



大会

Distr.: General
13 August 2001
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三十五届会议
2002 年 6 月 10 日至 28 日，纽约

破产法工作组第二十四届会议工作报告
(2001 年 7 月 23 日至 8 月 3 日，纽约)

目 录

	段 次	页次
一. 导言	1-16	2
二. 审议情况和决定	17-18	4
三. 审议破产法立法指南草案	19-155	4
A. 一般说明	19	4
B. 有效和高效率的破产制度的关键目标	20	4
C. 有效和高效率的破产制度的核心条款	21-155	5
1. 清算与重组程序之间的关系	21-22	5
2. 破产程序的发动和启动	23-44	5
3. 启动破产程序的后果	45-89	9
4. 程序的管理	90-143	15
5. 清算和分配	144-155	23
四. 替代性非正式破产程序	156-161	25

一. 导言

1. 委员会第三十三届会议注意到破产法工作组在关于 1999 年 12 月 6 日至 17 日在维也纳举行的探索性会议的报告中所提出的建议(A/CN.9/469, 第 140 段), 授权工作组编写一份全面说明, 阐述强有力的破产、债务人—债权人制度的关键目标和核心特点, 其中包括对庭外重组的考虑, 并拟订一份载有实现这些目标和特点的灵活方法的立法指南, 其中包括讨论各种可能的替代方法以及已认识到的这类方法的利弊。
2. 委员会在该届会议上还建议, 工作组在执行其任务时应注意到世界银行、国际货币基金组织(货币基金组织)、亚洲开发银行、破产管理从业人员国际协会(破产专业人员的一个国际联合会)和国际律师协会商法科 J 委员会等其他组织正在进行或已经完成的工作。据指出, 为了解这些组织的看法并得益于其专门知识, 如破产管理从业人员国际协会和国际律师协会所提议的那样, 秘书处将与这些组织合作在工作组下届会议之前组织一次讨论会。¹
3. 在破产管理从业人员国际协会的共同发起和组织协助之下, 讨论会于 2000 年 12 月 4 日至 6 日在维也纳与国际律师协会共同举办, 其目的在于确定和讨论各国在对其有关破产的国内法进行改革的过程中的需要, 并确定委员会和其他组织对该改革进程提供协助的方式。
4. 讨论会与会者普遍表示支持委员会就有效的破产制度的关键要素正在开展的工作(见“贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会破产问题全球讨论会报告”, A/CN.9/495 号文件, 第 34 段)。讨论会极力建议给予近 6 个月的时间全面准备供工作组审议的草案。另据指出, 委员会曾要求工作组注意其他国际组织正在进行或已经完成的工作, 并在收到包括世界银行在内的其他组织目前尚在编写的报告后开展工作。
5. 委员会第三十四届会议(2001 年 6 月 25 日至 7 月 13 日, 维也纳)满意地注意到讨论会的报告(A/CN.9/495), 并且赞赏迄今为止已经完成的工作, 尤其是讨论会的举行, 以及为了与破产法领域的其他国际组织开展的工作协调一致而作出的努力。委员会讨论了讨论会的各项建议, 尤其是关于未来工作可能采取的形式和对委员会第三十三届会议赋予工作组的任务授权的解释的建议。
6. 关于交给工作组的任务, 委员会普遍认为, 应对任务作广义解释, 以便使工作组能够拿出工作成果, 反映任务中提及的应予包括在内的各项内容(见上文第 1 段和 A/CN.9/495 号文件, 第 13 段)。关于未来工作可能的形式, 有与会者重申, 鉴于破产法所涉问题错综复杂, 各式各样, 各法系采取的做法也千差万别, 因此, 拟订关于破产制度实质性特征的示范法既不可取, 也不可行。与会者普遍赞同的一点是, 所进行的工作应确保尽可能具有灵活性, 同时又能发挥最大效用。有与会者担心, 尽管立法指南能够提供必要的灵活性, 但其产生的结果可能会过于笼统, 十分抽象, 从而无法提供所需的指导。因此, 有与会者建议工作组在开展其工作时考虑到尽可能具体一些的必要性的必要性。在这方面, 与会者建议尽量将示范立法条文列入在内, 哪怕只是论及拟列入指南的某些问题。
7. 与会者普遍认为, 工作应取立法指南的形式。有与会者指出, 如果工作成果以这种形式体现出来, 或许事实上不仅对尚无有效和高效率的破产制度而需制定这样一种

¹ 《大会正式记录, 第五十五届会议, 补编第 17 号》, A/55/17, 第 408 段。

制度的国家十分有利，而且对已经开始或计划开始更新和审查本国制度的国家也是很有帮助的。还有一种意见认为，工作组在拟订指南时，应考虑到促进商贸的目标，而不只是协调统一现行的法律。

8. 有与会者建议，按 A/CN.9/495 号文件第 30 至 33 段所述，拟编入指南的材料分为三个关键方面，提供了一个关于基本内容的适当格式，应在此基础上开展工作。关于指南的实质性内容，与会者提出了若干建议，其中包括在拟订立法指南时，工作组应铭记若干关键原则和目标，例如重视公共政策的问题；加强法庭的协调作用；建立处理政府求偿权的特别制度；重组优先于清算；保持商业经营与就业；保证薪资；法院在控制破产代表方面的作用；平等对待债权人；集体诉讼程序的透明度。据指出，不应将这些原则解释为对赋予工作组的任务的限制，相反，如果工作组出于指导目的和为避免立法指南过于笼统而考虑到这些原则，或许不无益处。有与会者建议，要么仍然不把银行和金融机构列入工作范围，要么为这些实体制定特别的制度。

9. 得到某种程度支持的其他建议包括需要考虑到经事实证明已成为国际破产难题的若干问题，例如在搜集和传播关于已成为破产程序对象的公司的资料上遇到的困难，向外国债权人提供提出求偿权的机会，平等对待外国债权人和对过时提出的求偿权的处理，尤其是如果这些求偿权是由外国债权人提出的。另据指出，提供信贷的决定考虑不周，虽然表面上看不是破产的近因，但已证明是破产的原因之一。有与会者回顾说，《贸易法委员会跨国界破产示范法》已经处理了若干这样的问题。据指出，虽然其中某些问题也可能同目前拟订立法指南的工作有关，但并不打算通过目前的工作对示范法进行任何修改或修正。

10. 经过讨论，委员会确认对委员会第三十三届会议赋予工作组的任务应作广义解释，以确保应达到一种适当灵活的工作成果，这种工作成果应取立法指南的形式。

11. 由委员会所有成员国组成的破产法工作组于 2001 年 7 月 23 日至 8 月 3 日在纽约举行了第二十四届会议。出席会议的有工作组以下成员国的代表：奥地利、加拿大、哥伦比亚、斐济、法国、德国、洪都拉斯、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、立陶宛、巴拉圭、俄罗斯联邦、新加坡、西班牙、苏丹、瑞典、泰国、前南斯拉夫的马其顿共和国、美利坚合众国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和乌拉圭。

12. 下列国家的观察员出席了会议：阿尔及利亚、澳大利亚、孟加拉国、白俄罗斯、文莱达鲁萨兰国、保加利亚、丹麦、厄瓜多尔、老挝人民民主共和国、新西兰、秘鲁、菲律宾、葡萄牙、大韩民国、沙特阿拉伯、斯洛伐克、瑞士、委内瑞拉和南斯拉夫。

13. 下列国际组织的观察员也出席了会议：美洲律师协会、亚洲开发银行、欧洲复兴开发银行、欧洲中央银行、破产及其预防问题研究集团、(G.R.I.P)、破产管理从业人员国际协会、国际律师协会、泛太平洋律师协会、国际破产协会、国际货币基金组织、欧洲破产法国际工作组、三十国集团、原联合国实习生和研究生世界协会、世界银行。

14. 工作组选出了以下主席团成员：

主席：Wisit WISITSORA-AL 先生(泰国)；

副主席：Paul HEATH 先生(新西兰)，以个人身份当选；

报告员：Jorge PINZON SANCHEZ 先生(哥伦比亚)。

15. 工作组收到下列文件：临时议程(A/CN.9/WG.V/WP.53)、秘书长的两份报告：“破产法立法指南初步草案”(A/CN.9/WP.54、A/CN.9/WG.IV/WP.54/Add.1 和 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2)和“庭外破产程序的替代办法”(A/CN.9/WG.V/WP.55)。

16. 工作组通过了下列议程：

1. 选举主席团成员。
2. 通过议程。
3. 拟订破产法立法指南。
4. 其他事项。
5. 通过报告。

二. 审议情况和决定

17. 根据委员会第三十三届会议(2000 年 6 月 12 日至 7 月 7 日, 纽约)²和第三十四届会议(2001 年 6 月 25 日至 7 月 13 日, 维也纳)³作出的决定, 破产法工作组本届会议开始了拟订破产法立法指南的工作。工作组关于该立法指南的决定和审议情况载于下文第二章。

18. 请秘书处在这些审议和决定的基础上编写指南的修订本, 以便提交破产法工作组第二十五届会议(2001 年 12 月 3 日至 14 日, 维也纳)审议和作进一步讨论。

三. 审议破产法立法指南草案

A. 一般说明

19. 本届会议开始时, 一些国际组织介绍了其在破产法领域的工作状况。工作组得知, 世界银行的报告“有效的破产和债权人权利制度的原则和准则”已于 2001 年 4 月发表。在这方面, 据指出, 报告的一个重要目标是通过加强债权人权利的确定性和可预见性而促进和增强提供信贷的可能性, 从而债权人可以精确地评估其发放贷款的风险和后果。虽然在有些情况下似宜采取对应的政策, 但据指出, 这些政策不应介入破产制度, 除非可以适当平衡确定性和可预见性的目标。据指出, 为了按不同法域的特定需要调整上述原则, 将对各国进行调查, 作为落实报告的一种方法。在破产法领域开展活动的各国际组织确认了能够增加提供信贷可能性和降低信贷成本的机制的必要性。

B. 有效和高效率的破产制度的关键目标

20. 工作组在审议 A/CN.9/WG.V/WP.54 和 Add.1 和 Add.2 号文件中所载列的立法指南草案时, 首先审议了第 16 至 22 页第一部分中所载列的关键目标说明。有一种意见认为, 第一部分体现了为有效和高效率的破产制度所需的关键目标, 而且无须再作增添。有人提议说, 在关键目标中应明确指出, 有必要使破产制度既能依靠国家的法律制度又能依靠国家的商业制度, 其中商业制度的提法拟不仅包括商法, 而且还包括作为国家管理制度一部分予以承认的商业做法和惯例。还有人提议说, 关键目标的编写, 应与工作组关于指南草案实质内容的讨论同时进行。有人还特别指出, 第 19 段中论及对

