到期的，是已清算的还是未清算的，是固定的还是不确定的。法律应指明不会受破产程序影响的债权。[6]

担保债权（第 2-5 段）

172. 破产法应规定是否要求担保债权人提出债权。

排序类同的债权人同等待遇（第 10 和 21 段）

173. 破产法应规定，所有排序类同的债权人，无论是本国债权人还是涉外债权人，在其债权的申报和处理方面均享有同等的待遇。

---

[4]见建议 110。

[5]这将包括由债务人的作为或不作为而引起的第三方或担保人受偿权。

[6]例如，有些破产法规定，诸如罚款、罚金和税收等债权不受破产程序的影响。凡属不受破产程序影响的债权，将继续存在，不属任何免除之列。

申报债权的时间（第 13-16 段）

174. 破产法应规定在程序启动生效之日后可申报债权的时间期限，该时限应足以使债权人申报其债权。[7]

未能申报债权的后果（第 24-27 段）

175. 如果破产法要求债权人申报债权，破产法应规定未能在规定的用以申报债权的任何时限内申报债权的后果。

外币债权（第 22 段）

176. 如果债权以外币表示，破产法应规定这些债权在哪些情形下必须加以转换及其理由。如果需要转换，破产法应规定，按某一具体日期计算，例如破产程序启动生效之日，将债权转换成本国货币。

确认或否定债权（第 29-40 段）

177. 破产法应允许破产管理人完全或部分确认或否定任何债权。[8]如果对债权加以否定，或按建议 184 作相关人的债权处理，无论是全部还是部分，都应将该项决定的理由通知债权人。

未清算的债权（第 38 段）

178. 破产法应允许在破产管理人确定债权数额之前临时确认未清偿的债权。

担保债权的估算（第 38 段）

179. 破产法应规定，破产管理人可通过对抵押资产进行估价来确定担保债权人的担保债权部分和无担保债权部分。

对债权提出争议（第 41 段）

180. 破产法应允许利益方在所申报的任何债权获得确认之前或之后对该债权提出争议，并允许其请求法院复审该债权。

---

[7]如果程序涉及外国债权人，则可能需要较长的时限，以便利提出债权。另外，债权还宜在程序的早期阶段提出，以便破产管理人将可知道所涉及的债权、受到影响的抵押资产以及这些资产的价值和债权数额。

[8]在有些法域，可能需要法院批准破产管理人的决定。

建议 169-184（续）

对被否定或作特殊处理的债权的复审（第 32、33 和 48 段）

181. 债权人其债权被否定的，或按建议 184 作相关人的债权处理的，无论是全部还是部分，破产法都应允许该债权人请求法院复审其债权。破产法可规定在该项决定通知后可提出请求的时间期限。

有争议债权的临时确认（第 41 段）

182. 破产法应规定，破产管理人可以在法院解决争议之前临时确认破产程序中有争议的债权。

确认的效力（第 43 段）

183. 破产法应规定对债权予以确认包括临时确认的效力。这种效力可以包括：

(a) 使债权人有权参与程序和陈述观点；

(b) 允许债权人在债权人会议上表决，包括对批准某项计划进行表决；

(c) 确定债权人债权应享有的优先权；

(d) 确定债权人有权表决的限额；

(e) 除临时确认的债权以外，允许债权人参与分配。[9]

相关人申报的债权（第 48 段）

184. 破产法应规定，相关人申报的债权应经过仔细审查，如果有正当理由，则可：[10]

(a) 限制该相关人的表决权；

(b) 减少该相关当事人债权数额；或

(c) 将该债权排序居次。[11]

---

[9]但是在分配时，破产管理人可能应考虑到已被临时承认的或者已提出但尚未被承认的债权。

[10]如上文第 48 段所述，充足的正当理由可能涉及债务人资本不足的情形或假公济私自行交易的情形。

[11]关于排序居次问题，见下文，第 55-61 段。

B. 优先顺序和收益的分配

1. 优先顺序

(a) 导言

51. 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。因此，债权人的权利受若干不同的法律管辖。

52. 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，但有些债权人将享有优先求偿权，或持有优先权。出于这些原因，破产法一般根据债权人的债权，为了分配清算中破产财产收益而划分债权人的排序，这种做法与公平待遇的目标并不相悖。只要各个债权人都与债务人达成了不同的商业交易，就有必要划分债权人的排序，因为破产制度应当确认和尊重那些不同的交易协议，维护合理的商业期望，努力提高商业关系的可预测性，并促进对处境类似的债权人的同等待遇。确立一个明确和可预测的排序分配办法可有助于确保债权人在其与债务人订立商业安排时明确其拥有的权利，如果是有担保的信贷，可促使这种信贷的提供。

53. 然而，究竟在多大程度上能够实现这些目标是有一定限度的。除根据债务人与其债权人之间商业关系和法律关系而确定的那些排序外，分配政策通常还反映出所作的选择承认重大的公共利益（例如保护就业）、需要保证破产程序有序和有效地进行（对破产专业人员的报酬和破产管理费给予优先），并促进企业的继续经营及其重整（对启动后融资给予优先）。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。如果赋予公共利益以优先权，而且不实行债权排序基础上的同等待遇，则在破产法中宜明确说明确定这种优先权的政策原因。在不实行同等待遇的情况下，采取这种做法至少可在债权、分配和根据重整计划确定债权人类别上有某种透明度和可预测性。

54. 对于债权人的排序划分，各国破产法采用了多种多样的做法，其中既涉及不同排序间的孰先孰后，也涉及某一特定排序中各债权人的待遇，例如定为无担保债权人这一大类别中的债权人的待遇，在此情形中可采用进一步细分的排序做法。

(b) 债权的排序居次

55. 如果自然人或组织对不只一个债权人欠债，适用的法律中确立的优先顺序方案（法律可能规定例如相关人的债权等某些类别的债权排序居次）或通过各当事方之间协议确立的优先顺序方案将决定这些债务的偿付顺序。不过，即使已有一项优先顺序方案，对享有较高优先的债权人的偿付也可能因排序居次而排在享有较低优先的债权人之后。

56. 排序居次系指重新安排债权人的优先顺序，而与债权的效力或合法性无关。一项排序居次的债权可能是有效力和可执行的，但是由于某一项协议或法院裁决，其在分配中的受偿将排列在其原有顺序之后。下文讨论经由协议和依法形成的排序居次。

㈠ 自动的排序居次

57. 如果一个债务人的两个或多个债权人订立一项协议（称为“排序居次”或“分配协议”），其中规定某一债权人同意其对该债务人的债权在受偿顺序上排在另一个或另一些债权人得到偿付之后，那么这就是自动的排序居次。这些协议可在担保债权人之间或无担保债权人之间订立。在担保债权人之间订立的协议通常规定，某一债权人对原本是优先的担保权人享有优先权。在无担保债权人之间订立的协议一般规定，在排序居次的债权人收到任何分配之前某一债权人的债权将得到全额偿付。

58. 排序居次协议会在不同的情况下订立。例如，公司债券持有人一般同意将其债权的排序退到债务人周转资金贷款人之后。此外，当一个企业处于财务困境时，某些债权人可能会同意将其债权排序居次，以便帮助该企业作出重组努力。有些债权人可能同意将其债权的排序退到给企业注入新资金的贷款人之后，希望新资金有助于企业复苏，从而改善排序居次的债权人得到全额偿付的前景(见第二章，第 94-107 段，关于启动后的融资)。

59. 那些确定合同效力和可执行性的法律也适用于排序居次协议，并且也适用于诸如缺少对价、欺诈和显示公平等一般合同抗辩。在破产法中，有关确认启动前优先顺序的一般原则应解释为包括建立在排序居次协议基础上的优先顺序，但条件是该协议并不提供比根据适用法律原将给予某个债权人的待遇更高的排位顺序。

㈡ 法院式的排序居次（称为“衡平居次”）

60. 法院有权改变债权偿付上的优先权，以防止例如某一债权人实施了欺诈或其他一些非法活动或以不适当的行为获取对其他债权人的优势从而从此种行为中获利，在这种情况下，即发生此类排序居次的情形。这一原则的最初目的是防止相关人利用法律机制获取优先权优势。

61. 如果采用此类排序居次，其一般将予适用时的唯一条件是，所考虑的行为实际导致对其他债权人的某种伤害，例如改变正常分配方案和给予某个债权人不公平的优先地位。这时，法院可利用排序居次恢复优先顺序方案，以便实现公平分配。如果有这种行为发生但其并不导致不公平优势，则一般不可采用这类排序居次做法。

(c) 债权的排序

㈠ 担保债权人

62. 许多破产法承认担保债权人有权取得清偿其债权的第一优先权，视抵押资产的处理方式而定，不管是用特定抵押资产的售后收益清偿，还是用一般资金清偿。对担保债权人的分配办法，取决于在破产程序中为保护担保债权人而采用的方法（见第二章，第 63-69 段）。如果是通过维持抵押资产的价值来保护担保权益，则担保债权人对于该资产售后的收益，将以其担保债权的价值为限，一般拥有优先受偿权。或者，如果通过启动程序时确定债权有担保部分的价值来保护这类担保权益，则在破产财产的总收益中，债权人一般将针对该价值拥有优先受偿权。如果担保债权人的债权额超过抵押资产的价值，或超过启动程序时确定的担保债权的数额（在采用该做法的情况下），则在分配时，该债权的无担保部分一般将作为普通的无担保债权处理。

63. 有些破产法对担保债权人并不给予第一优先权。对担保债权人的偿付例如可能排在下述债权之后：破产管理费用和诸如未付工资债权、税收债权、环境损害赔偿债权和人身伤害赔偿债权等根据破产法被赋予优先权保护的其他债权。另一种做法反映在另一些法律中，那些法律规定，担保债权人从其债权的作保资产中可（优先）收回的款额，以该债权数额的某个比例为限度。在采用这一做法的一些法律中，对以一个企业基本上所有资产设置的担保权益（有时称为企业抵押或浮动担保）与其他类型担保权益作了区分，在这类法律中，只有前者受此例外的约束。

64. 债权中划出的这一部分，通常用来偿付其他债权人的债权，不管是优先排序较低的债权人还是普通无担保债权人，或者用来支付破产管理人的报酬和开支，以及在破产财产的资产值不足以支付破产财产的维持费和管理费时用来支付这些费用。此种办法依据的理由之一是，在清算程序中，担保债权人应以某种公平的方式分担其他债权人的某些损失，而在重整程序中，则应分担某些费用。据指出，除非保留债务人资产的一部分用于偿付那些其他债权，否则这些资产不太可能在分配中分摊。对担保债权人享有第一优先权的规则采用这类例外情形，有可能给收回有担保的信贷造成不确定性，从而妨碍提供有担保信贷和提高其相关的费用。最好对这种例外情形在破产法中的使用加以限制。

65. 在担保债权直接从有关资产的变现收益净值中获得清偿的情况下，担保债权人不同于无担保债权人，一般不会分担破产程序的总费用（不管是直接地还是间接地），除非有例如上述那样的规定。然而，担保债权人仍然会被要求分担与其利益直接相关的其他费用。如果破产管理人为维持抵押资产的价值耗费了资源，则从资产售后的收益本应优先偿付担保债权人的款额中收回作为管理费用的那些开支，也许是合情合理的。第一优先权规则的另一种例外可能也涉及对启动后融资给予的优先权，在这种情况下，所给予的任何优先权对担保债权人利益的影响，在获得融资时即应明确，特别是如果融资可能是经由担保债权人同意的。

㈡ 破产管理费用和开支

66. 破产程序管理费往往优先于无担保债权，一般给予该优先是为了确保代表破产财产行事的当事人得到妥善的偿付。这些开支一般包括破产管理人的报酬和由破产管理人或在某些情况下由债务人雇用的专业人员的报酬；适当行使破产管理人的（有时是债务人的）职能和权力所引起的债务；继续履行合同义务（例如劳工协议和租赁协议）所引起的费用；程序费用（例如法院收费）以及按照某些破产法由债权人委员会雇请的任何专业人员的报酬。

㈢ 优先债权或特优债权

67. 破产法常常把优先权赋予某些（主要是无担保的）债权，因而使之在获得偿付方面优先于其他无担保债权和非特优（或特优程度较低的）债权。这些优先权常常依据一些社会考虑，有时还有政治上的考虑，因而不利于贯彻按比例平等分配原则，而且通常由于减少了可分配给普通无担保债权人的资产的价值而给他们带来不利后果。设立优先权有可能引发毫无结果的争论，评议究竟对哪些债权人应给予优先权以及给予的理由何在。在破产法中规定这些权利也会影响信贷的费用和提供，使之随着可用以分配给其他债权人的资金数额的减少而增大。

68. 某些优先权基于社会关切的问题，这些问题也许更适合通过破产法以外其他法律来解决，例如社会福利法规，而不是设计一部破产法来实现与债务和破产问题只有间接关系的社会目标。在破产法中提供优先权最多只能给社会问题提出一种不完整、不充分的补救办法，而另一方面却影响到破产程序的效率。如果一定要将优先权列入破产法，或如果破产法以外其他法律中业已存在的优先权会在破产程序中得到确认或具有效力，则宜在破产法中明确规定或提及这些优先权（必要时划定其与其他债权的排序关系）。这样就能确保破产制度对债权人的影响至少是透明的和可预测的，并使贷款人能够更准确地评估与发放贷款有关的风险。

69. 在最近的一些破产法中，这几类优先权的数目大为减少，这反映了公众对此种待遇的接受态度起了变化。例如，少数国家最近取消了历来给予税收债权的优先权。然而，在另一些国家，出现了使更多的债务类别享有优先权的倾向。对多种债权保持若干种不同的优先地位，有可能使破产的基本目标复杂化，而且难以保证程序的切实有效性。这样做可能造成不公正，而且在重整过程中会使计划的拟订复杂化。此外，不应忘记，为确立这些优先权而调整分配顺序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，对某一组债权人有利而有损于另一组债权人的利益。优先债权人的类别越多，其他类别要求得到优先待遇的范围也越大。得到优先待遇的债权人越多，这种待遇的实惠就越少。

70. 在确定是否确有迫切的理由说明应对任何特定债务类别给予特优地位时，可能相关的某些因素也许包括：履行国际条约义务的必要性例如那些适用于员工债权的义务（下文作进一步讨论）；兼顾私人权利和公共利益的必要性以及满足这些公共利益的其他手段；有无必要采取奖励措施以促使债权人有效率地管理信贷并尽可能以最低的价格提供信贷；提供某些优惠对于交易和履约费用的影响；有无必要对债权人细分，从中排出一类债权人承担更多的未偿付债务。

71. 在哪几种债权将享有优先权和给予什么样的优先权问题上，有多种不同的做法。各国给予优先权的种类各异，但有两类优先权特别普遍，第一类是员工的薪资和福利（社会保障和养恤金债权）的优先权，第二类是税收债权。税收债权优先的考虑，在跨国情况下可能特别令人关注。一种做法也许是对外国税收债权一律不给优先权。另一种做法也许是确认对此种税收债权给予某种类别的优先权，但范围上作出限制，或是只限于双方对等地承认此种债权，或是针对某一债务人的破产程序在不止一个国家联合进行。《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13 条确认对外国债权的排序实行无歧视原则的重要性，但同时也规定，不承认外国税收和社会保障债权的国家可以继续对其采取歧视做法。[12]

a. 员工债权[13]

72. 在大多数国家，员工债权（包括工资、假期或假日工资、其他带薪缺勤补助和离职费债权）构成破产中的一个优先债权类别，在有些情况下，

[12]《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13 条第 2 款和脚注 2（见附件三）；欧洲理事会第 1346/20000 号条例第 4.2 条第㈠项规定，债权的排序由（主要或辅助）程序启动国的法律确定。

[13]关于保护与工作相关的员工债权的国内法，有关分析见国际劳工组织（劳工组织）公约和建议适用情况专家委员会编写的《2003 年对 1949 年<保护工资公约>（第 95 号公约）适用情况的总调查》，第 298-353 段。

这些债权的排序高于大多数其他优先债权，具体而言，高于税收和社会保障债权，并在少数情况下，如上所述，高于担保债权（见第 63 和 64 段）。这种员工债权优先的做法与破产法其他领域向员工提供的特别保护是基本一致的（见第二章，第 145 段），与关于保护员工的国际条约的做法也基本一致。[14]在某些破产法内，保持继续就业优先于破产程序的其他目标，例如为所有债权人的利益而使破产财产价值最大化的目标，其重要性体现在着重于把企业作为营运资产出售（同时转移现有的雇用义务），对比之下，在清算或重整过程中，这些义务可能被改变或终止。

73. 有些国家也对雇员的债权给予优先权，但将其平等地与税收和社会保障债权划入一个相同的优先债权类别，在资金不足的情况下也许按比例地给予偿付。另一些国家对雇员债权并不给予优先权，而是将其划为普通无担保债权，虽然在有些情况下，特定时期内产生的某些债务（例如，破产程序启动前三个月内的工资和报酬）的偿付也许可由国家通过一项工资保证基金而得到保证，或通过保险计划而得到保证，提供一个单独的资金来源，以确保员工的债权得以结算。确保支付此种债权的基金本身也许就可以对破产财产提出债权，但不一定对破产财产拥有与员工债权相同的优先权，这取决于政策考虑，例如是否使用公共款项（而不是破产债务人的资产）作为提供工资赔偿的资金。通常的做法是，允许此种基金享有与员工相同的权利，至少在可按薪金额或支薪周表示的某一规定数额上享有同等权利。

b. 税收债权

74. 对政府税收债权常常给予优先权，以保护公共收入，但也还有一些其他的正当理由。这些理由包括：可有益于重整，因为这样将鼓励税收部门推迟对陷于困境的企业收取税款，原因在于，在破产情况下此种债权终会得到优先受偿权，而且由于政府是非商业性、非自愿债权人，所以有可能被排除在某些商业偿债办法之外。然而，对此种债权给予优先权也可能产生反作用，因为收缴不到税款可影响到税法的统一执行，并可能构成某种形式的国家补贴，从而损害有效的破产制度旨在给予支持的纪律秩序。这样做还会鼓励税收部门满足于监测债务人和以商业方式收缴债款，而若非如此，本可帮助防止破产和资产的耗尽（关于对涉外税收债权的处理，见上文，第 10 段）。

[14]例如，劳工组织 1992 年的《(雇主破产)保护员工债权公约》（第 173 号公约）。第 8 条第 1 款规定，“国家法律或条例给予工人债权的优先权排序，需高于其他绝大部分优先债权，特别是国家和社会保障制度的优先债权”。该公约于 1995 年生效。

㈣ 普通无担保债权人

75. 一旦所有担保债权人和优先债权人的债权得到清偿，破产财产的剩余额一般将按比例分配给普通无担保债权人。在这一类别中还可再作细分，有些债权作为从属债权处理，或者被赋予上文所述的某一优先权。下文讨论一般居于从属地位的其中某些类别的债权。

㈤ 企业主和股东

76. 企业主和股东也许拥有一些债权，一种是由于向债务人提供贷款而产生的债权，另一种是由于其对债务人拥有股本利益或所有权利益而产生的债权。许多破产法把这些不同的债权区分开来。对于股本利益引起的债权，许多破产法采取的一般规则是，在优先权居上的所有其他债权得到全部偿付之前（包括程序启动后应计利息的债权），企业主和股东无权得到资产收益的分配。因此，这些当事人将很难因其在债务人中的利益而得到任何分配。如果给予分配，一般是按照公司法和公司章程中指明的股份排序给予分配。然而，债务债权，例如涉及贷款的债权，并不一定总是从属债权。

㈥ 相关人

77. 可能需要特别考虑的一类债权人是与债务人有关系的人，无论是家庭关系还是商业关系（见第二章，第 183 段和上文，第 48 段）。按照某些破产法，这些债权总是放在从属地位，而按照另一些破产法，只有基于不公平行为或欺诈性/类同欺诈性行为的理由才将其放到从属地位。如果定为从属债权，则其排序在普通无担保债权之后。处理这些债权的其他做法并不涉及排序的划定，而是涉及对表决权的限制或破产程序中可被认可的债权数额或百分比。

㈦ 罚金、罚款和启动后利息

78. 一些国家把赏金、罚金和罚款（不论是行政的、刑事的或其他类别）等这种债权作为普通无担保债权处理，将其排在其他无担保债权之后。在某些破产法中，这些类别的债权作为除外债权处理。

79. 对于债权的应计利息和偿付，各国采取了不同做法。一些破产法规定，一旦启动了清算程序，即对所有无担保债务上的债权停止计算利息，但在重整中此种偿付将取决于重整计划中达成的协议。有些法律规定在启动程序之后仍可计算利息，在此情况下，利息的支付可能排在从属地位，只有当其他无担保债权全部得到偿付后才予偿付。

2. 分配

(a) 清算

80. 如果有若干不同类别的债权，一般先全额付清一个优先排序之后才偿付下一个排序。一旦轮到某个优先排序而又没有足够资金全额偿付所有债权人，则该排序的债权人将按比例受偿。在一些不分优先排序的法律中，如果没有足够的资金全额偿付所有债权人，那么所有债权人只能按比例受偿。

(b) 重整

81. 重整计划中提出的分配优先顺序，可不同于破产法对清算程序规定的分配顺序，条件是，对重整计划进行表决的债权人同意这种改动。似应在重整程序中规定，优先债权必须获得全额偿付，是确认重整计划的前提，除非所涉优先债权人同意另外的待遇。

建议 185-193

立法条文目的

关于优先权和分配的条文的目的是：

(a) 确定应从破产财产中偿付债权的顺序；

(b) 确保排序类同的债权人从破产财产的资产中按比例受偿；以及

(c) 具体规定允许分配优先权的有限情形。

立法条文内容

受到破产程序启动影响的债权人的类别和待遇

185. 破产法应规定将受到破产程序启动影响的债权人的不同类别以及这些类别债权人在优先权和分配方面的待遇。

确定清偿债权的顺序（第 51 和 52 段）

186. 破产法应确定从破产财产中清偿债权的顺序。

优先债权（第 53 和 67-71 段）

187. 破产法应尽量减少给予无担保债权的优先权。法律应明确列出有权在破产程序中优先得到清偿的任何可能的债权类别。

担保债权（第 62-65 段）

188. 破产法应规定，应以清算中的抵押资产或根据重整计划清偿有担保的债权，但须从属于可能存在的、优先权高于该担保债权的债权。应尽量减少优先权高于担保债权的债权并应在破产法中将其明确列出。抵押资产的价值不足以清偿担保债权人债权的，该担保债权人可在所余限度内作为普通无担保债权人参与。

担保债权以外其他债权的排序（第 66-79 段）

189. 破产法应规定担保债权以外其他债权按以下顺序排列：[15]

(a) 程序管理费用和开支；

(b) 有优先权的债权；

(c) 普通无担保债权；

(d) 递延的或根据法律排序居次的债权。

190. 破产法应规定，如果在所有债权得到全额清偿后还有盈余，则应将该盈余退还债务人。

清算中的分配（第 40 和 48 段）

191. 破产法应规定，作为一般原则，对类同排序的债权应按比例偿付。应在全额偿付了某一特定类别内所有类同排序的债权后再偿付下一顺位排序。

[15]破产法可对(a)、(b)和(d)项所列每类排序内的债权作进一步排序。如果某一类别内的债权人不能全体获得全额偿付，那么偿付顺序应反映破产法就同类排序的债权所规定的任何进一步排序。

建议 185-193（续）

192. 破产法应规定，在进行分配时，要求破产管理人为已提出但尚未获最后承认的债权预留款项。

193. 破产法应规定，在清算程序中，应快速进行分配，而且可进行临时分配。

C. 破产中对公司集团的处理

1. 导言

82. 商业企业通过公司集团运作而集团内的每一个公司均具有单独的法人资格，这是常见的做法。当集团内的一家公司破产时，将这家公司作为一个独立的法律人格处理会产生一系列问题，这些问题一般比较复杂，往往可能难以解决。在某些情形中，例如当一家公司的商业活动受一家相关公司的领导或控制，将集团内的公司作为独立法律人格处理可能有失公正。例如，这种处理可能阻止利用一家公司的资金来偿还一家相关债务人公司的债务或负债（除非债务人公司是该相关公司的股东或债权人），即使这两家公司有着密切的关系而且该相关公司可能参与了债务人公司的管理或者如同作为债务人公司的董事行事并造成了其债务和负债。此外，当债务人公司属于某一公司集团时，可能不易理清任何特定案件的具体情况从而确定特定的债权人在业务上与集团中的哪个公司往来或者确定集团内各公司之间的财务关系。

83. 在涉及公司集团内一家公司的破产程序中，有三个问题需要特别加以注意：

(a) 该集团中任何其他公司对该破产公司的外部债务（破产公司所欠的所有债务，但不包括对集团内相关公司所欠的债务，即“集团内债务”）的责任；

(b) 对集团内债务(集团内相关公司对债务人公司的债权)的处理；以及

(c) 集团内一家公司对集团内一家相关公司启动破产程序。

84. 考虑到这个问题的复杂性，以下的讨论仅意在作为对其中一些问题的简要介绍。破产法对这些和其他问题有不同的处理，这些处理方式的区别在于法律在多大程度上允许将集团公司的面纱揭开。一些法律采用规范式做法，对在哪些情况下可以将集团内的公司作为非独立的法律人格处理从而揭去集团公司的面纱作了严格的限制，也就是，对在哪些情况下一家相关公司可以对集团内一家破产公司的债务负责作了严格限制。另外一些法

律采用一种比效宽松的做法，让法院有很大的自由裁量权，以特定的准则为依据来评价特定案件的情况。采用后一种做法可能得出的结果范围大于采用规范式做法的法律。然而，无论在哪一种情况下，破产法通常都会以破产公司和集团内相关公司之间在持股和管理控制方面的关系为基础处理这些集团内负债问题。在破产法中处理这些问题的一个好处可能是刺激公司集团不时监测集团内各公司的活动，并在集团内有成员遇到财务困境时尽早采取行动。不过，不将集团内的公司作为独立的法人实体处理可能会损害企业、投资者和债权人对风险分别进行分析和作出选择的能力（当集团内有金融机构等公司对于风险管理有特别要求的，则可能特别重要）。这样做还可能引起显著的不确定性，影响信贷的成本，当破产后要由法院决定谁对集团债务负责时尤其如此；而且还可能在如何处理集团内的负债方面造成会计上的复杂性。

