联合国 A/CN.9/631/Add.8

大 会

Distr.: General
2 May 2007
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十届会议
2007 年 6 月 25 日至 7 月 12 日，维也纳

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书处的说明*

增编

目录

	段次	页次
十一. 破产	1-76	3
A. 总论	1-76	3
1. 导言	1-3	3
2. 术语	4-9	4
3. 关于破产中担保权的一般原则	10	4
4. 破产程序中适用的法律	11-15	5
(a) 破产的影响：法院地法	12-13	5

* 按要求应在会议开始前 10 周提交有关文件，本说明晚交了 3 周，因为需要完成磋商工作并审定随后作的修正。

V.07-83053 (c) GZ 140607 140607

(b) 法院地法的例外 14-15 5
5. 担保资产的处理 16-35 6
(a) 查明须纳入程序的资产 17-23 6
(b) 通过适用中止保护破产财产 24-32 7
(c) 担保资产的使用和处分 33-35 9
6. 程序启动后融资 36-37 9
7. 合同的处理 38-41 10
(a) 自动终止或提前到期条款 38-40 10
(b) 合同的继续执行或否决 41 10
8. 撤销程序 42-43 11
9. 有担保债权人对破产程序的参与 44-45 11
10. 重整程序 46-54 11
(a) 重整计划的批准 46-50 11
(b) 担保资产的估值 51-54 12
11. 简易重整程序 55-56 13
12. 有担保债权的处理 57-59 13
13. 有担保债权的排序 60-65 14
14. 购置款融资交易 66-72 15
(a) 连附购置款担保权的资产（统一处理法） 67 15
(b) 连附购置款融资权的资产（非统一处理法） 68-72 15
15. 需在程序启动前彻底转让的应收款 73-76 16
B. 建议 17

十一. 破产

A. 总论

1. 导言

1. 担保交易法与破产法有着不同的关切和目标，若破产程序的启动影响到受担保交易法规范的权益，两者的一些关切和目标就可能相互重叠。担保交易法寻求促进担保信贷即低成本信贷，因为担保降低了不向有担保债权人偿付（“违约”）的风险。担保交易法允许债务人利用其资产的全部价值以获得信贷、发展业务和避免违约。若债务人违约，担保交易法寻求确保担保资产的价值为有担保债权人提供保护。担保交易法的侧重点是各个债权人的权利得到有效执行，以便尽可能在所欠债务没有得到履行时可以将担保资产的经济价值变现以清偿债务。另一方面，破产法主要涉及集体事务和经济问题。破产法首先防止债权人竞相各自对一个共同债务人行使权利，其次便利可生存商业企业的重整和对不可生存企业的清算，从而寻求使所有债权人得到的回报最大化。由于上述原因，破产法可能影响担保债权人的权利。例如，破产程序启动时担保债权人强制执行其担保的权利可能被推迟。

2. 一项法律的改革可能给另一项法律下的利益方带来意外的交易费用和履约费用，并造成两项法律互不兼容。因此，立法者在修订破产法领域或担保交易领域的现行法律或在这些领域引进新的法律时，需要确保新法律或经修订的法律充分考虑到另一个领域的现行法律或拟议的法律。有时，在对一个领域的法律进行审查时可能会发现需要修订另一个领域的法律或在另一个领域制订新法律。无论哪种情况，如果一项破产法影响到担保债权人的权利，这些影响应当以精心制订的政策为基础，并在破产法中明确指出。

3. 破产程序的启动对担保权的影响已作为破产法的一个问题在贸易法委员会 2004 年 6 月 25 日通过的《贸易法委员会破产法立法指南》[1]（下称“破产指南”）中详细论述。本章 A 节的目的是强调破产法与担保交易法的一些关键交汇点。为此，本指南重述了《破产指南》中特别与担保权有关的建议。不过，要想了解破产程序启动对担保权的潜在影响的更详尽论述，应将本章与《破产指南》的评注和建议一起阅读。本章还讨论了另外几项建议，这些建议所阐述的问题虽在《破产指南》中论及，但并非该指南所载建议的主题。所有建议都在 B 节列出。

---

[1] 关于联合国国际贸易法委员会的决定和大会的决议（2004 年 12 月 2 日第 59/40 号决议），见《贸易法委员会破产法立法指南》（联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10），附件二。《破产指南》可在 www.unictral.org 查阅，其附件三载有《贸易法委员会跨国界破产示范法》及其《颁布指南》。

2. 术语

4. 《破产指南》和本指南使用一些界定的术语（见《破产指南》，导言，术语表，以及本指南，导言，B 节，术语和解释规则）。本章 B 节载有建议，也载列取自《破产指南》中有助于理解该指南的建议的一些定义。为了更好地理解《破产指南》的建议，还应当提及该指南的其他定义。

5. 《破产指南》中界定的某些术语在本指南中没有重新界定，因此其含义与在《破产指南》中相同。不过，与《破产指南》不同的是，本章的重点是与担保权有关的问题，因此本指南中重新界定的术语具有在本指南中所赋予的含义（下文第[8]和[9]段有一个例外情况）。

6. 本章所用“担保权”一词的含义为本指南所界定的含义，因为《破产指南》中“担保权益”的定义要宽泛些，泛指“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到履行”，因此可能涵盖本指南中“担保权”的定义并不涵盖的不动产上担保权和非合意担保权（见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。

