



联合国国际贸易法委员会
第三十五届会议
2002年6月17日至28日，纽约

破产法工作组第二十五届会议工作报告草稿
(2001年12月3日至14日，维也纳)

目录

	段	次	页	次
一. 导言	1-13		3	
二. 审议情况和决定	14-15		4	
三. 审议破产法立法指南草案	16-251		4	
A. 一般性评论	16		4	
B. 第一部分. 有效和高效率破产制度的关键目标	17		5	
C. 第二部分. 有效和高效率的破产制度的核心条文	18-251		5	
1. 破产程序介绍	18-24		5	
2. 申请和启动破产程序	25-37		6	
A. 破产法的范围	25-31		6	
B. 申请和启动标准	32-37		7	
3. 破产程序启动的后果	38-92		8	
A. 破产财产	38-43		8	
B. 保护破产财产	44-57		8	
C. 合同的处理	58-74		11	
D. 撤销权诉讼	75-92		13	
4. 程序的管理	93-204		16	
A. 债务人的权利和义务	93-116		16	
B. 破产代表的权利和义务	117-131		19	
C. 启动后融资	132-141		22	
D. 债权人委员会	142-160		24	

	段	次	页	次
E. 债权人的债权及其处理.....	161-204		26	
5. 清算和分配.....	205-208		31	
A. 分配上的优先.....	205-207		31	
B. 免除剩余债务.....	208		32	
6. 重组计划.....	209-243		32	
7. 审议其他问题.....	244-251		36	
A. 庭外重组和加快法院重组.....	244-246		36	
B. 破产法的范围.....	247-248		38	
C. 申请和启动	249-251		38	

一. 导言

1. 委员会第三十二届会议（1999 年）收到澳大利亚关于破产法领域未来可能开展的工作的提案（A/CN.9/462/Add.1）。提案中建议，鉴于委员会成员的普遍性、其以往在跨国界破产方面成功进行的工作、以及其与在破产法方面拥有专门知识和利益的国际组织建立的固定工作关系，委员会是讨论破产法问题的一个适当讲坛。提案促请委员会考虑委托一个工作组制订一项公司破产示范法，以促进和鼓励采用有效的国家公司破产制度。
2. 委员会确认强有力的破产制度对所有国家都非常重要。委员会认为，一个国家采用的破产制度的种类已成为国际信用等级中的一项“前沿”因素。但也有人认为有关国际一级破产立法工作的困难表示关切，因为其中涉及具有敏感性的和潜在分歧性的社会政治选择。鉴于这些困难，有人担心不太可能成功地完成此项工作。有人表示，一项可得到普遍接受的示范法完全有可能并不可行，因此任何工作都需要采取灵活的做法，使各国可自由取舍和作出政策选择。委员会中虽然有人表示支持这种灵活做法，但普遍都认为，委员会不可在并未进一步研究其他组织已进行的工作和审议有关问题的情况下就承诺建立一个旨在制订示范立法或其他案文的工作组一事作出最后决定。
3. 为便利进一步研究，委员会决定召开一次探索性工作组会议，以编写一项可行的提案，供委员会第三十三届会议审议。
4. 委员会 2000 年第三十三届会议注意到工作组在关于 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。
5. 委员会商定，工作组在执行其任务时应注意到世界银行、国际货币基金组织（货币基金组织）、亚洲开发银行（亚行）、破产管理从业人员国际协会（破产专业人员的一个国际联合会）和国际律师协会商法科 J 委员会等其他组织正在进行或已经完成的工作。为了解这些组织的看法并得益于其专门知识，秘书处与破产管理从业人员国际协会和国际律师协会合作，于 2000 年 12 月 4 日至 6 日在维也纳举办了贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会破产问题全球讨论会。
6. 委员会 2001 年第三十四届会议满意地注意到讨论会的报告（A/CN.9/495），并且赞赏业已完成的工作，尤其是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。委员会确认，应对任务作广义解释，以确保能够拿出有适当灵活性的工作成果，这种成果应采取立法指南的形式。为避免立法指南过于笼统，十分抽象，从而无法提供所需的指导，委员会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。为此目的，应尽量将示范立法条文列入在内，即使只是论及拟列入指南的某些问题。
7. 2001 年 7 月 23 日至 8 月 3 日在纽约举行的破产法工作组第二十四届会议开始审议此项工作，其中包括破产法立法指南初稿。会议报告载于 A/CN.9/504 号文件。
8. 由委员会所有成员国组成的破产法工作组于 2001 年 12 月 3 日至 14 日在维也纳举行了第二十五届会议。出席会议的有工作组以下成员国的代表：奥地利、巴西、喀麦隆、加拿大、中国、哥伦比亚、法国、德国、洪都拉斯、匈牙利、印度、伊朗伊斯兰共和国、意大利、日本、肯尼亚、墨西哥、摩洛哥、俄罗斯联邦、新加坡、西班牙、

苏丹、瑞典、泰国和美利坚合众国。

9. 下列国家的观察员出席了会议：安提瓜和巴布达、阿根廷、澳大利亚、白俄罗斯、保加利亚、克罗地亚、古巴、丹麦、印度尼西亚、伊拉克、黎巴嫩、阿拉伯利比亚民众国、尼日利亚、秘鲁、菲律宾、波兰、葡萄牙、大韩民国、斯洛伐克、斯里兰卡、瑞士、土耳其和也门。

10. 下列国际组织的观察员也出席了会议：美洲律师协会、美洲律师基金会、亚洲开发银行、法律权限中心、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)、国际律师协会、破产管理从业人员国际协会、国际破产研究所、国际货币基金组织（货币基金组织）、经济合作与发展组织（经合组织）。

11. 工作组选出了以下主席团成员：

主席：Wisit WISITSORA-AT 先生(泰国)；

报告员：Jorge PINZON SANCHEZ 先生(哥伦比亚)。

12. 工作组收到下列文件：秘书长的两份报告（“破产法立法指南草案” A/CN.9/WG.V/WP.57 和 58）和载有商业金融协会对替代性非正式破产程序所作评注的说明(A/CN.9/WG.V/WP.59)。

13. 工作组通过了以下议程：

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

14. 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)¹和第三十四届会议(2001年6月25日至7月13日，维也纳)²作出的决定，工作组本届会议继续进行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三节。

15. 请秘书处在这些审议和决定的基础上编写指南草案修订本，以便提交破产法工作组第二十六届会议(2002年5月13日至17日，纽约)审议和作进一步讨论。

三. 审议破产法立法指南草案

A. 一般性评论

16. 工作组在开始讨论立法指南草案时，首先对第一部分和第二部分导言(A/CN.9/WG.V/WP.57)进行了一般性审议。关于第一部分，普遍认为第14段中所提及的“法院”一

¹ 《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。

² 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第18号》，A/55/18，第296-308段。

词的定义需要扩大。建议应单独划分一节，论述为支持有效和高效率实施破产法所必需的体制框架；不论破产法多么完备，如果很少采用或适用不当，可能永远不会达到高效率或有效的目标。但是，据指出，论述体制框架将要求考虑与司法机关和可能的司法改革相关的敏感问题。

B. 第一部分. 有效和高效率破产制度的关键目标

17. 关于关键目标，有与会者建议，这些关键目标可作为衡量尺度，用以评估拟列入第二部分的建议，并向指南草案的读者解释关于各项建议的政策决定是如何达成的。但是，有与会者表示关切，认为各项不同的目标之间存在着明显的冲突，可能使之不宜按目前的措词作为衡量标准使用。例如，据指出，目标 1 着重于价值的最大化，可能与目标 2 发生冲突，因为目标 2 要求在清算与重组之间求得平衡，而且目标 2 实际上更是实现目标 1 的一种手段，而不是破产制度的一个单独的目标。为解决这一问题，建议将目标按等级排列，并应讨论求得各项目标之间平衡方法。

C. 第二部分. 有效和高效率的破产制度的核心条文

1. 破产程序介绍

18. 关于指南草案第二部分导言（A/CN.9/WG.V/WP.58）中所述的程序，与会者普遍支持两种程序同时论及，一种是非正式（或庭外）程序，一种是所谓“混合”程序（但有与会者表示保留，认为用以指称以非正式庭外谈判开始而在某个时刻变为正式庭审的程序，这个词是否恰当）。不论称法如何，据指出，后面这种程序完全以非正式程序开始，可能尚未达成使这种安排向前迈进所必需的协议程度，但却可能已经获得债权人对拟议的计划所表示的相当程度的支持。在这种时刻，可取的做法往往是能够把通过非正式谈判所取得的成果向前推进到正式庭审的破产制度中去，以便制订一项具有约束力的计划。据指出，破产法所需要的是制订一种机制，其中包括各项必要的保护措施，从而可用于将非正式庭外过程转变为正式程序。另据指出，在实践中，所形成的这些程序是为了解决资本结构问题的，而不是贸易债务（据认为，贸易债务可在贸易的过程中处理），因此，这些程序虽然不仅涉及国际债务，但仅适用于有限的一些情形。据建议，如果某个破产案件涉及大量的无担保债务，那么考虑使用这种程序可能是不妥当的，因为无担保债务可能太多而无法由附担保债权人这个集体加以解决。

19. 据指出，程序在什么时刻可能需要改为正式的庭审程序，这依据具体案件的事实情节而可能各有不同。例如，如果要求延期偿债，如果需要新资本，或如果需要保护管理层使之免于对不当交易而可能承担的责任，那么程序便可能需要在早期阶段改为正式庭审程序。相比之下，如果需要正式庭审程序解决那些坚持反对所拟议的计划的债权人的问题，那么便可能在较后期阶段才转为正式庭审程序。对此，有与会者指出，如果可以在早期阶段即转为正式庭审程序的话，那么便可能根本不会出现坚持反对的问题。

20. 据指出，关于非正式庭外程序，虽然贷款人这一类别的多样性日益增加，使非正式庭外程序变得更加复杂和难以达成，但在实践中，这种程序正得到越来越多的支持。据指出，这些程序在“法律的影子”下运作，没有约束力，因此并不属于破产法立法框架的一部分。对此有人答复说，尽管如此，这些程序也是十分重要的，其之所以形成是为了解决某些类别的债务人情形，并且是针对正式庭审破产程序在灵活性、速度和费用方面的某些缺点而发展起来的。另外，由于这些非正式庭外程序是“混合”程序的一部分，所以关于这些非正式程序的详细资料可作为同时含有非正式和正式成份的所谓“混合”程序的引子，还可有助于解决非正式程序如何可以与正式程序合为一体的问题。作为另一个问题，有与会者指出，指南草案中没有述及非正式程序的任何

国际方面。

21. 有与会者表示认为，这两类程序值得详细论述，也许可在指南草案中单另作为一章。据指出，似宜在该章中讨论这些程序可能适用于哪些类型的债务人和债务，如何可以启动这些程序，如何对这些程序进行监督，可能需要些什么救济，从表决程序来看如何可以完成这些程序，以及对不同意所拟议的计划的少数债权人如何处理。（包括例如他们的申辩权、某些债权人优先待遇的有效性和欺诈问题）。据建议，指南草案中应阐明债务人在不同办法间的选择，是非正式谈判程序还是正式庭审程序。

22. 另一种观点认为，可在指南草案关于正式重组的部分中列入“混合”或加速庭审程序作为另一种选择办法，采用与批准正式制定的重组计划时同样的标准和要求。据指出，这样做可鼓励加快速度，促进采用非正式的谈判形式。据指出，一些不同的组织正在研究发展这些种类的程序，工作组的审议可从这项工作的结果中获益。

23. 关于行政程序，有与会者强调说，因为这些程序是针对系统的财务崩溃而形成的，不属于通常的破产制度的一部分，所以按第 45 段这样提及一下即可，不必更加详细地论述或给予更高度重要性。据建议，应当提醒谨慎小心，以免指南草案被解释为主张发展这些程序供一般性使用。在这方面，据指出，行政程序常常产生透明度问题，特别是在获取无偿贷款方面，因此需要制定全面的规则，确保其正常运作。

24. 关于清算与重组之间的关系，据建议，指南应述及必要的限制，以确保程序不被滥用，例如，一名债务人或债权人先后启动多项程序，或在清算的界限订得太低的情况下，债权人启动清算债务人的程序，试图获得对债务人或其资产的控制。另据建议，第 54 段应述及在什么情况下在清算时可将企业作为经营中企业出售，或在什么情况下重组涉及出售债务人的资产或将所经营的业务移交给另一个实体。

2. 申请和启动破产程序

A. 破产法的范围

25. 工作组就哪些债务人应受破产制度的管辖交换了意见。

26. 一项建议是，指南草案中应述及慈善机构和类似实体的破产。对此，有与会者指出，列入这些实体将不符合工作组的任务授权，工作组的任务范围是局限于那些涉及商业经营活动的实体。因此，会议同意只把重点放在商业破产问题上，但并不影响指南草案是否宜提及国内法可规定将破产制度扩大到非商业实体的债务人。

27. 对于是否应将个人包括在破产法的范围内，与会者发表了不同的观点。一种观点是，原则上不根据债务人的个人结构或公司结构加以区分，但各国将始终可以列入仅适用于个人债务人的专门规定。重点应放在进行贸易和经营业务上，而不论可能以什么样的实体结构进行这些商业活动。据建议，可规定一个关于小企业实体的债务限额，以避免所申请的小案件不计其数。

28. 一种不同的观点是，应当仅列入公司性质的债务人，因为一般来说，个人或企业实体的破产对经济的关系十分有限。一个类似的观点所依据的假设是，处理个人破产会引起一些政策和社会考虑因素（包括解除债务的问题），这些问题在各种不同的法律制度内可能有不同的处理方式。另外，在谈到重组的时候，论述个人的破产可能非常困难。

29. 经讨论后，普遍的看法是避免按债务人的个人或公司结构加以区分。有与会者提醒工作组注意，这方面的任何决定都必须准确地反映在指南草案导言部分的术语表中。

30. 有与会者指出，小结和建议一节的第(5)-(7)款述及国际管辖权和职权问题，这些问

题不属于讨论的范围，因为所讨论的是如何认定破产制度将适用于哪些债务人。另据指出，立法指南也不宜在破产事项的国际管辖职权标准方面提出对各国的局限或限制。

31. 一些与会者表示支持在指南草案中包括讨论因多个债务人和相关债务的合并而产生的相关问题，以及在处理这些问题时应遵守的原则，以确保本身相关联的或在活动上相关联的债务人发生的破产得到公平的处理。