85. 尽管对这些非常复杂的问题采取了不同的办法，重要的是，破产制度应当以充分详细的程序规定处理有关公司集团的事项，以便为与公司集团有商业交易的有关各方提供确定性。除在破产中对公司集团进行直接规范外，其他办法包括在破产法其他部分作出充分的界定，以便允许将这些规定适用于公司集团，例如对相关人使用撤销权规定或排序退让规定等。

2. 集团对外部债务的责任

86. 破产制度在评估一家相关公司或者集团内的公司是否应当对集团内一破产成员的外部债务负责时，查看一系列不同的情形或因素。

87. 在许多法域中，相关公司通常对其提供担保的分公司的债务负责。同样，许多制度推定应当对集团内交易中的欺诈所造成的任何损失或损害承担赔偿责任。其他领域的法律可以规定其他解决办法。例如，在某些情形下，法律可以将破产公司作为相关公司的代理人处理，这将使第三方能够直接对作为主债务人的该相关公司强制执行其权利。

88. 如果破产法赋予法院广泛的自由裁量权，使之可以根据某些准则确定集团中的一家或几家公司对集团中其他公司的债务负责，那么这些准则可以包括以下考虑：这些公司的管理、业务和财务相互交织的程度；相关公司对破产公司的债权人而实施的行为；这些债权人是否旨在与一个经济实体而不是集团内两个或更多的公司发生往来；以及破产能在多大程度上归因于集团内相关公司的行为。根据这些考虑，法院可以决定公司集团在多大程度上作为单一企业运作，在某些法域，法院可以命令各公司的资产和负债合并或汇总，[16]当这种命令将有助于公司集团的改组，或者当一相关公司为破产财产注资而且这种注资

[16]决定认为一公司集团是作为单一经济实体运作的将导致适用破产法的其他规定，例如董事们防犯破产交易的责任。有些法律还在有限的情形中允许公司自愿地汇集资产和负债。

将不影响注资公司的偿债能力时，尤其如此。注资付款一般支付给为了整个破产财产的利益而管理破产财产的破产管理人。

89. 允许采取这种措施的破产法的另一个重要考虑是这些措施对债权人的效力。这些破产制度在力求确保对债权人整体的公平的同时，必须调合与两个（或者更多的）独立公司实体发生往来的两组（或者更多组）债权人的权益。如果各公司的合并资产不足以清偿所有债权，这些集体权益将发生冲突。如发生这种情况，集团内资产基础雄厚公司的债权人所持的资产将因集团内另一家资产基础薄弱公司的债权人的债权而减损。处理这一问题的一种做法是考虑对债权人集体而带来的节省程度是否将超过对个别债权人附带造成的损害。当两家公司都破产时，有些法律将考虑不予合并从而确保进行两个互不关联的破产程序的做法是否将会增加程序的费用和时间，耗费本可提供给债权人的资金，以及造成公司集团中某些公司的股东受益获得回报而牺牲集团中其他公司的债权人的利益。[17]

90. 实行这类法律的所有破产制度都有一项共同的原则，即如要获得合并命令，必须使法院相信不合并而对债权人造成的损害将大于因实行合并而对破产公司和异议债权人造成的损害。为了公正起见，某些法域允许部分合并，对特定债权人的债权作例外处理，用某一破产公司（被排除在合并命令范畴之外的）特定资产来清偿这些债权。由于这种调和做法很难实施，因此，一些国家虽然规定可采取这种做法，但并不经常命令这样做。

91. 应当指出，规定合并的破产法并不影响担保债权人的权利，但持有集团内部证券者可能除外(在这种情况下，担保债权人系集团内的一家公司)。

3. 集团内债务

92. 集团内债务的处理方式可以有多种。有些破产法规定，集团内交易可能受制于撤销权程序。根据就合并作出规定的某些破产法，集团内债务因合并命令而终止。另外一些做法涉及将集团内的交易与非相关人之间进行的类似交易作不同的归类（例如可以将一笔债务视作为股本注入而不是集团内贷款），结果是集团内债务的优先权排序将低于非相关人之间相同债务的优先权。

[17]有些法律要求在进行任何分配之前分别确定集团内每一相关公司的债权人以及资产和负债。

六. 程序的终结

A. 债务的解除

1. 在某些场合，人们越来越意识到必须承认企业破产是经济生活中的一种自然现象，必须接受无论弱小企业还是好的企业都可能破产这一事实，尽管破产原因各不相同，而且也不一定是企业的管理层出现了不负责任、不顾后果或不诚实的行为。在一个企业中失败的人可能从中吸取到教训，一些研究表明，这种人常常在以后的企业中取得非常大的成功。因此，许多国家都认为，破产制度的重点不仅必须解决破产的管理问题，而且还必须便利破产的债务人重新开始，其办法是理清他们的财务状况，并采取其他的步骤减轻与企业破产有关的污名，而不是对债务人进行惩罚。除了通过修改破产法取消关于解除债务的不必要的条件或限制之外，还必须鼓励银行乃至全社会改变对企业破产的看法，并向陷入企业破产的人提供帮助和支持。与此同时，破产制度必须保护公众和商界的利益，使之不受不负责任、不顾后果或不诚实地处理其财务问题的债务人的损害。

2. 在清算中对破产财产的分配结束后，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该债务人的未了结债权，或者该债务人是否将被免除或“被解除”这些剩余的债权。

1. 清算中债务人债务的解除

(a) *若债务人是一个法律实体*

3. 当债务人是一个有限责任公司的时候，清算结束后不会出现解除债务的问题；法律一般规定该法定实体消失，或者它将作为没有资产的空壳继续存在。股东将不对剩余的债权承担责任，也不出现解除其债务的问题。如果该债务人企业是一个不同的形式，例如独资企业、一些个人组成的企业（合伙企业）或所有权人具有无限责任的实体，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。

(b) 若债务人是一个自然人

4. 破产法对解除自然人债务人的债务问题实行了各种不同的做法。根据有些法律，破产债务人在其所有债务偿付之前不能将之解除。根据另一些法律，债务人仍然对未清偿的债权负责，但有一定的时效期限（在某些情况下可能很长，如 10 年），而后才可解除债务。其中有些法律还可能对债务人规定了一系列职业、商业和个人活动方面的条件和限制，例如在担任公司董事方面。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，其目的旨在既克制债务人的财务行为，同时也鼓励债权人提供融资。与此同时，由于对破产的制裁十分严厉，这一规则所起的作用可能会抑制机会、创新和创业活动，使债务人不敢轻易申请启动破产程序。

5. 有些破产法则规定，无欺诈行为的诚实债务人在清算的分配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企业家阶层。这也是承认过度负债是当前经济生活中的一个现实情况，破产法应当加以处理。第三种做法是试图在两者中求取折衷：分配结束后经过一段时间才允许解除债务，这段时期希望债务人作出诚信的认真努力，清偿其未了结债务。

6. 无论实行的是什么方法，在有些情况下，所有法律都对可否采用这种解除债务的做法作了限制。各国法律所规定的这些情况各有不同，但是可以包括：债务人有欺诈行为；从事犯罪活动；违反就业或环保法律；未保存适当的记录；未诚信地参加破产程序或未与破产管理人合作；未提供或故意扣留或隐瞒信息；在明知其破产时仍然继续交易；在无对偿债能力的合理预期的情况下负债；以及在申请启动破产程序之后隐瞒或销毁资产或记录。

7. 某些类别的债务可能排除在解除债务的范围之外，例如债权来源于侵权索赔、扶养费协议（向离婚配偶付款或者抚养债务人的子女）、欺诈、替代一段监禁时须支付的罚款；以及税款。

8. 除作为解除债务而强加的条件外，还可能在程序中对债务人及其活动强加一些条件，作为解除债务的先决条件。这些限制可以由破产管理人或法院建议提出。这些条件中可包括对债务人获得新贷款、离境出国、一定时间内继续经营企业或者一段时间内从事其职业的能力的限制。如果债务人随后得不到可用于偿还以前债务的大笔新财产，也可以此为条件而规定解除债务。这些限制的适用期限可长可短，取决于债务人的状况。破产法所规定的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。还有一种做法限制解除债

务，例如债务人在本程序开始之前的一定期间内已经得到了一次解除债务的机会，而且在以前的这些程序中所作的付款低于一个固定的比率。

9. 要在这些不同的做法之间作出选择，就需要在破产法和解除债务的规定的基本原理与制裁某些行为的需要之间作出权衡。可能需要对不恰当和也许是疏忽的行为与构成犯罪的行为作出区分。如果破产法的目的是为了解决债务人的财务困境并为其提供一个新的开始，以鼓励创业活动和承担风险，那么一个履行了破产法规定的义务的诚实和合作的债务人可以在清算后解除其债务，并附以最少的限制。对这类债务人施加严格的限制和只允许在相当长时期和满足许多条件之后才能解除债务的做法，表明其目的是为了惩罚而不是恢复债务人。在债务人不诚实、没有与破产管理人进行合作或没有履行破产法规定的义务或更极端地犯有犯罪行为的情况下，施加条件和限制可能更为恰当。

10. 在拟定解除债务的条件构架时，另外一个考虑是这些条件与解除债务的基本原理之间的联系。施加某些广泛的条件，如全面禁止债务人从事商业活动，可能起到一种制裁的作用，与提供一个新开端的基本观念相悖。较为确定的条件，例如限制债务人担任董事会成员的能力，特别是如果债务人曾经是所破产的企业的一名董事时，可能更为恰当。如果破产法采取施加条件并将某些债务排除在解除债务范围之外的做法，那么这些条件和例外规定应当尽量减少。应当尽可能在破产法中规定属于例外的债务类别，以确保透明度和可预测性。

11. 一些破产法规定，可在程序终结之前的早期阶段给予解除债务的机会。但是，例如在债务人不履行义务的情况下，可以中止解除债务；或者在某些情况下予以撤销：例如解除债务是通过欺诈取得的，债务人通过欺诈的方式扣留关于应属破产财产一部分的财产的资料，或者不遵守法院的命令。

12. 在考虑对从事企业经营的自然人解除债务时，一个可能需要考虑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，则要求个人是以“商人”的身份行事的），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。由于消费者信贷常常被用于为小企业提供融资，作为启动资金或经营资金，所以不总是能够划清债务类别。为此原因，如果法律制度同时承认消费者债务和企业债务，那么对自然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就可能行不通。

13. 应当指出，自然人债务人解除债务时一般不影响该债务人债务的第三方担保人的责任。

2. 重整中解除债务和债权

14. 为确保重整后的债务人有最大的成功机会，破产法可以规定解除或改变已按重整计划解除或改变的债务或债权。这种做法是对商业确定性这一目标的支持，根据已获批准的计划对减免、取消或改变债务给予约束效力。这一原则尤为重要，可确保计划的规定将得到已拒绝计划的债权人加以遵守和没有参加程序的债权人加以遵守。同时还可为其他贷款人和投资人带来确定性，使之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，重整计划充分处理了债权人的法定权利问题。

15. 重整中的解除债务可以从根据破产法计划生效时或计划已经完全执行时开始生效。如果计划未得到完全执行或执行失败，则许多破产法规定解除债务无效。

建议 194-196

立法条文目的

关于解除债务的条文的目的是：

(a) 使自然人债务人能够最终被解除对启动前债务所承担的责任，从而提供一个崭新的开端；

(b) 确定在何种情况下准予解除债务以及解除债务的条件。

立法条文内容

清算自然人债务人债务的解除（第 1、2 和 4-13 段）

194. 如果自然人可以作为破产法所规定的债务人，即应论及解除债务人对启动前债务的责任问题。破产法可以规定，只有在启动后的一段规定期限到期后才可适用解除债务，在上述期限内期望债务人能够与破产管理人合作。在这一期限到期时，如果债务人无欺诈行为，并在履行破产法规定的义务方面与破产管理人进行了合作，则可解除其债务。破产法可以规定，如果解除债务是通过欺诈获得的，则解除债务须加撤销。

195. 如果破产法规定某些债务排除在解除债务的范围之外，则应尽可能减少这类债务的种类以便利债务人重新开始，并应在破产法中列明这类债务。

196. 如果破产法规定可对债务人解除债务附加条件，则应尽可能减少这些条件以便利债务人重新开始，并应在破产法中列明这些条件。

B. 程序的终结

16. 各国的破产法对终结程序的方式、终结的先决条件和应遵循的程序采取了不同的办法。破产法似应规定：可提出申请终结程序的当事方；终结程序的申请和裁定是否应予公布；以及是否可就申请事宜进行庭审，听取债权人的陈述。

1. 清算

17. 许多破产法所采取的办法一般都要求，在资产变现和分配之后，破产管理人应召集债权人会议并提出决算。如果债权人同意决算，则（在债务人为法人实体的情况下）一些法律所作的规定是，将决算和最后会议的报告提交负责法人实体登记的行政机构，债务人实体解散。其他一些法律则要求向法院提出发布解散令的正式申请。这种一般做法的一些不同形式包括根据启动程序的申请是由债务人还是债权人所提出而稍作区别的程序。

2. 重整

18. 一般来说，各国破产法都采取两三种办法中的一种来终结重整程序。在下列情况下，重整程序可以被视为已经终结：重整计划获得批准（并在法律要求确认的情况下，获得确认）；已经按计划解除责任而且计划已得到充分执行（无论是否有必要获得正式的法院命令，尽管一些法律规定通过正式的法院命令解除破产管理人的职责）；或法院撤除程序，因为这些程序构成对破产法的不当使用，或债务人在程序启动时没有满足启动条件。

19. 也可以根据重整计划的条件或与债权人达成的其他协议终结程序。对于重整计划未完全执行的情形，破产法可以规定，在债务人实质上违反了该计划或该计划无法执行时，法院可将程序改为清算，以避免债务人陷入破产状态，财务困境得不到解决。或者，破产法可以规定在适当情况下撤销程序，比如余下的资产已充分抵押，将不能对无担保债权人进行分配。程序的转换是否构成重整程序的正式终结和清算程序的正式启动，取决于有关法域的做法（见上文，第四章，第 72-75 段）。如果一旦计划得到批准（并在法律要求确认的情况下，已得到确认），重整程序即告终结，那么将根据非破产法执行计划中所包括的权利和义务。

建议 197-198

立法条文目的

关于破产程序终结的条文的目的是确定一种程序，用以在破产程序的目的得以实现时随即终结破产程序。

立法条文内容

重整（第 18 和 19 段）

197. 法律应规定，以何种程序终结重整程序。

清算（第 16 段）

198. 法律应规定，在作出最终分配后或决定无可分配时，以何种程序终结清算程序。

附件一

破产程序中对担保债权人的处理

《贸易法委员会破产法立法指南》并未单列一章论述在整个破产程序中对担保债权人如何处理，而是在每个题目下阐述对担保债权人的处理。在有些问题上，指南具体提及担保债权人以及破产程序的启动对他们可能造成影响的方式，例如，在破产财产的构成、中止措施的适用和启动后融资等方面。在其他问题上，对担保债权人的处理方式将与所有其他债权人一样，例如在如何处理合同、撤销权规定和债权申报程序等方面。下文所载（关于评注的段落和建议）的索引列出了具体关于担保债权人的某些章节。然而，如欲全面了解破产程序的启动对担保债权人造成何种影响，应当全篇阅读整个指南。

章次		段次	建议
第一部分. 确定有效和高效率的破产法的关键目标和结构			
一.	有效和高效率的破产法的关键目标		
B.8	承认原已存在的债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则	13	7
第二部分. 有效和高效率的破产法的核心条文			
一.	申请和启动		
C.4	破产程序的准据法：对法院地法的例外	88	31
二.	破产程序启动时的资产处理		
A.2	纳入破产财产中的资产	7-12	35
B.2	通过适用中止来保护破产财产	27-29	
B.3	中止的适用范围	30-32, 36-40	
B.5	中止的适用时间	49,53	
B.6	中止的适用期限	56,57	
B.8	对担保债权人的保护	59-69	39(a),46, 49-51

（续）

章次		段次	建议
C.2	破产财产中的资产	74,83-86, 88,89	
C.4	对现金收益的处理	92,93	52,53,58, 59,62
D.1	启动后融资的必要性	97	
D.3	吸引启动后融资：提供优先权或担保	101-106	65-67
F.3	可撤销的交易的类型	180,181	88
G.	抵销权	206	
H.	金融合同与净额结算	215	103,104
三. 参与者			
C.2	债权人介入决策的程度	87	
C.5	需由债权人表决的事项	98	
C.6	债权人委员会	102,103	126
E.	担保债权人	121-123	
四. 重整			
A.3	重整计划的提出	11	
A.5	计划的批准	26,29,31, 34-39	146-152
A.7	约束持异议类别的债权人	54	
A.8	法院确认计划	58,62	
A.14	转换为清算	74	
B.3	自愿重组协议的实施程序	86	
五. 程序的管理			
A.2	债权人债权的提出	2-5	172,179
B.1	优先顺序	57,62-65, 67-71	187
C.2	集团对外部债务的责任	91	

附件二

联合国国际贸易法委员会的决定和大会第 59/40 号决议

A. 委员会的决定

1. 2004 年 6 月 25 日，联合国国际贸易法委员会在其第 792 次会议上通过了下述决定：[a]

联合国国际贸易法委员会，

认识到强有力的破产制度对所有国家的重要性，

认识到建立有成效和有效率的破产制度，使之成为鼓励经济发展和投资的手段，显然符合公众利益，

注意到人们越来越意识到重整制度对于公司和经济的复苏、开展创业活动、维持就业和获得风险资本都至关重要，

还注意到重整制度能否有效发挥作用，影响到能否在资本市场获得融资，为贷款目的对这种制度进行比较分析正变得越来越普遍和重要，与所有经济发展水平的国家都具有关系，

进一步注意到社会政策问题，包括利益相关者在破产债务人中的利益，对设计破产制度的重要性，

认识到通过广泛多方面参与的国际谈判过程就破产引起的关键经济、法律和立法问题达成的解决办法，对于未建立有成效和有效率的破产制度的国家以及正在审查本国破产制度并使之现代化的国家都是有益的，

注意到《贸易法委员会破产法立法指南》（其附件中载有《贸易法委员会跨国界破产示范法》[b]《颁布指南》[c] 同第六工作组（担保权

[a]《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 17 号》（A/59/17），第 55 段。

[b] 同上，《第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），附件一。

[c] A/CN.9/442，附件。

益）目前正在拟订的贸易法委员会担保交易立法指南将构成现代商法框架的关键要素，

*回顾*交给第五工作组（破产法）的任务是就一项强有力的破产、债务人/债权人制度编拟一份综合文件，列出关键目标及核心特点，包括考虑庭外改组办法，并编拟一项立法指南，列出落实这些目标和特点的各种灵活办法，包括讨论各种可能的备选办法和这些办法和建议的利弊，

*赞赏*在破产法改革领域积极进行工作的国际政府间组织和非政府组织对立法指南拟订工作的参与和支持，

*赞许地注意到*第五工作组（破产法）和第六工作组（担保权益）之间在破产程序中对担保债权人和担保权益的处理方面进行的协作和对连贯地解决这方面的共同问题所作的承诺，

*确认*意图继续与世界银行和国际货币基金组织开展协作与合作，以促进在破产法领域拟定一项统一的国际标准，

*表示赞赏*第五工作组（破产法）在编写《贸易法委员会破产法立法指南》草案方面所进行的工作，

1. *通过*《贸易法委员会破产法立法指南》，该指南包括第五工作组(破产)工作文件中所载案文，[d] 案文经秘书处 2004 年 4 月 30 日的说明修正，[e] 所作修正已获得委员会第三十七届会议通过，[f] 其中还包括作为其附件的《贸易法委员会跨国界破产示范法》[b] 和《颁布指南》[c]；现授权秘书处根据委员会的审议情况对《立法指南》进行编辑和最后定稿；

2. *请*秘书长将《立法指南》案文分发给各国政府和其他有关机构；

3. *建议*各国利用《立法指南》来评估本国破产法制度的经济效益并在修订或通过与破产相关的法规时对《立法指南》给予积极的考虑，同时请已采用《立法指南》的国家相应通报委员会；

4. *还建议*所有各国继续考虑实施《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

---

[d] A/CN.9/WG.V/WP.70（第一和第二部分）。

[e] A/CN.9/559 和 Add.1-3。

[f]《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 17 号》(A/59/17)，第 12-53 段。

B. 联合国大会第 59/40 号决议

2. 2004 年 12 月 2 日，大会通过了下述决议：

联合国国际贸易法委员会破产法立法指南

大会，

认识到强有力、高效能、高效率的破产制度作为促进经济发展和投资的手段对所有国家的重要性，

注意到人们日益意识到，重整制度对于企业和经济的复苏、创业活动的发展、就业机会的保证以及资本市场的资金供应都具有关键的重要性，

又注意到社会政策问题在设计破产制度方面的重要性，

满意地注意到联合国国际贸易法委员会于 2004 年 6 月 25 日在其第三十七届会议上完成并通过《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》，[g]

认为《破产法立法指南》，其内容包括大会 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议建议的《跨国界破产示范法》和《颁布指南》的文本，为建立一个协调一致的破产法框架作出了很大贡献，无论对尚未建立高效能、高效率破产制度的国家，还是对正在审查本国破产制度并使其现代化的国家，都会有所帮助，

认识到活跃于破产法改革领域的国际组织之间有必要进行合作与协调，以确保这方面的工作配合一致，并促进国际标准的制订，

注意到在编写《破产法立法指南》时经过了应有的讨论，并向各国政府以及活跃于破产法改革领域的政府间组织和非政府组织广泛征求了意见，

1. 赞赏联合国国际贸易法委员会完成并通过《破产法立法指南》；[g]

2. 请秘书长出版《破产法立法指南》，并尽力确保进行广泛的宣传和传播；

3. 建议所有国家在评估本国破产法制度的经济效率和修订或通过有关破产的法律时适当考虑《破产法立法指南》；

4. 又建议所有国家继续考虑实施《联合国贸易法委员会跨国界破产示范法》。

---

[g]《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 17 号》（A/59/17），第三章。

附件三

贸易法委员会跨国界破产示范法及颁布指南

目录

页次

第一部分. 贸易法委员会跨国界破产示范法

序言 267

第一章. 总则 267

第 1 条. 适用范围 267

第 2 条. 定义 268

第 3 条. 本国的国际义务 268

第 4 条. [有管辖权的法院或当局] 268

第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]在外国行动的授权 269

第 6 条. 公共政策的例外 269

第 7 条. 根据其他法律提供进一步援助 269

第 8 条. 解释 269

第二章. 外国破产管理人和债权人对本国法院的准入 269

第 9 条. 直接准入的权利 269

第 10 条. 有限的管辖权 269

第 11 条. 外国破产管理人依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]申请启动一项程序 269

第 12 条. 外国破产管理人参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序 270

第 13 条. 外国债权人准入依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序 270

页次

第 14 条. 通知外国债权人关于依据[此处写入颁布国与破产有关的法律名称]实施的程序 270
第三章. 对外国程序的承认和救济 271
第 15 条. 申请承认某项外国程序 271
第 16 条. 关于承认的推定 271
第 17 条. 承认外国程序的决定 271
第 18 条. 后续信息 272
第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济 272
第 20 条. 承认外国主要程序后的效力 273
第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济 273
第 22 条. 对债权人和其他利害关系人的保护 274
第 23 条. 为避免有损于债权人的行为进行的诉讼 274
第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的干预 274
第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作 275
第 25 条. 本国法院与外国法院或外国破产管理人之间的合作和直接联系 275
第 26 条. [此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]与外国法院或外国破产管理人之间的合作和直接联系 275
第 27 条. 合作的形式 275
第五章. 同时进行的程序 276
第 28 条. 承认一项外国主要程序后依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定而启动的某项程序 . . . 276
第 29 条. 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的某项程序与一项外国程序之间的协调 276
第 30 条. 一个以上外国程序的协调 276
第 31 条. 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产 277
第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则 277

第二部分. 贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南

		段次	页次
一.	示范法的目的和起源	1-8	279
	A. 示范法的目的	1-3	279
	B. 准备工作和通过	4-8	280
二.	立法指南的目的	9-10	281
三.	示范法作为协调各国法律的一个工具	11-12	282
四.	示范法的主要特点	13-48	282
	A. 背景情况	13-19	282
	B. 示范法适应于现有的国家法	20-21	283
	C. 示范法的适用范围	22	284
	D. 所涉外国程序的类型	23-25	284
	E. 为在颁布国进行的破产程序寻求外国协助	26-27	285
	F. 外国破产管理人进入颁布国法院	28-29	285
	G. 对外国程序的承认	30-37	286
	H. 跨国界合作	38-41	287
	I. 协调同时进行的程序	42-48	288
五.	逐条评注	49	289
	A. 标题	49-53	289
	B. 序言	54-56	289
	C. 第一章. 总则	57-92	290
	第 1 条. 适用范围	57-66	290
	第 2 条. 定义	67-75	293
	第 3 条. 本国的国际义务	76-78	295
	第 4 条. [有管辖权的法院或当局]	79-83	296
	第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]在外国行动的授权	84-85	297

			段次	页次
	第 6 条.	公共政策的例外	86-89	298
	第 7 条.	根据其他法律提供进一步协助	90	299
	第 8 条.	解释	91-92	299
D.	第二章.	外国破产管理人和债权人对本国法院的进入	93-111	300
	第 9 条.	直接进入的权利	93	300
	第 10 条.	有限的管辖权	94-96	300
	第 11 条.	外国破产管理人依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]申请开始一项程序	97-99	301
	第 12 条.	外国破产管理人参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序	100-102	302
	第 13 条.	外国债权人准入依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序	103-105	303
	第 14 条.	通知外国债权人关于依据[此处写入颁布国与破产有关的法律]进行的程序	106-111	304
E.	第三章.	对外国程序的承认和救助	112-172	307
	第 15 条.	申请承认某项外国程序	112-121	307
	第 16 条.	关于承认的推定	122-123	310
	第 17 条.	承认外国程序的决定	124-132	310
	第 18 条.	后续信息	133-134	312
	第 19 条.	申请承认外国程序时可给予的救济	135-140	313
	第 20 条.	承认外国主要程序后的效力	141-153	315
	第 21 条.	承认外国程序时可给予的救济	154-160	318
	第 22 条.	对债权人和其他利害关系人的保护	161-164	320