² 《大会正式记录, 第五十五届会议, 补编第 17 号》, A/55/17, 第 186 至 192 段。

³ 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 18 号》, A/55/18, 第____段(尚未定稿)。

未能在早期阶段启动破产程序的制裁的置于方括号之中的词语引起了一些实质性问题，需要结合指南草案第二部分中的发动和启动予以审议。由于处理跨国界问题的规定对于有效和高效率的破产制度的重要性，所以有人提议在讨论时考虑到指南草案和跨国界破产示范法之间的关系，以便在以后阶段确定是否使示范法成为最后工作成果中的一部分。

C. 有效和高效率的破产制度的核心条款

1. 清算与重组程序之间的关系

21. 普遍认为，指南草案应附带指出现有各类程序的利弊，以确保灵活性，而且任何具体案件的程序的选择都将重点放在效率最高的解决方案上。会议一致认为，清算和重组两种程序都应作为备选方案予以列入，而且指南草案应既反映单一程序（关于究竟是清算还是重组程序最为适宜的决定是在申请启动程序后某一时间作出的，因为此时已有机会就何者最适于有关企业的情况作出评估）也反映双重程序（由启动程序的当事方选择清算或重组）。

22. 在注意到尽量增大价值是一项关键目标的同时，有人还指出，指南草案中也应提到这样一些情况：有时候，应在注意上述目标的同时兼顾到更重要的、因而可能需要采用不同做法的社会利益。据指出，指南草案应从破产制度其他组成部分的角度说明单一程序和双重程序所涉各种问题，而不是就采用这种或那种做法提出建议。例如，在采用双重程序的情况下，破产制度应有改用另一程序的安排，而且指南草案应表明这种程序的转换可能最为适切的情况，例如在由债务人或债权人启动的重组程序中和由债权人启动的清算程序中。虽然有人认为指南草案似乎也宜考虑哪一方寻求转换程序而不论其所依据的做法是体现债权人的利益还是兼顾所有利害攸关者的利益，但也有人表示关切说，这涉及一些应由本国法律解决的事项。在宜采取单一程序的情况下，有人认为需要有一个以暂停诉讼为保护的评估期，以使有关实体得以稳定局面并确定解决财务困难的最有效办法。

2. 破产程序的发动和启动

(a) 范围

23. 会上所表示的一项关切涉及第 24 段中提到有无可作为启动破产程序的基础的资产。有人认为，虽然说这一环节可能是启动清算程序的充分依据，但就启动重组程序而言却未免有论据不足之嫌。还有一项关切则涉及将国有企业包括在破产制度中的问题，而不论其是否以商业身份行事。

(b) 破产程序的发动

24. 工作组讨论了在鼓励及早发动程序与进行制裁以迫使及早发动程序之间取得平衡的必要性。有一种观点认为，实施制裁措施，例如那些旨在规定董事对破产期间进行交易承担赔偿责任的措施，经证明在许多国家都获得了成功，并使要求重组的申请越来越多。然而，在其他一些国家，虽然也规定了制裁措施，但制裁措施并未一直得到落实，因此，并未作为迫使发动程序的办法发挥作用。据建议，对实施这样的制裁措施需要认真加以考虑，以避免出现董事可以做出避免赔偿责任的防御性决定的局面，

或者在庭外程序的情况下，避免出现为了取得圆满的结果可能必须免除董事的赔偿责任的局面。据指出，赔偿责任问题与管理部门在多大程度上可以保持控制权和单独拥有一段制定重组计划的时间的情况密切相关。

25. 作为一项一般性建议，有人认为，指南草案不仅应当从第一部分规定的关键目标的角度而且要从各个专题对其他专题和政策的影响的角度审议每一个专题领域。

26. 关于发动程序以及应当能够发动程序的当事方的问题，与会者表达了不同的看法。普遍的意见是，债务人应当可以利用清算和重组两种程序。关于由债权人发动程序，尽管与会者对有关标准问题表达了不同的意见，但一般都认为，应当允许债权人发动清算和重组两种程序。

27. 关于由债权人发动程序的情况，有人支持由一个或多个债权人提出申请而不具体指明人数的观点，但也有人支持规定具体人数。有一种关切是，允许单个债权人提出申请可能会导致破产程序被用作普通债务执行程序的替代办法，因为债务可能更适合于在别处追讨。另一种观点认为，确定未偿债务价值的标准可能具有重要意义，这样，在单一债权人债权价值巨大的情况下，该单一债权人就可以适用，或者在若干债权人债权总合超过某个规定的金额的情况下，这些债权人也可以适用。另据建议，适用的标准应当明确提及拥有无争议债权的无担保债权人。关于发动程序的标准问题，一种观点认为，债务人和债权人发动程序应当适用同样的标准，另一种观点则认为应当采用不同的标准。就债务人而言，提出申请的依据可以是一般性暂停付款或者债务人未来无法偿还到期债务这种类似情况。据建议，该标准可以按照债务人“无法合理地预期会拥有偿债能力”的精神在指南草案中予以体现。

28. 在债权人提出申请的情况下，有人认为，如 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 51b 段所指出，债权人应当能够证明他们持有债务人没有偿付的已经到期的债权。提出的一个初步问题是，需要明确界定“到期”词语的含义，以避免引起纠纷。有人就下列情况提出了一个问题：债务是否真地需要到期；采取这样一个检验标准会不会不必要地限制进入破产程序，并广泛地影响贷款的成本和可获量。据说在下述情况下特别是如此：即使债务没有到期，但很明显债务人的情况将使债务人在债务到期时不能偿付。然而有人指出，如果不对进入破产程序规定任何限制，就会导致破产程序被用作强行索债机制的一种替代手段。一个相关的问题是，到期的债务是否需要由提出申请的债权人持有，持有未到期债务的其他债权人是否可能依据债务人具有到期未清偿的债务而提出申请。因此有人建议，如果载入到期的标准，可能需要规定例外情况，以便把债务人行骗、有优先对待某些债权人的证据或启动程序以进行谈判前重组等情况包括在内。

29. 关于债权人申请进入清算和重组程序的标准是否应该相同的问题，有不同的看法。一种看法认为，为了实现指南草案第一部分指出的关键目标之一，即及时、有效和公正地利用破产程序，标准应该是同样的，制订范围要广。为了反映该建议以及兼顾单一和双重程序的必要性，有人提议考虑采取大致如下的写法：

“开始或启动破产程序的申请可由下述方面提出：

- a. 债务人，在此情况下，债务人应当证明实际或者预期无能力偿付债务，或者证明债务超过债务人资产的价值。
- b. 拥有到期债权的一个或多个债权人，在此情况下，债权人应当证明该债权已经到期并且未予偿付。”

30. 据指出，该建议旨在确定一个商定进入程序的最低限度标准，指南草案可指出和

讨论可能的变式，如债务最低额要求，或债务不必到期。虽然普遍同意可采取上述笼统的写法，但也有人支持这样的检验标准，即债务人“在债务到期时无力或将无力偿付债务”。

31. 还有一种看法认为，债权人提出进入重组程序申请的标准应当比提出清算申请的标准更有限制性，所以应当增加一些标准，如要求债权人能够证明其企业可以继续营业并重组成功。如果增加上述标准，有人认为，应该提供明确的指导，指明需如何证明这一点，如拥有企业日常运营偿付债务的持续不断的现金，资产的价值将能够支持重组，债权人从重组得到的回报将比从清算得到的回报要大。有人表示关切，认为增加的标准可能成为进入破产程序的一个障碍，因此建议，只可从启动破产程序的后果和破产程序如何继续下去的角度来考虑这些标准。例如，有人指出，如果是对启动自动适用中止的制度，可在启动后对企业继续运营和重组成功的能力进行评估。在其他制度下，在启动重组之前可能需要这类资料，因为选择重组程序是以重组将最终获得更大的回报为前提的。还有人指出，选择进入重组的标准取决于破产制度的目标；如果目标是获得最大价值，其要求便不同于目标是收回资产时所适用的要求。有人重申在指南草案中需要对这些政策问题进行讨论。

32. 关于法院在启动程序中应起的作用问题，有人认为，虽然法院不一定要发挥重要的监督作用(这一作用可由一行政机构发挥)，但当事方应该总是要诉诸于法院来解决争端的。据指出，法院作为监督机构过多参与可能会误事，使重组程序不具成本效益，特别是就中小企业而言。还有人提出，在有些国家，例如在司法机构非常小的国家里，期望法院发挥重要作用是无效和不切实际的。另一种观点是，法院的作用对监督破产程序非常重要，其他机构不管组成如何都不能替代法院发挥这一作用。

33. 工作组审议了 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件中第 51c 段所载关于由政府机构提出破产程序申请的建议。与会者广泛支持由这样的机构提出破产程序的可能性。然而，大家担心，把发起破产程序的大权赋予这样一个机构，可能产生不确定性，因此是不适当的。

34. 有人建议应该扩大指南草案的解释部分，以便提及除违犯刑法之外某些特定的违法情形(例如行政和环境法)也可作为政府机构提出破产程序的触发因素。该建议没有得到支持。此外，还有人指出，过于扩大公共机构能够提出申请的情况，将超出破产法的范围。

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

36. 另有一项建议认为，政府机构提起破产程序的权力不应只适用于清算程序，还应适用于重组程序，以便确保在有可能重组而债务人和债权人均未提出申请的情况下维护公共利益。

(c) 启动

37. 工作组审议了与破产程序的启动有关的若干问题。关于确保迅速考虑启动程序的申请的必要性的问题，一般认为应当迅速作出这一决定，以避免价值遭到分散，并确保债权人的确定性和透明度，特别是在启动会影响其行使权利的能力的情况下。据指出，以便于早日方便介入程序为目的的进入标准，也可推动法院考虑启动的申请，而且，及时性问题的因此而同请求法院在做出这一启动决定方面做些什么的问题密切相关。

