



联合国国际贸易法委员会

第三十七届会议

2004年6月14日至25日，纽约**

破产法立法指南草案

秘书处的说明：对 A/CN.9/WG.V/WP.70 的修订

1. 本说明阐述了根据第五工作组第三十届会议（2004年3月/4月）（关于该会议的报告，见 A/CN.9/551）的审议情况对 A/CN.9/WG.V/WP.70 号文件第一和第二部分以及 A/CN.9/WG.V/WP.72 号文件中各项建议所作的修订和补充。这些建议的编号保持不变；若改变了建议的先后次序，则其编号的顺序不对。诸如“（40A）”等编号是指在第五工作组第三十届会议期间补充的建议。使用方括号标明在第五工作组第三十届会议之后补充或修订的案文。
2. 为节约起见，未修订的建议不在本文件中转载，仍以 A/CN.9/WG.V/WP.70（建议 1-187）和 A/CN.9/WG.V/WP.72（关于可适用法律的建议 179-184）号文件所载内容为准。本文件所载建议中凡未作修订部分均注明“（不变）”。重组方面的建议（A/CN.9/WG.V/WP.70, 第二部分第四章）载于 A/CN.9/559/Add.3。对于各项建议的脚注，除已修订或删除的之外，本文件概不转载。

* 本文件因需要时间进行磋商而迟交。

** 订正日期。



第一部分. 确定有效和高效率破产法的关键目标和结构

- (1) 建议(1)的案文载于 A/CN.9/551 号文件第 551 段。
- (2) 建议(2)的案文作为建议 7 载于 A/CN.9/WG.V/WP.70 号文件第一部分。
- (3) 建议(3)的案文作为建议 179 载于 A/CN.9/WG.V/WP.72 号文件。
- (4) 建议(4)的案文作为建议 74(a)载于 A/CN.9/WG.V/WP.70 号文件第二部分，应对其修订如下：

破产法应规定，如果根据其他法律某项担保权益是有效的和可执行的，则这种担保权益将在破产程序中得到确认。

- (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》。
- (6) 建议(6)的案文作为建议 2 载于 A/CN.9/551 号文件第 112 段。
- (7) 建议(7)的案文作为建议 3 载于 A/CN.9/551 号文件第 113 段。应添加下述第 5 分段：

- (..) 确定将受破产程序管辖并构成破产财产的债务人的资产；
- (..) 债务人的权利和义务；
- (..) 破产代表的义务和职责；
- (..) 债权人和债权人委员会的职责；
- (..) 与破产程序有关的费用和支出；

并对下述各分段修订如下：

- (d) 防范债权人、债务人本人和破产代表对破产财产采取行动，以及在对有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；
- (j) 对债权的处理并为分配清算收益而对债权进行排序；
- (k) 删除；
- (m) 解除债务人的债务或使债务人解体。

第二部分：有效和高效率破产制度的核心条文

一. 申请和启动

A. 资格和管辖权

资格

(1) 破产法应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，也不论是否以盈利为目的从事这些经济活动。

B. 启动程序

根据债权人的申请启动

(13) 破产法一般应规定，如果债权人提出启动申请：

(a) (不变)

(b) 向债务人提供对申请提出质疑、表示同意或如申请以清算为目的时要求启动重组程序等对申请作出答复的机会；并

(c) (不变)

C. 破产程序的适用法律

承认启动前存在的权利和债权

(179) 破产法应承认一般法之下存在的权利和债权，而不论其为国内或外国权利和债权，但破产法作出明文限制的情况除外。

二. 破产程序启动时的资产处理

A. 构成破产财产的资产

立法条文的目的

有关破产财产的条文的目的：

(a) 确定破产财产应纳入的哪些资产，包括债务人对受担保权益约束的资产以及对第三方拥有资产的权益；及

(b) (不变)。

立法条文的内容

构成破产财产的资产

(24) 破产法应规定，破产财产应包括：

(a) 债务人的资产²⁸，包括债务人对受担保权益约束的资产以及对第三方拥有资产的权益；

(b)-(c) (不变)。

(24A) 破产法应规定破产财产构成的日期，它既可以是申请启动的日期也可以是启动破产程序的有效日期。

B. 保护和保全破产财产

临时措施

(27) 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或债权人的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到启动该程序期间，给予临时性的救济，⁴⁰其中包括：