		段次	页次
	第 23 条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼	165-167	322
	第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的准入	168-172	323
F.	第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作	173-183	324
	第 25 条. 本国法院与外国法院或外国破产管理人间的合作和直接联系	179	325
	第 26 条. [此处写入依颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]与外国法院或外国破产管理人间的合作和直接联系	180	325
	第 27 条. 合作的形式	181-183	326
G.	第五章. 同时进行的程序	184-200	327
	第 28 条. 承认一项外国主要程序后依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定而开始某项程序	184-187	327
	第 29 条. 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的某项程序与一项外国程序之间的协调	188-191	328
	第 30 条. 一个以上外国程序的协调	192-193	330
	第 31 条. 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产	194-197	331
	第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则	198-200	332
六.	贸易法委员会秘书处提供的协助	201-202	333
A.	起草立法的协助	201	333
B.	关于解释基于示范法立法的信息	202	333
附录	大会 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议		335

第一部分
贸易法委员会跨国界破产示范法

序言

本法之目的在于为处理跨国界破产案件提供有效机制，以促进达到下述目标：

(a) 本国法院及其他主管机构与外国法院及其他主管机构之间涉及跨国界破产案件的合作；

(b) 加强贸易和投资方面的法律确定性；

(c) 公平而有效率地实施跨国界破产管理，保护所有债权人和其他有关当事人的利益，包括债务人的利益；

(d) 保护并尽量增大债务人资产的价值；和

(e) 便于挽救陷入经济困境的企业，从而保护投资和维持就业。

第一章. 总则

第 1 条. 适用范围

1. 本法适用于：

(a) 外国法院或外国破产管理人就有关某项外国程序事宜寻求本国的协助；

或

(b) 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的某项程序，寻求某一外国的协助；或

(c) 针对同一债务人的某项外国程序和某项依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序同时进行；或

(d) 外国的债权人或其他利害关系人有意要求启动或参与某项依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序。

2. 本法不适用于涉及[此处标明在本国须遵行某一特别破产法规且本国希望将其排除于本法之外的任何类别的实体，例如银行或保险公司]的程序。

第 2 条. 定义

在本法中：

(a) “外国程序”系指在某一外国遵照与破产有关的法律而实施的集体司法程序或管理程序，包括临时程序，在这一程序中，为达到重整或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；

(b) “外国主要程序”系指在债务人主要利益中心所在国实施的某项外国程序；

(c) “外国非主要程序”系指有别于外国主要程序的某项外国程序，该程序发生在本条(f)项涵义内的债务人营业所所在的国家；

(d) “外国破产管理人”系指在外国程序中被授权管理债务人资产或事务的重整或清算，或被授权担任该外国程序代表的个人或机构，包括临时指定的个人或机构；

(e) “外国法院”系指负责控制或监督某一外国程序的司法当局或其他主管当局；

(f) “营业所”系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经营场所。

第 3 条. 本国的国际义务

凡本国作为一方同另一国或多国签订的任何条约或其他形式协定而使本国承担的某一义务与本法发生冲突时，以该条约或协定为准。

第 4 条. [有管辖权的法院或当局][a]

本法中提到的关于承认外国程序及与外国法院合作的职能应由[此处具体指明颁布国负责履行那些职能的一个或多个法院或一个或多个当局]负责履行。

---

[a] 凡属将有关破产程序某些职能交由政府指定官员或机构负责执行的国家，似应在第 4 条或在第一章其他地方列入下述规定：

本法中任何条款概不影响本国现行的涉及[此处写入政府指定的个人或机构名称]的权力的规定。

第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]在外国行动的授权

[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]被授权代表依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序，在适用的外国法律允许的情况下，在某一外国采取行动。

第 6 条. 公共政策的例外

本法中任何规定概不妨碍法院拒绝采取本法范围内的某项行动，如果采取该行动明显违反本国的公共政策。

第 7 条. 根据其他法律提供进一步援助

本法中任何规定概不限制法院或[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]根据本国其他法律向外国破产管理人提供进一步援助的权力。

第 8 条. 解释

对本法作出解释时，应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚实信用的必要性。

第二章. 外国破产管理人和债权人对本国法院的介入

第 9 条. 直接准入的权利

外国破产管理人有权直接向本国法院提出申请。

第 10 条. 有限的管辖权

仅仅基于外国破产管理人依照本法向本国某一法院提出了申请的事实，不得造成外国破产管理人或债务人的外国资产和事务因申请以外的任何理由受本国法院的管辖。

第 11 条. 外国破产管理人依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]申请启动一项程序

外国破产管理人有权依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]规定申请启动某项程序，但启动该程序的条件应另外得到满足。

第 12 条. 外国破产管理人参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序

某一外国程序得到承认时，外国破产管理人即有权参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]对债务人实施的某项程序。

第 13 条. 外国债权人准入依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序

1. 除本条 2 款的规定外，就启动和参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序而言，外国债权人享有与本国债权人相同的权利。

2. 本条 1 款并不影响在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序中的求偿顺序，但外国债权人的求偿权等级不应低于[此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一项同等的当地求偿权（例如对罚款的追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权]。[b]

第 14 条. 通知外国债权人关于依据[此处写入颁布国与破产有关的法律名称]实施的程序

1. 凡依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]应向本国债权人发出通知，亦应发给地址不在本国的已知债权人。法院可命令采取适当措施，通知尚未知道地址的任何债权人。

2. 此类通知应分别发给每个外国债权人，除非法院认为在所涉情况下采用某种其他通知方式更为适当，而无需以调查委托书或其他类似的手续做出。

3. 当向外国债权人发出启动程序的通知时，该通知应：

(a) 指明提出求偿申请的合理期限，并明确求偿申请的地点；

(b) 指明担保的债权人是否需要提出其担保债权的求偿申请；以及

---

[b] 颁布国亦可考虑以下述措词取代第 13 条 2 款：

“2. 本条 1 款并不影响在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的程序中的求偿顺序，也不影响在此种程序中将外国税收和社会保险的追缴权排除在外。尽管如此，除关于税收和社会保险应缴款的追缴权之外，外国债权人的其他求偿权在等级上不应低于[此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一项同等的当地求偿权（例如对的罚款追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权]。

(c) 载有按照本国法律和法院命令的要求，在向债权人发出的该项通知中需包含的任何其他资料。

第三章. 对外国程序的承认和救济

第 15 条. 申请承认某项外国程序

1. 外国破产管理人可向法院提出申请，要求承认其已被一项外国程序指定为破产管理人的该外国程序。

2. 申请承认应附：

(a) 经核证的关于启动该外国程序和指定该外国破产管理人的决定的副本；或

(b) 外国法院出具的、证实该外国程序存在和指定该外国破产管理人的证明；或

(c) 如果没有(a)和(b)项所提到的证明，应附上法院可接受的、证明该外国程序存在和指定该外国破产管理人的任何其他证明。

3. 申请承认尚应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。

4. 法院可要求把支持承认申请的文件译成本国的一种官方语言。

第 16 条. 关于承认的推定

1. 如果第 15 条 2 款提到的决定或证明表明，该外国程序系属于第 2 条(a)项涵义内的程序，并且该外国破产管理人系属于第 2 条(d)项涵义内的个人或机构，则法院有权如此推定。

2. 法院有权推定在申请承认时提出的支持文件为真实文本，无论其是否经过公证。

3. 如无相反证据，债务人的注册办事处或个人的经常居住地推定为债务人的主要利益中心。

第 17 条. 承认外国程序的决定

1. 以第 6 条为条件，一项外国程序应得到承认，如果：

(a) 该外国程序是第 2 条(a)项涵义内的程序；

(b) 申请承认的外国破产管理人是第 2 条(d)项涵义内的个人或机构；

(c) 该申请符合第 15 条 2 款的诸项要求；和

(d) 该申请已提交第 4 条所述的法院。

2. 该外国程序应承认为：

(a) 外国主要程序，如果该外国程序发生在债务人主要利益中心的所在国；或者

(b) 外国非主要程序，如果债务人在该外国拥有第 2 条(f)项涵义内的营业所。

3. 应尽早对一项承认外国程序的申请作出决定。

4. 如果情况表明，准予承认的理由完全或部分告缺，或已不复存在，则第 15、16、17 和 18 条的各项规定不得妨碍对承认的修改或终止。

第 18 条. 后续信息

外国破产管理人自提出要求承认外国程序的申请之时起，应迅速将下列情况告知法院：

(a) 已获承认的外国程序的状况或外国破产管理人的指定的状况发生的任何重大变化；

(b) 外国破产管理人得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。

第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济

1. 自提出要求承认的申请之时至对申请作出决定之时，法院根据外国破产管理人的请求，在为保护债务人资产或债权人利益而紧急需要救济的情况下，可给予临时性的救济，包括：

(a) 中止执行对债务人资产的行动；

(b) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产，以保护并维持那些由于本身性质或由于其他情形而易变质、可能贬值或处于其他危险中的资产的价值；

(c) 第 21 条 1 款(c)、(d)和(g)项提及的任何救济。

2. [此处写入（或提及颁布国现行的）与通知有关的条款。]

3. 除按第 21 条 1 款(f)项规定予以延期外，按本条规定给予的救济在对要求承认的申请作出决定时终止。

4. 如果本条规定的救济可能会干预外国主要程序的管理，则法院可拒绝给予该项救济。

第 20 条. 承认外国主要程序后的效力

1. 一旦承认了作为一项外国主要程序的外国程序，

(a) 即中止启动或中止继续进行涉及债务人资产、权利、债务或责任的个人诉讼或个人程序；

(b) 即中止执行针对债务人资产的行动；

(c) 即中止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利。

2. 本条第(1)款所述中止的范围及其修改或终止应受到[此处提及颁布国与破产有关的、适用于本条 1 款所述中止措施之例外、限制、修改或终止的任何法律规定]的制约。

3. 本条 1 款(a)项不影响仅为维护针对债务人的求偿权而启动个人诉讼或程序的权利。

4. 本条 1 款不影响依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定请求启动程序的权利或在这种程序中提出求偿的权利。

第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济

1. 在一项外国程序，无论是主要或非主要程序得到承认后，在需要保护债务人资产或债权人利益时，法院可根据外国破产管理人的请求，给予任何适当的救济，包括：

(a) 仅在未依第 20 条 1 款(a)项的规定采取中止措施的情况下，中止启动或中止继续进行涉及债务人资产、权利、债务或责任的个人诉讼或个人程序；

(b) 仅在未依第 20 条 1 款(b)项的规定采取中止措施的情况下，中止执行对债务人资产的行动；

(c) 仅在未依第 20 条 1 款(c)项下的规定采取中止措施的情况下，中止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利；

(d) 就债务人的资产、事务、权利、债务或责任事项提供对证人的讯问、收取证据或传送信息；

(e) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产；

(f) 延长按第 19 条 1 款给予的救济；

(g) 给予[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]根据本国法律可以取得的任何额外救济。

2. 一项外国程序，无论是主要或非主要程序当得到承认后，法院可根据外国破产管理人的请求，委托外国破产管理人或由法院指定的另一人，分配债务人在本国的全部或部分资产，但法院要确信本国债权人的利益得到充分的保护。

3. 在根据本条给予外国非主要程序的破产管理人的救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的资料。

第 22 条. 对债权人和其他利害关系人的保护

1. 在给予或不给予第 19 条或第 21 条规定的救济时，或在根据本条 3 款修改或终止救济时，法院必须确信债权人和其他利害关系人的利益，包括债务人的利益，受到充分的保护。

2. 法院可对按第 19 条或第 21 条给予的救济附加其认为适当的限制条件。

3. 法院可根据外国破产管理人或根据受到按第 19 条或第 21 条给予的救济的影响的人提出的请求，或根据法院自己的动议，修改或终止该项救济。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为而进行的诉讼

1. 一项外国程序得到承认后，外国破产管理人即有资格提起[此处提及负责管理重整或清算的个人或机构为避免有损于债权人的行为或以其他方式使这种行为丧失效力而在本国可以提起的诉讼类别]。

2. 当外国程序是一项外国非主要程序时，法院必须确信，该诉讼涉及根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产。

第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的干预

当一项外国程序得到承认后，外国破产管理人在符合本国的法律规定的情况下，可干预以债务人为当事一方的任何程序。

第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作

第 25 条. 本国法院与外国法院或外国破产管理人之间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项，法院应直接或通过[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]，与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。

2. 法院有权与外国法院或外国破产管理人直接联系，或直接要求其提供资料或协助。

第 26 条. [此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]与外国法院或外国破产管理人之间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项，[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]在履行其职能并在法院的监督之下，应与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。

2. [此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的个人或机构名称]在履行其职能并在法院的监督之下，有权与外国法院或外国破产管理人直接联系。

第 27 条. 合作的形式

第 25 条和第 26 条所述的合作可采取任何适当的方式进行，包括：

(a) 指定某人或机构按法院的指示行事；

(b) 法院以其认为适当的任何方法传递信息；

(c) 对债务人资产和事务进行管理和监督方面的协调；

(d) 法院批准或实施有关协调诸项程序的协议；

(e) 协调对同一债务人同时进行的多项程序；

(f) [颁布国尚可列举其他合作形式或示例]。

第五章. 同时进行的程序

第 28 条. 承认一项外国主要程序后依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定而启动的某项程序

在承认某项外国主要程序后，只有当债务人在本国拥有资产时，才可依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定启动一项程序；而且该程序的效力应只限于债务人在本国的资产，并在必要的限度内为履行第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，只限于根据本国法律应在该程序中予以管理的债务人的其他资产。

第 29 条. 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]实施的某项程序与一项外国程序之间的协调

在针对同一债务人的某项外国程序和依据[此处写入颁布国与破产有关的法律]实施的一项程序同时进行情况下，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，并应适用：

(a) 当本国的程序正在进行时，提出承认外国程序的申请，

㈠ 根据第 19 条或第 21 条所给予的任何救济，必须与本国的程序相一致；

㈡ 如果该外国程序被本国承认作为一项外国主要程序，第 20 条不适用；

(b) 当本国的程序是在外国程序得到承认或在提出要求承认的申请后才启动时，

㈠ 根据第 19 条或第 21 条给予的任何救济，应由法院加以重新审议，对与本国程序不一致之处应予修改或终止；而且

㈡ 如果该外国程序是一项外国主要程序，第 20 条 1 款所述的停止和中止如与本国程序不一致，应根据第 20 条 2 款予以修改或终止；

(c) 在给予、延长或修改已给予某一外国非主要程序破产管理人的救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的资料。

第 30 条. 一个以上外国程序的协调

对于第 1 条所述事项，如属针对同一债务人的外国程序不止一个，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，并应适用：

(a) 在某项外国主要程序得到承认后，根据第 19 条或第 21 条给予外国非主要程序破产管理人的任何救济，必须与该外国主要程序相一致；

(b) 在某项外国非主要程序得到承认或在提出承认外国非主要程序的申请之后，某项外国主要程序得到承认，则根据第 19 条或第 21 条给予的任何已生效之救济应由法院加以重新审议，对与该外国主要程序不一致之处应予修改或终止；

(c) 在承认某项外国非主要程序后又承认了另一项外国非主要程序，则法院应以促进这些程序的协调为目的，给予、修改或终止救济。

第 31 条. 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产

如无相反证据，对于依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定启动的一项程序而言，对一项外国主要程序的承认即证明该债务人已告破产。

第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则

在不损害担保债权或物权的前提下，已从根据有关外国破产法律的某一程序中获得了部分偿付的债权人，只要同等序列的其他债权人获得的偿付依比例低于该债权人所获取的偿付，便不得在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]对同一债务人实施的程序中再得到对其同一求偿权的偿付。

第二部分

贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南

一. 示范法的目的和起源

A. 示范法的目的

1. 1997 年通过的《贸易法委员会跨国界破产示范法》，旨在协助各国使其破产法具有一个现代化的、统一的公平框架，以便更有效地处理跨国界破产案例。这些案例包括破产债务人在一个以上国家拥有资产或该债务人的债权人有的不是来自进行破产程序的国家等案件。

2. 示范法反映了以现代有效率的破产制度为特征的跨国界破产问题的惯例。因此，颁布示范法的国家（“颁布国”）将对国家的破产制度进行有益的增补和改进，目的是要解决跨国界破产案件所产生的问题。那些目前须处理许多跨国界破产案件的法域和那些希望为跨国界破产案件有可能日益增多做好充分准备的法域，都会发现示范法是很有益处的。

3. 示范法尊重各国程序法之间的差异，而且并不试图对破产法进行实质性统一。示范法只是提供一些在几个不算大却有意义的方面不无助益的解决办法，其中包括：

(a) 使管理外国破产程序的人（“外国破产管理人”）能够进入颁布国法院，从而使外国破产管理人可寻求一暂时的“考虑时间”，并允许颁布国法院确定为以最佳方式处理破产问题而应在各法域间进行何种协调或采取何种其他救济办法；

(b) 确定何时对某一外国破产程序给予“承认”，以及承认的后果如何；

(c) 使关于外国债权人开始或参与颁布国破产程序的权利的制度具有透明性；

(d) 使颁布国法院可以同涉及某项破产案的外国法院和外国破产管理人进行更有效的合作；

(e) 允许颁布国法院和颁布国管理破产程序的人寻求国外协助；

(f) 规定法院的管辖权并规定在颁布国破产程序与某项外国破产程序同时进行时的协调规则；

(g) 制定对于就同一债务人可能在外国进行的两个或两个以上破产程序而在颁布国给予救济的协调规则。

B. 准备工作和通过

4. 本项目是与国际破产协会[c]密切合作在联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）内开始的。在准备工作的所有阶段，本项目均从破产管理从业人员国际协会的专家意见中获益。另外，在拟订示范法的过程中，国际律师协会商法科 J 委员会（破产问题）也提供了咨询援助。

5. 在贸易法委员会决定开始关于跨国界破产问题的工作之前，贸易法委员会和破产管理从业人员国际协会举办了两期破产管理从业人员、法官、政府官员和其他有关部门代表的国际研讨会。[d]这些研讨会提出的建议是，贸易法委员会的工作应确立有限但却是有益的目标——促进司法合作、外国破产管理人进入法院和承认外国破产程序。

6. 在贸易法委员会于 1995 年决定拟订一项关于跨国界破产问题的法律文书时，贸易法委员会把工作交给了破产法工作组，该工作组是贸易法委员会三个附属机构之一。[e]工作组用了四届为期两周的会议专门讨论关于这个

[c] 英文原简称为 INSOL，现称作 INSOL International。

[d] 第一次讨论会是贸易法委员会/国际破产协会关于跨国界破产问题的专题讨论会，1994 年 4 月 17 日至 19 日在维也纳举行（关于讨论会的报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十五卷：1994 年（联合国出版物，出售品编号：E.95.V.20），A/CN.9/398 号文件；关于讨论会的讨论情况，见《国际破产评论》，会议特刊，第 4 卷 1995 年；关于委员会对讨论会的审议情况，见《大会正式记录，为四十九届会议，补编第 17 号》（A/49/17 号），第 215-222 段）。第二次是为征求法官意见而举办的贸易法委员会/国际破产协会跨国界破产问题司法讨论会，1995 年 3 月 22 和 23 日在多伦多举行（关于司法讨论会的报告，见联合国国际《贸易法委员会年鉴》，第二十六卷：1995 年（联合国出版物，出售品编号：E.96.V.8），A/CN.9/413 号文件；关于委员会对司法讨论会的审议情况，见《大会正式记录，第五十届会议，补编第 17 号》(A/50/17)，第 382-393 段。

[e]《大会正式记录，第五十届会议，补编第 17 号》(A/50/17)，第 392 和 393 段。

项目的工作。[f]

7. 1997 年 3 月举行了另一次从业者国际会议，讨论工作组编写的草案案文。与会者（主要是法官、司法管理人员和政府官员）普遍认为，示范法在颁布后将是处理跨国界破产案件方面的一个重大改进。[g]

8. 1997 年 5 月 12 日至 30 日，在维也纳举行的贸易法委员会第三十届会议就草案案文进行了最后谈判。贸易法委员会于 1997 年 5 月 30 日以协商一致方式通过了示范法。[h] 除贸易法委员会的 36 个成员国之外，来自 40 个观察国和 13 个国际组织的代表也参加了委员会和工作组的审议工作。随后，大会通过了 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议（见附件）。

二. 立法指南的目的

9. 贸易法委员会认为，如果示范法附带载有背景情况和解释性资料，就将成为立法者一种更为有效的工具。虽说此种资料主要针对的是编写必要的法律修订的政府执行部门和立法者，但它也可为诸如法官、从业人员和学术机构等其他使用案文者提供有益的见解。这些资料或许还可以协助各国考虑需对哪些条文（如有的话）做出修改，以适应具体的国情。

10. 本立法指南系由秘书处根据贸易法委员会 1997 年第三十届会议结束时提出的要求所编写，以委员会通过示范法的那届会议上的审议和决定[i]以及从事准备工作的破产法工作组的审议为基础。

---

[f] 关于 1995 年 10 月 30 日至 11 月 10 日在维也纳举行的工作组第十八届会议的报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十七卷：1996 年（联合国出版物，出售品编号：E.98.V.7），A/CN.9/419 和 Corr.1 号文件；关于 1996 年 4 月 1 日至 12 日在纽约举行的工作组第十九届会议的报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十七卷：1996 年（联合国出版物，出售品编号：E.98.V.7），A/CN.9/422；关于 1996 年 10 月 7 日至 18 日在维也纳举行工作组第二十届会议的报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十八卷：1997 年，A/CN.9/433 号文件，将作为一份联合国出售品出版物印发；关于 1997 年 1 月 20 日至 31 日在纽约举行的工作组第二十一届会议的报告，见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第二十八卷：1997 年，A/CN.9/435 号文件，将作为一份联合国出售品出版物印发。

[g] 结合 1997 年 3 月 23 日至 26 日在新奥尔良举行的国际破产协会第 5 届世界大会，于 1997 年 3 月 22 日至 23 日在该市举行了贸易法委员会国际破产协会跨国界破产问题多国司法专题讨论会。讨论会的简要情况载于 1997 年 5 月 12 日至 30 日在维也纳举行的贸易法委员会第三十届会议的工作报告（大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号（A/52/17），第 17-22 段）。

[h] 关于讨论情况，见《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 12-225 段。

[i]《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 220 段。

三. 示范法作为协调各国法律的一个工具

11. 示范法是建议各国纳入其本国法的立法案文。与国际公约不一样，示范法并不要求颁布该法的国家通知联合国或其他也可能已经颁布该法的国家。

12. 国家在将示范法文本纳入其体系时，可以修改或略去示范法的某些条款。如果是一项公约，缔约国修改统一文本（通常称为“保留”）的可能性则要受到更多的限制；尤其是各类贸易法公约，它们一般或是完全禁止保留，或是仅允许有特定的保留。示范法的这种内在的灵活性，在国家希望对统一文本做出各种修改，而后才可能准备将其作为国家法颁布的情况下，尤其可取。在统一文本与国家法院和程序制度密切相关时(《贸易法委员会跨国界破产示范法》就是这种情况)，尤其可望对其进行一些修改。不过，这也意味着，通过示范法所实现的统一的程度以及其确定性，可能要低于公约所能实现的。因此，为了实现令人满意的统一程度和确定性，建议各国在将示范法纳入其法律制度时，尽可能不要进行太多的修改。

四. 示范法的主要特点

A. 背景情况

13. 跨国界破产的发生与日俱增，这是贸易和投资在全球范围内不断发展的反映。然而，国家的破产法一般说来跟不上这种发展趋势，因为国家破产法往往没有对付跨国界性质案件的规定。这往往导致法律做法的不适当和不协调，从而影响了挽救陷入财政困境的企业，无助于公平而有效率地管理跨国界破产，妨碍了保护破产债务人资产免于散失的工作，并阻碍最大限度发挥这些资产的价值。此外，跨国界破产案件处理的缺乏可预测性，也妨碍了资本的流动，而且对跨国界投资起着消极作用。

14. 破产债务人的欺诈行为，尤其是隐匿资产或将其转移至外国法域，无论在发生次数还是在程度上，都是一个日趋严重的问题。相互联系的现代世界使这种欺诈行为更易于设计和实施。示范法建立的这种跨国界合作机制，就是要对抗这种国际欺诈行为。

15. 只有少数国家有处理跨国界破产而且颇适应国际贸易和投资需要的法律框架。在缺乏处理跨国界破产的具体法律或条约框架的情况下，采用了各种方法和概念，其中包括如下：英美法系法域的法院应用礼让原则；大陆法系法域为同样目的签发授权命令（执行外国法院判决令）；依靠执行外国判决的立法来执行外国破产命令；利用诸如委托取证书等手段来传递有关司法协助的要求。

16. 纯粹以礼让原则或执行外国法院判决令为基础的做法，所提供的可预测性和可靠性程度，与示范法所载的诸如有关司法合作、承认外国破产程序和外国破产管理人进入法院的具体法律所提供的并不相同。例如，在某一法律制度内，关于包括执行外国法院判决令在内的相互承认判决的一般性办法，可能仅限于执行两当事方之间争端的具体金钱判决或强制令，因而排除了启动集体破产程序的决定。此外，对外国破产程序的承认可能不被视为承认某项外国“判决”的事项，例如，如果仅仅将外国破产令看作是对债务人地位的宣布，或者认为该破产令并非终局命令，就属于这种情况。

17. 在有关法域的法院和管理人之间缺乏联系和协调的情况下，更有可能出现资产被挥霍、被欺诈性隐匿，或可能被清算而不诉诸其他更有利的解决办法的情况。其结果就是，不仅债权人取得支付的能力被削弱，而且还会减少拯救财政上能存活的企业和保护就业的可能性。相比较而言，如果国家立法中有了对跨国破产案件进行协调管理的机制，则有可能采取明智的、最符合债权人和债务人利益的解决办法；因此，国家法律中存在此种机制被认为是有利于在该国的外国投资和贸易的。

18. 示范法考虑了其他种种国际性努力的成果，其中包括欧洲理事会 2000 年 5 月关于破产程序的《第 1346/2000 号条例》（“欧洲理事会条例”）、《关于破产的某些国际方面的欧洲公约》（1990 年）[j]、蒙得维的亚国际商法条约 1889 年和 1940 年、《北欧国家间关于破产的公约》(1933 年)以及《国际私法公约》（《布斯特曼特法典》）（1928 年）[k]。所考虑的由非政府组织提出的建议包括：《国际破产合作示范法》和《跨国界破产协约》，这两者都是由国际律师协会商法科 J 委员会拟订的。