B. 申请和启动标准

32. 有人指出，评注的第 17 段中提及“资产负债表”检验标准作为清算程序的全面停止付款标准的替代标准，这样做可能引起误解。为此，据指出，必须明确区分分别以资产“帐面价值”和“市场价值”为依据的检验标准。据指出，市场价值是衡量企业价值的一种更为可靠的方法，而帐面价值则因为会计惯例的不同操作方法而可能不真实地反映企业的状况。

33. 会上讨论了申请启动清算程序的问题。在由债权人提出申请的情况下，据指出，债务人一次没有付款，不足以使债权人提起清算程序（见评注第 20-22 段）。关于债务尚未到期的债权人是否应当提起破产程序，有与会者表示关切，认为这种可能性伴随着债权人滥用的潜在可能，债权人可能会以启动破产程序相威胁，以便施加压力，迫使债务人谈判优惠的付款条件（见第 20 段）。在这方面，据指出，第 23 段规定，债务尚未到期的债权人也许应当能够在例外的情形下启动破产程序，这种情形可包括为防止发生滥用行为，例如债务人的欺诈行为。另外，据认为，只要政府当局有其他法律手段对付非法行为或可能违背公共政策的行为，那么便不应当利用破产程序。

34. 同样，还指出需要在小结和建议一节中写入灵活性的规定。有与会者认为，虽然对于申请清算和申请重组可适用同样的标准，但重组的标准应该范围更广些，以便符合指南草案所依据的一项鼓励原则，该原则是在债务人变得债务负担过重之前鼓励善意的早期启动和重组（见小结和建议，第(2)和(3)款）。据进一步指出，与这种做法相一致的是最好规定一个灵活的时间，在这段时间内，法院必须就非自愿申请作出裁定，另外，就司法响应规定特定的天数在某些法域中可能会引起宪法问题（见小结和建议，第(7)款）。

35. 有与会者建议在小结和建议的第(1)款中增列一项，指出关于申请和启动标准的破产法规定的目的是确保采用具有透明度和确定性的标准。

费用

36. 与会者普遍支持在指南草案中述及费用问题，以维护程序总体成本效益的重要目标。具体来说，据指出，应该避免发生程序费用负担过重的情况，以致可能造成债权人望而却步，使程序的目标落空。

37. 据指出，关于指明什么项目应理解为“费用”，似宜加以澄清。在这方面，据建议申请费应单独处理，与涉及管理破产财产的专业人员的费用或程序所出现的其他费用区别开来，并且应当制定关于这些费用在程序内按等级分别排列的标准。

3. 破产程序启动的后果

A. 破产财产

38. 正如第 43 段所述，破产财产应当包括在启动程序时债务人所拥有或享有权益的所有资产，包括有担保债权人享有权利的资产，与会者对这一立场表示普遍支持。但是，有与会者建议，指南草案中应指明，是否存在这种所有权或权益，应当根据适用的物权法来评估，而不是在破产法中加以规定。另一种看法是。根据适用的物权法作这样的判断可能会阻碍建立有效的破产制度，因此，不应采用这种方法。

39. 关于在启动之日后获得的资产，一种担心是第 42 段的措词可能限制性太强，因为将这些资产局限于“在行使撤销权或在经营债务人业务的正常过程中”的所得。因此，据建议，该段文字应重新措词，以指明债务人所获得的任何资产都将属于破产财产的范围，不论是以什么方式而获得的。

40. 与会者支持提及如何处理特定的合同安排问题，例如作为担保、委托和信托安排而移交的货物或托运的货物。作为一项一般性的评论，有与会者建议，应当述及两个问题之间存在的密切联系，一个问题是破产财产的范围，另一个问题是如何处理特定的债权，特别关于对个别债权人诉讼所适用的中止范围。

41. 第 43 段提到“在资产负债表上易于查对的”资产，有与会者认为这种提法具有误导性，因为在资产负债表上常常发现不了这些资产，所以建议删除这些词语。

42. 关于重组，工作组一致认为，指南草案中应明确指出必须把对重组的成败至关重要的一切资产都包括在破产财产中。在这方面，还有与会者建议，可将破产财产的范围与程序的目的（即重组相对于清算）明确联系起来。另一项建议是，指南草案应当对财产或其他资产权利（包括担保物权在内）与这些权利的行使加以区分，前者不受启动程序的影响，后者则可能因为实施重组程序而受到限制。

43. 关于第 52 段，有与会者指出，出售资产的能力和出售资产时必须采用的方法或程序问题，应该分别论述。

B. 保护破产财产

44. 工作组讨论了中止措施及其在破产程序中的应用问题。与会者强调了中止的重要性，中止的目的在于保持现状和能够有时间尽早就重组或清算作出决定。有与会者表示认为，指南草案应当强调建立充分的司法基础结构以便于实行中止的重要性。

45. 作为一项一般评论，有与会者指出，评注的第 62 和 63 段论述的是实行的中止程序所适用的行动类别，而小结和建议一节的重点则是实行的中止所适用的当事方。据提议，小结和建议中应当两个问题都论述。

第(1)款——目的条款

46. 关于目的条款的措词提出了一些建议。有与会者建议，(a)项“有利害关系的各方”一语的含义应加以澄清。另据建议，(b)项“应……而受影响的活动”一语的含义不确定，应当删除，以扩大案文的适用范围。还有一项建议是，(b)和(c)项可加以合并，(d)项中可列出提出救济免于中止措施的理由。

备选案文 1 和 2——中止的酌情适用和自动适用

47. 小结和建议草案中列出了两项备选案文；备选案文 1 就中止的酌情适用作出了规定，备选案文 2 就中止的自动适用作出了规定。有与会者建议删除备选案文 1，而推荐采用中止的自动适用。在这方面，据指出，备选案文 1 所讨论的由法院酌情适用中止可能相当复杂和漫长，在法院考虑是否实行中止的过程期间债务人的资产有可能被分割，而自动中止则可增加确定性和可预测性。与会者强调了在涉及全部侵权求偿权的破产案件中实行自动中止的重要性。

48. 据指出，虽然应当在破产程序启动时自动适用中止，但这不得干预法院行使自由裁量权决定是否确实应当启动程序。另外，据指出，从申请启动到实际启动这段时间期间可能适用的临时措施（其中可能包括中止在内）将只能由法院自由裁量决定。在这方面，有与会者建议，可采用《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 19-21 条的结构。根据这种做法，从申请后到启动前的这段时期内可临时适用中止；在程序启动时中止将自动适用于特定的诉讼，法院可通过自由裁量而命令是否实行附加措施。这项建议得到了支持。

49. 虽然一般将根据程序的启动而适用中止，但有与会者建议，指南草案中的措词需要更加具体些。据指出，在有些法域中，中止自法院决定启动程序之时起生效，而在有些法域中，则在关于启动程序的决定公布之时起生效，更有些法域是，中止措施的效率可追溯既往，从发布命令的当天第一个小时开始计算。据指出，关于中止措施生效时间的规则对保护破产财产、将中止措施适用于付款和尽可能减少系统风险的必要性至关重要。

第(3)款——临时措施

50. 工作组一致认为，从申请启动程序到启动之前这段时期内应当可以实行临时措施，据建议，指南草案可进一步讨论为什么可能需要采取这些自由裁量决定的临时措施的原因。关于可采取的临时措施的范围，据建议，这些措施应当局限于执行行动。

中止措施的范围

51. 关于中止措施的范围，与会者对可能包括的内容和所应当适用的对象提出了各种建议。据指出，按照目前起草的措词，建议中规定中止措施将适用于有担保债权人和无担保债权人，但不适用于第三方。据指出，可能需要考虑由一些非债权人的当事方对破产财产提出的诉讼，例如受到人身伤害的求偿人，以及董事（特别是在他们为债务人的负债提供了担保的情况下），在重组的情况下还有经理人员（至少在重组计划获得批准之前）。据指出，这种做法将要求对清算中和重组中实行的中止措施加以区分。关于应当涉及哪些类别的行动，有与会者建议，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条的措词也许可指明一种适当的做法。

第(5)和(6)款——对有担保债权人实行中止措施的时间期限和在清算中对实行的中止措施的救济

52. 有与会者表示认为，第(5)款应当作为一项缺省规则而规定对有担保的债权人短期适用中止措施，在这段时期之后，有担保债权人可力求对其担保强制执行，除非破产代表请求法院延长中止措施的期限。一些与会者对这种做法表示支持。另一种观点是，

也许可以对清算和重组加以区分，只在清算中短期适用中止措施。据指出，有担保债权人经常受到过高的担保，虽然他们一般都力求利用每一个机会对其担保强制执行，从而使他们摆脱破产状况，但没有理由为什么不能在程序的整个期间继续对他们适用中止措施。考虑到对破产代表造成的行政管理上的负担，有与会者建议，如果一项缺省规则是要求破产代表采取行动延长中止措施，那么便有可能构成不必要的额外负担和鼓励法律诉讼。据指出，第(5)款目前的措词具有灵活性的优点，因为在有损于某个或某些有担保债权人的情况下，可由法院决定是否提供补救。

53. 与会者讨论了第(6)款规定的对有担保债权人提供救济使之免于中止措施的问题。作为第一件事，据指出，如果规定有担保债权人可以例外，那么将产生为分割破产财产提供便利的风险，从而使破产程序和为确保对破产财产的保护而实行的中止措施的目标落空。因此，有与会者指出，允许有担保债权人兑现其担保将可能构成一种无正当理由的优惠。另据指出，由于某些法域对与就业有关的债权给予相同于有担保债权人的优先程度，因此这些员工债权也可获得救济而免于所实施的中止措施。在这方面，据指出，有些法域为某些类别的债权，其中包括对拖欠薪资的求偿权，提供了一段规定时期内的“超级优先权”，而在有些法域中，员工合同则根据有关劳工法律受到特别对待。有与会者表示认为，不应当允许第(6)款规定的例外情形造成牺牲其他债权人而给予有担保债权人某种附加的优先。如果要提供救济免于中止措施，指南草案应明确列出适用的理由，不论是缺乏充分的保护、担保价值的减少还是其他理由。

54. 有与会者认为，通过第(6)款而可能给予有担保债权人的保护一般来说是可以接受的。据指出，按照目前起草的措词，必须满足第(6)款所列的每一项标准之后才能使有担保债权人获得救济。相比之下，如果达到了其中一个条件，看起来便满足了第(10)款的要求。据建议，如果考虑到工作组的讨论情况后仍需要这两款，那么可能需要对措词进行进一步的审议。

第(9)款——中止措施在重组中的应用

55. 据指出，第(9)款论述了有担保债权人和无担保债权人的平等原则。有与会者认为，由于经过一段时期后有担保债权人可申请救济免于所实行的中止措施，而无担保债权人则无这样的一种选择，所以第(9)款可能需要加以修订，以反映当事各方的实际地位。

第(10)款——解除适用于有担保债权人的中止措施

56. 有与会者建议，如果重组是用以调解包括有担保债权人的债权在内的所有债权的一个决定性手段，那么即应当对有担保债权人适用中止措施，直至计划获得批准之时，以此作为实现有担保债权人与集体利益之间平衡的一种手段。如果允许有担保债权人在此时刻之前解除中止措施，便有可能使重组受到危害，并造成对其他债权人利益的损害。与会者普遍同意，在重组无现实可能性和程序可能改为清算的情况下，有担保债权人理应获得救济而免于所实施的中止措施。有与会者提问，在程序改为清算的情况下，中止措施怎么办。据指出，如果关于适用的规则对两种程序是相同的，即不出现任何问题，但如果不同，则破产法将需要处理适用哪条规则的问题。

57. 有与会者指出，虽然第(5)款建议在一段有限的时期内适用中止措施，但这种考虑并未反映在第(10)款的措词中，该款并未规定中止措施的时间期限。与会者注意到关于（在重组计划没有希望获得批准的情形下）债务人通过再三申请重组以使有担保债权人始终处于困境这种可能滥用程序的相关问题，因而提出了列入保障条款的建议。还

有与会者表示认为，这种滥用性质的伎俩问题也许在指南草案关于重组计划的部分中加以论述更好些。另据指出，虽然第(11)款提出了对有担保债权人“充分保护”的问题，但第(10)款并未提及这个问题。据建议，“充分保护”的概念可能需加以扩大，其中应当提及除自某一特定日期起固定担保资产的价值之外，有担保债权人还应当有可能获得替代的抵押权或其他种类的保护。

C. 合同的处理

58. 工作组就破产程序启动时双方都未充分履行的合同应作如何处理交换了意见。

59. 关于本章的总体结构和相关的建议，有与会者指出，继续和终止问题与转让问题这两者应当分别论述。关于“合同”一词应包括些什么，有与会者表示关切，建议在指南草案中作某种解释。另据指出，“合同”一词也许不恰当，所指称的应该是义务的继续或终止。

60. 有与会者表示支持在建议中提及破产代表在决定是否继续或终止一项合同时应当依据的标准，但所附带的谅解是，这些权力在例外情形下才得行使，行使这些权力时所应遵守的任何标准都必须与为了债权人的利益使资产达到最大化的目标相联系。对此，有与会者指出，在立法建议的案文中列入这些标准可能会造成不确定性，因此，这些标准应列在指南草案的评注一节中。

第(1)款——目的条款

61. 第(1)(a)款中使用“干预”一词表示破产代表有权终止或继续执行合同，有与会者认为这样做不妥，因为有可能暗示有权更改合同的内容。因此，据建议，这一款可仅提及“有权终止或继续执行”，或在措词上不提可能拥有行使这些权力的能力的当事方。