(a) 中止针对债务人的资产的执行，包括旨在使担保权益对第三方有效而采取的行动和对担保权益的强制执行；

(b)-(c) (不变)；和

(d) [根据建议 34 和 36]在程序启动时适用[或动用]的任何其他救济。

通知

(31) 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要求迅速⁴²就是否继续免于适用中止提出申述。

在启动时终止临时措施

(33) 破产法应规定，在驳回启动申请或启动时适用的措施生效以后，临时措施即予终止，除非法院裁定这些措施继续有效。

²⁸ 资产所有权属将参照相关的适用法律确定，对“资产”这一用语作广义界定，以列入债务人的财产、权利和利益，包括债务人对第三方拥有的资产的权利和利益。

⁴⁰ 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。（见第 192 段）

⁴² 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很短。

启动时适用的措施

(34) 破产法应规定，破产程序一俟启动：

- (a) (不变) ；
- (b) 使担保权益对第三方有效的行动和强制执行担保权益的行动即予中止；⁴⁵
- (c)-(e) (不变) 。

免于适用程序启动时适用的措施

(38) 破产法应规定，有担保债权人可要求法院准许免于适用程序启动时适用的那一类措施，其理由可包括：

- (a) (不变) ；
- (b) 设押资产的价值[因破产程序的启动而]正在缩减并且未保护有担保债权人免受价值缩减的影响；以及
- (c) (不变) 。

保全设押资产的价值

(39) 破产法应规定，在对法院提出申请后有担保债权人应有权要求对其享有担保权益的资产的价值给予保护。法院可准予采取适当保全措施，包括：

- (a)-(c) (不变) 。

C. 资产的使用和处分

立法条文的目的

关于资产的使用和处分的条文的目的：

- (a) 允许在破产程序中使用和处分资产，包括设押资产和第三方拥有的资产并指明使用和处分这些资产的条件；
- (b) 对使用权和处分权确定限制范围；
- (c) 酌情将拟议的使用和处分通知债权人；
- (d) 规定如何处理累赘资产。

⁴⁵ 如果破产法以外的其他法律允许在某些时限或宽限期内使此类担保权益有效，则破产法似宜承认这些期限并允许在宽限期期满之前启动破产程序的情况下使担保权益具有效力。如果破产法以外的其他法律未列入此类宽限期，将以启动时适用的中止措施来防止担保权益产生效力（关于讨论详情，见上文第……段和《贸易法委员会担保交易立法指南》）。

立法条文的内容

对破产财产中的资产的使用权和处分权

(40) 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（包括设有担保权益的资产），但现金收益除外；和

(b) 在正常经营过程之外使用和处分破产财产中的资产（包括设有担保权益的资产），但需符合建议(41)和(43)的要求。

设押资产的再设押

(40A) 破产法应规定，设有担保权益的资产可以再设押，但需符合建议 50、51 和 52 的要求。

第三方拥有的资产的使用

(40B) 破产法应规定，破产代表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；和

(b) [继续履行合同][使用资产而产生的]合同下的费用将作为破产管理费用偿付。

处分的通知程序

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

(42) 破产法应规定以确保能够引起有关当事方注意的方式发出关于公开拍卖的通知。

以不牵带设押品和其他权益的方式变卖破产财产中的资产的能力

(43) 破产法应允许破产代表在正常经营过程之外以不牵带设押品和其他权益的方式变卖设押资产或设有其他权益的资产，条件是：

(a)-(d) （不变）。

现金收益的使用

(43A) 破产法应允许破产代表在下述情况下使用[和处分]现金收益：

(a) 有担保债权人同意此类使用[或处分]；或

⁵⁵ 如果资产是设押资产或设有其他权益，则适用建议(43)。

(b) [将拟议的使用[或处分]通知]有担保债权人[并]给予其向法院提出申诉的机会；和

(c) 将保护有担保债权人的权益不受现金收益价值缩减的影响。

D. 启动后融资

获得启动后融资

(49) 破产法应在破产代表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中资产的价值是必要的情况下为破产代表获得启动后融资提供便利或动力。破产法可要求取得法院或债权人（或债权人委员会）的批准。

关于“启动后融资的优先权”的建议 53 应挪至论及启动后融资担保的建议 50 之前。

启动后融资的担保

(52) 破产法应规定，如果现有有担保债权人不同意，法院则可批准设定优先于先前存在的担保的担保权益，但须满足特定条件，其中包括：

(a)-(b) （不变）；

(c) 现有有担保债权人的利益将得到保护。

转换程序对启动后融资的影响

(54) 破产法应规定，在重组程序转换为清算的情况下，在重组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。

E. 合同的处理

自动终止[和加速]条款

(56) 破产法应规定，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]的合同条款，对于破产代表和债务人都是不可执行的：

(a)-(b) （不变）；

(62) 如果合同被延续或否决，应向对应方通知延续或否决合同事宜，包括对应方提出债权的权利及提出债权的时间，并允许对应方[对该决定提出异议][向法院提出申诉]。

在债务人违约情况下合同的继续执行

(65) 破产法应规定，债务人在某一合同下有违约行为，破产代表仍延续对该合同的履行，条件是，违约行为得到补救，未违约对应方基本上恢复到违约发生之前其所处的经济状况，以及破产财产能够根据延续的合同运作。