38. 有一种意见认为，启动的决定或多或少地应直接根据进入标准的简便性作出，避免迟延的纠纷。据指出，在有些制度中，债务人自愿申请便是承认破产，并将起到自动启动的作用，除非可以表明债务人是在滥用程序躲避债权人。关于重组，有人指出，进入标准的目的是提出一种可作为破产推断或破产初步证据的标准。在这种情况下，除非债务人的申请有争议，否则应毫不迟延地启动程序，尽管启动并非自动的而且还需有法院的正式决定。另一种意见认为，进入标准只是程序的开始，还须由法院慎重考虑若干有关问题后才能作出启动程序的决定，例如所寻求诉诸的程序对债务人而言是否十分合适等等。有人针对这一意见指出，债务人评估问题和程序对债务人是否十分适当的问题，可通过清算和重组间互换的规定来予以解决。有的与会者支持这样一种意见：虽然说债务人申请可起到影响几乎是自动启动的作用，债权人申请却起不到这样的作用，因为这种申请须及时予以确定。

39. 有一种意见认为，迅速决定虽然可取，但可作出决定的时间期限实际上却因案例的不同而不同，因此规定时限是不切实际的。据指出，在法律规定了时限的情况下，时限往往受到忽视，而且规定有效的制裁手段以便执行这种时限也很困难，特别是在不遵守时限者是法院（而不是行政当局）的情况下。有人指出，在确保债务人或债权人及时提出申请方面，采取制裁也许更为合适。另一种意见认为，为了确保债权人和债务人两方面的确定性和透明性，应规定固定的时限。

40. 经过讨论，普遍的意见是应采用灵活的做法，即强调速度的可取性并就合理范围提出指导意见，而且还要承认国家在确定优先事项方面需要使其破产制度适应其司法系统总体制约因素及资源情况以及地方的需要。

(d) 通知要求

41. 工作组审议了 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 54 段中所载申请通知应发给债务人（在债权人申请的情况下）和债权人（在债务人申请的情况下）的提案。

42. 工作组一致认为，破产程序通知不仅是适当的，对于确保破产制度的透明性——这是贸易法委员会跨国界破产示范法所追求的重要目标之一，以及对于在自愿程序下确保债权人平等获得信息，也是十分关键的。

43. 至于通知的发出时间，普遍的意见是，对于向债务人发出的通知以及向债权人发出的通知，应区别予以对待。与会者广泛感到关切的是，立即将债权人或政府机构提出的申请（即非自愿程序）通知债务人是适宜的，但在启动前将债务人申请通知债权人却可能起消极作用，因为这会不必要地影响到债务人在其申请遭到拒绝时的地位，而且可能会促使债权人采取最后时刻讨债行动。有一种意见认为，在自愿程序的情况下，对债务人的这种偏见便无足轻重了，因为债务人已就其破产情况作出了评价。这一意见未得到支持。与会者指出，在启动是申请的自动结果的法律制度中，这些问题是不会发生的。

44. 经过讨论，工作组一致认为，非自愿程序通知不应在启动前发出。据指出，这种解决办法同贸易法委员会跨国界破产示范法第 14 条中所采用的做法也是一致的，其中明确提到了作为通知的依据的启动。工作组还对下述意见表示了欢迎，即，指南草案应就需由其发出通知的当事方（例如债务人或法院）以及确保通知有效的方式提供指导意见。

3. 启动破产程序的后果

(a) 破产产业

45. 一般都认为，有必要强调由国家法律就拟包括在破产产业之内的资产规定明确规则的重要性，因为这对国内和国外债权人都有好处。

46. 关于应予包括在内的具体资产的问题，一般的意见是，应将截至破产程序启动之日止债务人拥有权益的所有资产都包括在内，而不论其为有形资产或无形资产，也不论这些资产是否由债务人实际拥有。与会者也赞成这样的意见：破产产业还应包括破产程序启动后由破产代表获得的任何资产。有的与会者还进一步提议说，有必要涉及具体的合同安排，例如为担保信托或信用安排和委托货物的目的而产生的转让。有人还指出，指南草案将有形和无形资产的概念的解释范围予以扩大是有好处的。

47. 与会者就是否也应涉及对某一债权人的担保权益的资产包括在内的问题发表了各种意见。有些与会者支持这样的意见：一般而言，应将这类资产排除在外，除非经证明其中一项或多项资产对于顺利重组至关重要。据指出，这样一个原则将可大大提高信贷的可用率，因为它将使担保债权人相信其权益不致因破产程序开始而受到不利影响。

48. 不过，也有人支持应将担保资产包括在破产产业之中的意见。有人指出，允许担保债权人行使对担保资产的权利不仅会有损平等对待债权人的原则，而且也会影响完成顺利重组的可能性。有人解释说，在程序开始时保留属于债务人的几乎所有资产，对于企业实现重组是至关重要的。在这方面，也有人解释说，将担保资产包括在破产产业之内并不等于说担保债权人被剥夺了保护其权利的充分手段。还有人认为，不应如此强调是否包括在产业之中的问题，而应强调担保资产是否应由破产程序管束的问题。

49. 还有一种意见认为，担保资产在清算时所遵循的制度应不同于在重组时所遵循的制度，但这种意见未得到支持。

50. 另外一种意见是，应将属于债务人的所有资产都包括在破产产业之中，而不管其所在地在何处，因为这样做是同贸易法委员会跨国界破产示范法中所采取的做法一致的。有人在答复这一点时指出，指南草案并不打算涉及与破产法跨国界方面有关的问题，因为那些事项已由示范法处理，而目前的工作并不是要对示范法做任何改动或修正。

51. 得到广泛支持的一种意见是：在债务人为自然人的情况下，有些资产可不包括在破产产业之中。至于可予排除在外的资产的确定，有一种意见认为，应对个人损害索赔适用排除条款。经过讨论后，工作组一致认为，鉴于不同法律制度做法上的不同，由指南草案列入过分详尽的内容是不适宜的，应予排除在外的资产的具体清单应由国家法律规定。因此，工作组一致认为，指南草案应建议国家立法者明确确定各种应予排除在外的资产，并将其数目限制在为保护债务人个人权利所必需的最低限度之内。有的与会者还进一步认为，案文应确定并讨论不同国家采取的不同做法所可能依据的各种政策选择。

52. 会议还讨论了为第三方所有的资产的处理的问题。有人关切地认为，如果将这些资产排除在破产产业的范围之外，实现重组的可能性将会大受影响。有人指出，在多数情况下，为企业运营所用资产至少有一部分是由债务人以外的一方所拥有并由债务人根据包括租赁等在内的合同安排所保留的。一种意见是在指南草案中列入这样的原

则：第三方资产不包括在破产产业之内，除非这些资产为企业运作的继续或维持所必需，条件是做出了将在这些资产用于破产程序的范围之内保护出租方的充分安排。

53. 还有一种意见认为，应根据究竟是涉及清算还是涉及重组的情况对第三方资产作不同处理。据指出，虽然说保留债务人持有的资产在重组情况下对拯救企业的可能性本身也许是至关重要的，但在清算情况下却并无这种必要。与此不同的一种意见认为，在程序开始时防止肢解产业，对于在清算情况下确保最大的价值，也是至关重要的。

54. 另一种意见认为，债务人根据合同保留的资产的处理问题，应结合合同的处理而不是破产产业问题予以讨论。在这方面，人们普遍认为，所有人根据合同而拥有的权利应予保留，以便确保资产由破产程序处置。因此，有人解释说，破产法将不影响资产的所有权，而只是限制这些权利的行使方式，其目的是为了破产程序的种种需要。

55. 讨论表明，破产产业的概念因法律制度的不同而不同：有些法律似乎将第三方资产问题视为与产权有关的问题，另一些法律则似乎是结合合同处理问题来处理这一问题。不过，普遍的意见则认为，破产法应提供某些机制，以确保企业运作中所用第三方资产可用于破产程序之中，这既有利于重组，也有利于由破产程序处置的资产价值实现最大化。

56. 一种得到普遍支持的意见是，破产代表应有权收回违反平等对待债权人原则非正当转移的债务人财产。与会者也支持这样的建议：指南草案应明确说明为什么要有这种收回权种种政策理由。与会者还就应予行使收回权的行为的类型和可实行收回的时限问题提出了一些建议。一种意见认为，虽然说拟议的案文似乎采取的是以当事方的意图为准的做法，许多法律制度却是以应予撤销的交易的有害影响为依据，而在这方面，需要作出政策决定。针对这一意见，有的与会者指出，鉴于不同法律制度在这方面采取的做法的不同，指南草案不应就可行使收回权的条件列入过分详细的内容。还有人指出，对交易类型和有关时限这两个方面的种种详细区分，是在立法指南专门讨论撤销行动一节中讨论的。因此，工作组同意将这一问题的进一步讨论推迟到下一阶段进行。

(b) 程序的中止

57. 在审议中止的适用究竟是自动的还是酌定的以及中止究竟是在提出破产程序申请时还是在启动破产程序时适用的问题时，工作组一致认为有必要对清算程序和重组程序的申请加以区分，并对可提出申请的当事方加以区分。据指出，虽然指南草案中明确列出了中止自动适用的理由，对酌定适用的好处的讨论还需扩大一些。与会者回顾说，贸易法委员会跨国破产示范法已涉及中止的适用问题，并建议使立法指南中采用的做法与示范法中的保持一致。

58. 关于无担保债权人，有的与会者认为，中止应在提出清算程序和重组程序申请时自动适用于所有债权人，而不论申请者为债务人还是债权人。在申请为清算申请时，中止在启动后的继续可为酌定性的，但在申请为重组申请时，则自动中止在启动后将继续适用。据指出，可能有必要区分企业作为继续运营实体出售的情况和直接进行企业清算的情况。另外一种得到一定支持的意见是，中止（应在清算和重组程序中都自动适用而不论这些程序是由债务人还是由债权人发动）应在程序启动时适用。为了解决申请与启动之间这段时间的问题，与会者议定应采取一些临时措施。与会者也支持这样的意见：如果申请者为债务人，则中止应自提出申请之时起自动适用，以避免债权人加以滥用的可能性。据指出，在债务人提出申请将导致自动启动而无须法院作出