19. 《欧洲理事会条例》为债务人的主要利益中心在欧洲联盟一成员国的案件建立了一种欧洲联盟内部跨国界破产制度。该条例并未涉及超出欧洲联盟成员国范围而达到一非成员国的跨国界破产事项。因此，示范法为欧洲联盟成员国提供了解决该条例未涉及的许多跨国界合作案件的、具有重要实用价值的补充制度。

B. 示范法适应于现有的国家法

20. 示范法将其范围限于跨国界破产案件的某些程序方面，其目的在于作为颁布国现有破产法的一个不可分割的部分发挥作用。这可以从几个方面表现出来：

[j] 欧洲条约集》，第 136 号。。

[k] 国际联盟，《条约集》，第八十六卷，第 1950 号。

(a) 示范法为现有法律可能增添的新法律术语数量有限。新法律术语是那些跨国界破产情况所特有的术语，如“外国程序”和“外国破产管理人”。示范法中所使用的术语不可能与现有法律的术语相冲突。此外，在用语有可能因国家不同而异时，示范法不是使用一个特定术语，而是将该术语的含义在方括号内以楷体指明，并要求国家法的起草者使用适宜的术语。

(b) 示范法使颁布国有可能把因承认外国程序而产生的救助与国家法中类似程序中现有的救助取得一致；

(c) 承认外国程序并不妨碍当地债权人在颁布国提出和维持集体破产程序（第 28 条）；

(d) 外国破产管理人所能利用的救助须以保护当地债权人和包括债务人在内的其他利害关系人免受不应有损害为条件，救助也须遵守颁布国程序规定和适用的通知规定（尤其是第 22 条和第 19 条 2 款）；

(e) 示范法保留根据压倒一切的公共政策考虑，排斥或限制支持外国程序的任何行动，包括承认该程序，尽管预计将极少使用公共政策的例外规定（第 6 条）；

(f) 示范法采取灵活的示范立法形式，考虑到了国家破产法的不同做法和各国对破产事项进行合作和协调的各种倾向（第 25-27 条）。

21. 为使示范法在适应颁布国法律制度时具有灵活性，在使用时应适当考虑到其解释的统一性需要，并考虑到颁布国在破产事项方面采取现代的、普遍接受的国际惯例的好处。因此，将对统一文本的偏离限制在最低限度是明智的。统一的好处之一是使颁布国更便于在破产事项方面获得其他国家的合作。

C. 示范法的适用范围

22. 示范法可适用于一系列跨国界破产情形，其中包括如下：(a)对内的要求承认外国程序的请求的情况；(b)颁布国法院或管理人提出的对外要求承认根据颁布国法律启动的破产程序的请求；(c)对在两个或两个以上国家同时进行的程序进行协调；(d)外国债权人参与在颁布国进行的破产程序（见第 1 条）。

D. 所涉外国程序的类型

23. 要属于示范法的范围，外国破产程序需具备某些属性，其中包括如下：起源国与破产有关的法律的基础；债权人集体参与；由法院或另一官方机构对债务人资产和事务进行控制或监督（第 2 条(a)项）。

24. 在这些特性之中，各种集体性程序都有资格得到承认，无论它们是强制性或自愿性程序，法人或个人程序，清理或重组程序。还包括债务人保留对其资产的某种程度的控制但须受法院监管的程序（如暂停支付；“占有资产的债务人”）。

25. 在示范法所涉债务人的可能类型方面也采用了概括式方法。不过，示范法提到了有可能排除于其适用范围之外的某些类型实体，如根据颁布国法律在破产方面有专门规定的银行或保险公司（第 1 条 2 款）。

E. 为在颁布国进行的破产程序寻求外国协助

26. 除了使颁布国法院有能力处理外来的要求承认的请求外，示范法还允许颁布国法院为了在颁布国进行的程序向国外寻求协助（第 25 条）。增加允许颁布国法院向国外寻求合作的规定，可有助于填补某些国家法律中的空白。没有这种法律上的允许，法院在某些法律制度中可能会在向国外寻求这种协助方面感到受限制，而这会为国际上对跨国界破产案件采取有协调的对策的工作造成潜在的障碍。

27. 示范法同样也有助于颁布国填补其立法在根据当地破产法被任命管理破产程序的人的“对外”权力方面的空白。第 5 条授权这些人寻求外国法院对这些程序的承认和协助。

F. 外国破产管理人进入颁布国法院

28. 示范法的一项重要目标是使外国破产管理人便捷、直接地进入颁布国法院。示范法避免了必须依靠繁琐、费时的委托取证书或其他形式的外交或领事函件，而这类手段本来是必须采取的。这有助于对跨国界破产采取有协调的合作办法，并可便于迅速采取行动。

29. 除了确定外国破产管理人直接进入法院的原则外，示范法还：

(a) 确定了寻求对外国程序的承认和救助的简化证明要求，从而避免了需要公证或领事程序的各种费时的“公证”程序（第 15 条）；

(b) 规定外国破产管理人拥有在颁布国开始破产程序的程序资格（根据颁布国适用的条件），而且外国破产管理人可参与颁布国的破产程序（第 11 和 12 条）；

(c) 确认在受颁布国其他要求限制的情况下，外国债权人为在颁布国开始破产程序或参与此类程序的目的可进入颁布国法院（第 13 条）；

(d) 给予外国破产管理人介入影响债务人或其资产的颁布国中的个人诉讼程序的权利（第 24 条）；

(e) 规定单凭在颁布国提出承认申请这一事实并不意味着该国法院对债务人的全部资产和事务拥有管辖权（第 10 条）。

G. 对外国程序的承认

对是否承认外国程序的决定

30. 示范法规定了确定是否给予某一外国程序承认的标准（第 15-17 条），并且规定，在适当情况下，法院可在做出承认决定之前给予临时救济（第 19 条）。这种决定包括要确定据以启动外国程序的管辖权基础是应作为“主要”或者作为“非主要”外国破产程序来承认的基础。示范法没有涉及有关提交承认申请或决定给予承认的通知的程序事宜；这些事宜仍适用颁布国法律的其他规定。

31. 如果外国程序是在“债务人主要利益中心”所在国启动，则将该程序视为“主要”程序。这与《欧洲理事会条例》第 3 条的提法相一致，因而使示范法基于“主要”程序概念的逐步统一之上。确定某项外国程序为“主要”程序会影响到给予外国破产管理人的救济的性质。

承认的效力和可酌情给予外国破产管理人的救济

32. 承认某一外国“主要”程序时所给予的救济的基本要素是，中止个人债权人对债务人的诉讼或中止有关债务人资产的强制执行程序，并中止债务人转让或抵押其资产的权利（第 20 条 1 款）。这类中止或停止从下面这层意义上看是“强制性”的（或“自动的”）：此类中止或停止或者是因为承认某项外国主要程序而自动产生，或者是在需要为中止或停止发出法院命令的国家，法院必然发出适当的命令。中止诉讼或强制执行的程序之所以必要，是因为可在采取适当措施进行重整或公平处理债务人资产之前提供一个“考虑的时间”。中止转让之所以必要，是因为在现代全球化经济中多国债务人可以迅速将金钱和财产转移至国外。因此，承认外国主要程序所启动的强制性暂停可以迅速实行“冻结”，而这对在法院有机会通知有关各方和评估情势之前防止欺诈行为和保护所涉各当事方合法权益是十分必要的。

33. 对中止和停止的范围的例外和限制（例如有担保的债权、债务人在通常业务过程中所作的支付、抵销、物权执行等的例外），以及是否有可能修改或终止这种中止和停止，则由根据颁布国法律进行的破产程序中类似的中止和停止的规定来确定（第 20 条 2 款）。

34. 除了强制性中止和停止外，示范法还授权法院为了任何外国程序——不论其是否“主要”程序——而给予“酌情”救济（第 21 条）。这种酌情救济可包括例如中止程序或中止抵押资产的权利（在此类中止或停止没有根据第 20 条自动生效情况下），为查阅有关债务人的资产及其负债的

资料提供便利，任命某个人管理全部或部分这些资产，以及根据颁布国法律而可能给予的任何其他救济等。紧急需要的救济在提交承认申请时可能已经给予（第 21 条）。

保护债权人和其他利害关系人

35. 示范法载有保护债权人（尤其是当地债权人）、债务人和其他受影响当事人利益的如下规定：在申请对某一外国程序的承认或在承认时提供的暂时救济，应由法院自由裁量决定；该法明确指出，在给予此种救济时，法院必须确信债权人和包括债务人在内的其他利害关系人的利益，均受到充分的保护（第 22 条 1 款）；法院可对其给予的救济附加其认为适当的限制条件；以及法院可修改或终止所给予的救济，如果受到影响的人提出此类要求的话（第 22 条 2 款和 3 款）。

36. 除了这些具体条款外，示范法还一般规定，如果采取示范法规定的某项行动将明显违反颁布国的公共政策，则法院可拒绝采取该行动（第 6 条）。

37. 向利害关系人发出通知的问题，虽说与保护其利益密切相关，但一般而言并未在示范法中规定。因此，这些问题由颁布国的程序规则管理，其中一些规则可能具有公共秩序性质。例如，颁布国的法律将确定是否向债务人或另一人发出申请承认某项外国程序的任何通知，以及发出此种通知的时间期限。

H. 跨国界合作

38. 不同法域的法官在跨国界破产案中的合作和协调普遍受到限制，其原因是在同外国法院开展合作方面缺乏法律框架，或者现有的立法授权的范围不确定。

39. 经验表明，不管一个国家的法院通常享有酌处权如何，通过一项具体的法律框架对于促进跨国界案件的合作仍是有益的。因此，示范法通过明确授权法院在受示范法管辖的领域开展合作，从而填补了许多国家法律中的空白（第 25-27 条）。

40. 出于类似的原因，该法还列入了授权由颁布国法院和外国破产管理人以及由管理颁布国破产程序的人和外国法院或外国破产管理人开展合作的规定（第 26 条）。

41. 示范法列举了合作的可能形式，并留出了立法者列举其他合作形式的余地（第 27 条）。在颁布时，列举似应以举例说明的方式，而不应以详尽无遗的方式，以免束缚法院根据具体情况安排补救的能力。

I. 协调同时进行的程序

对启动某一本国程序的管辖权

42. 示范法对颁布国法院启动或继续破产程序的管辖权实际上未施加任何限制。根据第 28 条，甚至在承认某项外国“主要”程序之后，如果债务人在颁布国拥有资产，则颁布国法院关于破产程序的提起仍有管辖权。如果颁布国希望将其管辖权限制在债务人不仅在颁布国拥有资产而且还有营业所的情况，则采取这样一种限制并不违反示范法的根本方针。

43. 此外，为了开始本国程序的目的，示范法认为，对外国主要程序的承认构成债务人破产的证明（第 31 条）。对于那些开始某项破产程序须有关于债务人事实上已经破产的证明的法律制度来说，这项规则是大有益处的。避免必须重复提供破产证明，可减少债务人尽可能拖延开始程序以隐匿或转移资产的可能性。

在同时进行多项程序时对救济的协调

44. 示范法涉及针对同一债务人的某项本国程序和某项外国程序之间的协调（第 29 条），并促进针对同一债务人的两项或多项外国程序之间的协调（第 30 条）。这些规定的目的是促进做出能最佳实现两类程序目的的有协调的决定（如尽量增大债务人资产的价值或对企业进行最有利的改组）。为了实现令人满意的协调，并且能使救济适应不断变化的环境，法院在所有情形下均应适用示范法，包括在本国程序面前限制外国程序的效力的情形，并应与外国法院和外国破产管理人进行最大限度的合作（第 25 条和第 30 条）。

45. 如在申请承认某项外国程序时本国破产程序正在进行，示范法要求，给予外国程序的任何救济必须与本国的程序相一致。此外，在外国主要程序得到承认时本国程序的存在使第 20 条不能适用。在没有进行任何本国程序时，第 20 条批准中止针对债务人的个人诉讼或强制执行程序，并中止债务人转让或抵押其资产的权利。

46. 如本国程序是在外国程序得到承认或提出要求承认的申请后才开始，给予外国程序的救济必须加以重新审查，如与本国程序不一致，则应予修改或终止。如果该外国程序是一项主要程序，则第 20 条所批准的停止或中止如与本国程序不一致，也必须加以修改或终止。

47. 在法院面对不止一项外国程序时，第 30 条要求以促进这些外国程序的协调的方式来修改救济；如果这些外国程序之一是一项主要程序，则任何救济均必须与该主要程序一致。

48. 旨在加强同时进行的程序的协调的另一项规则，就是关于债权人偿付率规则（第 32 条）。该条规定，债权人如在一个以上的程序中提出求偿，其所得不得超过同一等级的其他债权人所得到的偿付比例。

五. 逐条评注

A. 标题

“示范法”

49. 如果颁布国决定将示范法的条款纳入现有国家破产法规，则所颁布的条款的标题必须相应加以修改，在示范法标题和案文内各处出现的“法（Law）”一词，也必须以适当的措词取代。

50. 在颁布示范法时，最好尽可能按照统一的案文，以便使本国法尽可能地让外国使用者明白。（另见上文第 11、12 和 21 段）。

“破产”

51. 示范法标题中使用了“破产（insolvency）”一词，系指针对破产债务人的各类集体程序。其理由在于，示范法（如上文第 23 和 24 段指出的那样）涉及有关不同类型债务人的程序，在这些程序中，有旨在对债务人进行重整的程序，也有导致对作为商业实体的债务人进行清算的程序。

52. 应该注意的是，在有些法域中，“insolvency 程序”这一措词具有狭义的技术含义，例如，它可以仅指涉及一个公司或类似法人的集体程序，或者仅指针对自然人的集体程序。示范法标题中使用“insolvency”一词并无作此区分的意图，因为示范法的目的只是适用于程序，而不管其所涉债务人是自然人还是法人。如果在颁布国“insolvency”一词可能被误解为特指某一类集体程序，则应使用另一词来提及该法所涉及的程序。

53. 不过，在提及外国破产程序时，最好使用第 2 条(a)项的措词，以便不要排除对根据第 2 条(a)项应该包括的外国程序的承认。

B. 序言

本法之目的在于为处理跨国界破产案件提供有效机制，以促进达到下述目标：

(a) 本国法院及其他主管机构与外国法院及其他主管机构之间涉及跨国界破产案件的合作；

(b) 加强贸易和投资方面的法律确定性；

(c) 公平而有效率地实施跨国界破产管理，保护所有债权人和其他有关当事人的利益，包括债务人的利益；

(d) 保护并尽量增大债务人资产的价值；和

(e) 便于挽救陷入经济困境的企业，从而保护投资和维持就业。

54. 本序言是示范法的基本政策目标的简明声明。此处并无创立实质性权利的意图，而只是想为示范法的使用者指出一个总的方向，并协助对示范法进行解释。

55. 在那些习惯于不在立法中列出序言性政策声明的国家，可考虑将目标声明或者写入法规正文或者写入另一文书，以便为法律的解释保留一种有益的手段。

“国（State）”

56. 序言和整个示范法中所用的“国（State）”一词，系指颁布示范法的实体（“颁布国”）。该词不应理解为例如指某一联邦制国家的某一个州。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 136-139 段。

A/CN.9/422，第 19-23 段。

A/CN.9/433，第 22-28 段。

A/CN.9/435，第 100 段。

C. 第一章. 总则

第 1 条. 适用范围

1. 本法适用于：

(a) 外国法院或外国破产管理人就有关某项外国程序事宜寻求本国的协助；或

(b) 就依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的某项程序，寻求某一外国的协助；或

(c) 针对同一债务人的某项外国程序和某项依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的程序同时进行；或

(d) 外国的债权人或其他利害关系人对开始或参与某项依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的程序具有利益。

2. 本法不适用于涉及[此处标明在本国须遵行某一特别破产法规且本国希望将其排除于本法之外的任何类别的实体，例如银行或保险公司]的程序。

1 款

57. 第 1 条 1 款概述了跨国界破产案件中可能产生的问题的类型，示范法为此提供了解决办法：(a)对内的要求承认某项外国程序的请求；(b)颁布国法院或管理人提出的对外的要求承认根据颁布国法律开始的某项破产程序的请求；(c)对同时在两个或多个国家进行的程序进行协调；以及(d)外国债权人参与在颁布国进行的破产程序。

58. 在序言和整个示范法中使用了“本国”一语来指颁布案文的国家。国家法规可使用为此目的习惯上使用的另一措词。

59. 1 款(a)项和(b)项中的“协助”意在概括示范法中所处理的各种情况，在这类情况中，某一国家的法院或破产管理人可向另一国家的法院或破产管理人提出采取示范法中所包括的某项措施的请求。这些措施中有的在示范法中明确提到了（如在第 19 条 1 款(a)和(b)项；第 21 条 1 款(a)至(f)项和 2 款；或第 27 条(a)至(e)项），有的则由诸如第 21 条 1 款(g)项中的那种更广泛的提法所包括。

2 款（特别管理的破产程序）

60. 一般来说，示范法的拟订是要适用于符合第 2 条(a)项规定条件的任何程序，与债务人性质或其在本国法中的特定地位毫无关系。示范法本身设想的唯一可能的例外情况在 2 款中作了说明（不过，有关“消费者”的考虑见下文第 66 段）。

61. 银行或保险公司被作为颁布国可能决定将其排除在示范法管辖范围之外的实体示例而提及。这项排除的原因通常是，此类实体的破产会导致产生特殊的必要性以保护大批个人的重大利益，或这些实体的破产通常需要采取特别迅速和审慎的行动（例如为了避免大规模提取存款）。由于这些原因，在许多国家，此类实体的破产是由专门的管理制度管理的。

62. 2 款表明，颁布国可以决定排除除银行和保险公司以外的实体的破产；在对其他类别的实体（如公用事业公司）采取特别破产制度所基于的政策考虑要求在跨国界破产案中采取特别的解决办法时，国家也可能会这样做。

63. 排除 2 款中提及的实体的所有破产案件是不可取的。特别是，为了承认的目的，颁布国似应将涉及银行或保险公司的某项外国破产程序视为普通破产程序处理，如果该外国实体在颁布国的分支机构或其资产的破产不属于本国管理制度管辖的话。颁布国也似应不排除承认涉及某一此类实体的外国程序的可能性，如果起源国的法律没有将该程序置于特别管理之下的话。

64. 在颁布 2 款时，国家可能希望确信，它没有仅仅因为某项破产受某项特别管理制度的管理而无意中不合适地限制了破产管理人或法院在国外寻求协助，或在国外寻求承认在颁布国领土上进行的某项破产程序的权利。此外，即使某项破产受特别法规的管辖，最好也能在将这些案件普遍排除在示范法管辖范围以外之前，考虑一下以下做法是否有益，即让示范法的某些特点（如有关合作和协调，以及或许有关某些酌情救助类型的特点）也适用于受特别管理的破产程序。

65. 总之，为了使国家破产法更具有透明度（以便于外国人使用根据示范法制订的法律），颁布国最好在 2 款中明确提及排除在该法范围之外的情况。

非商人或自然人

66. 在那些没有为消费者破产做出规定的法域，或在其破产法为非商人破产规定了特别待遇的法域，颁布国似应将那些与居住在颁布国境内的，其债务主要为个人或家庭目的而非为商业或生意目的而发生的自然人有关的破产，或那些与非商人有关的破产，排除在示范法的适用范围之外。颁布国还似应规定，此类排除在外的情况将不适用于债务总额超出某一最高限度金额的案件。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 141-150 段。

A/CN.9/422，第 24-33 段。

A/CN.9/433，第 29-32 段。

A/CN.9/435，第 102-106 段和第 179 段。

第 2 条. 定义

在本法中：

(a) “外国程序”系指在某一外国遵照与破产有关的法律而进行的集体司法程序或行政程序，包括临时程序，在这一程序中，为达到重整或清算目的，债务人的资产和事务由某一外国法院控制或监督；

(b) “外国主要程序”系指在债务人主要利益中心所在国进行的某项外国程序；

(c) “外国非主要程序”系指有别于外国主要程序的某项外国程序，该程序发生在本条(f)项涵义内的债务人营业所所在的国家；

(d) “外国破产管理人”系指在外国程序中被授权管理债务人资产或事务的重整或清算，或被授权担任该外国程序代表的人或机构，包括临时指定的人或机构；

(e) “外国法院”系指负责控制或监督某一外国程序的司法当局或其他主管当局；

(f) “营业所”系指债务人以人工和货物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所。

(a)-(d)项

67. 由于示范法将会写入国家破产法中，所以第 2 条只需界定针对跨国界情况的用语。因此，示范法中载有“外国程序”((a)项)和“外国破产管理人”((d)项)等用语，而没有列出可能在颁布国破产程序中受托管理债务人资产的人或机构的用语。如果在国家法律中为这类人或机构所使用的用语进行界定（而不是使用通常使用的用语来指这类人）有用处的话，也可在颁布示范法的法律中添加这些定义。

68. 通过规定“外国程序”和“外国破产管理人”所需的特性，这些定义限制了示范法的适用范围。要使某项程序可以依示范法得到承认或合作，以及某个外国破产管理人可以依示范法进入本国法院，该外国程序和外国破产管理人必须具有(a)和(d)项的属性。

69. (a)和(d)项中的定义还包括“临时程序”和“临时指定的”代表。在临时程序或是不存在或是不符合定义的规定条件的国家，就可能产生承认某项外国“临时程序”是否会造成依据示范法允许出现根据情况并不应有的潜在破坏性后果的危险的问题。较为合理的做法是，不管在颁布国如何对待临时程序，仍继续在(a)项中提及“临时程序”，在(b)项中提及“临

时”指定的外国破产管理人。其原因是，在许多国家的实践中，破产程序往往是或甚至通常是“临时”或“暂时”开始的。除了被称为临时程序外，这些程序符合第 2 条(a)项定义的所有其他规定条件。此类程序时常要作为被“临时”指定的个人管理的“临时”程序进行几个星期或几个月，只是在一段时间过后，法院才会发出一道命令，确认此类程序在非临时基础上继续进行。示范法的目的充分适用于此类“临时程序”（条件是要符合(a)项和(d)项的规定条件）；因此，这些程序不应仅仅因为它们具有临时性质便与其他破产程序有区别。临时程序和外国破产管理人必须符合第 2 条的全部规定条件这一点在第 17 条(l)项中加以强调，根据该条规定，某项外国程序只有在下述情况下方可得到承认，即“该外国程序是第 2 条(a)项涵义内的程序”以及“申请承认的外国破产管理人是第 2 条(d)项涵义内的人或机构”。

70. 第 18 条涉及到这样一种情况，即在申请承认或获得承认后，该外国程序或外国破产管理人，无论是否临时性的，不再符合第 2 条(a)和(d)项的规定条件。第 18 条要求外国破产管理人有义务在提交要求承认外国程序的申请之时以后，迅速将下列情况告知法院：“已获承认的外国程序的状况或外国破产管理人的指定的状况发生的任何重大变化”。规定这种义务的目的，就是要允许法院修改或终止承认的结果。

71. 对源于外国法域的程序或人的定义避免使用在各法律制度中可能具有不同技术含义的措词，而是使用描述其目的或职能的措词。采用这种办法是要避免无意中缩小可能取得承认的外国程序的种类范围，并且避免与颁布国法律中所使用的术语发生不必要的冲突。正如上文第 52 段所指出的那样，“破产程序”一语在某些法律制度中可能具有某种技术含义，但在(a)项中它却是泛指对有严重财政困境的公司进行的程序。

72. (b)项中用以界定某项外国主要程序的“主要利益中心”这一措词，也在《欧洲理事会条例》中使用。

73. (c)项要求，“外国非主要程序”发生在债务人拥有“营业所”的国家。这样，可根据第 17 条 2 款得到承认的某项外国非主要程序，可能只是在债务人拥有第 2 条(f)项涵义内的营业所的国家开始的程序。这项规则并不影响第 28 条的规定，即破产程序只可在债务人拥有资产的颁布国开始。不过，应该注意的是，只是以存在资产为由而开始的破产程序的效力通常仅限于在该国的资产；如果债务人的其他在国外资产根据颁布国的法律应在该破产程序中管理（如第 28 条所设想的那样），跨国界问题将依据示范法第 25 至 27 条作为国际合作与协调事项来处理。

(e)项

74. 符合第 2 条(a)项规定条件的外国程序应受到同等的待遇，而不论其是由司法机构或行政机构所开始或管理。因此，为避免一提到外国法院就

必须提到外国非司法当局，(e)项中“外国法院”的定义也包括了非司法当局。(e)项沿用了《欧洲理事会条例》第 2 条(d)项所用的类似定义。

(f)项

75. “营业所”（(f)项）一词的定义受到了《欧洲理事会条例》第 2 条(h)项的启发。该措词用于“外国非主要程序”的定义（第 2 条(c)项）和第 17 条 2 款中，根据该条规定，要使某项外国非主要程序得到承认，债务人必须在该外国设有营业所（另见上文第 73 段）。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 152-158 段。

A/CN.9/419，第 95-117 段。

A/CN.9/422，第 34-65 段。

A/CN.9/433，第 33-41 段和第 147 段。

A/CN.9/435，第 108-113 段。

第 3 条. 本国的国际义务

凡本国作为一方同另一国或多国签订的任何条约或其他形式协定而使本国承担的某一义务与本法发生冲突时，以该条约或协定的规定为准。

76. 第 3 条表述颁布国的国际义务高于国内法的原则，该条仿效了贸易法委员会拟订的其他示范法的类似规定。

77. 在颁布该条时，立法者似应考虑采取措施避免对国际条约做出过宽的解释是否可取。例如，该条可能导致把优先权给予那些尽管处理也由示范法涉及的事项（如进入法院和法院或行政当局之间的合作问题等），但其目的在于解决非示范法集中关注的那些问题的国际条约。某些此类条约仅仅因为它们措词笼统或广泛，可能被误解为也处理示范法所处理的事项。这样一种结果会损害实现统一性和促进破产事项上的跨国界合作的目标，减少适用示范法的确定性和可预见性。颁布国似应规定，为要使第 3 条取代国内法的某项规定，在有关的国际条约与该国内法规定所处理的问题之间，必须存在充分的联系。这种条件就可避免无意中过分限制实施示范法