62. 对于只限于由破产代表行使终止或继续执行合同的权力，另有与会者表示了担心。据指出，对于那些不指定破产代表和破产财产仍由债务人占有的法律制度，这种限制的局限性可能太大。有与会者表示支持在指南草案的评注一节中论及这种状况。有与会者提出了另一项建议，指出应对术语表中所载的“破产代表”的定义加以修订，以便包括债务人占有。这项建议遭到了反对，理由是一般性定义应避免提及仅仅是某些法律制度特有的安排或机制，而且在整个指南草案中，所使用的破产代表的概念似乎意味着需要具备资格和相关的能力。

63. 经讨论后，工作组作为一项总的看法确认，指南应着重于由法院指定的或在法院控制下运作的一个实体所进行的破产程序。

第(2)和第(3)款——合同的终止

64. 关于对终止合同作出规定的小结和建议的第(2)款，据指出，在实践中，对尚未了结的合同往往不作出裁定，因为这些合同根本不可能履行，如果要求对任何一项合同都作出明确的选择，将造成程序的费用过高和诸多的麻烦。据建议，应将这一点作为本章所依据的前提反映在指南草案中。

65. 另一种观点是，为了提供确定性，应当规定一个具体的时间限制，要求破产代表在这段时间内作出究竟是继续执行还是终止合同的决定。这一时间期限应该合乎情理，相对较短（与会者提出了 45-60 天的期限），并且附有一项缺省规定，凡在该期限内

未作出决定的合同均视作已被终止。

66. 这项建议得到了广泛支持，但也有与会者指出，通过一项缺省规则的运作而形成的自动终止应当仅适用于不仅是在程序启动时尚未了结的而且也是破产代表已经知道的合同。如果破产代表不知道一项合同，因而不能够作出选择，那么自动效力便是不可接受的。另外，如果发现终止或继续执行将违背破产财产的利益，那么未能在规定的期限期限内作出决定（即究竟是终止还是继续执行），其后果可能同时涉及费用和专业人员的责任问题。

67. 另一个观点是，应当根据所涉及的是清算还是重组而区别对待自动终止的问题。虽然从原则上来说自动终止在清算程序中是可以接受的，但对于重组来说，则需要更大的灵活性，以便避免发生因未能作出及时决定而使破产财产丧失了一项可能对程序至关重要的合同的情况。有与会者建议允许破产代表对那些被认为可能有助于破产财产的合同争取延长时间期限，但这项建议遭到反对，理由是可能增加由破产代表已经负担的行政管理责任，并且将与灵活性的必要性发生冲突。

第(4)款——终止的效力

68. 另据建议，对于破产代表的决定的控制问题，应在关于这些决定的后果的一项广泛的规定中加以论述，这些后果包括损害赔偿，正如第(4)款目前所述。在这方面，普遍的看法是，因终止合同而可能产生的损害赔偿应按关于损害赔偿的一般规则处理，确定其数量也是如此。这些规则的适用不影响赔偿条款的效力需受法院的控制。有与会者建议将这些损害赔偿作为破产财产的债务处理并且给予优先，这项建议没有获得支持，理由是破产案件中许多债权都产生于没有得到遵守的合同，如果给这些债权以优先，这样做将会造成一般政策考虑所不支持的过分优惠。另据指出，在有些情况下，可能有理由限制因终止合同而产生的债权，例如在长期租约中，尚未届满的租期可能导致大量的债权，而承租人在任何情况下都有机会减轻其可能的损失。在雇用合同方面可能出现一种类似的情况，员工常常有机会另寻就业。

第(5)和第(6)款——合同的继续

69. 与会者普遍支持允许对金融合同以外的其他合同实行抵销。作为一项一般性评论，有与会者指出，破产代表有权继续执行或终止合同，而金融合同造成的系统性影响则要求其排除在这种权力的范围之外，指南草案中应提及支持这种除外的理由。另据建议，也应当明确提及贷款通融值得特别处理。

70. 有与会者表示关切，认为在破产法中对雇用合同的处理应当不同于其他合同，不过也有与会者指出，可能应由其他法律来处理这些合同，这些法律例如可能给予这些合同债权上的高度优先。另据建议，在破产案件中是否应由破产法院或其他某些专门的行政或司法机构处理雇用合同和类似的合同，这个问题应留给国内法去处理，而不应当在指南草案中论述。工作组重申，关于涉及弱小当事方的某些类别的合同，例如雇用合同，其终止问题应留给各国立法者酌情处理，因此，应将第(5)款草案措词中的“应当”改为“可以”。有与会者指出，指南草案可建议各国立法者考虑对这些当事方的保护机制，在可能的情况下包括社会保障系统等等。

第(7)款——条款的终止

71. 有些合同条款规定，破产程序的启动构成可导致终止合同的事件。对于这样的条款如何处理，与会者发表了若干意见。虽然承认指南草案中似宜提及可能存在的各种不同程度的无效状态，如第(7)款目前所规定的那样，但也有与会者指出，应该由法律而不是由破产代表来确定这样一种条款是完全无效的还是不发生效力的。因此，破产法可规定这些条款对破产代表不发生效力，或在法庭上完全无效。作为起草上的措词，另有与会者建议修改第(7)款的起始句，以阐明根据这种条款终止合同是启动程序后的结果，而不是这种条款本身造成的结果。

第(8)款——继续执行的效力

72. 第(8)款提及关于由破产代表继续执行的合同而产生的债权的制度规定。有与会者认为，第(8)款应解释为系指这方面所产生的债权应当作为破产财产的债务处理，并作为破产财产的管理费用而给予优先。这一看法得到了一些与会者的支持。一个相反的观点是，可能没有正当理由给予这些债权优先。另据指出，这个问题关系到启动后融资，因此，也许也应当在该部分加以论述。

第(9)和第(10)款——转让

73. 关于转让，工作组表示支持保留一项规定，指出破产代表可在法院批准后转让合同，而不论是否存在转让条款和当事方是否同意。但是，有些与会者表示关切，认为这一事项应由一般合同法管辖，而不是由破产法中的特别规则处理。根据这种做法，如果合同的当事方同意转让，则转让可以发生；如果不同意，则不可以进行转让。据指出，如果作为一般合同法的一个例外而保留这项规定，那么便可能需要对可以进行这种转让的情形增加一些限定条件。也有与会者表示支持只要一般合同法允许禁止转让条款，那么就应规定破产代表可以推翻这些条款。在这方面，据指出，“禁止转让条款”一词应包括在效力上限制转让的条款和禁止转让的条款。

第(11)款——行使破产代表的权力

74. 第(9)、(10)和(11)款的规则规定，破产代表有权决定是否终止、继续和转让合同，而无需法院的批准。有与会者建议，这些规则应服从有关当事方要求对破产代表所作的决定进行司法审查的请求权。应当根据对小结和建议这一节其他各款的讨论情况将上述规则协调统一起来。

D. 撤销权诉讼

75. 在就各语种关于撤销权诉讼情况而应使用的适当术语提出了一些建议后，工作组一致认为应将重点放在实质性制度方面并将术语问题推迟到以后阶段解决。

76. 有一种初步意见认为，指南草案应说明，撤销权诉讼是专门以保持破产情况下产业的完整性和对债权人的公平待遇为目的的，但并无意取代或影响一般民法或商法所规定的保护债权人利益的其他手段。

第(1)款——目的条款

77. 在这方面，有人表示关切说，小结和建议一节第(1)(a)款中将欺诈性行为与违背债权人平等待遇原则相提并论地作为撤销的理由提出会造成误解，因此，这两种提法都应予以删去。有人在回答时指出，将提及欺诈性行为作为有损于作为一个整体的债权人的行为的具体例子予以保留是有好处的，只要在评注或小结和建议一节中说明或在两者之中都说明针对欺诈行为的撤销权诉讼的目的是为了使产业重归完整无损即可。

78. 有人就行文问题建议说，以“列出在哪些情形下在破产程序前……的交易”一语取代“列出在哪些情形下在破产程序前发生的……某些交易”一语，将可使条文更为简化。

79. 关于删去提及将资金或资产从第三方追回作为撤销权诉讼的一个目的的第(1)(c)段的建议，遭到了反对，理由是这项规定可很好地发挥教育性作用。

80. 关于备选案文 1 和 2 的关系，与会者注意到，每份备选案文所讨论的都是在撤销权诉讼情况下发生的不同的问题，因此建议工作组对两者都进行讨论。

第(2)款——可予撤销的交易——备选案文 1 和 2

81. 对于备选案文 1 在规定拟涉及的交易类型、启动撤销权的种种情况和分别对其适用的嫌疑期期限等方面的详尽程度，与会者表示满意。有一种意见认为，本款似可反映重要几类可撤销交易的核心内容（即欺诈性交易、压价贱卖的交易和特惠交易），如评注第 134、135 和 136 段所分别列出的那样。

82. 在交易可予撤销的开始前期限（“嫌疑期”）的确定方面，与会者发表了不同的意见。一种意见认为，确定一个可充分解决实践中可能发生的各种情况的单一而具体的期限是不可行的，因此最好采取一种更灵活的做法。针对这一意见，有人认为，固定期限具有法律确定性，因此是有必要的。虽然并没有就具体的期限提出建议，但人们都支持这样一种意见：这种期限应相当短，而且应有何时开始的说明。

83. 工作组一致认为，应当将嫌疑期的确定问题与适用于破产代表提出撤销权诉讼的权利的时限问题区分开来。

84. 与会者大力支持明确处理涉及“有关人士”和“熟知内情的债权人”的交易的撤销问题。有人认为应说明这些类别中所包括的人士，也可对术语汇编进行补充，并考虑到“有关人士”也可能是个人以外的实体这一点。与此同时，也有人认为，这些交易应在单独的一段中叙述，而不是作为单独的一类可撤销交易予以列出。提出的理由包括有必要就这些交易确定与证据问题和嫌疑期期限有关的特别减损规则。

第(3)款——嫌疑期的延长

85. 有人对第(3)段所规定的法院可延长嫌疑期表示反对。据认为，给予法院这方面的酌处权，会对整个商业交易产生过大的不确定性，从而使法律确定性和可预测性等关键性总体目标受到影响。

86. 有人表示关切说，固定期限对于在可提出撤销权诉讼的期限已过之后发现的为当事方所隐瞒的不利性交易问题方面，可能不够充分。针对这一点有人认为，(一)根据关于时限的一般规则，提起诉讼的权利的期限在破产代表获悉这些诉讼以前将不开始计算，(二)可利用破产法以外的法律中所规定而且仍然可以利用的补救办法，包括刑事性

补救办法来解决这些情况。

第(4)和第(5)款——证据问题

87. 工作组一致认为，指南草案应就围绕撤销权诉讼而产生的证据问题的处理提出建议。与会者回顾说，在许多法律体系中，规定了涉及一项或多项撤销权诉讼条件的推定，因此也规定了转由债务人对对应方承担举证责任的情况。因此，有人主张在指南草案中明确确定需予证明的内容和需予推定的内容。就推定而言，则还要说明对这类推定是否可以反驳。不过，有人告诫说，指南草案应避免作过分详尽的限制，特别是在程序性问题方面，因为这些可由本国法律去解决。因此，与会者重申，立法指南的宗旨同示范法的不同，它不应是规范性的，而只是通过突出问题和提出政策备选办法来向立法者提供指导意见，从而就其中一种或多种备选办法提出建议。

88. 至于第(5)款，与会者指出，要求所称欺诈性交易的对应方确立债务人的无辜动机，无异于阻止该当事方成功地抵制撤销，因为它没有可能对这一迹象提出举证。而且，有人还指出，这种解决办法同有些法律体系中所采用的做法也是不一致的，因为那些体系是按善意推定原则行事，只要求提供与恶意有关的证据的。

第(6)款——未能提出撤销权诉讼

89. 有人支持在指南草案中包括讨论破产代表不提出撤销权诉讼的问题。工作组一致认为，原则上，债权人应能进行这类诉讼，但又建议说，指南草案应在评注或建议一节中说明，这类权力只能是纯粹为了破产产业和作为一个整体的债权人的利益而行使。而且，指南草案应确定债权人是否有权从产业中收回围绕为了产业的利益而进行的撤销权诉讼所承担的任何费用，以及该项要求是否能得到优先。为了避免债权人进行轻率的诉讼而造成产业的分裂，也可规定须有法院的事先核可。

90. 有一种不同的意见认为，破产代表不提出撤销权诉讼的问题，应涉及对破产代表进行刑事或行政制裁的问题，包括任命一替代性代表。针对这一意见，有人澄清说，应根据案件情节的不同而区别对待。对由于疏忽或恶意（或泛指无充分理由支持的情况）所造成的不履，同由于破产代表估计撤销权诉讼不可能获胜而且只能造成对产业增添费用而造成的不履相比，需作不同的处理。因此，指南草案应当澄清的是，应由法院对破产代表不提出诉讼的原因作出评估。另外，还有人认为，应由指南草案解决那些未规定破产代表或其他行政管理当局的体系中撤销权诉讼的提起问题。

第(7)款——启动后的交易

91. 人们支持这样一种意见：目前第(7)款涉及的在程序启动后发生的交易，并不属于撤销权诉讼的范围。虽然说视有关法律体系的具体情况可将启动后发生的交易视为无效，但一般都认为，撤销权诉讼是使启动前进行的、有损于债权人的利益的、但在破产以外的情形下有效的交易归于无效的一种手段。因此，在启动以后进行的交易应在指南草案的另外一节中涉及，而且应视所涉究竟是清算还是重组的情况而区别予以对待。就此提出的建议包括在产业的管理的范围内，在实行暂停的范围内或在破产代表的权力的范围内涉及这一问题。

92. 对于实质性方面，有一种意见认为，在可能适用于启动后交易的各种制度方面应规定得更具体一些。与会者认为，确立可撤销性作为一项一般规则并不恰当，因为不

同的法律体系所采取的解决办法是多种多样的，包括那些应受控制而且可能为法院核可的交易或其虽然有效但需替换破产代表的交易。因此，与会者支持重新草拟这项规定，其大意是，应列入有关交易的类型和交易进行的环境（即清算或重组）等不同情况。因此，与会者认为，对于普通商业过程中进行的交易，应实行法院批准制度，并应给予更优惠的待遇。