任何正式决定的法律制度中，这种自动适用有着特别重要的意义。

59. 至于中止对担保债权人的适用，一般都认为，如果拟将担保权益包括在中止的范围之内，则应在指南草案中强调指出，不应将这种将其包括在内的做法视为对担保权益的否定。有一种意见认为，无论是在清算程序中还是在重组程序中，都有必要限制担保权益的行使，以确保那些程序的各项目标的实现，但在这样做时也要兼顾担保权益的维持和保护问题。与此相反的一种意见认为，不应将担保权益包括在中止的范围之内。据指出，如果将其包括在内便会破坏当事方自主权和债务人与担保债权人谈定的条件。有人在支持这种意见时指出，一种对担保债权人适用中止并寻求通过保护担保权益的价值来抵消种种消极影响的制度很可能是十分复杂的，费用也很高，而且往往要求法院能就适当保护问题作出困难的商业性决定。在中止不适用于担保债权人的情况下，将问题交给有关当事方间谈判解决便是适宜的。关于这一点，有人指出，在许多制度中，显然都既照顾到了中止的需要，也照顾到了债务人与债权人之间为达成协议而就如何进行问题进行的启动前谈判的有无和有效性。据指出，在有些法律制度中，这种启动前谈判在帮助债务人及其债权人达成协议方面是有效的，所以并不需要适用中止。有一种变通做法也得到了一定的支持，即，在启动时短期自动适用中止，以便能对债务人财务状况进行评价，从而确定程序如何继续，与此同时，还应辅之以在向法院提出申请时取消中止的规定，只要能表明担保物的价值受到了不利的影响。

60. 关于“preferential or priority creditors”（优先债权人）的问题，有的与会者指出，这些术语在不同的法律制度的用法是不同的，指南草案有必要将其区别解释清楚。例如，在有些法律制度中，“priority creditors”（优先债权人）指的是拥有单纯占有权的债权人，而在另一些法律制度中，则指的是仅有分配优先的债权人。一个与此有关的问题是可能为这些不同类型的债权人所持有的不同权益以及这些权益是否属于将受中止影响的那些权益的范围的问题。一般的意见是，这些类型的债权人中有些将属于受中止影响的无担保债权人的类别之中，但有人提议由指南草案明确涉及这些问题。

(c) 合同的处理

61. 工作组讨论了由破产代表终止、继续和转让在启动时未履行的合同的问题。关于终止，一般都认为，在破产代表的终止合同的能力与信贷的供应水平之间有着直接的联系。据指出，破产代表终止权越宽，信贷的成本就越高，供应水平也越低，因此有必要在这两种相互冲突的需要间慎重权衡。

62. 工作组讨论了破产代表未在指定期间作出继续维持的决定时合同可自动终止的问题。有一种意见认为，规定这样一种自动终止可能有好处，可以在债务人显然无力履行合同的情况下避免诉讼费用。还有人进一步指出，不提供自动终止机制的结果将是，破产代表不得不就所有未履合同的决定发出通知，这一负担会不必要地增加程序的费用。

63. 但是，普遍的意见却是，提要一节（A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 113(b) 段）中所载“在规定时期内未作出继续维持的决定的情况下自动终止”的规定过于广泛。与会者就如何使范围更为集中的问题提出了几种意见。一项建议是，案文应说明只有合同有明确规定时才才可自动终止。在这方面，有人指出，作为一项一般原则允许自动终止，可能会使债务人受到被剥夺某些对企业继续运作至关重要的供应的危险（例如电、水等）。有人在作复时指出，这一规则的目的不是为了给予对方缔约方以终止合同的权力，而是为了使破产代表避免不得不发终止决定的通知。有人还进一步澄清说，这一规定的目的并不是为了修正对方缔约方根据合同所享有的权利。另外一项建

议是，应当规定一个期间，以便一过这一期间便可适用自动终止。

64. 另一种意见认为，自动终止应仅限于已由国家法律明确确定的合同类别。据指出，这一机制虽然从健全的经济考虑看颇有道理，但却会造成过多的不确定性，从而会影响破产制度的可预见性这一关键目标。另外的一项关切是，在破产代表未充分了解未履行合同的情况时，自动终止可能会造成不确定性。

65. 有人指出，自动终止的目的是确保确定性：一方面，这一机制迫使破产代表就程序启动时未履行的合同及时做出决定；另一方面，它也使对方能消除对于合同在合理的期间内继续存在的不确定性。

66. 另一种意见认为，自动终止合同的问题需要视所涉究竟是清算还是重组而作不同对待，因为两种程序所采用的政策并不相同。在这方面，有人指出，虽然说在清算时有理由假定破产代表不就合同做出决定很可能意味着做出了终止的决定，在重组时如此假设却不一定总是合适的。

67. 普遍的意见是应当保留自动终止机制，但对其范围作一些限制。有人支持在立法指南中确定一些可指导破产代表就是否终止合同做出决定的标准，同时考虑到清算和重组应有不同的标准。另外有人还指出，概述自动终止的政策理由，对于那些规定削减合同权利须有具体理由的法律制度来说，将是十分重要的。

68. 有人还认为，除了终止合同权以外，破产代表还应有权拒绝承认包括在破产产业之中的其他财产，只要该财产会构成负担，例如如果予以保留便会造成过多的开支。虽然有些人支持这种意见，但也有人指出，在赋予这种权力的同时，还应作出一些安排，以允许将被拒绝承认的财产赋予另一人。

69. 有的与会者也支持使破产代表能确保合同的继续的意见。但是，工作组一致认为，应对这种权利的范围加以限制，将那些不可能予以继续的合同排除在外：即将那些履行合同的关键取决于债务人个人特征的合同排除在外。有人建议说，应在提要中举例说明（可按 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 106 段中所概述的精神举例）。另一种意见认为，提及法院的可能干预（见 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 116 段开头语和第 116(a)段），同就终止所采用的方针（未提及法院）并不一致，因而是恰当的。

70. 有人也支持提及破产代表继续合同的权利所依据的理由，这同就终止提出的建议是一样的。据解释，破产代表继续维持合同而不论对方是否同意的权利，应当通过某种补偿机制来兼顾对方的利益。有人还认为，对方应有权请破产代表在做出决定前听取其意见并同其协商，而且应有对决定提出质疑的手段。

71. 关于合同的转让问题，有一种意见认为，应象在继续维持的情况下那样对规定的范围加以限制。在这方面，有人指出，对于那些债务人具体特征对履约至关重要的合同，应当排除转让可能性。有人就此指出，可不赋予破产代表以此根据合同应属于债务人的权利的那些权利范围更广的权利。

72. 经过讨论，与会者多数认为，应当保留破产代表转让在启动时未履行的合同的权利，但应充分限制范围。支持这种意见的人还认为，在某些情况下，终止会使对方缔约人为得到意外的好处（例如在合同租赁价格低于市场价格的时候），而且，规定合同继续维持和转让可能会使破产产业从合同价格与市场价格的差价中获得好处。

73. 至于禁止转让条款问题以下意见得到了支持：应使破产代表能将这些条款作为无效条款对待，但指南草案应当指出，这种对待办法对对方会产生什么后果。与会者还

进一步指出，这种解决办法同国际贸易应收款转让公约草案中所采用的方针是一致的。另一种意见认为，应对 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 118(b)段中置于方括号之中的“所有当事方”一语加以澄清，明确说明该语系指原始合同的所有当事方而非转让的当事方。

74. 一般都认为，指南草案应指明，有必要将金融合同（包括货币互惠信贷、利率互惠信贷、衍生品及类似合同）从使破产代表能对合同进行干预的规定的范围中排除。据指出，保护金融投资者的权利（特别是根据与合同有关的规则和安排享有的净头寸权、合同终止权和担保物求偿权），对于确保整个金融市场的稳定是至关重要的。与会者还进一步指出，从这些合同的具体特点来看，这样特别对待似乎是恰当的，而且这类特点同样也使国际贸易应收款转让公约草案将其排除在适用范围之外。与会者赞成这种观点，但也一致认为，应在指南草案中指出支持对这些合同采用特别制度的理由，因为这里所涉及的是平等对待债权人原则的一项重大例外情况。

75. 人们广泛支持这样一种意见：雇佣合同应受特别制度管束，因为在破产背景下处理这类合同有着重大的社会含义。有一种意见认为，指南草案应提及这一问题所涉社会政策考虑和将其排除在一般规则范围之外的理由。还有一种意见认为，指南草案应当建议，为透明起见，还应在破产法中明确提及破产代表在终止这些合同方面权力有限。

76. 普遍的意见是，立法指南应涉及抵消问题。有一种意见认为，由于这一问题是一般私法问题，所以不应结合合同的处理予以讨论。但这种意见未得到支持。

(d) 撤销行动

77. 工作组在开始进行讨论时有与会者注意到，撤销行动执行起来可能代价很高，有与会者建议工作组将重点放在拟订有助于简化这些行动的标准上。有与会者指出，在某些法律制度中，由于采用了针对个别情况的做法，较为详细地考虑交易当事方意图或可能属于其正常商业安排的某些问题而造成诉讼过度。目前已将这种主观性的做法改为较为简单的客观性做法，即既规定较短的存疑期（3-4 个月），在一条任意性规则中规定对该期限内进行的任何交易都可存疑，除非交易各当事方大体同时进行价值交换。

78. 有与会者注意到，鉴于撤销行动所可能带来的费用，某些法律制度曾考虑过如何为负担这些费用而筹集资金。可能采取的做法包括：只要其他债权人同意，在破产代表选择不采取行动的情况下允许债权人个人采取行动；允许破产代表将采取行动的权利有偿转让给第三方；允许破产代表与贷方接洽，预支启动撤销行动所需的资金。有与会者注意到，如果采取这些做法中的某些做法，采取行动债权人就能够使用收回的资金或至少使用部分收回的资金实现其索偿要求。有与会者注意到，在其他制度中，政府负责向破产代表提供资金，以便其不仅采取撤销行动以收回资金，而且还采取针对董事的行动。有与会者对可能有利于债权人个人的利益而背离破产程序集体性质的某些做法表示出某些关切。有的与会者支持那些允许私人筹资的机制，他们指出，各国在动用公共资源为撤销行动筹集资金方面情况颇不相同。如果需要使用破产产业的资产资助这类行动则又会产生另一种困难，这尤其是因为可能出于阻止撤销行动的具体目的而阻止已从破产产业转移的财产的收回。经讨论，与会者表示支持设立一个机制，在破产代表不愿意采取行动收回资产的情况下允许债权人采取行动收回资产，或在没有其他任何选择的情况下争取从外部筹集资金。

79. 工作组讨论了 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 125-129 段所述可能需要采取

撤销行动的几种交易。工作组初步表示在清算和重组期间都应有权采取撤销行动。据指出，重组同清算一样涉及到根据优先权进行分配。因此，如果债权人在启动以前不久获得可能会影响其优先权的某种好处，则不应使其能保留这种好处。