7. 同样，本章所用“优先权”一词的含义为本指南所界定的含义，因为《破产指南》中“优先权”的定义要狭隘些，仅指破产情况下债权的优先权（“某一债权因法律效力产生的排序优先于另一债权的权利”）。本指南将“优先权”界定为“一人优先于竞合求偿人从担保资产上的担保权中获得经济利益的权利”（见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。在提及破产程序中的“优先权”时，本章使用“债权的排序”以示区分（例如，见下文第[60]-[65]段）。

8. 本指南界定“债务人”一词时提及了必须履行有担保债务的人。该定义在本章中并不完全适用，因此在本章中“债务人”一词的含义与其在《破产指南》中相同，即系指符合启动破产程序的要求的人（见《破产指南》，第二部分，第一章，第 1-11 段，和建议 8）。

9. 此外，本指南其他各章的重点是“设保人”一词（即设定一项担保权的人）而非“债务人“一词（即必须履行有担保债务的人），因此，若设保人与必须履行有担保债务的人并非同一人，则本章中提及”债务人”时应理解为具有“设保人”的含义。这样做是必要的，因为只有在第三方设保人破产的情况下，有担保债权人才对担保资产享有所有权。在非设保人债务人破产情况下，债权人是无担保债权人，对非设保人债务人拥有无担保债权。

3. 关于破产中担保权的一般原则

10. 破产法应当与《破产指南》相一致，原则上承认担保交易法所规定的担保权的设定、对抗第三方的效力和优先权，以及有担保债权人的违约后权利（见本指南建议 179 和 180）。不过，为实现破产程序的目的，一旦破产程序启动，有担保债权人在破产程序之外享有的权利可能需要修改或受到影响。在此情况下，破产法也应列入对有担保债权人的适当保护措施。对于担保信贷的可获性

非常重要的是，破产法应载有明确的规则，说明破产程序对有担保债权人的权利的影响，以便使担保债权人能够量化与破产有关的风险，并在评估是否和按什么条件提供信贷时将这些风险考虑在内。

4. 破产程序中适用的法律

11. 若破产程序在一个国家启动，而债务人的一些资产或一些债权人位于另一个国家，或者若因债务人企业具有跨国性质而在两个不同国家启动破产程序，那么如何确定适用于担保权的设定、对抗第三方的效力和优先权以及担保债权人的违约后权利的法律，可能是一个复杂问题。不论是哪种情形，均由破产程序以外适用的一般国际私法规则管辖这些事项。这一结果已在《破产指南》建议 30 中明确规定，其中规定启动破产程序的所在地国（即法院地国）应适用其国际私法规则，确定在破产程序之外由哪一国的担保交易法管辖担保权的设定、对抗第三方的效力和优先权以及有担保债权人的违约后权利等问题（又见本指南建议 173）。

(a) 破产的影响：法院地法

12. 一旦根据依法院地国的国际私法规则而在破产程序之外适用的非破产法确定了担保权的设定、对抗第三方的效力和优先权以及有担保债权人的违约后权利，就会产生第二个问题，即破产程序的启动对担保权的影响。例如，产生了以下问题，即担保权的执行是否被中止和担保权在破产程序中是否得到承认，如果是，其相对地位如何。此第二阶段的问题是确定适用于破产的这类影响的法律。普遍承认启动破产程序的所在地国的破产法（法院地法）管辖程序的启动、进行、管理和终结（“破产的影响”）。这一结果体现在《破产指南》建议 31 中。

13. 若管辖担保权排序的破产法改变一项担保权在担保交易法下享有的相对优先顺序，就可能产生问题。根据破产法在破产程序中先于担保权得到分配的债权类别一般由法院地法管辖。在确定这些债权类别时，一国的破产法应当留意担保交易法对于担保权的设定、对抗第三方的效力、优先权和执行的规定，然后再考虑担保权的优先权在多大程度上受到破产程序的启动和管理的影响。

(b) 法院地法的例外

14. 虽然对担保权来说，破产程序的破产影响一般受法院地法管辖，但一些国家对此作了例外处理。例如，处理破产对不动产附加物上担保权的影响时，所在地国可以遵从不动产所在国的破产法（物所在地法）。《破产指南》较详细地论述了这些例外情况（见第二部分，第一章，第 85-90 段），但并不建议处理破产对不动产附加物甚至对一般动产的影响时采用物所在地法规则。相反，只是一般性地建议，法院地法适用于破产的影响的任何例外在数量上应当有限，并应当在破产法中明确列出（见《破产指南》，建议 34 和第二部分，第一章，第 88 段）。

15. 如果在不同国家同时对债务人启动破产程序，则适用的破产法这一问题进一步复杂化。在此情况下，一个未决程序的所在地法院可以遵从另一个未决程序所在地国的破产法，以确定破产对位于另一国的担保资产上担保权的影响。

5. 担保资产的处理

16. 破产程序启动后，担保权可能受到破产法有关规定的影响，这些规定界定例如须纳入破产程序的债务人资产的范围，或以其他方式述及这些资产、针对债务人的行为的中止或暂停、启动后融资、程序启动前发生的交易的撤销、重整计划的批准和债权的排序等。