4. 程序的管理

A. 债务人的权利和义务³

一般说明

93. 有人指出，关于债务人义务的一节对于指南草案非常重要，因为适当地履行这些义务（特别是与破产代表和监督破产程序的其他主管部门进行合作的义务）往往对于清算和重组程序的成功至关重要。

94. 有人建议，为了透明度和可预测性目的，应具体查明和处理债务人的合作义务所隐含的附属义务。附属义务可能包括（或是个人债务人或是破产公司的经理和董事）不离开其惯常居住地的义务，向破产代表或法院披露信函内容的义务以及涉及个人自由的其他限制。有人指出，这些限制及其延申适用于公司董事和管理人员至关重要，有助于避免由于个人债务人离开营业地以及董事和经理在破产程序启动时辞职的惯常做法引起的破产程序中断。然而，有人指出，对于确保这些附属规则与其所依据的目的和与一般合作义务的总体目的保持相称的必要性应谨慎从事。

95. 普遍支持以下建议，即提出可在债务人未能恪守其义务时适用的补救方法作为对该节的补充。

第(1)款——目的条款

96. 有人建议，第(1)款应按以下大意草拟“(a)确保能够及时向破产代表提供关于债务人、其资产和财务的全面而适当的资料；(b)确定有责任提供这种资料的一人或多人”。

第(2)款——申辩权

97. 工作组同意，有必要保留债务人在破产程序期间的申辩权，而且应将该权利与参与破产程序的权利相区别。有些建议认为，应根据一些法律制度所采取的方法将申辩权范围限制在“影响债务人利益的事项”上，或者根据清算或重组是否受到影响来确定其范围。但这一建议未得到支持。有人指出，申辩权是为了债务人的利益并使其得到保护而确立的，这种权利涉及宪法权利的基本问题，是不受具体有关程序的性质或目的的影响的。

98. 有人认为，提及防止债务人滥用申辩权的必要性没有必要，因为禁止滥用是一项一般法律原则。然而不同意见认为，在这方面作这一具体提及可能有用，可能有助于遏制债务人为阻挠快速有效地进行破产程序而滥用这种权利。

99. 有人认为，债务人参与作出决定的过程的权利在重组方面的范围大于在清算方面，

³ 参考文件 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 152-170 段，及其后的小结和建议。

因此应对方括号内的提及作适当的补充。

100. 有人对以下建议表示关切：即债务人应有权听取或是破产代表或是法院就涉及破产程序的事项所作的通报。一方面，有人认为，这一权利会导致给破产管理造成过度的负担。另一方面，有人指出，法律中没有任何规定不允许债务人要求破产代表或法院提供资料。

第(3)款——债务人的义务

101. 有人支持在指南草案中列入如下建议，即应在法律中明确提出债务人的义务，办法是澄清这种义务的内容和将从这些义务获益的人员。有关的建议是，可在不任命任何破产代表的制度中列入资格条件。有人建议，可明确规定债务人回应对破产代表或法院提供信息的要求所负有的责任，并将此作为提供信息的一般义务的一个具体方面，以加强其效果。

102. 作为一项起草事项，有人认为，这一规定如果予以重新制订和直接表达（即“债务人应与……合作”）可能会更有效。还有人认为，提到债务人有义务提供关于其事务的“当前”资料可能会被解读为将此义务限制在启动程序的时间，而还必须提供涉及程序启动前各时期的有关资料。因此，还应要求提供“过去的”资料，并应在该段中增列大意为该资料不仅必须准确可靠而且还必要“全面”的限制范围。

103. 有几种意见认为，向法院和其他处理破产的机构提供资料的义务应扩大到包括可能有能力提供资料的任何个人和实体，包括银行、金融机构和有关公司的董事或职员。但有人认为，破产代表要求第三方当事人提供资料的权限问题属于敏感问题，因为这可能会与那些当事人需同等地遵守的保密或类似责任相冲突。作为一般说明，有人指出，指南草案需要澄清以下问题，即所规定的要求第三方当事人提供资料的权力是否具有同赋予破产代表对于债务人的权利同样大的范围。有人进一步指出，可将这种延伸视为在破产情形中影响第三方当事人的制度的一般问题的一个具体方面，因此应在程序的管理人一章中列入处理这些问题的一节。最后，有人回顾，《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》草案中曾探讨过第三方当事人的权利问题。经讨论后，工作组同意在稍后阶段继续讨论这一议题。

104. 有人重申有必要制订破产法，为债务人或第三方当事人未能遵守其义务时提供补救办法，以便确保这些义务的效力。对于指南草案是否应通过建议提供这些补救办法或通过建议具体类型的补救办法（包括刑事制裁、取消专业或贸易协会会员资格或在个人债务人情况下规定则不得享有清偿的好处）来提及这种必要性，与会者提出了一些不同的看法。

第(4)款——应提供的资料

105. 有一种意见认为，应将第(4)款作为第(3)款(c)项列出，因为其中说明了债务人合作和提供资料的义务这一基本目标得以实现的种种途径。

106. 关于实质性事项，与会者就应由债务人提交的资料的类型发表了几种意见。有一种意见认为，应将提交财务报表、帐目和帐簿的义务作为提供资料的义务的关键方面明确予以提及。另外，还应规定披露所有交易，而不论其是否可以撤销，因为撤销问题并非由债务人决定的。经过讨论，与会者支持这样的提案，即，在提及某些应予以提供的单据的同时，还应以一条一般性规定作为补充，其中规定债务人有义务提交破产代表可能合理要求提交的所有资料。

107. 与会者同意应当确保任何有关资料的按时提交，但也有人指出，提供资料的责任在整个程序中都应是有效的，因此，最后一段中对启动的提及应予删除。

108. 有些人还支持这样的提案：应当规定向熟悉内情者和有关实体披露任何未了关系的义务，但不得影响考虑到可能出现的保密问题的需要。

第(5)款——制裁

109. 有人主张制订充分的措施，以取得指南草案中规定的有关资料——不仅是针对债务人可能不履行规定义务的情况，而且要将其作为一项一般性的广泛原则。在这方面，“其他”一词可能造成误解而应予以删除。

110. 有一种意见认为，破产代表向债务人以外当事方请求并取得资料的权力，可结合关于债务人的一节妥善加以论及。与此不同的一种意见认为，这一问题与关于破产代表的权利和义务的一节有关。工作组重申，指南草案需要明确处理第三方地位问题。

第(6)款——保密问题

111. 与会者一致认为，鉴于与破产程序有关的多数资料的商业敏感性，有必要确保机密性，但又指出，指南草案可向立法者建议说，有必要在这方面就破产法和程序法进行协调。

第(7)款——债务人管理——清算

112. 一般都认为，条文应将重点放在债务人的地位上而不是放在破产代表的地位上，以同该节的主题事项保持一致，并讨论债务人在两种类型的程序中的作用。例如，在清算程序中，债务人应将资产移交给破产代表（视其在启动时是自动发生还是需由债务人作某些实际提交而定），并协助破产代表处分资产。

第(8)和第(9)款——债务人管理——重组

113. 有人支持修正第(8)款，使其与评注第 154-160 段所载讨论情况保持一致，以反映重组情况下管理的各种不同做法。据指出，这一建议也可扩大到针对第(9)款。

114. 有人就两段中都提到的“共管安排”表示了一些关切，理由是这可能意味着私下协议。据指出，在多数法律体系中，分别属于债务人和破产代表的权利和义务并不是一个由当事各方同意的问题而是一个由法律规定和管束的问题。与会者注意到，第(8)款所规定的禁止债务人出售资产，并没有准确地反映出债务人采取任何为普通商业过程所需的行动的权力。还有人建议将这两段合并为一段。

115. 有人认为，指南草案应涉及债务人、主任和经理的赔偿责任问题，包括按第 170 段精神写成的材料，并说明产业是否应对这些人士和机构的行动造成的损害负赔偿责任。更具体说，指南草案应反映出这样一点：将根据所涉行为为欺诈还是疏忽而实行不同的赔偿责任制度。有人建议说，可列入关于赔偿责任问题的具体建议，尽管在许多法律体系中赔偿责任事项可能是而且往往是由破产法以外的法律管束的。还有一种意见认为，赔偿责任问题应结合破产代表的义务予以解决。

116. 关于给予为了破产产业的利益而工作的专业人员或公司以充分报酬的义务问题，与会者一致认为应结合破产代表的义务予以解决。

B. 破产代表的权利和义务⁴

117. 有与会者在讨论开始时注意到，指南草案第一部分术语表中“破产代表”的定义提及破产代表或许有可能是一个“实体”。有与会者提出小结和建议部分中所载义务如何在该情形下予以适用的问题。针对这一问题，有与会者指出，有些国家的现行做法中包括指定个人和实体的做法；指定实体的根据通常是为该实体工作的个人是有资格的，而且该实体本身将照章行事。还有与会者指出，如果破产代表系政府部门的官员，指南草案宜载明该项指定会如何影响到责任、报酬和指定资格等问题。另一种考虑是，指定破产代表的程序及破产程序的进行都应在所有各方面体现透明度这个关键目标，但有与会者指出，这个目标与破产程序的全过程有着更广泛的关系，其影响所及包括整个过程中的所有参与者。

第(1)款——目的条款

118. 有与会者就如何措词提出建议，即，(a)项应该是指“破产代表”，而不是指“个人”，除“职能”外，还应提及“资格”。

第(2)款——指定破产代表

119. 关于指定破产代表的方法，有与会者建议，可将其他一些例子列入指南草案，例如由债务人（或债务人的董事）指定破产代表，在某些情形下可不经法院授权，但附有与第(7)款所述相类似的保障措施，或由政府部门指定破产代表。还有与会者指出，有些法律制度规定，破产代表可以是政府官员或公职人员，或一组专家，因此这可能涉及除(b)项所列以外的其他指定程序。有与会者对本款建议中是否需要提及临时指定表示出某种关切；这个问题也许应在关于中止和临时措施的一节中处理。然而，有与会者指出，这不只是指定人选的时间问题，而是在资格、经验和职能上可能存在着差别。有与会者指出，临时指定只能由法院下令作出，而不得使用其他任何手段。有与会者提问是否有可能存在不指定任何破产代表的情形。

第(3)款——资格

120. 有与会者指出，由于据了解，只在某些法律中存在“受托”这一用语，所以在指南草案中不应予以使用，而且，无论如何，义务的提法已暗含了这一用语。同样，只有某些制度常常使用“合适”这一用语，而且这一用语可能与能力的概念混为一谈；有与会者指出，这一用语通常是指品行端正，无犯罪史，而与能力无关。有与会者指出，在某些法律制度中，以何种方式指定系破产代表必备资格的决定因素（例如，如果由债权人指定，则破产代表也许本人必须是债权人）。据指出，有些法律制度中包括了一项关于破产代表国籍的条件，有与会者提出了关于破产法如何对此下定义的问题。

第(5)款——利益冲突

121. 有与会者指出，第 180 段应该使用“以前就已存在或现存的关系”的提法，并举

⁴ 参考文件 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 171-186 段，及随后的小结和建议。

例说明这种关系可能包括的内容，例如现有或以前对债务人的所有权、以前与债务人的商业关系或（在专业人员的情形下）担任过债务人的代表。还有人建议应讨论关系的密切程度，例如，债务人代表公司的成员或与债务人有某种关系的家庭成员。所列举的关于有可能发生利益冲突的另一个例子是，根据一项法律的规定，如果重组程序转为清算，则在重组中指定的破产代表不得接着被指定或继续任职。有与会者指出，根据目前的行文措词，本款仅提出披露的要求，但有与会者建议，本款应更进一步规定，如果发生利益冲突或缺乏独立性的情形，破产代表就不得以其身份行事。针对这种说法有与会者担心，除非情况十分明确，否则通常难以确定事实上是否存在利益冲突或缺乏独立性的情况，而且如果已作过披露，则通常会接着予以指定。另有与会者认为，公正不倚是至关重要的，而不仅仅是可取的；如果有必要，可要求法院作出适当的裁定。据指出，凡获提名担任破产代表者，均有义务披露潜在的利益冲突。

122. 解决缺乏公正性或独立性的另一种做法是，就具体的惩处或破产代表的报酬作出规定。有与会者注意到，有些法律规定，披露系指定的先决条件，如果在指定以后发生冲突，可予以惩处。

第(5)款——职能

123. 有与会者建议，在小结和建议一节可列入指南草案第 173 段所规定的职能，以便能够使这些职能如建议的那样既清楚又具体。有与会者对此表示不同的看法，认为第 173 段所列的清单过长，应编制与小结和建议相互参照的索引，或缩短所列清单的长度，设置一般类别，说明所列举的职能，并将清算和重组区别开来。为了对该清单进行补充并确保不会对该清单作涵盖一切的解释，可在该清单前添加“根据法院的规定”这几个词。还有与会者建议，该清单应提及管理债务人活动的职能，以及将破产代表可能意识到的任何犯罪性质的行为报告给当局的义务。还有与会者回顾到，工作组在讨论债务人权利和义务时审议了与债务人企业运作有关的问题，其中包括资产的监督和出售，在第(5)款中可涉及这些问题。

第(6)款——责任

124. 有与会者表示认为，责任问题在破产程序中特别重要，可能需要更加广泛地论述，不仅包括在进行破产程序期间发生的伤害行为（可能涉及破产代表、债权人和第三方当事人），也包括对破产工作的责任和有关指定当局和第三方当事人的责任。关于破产代表，据指出，责任问题与能否吸引合格的专业人员担任破产代表密切相关，并且涉及能否鼓励以及时和专业的方式进行破产程序。一些法域所采取的做法是，推定破产代表将能作出有效的商业判断，而由债权人或其他当事人负责证明这种情况并非属实。另据指出，对于不同程度的行为，例如普通过失或严重过失，可能适用不同的证明标准。有与会者指出，有些法律对破产代表的公务责任和履行该职能者的个人责任加以区分。法律常常规定，对于在履行这些职能时所采取的行动由破产财产负责赔偿。虽然这是一个敏感问题，但有与会者指出，指南草案规定得越明确，就越能够促进正确的操作方法和专业行为。一种相反的观点是，应该由对专业人员渎职行为规定了标准和处罚的一般法律去处理；指南草案只应列入行文措词大意如第(6)款的一则一般性说明。