80. 关于撤销权的范围，有与会者建议，指南草案应使用交易的说法，而不是付款或转帐的说法，因为后两个用语范围过于狭窄。另据指出，可撤销交易的主要类型应该为欺诈性交易、价值低估的交易和优惠交易，无效担保权益、赠金、抵消、在发动破产程序后擅自转帐及与正常的商业交易严重不符的交易等其他类型是作为这三种类型的具体范例而列入的。指南在讨论这几种类型时应指明哪几种交易可能会无效，而不只是指出哪些交易可能是可撤销的。另一个建议是，指南草案不仅应将重点放在上文所述的那几种交易上，而且还应重视交易的后果及交易所涉各当事方之间的关系。在后果方面，有与会者举出了董事可能会付清他们在破产前阶段所担保的所有负债的例子。尽管付款本身是可以接受的，但需要考虑到这类付款的影响。关于当事方之间的关系，有与会者指出，可能需要特别注意与内部人员的交易。有与会者回顾说，工作组曾商定将金融交易排除在破产代表的权限范围以外，以免影响这类合同，因此，这类合同不得予以撤销。

81. 关于存疑期的一般性看法，有一种观点认为，期限应在法律中予以确定，而不应交由法院追溯确定，因为那样做无助于法律的明确性和可预见性。另一种观点认为，可以允许法院在某些情况下延长固定的期限，从而给法律增添某种程度的灵活性。有与会者指出，有些国家采用了这种将客观性和主观性结合在一起的标准。有与会者针对这一点指出，这种做法可能无助于作为指南草案第一部分所述关键目标的可预见性和确定性目标的实现。然而有与会者认为，在被隐匿交易能使产业减少等某些情况下可能适宜延长存疑期期限。另据指出，指南草案需明确说明存疑期开始的时间，即究竟是在破产程序申请之时还是启动（系指破产决定的作出）之时。

82. 关于欺诈性转帐，工作组商定这些转帐可予以撤销。在存疑期方面，有一种观点认为对欺诈性交易的撤销在时间上不应有任何限制。另一种观点认为，需要在时间上规定一个期限，但期限应该比较长。

83. 关于举证责任问题，有与会者建议，有待考虑的问题是交易的本意是否是要阻止、延迟或不许债权人获得价值或交易是否产生了这样的效果。据指出，由于意图是欺诈的基本要素，所以除非效果是意图的结果，否则光具有使债权人败诉或受阻的影响是不够的。此外，有与会者指出，欺诈性意图必须能够为交易对方所辨认。有与会者指出，一个实际问题是，如果一当事方无法解释从产业获取价值的某一交易的商业目的，则就比较容易证明该交易属于欺诈性交易。与会者提请工作组注意到许多按照非破产法完全有效而按照破产法则有可能属于欺诈性的交易的必要性。

84. 关于交易究竟应根据法律自动撤销还是按照破产代表的申请予以撤销的问题，有与会者指出，必须区分无法自动撤销的欺诈性交易和参照固定存疑期自动撤销的其他类型的交易。

85. 在讨论价值低估的交易时，有与会者指出，必须区分涉及债权人的交易和涉及第三方的交易，因为后一种交易也可归为赠金。有与会者指出，对价值低估的交易需要有一个较长的存疑期。

86. 关于优惠交易，有与会者指出，衡量的标准是看交易是否涉及同时交换价值。这方面的例子可包括在未到期债务方面的不正常付款。有与会者指出，这类交易所涉范围不只限于向债权人付款，列入这类交易的应不仅是有利于债权人的交易，而且还包括与第三方的交易。有与会者针对这一意见指出，如涉及第三方，就很难界定交易的

优惠性，而且可将涉及对第三方给予优惠的交易归为价值低估的交易或赠金（不过有与会者指出，在某些法律制度中，某些赠金是可以允许的）。有与会者建议还应列入涉及实物支付的交易。关于所需的存疑期，有与会者建议，存疑期应该比欺诈性交易或价值低估的交易的情形下所适用的期限短一些。

87. 有与会者对究竟是哪一种无效担保权益作为某种可撤销交易表示关切。一般都认为，这种可撤销交易应包括根据以往的考虑所提供的担保。然而，有与会者指出，这种类型的可撤销建议还可包括留置权等本身并非无懈可击但可根据禁止破产法予以撤销的担保。工作组进一步指出，作为一般事项，与担保权益的有效性或无效性有关的问题理应是相关的具担保交易法律的范围，并且是破产法工作组与 2002 年 5 月将开始进行具担保交易方面的工作的工作组之间的合作主题。

88. 有与会者指出，抵消本身不可予以撤销，但如果抵消所产生的影响会改变抵消当事方之间债务的平衡，从而形成一种优惠情况或抵消发生于无合同的不正常情况，则可予以撤销。

89. 如果未经批准的交易是在程序申请以后但在启动以前发生，则该交易应为无效而不是应予撤销，以避免争端。关于同普通商业惯例不符的另一种交易，有与会者认为，这种交易从性质上说在较大程度上属于对优惠交易指控的一种抗辩，为此可证明该交易符合通常的做法或与特定债权人正常的商业往来一致。一种与此相反的意见认为，应将这些类型的交易单独列为一类。然而，有与会者指出，很难确定衡量“与通常的商业惯例不符”的标准，尤其是如果这类交易属于从表面上看属于普通的商业往来，只有仔细观察才知并非如此的交易。另据指出，这类标准会引起一个应有谁负责确定的问题。

4. 程序的管理

(a) 债务人的权利和义务

90. 普遍认为，在涉及清算时，债务人的权利和义务问题，在涉及清算和重组时是不同的。如果企业继续经营（或是作为营业实体出售，或是实行重组），债务人势必要更多地参与。

91. 普遍支持债务人有义务及时透露企业财务状况的全部资料，认为此种义务有利于保持信心和便于破产代表适当地评估企业。关于重组，有人认为，债务人及时提交资料会有助于增进债权人对债务人继续管理企业的能力的信心。有人提出，这种义务应当扩大到所有有关的资料并将程序启动之前各年份的有关资料也包括在内。

92. 关于重组，工作组一致认为，债务人继续参与企业管理是可取的和适当的。人们指出这种做法可能会有好处，特别是对于个人企业或小型合伙企业。如果债务人保留管理方面的主要责任，例如按债务人作主的办法，则有必要由法院实行监督（而且可能需包括任命一名破产代表）。普遍认为应当平衡在重组范围内给予债务人的权力，通过提供高效率的机制使债权人能够采取适当行动。关于这个问题，有人认为，程序启动后，债务人主要是对债权人、而不是对股东负责。另有人认为，把指定调解人的权力赋予法院，对于解决因债权人漠不关心而可能妨碍拟订和批准重组计划的情形并无好处。另一项建议是，可能需根据企业的规模区别对待债务人的权利和义务。

93. 对于一种靠债务人和法院指定的破产代表之间分享权利和职责的办法，人们表示支持。按照这种办法，债务人继续负责企业的日常经营，破产代表监督有关的交易并

负责计划的实施。

94. 经过讨论，工作组一致认为，还是有必要对启动破产程序和批准重组计划之间的阶段和批准重组计划之后的阶段加以区分。人们认为，虽然不妨在前一个阶段中在法规中提出具体规则并规定拟涉及的独立代表，但在计划批准之后以及在计划的整个实施期间则以采用比较灵活的办法更为可取，因为这样做能够扩大当事方自主权的范围，从而增加重组成功的机会。

95. 工作组讨论了债务人发表意见的权利问题。一种关切是，如果作为一般原则申明此种权利，则有可能导致因手续和费用而不必要地阻碍程序的进程，特别是在涉及清算程序时。因此，有人建议将此种权利限制于债务人有切身利益的情形，包括债务人的财务状况和债务人的个人权利。对此有人提出，有些法系把被听取意见的权利视为宪法性质的基本权利；对此项权利加以限制，可能更难以对在允许这些限制的法系中实施的程序给予承认。另有人指出，作为一般规则规定债务人可以参与决策，最终会增进对破产制度的信心。因此，人们一致认为，指南草案应当强调需避免因行使此项权利而造成滥用，以致于对程序的迅速实施造成不利影响。

96. 另一项建议是，还应在指南草案中论及其他一些问题，例如，因程序启动而解除对个别债务人实行的限制以及程序终止后解除全部或部分债务，等等。

(b) 破产代表的权利和义务

97. 关于由谁指定破产代表的问题，有人认为，任何解决办法都应做到促进独立和公正的人员的选定；一般都认为，由法院或债权人任命比由债务人任命更有助于保证独立性和公正性。在这方面，有人指出，由债务人进行任命有可能导致与债权人求偿权和歧视债权人有关的大量争议。有人还进一步指出，现在的趋势是由一个可利用拥有有关部门经验和知识的专业人员的独立任命机构任命破产代表。

98. 与会者就各国破产代表选定的有关程序作了发言；这些发言有的是采用介绍资料的方式，有的则是采用以供编写指南草案建议时考虑的建议的方式；其中包括：应当要求可能被指定的破产代表披露可能表明有利益冲突或缺乏独立性的情况；这一职务的候选人应接受指定的机构的培训并应有执照；代表是按照旨在对代表公平的（就某些其中资产不允许全额支付代表薪酬的案件的分配而言）制度从名册中轮流选定的，但并不一定能保证在每种情况下都选出最合适的人。据指出，在确定这种程序和要求时，应当考虑到的一点是，要求过分苛刻会增加程序的费用，而要求过低则不能保证所需服务的质量。

99. 关于破产代表应具备的资格问题，有人认为，A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 145 段已充分反映出应予考虑的各种问题。有人提议添加一句，指出破产代表必须是“适当和合适”的人选，而且其履行不同的受托职责。与会者还提议，指南草案可提及：在破产案件因为无资产为破产管理提供经费而不能指定由私人破产代表负责的情况下，有必要任命政府官员负责。

100. 与会者认识到，破产代表应受职责标准的管束，但这些标准应与代表作出决定时所处的情况相一致；因此，有些人提议说，职责标准不应比对公司经理的更为严格，而且应当与一个谨慎任职的人所应达到的标准相符合；或者根据要求其出于正当目的本着诚意行事所应做到的情况制订标准；据指出，谨慎程度标准不应过于严格（尤其不应采用适用于民事侵权行为的谨慎程度标准），以免引起针对该代表的诉讼从而增加服务的费用。