(a) 查明须纳入程序的资产

17. 查明须纳入破产程序的债务人资产是程序取得成功的关键。受破产管理人控制并须纳入破产程序的资产构成“破产财产”（见下文 B 节“债务人的资产”一词的定义）。因此，程序启动时构成破产财产的一般包括债务人的全部财产、权利和利益，包括对财产的权利和利益，而不论该财产是有形财产（动产或不动产）还是无形财产，位于何地（国内或国外），程序启动时是否为债务人占有。债务人对担保资产的权利和权益以及债务人或破产管理人在程序启动后获得的资产和通过撤销行为收回的资产一般包括在破产财产之内。

㈠ 担保资产

18. 将债务人对担保资产的权利和权益纳入破产财产不仅有助于确保处境相近的债权人受到平等待遇，而且有助于在例如有关资产对债务人重整或将企业作为经营中企业出售等至关重要情况下实现破产程序的目的。《破产指南》讨论了应列入破产财产的债务人资产（以及应排除在外的资产）以及破产程序启动对担保资产的影响。《破产指南》特别强调，将债务人对担保资产和对第三方拥有的资产的权益纳入破产财产对于重整成功非常重要（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 7-9 段），并对于有关担保权的某些行为适用在启动时中止非常重要（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 36-40、56、57 和 59-69 段，和建议 46 以及下文第[25]和[26]段）。

㈡ 破产程序启动后获得的资产

19. 与《破产指南》有关建议相一致（见建议 35，(b)项），债务人在破产程序启动后获得的资产一般属于破产财产的组成部分。

20. 因此，即使有担保债权人可能在债务人未来资产上享有担保权，该担保权也不应扩展至债务人在破产程序启动后获得的资产（另见本指南建议 176）。若该担保权确实一般性地扩展至债务人在破产程序启动后获得的资产，则有担保债权人将不公平地受益于担保资产的增长，而这种增长本来可以用来清偿因程序启动后债务人在有担保债权人没有为债务人提供额外信贷的情况下获得财产

而产生的附担保债务。同样，如果破产财产中无担保资产在破产程序启动后被用来获得额外财产，而这些财产又自动连附有担保债权人的担保权并用来清偿附担保债务，则破产财产的其他债权人将不公平地受到损害。

21. 但是，如果债务人在破产程序启动后获得的资产包括有担保债权人享有担保权的资产的收益，而且该担保权在破产程序启动前取得了对抗第三方的效力（或在启动后的宽限期内取得对抗第三方的效力），则该担保权应扩展至该收益（见本指南建议 177）。若不这样做，有担保债权人将不享有破产程序启动后处分或获得的担保资产上的担保权，并且因为有此风险，有担保债权人以可负担的费率向债务人提供信贷的意愿也将降低，即使启动债务人破产程序的可能性不大。

22. 一个例子可能有助于说明这些观点。一个有担保债权人在债务人的全部现有和未来库存品上享有不可撤销的担保权。在破产程序启动后，债务人出售了未连附任何担保权的不动产，并用出售所得现金购买库存品。该担保权不应扩展至该启动后库存品。有担保债权人没有依赖新库存品上的担保权而提供信贷。若允许该担保权扩展至新库存品，破产财产的其他债权人将受到损害，因为这样一来，该不动产将用来增加可为清偿附担保债务而使用的资产，但该不动产属于无担保资产，本来是用于清偿其他债权人的债权。其结果是，新增库存品的价值用来清偿其他债权人的债权的可能性将降低，尽管该价值来源于完全可用来清偿这些债权的不动产。

23. 不过，如果新增库存品是利用债务人出售破产程序启动时已有库存品所得现金获得，并且有担保债权人在已有库存品上享有不可撤销的担保权，则该担保权应扩展至破产程序启动后获得的库存品。在破产程序启动前，有担保债权人依赖债务人在破产程序启动后出售的库存品上的担保权向债务人提供了信贷。新增库存品实质上是所出售库存品的替代。有担保债权人没有不公平地获得好处，其他债权人也没有不公平地受到损害。

(b) 通过适用中止保护破产财产

24. 一部破产法有两项重要目的，首先是确保破产财产的价值不因当事各方的行为而缩减，其次是促进破产财产得到公平有序的管理。许多破产法通过实施中止来实现这些目的，中止的目的是防止债权人启动个别或集体行为以强制执行债权或针对债务人或破产财产中的资产采取任何救济手段或提起诉讼，并暂停已在进行的所有此类行为。若因破产程序启动而适用中止，则可以采取补充措施，即法院可以命令采取临时性救济措施，以确保在提出启动破产程序申请到法院就此采取行动这段时间使债务人资产和债权人的集体利益得到保护。《破产指南》讨论了强制性或临时性中止所适用的行为的范围（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 30-40 段）；中止的时间和期限（见第二部分，第二章，第 41-53 段和第 58 段）；以及保护有担保债权人权益的措施（第二部分，第二章，第 59-69 段）。