的该项国内立法的效力。不过，这种规定不宜太过分，以致强加一种条件，使有关条约必须是专门处理破产事项的条约才能满足这一条件。

78. 值得注意的是，虽然在某些国家中具有约束力的国际条约是自行生效的，但在其他国家，除有某些例外情形之外，国际条约并非自行生效，它们需要有国内立法才能成为可强制执行的法律。关于后一组国家，鉴于它们处理国际条约和协定的通常做法，把第 3 条纳入其立法是不妥当或不必要的，或者以经过修改的形式将其纳入或许比较妥当。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 160-162 段。

A/CN.9/422，第 66 和 67 段。

A/CN.9/433，第 42 和 43 段。

A/CN.9/435，第 114-117 段。

第 4 条. [有管辖权的法院或当局][a]

本法中提到的关于承认外国程序及与外国法院合作的职能应由[此处具体指明颁布国负责履行那些职能的法院或当局]负责履行。

[a] 凡属将有关破产程序某些职能交由政府指定官员或机构负责执行的国家，似应在第 4 条或在第一章其他地方列入下述规定：

本法中任何条款概不影响本国现行的涉及[此处写入政府指定的人或机构名称]的权利的规定。

79. 如果第 4 条提到的任何职能在颁布国是由法院以外的当局履行，则该国将在第 4 条和颁布立法的其他有关处写进该主管当局的名称。

80. 示范法中涉及的各种司法职能的权限可能属于颁布国不同的法院，颁布国将修改该条的案文以适合其自己的法院权限制度。第 4 条在某一国家颁布的意义是，它可提高透明度并更便于尤其是外国破产管理人和外国法院对破产立法的使用。

81. 在界定第 4 条所述事项的管辖权时，实施的法律不应对颁布国其他法院的管辖权作不必要的限制，尤其是在受理外国破产管理人提出的有关临时救助的请求方面。

脚注

82. 在一些国家，破产法律将某些与全面监督该国破产案件处理程序有关的任务交由政府任命的官员负责，他们通常是公务员或司法官员，长期履行他们的职责。他们使用的名称不同，例如包括“官方指定的财产管理人”、“官方指定受托人”或“官方受托人”等。他们的活动和他们职责的范围和性质因国家的不同而异。示范法并未限制这些官员的权力，某些颁布国似应像脚注中所表明的那样对这一点予以澄清。不过，根据颁布国在第 25 条和第 26 条中提及“按颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称”时所使用的措词，这些官员可能负有按第 25 至 27 条所规定的进行合作的职责。

83. 在某些法域，上段提及的官员可能也被任命作为个人破产案件的管理人。如出现这种情况，对这些官员应属于示范法适用的范围。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》(A/52/17)，第 163-166 段。

A/CN.9/419，第 69 段。

A/CN.9/422，第 68-69 段。

A/CN.9/433，第 44-45 段。

A/CN.9/435，第 118-122 段。

第 5 条. [此处写入依据颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]在外国行动的授权

[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]被授权代表依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序，在适用的外国法律允许的情况下，在某一外国采取行动。

84. 第 5 条的意图是使在颁布国开始的破产程序被任命的管理人或其他主管当局能够在国外担任上述程序的外国破产管理人。事实证明，在某些国家，由于缺乏这类授权而妨碍了就跨国界案件进行有效的国际合作。管理人已有权担任外国破产管理人的颁布国也可决定不列入第 5 条，不过即使这样的国家也许会希望保留第 5 条，以便为这种权力提供明确的法定证据。

85. 拟订第 5 条是为了表明，管理人在国外行使的权力的范围将取决于外国法律和法院。在颁布国任命的管理人可能希望在某一外国采取的行动，将是示范法中所涉类型的行动。但在某一外国行事的权力并不取决于该国是否颁布了基于示范法的法规。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》(A/52/17)，第 167-169 段。

A/CN.9/419，第 36-39 段。

A/CN.9/422，第 70-74 段。

A/CN.9/433，第 46-49 段。

A/CN.9/435，第 123 和 124 段。

第 6 条. 公共政策的例外

本法中任何规定概不妨碍法院拒绝采取本法范围内的某项行动，如果采取该行动明显违反本国的公共政策。

86. 由于公共政策的概念是以国家法律为基础的，而且有可能会因国而异，所以第 6 条中并未试图就此下一个统一的定义。

87. 在有些国家，“公共政策“这一措词可能具有广泛的含义，它可能大体上与国内法的任一强制性规则有关。不过，在许多国家，公共政策的例外被解释为仅限于法律的根本原则，特别是宪法规定的各项保障；在这些国家，公共政策只被用来在其与上述基本原则相抵触时拒绝适用外国法律，或拒绝承认外国司法判决或仲裁裁决。

88. 为在示范法范围内适用公共政策的例外，注意到这样一点很重要，即有越来越多的法域认识到公共政策概念是一分为二的：适用于国内事务的公共政策概念以及用于国际合作事务和承认外国法律的效力问题的公共政策概念。特别是在后一种情形之下，较之国内的公共政策，公共政策受到了更为严格的限制性解释。这种一分为二反映了这样一种认识，即如果对公共政策给予广义的解释，则国际合作就会不必要地受到妨碍。

89. “明显”一词也在许多其他国际法律文件中作为“公共政策”一词的修饰语使用，其目的是为了强调，公共政策的例外应当作限制性的解释，并强调只打算在涉及到对颁布国来说至关重要的问题的特殊情况下才援引第 6 条。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 170-173 段。

A/CN.9/419，第 40 段。

A/CN.9/422，第 84 和 85 段。

A/CN.9/433，第 156-160 段。

A/CN.9/435，第 125-128 段。

第 7 条. 根据其他法律提供进一步协助

本法中任何规定概不限制法院或[此处写入依颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]根据本国其他法律向外国破产管理人提供进一步协助的权力。

90. 示范法的目的就是要增加和协调向外国破产管理人提供的颁布国现有的跨国界协助。不过，由于颁布国的法律在颁布示范法之时可能已经有了各种规定，依照这些规定外国破产管理人可以取得跨国界协助，而且由于示范法的目的并非取代那些提供更多的或不同于示范法所涉协助类型的协助的规定，因此颁布国可考虑是否需要第 7 条以使这一点更明确。

贸易法委员会的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》(A/52/17)，第 175 段。

第 8 条. 解释

对本法做出解释时，应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚意原则的必要性。

91. 类似于第 8 条所载规定的条款亦在若干私法条约（如《联合国国际货物销售合同公约》[1]第 7 条 1 款）中出现。最近人们认识到，在像示范法这样的非条约案文中，这样一项规定也是有益的，因为颁布某项示范法的

[1]联合国，《条约汇编》，第 1489 卷，第 25567 号。

国家也对其统一的解释具有利害关系。第 8 条仿效了《贸易法委员会电子商业示范法》[m]第 3 条 1 款。

92. 贸易法委员会法规的判例法(CLOUT)资料系统将促进示范法的统一解释，按照该系统的要求，贸易法委员会秘书处出版对贸易法委员会的各项公约和示范法加以解释的司法判决（和视情形而定，仲裁裁决）的摘要。（欲知有关该系统的更详细情况，见下文第 202 段）。

贸易法委员会的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》(A/52/17)，第 174 段。

D. 第二章. 外国破产管理人和债权人对本国法院的进入

第 9 条. 直接进入的权利
外国破产管理人有权直接向本国法院提出申请。

93. 第 9 条限于表述外国破产管理人直接进入颁布国法院的原则，从而使代表无须办理诸如许可证或领事行动等正式手续。第 4 条涉及法院在颁布国向外国破产管理人提供救助的权限。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 176-178 段。

A/CN.9/419，第 77-79 段和第 172 和 173 段。

A/CN.9/422，第 144-151 段。

A/CN.9/433，第 50-58 段。

A/CN.9/435，第 129-133 段。

第 10 条. 有限的管辖权
仅仅基于外国破产管理人依照本法向本国某一法院提出了申请的事实，不得致使外国破产管理人或债务人的外国资产和事务为申请以外的任何目的接受本国法院的管辖。

[m]联合国出版物，销售品编号：E.99.V.4。

94. 第 10 条规定是一种“安全通行”规则，旨在确保颁布国的法院不仅仅以外国破产管理人提出了承认外国程序的申请为由而对债务人的所有资产行使管辖权。本条还表明，仅是申请并非颁布国的法院对外国破产管理人与破产无关的事项主张行使管辖权的充分理由。本条回答了外国破产管理人和债权人对因依示范法申请而引发行使无所不包的管辖权的担心。

95. 第 10 条所体现的对外国破产管理人管辖权的限制并不是绝对的。其本意不过是为外国破产管理人提供必要程度的保护，从而使进入法院成为有意义的事情。这种保护是通过这样的规定来提供的：为要求承认的目的而在颁布国法院出庭并不会致使由外国破产管理人监督的全部财产都受该法院管辖。依据颁布国法律对外国破产管理人或资产行使管辖权的其他可能的理由并不受影响。例如，外国破产管理人的侵权行为或不端行为可以提供对该外国破产管理人此类行动的后果行使管辖权的理由。此外，申请在颁布国给予救助的外国破产管理人须受法院可能指示的与所给予救助有关的条件的限制（第 22 条 2 款）。

96. 第 10 条在其关于管辖权的规则不允许法院仅以申请人出庭为由对向法院提出申请者行使管辖权的国家似乎是多余的。但是，在这些国家颁布本条并非毫无助益，因为这样可消除外国破产管理人或债权人对仅以向法院提出申请为由而可能行使管辖权的忧虑。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 179-182 段。

A/CN.9/422，第 160-166 段。

A/CN.9/433，第 68-70 段。

A/CN.9/435，第 134-136 段。

第 11 条. 外国破产管理人依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]申请启动一项程序

外国破产管理人有权依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]规定申请启动某项程序，但启动该程序的条件应另外得到满足。

97. 许多国内法在列举可申请启动破产程序的人时，并没有提及外国破产程序的代表；根据这类法律，外国破产管理人是否可提出这类申请可能是有疑问的。

98. 第 11 条的目的是确保（某项外国主要或非主要程序）的外国破产管理人拥有要求开始某项破产程序的资格（或“程序性承认”）。不过。本条已使下述这一点很清楚（通过“开始该程序的条件应另外得到满足”这一措词），即它并没有另外修改据此可能在颁布国开始某一破产程序的条件。

99. 外国破产管理人拥有这种权利，而无须事先承认外国程序，因为在急需保护债务人资产的情况下，开始某项破产程序可能至关重要。第 11 条承认，不仅外国主要程序的代表而且外国非主要程序的代表对于在颁布国开始破产程序也可能拥有正当利益。必须满足根据颁布国法律开始此种程序的其他条件这一规定，提供了防止滥用申请的足够保障。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 183-187 段。

A/CN.9/422，第 170-177 段。

A/CN.9/433，第 71-75 段。

A/CN.9/435，第 137-146 段。

第 12 条. 外国破产管理人参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序

某一外国程序得到承认时，外国破产管理人即有权参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]对债务人进行的某项程序。

100. 第 12 条的目的是确保当某项有关债务人的破产程序正在颁布国进行时，将给予有关该债务人的某项程序的外国破产管理人就有关保护、变卖或分配债务人的资产或与外国程序合作等问题提出申请、请求或主张的程序性资格（或“程序性合法地位”）。

101. 第 12 条仅限于给予外国破产管理人资格，并未赋予外国破产管理人任何特定的权力或权利。本条规定未指明外国破产管理人可以提出的申请的类型，因而并不影响颁布国破产法中关于申请的最终结果的条款。

102. 如果颁布国的法律采用“参与”以外的其他术语来表达这一概念，在颁布规定时可采用该其他术语。不过，应注意第 24 条已经采用“介入”

这一术语来指外国破产管理人参与债务人提起或针对债务人的个人诉讼的情况（相对于一项集体破产程序）。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 188 和 189 段。

A/CN.9/422，第 114、115 段、第 147 段和第 149 段。

A/CN.9/433，第 58 段。

A/CN.9/435，第 147-150 段。

第 13 条. 外国债权人介入依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序

1. 在本条 2 款的限制下，就开始和参与依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的程序而言，外国债权人享有与本国债权人相同的权利。

2. 本条 1 款并不影响在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序中的求偿顺序，但外国债权人的求偿权等级不应低于[此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一项同等的当地求偿权（例如对罚款的追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权]。[b]

[b] 颁布国亦可考虑以下述措词取代第 13(2)条：

“2. 本条 1 款并不影响在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的程序中的求偿顺序，也不影响在此种程序中将外国税收和社会保险的追缴权排除在外。尽管如此，除关于税收和社会保险应缴款的追缴权之外，外国债权人的其他求偿权在等级上不应低于[此处指明普通非优先求偿权的等级。但是，如果一项同等的当地求偿权（例如对罚款追缴权或延期付款的求偿权）在等级上低于普通非优先求偿权，则外国求偿权在等级排列上应低于普通非优先求偿权]。”

103. 除 2 款所载的例外之外，第 13 条体现了这样的原则，即外国债权人在颁布国申请开始一项破产程序或在此种程序中提交求偿时，其待遇不应低于本国债权人的待遇。

104. 2 款明确规定，1 款中体现的不歧视原则，毫不影响在破产程序中有关求偿顺序的规定，包括任何可能为外国债权人的求偿指定特殊顺序的规

定。目前很少有国家有为外国债权人指定特殊顺序的规定。 不过，为了避免因有给予外国求偿最低等级的规定而使非歧视原则失去意义，2 款确定了外国债权人求偿的最低限度级别，即普通无担保求偿权级别。还为下列情况规定了最低限度级别的例外：在这类情况中，有关求偿如为本国债权人，则所列级别将低于普通无担保求偿权（例如，这类低级别求偿可能是某国家当局提出的罚款或罚金，因债务人与债权人的特殊关系而推迟付款的求偿权，或者是提交求偿的时限满期之后提出的求偿）。这些特别求偿权的级别可能将低于普通无担保求偿权，其原因按照颁布国的法律规定，并不在于债权人的国籍或地点。

105. 脚注中的备选规定与正文中规定的不同之处仅仅在于：备选案文提供给拒绝承认外国税收和社会保险追缴权的国家继续对此类求偿权区别对待的措词。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 190-192 段。

A/CN.9/422，第 179-187 段。

A/CN.9/433，第 77-85 段。

A/CN.9/435，第 151-156 段。

第 14 条. 通知外国债权人关于依据[此处写入颁布国与破产有关的法律]进行的程序

1. 凡依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]应向本国债权人发出通知，该通知亦应发给地址不在本国的已知债权人。法院可命令采取适当措施，通知尚未知道地址的任何债权人。

2. 此类通知应分别发给每个外国债权人，除非法院认为在所涉情况下采用某种其他通知方式更为适当。无需采用委托取证书或其他类似的手续。

3. 当向外国债权人发出开始程序的通知时，该通知应：

(a) 指明提出求偿申请的合理期限，并指明提交求偿申请的地点；

(b) 指明有担保的债权人是否需要提交其担保债权的求偿申请；以及

(c) 载有按照本国法律和法院命令的要求，在向债权人发出的该项通知中需包含的任何其他信息。

1 款和 2 款

106. 1 款中规定的通知外国债权人的主要目的，是告知他们破产程序的开始和他们提交求偿申请的期限。此外，作为第 13 条确定的同等待遇原则的必然结果，第 14 条规定，凡需要向颁布国的债权人发布通知时，就应该通知外国债权人。

107. 各国对通知债权人的方法都有不同的规定或做法；例如，可能是规定在官方公报或当地报纸上公布，个别通知，在法院处所张贴通知或综合采取此类程序等。如果把通知的形式留给国内法去处理，则外国债权人可能会处于比本国债权人不利的地位，因为他们一般不直接接触当地的出版物。有鉴于此，2 款原则上规定个别通知外国债权人，但仍让法院在特定情况下自由裁量做出其他决定（例如，如果个别通知的费用太大，或在当时情况下似乎不可能）。

108. 关于个别通知的形式，国家可对在外国法域内送达的通知采用特别程序（例如，通过外交渠道送出通知）。在破产程序情况下，这些特别程序常常都很麻烦费时。使用这些程序通常并不能向外国债权人及时提供有关破产程序的通知。因此，由法院以其认为适当的便捷手段发出这些通知是合理的。上述这些考虑是在 2 款中做出“无须采用委托取证书或其他类似的手续”规定的理由。

109. 许多国家是司法合作双边或多边条约的缔约国，其中常常载有向国外收件人送达司法或司法外文书的程序的规定。此类多边条约之一便是在海牙国际私法会议主持下通过的 1965 年《民商事司法和司法外文件国外送达公约》[n]。尽管这些条约所设想的程序与通过外交渠道的传统通讯方式相比可能是一种简化，但由于上段所述原因。它们对于跨国界破产案件来说可能通常是不适宜的。2 款允许无须使用委托取证书或类似的手续，因而可能会产生 2 款是否与这些条约相符的问题。每一国家都必须根据其条约义务来考虑这个问题，但一般而言，2 款的规定不会与颁布国的国际义务发生冲突，因为上文提到的这些条约的目的通常是要促进通讯，而不是排除使用比条约规定的程序更为简化的通知程序；例如，上述公约第 10 条规定如下：

“如送达目的国不表示异议，本公约不应妨碍：

“a) 通过邮寄途径直接向身在国外的人送交司法文书的自由；

[n] 联合国，《条约汇编》，第 658 卷，第 9432 号。

“b) 文书发出国的司法助理人员、官员或其他主管人员直接通过送达目的地国的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由；

“c) 任何在司法程序中有利害关系的人直接通过送达目的地国的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由。”

如果第 14 条 2 款的第 2 句与一个条约之间可能仍旧有冲突，那么示范法的第 3 条便规定了解决的办法。

110. 尽管 2 款提到委托取证书并非依据第 14 条发出通知所必需的一种手续，但在许多国家此类通知从未以委托取证书的形式传送过。在这些国家，委托取证书被用于其他目的，诸如请求在外国取证，或请求允许在国外实施某些其他司法行为。委托取证书的此种使用方式例如由海牙国际私法会议主持通过的 1970 年《民商事案件国外取证公约》[o]所管辖。

3 款

111. 在某些法律制度中，在破产程序中提交求偿申请的担保债权人被视为放弃了该债权的担保或该债权所附的某些特权，而在其他法律制度中，不提交求偿申请则导致对此种担保或特权的放弃。在可能产生此种情况的国家，颁布国在 3 款(b)项列入一项规定较为妥当，即通知中应包括有关于提交或不提交担保债权的求偿申请的效果的信息。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 193-198 段。

A/CN.9/419，第 84-87 段。

A/CN.9/422，第 188-191 段。

A/CN.9/433，第 86-98 段。

A/CN.9/435，第 157-164 段。

[o] 同前，第 847 卷，第 12140 号。

E. 第三章. 对外国程序的承认和救助

第 15 条. 申请承认某项外国程序

1. 外国破产管理人可向法院提出申请，要求承认其在一项外国程序中已被指定为代表的该外国程序。

2. 申请承认应附：

(a) 经核证的关于开始该外国程序和指定该外国破产管理人的决定的副本；或

(b) 外国法院出具的、证实该外国程序存在和指定该外国破产管理人的证明；或

(c) 如果没有(a)和(b)项所提到的证明，应附上法院可接受的、证明该外国程序存在和指定该外国破产管理人的任何其他证明。

3. 申请承认尚应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。

4. 法院可要求把支持承认申请的文件译成本国的一种官方语文。

整个第 15 条

112. 第 15 条界定了外国破产管理人申请承认的核心程序性规定。在将本项规定纳入本国法时，最好是不对程序加上超出所提及的规定之外的额外规定。将第 15 条和第 16 条相结合，示范法就为外国破产管理人取得承认提供了一个简单、快捷的结构。

第 15 条 2 款和第 16 条 2 款

113. 示范法推定为支持承认申请而提交的文件不需要任何特别形式的核证，特别是认证：根据第 16 条 2 款，法院有权推定这些文件为真实文件，无论其是否经过认证。“认证”这一术语经常用于提出文件的国家的外交或领事人员证实签字的真伪，签署文件者的签字身份，以及视情形而定，证实文件上的印记或图章属实的正式手续。

114. 根据第 16 条 2 款（按照该款，法院“有权推定”申请承认时提出的文件的真实性），法院保留拒绝依赖这种真实性的推定或断定以相反的证据为准的酌处权。这种灵活的解决办法考虑到了这一情况：法院可以弄清

楚某项文件即使未经过认证也是出自某一特定法院，但在其他情况下，法院可能不愿意基于一项未经过认证的外国文件行事，特别是如果这些文件来自其不太熟悉的法域。这种推定是有益的，因为认证程序可能繁琐、费时（例如，还因为在一些国家这些程序涉及不同级别的不同当局）。

115. 关于放宽任何办理认证的要求的规定，可能会产生这是否与颁布国的国际义务相冲突的问题。有几个国家是有关文件相互承认和认证的双边或多边条约缔约国，例如由海牙国际私法会议主持通过的 1961 年《废除要求认证外国公文的公约》[p]，该公约对来自签字国的文件的认证规定了具体的简化程序。然而在许多情况下，关于委托取证书和类似手续等文件认证的条约，仍维持废除或简化认证程序的法律和规则继续有效；因此，不大可能出现相互冲突的情况。例如，上述公约在第 3 条 2 款中规定：

> “然而，如果是制作文件的国家现行的法律、规则或做法或一项两个或更多缔约国之间的协定已废除或简化了认证程序，或是准许该文件免经认证，即不能要求进行上段提及的[认证]。”

根据示范法第 3 条规定，如果示范法与某项条约之间仍存在冲突，将以该条约为准。

2 款(c)项

116. 为了不仅仅因技术上的原因未遵守规定(例如，申请人未能提交在所有细节上均符合 2 款(a)项和(b)项规定的文件)而阻碍承认，2 款(c)项允许考虑除(a)项和(b)项规定以外的证明；不过，这项规定并不损害法院坚持让申请人提出其可接受的证明的权力。最好是在颁布示范法时保留这种灵活性。第 16 条 2 款规定法院“有权推定”在申请承认时提出的文件为真实文本，该规定也适用于根据 2 款(c)项提交的文件(见上文第 114 和 115 段)。

3 款

117. 3 款规定，申请承认必须附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明，法院需要这种信息主要不是为对承认本身做出决定，而是需要这种信息做出对外国程序给予救济的任何决定。为了适当调整这种救济并确保该救济符合有关该同一债务人的任何其他破产程序，法院需要了解有关该债务人可能在第三国正在进行的一切外国程序。

118. 确定这项通告责任的明文规定很有益处，首先是因为外国破产管理人很可能比法院掌握更全面的有关债务人在第三国事务信息的，其次是因为外国破产管理人主要关注的也许是获取有利于他或她的外国程序的救助，

[p] 同前，第 527 卷，第 7625 号。

而较少关心与另一外国程序的协调问题。（第 18 条规定了在做出有关承认的决定后，外国破产管理人向法院告知外国破产管理人得知的有关外国程序的责任；关于一个以上外国程序的协调问题，见第 30 条。）

4 款

119. 4 款授权，但并未强迫法院要求把申请承认所附的某些或全部文件进行翻译。如果这种酌处权与该法院的程序相符合，这样的规定是有用的，因为在法院了解文件的内容时，它便允许缩短做出一项承认决定所需的时间并减少费用。

通知

120. 关于是否要求法院就申请承认发出通知，也存在着不同的解决办法。在一些法域，在某些情况下宪法中庄严载人的正当程序的基本原则，可以理解为提出了这样的要求：承认某项外国破产程序的重要决定只有在听取了有关各方的意见之后才能做出。然而，在其他国家里，则认为有关承认外国程序的申请需要加以迅速处理（因为它们常常是在存在资产挥霍或隐匿等迫在眉睫的危险的情况下提出的），由于这种迅速性的要求，就不要求在法院做出任何有关承认的决定之前发出通知。根据这种想法，强加这种要求将导致不必要的拖延，而且也与第 17 条 3 款的规定不符，该条规定应尽早对一项承认外国程序的申请做出决定。

121. 有关此类通知的程序性事项不由示范法解决，这样便由颁布国法律的其他条款加以处理。没有明文提及有关提交申请承认的通知或给予这种承认决定的通知，并不妨碍法院在法律上有规定时根据其本身有关民事程序或破产程序的规则发出此种通知。出于同样原因，示范法中的任何条款并未授权在不存在此种要求时发出此种通知。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 199-209 段。

A/CN.9/419，第 62-69 段和第 178-189 段。

A/CN.9/422，第 76-93 段和第 152-159 段。

A/CN.9/433，第 56-67 段和第 99-104 段。

A/CN.9/435，第 165-173 段。

第 16 条. 关于承认的推定

1. 如果第 15 条 2 款提到的决定或证明表明，该外国程序系属于第 2 条(a)项涵义内的程序，并且该外国破产管理人系属于第 2 条(d)项涵义内的人或机构，则法院有权如此推定。

2. 法院有权推定在申请承认时提出的支持文件为真实文本，无论其是否经过公证。

3. 如无相反证据，债务人的注册办事处或个人的惯常居所推定为债务人的主要利益中心。

122. 第 16 条规定了允许法院加快举证程序的推定；同时，这种推定并不妨碍根据适用的程序法要求或评估其他证据，如果法院或某一有关方对这种推定所得的结论表示异议的话。

123. 对于免除认证要求的 2 款的评注，见上文第 113-115 段。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 204-206 段。