101. 有人提议说，关于代表的更替或解职的规定，应同代表未能根据规定标准行事的情况联系起来，但有一项保留，即，根据程序中所规定的职责和特权的具体情况由债权人自由解除代表职务而无须说明任何理由可能是恰当的。对此有人提出，如果指南草案论及在提出理由或不提出理由的情况下的解职，则还应讨论是否需在破产法中对产业资产所有权的替代和继承作出规定。据指出，破产代表在有些国家被看成是法院官员，由法院确定其职责的级别和解职的理由。

102. 关于是否需要破产问题从业人员责任保险或规定一种为其任何失职行为提供担保的义务（例如保证公司的债券等）的问题，有人提议说，这些义务应与破产程序参与者风险正当分配的情况相一致，而且应兼顾到控制服务费用的必要性。

(c) 债权人的求偿权

103. 工作组讨论了债权人提出求偿的问题。一种看法认为，为了具有确定性，提出求偿有个规定的时限是可取的。一个相关的看法认为，应该规定对推迟提出求偿的制裁。然而，有人表示关切，认为对提出求偿规定时限可能导致对外国债权人的歧视，外国债权人在许多情况下可能不能在规定的时限内提出求偿。据指出，如《贸易法委员会跨国界破产示范法》第13条所规定，该结果可能造成违反平等对待国内和外国债权人的原则。还指出，该结果可能与破产法改革的国际趋势相悖，破产法改革的国际趋势明显地在致力于废除基于债权人国籍的任何歧视。还澄清说，如果求偿在资产分配之前提出，如果因迟提出求偿而引起的任何费用由债权人来承担，没有规定时限将不会对破产产业造成任何损害。另一种看法认为，如果规定一种时限，这种时限不应该产生妨碍作用。

104. 针对上述的看法有人指出，该问题通过采取以下办法便可得到充分解决：规定较长的时限，或就像一些法律制度中所规定的那样，对外国债权人规定一种特定的时限，或者允许法院根据严重受阻的证据延长时限。还有人建议，该备选办法也应对国内债权人适用。还指出，外国债权人迟提出求偿的问题与是否向这些债权人提出充分通知密切相关，指南草案应当提及《贸易法委员会跨国界破产示范法》中规定的充分通知外国债权人的义务。还指出，建立载有国家商业登记处的资料的国际数据库对及时向债权人提供信息并帮助确保平等对待债权人将是有益的。

105. 关于外国债权人，有人提出是否可以非破产程序的语文提出求偿的问题。工作组一致认为，允许债权人以自己的语文提出求偿可大大便于外国债权人的介入。因此建议，指南草案建议减少必须以特定语文提交文件或必须根据国家法律的规定采取诸如翻译或公证的具体手续形式而产生的困难。

106. 有人指出，平等对待外国债权人与一非破产程序国家的货币换算求偿权数额的问题连在一起，即与进行换算的时间问题有关。据指出，由于货币汇率的不断变动，在程序启动时而不是在提出求偿时或分配时确定换算可能导致求偿权数额的巨大变差。有一种看法认为换算应该在求偿利息停止应计的同时，即在程序开启时进行，这种看法没有得到支持。工作组一致认为，指南草案应当提请注意该问题，概述各种可能的备选办法，但并不提出具体办法建议。

107. 关于求偿声明书应该由破产代表而不是由法院来编制的看法得到了广泛的支持，因为据认为，这样做与减少妨碍核实求偿权过程的手续的预期目标是一致的。据指出，如果允许根据适当的声明（例如宣誓书）便可承认求偿权，对欺诈行为加以刑事制裁，并允许包括以适当保存的会计帐簿作为证据的求偿权，这些手续还可进一步减少。虽然普遍支持确保有效性和手续简化的目标，然而有人指出，指南草案应当澄清，对破

产代表承认或拒绝求偿权的决定是可诉诸法院的。

108. 一个关切的问题是，该解决办法在很大程度上依赖破产代表的自由裁量权，从而可能很容易导致延迟，或者甚至同债务人进行串通，从而破坏制度的可预测性。因此有人建议，在程序启动时尚未决定的求偿权应在自动的基础上予以承认，但不影响诉诸法院的可能性以便对接受或排除某一具体的求偿权提出质疑。据指出，在采取这一办法的同时还需要建立一种机制，以便确保所有有关当事方都能得到关于自动包括在内的求偿权的充分资料。

109. 工作组承认规定自动承认求偿权的办法有好处。据指出，自动承认求偿权可避免许多困难，这些困难大部分与破产代表必须在程序开始时就对情况作出准确的评估，以便使债权人参与在程序的早期阶段举行的会议和在该会议上进行表决。经过讨论一致认为，两种备选办法均应该保留在指南草案中，并作为可能的备选办法提交供通过。

110. 对于应排除在外的求偿权的种类有各种不同的看法。有人指出，虽然许多国家目前采取把外国税收求偿权排除在外的做法，但是如果国家立法者愿意的话，没有理由不能自由地承认这种求偿权。虽然有人建议，对外国税收求偿权应该和对国内税收求偿权一样给以同等的对待，但是普遍的看法认为，指南草案应该提出可供国家法律采用的各种备选办法，而不要提出具体的办法建议。还有人强调指出，指南草案应该保持与《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13 条脚注 2 所反映的办法相一致，规定平等对待外国债权人并不影响在破产程序中将外国税收和社会保险的求偿权排除在外。

111. 关于将罚金和罚款排除在外的的问题，人们表示支持分别对具有严格的行政性或惩罚性的罚金和罚款（例如，因违反行政或刑事规定课以罚金）和赔偿性罚金和罚款采取不同的对待方法。虽然普遍认为有必要排除第一种性质的求偿权，但认为没有理由将属于第二类的求偿权排除在外。另一种观点是，从政策上来说并没有什么靠得住的理由来支持排除罚金和罚款的观点，因为除非罚金和罚款是可证明的，否则就不能收取罚金和罚款，但不受中止限制的罚金和罚款除外。对此有人提出，从增加无担保债权人可利用资产的目的来看，这种排除情形可能也是有必要的。

112. 关于赌博欠债，有人指出，大多数制度将这些债务排除在受理范围之外，是因为赌博欠债产生于未经法律准许的活动。因此，一致认为指南草案应当侧重于这样的一般性原则：凡系国内法视为非法的活动所产生的求偿要求，因其不可执行而不予受理。另据认为，以公共政策为由提出的排除情形也不应因破产法而受影响。

113. 鉴于可能对其中每一种排除情形采用不同的政策办法，建议指南草案举出一些实例，以说明国内法希望排除哪类求偿权以及从破产法的角度来看可能采取的不同做法。

114. 有人提出，与债务人有关联的人的求偿权应当由特殊制度管辖，根据这种制度，这些求偿权将从属于所有其他的求偿权并排除在表决范围之外。对此有人认为，指南草案不应提出对这些求偿权的具体对待方法，而只应提醒各国的立法者有必要处理这些求偿权。

115. 关于有担保债权人提出求偿的问题，一种观点是，应当在临时基础上承认这些求偿权，因为在程序启动时难以准确估算抵押物的价值。对此有人认为，规定可以提交有担保的求偿，即使是临时提交，也可起到将存在这些求偿事宜的情况通知破产代表的作用。

116. 下述建议得到了普遍支持：指南草案应当明确指出各类债权人的存在，这些债权人各有其权利和特权。虽然有人认为指南草案不宜提出对哪一类债权人给予优先权或

者应对每一类债权人保留什么待遇，但普遍看法是，还是应当建议各国立法者明确划定可予承认的种类以及对每一类债权人给予的特权。另据认为，国内法还应明确指出是否因涉及清算或重组而存在任何区别对待。人们同意这样的观点，即作为一般政策，指南草案应当建议对所有债权人一视同仁，任何例外情形都必须有明确的政策理由作为根据。有人也表示支持在指南草案中提到在立法一级采取的各种办法可能产生的财政和经济影响的建议。

117. 关于股东发放的贷款的处理问题，有人认为，需要对这些贷款采用某种考虑到发放这些贷款通常提出的具体理由的制度，因为这些理由与其他实体发放贷款的理由不一定相同。有人还一般性地指出，指南草案应当提醒各国立法者注意在公司管理层作出立法选择可能带来的影响。

118. 关于指南草案应当处理破产法制度下共同债务待遇问题的建议得到大量支持。特别是有人提出，除了受破产程序管辖的求偿权之外，指南草案还应论及破产程序是否以及在多大程度上会影响债权人对于一个或数个共同债务人执行求偿的权利。关于这个问题提出的另一个看法是，担保人的待遇问题也应包括在指南草案之内，并论及担保人也已破产的情形。

119. 另一个看法是，指南草案应当建议具体处理破产程序启动后获得的无担保求偿权的处理问题，概述各大法系采用的不同做法。另有人提出，抵消问题对确保债权人的平等待遇至关重要，因此，应当作为债权人求偿权的具体问题在法律中具体处理。

120. 最后，工作组讨论了破产法是否应确立一种在某些法系中称之为“公平后偿”的机制。有人指出，在允许这种机制的法系中，这种机制旨在确保债权人的平等待遇，其办法是，当一特定求偿权在破产程序的范围内会对其他债权人不公正或不公平时，消除或抵消此种求偿权中的不公平性。有人进一步说明，这种机制是例外性的，因此，只有当有关当事人向法院提出要求时才能根据具体情形予以适用。有人指出，这种补救办法的要求是，求偿人的不公平行为已对其他债权人造成伤害或者给予该求偿人不应有的好处；允许补救不会与破产法相悖。有人提到了通常允许补救的某些情形，其中包括：债务人的受托人滥用其地位而对其他债权人造成不利；第三方控制债务人，对其他债权人造成不利（例如，威胁撤资，以迫使停业）；第三方欺骗其他债权人（例如，提供会使人作出错误结论的资料）。最后，有人认为，对公平后偿的准许，只能以不公平行为造成的损害度为限；如果行使依法或依合同授予债权人的正常权利，则不能采用公平后偿的办法，除非不当行为已经败露。

(d) 债权人委员会

121. 与会者就债权人委员会的作用发表了各种意见。有一种意见认为，债权人委员会可很好地发挥咨询作用，通过讨论困难问题和提供咨询意见协助破产代表，但不直接参与决策。债权人委员会还可在检查破产代表或债务人的管理情况方面发挥作用，因为债权人委员会可在企业的日常管理中发挥重要作用。另一种意见认为，债权人委员会可在决策方面发挥更积极的作用。关于委员会如何运作的问题，有人提议说，有必要明确说明债权人委员会的职权，避免争议，尤其是确保严守机密，使委员会根据议定的规则运作。