㈠ 中止的范围

25. 一些法域规定中止适用于针对债务人的所有行为，不管是否为司法行为，包括有担保债权人和第三方所有权人的行为。中止通常适用于通过重新占有和出售、出租或以其他方式处分担保资产（或行使本指南第十章违约后权利下所列另一种强制执行救济）而强制执行担保权的行为。中止还适用于设定担保权或使担保权具有对抗第三方的效力的行为。一些破产法从中止对有担保债权人或第三方所有权人的行为的适用和期限的角度而对清算和重整加以区分。有越来越多的破产法承认，尽管限制担保权的强制执行可能对信贷的成本和可获性产生负面影响，但如果将有担保债权人的行为排除在中止之外，可能会损害破产程序的根本目标，在重整中尤其如此，因为债务人继续使用担保资产往往对企业运营因而对其重整至关重要。采取措施确保防范担保资产的经济价值缩减，可以减缓中止的任何负面影响（见下文第[29]-[31]段）。

26. 若担保权在破产程序启动时具有对抗第三方的效力，则对于有担保债权人可能需要采取以确保该效力得以保持的任何行动，有必要排除中止的适用。例如，担保交易法可以为在普通担保权登记簿上登记某些担保权如购置款担保权规定一个宽限期（见本指南建议 189，(b)项）；在此宽限期内，中止一般不应对登记造成干扰（即使该宽限期在破产程序启动后才终止）。

㈡ 中止的期限

27. 在重整程序中，在采取下述保障措施的情况下，中止应当对有担保债权人有足够长的适用期，以确保重整得到有序管理，在能够确定应当如何处理担保资产并批准适当的计划之前不将担保资产从破产财产中撤出。

28. 在清算程序中中止也应适用于有担保债权人，特别是为了便利企业作为经营中企业出售。中止可在破产法明确规定的较短期限（例如 30-60 天）内适用，并就某些情况下延期作出规定。或者，中止可在清算程序的期限内一直适用，前提是在某些情况下法院给予救济（见《破产指南》，建议 49）。

㈢ 对有担保债权人的保护

29. 一部破产法应列入保障措施，在中止对有担保债权人的担保权的经济价值产生负面影响时为有担保债权人提供保护。保障措施之一可采取准许救济而免于中止或将担保资产撤出的形式。即使没有提出准予救济而免于中止的请求，破产法也应规定有担保债权人有权防范担保资产的价值缩减，法院可准许采取适当措施以确保提供这种保护（见《破产指南》，建议 50）。

30. 准许救济而免于中止或将担保资产撤出的理由可以包括以下情形：例如担保资产并不为将来可能进行的债务人企业的重整或出售所需要；担保资产的价值因破产程序的启动而正在缩减，并且未对有担保债权人提供保护以防范该价值的缩减；在重整中，计划未在任何可适用的时限内获得批准。有些破产法还规定，一旦准许救济而解除对特定担保资产的中止，该资产相对于有担保债权

人即被撤出。在此情况下，有担保债权人可以根据破产法以外的适用法律强制执行其担保权。偿付附担保债务之后剩余的任何价值将构成破产财产的组成部分。

31. 防范担保资产价值缩减的概念的核心是确定这些资产的价值和进行估值的时间的机制，该机制取决于为何目的而需要确定这两个方面。可能需要在破产程序期间的不同时间对资产进行估值，如在程序启动时进行估值，并在程序进行过程中对价值进行审核。以什么为基础进行估值也是一个问题（例如经营中企业价值还是清算价值）。担保资产的价值至少首先要根据当事各方的启动前协议加以确定，或者可能需要由法院在证据基础上加以确定，包括市场对价、市场状况和专家证词。

32. 《破产指南》讨论了估值的时间和不同估值机制（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 66-68 段）。

(c) 担保资产的使用和处分

33. 破产程序启动后处理担保资产的方式，特别是这些资产的使用和处分，关系到有担保债权人的利益。

34. 若破产财产包括债务人对担保资产的权利，则这些资产的处理将取决于破产法有关以下事项的规定，例如中止的适用、这些资产的进一步设保、破产程序进行过程中资产的使用、资产的出售或处分、资产的放弃和以不连带任何担保权的方式出售担保资产。例如，有些破产法规定，不管是在清算程序还是在重整程序中，只有破产管理人可以处分担保资产。另一些法律则规定，清算程序中破产管理人处分担保资产的能力有时间限制，一旦有关时限到期，有担保债权人即可行使自身的权利。

35. 《破产指南》讨论了以不连带担保权的方式出售担保资产的条件（例如，条件是资产上担保权扩展至出售资产所得收益），以及向如此出售的担保资产的有担保债权人提供的保护，包括需要将拟议出售或以其他方式处分担保资产通知有担保债权人，并给他们提出异议的机会（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 74-89 段）。

6. 程序启动后融资

36. 不管是在清算程序中还是在重整程序中，破产管理人都可能需要得到资金以继续运营企业。破产财产中可能没有足够的流动资产为预期费用筹集资金，这些流动资产须为现金或者将转换成现金的其他资产（如预期应收款收益）并且未连附具备对抗第三方效力的原已存在的担保权。如没有足够的无担保流动资产或预期现金流，破产管理人必须寻求向第三方融资。这些当事方常常是破产程序启动前向债务人发放信贷的出贷人，他们往往在得到将被偿还的适当保证（或是采取在破产财产的资产中享有优先债权的形式，或是采取享有优先担保权的形式）之后才愿意提供必要的信贷。