125. 为了解决责任问题，有与会者注意到，指南草案中提及使用保证金和赔偿保险。据指出，虽然保证金是为了补偿破产财产的财产损失，但一般不足以补偿所受的损害，对于损害将需要由保险来赔偿。有与会者确认，保险这种解决办法可能并不是在许多

国家都可广泛利用的，也许需要探索其他解决办法。

破产代表的报酬

126. 有与会者认为，指南草案中应论述破产代表的报酬问题。据指出，报酬应当与破产代表的资格和所要求履行的任务相符，风险与奖赏相当，以吸引合格的专业人员。关于报酬应当如何计算，与会者提出了若干方法——可以参照政府机构或专业协会公布的经核定的费率表加以确定，在特定案件中可由全体债权人或法院或其他某个行政机构或仲裁庭加以确定，以及可以根据债务的数额或破产财产的资产加以确定（其数额只能在程序结束时资产已经售出和确定了其价值的情况下加以评估）。指南草案中可列出这些不同的做法，并明确指出，应当承认破产代表的报酬的优先权，破产法应解决这些问题并提供一个确定报酬的机制。

127. 据指出，关于支付报酬，可以有不同的资金来源。在破产财产包括了无担保的资产的情况下，报酬可从这些资产中支付；如果对资产的管理有利于债权人，可对资产征收附加费，用以支付这些资产的管理费或销售费用；或可在提出非自愿申请时，向债权人征收附加费，以至少解决初始费用和履行基本职能所需的费用。另一个问题是审查报酬的问题，虽然有与会者指出这个问题已在第 220 和 221 段中述及，但也许应当在关于破产代表的一节中专门论述，其中还应包括规定在进行程序的过程中定期审查。这样将可在问题出现的时候随时处理和解决（也许可通过破产代表与债权人之间的仲裁加以解决）。另据指出，无资产状态的问题（第 175-176 段）应与报酬问题相联系，也许可加以扩大，指出在无资产案件中可采用简化程序。

第 (7) 款——解职和替换的理由

128. 有与会者表示认为，第(7)款所列的解职原因局限范围太窄，应加以扩大，以反映程序的需要，例如经查明程序要求一种特定或不同的能力而所指定的代表又不具备该能力的时候，应该能够替换该破产代表。据建议，在解职的原因中应明确指出必须遵守的谨慎标准，可提及专业资格和其他某种因素，也许需要扩大所列举的原因范围，以包括非法行为、与办理的案件有利益冲突和有正当理由解职的其他行为。

129. 有与会者指出，虽然本款规定债权人可以申请法院解除破产代表的职务，但常见的情况是，在巨大案件中，小债权人可能基本上没有表决权，因为他们在程序中没有足够的经济利益，不值得付出这笔申请费。为了克服这种困难，也许可以在申请获准时从破产财产中支付这笔费用。

第 (8) 款——任命一名接任的破产代表

130. 对于是否需要本款的第二句话，有与会者提出了保留意见，不过，也有与会者指出，由于对这个问题采取了各种不同的做法，而且在有些制度中，资产交由破产代表全权处理，因此将需要论及接任的问题。

131. 据建议，第(8)款可合并作为第(7)款中的一项，并增加一些附加原因，包括生病和破产代表可能必须停止履行其职务的任何其他原因。还有与会者建议，凡替换或解除破产代表的时候，都可能要求其负有义务，必须确保将帐册、档案和其他资料转交给接任者。

C. 启动后融资⁵

132. 关于启动后融资，普遍认为，指南草案应当论及在重组、负债企业作为经营中企业出售或清算债务人资产的情况下便利提供此种融资的重要性，同时考虑到不同法域对优先权规定采取的各种做法。

第(1)款——目的条款

133. 对于其中说明的获得启动后资金的目的，与会者提出了一些建议。有的人建议应在第(1)段中提到下述各点要素：为债务人的企业继续经营或生存而便利获得启动后资金，保护或增加债务人资产的价值，为提供此种资金的人或其权利受此条款影响的人提供适当保护。关于这一点有人提出，立法指南应当说明，本条文的目的是力求在赋予偿付优先权和原债权人的权利之间求得平衡，前者是吸引启动后融资的一种奖励办法。另有人提出，立法指南应当说明，获得启动后融资的决定还应包括提供贸易信贷。

第(2)款——启动后融资的可得性

134. 有人提出，第(2)款不但应承认启动后融资的必要性，而且应当鼓励尽早就是否有必要获得新的资金或是否应当清算企业作出决定，事实上，这是最重要的决定。有人注意到，指南草案第 191 段回顾了工作组第二十四届会议曾就从提供资金的必要性来看对破产过程的不同阶段加以区分是否可取进行过讨论。据认为，从提出破产申请到启动程序期间，提供新的信贷对企业继续经营可能特别重要。有人提出这样一个例子：如果确定新的贷款对债务人“不可获缺”，则这一期间可以获得新的贷款。有人提出，这一期间是否提供信贷，也许取决于程序是自愿性的还是非自愿性的；如果程序是非自愿性，有人认为没有必要在程序启动之前考虑这个问题。还有人认为，基于类似的理由，从重组计划启动到审议的期间内，启动后融资也很重要。关于重组计划批准后的期间内是否有必要融资的问题，应在重组计划中考虑。

135. 对于清算情形，有人提出，资金的提供不应限于作为经营中企业出售企业的情形，而应当更为广泛，以便确保偿付工资或续保费、租金、合同维持费以及因继续经营企业或者因需要保护资产的价值而可能涉及的其他债务。

136. 除了对破产过程中可能需要新的注资的不同阶段加以区分之外，有人提出，有权批准此种融资的机构可能也有区别。在重组计划获得批准之前，可以把批准权赋予破产代表，计划获得批准之后，各项裁定需受债权人或法院的监督。有人指出，对提供启动后资金加以限制并要求获得批准，原因在于债权人可能受到损害，因此应当在指南草案中明确说明，有担保债权人的现有权利不会因提供新的信贷而受到不利的影响。有人提出，在任何情况下，有关批准手续的规定应当同提供新的资金后可能发生的损害或产生的益处相挂钩，而且只有那些可能受影响的当事方才需被给予表示反对和申辩的机会。

第(3)款——破产代表的权力

137. 与会者就第(3)款的实质内容发表了一些看法。与会者表示，首先，第(3)款的范围

⁵ 参考文件 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 187-191 段，及随后的小结及建议。

应更广一些并应规定破产代表可获得启动后融资，条件是已确信启动后融资是保持或增加资产的必要条件，而不是象目前的案文所说的那样，只是为了企业的继续经营。

138. 有的与会者认为，按其目前的措词，在决定是否批准启动后融资和准予担保方面，第(3)款似赋予破产代表很大的酌处权。与会者普遍认为，在许多法域中，负责作出这些裁定的是法院，而不是破产代表，但有的与会者指出，法院就是否有必要获得额外资金作出裁定，无论如何必须依赖于破产代表提供的信息。要求法院参与这些情形，只会给破产程序又增加一个步骤。关于提供担保，有的与会者指出，只有在贷款未予偿还的情形下这才有可能成为一个问题。另有与会者认为，指南草案就法院尽早参与获得启动后融资的裁定订立规定，可增加透明度，并使潜在的贷款人更加放心。为弥合这些分歧，有的与会者建议，也许可能要确定一个界限，规定凡融资数额超出这一界限的都需要得到批准，或者规定，只有在对破产代表的融资建议异议时才需获得批准。

第(4)款——优先权

139. 工作组一致认为，关于应准予启动后融资哪类优先权的问题，不属于由破产代表处理的事项，而应在破产法中予以确定。与会者普遍认为，赋予新贷款的优先权应当归入破产管理费的类别，但有的与会者认为，应鼓励向破产企业提供货物和服务的供应商继续提供这类货物和服务，因此，其提供的货物和服务应在有担保债权人之前优先得到偿付。关于货物和服务，有的与会者指出，“信贷”的提法范围过窄，需要扩充。有的与会者指出，对于那些将先于破产管理费或无担保债权人的优先权赋予某些类别的债权（雇员的薪酬）的法域，第(4)款应当建议由破产法中载列或提及这些优先权。

第(5)款——对现有担保的处理

140. 有的与会者在讨论开始时建议，必须澄清第(4)款和第(5)款之间的区别；第(4)款未涉及现有担保权，而第(5)款纯粹是关于这些担保权的。有的与会者认为，由于现在有担保的债权人通常不可能同意准予另一债权人对同一担保物享有优先权，第(5)款赋予现有担保权持有人以否决权，可能因阻碍获得启动后融资而促使进行清算。另一种不同的看法是，在某些制度中，有担保的债权人准予该优先权是因为这样做符合其最大利益，既能便于进行重组、避免提起诉讼，又能增进获得偿付的前景。有的与会者指出，做法上的不同，可能取决于是否允许有担保的债权人在破产过程之外执行其担保权。

141. 有的与会者指出，在有些法域，法院如果确信有担保的债权人对资产享有的担保权足以使其不会因赋予启动后融资以优先权而受到损害，则法院可准予这类优先权。其他法域则规定法院必须确信附加条件已得到满足，其中包括：已通知有担保的债权人并已给予其向法院陈述看法的机会；债务人能够证明其无法通过其他任何方式获得必要的资金；有担保的债权人的利益将得到充分的保护。另有与会者认为，第(5)段应确定这样一条一般原则：未经有担保的各方当事人同意，启动后贷款的担保权不应损害现有担保权益，但如果拒绝表示同意，则指南草案应载明获得启动后资金的其他方法。另有与会者建议，对同意的形式要求应该属于普通国内法管辖的事项，而不应在指南草案中提及。

D. 债权人委员会⁶

第(1)款——目的条款

142. 有人提出，关于债权人委员会的条文的目的至少应包括以下两点：(一)便利全体债权人以代表方式参与；(二)对委员会的指定和职能做出规定。

第(2)款——债权人委员会的指定

143. 工作组一致认为，债权人委员会的存在会有助于增进程序的透明度，因此，鼓励指定债权人委员会并增进其作用是可取的。为此有人建议把“可”一词改为“应”。另一种看法是，要强调的应当是债权人的代表性，而不是便利程序的进行。

144. 虽然对这一条文的一般措辞表示同意，但也有一些看法认为应当避免使用“代表”一词。据指出，在许多法律制度中该词等同于特定的法律手段和法律效力，而这并不适用于债权人委员会。因此有人建议用比较中性的词语来表达代表的意思，例如“为了相对于破产代表和法院的程序之目的”。

145. 有人认为，不同类别的债权人可能会有不同的利益，甚至可能是相互冲突的利益；因此，规定各类债权人以平等的地位参加单一的委员会，是不妥当的。另外，由于不论是从债权人的人数还是从债务额来看债务的主要部分可能是由有担保的债权人持有，那么设立单一的机构，无论表决权是以债权人人数为基础还是以债权额为基础，都有利于后者取得支配地位并压倒无担保债权人。因此，为了维护债权人委员会的代表性并使之发挥有效的作用，应当为不同类别的债权人设置不同的机构。另外还注意到，在有些小型破产案中债权人通常可能不愿意参加债权人委员会，或者债权人的人数太少没有必要组成债权人委员会，在这种情况下，全体债权人可以代行本来应由债权人委员会履行的职能。

第(3)款——债权人委员会的职能

146. 尽管各种法律制度的做法不尽相同，但工作组一致认为，应当清楚地阐明并详细论述通常由债权人委员会履行的两项职能（即咨询职能和监督职能），以表明这些职能可能包括的范围。一个有关的问题是，委员会应当能够积极地代表并促进债权人的观点，而不应在履行这些职能时受破产代表的限制，但法院做出限制除外。关于措辞问题，有人提出，用“专家”一词来限定应由委员会提供的咨询，同要求委员会履行的咨询职能的一般范围不相称，因此应当删去。

147. 有人提出把最后一句话中的“指导”一词改为“与……合作”，以便更为确切地反映债权人委员会与破产代表之间的关系。围绕这一点提出的有关建议包括，指南草案应当：(一)说明在某些制度下委员会将与法院直接合作并在法院的控制下发挥作用；(二)确定一旦委员会与破产代表之间发生冲突将求助于什么机制。

第(5)款——债权人委员会的组成和成员的挑选

148. 关于这两条建议的顺序，有人认为，委员会的结构问题应当放在关于委员会的职

⁶ 参考文件 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 192-212 段，及随后的小结及建议。

能问题之前论述，因此，第(3)款和第(5)款应当对调。

149. 有人在一般性评论中指出，不论各种法律制度对债权人委员会的结构和特权作出何种规定，指南草案都应当对债权人委员会与全体债权人或债权人大会之间的区别作出明确的说明；赋予前者的权力和职能不应损害全体债权人参与或以其他方式介入破产程序的权利。

150. 会上表示支持这样的观点，即为了保证委员会的有效运作，应当对债权人的参加人数加以限制，具体人数由本国的立法者来确定。有人提出，有利益冲突的债权人应当排除在参与范围之外，以确保这一机构的独立性，这一建议也得到了支持。但是，关于这一点有人指出，这种排除不应当只适用于同债务人有关联的债权人，而且还应适用于任何可能有利害关系的债权人，在履行委员会职能时，这种债权人的公正性可能因此而受到影响，例如债务人的竞争对手。

151. 会上还表示支持这样的观点，即指南草案应当确定指定委员会的机制，其中可以包括全体债权人进行选举或由法院指定，并对撤换缺乏必要技能的成员、玩忽职守的成员或办事不得力的成员作出规定。但有人指出，在一些法律制度下，债权人委员会成员的撤换只限于严重玩忽职守的情形；规则定得过严可能不利于鼓励债权人参加委员会。

152. 关于该段第一句话中的“服务的意愿”的提法，人们认为是多余的，因为要指定一名不愿意或不准备出任此职的债权人担任委员会成员，根本无从谈起。

第(4)款——专家顾问的任命

153. 工作组一致认为，经债权人委员会的提议批准专家顾问的聘用，是法院的事情，而不是破产代表的事情。有人认为，规定债权人委员会对法院而不是对破产代表负责，是保持这一机构的独立性的重要条件。另有人建议应当提到专家的任命和参与对程序产生的积极的经济影响。