122. 有人提议说，是否需要一个委员会的问题，取决于案件的性质和规模以及其究竟是清算还是重组。据指出，在清算时并不一定需要有委员会，但可能也有例外，例如在企业出售时，这时债权人委员会便可提供专门知识方面的咨询意见。因此，有人提

议说，委员会应在清算中发挥咨询作用。另有人指出，债权人委员会的意见在重组过程中一般是有益的，也是必要的，但在关于委员会应履行什么职能的问题上，又应当灵活行事。有人认为，一般说来，委员会应履行咨询职能，但有些明确界定的情况除外。这些例外情况包括由委员会在制订重组计划时、或在重要资产出售时和经破产代表请求或由法院指示时发挥中心作用。关于上述四种例外情况，有人提议说，委员会应有能力任命财务、法律或其他所需顾问，但在其职能仅为咨询时则不可。

123. 关于债权人参加委员会的问题，有一种意见认为，应仅限于最大的无担保债权人，而且不应包括优先债权人或担保债权人。另一种意见认为，应根据债务的规模和类型来确定委员会代表，而债务的类型应通过提及求偿权的有担保或无担保性质之外的标准来予以确定。还有一种意见认为，破产制度不必规定应由什么债权人担任代表，而应采取一种灵活的做法，允许债权人根据服务积极性选择自己的代表和根据要求扩大或缩小委员会的规模。有人认为，如果须派代表的债权人的类型过多过杂，则可设立不同的委员会来代表不同的利益，但只有在诸如民事侵权行为索偿人或股东等特别利益案件中才应采取这种做法。还有人认为，破产法可规定不能参加委员会的当事方，例如债务人或与债务人有关关系的当事方。

124. 关于债权人委员会的责任，有人指出，委员会成员无偿参加委员会，这表明所应负的责任应较低。有人指出，规定债务人委员会的责任很可能会助长债权人的冷淡，但也有人支持这样一种意见，即，按照诚信原则对于以委员会成员资格采取的行动实行免责的做法，除非该成员事实上行为不当或背离了债权人所托付的职责。

(e) 启动后筹资

125. 普遍认为，保证现金供应对重组企业至关重要，否则就无法继续营业并取得重组的成功。有与会者指出，在法律允许的情况下，债务人可用其现金作为抵押筹集资金，但如果这一点无法做到，则必须以其其他方式筹集启动后资金。有与会者列举了“超级优先权”（排在行政管理支出之前的优先权）和“优先留置权”（排在现有的担保权益之前，但没有担保债权人的同意很少准予）的例子。有与会者注意到，有两种类型的放款人可能会提供启动后资金。第一种为那些同所涉企业仍然保持关系的破产前放款人，它们可能会再行预支资金，以便能保护其现有的债权，或许还想通过就新的放款征收更高的利率而获取额外的价值。有与会者注意到，通过这种方式筹集启动后资金的情况最为常见。第二种则与所述企业在破产前没有任何联系，这些放款人之所以放款或许仅仅因为有可能得到高回报。据指出，吸引这两类放款人的一个因素是对申请后贷款的承认是可以预见的，而且现有放款人还相信其与债务人的关系以及其启动前贷款的条件都不会改变。

126. 有与会者对所提及的这两种优先权表示了某种程度的关切。有人提出，设定优先留置权可能会影响对企业提供的信贷。只有受优先留置影响的担保债权人才可能对这种类型的担保所造成的优先权替换表示同意。因此，以这类方式筹集资金的决定光靠法院、破产代表或一般债权人是无法作出的。另一个问题是，如果重组失败，重组程序转为清算程序，则如何对待这类优先权，尤其是如果这关系到在行政管理支出方面已经确定的优先权。有与会者指出，在提供资金方面，必须对申请后、计划前和计划后期间等重组进程的各阶段予以区分，计划所涉及的只是后一个阶段。有与会者提出了在清算中企业出售时启动后筹资是否也属无关的问题。

(f) 重组

127. 有人在讨论开始时提出，指南草案应当包括讨论为什么重组是可取的以及一些国家有必要消除对制订灵活重组程序的法律障碍，这些重组程序可以把不同程序的利弊结合起来考虑，从而使价值最大化的目标得以实现。

128. 工作组讨论了二级债务市场的发展。这些市场增加了债务交易量，进而对有关参与者如何对待重组程序产生了影响。据指出，在过去的 20 年里，一些国家的银行惯例发生了重大变化，银行越来越多地出售其债权以更好地控制风险和建立流动性，而不是长期等待收取从破产程序中分到的偿还款。据指出，这一趋势有可能使破产程序变得十分复杂，因为谈判重组安排的当事方可能在整个谈判过程中改换，而且也因为这些二级债务购买者的目的和利益可能与原始债权人不同，特别是他们关心从其购入的债权中获得利润回报，而不是挽救企业和企业持续经营及商业关系的重要性。

129. 尽管显然不一定需要改变破产法以适应这一趋势（而且也没有人列举进行这种修改的实例），但据指出，在债权人委员会的成员组成和可能购买债务人的债务的当事方关系方面，这种趋势会对破产程序产生影响。关于债权人委员会，据指出，允许债务交易人参加委员会提出了一个潜在的关于接触可能有助于其业务的敏感资料问题。债务交易人也有可能谎报破产偿还款的可能价值，以鼓励债权人在破产程序的早期阶段折价出售。另一个问题是与债务人有关的当事方是否可以购买债权，如果可以，需要采用什么样的机制解决可能出现的问题。例如，据建议，这种购买人对产业的债权可以限于为债务实际支付的金额，而不是债务的面值，而一个不相关的第三方则可能要求偿付债务的面值。另一个办法是不计算这种相关当事方对重组计划的表决票。

130. 工作组对有关重组的破产制度在实质框架方面的不同之处进行了审议。确定了两个主要模式，不过据指出，各种不同的模式对一些问题进行了类似的处理。据指出，一种模式依据的是向附担保债权人提供充分保护这样一种概念。根据该模式，管理问题要求法院更多地参与；规定必须对程序实行中止，而对实行中止的期间以及对企业进行评估的期间采取不同的办法；以及当有担保的求偿权是有适当规定，而且这样做符合破产程序所有参与方的利益时，规定持不同意见的债权人必须受计划的约束（“强加”条款）。

131. 有附担保债权人悠久传统的制度采用另一种模式，这种模式对破产程序一般不实行或只有限地实行中止，中止期被用于评价是否可以从重组中得到比清算更大的回报。管理问题通常由破产代表处理；与第一种模式相比，法庭较少参与，因为并不出现向附担保债权人提供充分保护的问题；而且人们也不愿意规定对附担保债权人的强加条款。附担保债权人的模式所依据的一个假设是，在经证实重组的回报大于清算的回报情况下，债权人一般会予以同意。

132. 有人提出了一个如何对待出售作为运营实体的企业的问题，尤其是这一问题应当在清算还是在重组的范围内加以处理（这是向工作组提出的众多问题之一，载于 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 44 页（英文））。据指出，出售作为运营实体的企业并非与清算互不相容，而且还会是重组中的一项切实可行的选择。经商定，作为讨论，不应当对两种程序加以严格的划分，而且应当提供符合价值最大化目标的无论何种适当的程序。

(一) 制订计划

133. 考虑了重组计划的一些制订办法。一项建议是可由破产代表制订计划，因为破产代表通常是独立的，可以为这项工作带来客观的看法，这种看法不一定听从债务人或债权人的授意。但是据指出，在未与有关当事方协商的情况下，通常将不会由破产代表来制订计划。另一种意见是，需要区分两种不同的模式，一种是附担保的债权人模式，破产代表是指定的，可制订计划；另一种是债务人占有模式，在债务人与债权人之间划分责任。据建议，所需要的是摆平两者之间的关系，一方面是需要给当事各方制订计划的自由，另一方面是这种程序所必然附带的限制，其表现形式是对投票的要求、对制订计划的时间限制、计划的修正和其他程序上的考虑。

134. 经讨论后，工作组商定，关于由谁制订计划的问题，应采取一种灵活的方式。在有些情况下，似宜由债务人或其代表制订计划，专门给他们一段时间，理由是这样可作为一种刺激，促使债务人尽早启动程序。这种刺激还必须同时与另外一个因素相权衡，这就是需要确保债权人对债务人及其建议的信心。在另一些情况下，可由债权人委员会或个别的债权人制订计划，而第三种办法则是由破产代表制订计划。

135. 关于制订计划的时间问题，一种意见认为，不应在程序启动的时候，因为这时不可能是一项具有实质内容的计划，而且可能给程序预先设定限制条件和造成延误。另一种意见认为，应在程序启动后的观察期制订计划。还有一种意见是，可在破产申请前制订计划。经讨论后，会议一致认为，指南中应指出，所采用的方法是不要求在程序启动前制订计划，但是应保留这样做的可能性。

(二) 内容

136. 普遍意见是，计划中需要提供某些最起码的信息，以确保程序的透明度和对程序的信心。据建议，在确立透明度的目标时，还需要权衡另一方面，这就是债权人可能获取潜在的敏感商业情报，从而产生令人对机密的关切考虑；据指出，在计划经由法院批准的情况下，该情报一般会在程序的某个阶段载入公共计划，但法院应在保护机密情报方面考虑到这一点。据建议，计划中拟列入的资料应包括债务人的财务状况报表，其中包括资产和负债表以及现金流量表；计划中列入的具体建议的详细情况；关于债权人将收到些什么和债权人的收获将如何多于清算情况下的收获的详细情况；以及营业得以继续开办下去并取得重组成功的依据。据指出，正如 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 176 段所述，计划中不能规定任何非法或违法行为，补充列举的一个例子是税法问题。但是，还指出，可能有些法律会妨碍执行计划中可能载有的建议，其中一个例子是关于外国直接投资或外汇限制的法律。由于某些破产法允许这些条款在某些情况下被推翻，或规定了快车道批准程序，因此有与会者建议，指南中应提出这个问题供大家考虑。另一项建议是，A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 号文件第 44 页(英文)以斜体表示的一些程序问题是在计划中可以阐述的问题，以确保为获得计划的批准和执行而将采取的程序明白无误。

137. 据指出，允许附担保债权人的权利受到计划的影响可能会对提供信贷的可能性产生消极影响，这种后果应在指南草案中加以指明。

138. 关于保护少数的利益，有人提问这个问题应在计划中还是在破产法中阐述。据建议，为了确保程序将得到遵守，多数债权人不能够不公正地影响少数人的权利这一点至关重要。