A/CN.9/435，第 170-172 段。

第 17 条. 承认外国程序的决定

1. 在第 6 条限制下，以下情况时的一项外国程序应得到承认：

(a) 该外国程序是第 2 条(a)项涵义内的程序；

(b) 申请承认的外国破产管理人是第 2 条(d)项涵义内的人或机构；

(c) 该申请符合第 15 条(2)款的诸项要求；而且

(d) 该申请已提交第 4 条所述的法院。

2. 该外国程序应承认为：

(a) 外国主要程序，如果该外国程序发生在债务人主要利益中心的所在国；或者

(b) 外国非主要程序，如果债务人在该外国拥有第 2 条(f)项涵义内的营业所。

3. 应尽早对一项承认外国程序的申请做出决定。

4. 如果情况表明，准予承认的理由完全或部分缺乏，或已不复存在，则第 15、16、17 和 18 条的各项规定不得妨碍对承认的修改或终止。

1-3 款

124. 第 17 条的目的是要指出，如果承认不违反颁布国的公共政策，而且如果这种申请符合本条所规定的各项条件，则将当然地给予承认。

125. 除了公共政策的例外之外（见第 6 条），承认的条件并不包括那些将允许审议申请的法院评价据以启动程序或任命外国破产管理人的外国法院裁决的实质的条件。外国破产管理人获取及早承认的能力（以及因此产生的特别是援引第 20、21、23 和 24 条的能力），常常对有效保护债务人的资产不致挥霍和隐匿是至关重要的。因此，3 款要求法院“应尽早”对申请做出决定，而且法院实际上也应能够在这样短的时限内完成这项承认程序。

126. 本条依据外国程序管辖权基础的不同（见上文第 75 段），在 2 款中对被归入“主要”程序的外国程序与未被归入该类的外国程序之间做出基本区分。随着承认而出现的救济可能取决于外国程序所属的类别。例如，承认某一“主要”程序可启动自动中止有关债务人资产的个人债权人诉讼或中止有关债务人资产的执行行动（第 20 条 1 款(a)项和(b)项）以及自动“冻结”这些资产（第 20 条 1 款(c)项），但第 20 条 2 款所述某些例外除外。

127. 关于外国程序是否定为“主要”程序，不宜列入一项以上的标准，也不宜规定根据其中的任何标准可将某一程序视作主要程序。这种“多重标准”方法将会增加外国程序争相要求获得承认作为主要程序的危险。

128. 关于 2 款(b)项，上文第 73 段已经提出，示范法并未设想承认在债务人拥有资产但不拥有第 2 条(c)项涵义内的营业所的外国启动的程序。

4 款

129. 承认外国程序的决定像任何其他法院裁决一样，通常均可复审，并可予以撤销。4 款明确指出，如果准予承认的理由完全或部分缺乏或已不复存在，则重新审议有关承认的决定的问题由颁布国除实施示范法的规定以外的程序法处理。

130. 承认决定的修改或终止可能是有关承认的决定之后情况发生变化的结果。例如，如果被承认的外国程序已经终止或其性质已经改变（如重整程序可能已转为清算程序）。此外，也许会产生需要或有理由改变法院决定的新情况，例如，如果外国破产管理人无视法院据以给予救助的条件。

131. 有关承认的决定可能也须复审，检查在决策过程中承认的条件是否已得到遵守。国内法的某些上诉程序给予上诉法院审议整个案件的实质，包括其事实方面的权力，如果有关决定的上诉限于在决定承认外国程序时是否遵守了第 15 和 16 条的规定，则它将符合示范法的目的，也符合给予承认的决定的性质（该决定仅限于核实申请人是否符合第 17 条的规定）。

承认外国程序的决定的通知

132. 如上文第 120 和 121 段所指出的那样，有关给予承认之决定的通知规定的程序性事项，不由示范法来处理，而留给颁布国法律的其他规定处理。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 29-33 段和第 201-202 段。

A/CN.9/419，第 62-69 段。

A/CN.9/422，第 76-93 段。

A/CN.9/433，第 99-104 段。

A/CN.9/435，第 167 和 173 段。

第 18 条. 后续信息

外国破产管理人自提交要求承认外国程序的申请之时起，应迅速将下列情况告知法院：

(a) 已获承认的外国程序的状况或外国破产管理人的指定的状况发生的任何重大变化；以及

(b) 外国破产管理人得知的针对同一债务人的任何其他外国程序。

(a)项

133. 有可能在提出要求承认的申请之后或在获得承认之后，外国程序发生了已影响关于承认的决定或影响基于这种承认所给予的救助的变化。例如，外国程序可能终结或由清算程序转为重整程序，或外国破产管理人的任命期限可能修改或其任命本身已被终止。(a)项考虑到了这样的事实，外国程序的状况或任命期限的状况经常会出现技术性的修改，但此类修改中只有某些修改将影响给予救助的决定或承认该程序的决定；因此，本项规定仅要求提供“重大”变化的信息。在法院关于承认的决定涉及一外国“临时程序”或涉及“临时指定的”外国破产管理人时（见第 2 条(a)项和(d)项）法院可能特别急于了解这些信息。

(b)项

134. 第 15 条 3 款规定，申请承认应附上一份指明外国破产管理人所知的、针对该债务人的所有外国程序的说明。第 18 条(b)项将该项责任扩大到提交要求承认的申请之后的期间。这种信息将允许法院考虑已经给予的救助是否应与关于承认的决定之后开始的破产程序相协调（见第 30 条）。

贸易法委员会的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 113-116 段、第 201、202 段和第 207 段。

第 19 条. 申请承认外国程序时可给予的救济

1. 自提交要求承认的申请之时至对申请做出决定之时，法院根据外国破产管理人的请求，在为保护债务人资产或债权人利益而紧急需要救济的情况下，可给予临时性的救济，包括：

(a) 中止执行对债务人资产的行动；

(b) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产，以保护并维持那些由于本身性质或由于其他情形而易变质、可能贬值或处于其他危险中的资产的价值；

(c) 第 21 条 1 款(c)、(d)和(g)项提及的任何救济。

2. [此处写入（或提及颁布国现行的）与通知有关的条款。]

> 3. 除非按第 21 条 1 款(f)项规定予以延期，按本条规定给予的救助在对要求承认的申请做出决定时终止。
>
> 4. 如果本条规定的救助可能会干预外国主要程序的管理，则法院可拒绝给予该项救济。

1 款

135. 第 19 条涉及法院以其酌处权命令给予的，可在申请承认时提供的“紧急救济”（不同于根据第 21 条给予的救济，该救济也是酌情给予的但只能在承认时方可提供）。

136. 第 19 条授权法院给予通常只在集体破产程序中提供的那类救济（即根据第 21 条可提供的同类救济），而不同于在根据民事诉讼规则启动破产程序以前可以给予的“个人”类救济（即关于债权人认明具体资产的措施）。不过，第 19 条规定的酌情给予的“集体”救济，其范围比第 21 条规定的救济要窄一些。

137. 可以获得集体措施（虽然以有限制的形式）的理由是，在做出承认的决定前就可能已经迫切需要集体性质的救济，以便保护债务人的资产和债权人的利益。排除集体救济可能使这些目标受挫。另一方面，承认尚未给予，因此集体救济限于紧迫和临时的措施。1 款的开头语提及了措施的紧迫性，而 1 款(a)项将中止限于执行程序，1 款(b)项所述的措施限于易腐资产和容易贬值或处于其他危险之中的资产。此外，根据第 19 条可以获得的措施实质上与根据第 21 条可以获得的措施相同。

2 款

138. 许多国家的法律载有规定。要求在给予第 19 条所述的那类救济时（或者由破产管理人奉法院命令，或者由法院本身）做出通知。2 款即是颁布国应为此种通知做出适当规定的地点。

3 款

139. 第 19 条规定的救济是临时性的，因为如 3 款规定，在对承认申请做出决定时，救济即终止；不过，如第 21 条 1 款(f)项所规定，法院有机会延长措施。例如，法院可能想这样做，以避免承认前发布的临时措施与承认后发布的措施之间出现中断。

4 款

140. 第 19 条 4 款追求的目标与构成第 30 条(a)项基础的目标相同，即如果有一项外国主要程序正在进行，给予一项外国非主要程序的任何救济必

须与该外国主要程序相一致（或不应干扰）。为了促进承认前救济与任何外国主要程序的此种协调，第 15 条 3 款要求申请承认的外国破产管理人，在承认申请时附上一份证明，指明该外国破产管理人已知的，有关债务人的所有外国程序。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 34-46 段。

A/CN.9/419，第 174-177 段。

A/CN.9/422，第 116、119、122 和 123 段。

A/CN.9/433，第 110-114 段。

A/CN.9/435，第 17-23 段。

第 20 条. 承认外国主要程序后的效力

1. 一旦承认了作为一项外国主要程序的外国程序：

(a) 即中止开始或中止继续进行涉及债务人资产、权利、义务或负债的个人诉讼或个人程序；

(b) 即中止针对债务人资产的执行行动；

(c) 即中止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利。

2. 本条 1 款所述停止和中止的范围及其修改或终止应受到[此处指明颁布国与破产有关的、适用于有关本条(1)款所述停止、中止之例外、限制、修改或终止的任何法律规定]的制约。

3. 本条 1 款(a)项不影响在为维护针对债务人的求偿权有必要时开始个人诉讼或程序的权利。

4. 本条 1 款不影响依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定请求开始程序的权利或在这种程序中提出求偿的权利。

141. 第 19 和 21 条规定的救济是酌情给予的，而第 20 条规定的效力则不是这样，因为它们自动产生于对外国主要程序的承认。第 19 和 21 条规定的酌情救济与第 20 条规定的效力之间的另一个差异是，酌情救济可以发布给主要及非主要程序，而自动效力则只适用于主要程序。

142. 在需要法院发布适当命令以使第 20 条的效力发生作用的国家中，颁布国为了实现本条的目的，应当（也许在 1 款的开头措词中）写入有关用语，指示法院发布使该款(a)-(c)项规定的后果发生效力的命令。

143. 第 20 条设想的自动后果对于允许采取步骤组织有序和公正的跨国界破产程序是必要的。为了实现这些好处，有正当理由在颁布国（即破产债务人保持有限业务存在的国家）对该债务人实施第 20 条的后果，即使债务人主要利益中心所在的国家对开始破产程序提出不同的（可能较不严格的）条件，或者即使起源国的破产程序的自动效力不同于第 20 条在颁布国的效力。这一方针反映了构成示范法基础的一个基本原则，按此原则，颁布国法院对外国程序的承认给予被认为对于公正有序地进行跨国界破产案必要的效力。因此，承认有它本身的效力，而不是将外国法律的后果引进颁布国的破产制度。如果特定案件中承认会产生将违背包括债务人在内的利害关系人的合法利益的结果，颁布国的法律应当提供保护这些利益的可能性，如第 20 条 2 款所表明的（而且在下文第 149 段中所论述的）。

144. 凭借第 2 条(a)项，承认的效力也扩大到外国“临时程序”。这一解决办法是必要的，因为如上文第 69 段所解释，不应仅仅因为临时程序的临时性而将它们（假如它们符合第 2 条(a)项的必要条件的话）与其他破产程序相区分。如果在承认以后外国“临时程序”不再具有第 20 条效力的充分的基础，可以依据颁布国的法律终自动中止，如第 20 条 2 款所表明的。（另见第 18 条，它论述外国破产管理人“迅速将已获承认的外国程序的状况或外国破产管理人的指定的状况发生的任何重大变化告知法院”的义务。）

145. 1 款(a)项由于不对各种个人诉讼进行区分，也包括向仲裁庭提起的诉讼。这样，第 20 条对仲裁协议的效能作了强制性的限制。这种限制附加在国内法中可能存在的限制各方议定仲裁自由的其他可能的限制（例如，对仲裁能力的限制或对订立仲裁协议的能力的限制）之上。这种限制并不违背 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》。[q]不过，考虑到国际仲裁的特殊性，特别是它对于仲裁程序进行国的法律体系的相对独立性，实际上也许并不总是能够执行仲裁程序的自动中止规定的。例如，如果仲裁不在颁布国进行，也许也不在主要程序国进行，可能很难执行仲裁程序的中止规定。除此以外，各方的利益可能是允许仲裁程序继续进行的一个理由，2 款设想了这种可能性并留给颁布国的法律规定处理。

146. 1 款(a)项不仅提及“个人诉讼”，而且也提及“个人程序”，以便除了债权人在法院对债务人或其资产提起的“诉讼”以外，也包括债权人在法院系统以外提起的强制执行措施，在一些国家在某些情况下允许债权人

[q] 同前，第 330 卷，第 4739 号。

采取这些措施。补充了 1 款(b)项就充分清楚地表明，中止规定包括针对债务人资产的执行措施。

147. 示范法并不论述可能适用于无视第 20 条 1 款(c)项规定中止转让资产的行为的制裁。这类制裁在不同的法律体系中互不相同；可能包括刑事制裁、罚金和罚款，或行为本身可能无效或可被撤销。应当指出，从债权人的观点看，这种制裁的主要目的是使破产程序便于追回债务人不适当转让的任何资产，为此，最好是撤销这种交易，而不是对债务人实施刑事或行政制裁。

2 款

148. 尽管有第 20 条规定的“自动”或“强制”性的效力，它仍明确规定，这些效力的范围取决于颁布国法律中可能存在的例外或限制。例如，这些例外可能是担保债权人强制执行求偿，债务人在正常业务过程中的付款，对开始破产程序后（或承认外国主要程序后）产生的求偿提起法院诉讼，或完成公开的金融市场交易。

149. 有时，法院修改或终止第 20 条的效力可能是可取的做法。关于法院这样做的权力的规则互不相同。在有些法律体系中，法院获准应利害关系人的要求根据本国法规定的条件做出个别例外，而在别的法律体系中，按照这样一个原则，即在一般情况下，法院无权撤销法定规则的适用，因此，它们不拥有该项权力。如果法院被授予这种权力，有些法律体系通常将要求法院提出它们能够据以修改或终止第 20 条 1 款规定的承认的强制性效力的理由。鉴于这种情况，第 20 条 2 款规定，修改或终止该条规定的停止或中止应受颁布国关于破产的法律规定的制约。

150. 一般来说，允许受到第 20 条 1 款规定的停止或中止不利影响的人有机会向法院进行陈述是有益的，然后应允许法院修改或终止这些效力。如果颁布国详细说明或指明管理这个问题的规定，将是符合示范法的目标的。

3 款

151. 示范法不涉及这样一个问题，即当求偿人由于第 20 条 1 款(a)项不能启动个人程序时，求偿权的时效期限是否中止。对这个问题订出协调一致的规则将是不可行的；不过，由于必须保护债权人免于因为依据第 20 条 1 款(a)项的中止而丧失求偿权，因此增加 3 款以使在必要时授权开始个人诉讼以维护对债务人的求偿权。一旦求偿权得到维护，诉讼继续受中止的影响。

152. 还有的国家中，3 款似乎是不必要的，因为在该国债权人对债务人提出的支付或履约要求促使时效期限中止计算，或者 1 款(a)项设想的那类中

止引起时效期限的中止。不过，即使在这种国家中，3 款也可能仍然有用，因为依据关于法律冲突的规则，时效期限中止计算的问题可能受非颁布国的国家法律管辖；此外，该款作为对外国求偿人的保证将是有用的，可保证他们的求偿在颁布国中将不受损害。

4 款

153. 4 款仅仅是澄清依据第 20 条的自动中止和中止并不不阻止任何人（包括外国破产管理人或外国债权人）要求启动本国破产程序和参加这种程序。申请开始本国破产程序和参加该程序的权利在第 11、12 和 13 条中作了一般的论述。如果确实提起了本国程序，第 29 条论述外国和本国程序的协调。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》(A/52/17)，第 47-60 段。
A/CN.9/419，第 137-143 段。

A/CN.9/422，第 94-110 段。

A/CN.9/433，第 115-126 段。

A/CN.9/435，第 24-48 段。

第 21 条. 承认外国程序时可给予的救济

1. 在一项外国程序，无论是主要或非主要程序得到承认后，在为保护债务人资产或债权人利益有必要时，法院可根据外国破产管理人的请求，给予任何适当的救济，包括：

(a) 在未依第 20 条 1 款(a)项的规定中止的情况下，中止开始或中止继续进行涉及债务人资产、权利、义务或负债的个人诉讼或个人程序；

(b) 在未依第 20 条 1 款(b)项的规定中止的情况下，中止对债务人资产的执行行动；

(c) 在未依第 20 条 1 款(c)项的规定中止的情况下，中止对债务人任何资产进行转让、质押或作其他处置的权利；

(d) 规定就债务人的资产、事务、权利、义务或负责讯问证人、收取证据或提交信息；

(e) 委托外国破产管理人或由法院指定的另一人管理或变卖债务人在本国的全部或部分资产；

(f) 延长按第 19 条 1 款给予的救济；

(g) 给予[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]根据本国法律可以取得的任何额外救济。

2. 一项外国程序，无论是主要或非主要程序当得到承认后，法院可根据外国破产管理人的请求，委托外国破产管理人或由法院指定的另一人，分配债务人在本国的全部或部分资产，但法院要确信债权人在本国的利益得到充分的保护。

3. 在根据本条给予外国非主要程序的代表救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的信息。

154. 第 21 条规定的承认后救济是酌情给予的，就如第 19 条规定的承认前救济一样，第 21 条 1 款列出的救济种类是破产程序中最常见的一般救济；不过，该清单并不是详尽无遗的，法院给予根据颁布国法可以提供和在案件情况下需要的任何种类救济的能力也未受到不必要的限制。

155. 关于第 20 条 1 款(a)项中“个人诉讼”和“个人程序”词语的使用和关于执行程序覆盖面的解释（见上文第 145 和 146 段）也适用于第 21 条 1 款(a)项。

156. 正是由于酌情救济的性质，法院可以使它适合于正在审理的案件。第 22 条 2 款强调了这一看法，根据该款，法院可以对给予的救济附加它认为合适的条件。

2 款

157. 2 款设想的向外国破产管理人（或另一人）“移交”资产自由裁量的决定。应当指出，示范法载有数项保障规定，旨在确保资产移交外国破产管理人以前保护本国利益。这些保障规定包括如下：第 22 条 1 款中保护本国利益原则的一般性说明；第 21 条 2 款中的规定，即法院在确信本国债权人利益得到保护前，不应核准移交资产；以及第 22 条 2 款，依据该款，法院可以对它给予的救济附加它认为合适的限制条件。

3 款

158. 在调整救济时需加考虑的一个突出的因素是，它是对一个外国主要程序还是非主要程序的救济。外国非主要程序代表的利益和权力一般小于外国主要程序代表的利益和权力，后者通常谋求获得破产债务人全部资产的控制权。3 款反映这种看法，它规定(a)给予外国非主要程序的救济，应限于应在该项非主要程序中加以管理的资产，以及(b)如果外国破产管理人寻求关于债务人资产或事务的信息，救济必须是关于该程序中所需的信息。目标是告诫法院，给予外国非主要程序的救济不应不必要地给予外国破产管理人以广泛的权力，而且这种救济不应干扰另一破产程序的管理，特别是主要程序。

159. 限制性条件“根据本国法律”体现作为示范法基础的这样一个原则，即外国程序的承认并不意味着按外国法律可能规定的那样扩大外国程序效力的范围。相反，外国程序的承认导致对外国程序产生颁布国法律设想的后果。

160. 构成第 21 条 3 款基础的想法也体现在第 19 条 4 款（承认前救济）、第 29 条(c)项（外国程序与本国程序的协调）和第 30 第（一个以上外国程序的协调）中。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 61-73 段。

A/CN.9/419，第 148-152 段和第 154-166 段。

A/CN.9/422，第 111-113 段。

A/CN.9/433，第 127-134 段、第 138 和 139 段。

A/CN.9/435，第 49-61 段。

第 22 条. 对债权人和其他利害关系人的保护

1. 在给予或不给予第 19 条或第 21 条规定的救济时，或在根据本条 3 款修改或终止救济时，法院必须确信债权人和其他利害关系人的利益，包括债务人的利益，受到充分的保护。

2. 法院可对按第 19 条或第 21 条给予的救济附加其认为适当的限制条件。

3. 法院可根据外国破产管理人或根据受到按第 19 条或第 21 条给予的救济影响的人提出的请求，或根据法院自己的动议，修改或终止该项救济。

161. 构成第 22 条基础的想法是，应对可给予外国破产管理人的救济和可能受这种救济影响的人的利益加以平衡。这种平衡对于实现跨国界破产立法的目标是必不可少的。

162. 第 22 条 1 款中提及债权人、债务人和其他利害关系人的利益，对指导法院行使其依第 19 或 21 条的权力提供了有益的因素。为了使法院能够更好地调整救济，明确授权法院可对救济附加限制条件（2 款）和修改或终止给予的救济（3 款）。3 款的另外一个特点是，它明确给予可能受第 19 和 21 条后果影响的人请求法院修改和终止这些后果的资格。除此以外，第 22 条还旨在在颁布国程序体系的范围内实施。

163. 在许多情况下，受影响的债权人将是“本国”债权人。尽管如此，在制定第 22 条时，试图将它局限于本国债权人的做法是不可取的。1 款中对本国债权人的任何明示性提及都将要求对这些债权人下个定义。企图起草这样一种定义（以及制定有关标准，特定类别的债权人可以据此接受特殊的待遇）将不仅表明难以起草这样一种定义，而且也将显示，没有正当理由根据诸如营业地或国籍等标准区别对待债权人。

164. 对所有利害关系人的保护是与国家法律关于通知要求的规定相联系的，这些可能是一般性的公告要求，旨在通报潜在的利害关系人（例如本国债权人或债务人的本国代理人），外国程序已得到承认，或可能有对个别通知的要求，法院根据其本身的程序性规则，必须向将会直接受法院给予的承认或救助影响的人发出这种通知。各国法律对于要求就外国程序的承认所作的通知的形式、时间和内容是不一致的，而示范法并不试图修改这些法律（也见上文第 132 段）。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 82-93 段。

A/CN.9/422，第 113 段。

A/CN.9/433，第 140-146 段。

A/CN.9/435，第 72-78 段。

第 23 条. 为避免有损于债权人的行为的诉讼

1. 一项外国程序得到承认后，外国破产管理人即有资格提起[此处指明负责管理重整或清算的人或机构为避免有损于债权人的行为或以其他方式使这种行为丧失效力而在本国可以提起的诉讼类别]。

2. 当外国程序是一项外国非主要程序时，法院必须确信，该诉讼涉及根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产。

165. 根据许多国家的法律，个人债权人和破产管理人都有权提起诉讼，以避免有损于债权人的行为或以其他方式使之无效。就这种权利涉及个人债权人而言，它常常不受破产法管理，而受一般法律规定（例如民法）的管理；这种权利不一定与针对债务人的破产程序的存在与否相挂钩，以便可以在这种程序开始以前提起诉讼。拥有这种权利的人一般只是受影响的债权人，不是诸如破产管理人等另一人。此外，这些个人债权人诉讼的条件不同于适用于可能由破产管理人提起的类似诉讼的条件。第 23 条给予的程序性资格只扩大到在破产程序情况下本国破产管理人可加利用的诉讼，而且该条并不将外国破产管理人与在一组不同条件下可能拥有类似权利的个人债权人等同起来。个人债权人的此类诉讼不属于第 23 条的范围之内。

166. 示范法明确规定，外国破产管理人有“资格”（这一概念在有些法律体系中被称为“有效程序性合法地位”、“有效合法地位”或“合法地位”）提起诉讼以避免有损于债权人的法律行为或以其他方式使之无效。该项规定措词范围较窄，因为它不创立关于此类诉讼的任何实质性权利，也不提供任何对法律冲突的解决办法。该项规定的效力是，不能仅仅根据该外国破产管理人不是在颁布国任命的破产管理人的事实禁止外国破产管理人提起诉讼。

167. 给予外国破产管理人提起此类诉讼的程序性资格并不是没有困难的。特别是，此种诉讼可能不会受到有利的看待，因为它们有可能给已达成或履行的交易造成不确定性。不过，由于开始这种诉讼的权利对于保护债务人资产的完整性至关重要，而且常常是实现这种保护的唯一现实的途径，它被认为对于确保以下这一点很重要：不会仅仅以外国破产管理人不是本国任命的理由拒不给予他（或她）这种权利。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 210-216 段。

A/CN.9/433，第 134 段。

A/CN.9/435，第 62-66 段。

第 24 条. 外国破产管理人对本国程序的介入

当一项外国程序得到承认后，外国破产管理人在符合本国的法律规定的情况下，可介入以债务人为当事一方的任何程序。

168. 第 24 条的目的是避免仅仅因为程序性立法没有预期将外国破产管理人列入具有“介入”诉讼资格的人之列而拒不给予外国破产管理人“介入”程序的资格。本条适用于主要程序和非主要程序二者的外国破产管理人。

169. 第 20 条中的“介入”一词旨在指明这样的案件：外国破产管理人出庭并在程序中进行陈述，而不管这些程序是债务人对第三方提起的个人法院诉讼或其他程序（包括庭外程序），还是第三方对债务人提起的程序。外国破产管理人可以介入的程序只能是未根据第 20 条 1 款(a)项或第 21 条 1 款(a)项中止的那些程序。

170. 第 24 条限于规定程序性资格，它明确指出（通过规定“在符合本国的法律规定的情况下”），要使一个人能够进入介入的本国法律的所有其他条件均维持不变。

171. 许多（如果不是所有）国家的程序性法律考虑到这样的情况：法院可以允许对其他两方之间争端的结果表示出合法利益的一方（本条中为外国破产管理人）在程序中进行陈述。这些程序性法律以不同的用语指明这类情况，而“介入”一语使用得很经常。如果颁布国使用另一用语表示这种概念，在第 24 条中使用这另一种用语将是合适的。

172. 第 12 条中使用的“参与”一词系指这样的情况，即外国破产管理人在一项集体破产程序中进行陈述（见上文第 102 段），而第 24 条中使用的“介入”一词则是指这样一种情况，即外国破产管理人参加由债务人提起或向债务人提起的个人诉讼的程序。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 117-123 段。

A/CN.9/422，第 148 和 149 段。

A/CN.9/433，第 51 和 58 段。

A/CN.9/435，第 79-84 段。

F. 第四章. 与外国法院和外国破产管理人之间的合作

173. 关于跨国界合作的第四章（第 25-27 条）是示范法的核心部分。其目标是使两个或多个国家的法院和破产管理人能够有效率地实现最适宜的结果。本章描述的合作常常是实现下列目标的唯一现实的途径，例如：防止资产的挥霍，使资产具有最大的价值（例如将位于两国的生产设备合起来出售的价值会大于分散出售的价值），或者为企业的重整找到最优的解决方案。

174. 第 25 和 26 条不仅核准跨国界合作，而且还指示这样做，因为它规定法院和破产管理人“应进行最大限度的合作”。这些条款旨在克服各国法律中缺乏这样一些规则的普遍问题，这种规则为本国法院与外国法院在处理跨国界破产案方面进行合作提供法律依据。在给予法官在明确法定授权领域以外工作的酌处权有限的法律体系中，制定这样一种法律基础将特别有用。不过，即使在具有较大司法自由空间传统的法域中，制定合作的立法框架也已证明是有益的。