第(6)款——债权人委员会成员的义务和责任

154. 普遍看法是，没有必要明确提及债权人委员会本着诚信行事的义务，因为诚信是一条一般法律原则，适用于所有义务的履行。有人再次关切地提出，对债权人委员会成员提出的责任标准不应过高，以免阻碍参与。

155. 有人再次提出应当将有利益冲突的债权人明确排除在参与范围之外。有人指出，这一点对下述情况特别重要：程序启动后债权在二级债务市场上出售，获得债权的人的权益可能不同于原债权人的权益。关于这一点有人提出，如果委员会的成员将其债权出售，购买这一债权的人不能自动继承债权人委员会的成员资格，能否参加委员会取决于购买债权的人是否符合所有相关的要求。

156. 关于委员会成员对债权人或者对负债实体的股东或所有人所负的“履行受托事务的义务”的提法，人们认为在某些法律制度下会产生歧义。因此，有人建议将该词改为比较中性的词语，能表达这些成员应承担的基本责任即可。另一种看法是，该段最后一句话规定债权人委员会不对负债实体的股东或所有人负任何责任，这种规定可能没有准确地反映重组中出现的某些情形，即股东或所有人会有回报，因此，应当把债权人对程序的结果有经济利害关系的例外情形包括进去。

第(7)款——债权人委员会的决策

157. 尽管有人提出指南草案不宜就委员会的具体表决机制提出建议，但还是有人支持下述观点：应当要求债权人委员会制定关于其职能和决策过程的细则，可能的话应当对不同类型的决策制定不同的规则。有人认为，交给债权人委员会的任务可以包括代表全体债权人谈判某项计划，对于债权人委员会就某项计划是否应提交全体债权人的问题做出决定以及对于债权人委员会做出的其他类型的决定，可能要规定不同类型的多数票。一项相关的建议是，在制定关于构成多数票的比例的规定时，不应要求做到一致同意，因为这样可能不利于委员会的运作并最终影响程序的灵活性。一种不同的看法是，鉴于不同的法律制度可能拿出各种各样的解决办法，不如将这一条文删去。

158. 有人指出，第(7)款只涉及属于债权人委员会的权力和职能范围的决定，目的并不是要使这些决定对全体债权人的权力具有约束力或以其他方式得以影响这种权力，例如批准重组计划的权力。关于这一点有人重申，债权人委员会的权力来自赋予全体债权人的权力。有人提出，应当从各项建议的结构上反映出全体债权人与债权人委员会之间的关系，把有关全体债权人的段落（现第(8)款）同有关债权人委员会的段落的顺序颠倒过来。

第(8)款——债权人全体大会的表决

159. 在不影响上文关于有关款项顺序的决定情况下，有人提出，关于债权人全体大会的建议应当允许对不同类型的决定规定不同的多数票规则。虽然普通多数票规则可能适合大多数决定，但对于某些比较重大的决定，如涉及破产代表的决定或涉及启动后融资问题的决定，则采用特定多数票更为妥当。

160. 与会者表示支持在指南草案中单用一节论述债权人全体大会的权力和职能，如有可能应放在有关债权人问题的章节中论述。

E. 债权人的债权及其处理⁷

第(1)款——目的条款

161. 与会者对第(1)款所载关于债权人债权的处理的规定的目的表示了普遍支持。有与会者指出，(d)项可能列在第五章 A 节关于分配上的优先的规定下更为适合。

162. 工作组商定，第(1)(a)款的措词范围应该更广些，不只是提及破产代表，以便在应由谁审议债权这个问题上，载列可选用的各种不同的做法。

163. 第(1)(b)款和小结和建议一节的其他款项中提到关于“上诉”的规定，据认为，这个用词不妥，因为在一些法律制度中，这个词指的是司法请求过程的一种特定的程序手段。与会者支持使用一个更为中性的措词，例如“司法请求”。

164. 关于第(1)(c)款，有与会者建议，还应当提及类似类别的债权，例如有争议的债权、有条件的债权或非金钱债权，但这样列举并不意味着已经完整无遗。

⁷ 参考文件 A/CN.9/WG.5/WP.58，第 213-252 段，及随后的小结和建议。

第(2)款——外国债权人的处理

165. 有与会者提出了一项关于起草措词上的建议，指出本款规定应当与《贸易法委员会跨国界破产示范法》的用语一致起来，在该示范法中，本国债权人与外国债权人不是以国籍而是以居住地加以区分的。

166. 为了保持对外国债权人的平等待遇，工作组商定，关于程序的通知中不仅应明确指出提出债权的最后期限，而且还应指明提出债权时所需遵守的任何一切程序和形式要求，但具体列明哪些程序由国内法处理。不过，有与会者认为，如果要求债权人亲自出现在破产代表面前，那么外国债权人平等待遇的目的便可能落空，因此，在提出债权方面，不应当鼓励这样做。

167. 特别为了外国债权人的利益，有与会者提出了一项建议，指出在通知中应当指明是否将按照申请时而不是启动程序时的汇率来确定债权的价值，因为这可能影响到债权的表示货币的折算。

第(3)和第(5)款——债权的提出

168. 工作组一致认为，第(3)款所述的提出债权的时间问题在第(5)款第一句中也提到，因此，这两款规定应合并起来讨论。

169. 据建议，应当鼓励各国立法者规定在启动后的一段特定时间内或在进行分配之前的任何时间提出债权。对此，与会者表示了支持。据指出，法律中应明确述及和指明未能在规定的时间内提出债权的后果，因为有许多可以选用的做法，其中包括将这些债权的地位退让在后。为了突出强调在破产法中规定惩处的必要性，有与会者建议，应将第(3)款中的“可以”改为“必须”。另据建议，还应述及按合同约定退让在后的债权。

170. 还有与会者建议，不应当由破产法来制定对于没有提交破产程序的债权所应适用的实体法或程序法规定，这是应由其他有关国内法律处理的事项。虽然在破产法规定了程序结束时债务人免除剩余债务的情况下放弃没有提出的债权是可以接受的，但根据一般的实体法规则和程序法规则，一旦破产程序完成时，未能提出债权并不影响强制执行这些债权的可能性，或强制执行其中在程序中未得到偿付的债权部分的可能性。一项类似的建议是，这个问题应当在讨论免除剩余债务的部分中论述，该部分目前是评注的第 298 段。还有与会者建议，应在程序的早期阶段提出债权，包括有担保债权人的债权，以使债务人和破产代表能够确定启动前对破产财产的债权范围。

171. 一些与会者对本款的最后一句表示关切，该句的规定是，有担保的债权人只有在其放弃担保物或其债权所得到的担保额不足的情况下才得提出债权。有与会者指出，如果能否提出债权将以债权价值是否超出担保额为条件，那么可能造成极大的不确定性，因为这种估价可以根据不同的标准（例如破产价值或市场价值）和在不同的时刻进行。据进一步指出，需要规定所有债权人都必须提出债权，这一义务对有无担保的债权人一律适用，以确保破产代表将可了解到所有有担保的债权和尚未清偿的债务数额。另一种观点认为，有担保的债权只有在其担保物通过公共登记处作了登记的情况下，才可免于提出。工作组商定，指南草案中应当建议在破产法中明确规定在提交债权的问题上将对于有担保的债权人如何处理。

172. 有与会者表示关切，认为第(5)款第一句中提到的“对破产财产”提出债权这种说法可能具有误导性，因为有可能暗示需要对启动后发生的债务提出债权。对此，有与

会者澄清，第(5)款只是为了对启动前发生的债权作出有关提出债权的规定，因此“对破产财产”一语应当删去。

173. 有与会者建议，本款第三句关于对外国债权人的处理规定应当单独作为一款。

第(4)款——债权人名单和债权清册

174. 有一种观点认为，债务人应当协助破产代表起草债权人名单，这是债务人在关于清算和重组的破产程序中都须合作配合的一般义务的一个重要方面。据指出，在一些法律制度中，债权人名单是对提出自愿申请的一项要求。

175. 关于债务人没有在名单中包括的那些债权人，他们将遭受什么样的后果，一些与会者发表了不同的观点。在这方面，有与会者建议，指南草案中可指明，在启动时由债务人或由破产代表根据债务人提供的信息所编拟的名单，将在程序的随后某个阶段加以修订和修正。在这方面，工作组商定，应当保留破产代表以及最终是法院对名单的控制权。

176. 有与会者提问，在债务人提交的清册中已承认了某项债权的情况下，债权人是否还需要提出该项债权。据指出，根据这一点将某项债权视作已获得承认将有可能带来风险，因为债务人可能利用其权力承认某一项或某些项债务而破坏债权人的平等待遇。

第(6)款——除外的债权

177. 作为一项一般性评论，有与会者解释说，应当由一般实体法和程序法而不是由破产法或破产代表来确定应将哪些债权排除在外。一项建议是，破产代表应根据适用的实体法和程序法审议拟列入清册的所有尚未清偿的债权。一项措词上的建议是，删除“可以”一词，因为该词可能不适当地暗示破产代表对这些债权享有自由裁量权。

178. 所列举的赌债被认为是不妥的，因为不同法律制度的实体法对赌博作了不同的规定。有与会者建议，应当按照与《贸易法委员会跨国界破产示范法》一致的方式处理外国税收债权。

179. 一些与会者发表了意见，讨论了指南草案中是否有必要述及如何处理特定类别的债权，其中包括：(一)罚款或其他（行政）债权，因为其数额将远远超过破产财产而有可能被排除在破产程序之外；(二)在启动时尚未到期的债权；(三)惩罚性损害赔偿；(四)在启动时数额尚未确定的债权，例如侵权赔偿债权或对破坏环境的或有债权；以及(五)有争议的债权。

180. 经讨论后，工作组商定，指南草案中应避免列出各项除外的债权，而是应当建议在国内法中明确列出和规定这些债权。

第(7)款——债权的证据

181. 关于债权人通过声明或正式书面陈述提出其债权证据的权利，一种观点认为，这种做法将是对一般规则的一个例外，一般规则要求每个债权人就所提出的债权提供证据，因此，这个问题最好由各国的程序法处理和管辖。另一种观点是，如果保留这款规定，则需要补充一些对其所适用的情形的限定条件。还有一种观点是，债权声明或正式书面陈述应提交给法院而不是破产代表。

182. 有与会者指出，并不是所有法律制度都熟悉如何使用正式书面陈述和类似的声明

作为一种证据手段。据进一步指出，正式书面陈述作为一种证据手段费用高昂，因此，即使在那些承认这种证据的法律制度中，也使用得也越来越少。作为一项一般性评论，有与会者提醒工作组注意，特别是在程序问题上，指南草案中包括的细节越多，就越难以使之成为不同的法律制度所接受。因此，有与会者建议，可扩大本款规定的范围，让每个债权人均可以书面形式提出其债权的证据，而不必亲自出现在破产代表面前或出庭。在这方面，据重申，应在关于启动程序的通知中向债权人提供具体的指示，指出关于提出债权证据的方式和任何其他适用的程序要求。

183. 另一项建议是，对提出虚假债权的，应当明确加以惩处。

第(8)款——债权的承认和否定

184. 关于承认债权问题，与会者一致认为，不应自动承认，而需要由破产代表作出裁定。因此，应删除本款第一句第二行债权可以自动获得承认的提法。据指出，指南草案应建议，尤其在债权有充分文件为凭据的情形下，破产代表应及时作出裁定。对此，一些与会者表示支持。与会者不支持关于在公共登记处登记的债权作为例外自动予以承认的观点，也不支持关于以债权能否立即予以执行而作出区分的建议。

185. 还有与会者关切地指出，是否承认债权不宜依赖帐册记录，因为不太可能以适当的方式保留这些记录，至少不太可能适当保留债务人的帐册记录。有与会者称，所提及的帐册记录还可能包括债权人的帐册记录，根据关于证据的一般规则，这些帐册记录可作为证据，但条件是，是否承认将始终取决于破产代表的核定。有与会者指出，如果根据帐册记录足以确定债权，那么将便于破产代表就承认或否定债权迅速作出裁定。

186. 关于该句最后一部分所述对承认或否定债权提出质疑的权利，工作组不同意关于提及该权利可能会鼓励诉诸诉讼的看法。有与会者赞成享有质疑权的不只局限于债权人或破产代表，而是还应当包括任何具有利害关系的当事人，例如债权有争议的债权人、债权人委员会和债务人。在这方面，有与会者进一步解释说，债权得到承认的债权人有权对其他债权的承认提出质疑。还有与会者建议，指南草案应列入质疑程序的一些详细步骤，包括就交由法官进行审理作出规定。

第(9)款——对债权的临时承认

187. 工作组一致认为，由于特别在表决权归属于债权已获临时承认的债权人的情形下，临时承认债权对破产程序的影响可能很大，所以指南草案应特别注意这一问题。

188. 有些与会者对第(9)款提及的可获得临时承认的各种债权范围发表了看法。与会者一致认为，指南草案应就下述两个问题作出澄清：(一)“未定数额的债权”的概念是否包括非金钱形式的债权；(二)“有争议的债权”是指尚待非破产诉讼作出裁决的债权，还是指在破产程序范围内提出争议的债权。

189. 有与会者支持对有条件的债权、或有债权和启动时未到期的债权予以临时承认。然而，关于后一种债权，有与会者澄清说，承认所依据的不应是该债权的帐面价值，而应是扣除了债权到期前尚未期满的这段时期之后计算得出的数额。

190. 为了更加清楚起见，有与会者对所提出的一项建议表示支持，该建议是指南草案应先对符合承认条件的债权作一般性讨论，然后再讨论那些尽管不具备这些特征但可予以临时承认的债权。此外，有与会者指出，第(9)款所述各类债权提出了在实体法和

程序上如何处理的不同问题，对这些问题可能需要加以论述。

191. 有与会者坚决支持应当由破产代表负责而不是由法院负责就债权的临时承认作出最初的裁定，但不影响持异议的当事人诉诸法院的权利。为进一步加快程序的进行，有与会者建议，指南草案应颁布一项一般性原则，规定法院只有在完全必要的情况下才可参与。