(三) 计划的批准和效力

139. 关于对计划进行投票表决的问题，一种意见认为，为了鼓励资本的跨国界流动，关于不同类别债权人的权利，特别是关于债权人能否就计划进行投票表决和能否拒绝赞同某项计划，都需要有明确的规则。据指出，投票表决的依据只应是对这种程序后果的经济利益，只有那些具有这种利益的当事方才应被允许参加投票表决。与会者表示支持以债权的金额和债权人的人数作为投票表决的依据，以及要求达到一个绝对多数，以确保对计划的支持足以确保计划得以执行。据认为，对于持不同意见的债权人将可因此而受计划的约束，这一点将特别重要。

140. 关于债权人可对计划提出质疑的理由，据指出，由于所有债权人都将受到程序的不利影响，需规定所受不利影响或损害的程度应超过其他债权人或各类债权人所受不利影响或损害的程度。

141. 关于将债权人划分类别和应考虑的标准，据建议，如无迫不得已的原因非得设立特别类别不可，所有普通不附担保的债权人都应视作同一个类别。但是有人指出，有一个国家的法律规定了操作标准，将附担保的债权归为同一个类别，其条件是持有这些债权的债权人的利益非常相似，足以使他们具有利益的共同性。在划归同一类别的时候还考虑下列因素，其中包括：产生债权的债务性质；债权担保的性质和优先权；在无这项建议时债权人可以得到的补救措施和通过行使这些补救措施债权人可以追回其债权的程度；根据建议对债权的处理方式和根据建议偿付债权的程度；以及可能规定的其他标准。

142. 据指出，指南草案应解决下列问题：在计划不获批准的时候将会发生什么，是否这样即可导致其他当事方能够另外提出一项计划、清算程序自动启动、债权人的个别诉讼或其他一些结果。一种意见认为，自动清算的结果将会造成抑制债务人提出计划，这种结果是破产制度的其中一个关键目标直接相对立的。另一种意见认为，允许个别债权人提起诉讼将会造成对资产的争夺，而这正是启动集体程序所要避免的，而且这样做也不符合价值最大化的目标。一种不同的意见认为，计划一旦被否决，除非自动清算，任何其他办法都只会导致延误、价值的进一步减损和程序的终结无可预见。自动清算可提供符合破产制度的平等分配程序。据建议，一种折衷办法可以是允许债权人在特定期限内另外提出一项计划，而且只有在一旦接着实行清算将不可能制订计划的情况下。

143. 关于批准程序，据指出，并非所有国家都要求由法院确认经由债权人批准的计划；有些破产制度规定，在必要多数的债权人已批准计划的情况下，不再需要其他任何条件。另据指出，在有些国家，法庭的职责由一个行政当局履行。少数债权人可通过获准在法庭上对计划提出争议而得到保护，有些法律则规定了评判这些债权人的不同意见时可采用的标准。

5. 清算和分配

分配的优先权

144. 一般都认为，立法草案应建议不仅明确确定分配的优先权，而且将其尽可能减少至最低限度，以便既保持破产制度的可预测性和效率，又促进信贷的提供。据指出，法律承认的优先权越多，评估属于不同特权种类的特权时可能引起的辩论的范围便越广。不过，有人还认为，优先权的处理应将由于条件谈判或启动后（例如与提供启动

后融资有关的情况)就担保债权人可以产生的优先权同与一般无担保债权人有关的优先权区分开来。

145. 工作组一致认为,指南草案应建议破产法明确提及各种优先权不论优先权所依据的政策理由应从破产制度还是其他立法中去找。会议还一致认为,由立法指南指出保留什么优先权或排除什么优先权是不合适的。会议还进一步认为,应当明确提到采用优先权的财务和经济影响(即减少破产产业可用于无担保债务的金额)。

146. 关于一般超级优先权的规定——这对担保债权人和无担保债权人都很常见——有的与会者支持这样的意见:这种优先权会对担保债权人的权利构成重大干预,因而需要有健全的公共政策考虑予以支持。

147. 工作组讨论了破产程序期间产生的开支的处理问题。据指出,多数法律制度给予这类求偿权以高度优先,将其视为行政管理求偿权,结果常常对破产产业造成重大影响。虽然与会者承认对这一问题作特别处理与基本的制度的基础结构有联系,但还就减少这些求偿权对破产产业的影响所能发挥的作用发表了种种意见。一种主张对这些开支实行最高限额的建议未获得支持。普遍的意见是,应当提出一些可允许这些开支的准确而灵活的标准。与会者还特别表示,开支的允许应以开支将用于为了所有各方总的利益而增加产业的目的为条件。一项类似的建议是,只有当开支不仅合理和必需而且符合程序的目标时,才可允许。有的与会者还进一步指出,开支的是否合理应结合现有资源的多少和可对程序发挥的作用来予以评估。

148. 至于应授权给谁来完成适当性和合理性评估的任务的问题,有一种意见认为,这些开支事前须经法院批准。一种与此相类似的意见认为,对于普通经营范围以外的行动,须事先取得法院批准。但是,普遍的意见是,评估应由债权人进行,这也是为了确保程序的透明度,但可就债权人的决定诉诸法院。

149. 有人针对这些意见澄清说,应当将破产代表和介入程序的其他专业人员的收费与为经营企业和进行程序而开支的费用区分开来。

150. 有人作为一项一般性建议指出,指南草案应涉及对资产有限或根本没有资产的情况的处理。据指出,可采用的办法不尽相同:有些制度规定在法院作出无资产评估时立即终止程序,有些则规定不应采取任何行动,还有些则规定任命国家清算人。有人认为,在这些情况下,破产代表的收费可以扣减个人税的方式支付。有人针对这一点指出,这样做的结果将是破产代表的收费须由国家而不是破产产业负担。还有一种意见认为,如果涉及有关税款扣抵问题,就由税务当局负责管理破产程序,但这一意见也未获得支持。

151. 关于指南草案中问题讨论的顺序,有人认为行政管理求偿权应放在担保债权人之前讨论,这是因为广泛承认适用于这类求偿权的优先权地位的缘故。有人针对这一点指出,有些法律制度可能持不同的看法,因此不应改动案文的顺序。

152. 另一种意见认为,A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1号文件第195段中“所有人”一词应改为“股东”一词。有人针对这一意见指出,提及股东仅能反映某一以有限责任公司形式成立的债务人的情况,而如果要将由内部人员提供资金的所有情况都包括在内,则需采用一更广泛、更中性的用语。

153. 关于用于雇员薪资和福利的特权,有人指出,安排一种社会保障制度会使破产产业得到好处,因为这将使这些求偿权从资产分配中排除。但有人澄清说,为此需作出这样的规定:不允许担保这些求偿权的社会机构对破产产业拥有与雇员相同的优先权。另一种观点是,指南草案应当提请注意各种不同的法律制度提供的解决办法。

154. 有一种意见认为，在破产法专门讨论优先权问题的一节中应提到担保债权人优先权，尽管这是由实体法确定的，因为这样做对于那些需要提高信贷业的稳定和信用的法律制度来说将可起到澄清的作用。

155. 人们普遍支持这样一种意见：指南草案应具体论及程序终止的问题，既应确定终止发生的时间，又应确定其效力。

四. 替代性非正式破产程序

156. 工作组审议了 A/CN.9/WG.V/WP.55 号文件以及在非正式破产程序领域可以进一步开展哪些工作，同时还考虑到了其他组织就这一主题开展的工作，以及既能替代正式程序又十分有益于国际破产案件的非正式程序的国际发展趋势。

157. 工作组普遍认为就非正式破产程序开展工作是可取的，并且注意到，虽然这种非正式破产程序有赖于正式破产框架，但它们可以成为为破产制度增加灵活性的一种手段，减少对司法基础设施的依赖，便利债权人比通常在正式制度下提前作出预先的主动反应，以及避免常常与破产联系在一起的耻辱名声。据指出，随着市场全球化的加强以及债务交易的增长，与先前相比，已经有越来越多的各类债权人参与国际重组。这些形形色色的债权人对债务人的破产有不同的利益和目的，而且其利益和目的并不总是与其他主要信贷提供人的利益和目的相一致，也不总是支持实行重组。

158. 工作组对这些非正式程序可以采取的各种形式进行了讨论。据指出，从支持集体谈判框架而且不涉及司法制度（尽管需依赖高效率 and 有效的正式制度来融资）的无约束力原则，到利用司法管理机制执行非正式谈判达成的计划并使债权人受该计划约束的原则，有一连串的各种程序。据建议，如果谈判在庭外进行，而且债务人和多数债权人同意这项计划，批准程序可以采用快车道机制。

159. 关于完全非正式的程序，有人建议工作组考虑到其他组织正在进行的工作，如破产管理从业人员国际协会放款人集团关于众多债权人总体解决办法的原则说明（载于 A/CN.9/WG.V/WP.55 号文件）和其他类似的指导原则。关于这些把正式和非正式成份结合起来的程序，工作组似可对世界各国如何制订这一程序进行审议，尤其可审查司法和行政当局所发挥的作用和进行干预的时刻。

160. 关于行政体制，有人提到了三种类型的经验，并建议指南应当考虑到有关的范例及在何种情形下这些范例经事实证明有用并且可在将来酌情加以利用。据指出，在法院不足以解决问题或者完全由于制度的严重缺陷而无能为力的情况下，这些经验尤其曾起到帮助作用。

161. 据指出，这其中的一些考虑与工作组制定关于正式破产制度的法律指南的工作有交合之处，因此必须考虑如何才能做到彼此交合。特别是，据建议，指南草案应当考虑到不同的选择方案，对每种方案的利弊进行讨论并且指出如何才能将这些方案纳入重组制度。在这方面据指出，债务人正在经历的财务困境程度与适当解决方案的难度之间存在着相关性。例如，在涉及个别银行的情况下，债务人有可能与银行进行非正式谈判，并在不涉及贸易债权人的情况下解决债务人遇到的困难。在财务形势较为复杂并且要求有大量不同类型债权人参与的情况下，则可能需要有更大程度的正式性。据建议，这一做法可以成为向立法者提供各种不同程序的一个办法。会议一致商定，在工作组审议指南草案关于重组的章节时，应当把这些因素考虑在内，特别是要在指南草案中论及用以实施 A/CN.9/WG.V/WP.55 号文件中提到的那类结构调整的迅速重组程序这一主题事项。