175. 在颁布国跨国界司法合作是以国与国之间礼让原则为基础的情况下，第 25 至 29 条的颁布提供一个机会，可使这一原则更加具体和更适应跨国界破产的特定情况。

176. 在跨国界破产领域国际合作的适当的法律基础不是礼让原则而是以对等原则为基础的国际协定（例如双边或多边条约或合作当局之间的换文）的国家中，示范法第四章可以作为拟订这种国际合作协定的样板。

177. 第四章的条款将某些决定，特别是关于何时和如何进行合作的决定留给法院和在法院监督下留给破产管理人酌情做出。就法院（或第 25 和 26 条所述的人或机构）与外国法院或外国破产管理人就一项外国程序进行合作而言，示范法并不要求先前承认该项外国程序的正式决定。

178. 给予法院在与外国法院或外国破产管理人合作时的灵活性和酌处权的重要性，在第二次贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会跨国界破产问题多国司法讨论会上得到了强调。在这次讨论会上，参与案件的法官提交了多项实际进行司法合作的案件的报告。从这些报告得出了若干要点，

可以将它们归纳如下：(a)法院之间进行联系是可能的，但应谨慎从事，并为保护当事方实质性权利和程序性权利提供适当的保障；(b)联系应当公开进行，事先通知有关方面并让这些方面到场（极端情况例外）；(c)可以进行的交流通讯形式多种多样，其中包括：交流正式的法院命令或判决；提供一般性信息、问题和看法的非正式书面材料；和传递性法院程序记录抄本；(d)联系手段包括：例如电话、传真、电子邮件和录像带；以及(e)在需要联系和明智地使用它的情况下，可给参与跨国界破产和受其影响的人带来很大的好处。

第 25 条. 本国法院与外国法院或
外国破产管理人间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项，法院应直接或通过[此处写入按颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]，与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。

2. 法院有权与外国法院或外国破产管理人直接联系，或直接要求其提供信息或协助。

179. 法院在各方适当参与情况下“直接”联系和“直接”要求外国法院或外国破产管理人提供信息或帮助的能力旨在避免使用一向使用的耗时的程序，例如委托取证书。当法院认为它们应当紧急采取行动时，这种能力至关重要。为了强调合作的灵活性和潜在紧迫性，颁布国可能发现这样做是有益的，即在颁布的示范法中列入一项明确的规定，它授权法院在根据第 25 条进行跨国界联系时不使用不符合该项规定基础政策的手续（例如，经由上级法院进行联系，委托取证书或其他外交或领事渠道）。

第 26 条. [此处写入依颁布国法律负责管理重整或
清算的人或机构名称]与外国法院或外国
代表间的合作和直接联系

1. 对于第 1 条所述事项[此处写入依颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称]在履行其职能中并在法院的监督之下，应与外国法院或外国破产管理人进行最大限度的合作。

2. [此处写入依颁布国法律负责管理重整或清算的人或机构名称] 在履行其职能中并在法院的监督之下，有权与外国法院或外国破产管理人直接联系。

180. 关于被任命管理破产债务人资产的人员之间国际合作问题的第 26 条，反映出此类人员在其权限内对于制订和执行合作协议能起的重要作用。该项规定表明，破产管理人在有管辖权的法院的全面监督下行事（通过指出“在履行其职能并在法院的监督之下”）示范法不修改颁布国破产法中已有的关于法院对破产管理人活动的监督职能的规则。一般说来，在司法监督的总的范围内，让管理人拥有某种自由和主动性，是实际合作的支柱；因此，颁布国在颁布示范法时不改变这种规则是明智的。特别是，不应当暗示管理人与外国机构每次联系时都将需要特别授权。

第 27 条. 合作的形式

第 25 条和第 26 条所述的合作可采取任何适当的方式进行，包括：

(a) 指定一人或机构按法院的指示行事；

(b) 法院以其认为适当的任何方法传递信息；

(c) 对债务人资产和事务进行管理和监督方面的协调；

(d) 法院批准或实施有关协调诸项程序的协议；

(e) 协调对同一债务人同时进行的多项程序；

(f) [颁布国尚可列举其他合作形式或示例]。

181. 提出第 27 条是让颁布国用来向法院提供第 25 和 26 条授权的合作类型的提示性清单。在直接跨国界司法合作历来有限的国家中，以及在历来司法酌处权受到限制的国家中，这种提示性清单可能特别有用。任何可能合作形式的清单都不应是详尽无遗的，因为这可能无意之中排斥某些形式的合适合作。

182. 合作的实施将服从颁布国适用的任何强制性规则；例如，在要求提供信息的情况下，限制信息交流（例如出于保护隐私的理由）的规则将适用。

183. 第 27 条(f)项让颁布国可以填入可能合作的补充形式。例如，这些可能包括中止或终止颁布国中现存的程序。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 124-129 段。

A/CN.9/419，第 75 和 76 段、第 80-83 段和第 118-133 段。

A/CN.9/422，第 129-143 段。

A/CN.9/433，第 164-172 段。

A/CN.9/435，第 85-94 段。

G. 第五章. 同时进行的程序

第 28 条. 承认一项外国主要程序后依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定而开始某项程序

在承认某项外国主要程序后，只有当债务人在本国拥有资产时，才可依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定开始一项程序；而且该程序的效力应只限于债务人在本国的资产，并在履行第 25、26 和 27 条规定的合作与协调有必要的限度内，只限于根据本国法律应在该程序中予以管理的债务人的其他资产。

184. 第 28 条与第 29 条合在一起规定，对外国主要程序的承认将不阻止开始关于同一债务人的国内破产程序，只要该债务人在该国拥有资产。

185. 第 28 条采取的立场实质上无异于许多国家采取的立场。不过，在有些国家，要使法院拥有开始本国破产程序的管辖权，在该国仅仅存在资产是不够的。要使这种管辖权得以存在，债务人必须在该国从事某种经济活动（用示范法中的术语来说，债务人在该国必须拥有“营业所”，就如第 2 条(f)项所界定的）。在债务人已经卷入了一项外国主要程序的背景下，第 28 条中选用了限制性较少的解决方案。该项解决方案为在承认外国主要程序后开始本国程序留有广阔的空间，但它有助于表明如果债务人在该国无资产，就无法开始破产程序的管辖权的目标。

186. 尽管如此，颁布国可能想采用一种限制性较大的解决方案，即只有当债务人在该国拥有一个营业所时，才允许提起本国程序。其理论依据可能是，当在颁布国的资产不是某个营业所的组成部分时，一般来说开始本国程序将不是保护包括本国债权人在内的债权人的最有效率的方法。通过调整给予外国主要程序的救助和与外国法院和外国破产管理人合作，颁布国的法院将有充分的机会确保在该国的资产将以使本国利益得到充分保护的方式加以管理。因此，如果颁布国制定该条时以“只有债务人在本国设有营业所”取代目前第 28 条所用的措词“只有债务人在本国拥有资产”，颁布国的行动就将予示范法的哲学取得一致。

187. 通常，第 28 条设想的那种本国程序将限于位于该国的资产。不过，在某些情况下，对本国破产程序的富有意义的管理可能还得包括某些在国外的资产，尤其是在资产所在国没有必要或可以利用的外国程序时（例

如，本国营业所在外国法域内拥有开工的工厂的情况；有可能把债务人在颁布国的资产和国外的资产作为“正常经营的企业”出售的情况；或以欺诈方式将资产从颁布国转移到国外的情况）。为了允许本国程序此种有限的跨国界范围，该条加上“只限于……应在该程序中予以管理的债务人的其他资产”等字。在关于可能将本国程序的效力扩大到位于国外的资产的条款中包括两项限制：首先，扩大允许到“履行第 25、26 和 27 条规定的合作与协调所必要的限度内”；第二，这些外国资产必须在颁布国“根据[颁布国]法律”加以管理。这些限制是有益的，以便避免建立一种不加限制的权力将本国程序的效力扩大到位于国外的资产，这种权力将会对该项规定的应用造成不确定性，并且可能导致管辖权的冲突。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 94-101 段。

A/CN.9/422，第 192-197 段。

A/CN.9/433，第 173-181 段。
A/CN.9/435，第 180-183 段。

第 29 条. 依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]进行的某项程序与一项外国程序之间的协调

在针对同一债务人的某项外国程序和依据[此外写入颁布国与破产有关的法律]进行的一项程序同时进行的情况下，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，并应适用：

(a) 如提交承认外国程序的申请时本国的程序正在进行；

㈠ 则根据第 19 条或第 21 条所给予的任何救济，必须与本国的程序相一致；

㈡ 如果该外国程序被本国承认作为一项外国主要程序，第 20 条即不适用；

(b) 如本国的程序是在外国程序得到承认或在交出要求承认的申请后才开始，

㈠ 则根据第 19 条或第 21 条给予的任何救济，应由法院加以重新审查，对与本国程序不一致之处应予修改或终止；而且

㈡ 如果该外国程序是一项外国主要程序，第 20 条 1 款所述的停止和中止如与本国程序不一致，应根据第 20 条 2 款予以修改或终止；

(c) 在给予、延长或修改已给予某一外国非主要程序代表的救济时，法院必须确信该救济与根据本国法律应在该外国非主要程序中予以管理的资产有关，或涉及该程序中所需的信息。

188. 第 29 条为法院处理债务人同时受到外国程序和本国程序限制的案件提供指导。该项规定的开头语指示法院，在所有这些案件中，它必须依据示范法第四章（第 25-27 条）寻求合作和协调。

189. 第 29 条体现的突出的原则是，开始一项本国程序并不阻止或终止承认一项外国程序。这一原则对于实现示范法的目标是至关重要的，因为它在所有情况下都允许颁布国法院向外国程序提供救济。

190. 不过，该条保持本国程序优于外国程序的地位。这是采用下列方式这样做的：首先，给予外国程序的任何救济必须与本国程序相一致（第 29 条(a)项㈠目）；其次，已经给予外国程序的任何救济必须重新审查和修改或终止，以确保与本国程序相一致（第 29 条(b)项㈠目）；第三，如果外国程序是一项主要程序，依据第 21 条产生的自动效力如果与本国程序相矛盾，必须加以修改和终止（这些自动效力并不自动终止，因为它们可能是有益的，而且法院可能想维持它们）（第 29 条(b)项㈡目）；第四，如果在外国程序被承认为主要程序时本国程序正在进行，外国程序不享受第 20 条的自动效力（第 29 条(a)项㈡目）。第 29 条避免在程序之间建立死板的等级体系，因为这将不必要地阻碍法院进行合作和行使其第 19 和 21 条规定的酌处权的能力。在颁布第 29 条时不限制法院的自由是可取的。

191. 第 29 条(c)项收入这样一项原则，即给予外国非主要程序的救济应当限于在非主要程序中加以管理或必须涉及该项程序所需信息的资产。该项原则在第 21 条 3 款（一般性论述可给予外国破产管理人的那类救济）中作了表达，并在第 29 条（论述本国和外国程序的协调）中重申。关于承认前救济的第 19 条 4 款和关于一个以上外国程序的协调的第 30 条受到同一原则的启发。（另见上文第 140 段评议）。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 106-110 段。

A/CN.9/435，第 190 和 191 段。

第 30 条. 一个以上外国程序的协调

对于第 1 条所述事项，如属针对同一债务人的外国程序不止一个，法院应寻求第 25、26 和 27 条规定的合作与协调，并应适用以下规定：

(a) 在某项外国主要程序得到承认后，根据第 19 条或第 21 条给予外国非主要程序代表的任何救助，必须与该外国主要程序相一致；

(b) 如在某项外国非主要程序得到承认或在提交承认外国非主要程序的申请之后，某项外国主要程序得到承认，则根据第 19 条或第 21 条给予的任何已生效之救助应由法院加以重新审查，对与该外国主要程序不一致之外应予以修改或终止；

(c) 如在承认某项外国非主要程序后又承认了另一项外国非主要程序，则法院应以促进这些程序的协调为目的，给予、修改或终止救济。

192. 第 30 条论述针对债务人的有一个以上外国破产程序和一个以上外国程序的外国破产管理人在颁布国寻求承认或救济的案件。不管一项破产程序是否正在颁布国进行，该项规定均适用。如果除了两项或多项外国程序外还在颁布国有一项程序，法院将不得不依照第 29 和 30 两条行事。

193. 第 30 条的目标类似于第 29 条的目标，因为在同时进行程序情况下的关键问题是促进合作、协调和给予不同程序的救济的统一。通过适当调整拟给予的救济或通过修改或终止已经给予的救济，就将实现这种统一。同第 29 条（它作为一个原则问题给予本国程序优先地位）不一样，第 30 条给予外国主要程序优先，如果有一项外国程序的话。在不止一项外国非主要程序的情况下，该项规定并不先验地优先对待任何外国程序。外国主要程序的优先体现在这样一项要求中：给予外国非主要程序的任何救济（不论是已给予还是拟给予的）必须与外国主要程序相一致（第 30 条(a)和(b)项）。

贸易法委员会的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 111 和 112 段。

第 31 条. 基于对一项外国主要程序的承认而推定破产

如无相反证据，对于依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]的规定开始的一项程序而言，对一项外国主要程序的承认即证明该债务人已破产。

194. 在有些法域，要启动破产程序，需要提供债务人已告破产的证明。在另一些法域，在法律界定的具体情况下，即可启动破产程序，这些情况并不一定意味着债务人事实上破产；例如，这些情况可以是债务人停止付款或债务人的某些行动如某项公司决定、其资产的挥霍或其营业所的放弃。

195. 在破产是启动破产程序的一个条件的法域内，第 31 条规定，在对一项外国主要程序承认时有可予驳回的债务人已破产的推定，以便在颁布国启动破产程序。如果外国程序是一项非主要程序，该项推定即不适用。理由是，在债务人拥有其主要利益中心的国家以外的国家中启动的破产程序，并不一定意味着债务人应服从其他国家有关破产的法律。

196. 对于为启动破产程序并不需要债务人已破产的证明的国家法律而言，第 31 条规定的推定也许没有什么实际意义，颁布国可以决定不颁布该条。

197. 在下列情况下，第 31 条将具有特殊的意义：证明破产作为启动破产程序先决条件的手续是一项耗费时间的工作，考虑到债务人在其拥有主要利益中心的国家已进入破产程序，该项手续已无什么另外的好处，而且为了保护本国债权人，可能迫切需要启动本国程序。尽管如此，颁布国的法院不受外国法院决定的约束，而且证明破产的本国标准依然有效，就如“如无相反证据”措词所指明的那样。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 94 段和第 102-105 段。

A/CN.9/422，第 196 段。

A/CN.9/433，第 173 段和第 180-189 段。

A/CN.9/435，第 180 段和第 184 段。

第 32 条. 多项程序同时进行时的偿付规则

在不损害担保债权或物权的前提下，其求偿已从根据有关外国破产法律的某一程序中获得了部分偿付的债权人，只要同等序列的其他债权人获得的偿付依比例低于该债权人所获取的偿付，便不得在依据[此处指明颁布国与破产有关的法律]对同一债务人的程序中再得到对其同一求偿的偿付。

198. 第 32 条所列的规则（有时候叫做“财产混合”规则），在管理跨国界破产程序方面协调和合作的法律制度中，是一项有益的保障措施。它旨在避免某个债权人通过在不同法域的破产程序中获得同一求偿权的偿付，可能获得比同等序列的其他债权人更有利的待遇的情况。例如，一名无担保的债权人在一项外国破产程序中获得求其偿额的 5%；该债权人也参加颁布国中的破产程序，其分配比率是 15%；为了使该债权人在颁布国中与其他债权人处于平等的地位，该债权人在颁布国中将获得其求偿额的 10%。

199. 第 32 条不影响颁布国法律确立的求偿权的顺序排列，而且纯粹是为了确定同等序列债权人的平等待遇。在担保债权人和有物权债权人得到金额偿付（此事取决于进行程序所在国的法律）的情况下，这些求偿权不受本规定影响。

200. “有担保求偿权”一词被用来泛指受到特定资产担保的求偿权，而“物权”一词旨在表示有关一笔特定财产并可对第三方强制执行的权利。某一特定的权利可能同时属于两种用语的范围内，这由适用的法律的分类和术语决定。颁布国可以使用另外的术语来表达这些概念。

贸易法委员会和工作组的讨论

《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 17 号》（A/52/17），第 130-140 段。

A/CN.9/419，第 89-93 段。

A/CN.9/422，第 198 和 199 段。

A/CN.9/433，第 182 和 183 段。

A/CN.9/435，第 96 段、第 197 和 198 段。

六. 贸易法委员会秘书处提供的协助

A. 起草立法的协助

201. 贸易法委员会秘书处提供技术咨询协助各国起草以示范法为基础的立法。进一步资料可向贸易法委员会秘书处索取（邮寄地址：Vienna International Centre, P.O.Box 500, A-1400 Vienna, Austria; 电话: +(43)(1) 26060-4060; 传真: +(43)(1) 26060-5813; 电子邮件: uncitral@unov.un.or.at; 互联网主页: http://www.un.or.at/uncitral）。

B. 关于解释基于示范法立法的信息

202. 示范法一旦颁布，将被列入贸易法委员会法规判例法（CLOUT）资料系统，该系统用于收集和传播关于贸易法委员会工作产生的公约和示范法的判例法，目的是提高对贸易法委员会拟订的立法文本的国际认识和促进对这些立法文本的统一解释和适用。秘书处以联合国的六种正式语文出版判决的摘要，并在收取复印费前提下提供作为摘要编写基础的原始判决。该系统在一份使用者指南中解释，可向秘书处索取其硬件拷贝文本（A/CN.9/SER.C/GUIDE/1），该指南也登载在贸易法委员会上述的互联网主页上。

附录

大会 1997 年 12 月 15 日第 52/158 号决议

52/158. 联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法

大会，

*回顾*其 1966 年 12 月 17 日第 2205(XXI)号决议设立了联合国国际贸易法委员会，任务是促进国际贸易法的逐渐协调和统一，并在这方面念及各国人民特别是发展中国家人民在国际贸易扩大发展中的利益，

*注意到*跨国界贸易和投资增加，企业和个人资产分散于多国的情况因而日增，

*还注意到*资产散布于多国的债务人一旦成为破产程序的对象，在监管破产债务人的资产和事务方面往往亟需进行跨国界合作和协调，

*考虑到*发生跨国界破产时如果缺乏协调和合作，就会减少挽救有财务困境但应可继续经营的企业的可能性，阻碍公平而有效率地办理跨国界破产，造成债务人资产更可能被隐瞒或耗竭的情况，妨碍重整或清算债务人的资产和事务以尽量维护债权人和其他有关的人的利益，包括债务人及其雇员的利益，

*注意到*许多国家缺乏可进行或促进有效的跨国界协调和合作的法律框架，

*深信*公平和国际协调的跨国界破产立法，如尊重国内程序和司法制度，并得到法律，社会和经济制度不同的国家的接受，将有助于发展国际贸易和投资，

*考虑到*需要有一套国际协调的跨国界破产示范法律条款，以协助各国使其跨国界破产立法现代化，

1. *表示赞赏*联合国国际贸易法委员会完成并通过了载于本决议附件的《跨国界破产示范法》；

2. *请*秘书长将示范法案文连同秘书处编写的《示范法立法指南》分送各国政府及有关机构；

3. 建议所有国家审查其关于破产的跨国界方面的立法，以确定其立法是否符合现代的有效率的破产制度的目的，并在审查中有利考虑示范法，铭记着需要有一项处理跨国界破产事件的国际协调立法；

4. 又建议作出一切努力，确保人们广泛知道并且能够获得示范法和指南。

1997 年 12 月 15 日
第 72 次全体会议

索引[a]

保护（……）价值
　　定义　　导言 12(ii)
　　~抵押资产的~　　二、二、63-68、104
　　~破产财产的~　　二、二、25
　　~债权中有担保部分的~　　二、二、69
　　~第三方拥有的资产的~　　二、二、91

保密
　　~性和重整计划　　二、四、24
　　~的义务
　　破产管理人的代理人和雇员　　二、三、66
　　债权人委员会　　二、三、86、107、115

　　债权人　　二、三、86、115
　　债务人　　二、三、28
　　破产管理人　　二、三、52

驳回启动破产程序的申请　　二、一、41、61-63、79

撤除
　　启动后~破产程序　　二、一、79
　　~破产管理人　　二、三、81

撤销
　　程序的转换对~的影响　　二、二、203；四、74
　　撤销权规定对公司集团的适用　　二、五、85、92
　　~的标准　　二、二、156-168

[a] 索引中列出的参见条目编号系指《立法指南》的相关部分、章节和段落。例如，“二、二、135”系指参见第二部分，第二章，第 135 段。

无足够资产的债务人 二、一、73
债务人披露关于~信息的义务 二、三、24
~权抗辩 二、二、169、176、179

定义 导言 12 (c)
~权的效力 二、二、186-187
概论 二、二、148-155
通过~收回的破产财产和资产 二、二、4、6、15、23
对~适用的法律 二、一、85、89-90
所撤销交易的对方责任 二、二、202
启动后融资的撤销 二、二、96、103
~权诉讼程序
启动~权 二、二、192-195；三、49、81
~权诉讼的费用来源 二、二、196
~权的启动时限 二、二、197
撤销权证明标准 二、二、198-201
所收回的资产作为破产财产的一部分 二、二、15
撤销抵销 二、二、207
~权适用的可撤销期 二、二、188-191
负于~的交易 二、二、185、215
适于~的交易
特惠交易 二、二、157、161、170-171、175、177-180、190、200-201
担保权益 二、二、180-181
交易意图在于挫败、阻止或拖延 二、二、172-173
与相关人的交易 二、二、182-184
压价贱卖的交易 二、二、174-176、190
未经批准的申请后交易 二、二、16、73
未经批准的启动后交易 二、二、16；三、2、12、33

程序的终结（见破产程序）

程序中止
自动或自由裁量适用~ 二、二、41-42
定义 导言 12 (rr)
~期限 二、二、54-57

~的影响
对合同的影响 二、二、111、121
对金融合同的影响 二、二、215
对抵销权的影响 二、二、205-206、215

~期的延长 二、二、58
对适用~的例外 二、二、35
概论 二、二、26-29
救济免于适用~
对担保债权人 二、二、60-62、83、88
对无担保债权人 二、二、55、62
~的适用范围 二、二、30-34
~的适用时间 二、二、43-53

处分(另见资产的使用和处分)
定义 导言 12 (n)
债务人对资产的~ 二、二、70
现金收益的~ 二、二、92
共有资产的~ 二、二、87

单一破产程序
~的启动 二、一、46、53
破产法的结构 一、一、21、25

担保权益（另见抵押资产；担保债权；担保债权人）
对~适用中止 二、二、7、31-32、37
~的撤销 二、二、150、161、178-181
提出~价值债权 二、五、4-5
定义 导言 12 (pp)
对设定~适用的法律 二、一、81-82、88
不牵带~的情况下出售资产 二、二、85-86
~和抵销 二、二、206

抵销
破产中可否实行~ 一、一、26
定义 导言 12 (qq)
~排除在中止措施适用范围之外 二、二、35、205
金融合同和~ 二、二、210、213、215
破产中对~适用的法律 二、一、85、88、91
破产中对~权的保护 二、二、204-206
~和撤销 二、二、207
相互债权的~ 二、五、44

第三方拥有的资产
~和破产财产的构成 二、二、4、10-12、17
~的使用和处分 二、二、74、90-91、131

法人债务人 二、一、2、18；三、29、33

法院
法院和破产事务的体制框架 一、三、1-8；二、三、4、9
有管辖权的法院 二、一、19、54
定义 导言 7-8、12(i)；附件三、一、第 2(e)条
法院在破产程序中的作用
授权订立合同 二、二、73；三、11
撤销权 二、二、169、175、188、191-193
债权 二、五、13-14、23、25、28、30-32、34、38、40-41、47
破产程序的终结 二、六、17-19
信息的保密 二、三、52、115
重整计划的确认 二、四、56-63
合同 二、二、111、122、124、127、140
程序的转换 二、四、72-73、75
对公司集团的处理 二、五、84、88、90
债权人的参与和出席 二、三、81、91-92、99、108-109、111-112、114
对债务人的监管 二、三、13、15、17、29-32
裁定启动破产程序 二、一、55、59、61
债务人债务的解除 二、六、8、11
简易重整程序 二、四、76、83、87-92
破产管理人、指定和监督 二、三、36-38、40、43、45、48、49、51、53、59、66、68、73、74
启动后融资 二、二、100-101、104、106

临时措施 二、二、48-51、53
重整计划 二、四、10、15、43、54-55、57、65-67、69-71
对决定的审查 二、三、71-72、116-120；五、50
对担保债权人的保护 二、二、59
程序的中止 二、二、34、41-42、57、60
债权排序居次 二、五、60-61
资产的使用和处分 二、二、71、75-77、79-80、85、88-89、90、93
抵押资产的估值 二、二、67-68

法院地法
~的适用 二、一、80、83-84
定义 导言 12 (x)
~适用范围的例外 二、一、85-91

费用
破产程序的~ 二、一、56、76-78；五、66

分配
清算中实行的~ 二、五、80
重整中实行的~ 二、五、81
临时~ 二、五、16、24、40

公司集团
撤销权规定对~的适用 二、五、85、92
排序居次规定对~的适用 二、五、85
外债的集体责任 二、五、86-91
集团内债务 二、五、92
破产中对~的一般处理 二、五、82-85

共有资产
债务人在作为破产财产一部分的~中的权益 二、二、6
~排除在破产财产之外 二、二、20-21
~的使用和处分 二、二、77、87

股东
~批准重整计划 二、四、26-33、44-45
定义 导言 12 (p)

~参与债权人委员会 二、三、88、103-104
~债权的排序 二、五、76
~对重整计划进行表决 二、四、26、44-45

管辖权
对适用破产法的~ 二、一、12-18
国外资产
债务人合作追回~ 二、三、23
跨国界破产（另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》）
~纳入在破产财产中 二、二、13-14