延续或否决合同前的履约

(66) 破产法应规定，破产代表可以接受[或者要求]合同对应方在合同延续或否决前履约。在破产代表接受[或要求]下对应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) 如果对应方履行了合同，破产管理费数额应为[给破产财产带来收益的合同所规定的费用][履约的合同定价]。

(b) 如果破产代表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

(67) 破产法应规定，如果就某一合同的继续履行作出了决定，对随后因违反该合同而引起的损害赔偿应作为破产管理费偿付。

合同的转让

(70) 对应方反对转让某一合同的，法律仍可允许法院批准该项转让，条件是：

(a)-(c) (不变)；

(d) 债务人在合同下的违约[，无论是启动前违约还是启动后违约，]在转让前得到补救。

(71) 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。

F. 撤销程序

可撤销的交易

(73) 破产法应载列可追溯适用的有关条文，其目的应是推翻涉及债务人或破产财产的资产的、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) 试图挫败、拖延或阻碍债权人收回债权能力的交易，其作用是使债权人[或潜在债权人]得不到资产或以其他方式损害债权人的利益，；

(b) 在债务人破产时发生的交易，在这种交易中债务人为馈赠或换取票面价值或低于公平价值的价值或不足额的价值而转让财产利益或承担义务或债务人因此而破产（压价贱卖的交易）；和

(c) （不变）。

担保权益

(74) 破产法应规定，虽然根据其他法律某项担保权益是有效的和可执行的，但仍可出于与其他交易相同的原因而受破产法撤销规定的约束。

相关人交易

(76) 破产法可规定，涉及相关人的可撤销交易的嫌疑期比与非相关人进行的交易的嫌疑期长。

撤销程序的进行

(79) 破产法应规定，破产代表负有启动撤销程序的主要责任。破产法还可允许任何债权人在破产代表同意的情况下启动撤销程序，在破产代表不同意的情况下，则债权人可寻求法院的许可启动此类程序。

撤销程序的费用

(79A) 破产法应规定，撤销程序的费用应作为破产管理费用支付。

(80) 对于破产代表根据其评估认为交易不太可能被撤销或者进行这些交易会破产财产造成过多的费用，⁷¹ 因而决定不争取撤销某些交易的情形，破产法可提供备选办法以解决撤销程序的进行和费用问题。

启动撤销程序的时限

(81) 破产法或适用的程序法应规定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(73)所述的已被隐瞒并且可能不会被破产代表发现的交易，破产法可规定该时限自发现之时起算。

撤销和抗辩的要件

(82) 破产法应规定为撤销某一特定交易而须证明的要件、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，[交易是根据破产程序启动前的自愿重组谈判进行的]或[在清算程序中进行的，]或交易是在清算程序之前的重组程序的过程中进行的。法律还可确立推定并允许为便利撤销程序而调转举证责任。

⁷¹ 此处指对撤销诉讼的费用和利益的评估以及下述默示规则：如果程序的费用超过拟为破产财产追回的利益，就不应进行这些程序。

对方对被撤销交易的责任

(83) 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现金。法院应确定被撤销交易的对方是否享有普通无担保债权。

H. 金融合同与净额结算

立法条文的目的

关于金融交易中净额结算和抵消的条文的目的，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方的权利提供确定性，来减少会威胁金融市场稳定的潜在系统风险。这些建议的用意不是要适用于不属于金融合同的交易，此类交易仍应由适用于抵消和净额结算的一般法管辖。

立法条文的内容

(92) 金融合同的定义应充分扩展，使之包括现有各种金融合同，并在各类新的金融合同出现时将其包纳进去。

三. 参与者

A. 债务人

义务

(95) 破产法应明确规定债务人对破产程序的义务，这些义务应在破产程序启动时产生并在整个破产程序期间延续。这些义务应当包括下述义务：

(a)-(b) (不变)；

(一)-(四) (不变)；

(五) 与破产代表合作编制债权人及其债权的清册，并由债务人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) 与破产代表合作以便使破产代表能够有效地控制破产财产，并便利或配合破产代表追回不论位于何处的破产财产资产或其控制权以及营业记录；

(d) (不变)。

保密

(96) 破产法应就为保护债务人提供的[或涉及债务人的]商业上敏感的或机密的资料作出规定。

债务人在企业继续经营中的作用

(97A) 破产法应规定，主持业务的债务人将拥有破产代表所拥有的权力和职能，但薪酬权除外。

B. 破产代表

利益冲突

(100) 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导致缺乏独立性的情形：

(a) 在破产程序进行过程中出现利益冲突或出现可能引发利益冲突或造成缺乏独立性的情形下时被提名担任破产代表的人或已被指定为破产代表的人；
和

(b) (不变)。

破产代表的职责和职能

(104) 破产法应规定破产代表负有保全和保存破产财产的义务。破产法应规定破产代表对程序的管理以及对保存和保全破产财产[包括债务人企业的继续运营]的职责和职能。

赔偿责任

(105) 破产法应规定破产代表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。

C. 债权人——参与破产程序

召集债权人会议

(112) 破产法可要求在程序启动后的一定时间内召集第一次债权人会议讨论[法律规定的]某些事项。破产法还可允许法院、破产代表或持有无担保债权总价值一定百分比的债权人请求召开一次有债权人广泛参加的会议并具体规定可召集此类债权人会议的具体情形。破产法应指明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