192. 关于临时承认的效力，有与会者赞同，指南草案应指明凡债权获得临时承认的债权人而享有的权利。有与会者建议这些权利应仅限于可由法院审理的权利。据称，获得临时承认的债权人无论如何不得有权参与分配。

193. 关于估价的复审权，有与会者指出，这与第(8)款所述复审权有关，宜在单独一则条文中论述复审问题。有与会者承认第(9)款无意涉及估价的程序，但同时指出，指南草案宜论述这些问题，并指明适当的标准。

第(10)款——承认债权后的效力

194. 有与会者初步认为，本款的起始句可能暗示着债权人的所有权利都取决于其债权是否得到承认。这一结果与凡提出债权的债权人均至少有权参加第一次债权人会议这一事实不符，因此，应当对案文作相应的修订。

195. 关于本款的范围，有与会者称，应明确指出，所提及的债权人会议是指债权人大会，凡债权得到承认的债权人应当拥有该机构的所有权利和职能，而不只是表决权。与会者普遍支持所提出的看法，认为这些权利和职能应至少包括下述内容：(一)批准或否决一项重组计划；(二)选举债权人委员会；(三)就指定破产代表提供咨询意见。

196. 其他建议包括债权人大会应有权决定下述问题：(一)清算和重组程序之间的关系；(二)破产财产的资产分配；(三)启动后融资；(四)对专业人员的补偿；(五)对程序启动时正在进行的涉及债务人作为其中当事人的司法程序的处理；(六)债务人的继续经营；或(七)关于加快重整的认可。最后，有与会者认为，宜列入一则一般性条文，允许各国立法者就债权人大会的进一步职能作出规定，但同时又不影响到必须平衡兼顾债权人大会与其他机构的权力与职能并保留程序的灵活性。

197. 有与会者建议，指南草案除涉及债权人大会的职能外，还可以讨论该机构与债权人委员会（如果在破产程序中成立了该机构）之间的关系，以及大会的哪些权利可以下放给债权人委员会。

198. 关于第(10)(a)款，有与会者建议应增列一段词语，提及已获承认的债权人有权参与指定债权人委员会。

199. 与会者就第(10)(b)款发表了各种看法。有与会者关切地指出，“在……分配时……对该债权人给予偿付”的提法可能只是针对清算而言，条文中还应指出根据重组计划给予偿付。还有与会者表示，关于承认即确定了拟由破产代表偿付的债权“数额”这种提法并不全面，需提及债权“优先权”作为补充。

第(11)款——抵销权

200. 与会者对是否有必要在破产财产部分（如评注的第 116-120 段所示）或在这两节中都论述抵销权的问题发表了不同的看法。

201. 针对为了使破产代表有机会对各项债权进行复审而规定可中止抵销的建议，有与

会者指出，各法律制度订立的涉及抵销的实质性规则和程序机制是不同的。鉴于这个问题的敏感性，有与会者认为，就唯一的解决办法取得一致意见是不可行的。然而，有与会者指出，抵销的结果造成债权人平等待遇的一个重要例外，对此问题必须加以论述。工作组经讨论后一致认为，指南草案应提出各种可予使用的备选方法，但并不提出具体规则，以此澄清破产法是否以及在多大程度上可能会影响到关于抵销的一般规则。有与会者指出，应当专门提及为金融净额结算目的而保留使用抵销的必要性。

第(12)款——内幕人士和股东的债权

202. 有些与会者发表了看法，认为债务人“股东”的提法范围过于狭窄，因为这种提法只针对组建公司的一种特定形式，需要有一个范围更广的用语，能够将（例如，公司或合伙企业内）所有各种可能的利害关系者全都包括在内。关于内幕人士的含义，有与会者指出，对该用语需作某种解释，指出其中意在应当包括哪些人。

203. 关于给这些人士提供的实质性待遇，有与会者认为应对其表决权予以限制。一种不同的看法是，应将内幕人士或利害关系者持有的所有债权放在次要地位。有与会者针对这种说法指出，将所有这些债权放在次要地位可能打消内幕人士和利害关系者为债务人利益提供资金的积极性。这种结果会大大减少许多债务人获得新资金并扭转其财务状况的机会。因此，有与会者指出，只有掌握不当行为的证据才可适用放在次要地位的做法。另有与会者建议，应由破产代表或法院根据所审查的提供贷款情形而作出这方面的裁定。另有与会者建议，应规定放在次要地位的是与债务人资本总额缩减相关的债权，而不是对资金上岌岌可危的公司所给予的贷款。

204. 经讨论后，工作组一致认为，应在日后阶段草拟具体案文时进一步讨论这一问题。

5. 清算和分配

A. 分配上的优先

205. 作为第一件事，有人建议，清算和分配一节的标题应予修改，以澄清其重点是清算后对所变现的资产的分配，而不是本节并不讨论的具体清算问题。有人认为，立法指南草案应对两类情况加以区分，一类是企业已停止经营，资产已经变卖；另一类情况是企业继续经营，但其构成部分已被作为经营中企业出售；而在本节中则仅着重讨论强制变卖的情形。另一个替代做法应在变卖资产的部分中论述，这是指南草案的其他地方未作任何详细处理的一个议题。有人建议，指南草案应清楚说明，破产代表应尽快作出分配，而不是拖延付款以便试图通过有关市场上的波动而使可用于分配的数额达到最大化；另外，还可临时作出分配。

206. 会上对各类债权的偿付顺序提出了一些建议，有人对列入有担保的债权以及这方面的实际用意是什么表示关切。一种相关的关切意见是，应重新排列第(2)款中列举的各类债权的顺序，以便将破产代表的费用列在首位，接下来是由破产程序引起的其他破产管理债权，然后是破产启动之前发生的债权，例如有担保的债权。还有人建议，不应在不同类型的破产管理债权之间作任何区分。有人指出，应考虑到其他类别的债权人，例如财产被债务人所持有的第三方当事人的债权、根据国内法律给予特别确认的债权（例如员工和税收债权）和可不通过付款而以其他方式清偿的债权。有人认为，指南草案应列入一项一般性建议，指出应将优先权保持在最少的限度，而且在由破产法以外法律的运作给予优先权的情况下，应鼓励立法者在破产法中载列这些优先权，以提高可预测性。有人提出的另一个问题是，需要讨论在债务人有偿债能力并可能对

所有权人、股东和其他人作出分配的情况下如何处理盈余资金问题，以及其他债权的利息是否应排在这种分配之前。经讨论后，工作组普遍同意，指南草案不应提出分配债权的排序表，而是应说明立法者不妨考虑的债权种类。

207. 有人指出，关于同类债权平等和一类债权全额偿付之后再偿付下一类债权的第(3)款的规定，虽然适用于某些种类的债权，但是不适用于有担保的债权情况。

B. 免除剩余债务

208. 有人指出，破产程序结束后个人债务人在剩余债务的免除方面所处的地位在各法域中是不同的。有人认为，指南草案应反映债务人剩余债务自动免除和法院可进行持续监督这两者之间的政策选择范围。有人建议，应在评注的第 258 段中讨论不同方法的更多实例。关于如何处理特定债务的一些不同的决定因素，有人指出，债务人在破产程序中的行为可能是这样一些因素之一，因此可与债务人的合作义务直接联系起来。这一方法可能导致某些类别的债务例如由于债务人未予披露而不能免除。

6. 重组计划⁸

第(1)款——目的条款

209. 对于第(1)款所载关于重组计划的规定的目的，与会者发表了各种观点。有与会者表示支持在计划中需要提供关于债务人状况和对债权人处理方法的充分资料，以使债权人可以对计划作出知情的决定。

210. 另一种观点是，目前所拟订的规定可能是多余的，因为第(1)(a)-(1)(f)款所提及的大多数问题都已在随后的建议中作了专门论述。据进一步指出，其中许多问题涉及的是用以实施计划的技术机制和安排，而不是规定的目的。因此，有与会者建议，本款规定应改为一项一般性陈述，指出关于重组计划的规定的目的是便利重组计划的提出、提交和批准。

211. 据建议，关于重组的目的的规定应以《贸易法委员会跨国界破产示范法》序言所载的一般性陈述为基础，规定其目标是“便于挽救陷入经济困境的企业，从而保护投资和维持就业”。对此，与会者表示了支持。另一种观点是，还应当提及资产价值最大化的目标。

212. 在关于保留本款结构的设想基础上，与会者表示支持在第(1)(a)-(1)(b)款之间增加一项规定，指出计划的约束力以其获得批准为条件。

213. 关于第(1)(a)款，一项起草措词上的建议是增加若干词语，明确提及有担保的债权人和无担保的债权人。

214. 关于第(1)(b)款，一项建议是，应当将债务人的利益攸关者包括在可能受到计划影响的类别中。另一项建议是，指称“全体”债权人不确切，因为并非全体债权人的权利或地位一定受到计划的改变。但是另一种观点是，“全体”一词有其作用，可表明所批准的计划对持反对意见的债权人具有约束力。

215. 一些与会者发表了看法，认为第(1)(f)款所述的解除债务和债权不妥，因为这只是

⁸ 参考文件 A/CN.9/WG.5/WP.58，第 261-299 段，及随后的小结和建议。

在重组计划下可能提出的各种解决办法之一，不能作为重组的一个目标。

216. 经讨论后，工作组商定，本款的结构应予保留，但必须对目的和实施方式加以明确区分，并且提及可能出现的与计划有关的一切问题。

第(2)款——提交计划的时间

217. 作为一项初步评论，有与会者指出，指南草案应当指明第(2)和第(3)款述及的都是批准之前的计划，因此，称其为“计划提案”更加恰当。一种反对观点是，该词的通常理解是包括在整个程序不同阶段的重组计划，因此，只要指南草案中说明了该词的用法，便不宜加以改换。

218. 工作组商定，提出计划的时间问题与谁有权制订计划的问题应当分作两款论述。

219. 有与会者认为，指南草案应当建议及时提交计划。工作组对此普遍赞同，不过关于是否宜对提交计划规定一个固定的时间期限，与会者发表了不同的观点。有与会者表示支持由法律确定一个最后期限，以便维护可预测性和透明度这两项总体目标。一种不同的观点是，最好采用一种较为灵活的方法，允许法院或破产代表确定该最后期限。居于两者之间的建议是，可允许法院在法律规定的一段最大限度的期限内确定该最后期限，或允许法院延长法律所规定的最后期限。

第(3)款——计划的拟订

220. 关于用以确定可由谁拟订计划的机制，一项建议是，允许各不同的当事人同时提出建议可提高程序的效率，而规定了先后次序做法的程序则可能会不必要地延长程序的时间。一种相反的观点是，为了规定在程序中的先后顺序，应当给一方当事人（无论是债务人还是其他某一方当事人）一段用以提出建议的独有的短暂期限，在此期限之后，如果计划仍未提出或计划可能不成功，则可给予其他当事人机会。有与会者表示认为，为了鼓励债务人在早期阶段申请启动程序，独有的机会所应当给予的应当是债务人。

221. 虽然有与会者表示认为，并非所有法律制度都规定可由债务人制订计划，因此这样措词是不适当的，但普遍的看法是，指南草案中应反映可选用的各种办法，包括由债务人或债权人提交，或由破产代表单独或与债务人合作提交，或由任何其他有关的当事人提交，例如由债务人的竞争者提交。据建议，有关在申请时提出计划的规定应当是随意性的，而不是强制性的。

222. 第(3)款第二句指出，债务人有权或必须在提出计划之前“与债权人或破产代表”协商。对此，有与会者表示关切。据认为，与债权人协商可能会造成利益冲突的情形，因此，应当仅与破产代表协商。一种相类似的观点是，虽然与债权人事先协商可能会增加所提出的计划获得批准的机会，但由破产代表而不是由债务人进行这些协商更加适当。还有一种观点是，进行协作可以在可接受的计划方面取得最佳结果。

223. 一种可能性是债务人与债权人之间在法庭之外谈判和商定一项重组计划，另一种可能性则是债务人在重组程序内提出一项重组计划。关于将这两方面联系起来的问题，有与会者建议，这两个问题应当在指南草案中分别加以论述，这是因为债务人的财务状况所决定的：在有些破产制度中，只有在债务人尚未破产的情况下才有可能实行庭外程序。

第(4)款——计划的内容

224. 会上普遍支持一种看法，认为破产法应规定重组计划的内容，以期确保其中提供重要的细节，说明对各类债权人和有利害关系的其他当事人所带来的后果。关于具体内容，会上提出了一些建议，其中包括该计划应涉及下列问题：(一)债权人的类别及分别给予其中每一类债权人的待遇（包括可能已规定的偿债时间安排）；(二)合同的待遇，包括雇用合同；(三)可能的整个企业变卖或对破产公司的资本设想的任何改变。

225. 还有人支持所提出的建议，指出应要求将本款第二句方括号中的楷体字描述性资料列入拟与该计划共同提出的一项披露声明中，而不是列入该计划本身。披露声明中除其他外应包括下列方面的详细资料：债务人的资产和负债；对债权人的处理方案；对债权人的偿款方案；以及债务人重组后关于经营企业或清算债务人资产的计划。

第(5)款——债权人的类别

226. 有人表示关切，认为提及以这些权利的“性质和内容”作为对债权人划分类别的标准可能过于狭窄，因此应包括提及优先权或债务欠款或债务的性质和范围。

227. 有人指出，鉴于在一些法律制度中将往往在许多拥有小额债权的债权人统一归为一个类别，这一方法往往有助于加快程序的进行，因此可在指南草案中提及这一做法。

第(6)款——计划的批准

228. 关于第(6)(a)款和(b)款，有人支持一种看法，认为提及类别会引起误解，因为这可能会引起人们对各类别之间的关系产生怀疑，这是第(8)款内讨论的问题，因此需要对此加以澄清。

229. 有人建议，本款条文应明确指出，只有债权已获承认的债权人才可投票表决。

230. 有人认为，第(6)(a)款中“受到影响”一词不妥当，因为所有债权人都受到破产程序的影响，但此处的用意是指可能会对有担保的和有优先权的债权人的权利作出修改，这或者是因为法律规定可作此修改，或者是因为债权人同意作此修改。此种修改可与例如延长债务和利息的偿付期限相关。