国有企业
~作为债务人的资格 二、一、8-10

合同
~的转让 二、二、139-142
~的延续和否决 二、二、120-135
对延续合同的修改 二、二、136
在破产中的~ 二、二、122-123
债务人违约情况下的~ 二、二、130
~对对方当事人的效力 二、二、132-135
对方当事人请求作出决定的权利 二、二、125-126
~的时间和通知 二、二、128-129
个人服务~ 二、二、146
破产管理人所知的~ 二、二、127
金融~ (见金融合同)
劳动~ (见劳动合同)
土地和房屋的租赁 二、二、137-138
申请后的~ 二、二、16、73
启动后的~ 二、二、16、73、147；三、2、12、33
排序居次~ 二、五、57-59
未经批准的~ 二、二、16、73；三、2、12、33
即将破产
~作为启动标准 二、一、30、46

解除债务
定义 导言 12 (m)
清算中~
法律实体债务人 二、六、3
自然人债务人 二、一、3、5；六、4-13
无足够资产的债务人~ 二、一、74

重整中~和债权 二、六、14-15
~对第三方担保人的效力 二、六、13
概论 二、六、1-2

金融合同
自动终止条款对~的影响 二、二、115、118
定义 导言 12 (r)
对继续执行或否决履行合同权力的例外 二、二、113、143
~排除在适用中止的范围之外 二、二、35
~与净额结算 二、二、208-215

经济活动
~的含义 二、一、1

净额结算
自动终止条款对~的影响 二、二、115
~的撤销 二、二、185
定义 导言 12 (z)
~免于适用中止 二、二、35
~和金融合同 二、二、210-213

净额结算协议
定义 导言 12 (aa)

救济
临时~ (见临时措施)
~免于对程序适用中止措施 二、二、45、55-57、60-62、68、88
利益方请求~ 二、三、119、120

跨国界破产（另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》）
~中的适用法律 二、一、80
~中收回国外资产 二、二、24
~中破产财产的构成 二、二、13-14
~规则的可取性 一、一、14

简易重整程序
申请~ 二、四、89
破产法对~的适用 二、四、87-91
~中通常涉及的债权人 二、四、81-82
符合启动~条件的债务人 二、四、84
~启动后的效力 二、四、90
~的加快 二、四、92-94

~中获确认的计划执行失败 二、四、91
概论 二、四、76-80
~影响的债务 二、四、86

《贸易法委员会跨国界破产示范法》
进入本国法院 附件三、一、第 9-14 条；二、28-29、94-111
通过~，将之作为破产法的关键目标 一、一、14
撤销权程序 附件三、一、第 23 条；二、165-167
主要利益中心 二、一、13-14；附件三、一、第 17 条第 2 (a)款；二、72、126
收回破产财产中的资产 二、二、24
同时进行的程序的协调 附件三、一、第 28-32 条；二、42-48、184-200
执行~的有管辖权的法院 附件三、一、第 4 条；二、79-83
跨国界合作 附件三、一、第 25-27 条；二、38-41、173- 183
营业所 二、一、15；附件三、一、第 2(f)条、第 17 条第 2 (b)款；二、75、186
债务人合作追回国外资产 二、三、23
破产财产中纳入国外资产 二、二、14、24
本国破产程序的外国协助 附件三、一、第 5 和 25 条；二、26-27
外国债权 二、五、10、21、71；附件三、一、第 13 条；二、104-105
外国法院 附件三、一、第2(e)条；二、74
~涵盖的外国程序 附件三、一、第 1-2 条；二、23-25、51-55、67-73
外国破产管理人 附件三、一、第 5 条；二、84-85
对本国程序的干预 附件三、一、第 24 条；二、168-172
~的主要特点 附件三、二、13-19
资产所地在 二、一、17-18；附件三、一、第 28 条；二、184-187

对债权人的保护 附件三、一、第 22 条；二、161-164
临时措施 附件三、一、第 19 条；二、30、135-140
~的目的 附件三、二、1-10
对外国程序的承认 附件三、一、第 15-17 条、第 19-21 条；二、30-37、112-160
获承认时可给予的救济 附件三、一、第 20-21 条；二、32-34、135-160
~的适用范围 附件三、一、第 1 条；二、22、57-66
获承认时程序的中止 二、二、31、43；附件三、一、第 20 条第 1-3 款、第 21 条第 1(a)-(c) 款；二、32-34、141-150、154-156
将~作为示范法使用 导言、一、2，附件三、二、11-12、20-21、49-50

劳动合同 二、一、47、62、85、87、二、145；五、72-73

累赘资产
定义 导言 12 (d)
~的使用和处分 二、二、88

利益方
定义 导言 12 (dd)
~修改重整计划 二、四、66
~寻求对决定进行审查的权利 二、三、53、73、92、117-119
~的上诉权 二、三、120
~的申诉权 二、三、116

临时措施
驳回启动申请对~的影响 二、二、63
~的证据要求 二、二、51
申请~的通知 二、二、52
~令通知 二、二、52
~和程序的中止 二、二、41、43、45-46

申请启动程序时适用的~ 二、二、47-49
救济免于~ 二、二、53

排序居次
自动的排序居次 二、五、57-59
~和对公司集团的处理 二、五、85
法院规定的~ 二、五、60-61
自愿改组谈判中的~ 二、四、17
债权的~，概论 二、五、55-56
除外债权的~ 二、五、9

破产
定义 导言 12(s)；附件三，二、51-52
~作为启动标准（见全面停止支付）

破产财产
~的构成
事后获得的资产 二、二、4、23
排除在~外的资产 二、二、17-21；三、20
收回~中的资产 二、二、24
抵押资产 二、二、7-9
国外资产 二、二、13-14
概论 二、二、4-6
第三方拥有的资产 二、二、10-12
定义 导言 12 (t)，二、二、2-3
自然人债务人的~ 二、二、18-21
无足够资产的~ 二、一、61、72-75；二、170、194；三、58
保全~的价值 一、一、10、20、91；二、二、26、46、70、151、155；三、50
~的构成时间 二、二、22
和可撤销期的起算 二、二、22
~中的资产的使用和处分 二、二、74-78
出售的方法 二、二、79-82

破产程序
~申请(见申请启动破产程序)
~的终结
清算 二、六、17
重整 二、六、18-19
~的启动(见破产程序的启动)

~的转换(见破产程序的转换)
定义 导言 12(u)
~的撤销(见撤销)
~费用(见费用)
单一~(见单一破产程序)
破产程序的启动
自动~ 二、一、57
裁定启动 二、一、55-60
定义 导言 12 (h)
启动通知
通知的内容 二、一、71；五、5
对债权人的~ 二、一、65-66
对债务人的~ 二、一、67
对其他当事人的~ 二、一、68
发出通知的方式 二、一、69-70
对~持异议 二、一、34
~的标准 二、一、23-31

破产程序的通用方法 二、一、13

破产程序的属地法 二、一、13

破产程序的转换
撤销权规定的适用 二、二、185、203；四、74
~和破产管理人的撤换 二、三、73
因债务人未能遵守义务形成的~ 二、三、17、32
~规定的可取性 一、一、6、21-24；二、一、21、58
~对撤销交易的影响 二、二、203
~对启动后融资的影响 二、二、98、107
~对提出重整计划时间的影响 二、四、7、16
清算改为重整 二、一、31
重整改为清算 二、一、31、52、58；四、16、53、65、70-71、72-75、91；四、19
债权人在请求~方面的作用 二、三、81

破产管理人
~的代理人 二、三、66
由~启动的撤销程序 二、二、192-195
~的保密义务 二、三、52
利益冲突 二、三、42-43

~对合同的延续和否决 二、二、120-130
~对资产的控制和收回 二、二、24
定义 导言 12 (v)
~的职责和职能 二、三、49-51
~的雇员 二、三、66
外国破产管理人（见《贸易法委员会跨国界破产示范法》）
临时~ 二、二、49；三、38
~的责任 二、三、60-65
~对其代理人和雇员的行为的责任 二、三、67
对~的监督 二、三、48
担任~所需的资格 二、三、36-37
知识和经验 二、三、39
个人素质 二、三、41
专业资格 二、三、40
~对资产的放弃 二、二、88
~的解职 二、三、73
~的报酬
数额的确定 二、三、53-57
支付方式 二、三、58
~优先 二、三、57
对~的审查 二、三、59
由~提出的重整计划 二、四、12
~的替换 二、三、74
对~管理工作的审查 二、三、69-72
作为利益方的权利 二、三、116-120
~的甄选和指定 二、三、44
由法院进行 二、三、45
由债权人进行 二、三、47
由独立的指定机构进行 二、三、46
在重整中对债务人的监督 二、三、11-15
~在正常经营过程中对资产的使用和处分 二、二、75
权力的滥用 二、二、78
不牵带任何权益的出售权 二、二、85-86
~对债权的核实和承认 二、五、23、32

破产法
~的关键目标 一、一、1-19
~与其他法律的关系 一、一、26-27
~的结构 一、一、21-25
~应涵盖的实质性问题 一、一、20

破产法的关键目标 一、一、1-14

破产管理费优先权
启动后融资享有~ 二、二、101-102、106
启动后履行合同享有~ 二、二、133

破产管理费债权或费用
因否决合同而产生的~ 二、二、135
对~的评估 二、五、45-47
定义 导言 12 (a)
在重整中~的支付 二、四、54、61
~的排序 二、二、107；五、66

启动后交易
未经批准的 二、二、16、72、147

启动后融资
~的批准 二、二、105-106
债权人批准~ 二、三、96
转换程序对~优先权的影响 二、二、107
~的必要性 二、二、94-98
~的优先权 二、二、100-102；五、53、65
对~的担保 二、二、103-104
~的来源 二、二、99

启动后债权（另见破产管理费债权或开支；债权）
定义 导言 12 (ee)

清偿能力检验标准（见全面停止支付）

清算
申请启动~程序
由债权人提出 二、一、37-41
由债务人提出 二、一、33-36
由政府机构提出 二、一、42-44
~中对自动终止条款的处理 二、二、117
~程序的终结 二、六、17
~中合同的继续执行 二、二、112、117-118、122-123、145
~与重整之间的转换（见破产程序的转换）
债权人参与 二、三、84、99
定义 导言 12 (w)
~中债务人债务的解除 二、六、3-13

~中的分配 二、五、80
概论 一、二、33-36
~的关键要素 一、二、34
~中的启动后融资 二、二、94、97
~中的重整计划 二、四、2
债务人在~中的作用 二、三、2-3
~中适用中止措施 二、二、27
对担保债权人的适用 二、二、39-40、57
对无担保债权人的适用 二、二、54
~中资产的使用和处分 二、二、68、74、76、83、90

全面停止支付
~作为启动标准 二、一、23-24、27、33、38、53

抵押资产
~出售后的现金收益 二、二、92-93
定义 导言 12 (o)
~纳入在破产财产中 二、二、4、7-9
利用~作为启动后融资的担保 二、二、103-104
保护~的价值 二、二、8、59-60、63-65、69
~的使用或处分 二、二、83-84
出售~，不牵带任何权益 二、二、85-86
~的估值 二、二、66-68

申请后交易
未经批准的~ 二、二、16、72-73、188

申请启动破产程序
债权人~ 二、一、37-41
债务人~ 二、一、33-36
驳回~ 二、一、61-63；二、50
~后对……的影响
适用中止 二、二、43-45
自动终止条款 二、二、114
可撤销期的起算 二、二、188
破产财产的构成 二、二、22
无足够资产的债务人 二、一、72-75
债务人对资产的处理 二、二、70
重整计划的提出 二、四、7

临时措施 二、二、48
合同的否决时间 二、二、128
未经批准的申请后交易 二、二、16
简易重整程序 二、四、89
~通知 二、一、64-71
程序问题 二、一、54
程序问题在破产程序转换时的相关性 二、四、16

事后获得的资产
~纳入破产财产 二、二、4、23

适用法
撤销权规定 二、一、89-90
权利和债权的设立 二、一、81-82
破产程序的影响 二、一、83-84
对~在适用上的例外 二、一、85-90
例外与破产目标的兼顾 二、一、91
劳动合同 二、一、87
支付和清算系统 二、一、86
担保权益 二、一、88

受雇人员 (另见劳动合同)
员工债权的排序 二、五、72-73
债务人的~ 二、三、31
破产管理人的~ 二、三、66-67

体制框架 一、三、1-8

通知
由债务人发出，其附属义务 二、三、29
由破产管理人发出 二、三、48
申请启动破产程序的~
债权人申请 二、一、37、59、64、 67
债务人申请 二、一、64-66
启动破产程序的~
~的内容 二、一、71；五、26
发出~的方式 二、一、69-70
~债权人以外的其他当事人 二、一、68
继续执行和否决合同的~ 二、二、121、129
拟出售资产的~ 二、二、 75、76、79、82、88、93
临时措施~
申请临时措施 二、二、52

临时措施令 二、二、52
程序中止~ 二、二、41
~债权人 二、三、86、96；四、32、33、58、66、68、88；五、28
担保债权人关于启动后融资 二、二、104
通过债权人委员会 二、二、74、79；三、86、110
~股东 二、四、44

同等原则
定义 导言 12 (cc)
优先债权对~的影响 二、五、67
实行抵销对~的影响 二、五、44

未经批准的交易 二、三、2、12、16、33、73

无担保债权人（另见债权人）
对~适用程序的中止 二、二、54
~的分类 二、四、27、41-43
定义 导言 12 (tt)
启动后融资对~的影响 二、二、97、101
~债权的排序 二、五、57、75
对~的救济，使之免于中止措施的适用 二、二、55、62
~批准重整计划 二、四、26、40、59、64
~提出债权 二、五、2-3
~参与破产 二、三、102、109

可撤销期
定义 导言 12 (ss)
~的期限 二、二、159-160、182、189-190
~的延长 二、二、191
~的适用时间 二、二、16、22、73、188、203

现金流量检验标准（见全面停止支付）

现金收益
定义 导言 12 (e)
~的使用和处分 二、二、92-93

相关人
~批准重整计划 二、四、46、58
涉及~交易的撤销 二、二、172-173、182-183、190、200
~的债权 二、五、48
定义 导言 12 (jj)
~债权的排序 二、五、55、60、77
向~出售资产 二、二、81

行政过程 一、二、37-38

应收款
《联合国国际贸易应收款转让公约》 一、一、17；二、二、89、140
~的使用和处分 二、二、89

营业所
跨国界破产（另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》）
定义 导言 12 (q)
~作为破产法的适用标准 二、一、15-18

优惠交易（另见撤销）
定义 导言 12 (ff)

优先权
定义 导言 12 (gg)
~顺序的确定 二、五、51-79
按~顺序分配 二、五、80-81
对确定~顺序的适用法律 二、一、83
启动后融资的~（见启动后融资）
对破产前~的承认 一、一、13

优先债权
定义 导言 12 (hh)
重整中对~的变更 二、四、34-37、55、61
~的排序 二、五、67-71

优先债权人
~批准重整计划 二、四、34-35
~受重整计划的约束 二、四、55
~的分类 二、四、36-37
重整中对~的分配 二、五、81

~债权的排序 二、五、55、67、75

担保债权（另见抵押资产；担保债权人；担保权益）
定义 导言 12 (nn)
保护~的价值 二、二、59、63-69
~在分配中的排序 二、五、62-65
~的提出 二、五、2-5

担保债权人（另见抵押资产；担保权益）
~的债权 二、五、2-5
~债权的排序居次 二、五、57
定义 导言 12 (oo)
重整对~的影响
~批准重整计划 二、四、34-36、51、58、62
~受已获批准计划的约束 二、四、26、55
~的分类 二、四、36-37
~参与简易重整程序 二、四、86
参与破产 二、三、87、98、102-104
~在分配中的优先权 二、五、62-65
保护~的利益（见保护（……）价值）
资产放弃后交给~ 二、二、88
~对资产的出售 二、二、83-84
~享有的担保权价值不足 二、四、38-39
程序的中止
对~适用中止 二、二、27、29、31-33、36-40、49
对~适用中止的期限
在清算中 二、二、57
在重整中 二、二、56
对~适用中止期的延长 二、二、58
救济~使之免于中止措施的适用 二、二、53、60-62
破产中对~的处理，概论 二、二、121-123；附件一

责任
交易撤销后对方的~ 二、二、202
债务人的~ 二、一、36；三、34
集团公司的~ 二、五、84、88
破产管理人的~ 二、二、78、96、101、127、130、133；三、38、60-65、67

债权人委员会成员的~ 二、三、85、113

债权
破产管理费~ 二、五、45-47、66
~的承认
由法院对~的承认 一、三、4；二、五、34-35
由破产管理人对~的承认 二、五、32-33
自动承认 二、五、36
承认的截止期限 二、五、30
承认后的效力 二、五、43
临时承认 二、五、37-40
所撤销的交易产生的~ 二、二、202
启动后履行合同产生的~ 二、二、132-133、135、138
股东~的排序 二、五、76
相关人的~ 二、二、182；五、48、77
免于适用中止的~ 二、二、35
未获承认的~ 二、五、50
可予适用中止措施的~ 二、二、33-34
为批准重整计划而进行的~分类 二、四、27
关于设立~的适用法律 二、一、81-82
定义 导言 12 (g)
~的否定 二、五、23、28、30
在重整中~的解除 二、六、2-4、8、14
有争议的~ 二、五、41-42
员工~的排序 一、一、18；二、二、145；五、72-73
排除在外的~ 二、五、9-12
虚假~ 二、五、20
罚款和罚金 二、五、12、78-79
外国债权
确定与国内债权的等同性 二、一、84
外币债权的转换 二、五、22
外国税收债权 二、五、10、71；附件三、一、第 13 条，二、104-105
提出~的手续 二、五、21
对提出~的限制 二、五、6-12
~的排序 五、71
利息~ 二、五、49、78-79

~清单 二、三、24、49；五、19、28
启动后发生的~ 二、五、8
~的排序 二、五、62-79
~的适用法律 二、一、84
~担保债权 二、五、62-65
~无担保债权 二、五、75
救济免于中止，继续索偿债务 二、二、60-62
~的出售 二、三、105
有担保~
~在分配中的排序 二、五、62-65、69
~的抵销 二、五、44
~的提出 二、五、2-5
~的估值 二、二、8、69
~的提出
提出责任 二、五、17-20
按规定应提出的债权人 二、五、2-5
未予提出 二、五、24-26
已提出的债权的清单 二、三、24、49；五、28
有权接受债权的当事方 二、五、23
提出时间 二、五、13-16
~的排序居次 一、二、12；二、五、55-61
税收~的排序 二、五、74
未到期的~和破产的启动 二、一、39
无担保~的排序 二、五、75

债权人（另见担保债权人；无担保债权人）
~申请启动程序
清算 二、一、37-41
重整 二、一、48-53
由~启动的撤销权程序 二、二、192-195
保密的义务 二、三、86、115
定义 导言 10、12 (j)
~在破产程序中将需履行的职能 二、三、77-83
~会议 二、三、91-94
对~的通知 (见通知)
参加破产程序 二、三、85
鼓励~参与 二、三、85
促进~参与的机制 二、三、88-90
重整
~批准重整计划 二、四、26-43、47-51

重整中对弃权~的处理 二、四、32
约束持异议类别的~ 二、四、54-55
~的分类 二、四、36-37
重整中对持异议~的处理 二、四、28
由~提出重整计划 二、四、11
~在破产程序中的权利 二、三、86、116-120
~在破产程序中的作用
需要~批准或投入的事项 二、二、71、75、77、79-80、82-85、88、92-93、105、192-195；三、47-48、59、69-74、77-83、91-98、110-112；四、11；四、26-43、52、66-68；五、30、33-34、47
~监督债务人的活动 二、三、14
~挑选破产管理人 二、三、47

债权人委员会
由~启动的撤销权程序 二、二、192、194
~费用开支的债权 二、五、45
保密的义务 二、三、28、86、115
简易重整程序中的~ 二、四、87、89
可被指定参加~的债权人 二、三、101-106
定义 导言 12 (k)
~的组建 二、三、85、90、99-100、107-109
概论 二、三、99-100
~和破产管理人 二、三、49、56、70、82
~成员的责任 二、三、113
对~的通知 二、三、86
~成员的撤换和更替 二、三、114
由~提出的重整计划 二、四、11
~的权利和职能 二、三、13、27、86、110-112、116-120
~的会议规则 二、三、94
担保债权人参加~ 二、三、87

债务人
~申请启动
清算 二、一、33-34
申请义务 二、一、35-36
重整 二、一、46-47

~资产(见破产财产)
占有中债务人 导言 12 (l)；二、三、16-18、51
清算中~债务的解除 二、六、3-13
~对资产的处分 二、二、70-73
破产资格概论 二、一、1-2
与法院地国的关联 二、一、12
主要利益中心 二、一、13-14
营业所 二、一、15-16
资产所在地 二、一、17-18
需作特别处理的债务人 二、一、11
无足够资产的债务人 二、一、72-75
自然人~ 二、一、3-7
国有企业~ 二、一、8-19
雇用专业人员协助~ 二、三、31
由~执行重整 二、四、69-70
破产程序中~的责任 二、三、34
破产程序中~的义务
附属义务 二、三、29-30
保密 二、三、28
合作与协助 二、三、23
~不遵守义务 二、三、32-33
提供信息 二、三、24-27
由~提出重整计划 二、四、9-10、15
~在破产程序中的权利 二、三、19-21
申请后至启动前 二、二、50

申述 二、三、20-21、116
~在破产程序中的作用
清算 二、三、2-3
重整 二、三、4-18
由~充分控制（债务人占管式） 二、三、16-18
由破产管理人监督~ 二、三、11-15
完全撤换~ 二、三、10

债务人的资产
对~适用中止 二、二、31
~和破产财产 二、二、2、4
债务人提供关于~信息的义务 二、三、24
定义 导言 12 (b)
债务人的国外资产(见外国资产)
存在资产作为启动标准 二、一、17-18
对~的临时保全措施 二、二、47、50

占有中债务人（另见债务人）
定义 导言 12 (l)

债转股
重整中的~ 一、一、26；二、四、21、44-45、94

正常经营过程
定义 导言 12 (bb)
~和撤销交易的标准 二、二、160、164-169、172、179、188

在~外出售资产 二、二、31、71；三、80、96、110-111
~中的交易 二、二、71、147；三、11
~外的交易 二、二、100、147；三、11
~中资产的使用和处分 二、二、50、66、75-80

政府机构
~申请启动清算 二、一、42-44

重整
申请启动~
由债权人提出 二、一、48-53
由债务人提出 二、一、46-47
由政府机构提出 二、一、44
~中对自动终止条款的处理 二、二、114-116
~程序的终结 二、六、18-19
~程序的启动 二、一、31
~中合同继续执行的必要性
~与清算之间的转换(见破产程序的转换)
债权人参与~的可取性 二、四、84
定义 导言 12 (kk)
~中债务和债权的解除 二、六、14-15
~中的分配 二、五、81
快速~程序（见简易重整程序）
概论 一、二、23-32
~的关键要素 一、二、28
债务人在~中的作用 二、三、A 4-18
~中适用中止措施 二、二、28-29
~中适用中止的期限 二、二、54-56
担保债权人 二、二、38
~中资产的使用和处分(见资产的使用和处分)

重整计划
~的批准 二、四、26-29
由股东批准 二、四、44
由债权人批准
弃权债权人的待遇 二、四、32
持异议债权人的待遇 二、四、28-29、54-55
担保债权人和优先债权人 二、四、34-39
无担保债权人 二、四、40-43
相关人 二、四、46
对批准~的质疑 二、四、57-59
质疑经法院确认的~ 二、四、65
为批准~而作的债权分类 二、四、27
~的内容 二、四、18-22
转为清算对~的影响 (见破产程序的转换)
法院确认~ 二、四、56-63
定义 导言 12 (ll)
获批准的~的效力 二、四、64
未获批准的~ 二、四、53
~的功能 二、四、2
~的执行 二、四、69
~的失败 二、四、70-71
~需随附的信息 二、四、23-25
~的变更和修改 二、四、52、66-68
~的性质和形式 二、四、3-5
~的批准程序 二、四、30-31
提出~
可提出~的当事方 二、四、8-14
提出~的时限 二、四、15-16
提出~的时机 二、四、7
快速程序中的~（见简易重整程序）
凭推定认为批准~ 二、四、33
表决批准~ 二、四、47-51

主要利益中心
~和营业所 二、一、15
~和担保权益的适用法 二、一、88
~和资产所在地 二、一、17-18
~和对于破产的普遍做法 二、二、13
~作为破产法的适用标准 二、一、13-14
跨国界破产 (另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》)
定义 导言 12 (f)

资产的使用和处分
累赘资产 二、二、88
现金收益 二、二、92-93
抵押资产 二、二、83-86
共有资产 二、二、87
出售的方法 二、二、79-82
应收款 二、二、89
向相关人出售 二、二、81
第三方拥有的资产 二、二、74、90-91
债务人对~ 二、二、70-73；三、2
在正常经营过程中对~ 二、二、75-78

资产负债表检验标准
~作为启动标准 二、一、25-29、39
资产所在地
跨国界破产（另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》）
~作为适用破产法的标准 二、一、14、17-18

资产所在地法
~的适用 二、一、82
定义 导言 12 (y)
自动加速条款 (见自动终止条款)

自动终止条款
破产中对~的处理 二、二、114-120、215

自然人债务人
清算中~债务的解除 二、一、3、5；六、4-13
~的破产资格 二、一、3-7
~的资产排除在破产财产范围之外 二、二、18-21
~的共有资产 二、二、20
~的权利 二、三、19、29

自愿改组谈判（另见简易重整程序）
~通常涉及的债权人 二、四、81-82
定义 导言 12 (uu)
通过~达成协议的困难 一、二、31；二、四、77-80
~的使用历史 一、二、2-4
~的主要过程 一、二、7-14
~必要先决条件 一、二、5
为执行~中商定的计划而实行的程序 二、四、83-94

~的规则和准则 一、二、17-18；二、四、77
~通常涉及的债务类型 二、四、86
~和撤销权规定 二、四、94

作为营运资产出售
定义 导言 12 (mm)
~后对劳动合同的影响 二、二、145；五、72
~时债务人的作用 二、三、1、3、24
~和破产财产的构成 二、二
~和清算计划 二、四、2、4

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.05-80721—March 2006—205

United Nations publication
Sales No. C.05.V.10
ISBN 92-1-730044-6

9 789217 300448