37. 在任何此类融资安排（统称为“启动后融资”）中，重要的是适当防范启动前有担保债权人在担保资产的经济价值中所享权利被缩减（前提是该担保权在启动前或在启动后的一段宽限期内具备对抗第三方的效力）。虽然有些国家允许在有限情况下为启动后融资设定排在原已存在的担保权之前的担保权，但是此类担保权（有时称为“优先留置权”）的设定只应在某些条件得到满足的情况下才允许，其中包括防范启动前有担保债权人在担保资产的经济价值中所享权利被缩减。《破产指南》第二部分第二章第 94-107 段对启动后融资有较详细的论述。

7. 合同的处理

(a) 自动终止或提前到期条款

38. 在破产中，如何处理那些界定导致按担保协议进行的付款自动终止或提前到期的违约事件的条款，关系到担保协议当事各方的利益。尽管一些破产法允许在破产程序启动时否决这些条款，但这种做法并没有成为破产法的普遍特征。不过，如果不能以这种方式干预合同法的普遍原则，在有些情况下，例如在合同涉及重整或企业作为经营中企业出售所必需资产的情况下，重整将变得不可能。

39. 如采取否决这类条款的政策，该政策所产生的任何负面影响都可以通过向债权人提供补偿而得到平衡，补偿要能够证明债权人因为破产程序启动后合同继续执行而承受的损害或损失。此外，也可列入一般性地否决某些类别合同的此种条款的例外情况。例如，破产法可规定，遇有合同条款解除债权人在破产程序启动后为债务人发放贷款或以其他方式提供信贷或其他融资便利的义务的，一般性否决的条款并不导致此项合同条款不可强制执行或无效。

40. 但是，遇有有关合同条款涉及破产程序之外的当事方为债务人提供额外贷款或其他融资便利的义务的，则该另一当事方应被解除此项义务。在偿还可能性大大降低的情况下，要求向破产当事方提供额外贷款是不公平的。如果如第[20]段所述，在破产程序启动后不向有担保债权人提供额外的担保资产，那么要求在启动后延长信贷期限尤其不公平。提供额外贷款的义务不同于其他合同义务，在其他合同义务下，另一当事方可以指望债务人或其破产管理人用业绩作为回报或为此作出安排（见本指南建议 178）。

(b) 合同的继续执行或否决

41. 对于合同的继续执行或否决，各国的破产法采取不同的做法。《破产指南》考虑了与一俟破产程序启动如何处理合同有关的一系列问题，包括确定合同应当继续执行或者否决的程序、破产程序启动时债务人违约情况下对合同的处理、继续执行或否决的后果、租约、合同的转让、可能需要例外处理的合同类型和启动后的合同（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 108-147 段）。无论如何，对于有担保债权人而言，重要的是一项担保协议的否决并不终止或以其他方式损害已经存在的附担保债务，也不导致担保权的消灭，金融

合同和贷款承诺经常被排除在破产法有关对合同的一般处理办法的范围之外（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 208-215 段）。

8. 撤销程序

42. 如上所述，担保权的效力属于担保交易法处理的问题，而破产法原则上承认担保权的效力。不过，正如任何其他交易可以撤销一样，破产程序中担保权也是可以撤销的。例如，该交易可作为一项特惠交易、一项压价贱卖交易或一项旨在挫败、阻止或拖延债权人追收债款的交易而被撤销。否则，债务人可能在破产程序启动前夕为其资产设押，对债权人厚此而薄彼，或者在为资产设押时未获得相应的价值，因而损害其他债权人的利益。《破产指南》讨论了可予撤销交易的类型、可撤销期、撤销程序的进行和交易撤销后对应方的责任（见《破产指南》，第二章，第 148-203 段）。

43. 可予撤销的担保权的例子包括：在破产程序启动前不久设定以为一项原已存在的债务提供担保的担保权；担保权取得对抗第三方效力所需的一个或几个步骤是在担保权设定之后并在任何宽限期到期后（见本指南建议 189，(b)项）但在可撤销期内实施；按大大低于资产实际价值的价格接受一项担保资产，以全额或部分清偿附担保债务（见本指南建议 148）。

9. 有担保债权人对破产程序的参与

44. 如果担保资产是破产财产的组成部分，并且有担保债权人的权利受到破产程序的影响，则有担保债权人应有权参与破产程序。某些情况下，有担保债权人在多大程度上有权参加就某些问题进行的表决，可能取决于附担保债务超出担保资产价值的数额。这种参与的程度可由破产法加以规定，可以包括就破产法具体规定的问题进行表决，如挑选（和撤销）破产管理人；批准重整计划；以及在债务人正常业务之外出售资产。

45. 《破产指南》一般性地讨论了债权人参与的问题和可用来促进这种参与的机制（见第二部分，第三章，第 75-115 段）。

10. 重整程序

(a) 重整计划的批准

46. 有担保债权人是否有权参与一项重整计划的批准，将取决于破产法对待有担保债权人的方式，特别是取决于一项重整计划在多大程度上改变或损害其担保权。担保资产的价值与债权相比情况如何，将决定债权人是否作为有担保债权人参与，以及是否同时作为无担保债权人参与。

47. 若一项重整计划意在损害或改变有担保债权人的权利，则这些债权人应有机会参与就该计划的批准进行的表决。为此，一些破产法按照债权人权利和权益的性质对包括有担保债权人在内的债权人作了分类。有些法律规定，有担保