231. 有人建议，应通过载列一项定义来澄清“有担保的债权人”这一用语，因为这一用语在各种法律制度中可能指的是不同的情形。还有人建议，有担保的债权人的权利和义务基本上是专门针对其个人的，因此将之当作一个单独的类别也许是不妥当的。

232. 关于第(6)(b)款，有人建议，应提及“普通”债权人而不是“无担保的”债权人。

233. 有人认为，按第(6)(c)款规定，大多数股东的批准只有在债务人证明有偿债能力的情况下才是妥当的，因为否则股东就不会有任何利害关系，从而也就会无权表决或参与对资产的任何分配。因此，有人建议删除这一条文。但不同的看法认为，股东的表决权应予保留，以作为控制公司董事和经理的一种手段。还有一种看法认为，股东的待遇问题可在关于如何处理其债权的更广泛的一节中作全面的讨论。

234. 工作组回顾了早些时候就债权人的债权一节的第(12)款进行的讨论，同意把提及的“股东”一词改成一个能够涵盖（例如，公司或合伙企业中）所有可能的各种利害攸关者的术语。

第(7)款——表决多数

235. 一些人支持一种看法,认为本款草案过于具体,指南草案应最好着重于提供按评注的第 279 段大意编写的备选案文,并指出不宜采用的解决方法,例如一致同意或按债权人人数计算的简单多数。除了规定什么可能构成批准该计划所需的足够票数之外,有人建议,小结和建议一节也应讨论可能的表决方式(无论是亲自参加全体债权人的会议还是采用邮件或其他一些手段)。有人认为,表决方法可能会影响所需要的多数;如果通过邮件表决,简单多数可能就足够了,但如果是在债权人会议上进行表决,可能就有必要获得特定多数。还有人建议,破产代表可在获得必要的票数并也许在为大多数债权人的利益提供某种平衡方面发挥作用。

第(8)款——约束持反对意见的债权人

236. 有人指出,本款草案没有明确区分以下两种情况:一种情况是,某一特定类别的部分债权人不同意该类别的大多数表决;另一种情况是,一个或多个类别的债权人不同意大多数类别的表决。有人建议,应分两款处理这两个问题,即第一款讨论可如何对待某一特定类别中持反对意见的债权人;第二款则与第(9)款中所述法院的作用有关,讨论可如何对待持反对意见的各类债权人。

237. 虽然会上确认,能否使债权人受必要多数所批准的重组计划的约束对于重组的实施十分重要,但也指出,在如何做到这一点上有不同的方法。根据一些破产法的规定,一个类别内的必要多数债权人和多个类别的必要多数债权人的表决对所有债权人都具约束性,而无须采取任何进一步的步骤,例如法院的确认或批准。但根据其他法律的规定,据指出,鉴于重组计划是一种合同,因此该计划仅可通过法院命令对所有债权人,尤其是对那些不支持该计划和那些不投票赞成该计划的债权人产生约束力。

第(9)款——计划的确认

238. 工作组认识到在讨论第(8)款过程中提到的关于需要法院确认该计划的不同方法,因此讨论了可要求法院在作出确认时考虑的因素。一种意见认为,法院的工作应限于下列方面:适当进行批准过程;债权人在该计划下的所得至少将与其可能会在清算中的所得一样多;在持有反对意见的各类债权人可受该计划约束的情况下,较高类别的债权人获得全额偿付后较低类别的债权人才将获得偿付,除非他们已同意采取一些不同的做法;以及计划的合法性。会上对所提出的一项建议表示关切,其内容是可请法院考虑该计划的经济可行性。会议尤其对这样做可能要求法院雇用专家及详细考虑经济事项的情况表示关切。这一情况应与法院在不详细考虑经济问题的情况下按评注的第 289 段中所讨论的那样考虑计划的可行性问题加以区分。

239. 有人认为,在需要为强制执行而对该计划加以确认的情况下,这一过程不一定需要采取冗长的程序或对该计划进行全面完整的分析,而是可作适当安排以尽量减少费用和促进快速办事。

第(10)款——债权人的反对

240. 有与会者指出,对于未就法院确认作出规定的某些制度,第(10)款给受到不公正对待的债权人提供了必要的机会,使之可对批准计划提出质疑。还有与会者指出,该款可述及对法院确认所批准的计划进行复审的问题。

241. 有与会者支持一种观点,认为本款应列入质疑该计划时可依据的理由,例如,关于确认的要求未予满足,该计划所提供的回报低于清算,或批准过程不当。另有与会

者认为，应将这些理由局限于欺诈案件，从而能够避免有可能不适当地干扰计划的实施。还有与会者认为，本款应明确指明何时可提出不同意见（即批准后、确认或确认后）。

第(11)款——监督计划的实施

242. 有与会者指出，如果分许多年实施，则宜拟定某种条文，规定法院或其他某种监督人的参与时限。

第(14)款——计划的终止

243. 关于转为清算程序，有与会者关切地指出，不应完全推倒重来，造成更多的拖延和履行不必要的手续。所建议的一种解决办法是允许清算计划作出关于重组期间申请出售资产的规定。然而，有与会者指出，如果在启动重组程序相当一段时间后计划未得到实施，则可能必须有新的程序。还有与会者指出，应将转换问题作为涉及面更广的问题，在重组程序期间任何时候均可适用，而且所涵盖之范围包括债务人对开始重组毫无诚意，资产继续损失而且根本不存在重组的前景，或债务人未履行其对程序所承担的义务等情形。

7. 审议其他问题

A. 庭外重组和加快法院重组

244. 工作组审议了秘书处根据工作组以前讨论情况而编写的关于庭外重组和加快法院重组的下述说明：

“事实证明，庭外重整和法院加快重组程序是对在财务上有困难的实体的财务负债进行重整的一种成本效率良好的方法，因此结果可能证明是国家工商部门可动用的一系列破产程序中的弥足珍贵的工具。庭外重整通常涉及债务人与一类或多类债权人之间的商谈。如果受到影响的少数债权人持异议或“固执己见”，那么只有根据破产法启动重组程序而且法院批准了含有重整条件的重组程序之后，持异议者才可能受之约束。如果在这类情形下能加快重组程序，则能保持庭外重整过程的优点。

“之所以鼓励进行庭外重整，不一定是因为国家的正式破产制度十分薄弱，效率不高或不可靠，而是由于这类重整具有优点，可作为对正式破产制度的一种补充，提供公正待遇和确定性。如果许多债权人已与债务人达成协议，但尚未取得全体一致，则可利用法院加快程序。

“庭外程序

“有与会者建议，破产法立法指南草案中应包括讨论在破产法所规定的正规重组程序以外通常应可用于处理商业企业财务困难或破产的其他各种程序。这种讨论应提及为协助进行这些程序的庭外部分而拟定的案文，如破产管理从业人员国际协会关于多债权人总体解决的原则说明，而且还应讨论这类非正式程序与破产法所规定的重组程序之间的相互关系。

“庭外重整主要涉及贷款人和其他机构债权人所拥有的到期债务的重整。然而，庭外重整还经常涉及主要的非机构债权人，这通常属于这类债权人卷入很深以至于其不参与就无法进行有效重整的情形。

“庭外重整的另一个基本特征是，这种重整通常并不涉及所有各种债权人。非机构债权人（上一段提及的债权人以外的债权人）通常是在正常的商业交往中获得偿付或根据重组计划得到全额偿付。这些债权人对拟议的重组不可能持有任何异议，而且不必对重组进程发表意见。

“加快进行的重组程序

“法院之所以必须参与执行在庭外程序中商定的重组，是因为少数债权人持有异议，而债务人和大多数债权人都希望这些少数债权人接受约束。这就要求对合同权利进行非合意方式的修改，这一点只能通过使债权人在法院程序中受到保护的适当的程序规定做到。

“根据现行绝大多数法律制度，修改合同权利需要将庭外重整转换为破产法所规定的正规重组程序，其中涉及所有债权人。时机的选择通常在企业重组中起着至关重要的作用，时间的拖延（通常必然存在于正规破产程序中）对卓有成效地进行重组常常有着致命的影响。因此，法院能否借助于根据破产法启动重组程序之前而进行的任何商谈或开展的工作，以及破产法是否允许法院加快进行这些重组程序，这两点至关重要。

“指南草案中应列入如何可通过正式程序落实在庭外程序中事先商定的重组，并根据破产法拟定条文，作出下述规定，以便于加速进行重组程序：

(a) 加速程序的进行。例如，如果非正式计划和其他文件与非正式商定的破产法的正式要求相符，而且获得绝大多数的赞同，法院就可以视情下令立即开会商谈或开庭审议，以节省时间和费用；

(b) 赋予免受部分正式程序约束的除外待遇。例如，如果某一类绝大多数债权人——通常是机构债权人——已商定非正式计划，根据破产法在表决方面的规定而批准重组，而且其他债权人的权利将不会因执行该计划而受到损害，法院或许就可以下令仅由这一类债权人开会商谈或仅审理涉及这一类债权人的诉讼。

“然而，并不是要建议对法院加速进行重组程序时所涉不同意见债权人和其他当事人所提供的保护低于破产法就正规重组程序所规定的保护。关于加快进行的重组程序，其程序上的规定必须载有与正规重组程序所作规定的大体相同的保障和保护措施。

“为鼓励或顾及庭外重整和加快进行的重组程序，可能需要对其他法律进行修改。举例来说，这类法律包括载有下述规定的法律：在破产程序以外调整负债情况必须获得全体一致同意，在商谈庭外重整期间进行的交易由董事承担责任，对在该期间提供的信贷所负的债务不予承认，以及限制债转股。”

245. 工作组普遍支持在指南草案中述及这些程序的建议。与会者尤其支持在指南草案中列入对庭外程序的讨论，包括讨论可使用这类程序的情形、可能涉及的当事人以及便于程序进行的现行机制等。关于加快进行的法院程序，有与会者表示支持就以何种方式将庭外程序纳入加快的重组程序作出规定，有与会者指出，必须拟定该建议的详

细内容，其中包括可使用这类程序的情形、触发程序使用的标准以及需要列入的针对债权人的保障措施。

246. 工作组要求秘书处拟定该建议的详细内容，供工作组在以后的会议上审议。

B. 破产法的范围

247. 工作组审议了根据其以前讨论情况而作修订的关于破产法范围的条款如下：

“关于条件范围和管辖权的条文的目的是确定：

“(a) 哪些类型的债务人可受破产法的约束；

“(b) 哪些类型的债务人需要特别处理并因此应当包括在专门的破产法制度中而排除在一般制度之外；

“[(c) 哪些债务人与本颁布国有足够的联系因而须受其破产法的约束。]

“(1) 条件范围

“(a) 破产法应管辖对参与商务活动的所有债务人[包括参与商务活动的国有企业]的破产程序。]

“(b) 受特别规章和专门破产制度约束的银行、保险公司和其他特定实体可排除在一般破产法的适用范围之外。

“(2) 管辖权

“(a) 如果债务人在颁布国拥有其主要利益中心或其营业所，则该债务人可启动破产程序或他人可针对该债务人启动破产程序。

“(b) 在无相反证据时，推定法人的主要利益中心位于其注册营业所的所在国。

“(c) 在无相反证据时，推定自然人的主要利益中心位于其惯常居住地的所在国。”

248. 有与会者指出，在述及法域的一节，应当用“对债务人”取代“由债务人或针对债务人”这些词语，因为起连接作用的就是债务人。关于程序申请和启动的各款条文已述及申请的自愿性或非自愿性的概念。

C. 申请和启动

249. 工作组审议了根据其以前讨论情况而作修订的关于申请和启动程序的条款如下：

“关于申请和启动标准的条文的目的是：

“(a) 便于债务人、债权人和政府机构利用破产法；

“(b) 有利于破产程序申请的提出和以迅速、有效及低费的方式得到处理；

“(c) 便利启动最适合债务人财务状况的破产程序；

“(d) 保护债务人和债权人免受可能误用破产法的影响，订立基本的保障措施。

“(1) 下述方面可向法院提出启动破产程序的申请：

“(a) 债务人，条件是可以证明其现在无法或将要无法偿还到期的债务[或者可以证明其负债已超过其资产的价值]；

“(b) 对债务人拥有债权的一个或多个债权人，条件是其债权[已到期而债务人尚未偿付]或者可以证明债务人[现在无法偿付到期的债务，或可证明其负债已超过其资产的价值]；

“[(c) 规定的政府机构或非政府机构，根据[...]]。

“(2) 启动程序的申请应当确定债务人已经破产，启动重组程序的申请应当证明债务人具有合理的重组前景。

“(a) 就债务人的自愿申请而言，[申请的作用应当相当于自动启动程序][法院应当就是否应启动破产程序迅速作出决定]。

“(b) 就非自愿申请而言，

“(-) 应当迅速通知债务人，

“(=) 应当允许债务人对申请作出答复，以及

“(≡) 法院应当就是否应启动破产程序迅速作出决定。

“(3) 如果法院确定某个案件是在滥用程序，法院可以撤销这一程序[或更换这一程序]。

“(4) 就债务人的自愿申请而言，应当向债权人提供启动程序的通知。

“(a) 启动程序的通知应当分别送给各债权人，除非法院认为在当时的情况下采用某种其他通知形式更加妥当。[还应当向地址不在本颁布国的已知债权人发出通知。无需使用调查委托书或其他类似的手续][工作组注意：此处是否有必要重复示范法的条文？]

“(b) 对债权人的通知应当做到如下：

“(-) 指明对提出债权所适用的任何时间期限和规定可以在什么地点提出债权；

“(=) 指明有担保的债权人是否需要为其在担保物价值内所包含的或所不包含的债权提出求偿权；

“(≡) 载列按[国家的法律和法院的命令]要求必须列入此种对债权人的通知的任何其他资料。”

250. 有与会者对于在第(2)款列入须证明债务人具有重组合理前景的规定表示出某种关切。有与会者建议第(3)款应列入对无正当理由提出申请而予以惩处的可能性。

251. 工作组由于时间不够，未完成其对关于申请和启动的订正条款所进行的审议。