(113) 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。⁸⁶ 破产法应规定所有破产程序是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，指定单一个

⁸⁶ 参见建议(97)和债务人在重组中的持续作用。如果债务人仍主持工作，债权人委员会或其他债权人代表将发挥重要作用，包括监管和在必要情况下报告债务人的各项活动。

委员会或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委员会或代表。

- 可以被指定为债权人委员会成员的债权人

(115) 破产法应规定哪些债权人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士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。

- 债权人委员会的权利和职能

(117) 破产法应规定债权人委员会在破产程序中的权利和职能，其中可包括：

(a)-(c) (不变)；和

(d) 在程序中提出申诉的权利。

关于第四章“重组”的各项建议载于 A/CN.9/559/Add.3 号文件。

五. 程序的管理

A. 债权人债权的处理

要求提出债权

(154)(a) 破产法应要求希望参与破产程序的债权人提出其债权，¹⁰⁰ 并指明债权的依据和数额。破产法应尽量减少提出债权的有关手续。破产法应允许使用不同的手段提出债权，包括邮件和电子手段。

(154)(b) 破产法可允许按债务人与破产代表合作编制的债权人和债权清册承认无争议的债权，或者，法院或破产代表可要求债权人为其债权提供证据。破产法不应要求债权人在所有情况下都必须亲自为其债权提供证明。

提出债权的时间

(158) 破产法应规定可在程序启动后提出债权的时限，这一时限应足以使债权人提出其债权。^{105a}

¹⁰⁰ 该脚注已删除。

^{105a} 如果程序涉及外国债权人，为便利提出债权可能需要更长时间。而且，宜在程序初期阶段提出债权，从而使破产代表了解所涉的债权、设有担保权益的资产以及此类资产和债权的价值。

外币债权

(160) 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，例如破产程序实际启动日，将债权转换成本国货币。

承认或否决债权

(162) 破产法应允许破产代表完全或部分地承认或否决任何债权。如果对债权加以否决[或根据建议 169 将债权作为相关人的债权处理]，无论是完全否决还是部分否决，都应作出该决定的理由通知债权人。

(166) 破产法应允许在破产代表确定债权数额之前暂且承认未清偿的债权。

(167) 破产法应规定，破产代表可通过对设押资产估价来确定有担保债权人的有担保债权部分和无担保债权部分。

(164) 破产法应允许有关当事方在所提出的任何债权获得承认之前或之后对该债权提出异议，并允许其请求法院复审该债权。

(163) 对于其债权已被完全或部分否决的[或根据建议 169 其债权将作为相关人债权处理]的债权人，破产法应允许其在否决该债权的决定的通知发出后的一段规定时限内请求法院复审其债权。

(165) 破产法应规定，破产代表可以在法院解决纠纷之前暂且承认破产程序中有争议的债权。

B. 优先顺序和[收益的]分配

优先债权

(172) 破产法应尽量减少给予无担保债权的优先权。破产法应明确列出有权在破产程序中得到优先清偿的任何类别的债权。

债权的排序

(174) 破产法应规定有担保债权以外的债权按以下顺序排列：¹¹²

(a)-(c) (不变)；

(d) 法律所规定的递延债权或次要债权。

¹¹² 破产法可对(a)、(b)和(d)项所列各等级内债权的进一步排序作出规定。例如，根据 1992 年劳工组织《（雇主破产）保护员工债权公约》（第 173 号）第 8(1)条可将员工债权定为自成一类的债权，并赋予其高于国家和社会保障体制债权的等级。如果某一类别内所有债权人不能获得全额偿付，那么偿付顺序应反映破产法就同等级债权所规定的任何进一步排序。

六. 程序的终结

A. 解除债务

(185) 如果破产法规定某些债务排除在免除债务的范围之外，那么这些债务种类应尽可能少些，以便利债务人重新开始，并应在破产法中加以规定。如果破产法规定免除债务可能须受某些条件的限制，那么这些条件应尽可能少些，以便利债务人重新开始，而且也应在破产法中载明。

B. 程序的终结

清算

(186) 破产法应载明在最后分配或决定不作分配之后结束清算程序的程序。

重组

(187) 破产法应载明在重组计划得到完全执行时或在法院确定的一个更早的日期结束重组程序的程序。