债权人作为与无担保债权人分开的一个类别一起进行表决；另一些法律规定，每个有担保债权人自成一类。《破产法》较详细地论述了重整程序（见《破产指南》，第二部分，第四章，第 26-75 段），包括有担保债权人进行表决（见《破产指南》，第二部分，第四章，第[38]-[44]段）。

48. 如果有担保债权人参与批准过程，就产生一个问题，即它们在投反对票或者弃权的情况下，是否还受该计划的约束。如果有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受该计划的约束，但可享有某些保护（例如，它们在该计划下获得至少相当于按清算程序可获得的偿付额，或者在一定时间内被全部偿还并加上按市场利率计算的利息）。另一些破产法规定，法院可命令有担保债权人受该计划约束，前提是法院相信某些条件得到满足（例如担保权受到充分保护，有担保债权人的地位不会因该计划而进一步削弱）。还有一些破产法规定，除非有担保债权人同意，或者相关类别的有担保债权人同意，否则不得将计划强加于有担保债权人。

49. 有几个例子可以说明，即使重整计划损害或改变了担保权，担保权的经济价值仍可以得到保护。如果一项计划规定向有担保债权人支付现金以全部或部分清偿附担保债务，则该现金支付额或在现金支付分期进行情况下现金支付额的当前价值不应少于有担保债权人将在清算中获得的偿还额。在确定此价值时，应当考虑到资产的用途和估值的目的。这类估值的基础不仅可包括严格的清算价值，还可以包括资产作为经营中企业的组成部分所具有的价值。例如，如果债务人在重整计划下继续拥有并继续使用该资产以将企业作为经营中企业继续运营，或者如果债务人打算将企业作为经营中企业出售，确定该价值时应当参照资产作为经营中企业组成部分的价值，而非资产作为独立于企业的单项财产的价值。

50. 如果计划要求有担保债权人放弃对某些担保资产的担保权，也可以规定以至少等值的替代资产连附有担保债权人的担保权，但剩余的担保资产的处分必须使该有担保债权人得到全额偿付。

(b) 担保资产的估值

51. 《破产指南》建议 49(c)㈡项、建议 50、建议 51(b)项、建议 54(a)项、建议 58(d)项、建议 59(c)项和建议 67(c)项就破产程序中应予保护的担保资产的价值作了一般性规定。《破产指南》建议 152(b)项规定，在由法院确认的计划中，每个债权人包括有担保债权人的所得应至少相当于其在清算中的所得。《破产指南》论述了在确定担保资产的价值时应当考虑的问题（见《破产指南》，第二部分，第二章，第 66-69 段，和上文第 31 段）。

52. 为了在重整程序中确定担保资产的清算价值（就适用《破产指南》建议 152(b)项而言），应当考虑到担保资产的用途和估值的目的。资产的清算价值可以以资产作为经营中企业的组成部分的价值为基础（见本指南建议 183）。

53. 例如，如果债务人打算将担保资产作为出售债务人经营中企业的组成部分予以保留或处分，考虑到担保资产的使用目的，担保资产在债务人手中的正常经营价值若高于担保资产不在正常经营中使用时的清算价值，可能更好地代表担保资产的较真实价值。

54. 正常经营价值也可以是破产程序启动前有担保债权人向债务人提供信贷所依赖的价值。有担保债权人提供信贷，可能是以担保资产在经营中企业中使用并产生用来偿还有担保债权人的必要利润为依据。

11. 简易重整程序

55. 最近几年，人们非常重视简易重整程序的发展（即在破产法允许法院加快程序进行的情况下，为使受到影响的债权人在破产程序启动前的自愿重整谈判中谈判商定的计划发生效力而启动的程序）。在程序启动前进行的自愿重整谈判往往涉及为确保有效重整而需要其参与或其权利受到重整影响的债权人，包括有担保债权人。

56. 这类简易重整程序的实质要求将包括与法院监督下的正式重整程序所提供的保障和保护大体相同的措施。不过，由于在简易程序启动时重整计划已由必要多数债权人谈判商定，破产法中有关法院监督下的正式程序的一些程序性条文可能要做修改或不必适用（见《破产指南》，第二部分，第四章，第 87-92 段）。

12. 有担保债权的处理

57. 在决定在破产程序中哪些债权人需要申报债权时，首要问题涉及有担保债权人的待遇。有些破产法不把担保资产列入破产财产，并允许有担保债权人自行强制执行其担保资产上的担保权，根据这些法律，只要有担保债权人的求偿权可从出售担保资产的价值中得到满足，就可不必要求有担保债权人申报债权（见《破产指南》，第二部分，第五章）。

58. 另一种做法是要求有担保债权人就其担保权的总价值申报债权，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的人，例如持有浮动抵押、卖据或动产担保的人。一些破产法还允许有担保债权人将其担保权让与破产管理人，并且就附担保债务的总价值申报债权。要求有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、附担保债务的数额和担保资产说明的信息。不管选择何种做法，破产法都宜列入在申报债权方面如何对待有担保债权人的明确规则。

59. 如果在应当申报债权时不能确定或尚未确定债权的数额，许多破产法允许对债权给予临时承认，但必须暂定其名义价值。确定此类债权的价值会引起一些问题。例如，确定价值的时间和是否必须对债权加以清算（若清算，就必须由法院审理）或估算（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。关于估值的时间，许多破产法要求参照程序启动的生效日期（见《破产指南》，第二部分，第五章，第 38 段）。

13. 有担保债权的排序

60. 担保交易法确立担保权相对于竞合求偿人的优先权（关于“竞合求偿人”和“优先权”的定义，见 A/CN.9/631，导言，B 节，术语和解释规则），竞合求偿人包括债务人的其他有担保和无担保债权人、在担保资产上享有权利的判决胜诉债权人和担保资产的买受人。许多破产法承认破产前担保权的优先权，并将有担保债权排在破产管理费和其他债权之前（例如税款或工资）。但是，如果破产管理人使用了破产财产中未设保资源以维护或保全担保资产的价值，则可能给予这些费用以更优先于担保债权的排序，因此可能必须从担保资产的出售或可归因于担保资产的其他价值所得收益中支付这些费用（见本指南建议 182）。

61. 另一些破产法将有担保债权排在破产管理费和其他特定（和普通无担保的）债权（例如工资或税款）之后，或者将可以获得较优先排序的有担保债权的数额限制在债权的某个固定百分比之内。

62. 给予某些无担保债权较优先排序通常是基于社会政策考虑，这样做可能对担保信贷的成本和可获性产生影响。有时针对债务人全部财产上的一项担保权，采取一种限制有担保债权人从担保资产价值中收回资金的数额的做法，以便为无担保债权人提供某种保护（通常不超过某个限额）。

63. 还有一种做法可能允许将启动后的有担保债权人的权利排在启动时已经存在的有担保债权人的权利之前（见上文第 36 和 37 段），前提是原已存在的债权人的担保权能够得到保护。

64. 在破产法规定某些类别债权享有排在担保权之前的特别优先权（例如税款或其他无担保债权优先获得偿付的权利）的情况下，宜将这些特别优先权保持在最低限度并在破产法中明确列出或提及（见本指南建议 180）。这样就能确保破产制度对债权人的影响是透明和可预测的，并使有担保债权人能够更准确地评估与发放贷款有关的风险。这些问题在《破产指南》第二部分第五章第 51-79 段作了较详细的讨论。

65. 如已所述，破产法通常尊重启动前担保权的优先权（如果该担保权在启动前或在启动后的宽限期内取得了对抗第三方的效力的话），但须服从破产法可能规定的其他债权的任何特别优先权。同样的规则也适用于通过排序居次安排确立的担保权的优先权（即通过协议、法院命令甚至单方面改变担保权的优先权；见本指南建议 181）。不过，排序居次安排不应导致有担保债权人被赋予优先于其根据适用法律享有的排序，不管是作为单个债权人还是作为一类有担保债权人的成员。这意味着，如果有担保债权人 A、B 和 C 的优先权排序为 A 第一、B 第二和 C 第三，而 A 将其有担保债权排在 C 之后，则 B 获得的排序并不优先于 A 原来对自身债权数额所享有的排序。这还意味着，一个有担保债权人

即使通过排序居次安排排在某一类别中的一个有担保债权人的前面，其排序亦不得高于该类别的排序。

14. 购置款融资交易

66. 破产中如何处理担保权和其他利用，使之能够起到为履行债务提供担保的作用，是买方债权人、承租人债权人或借方债权人关心的一个关键问题。处理方式有时有很大差异，取决于如何为特定权利定性。一般来说，但也不全是这样，在不把保留所有权交易和融资租赁当作担保手段的法律制度中，含有保留所有权条款的合同或融资租赁合同，在买方或承租人破产时按照与部分履行的合同有关的规则处理（或者，换句话说，作为所有权手段处理）。

(a) 连附购置款担保权的资产（统一处理法）

67. 有些国家将各种形式购置款融资权统统纳入担保交易法，在这些国家，债务人破产时对保留所有权交易和融资租赁的处理与非购置款担保权相同，并承认破产法以外的法律给予购置款担保权的任何特殊优先权地位（见本指南建议174，统一处理法）。因此，《破产指南》中适用于担保权的规定将适用于购置款担保权（关于“担保权”、“购置款融资权”、“保留所有权”和“融资租赁”以及其他相关术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。

(b) 连附购置款融资权的资产（非统一处理法）

68. 一些国家将保留所有权交易和融资租赁单列一类处理，但规定这些交易和类似安排所适用的规则与非购置款担保权适用的规则相同，并承认破产法以外的法律给予购置款担保权的任何特殊优先权地位，这样做所产生的结果与第[67]段所述结果相同（本指南建议 174（备选方案 A），非统一处理法）。

69. 在购置款担保权被按照普通（非购置款）担保权对待时，通常而言，只要破产管理人给予有担保债权人替代资产，或者以其他方式防范有担保债权人所享财产上担保权的价值缩减，破产管理人就可以使用、出售或出租该担保资产。在此情况下，附担保债务高于有担保债权人所享财产上权利的价值部分作为普通无担保债权处理，并且在设保人的重整中，可以（按照对其他非购置款担保权的处理方式）对有担保债权人的债权以不超过担保权价值为限进行重整，即规定不同的到期时间、付款计划、利率等等。

70. 如保留所有权和融资租赁被作为部分履行的合同（或所有权手段）对待，破产管理人有权在规定期间内，在愿意和能够做到的情况下，通过以下方式履行合同：(a)支付剩余价款后将货物纳入破产财产；或(b)在租赁款到期日继续支付租赁款。有时，破产管理人可以将合同与财产的使用权一道转让给第三方（如果是租赁，可能要求征得出租人同意）。或者，破产管理人可以否决合同，退回财产，并要求在扣除破产前的折旧和使用费之后返还买方已经支付的部分价款。在租赁情况下，破产管理人可以拒绝今后继续履行租约并将财产退

还出租人。但是如果所涉财产对于买方的重整能否成功十分关键，那么破产管理人实际上只能采取第一种选择方案（按约定履行合同）。在有些情况下，例如设备现值低于剩余价款，破产管理人需按约定履行合同，从而可能导致破产财产中其他资产被用于履行合同，而不是用于满足设保人重整所涉其他方面的资金需要（见本指南，建议 174（备选案文 B），非统一处理法）。

71. 如果保留所有权和类似安排如融资租赁被作为部分履行的合同（或所有权手段）对待，则保留所有权的卖方和融资租赁的出租人将在损害破产程序的其他债权人的情况下拥有更大的权利。这种更大权利的行使可能导致一些重整不成功，可能造成一些失业，并使破产财产的其他债权人无法收回其原可收到的债权额。因此，一国在考虑破产程序中对保留所有权和融资租赁等的处理时应当权衡一点，本国通过加强保留所有权的卖方和融资租赁的出租人的权利而鼓励设备或库存品的制造、供应和融资的政策，与本国支持重整程序的政策相比是更加重要还是位居其次。

72. 无论如何，破产程序中购置款融资权不管是按照适用于担保权的规则处理，还是按照适用于合同和第三方拥有资产的规则处理，所有购置款融资权都应服从于《破产指南》具体规定的破产的影响。采用两类非统一处理法中的任何一类，都必须注意《破产指南》一再建议对担保权持有人和第三方拥有资产持有人作同样处理，包括《破产指南》以下建议所提出的处理办法：建议 88（关于将撤销权除其他以外适用于不具备对抗第三方的效力的担保权和购置款融资权，不管是以担保权总登记簿中通知备案的方式还是以其他方式）；建议 35（关于将债务人在担保资产和连附购置款融资权的资产上享有的权利纳入构成破产财产的资产）；建议 39-51（关于对担保资产和连附购置款融资权的资产适用临时措施和中止以及准许救济而免于中止）；建议 52（关于破产财产中资产的使用和处分，包括担保资产和债务人在连附购置款融资权的资产上享有的权利和权益）；建议 54（关于第三方拥有的资产的使用）；以及建议 69-86（关于合同的处理）。在《破产指南》最后定稿前起草的建议 35 脚注 6 被理解为适用于参照有关适用法律确定的所有购置款融资权，不管是基于所有权还是其他。

15. 需在程序启动前彻底转让的应收款

73. 应收款的彻底转让（即非为担保目的的应收款转让）属于本指南的范围（见本指南建议 3）；“担保权”被定义为包括应收款的彻底转让（见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。破产法以外的法律中有些规则规定，即使当事各方将一项交易称作彻底转让，该交易也可重新定性为担保式转让。本指南在提及彻底转让时，并不影响任何此类规则的适用。但在发生这种重新定性的情况下，该项转让将不属于本指南所称的彻底转让。

74. 凡债务人破产程序启动前债务人设置的应收款担保权根据破产法以外的法律作为应收款彻底转让处理的，则破产法对该应收款彻底转让的处理，应如同其对待债务人对任何其他财产的启动前转让，但此种转让须符合破产法以外的

法律对彻底转让规定的条件，并且破产法应将破产程序启动前彻底转让的资产排除在债务人破产财产之外（总体见《破产指南》建议 35，(a)项）。

75. 但是，如同债务人对任何其他资产所作的启动前彻底转让一样，而且事实上也如同任何其他启动前交易一样，该项应收款彻底转让仍需服从破产法的撤销规则（见《破产指南》，建议 88）。例如，在下列情况下，可以撤销转让并将应收款纳入破产财产：(a)破产程序启动时该项转让不具备对抗第三方的效力的；(b)根据破产法关于压价贱卖交易的撤销规则该项转让可予撤销的；或(c)根据破产法关于可疑转让的撤销规则，转让在某个日期发生，但在任何宽限期之外并在可撤销期内的以后某个日期才取得对抗第三方的效力的。

76. 如果应收款不在破产财产之内，而且根据破产法的撤销规则也未纳入破产财产，那么，因为受让人是应收款的所有人，所以根据破产法采取的任何中止措施一般不应适用于受让人收取应收款，破产法一般不应适用于该应收款或受让人收取应收款。然而，如果依照破产程序启动时行之有效的合同，债务人被受让人委托替受让人收取应收款，则尽管受让人对应收款享有所有权，一般适用于与债务人的合同（因而也适用于该委托合同）的破产法所规定的任何中止措施将由此而阻止受让人收取应收款或以其他方式干预委托合同，直至对委托合同的中止措施终结，或债务人否决该委托合同（见本指南建议 175）。

B. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意，由于 A/CN.9/631 号文件载列了担保交易立法指南草案的一套合并建议，有关建议未在此处转载。这些建议一俟最后审定，将在每一章结尾处予以转载。]