



Distr.: Limited
24 September 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第二十七届会议

2002年12月9日至13日，维也纳

破产法立法指南草案

秘书处的说明

目录

[指南草案的导言和第一部分见 A/CN.9/WG.V/WP.63 号文件；第二部分第一章见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 和 Add.2 号文件；第二章的 A 节和 B 节见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 和 Add.4 号文件；第三章的 A 节至 F 节见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9；第四章的 C 节和 D 节以及第五至第七章见随后各增编]

	段	次	页	次
第二部分（续）				
四. 参与者和体制				2
A. 债务人.....	203-230			2
1. 导言	203			2
2. 债务人业务的继续经营.....	204-217			2
3. 债务人的权利	218-220			5
4. 债务人的义务	221-229			6
5. 债务人的赔偿责任	230			7
建议	(89)-(95)			8
B. 破产代表	231-259			9
1. 导言	231-232			9
2. 资格	233-238			10
3. 破产代表的甄选和指定	239-241			11
4. 破产代表的职责和职能	242-243			11



	段 次	页 次
5. 保密	244	12
6. 破产代表的报酬	245-251	13
7. 注意的责任[赔偿责任]	252-254	14
8. 破产代表的代理人	255-257	15
9. 破产代表的解职	258	15
10. 破产代表的替换	259	15
建议	(96)-(105)	16

[.]中的段次号系指上一版指南案文 A/CN.9/WG.V/WP.58 号文件中的相关段次。

[.]中的建议号系指上一版建议 A/CN.9/WG.V/WP.61 和 A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 号文件中的相关建议。对建议所作的增补在本文件中以下划线案文表示。

第二部分（续）

四. 参与者和体制

A. 债务人

1. 导言

203. 破产程序一旦启动，对于债务人在破产程序中的作用，破产法一般按清算和重组划分而采取不同的方法。如果企业将继续经营下去（无论是在清算中作为经营中企业出售，还是在重组中），都更加需要债务人以某种形式参与管理。债务人还将可发挥作用，协助破产代表履行其本身的职能，以及向法院或破产代表介绍关于企业的情况。对于这些程序，债务人也将享有某些权利。为确保高效率 and 有效地进行程序，并为有关各方当事人提供确定性，破产法似宜确定债务人权利和义务的范围。

2. 债务人企业的继续经营

(a) 清算

204.[152] 清算程序一旦启动，维护破产财产即要求采取综合措施，保护破产财产不仅不受债权人行动的影响（见第二部分，第三章，B 节），而且也不受债务人或其管理人员或股东的影响。¹为此原因，许多破产法在清算程序中都剥夺债务人对资产的一切控制权以及对企业的一切管理和运营权，并指定一名破产代表承担被剥夺的所有职权。

¹ 因为破产法将涵盖不同类型的企业，无论是个体、合伙制还是某种形式的公司，所以债务人的持续作用问题视情形而定理所当然引起债务人的管理部门或股东的作用问题。为便于阅读，本指南仅提及“债务人”，但用意是在适当情况下该词的使用还应当涵盖债务人的管理部门和股东。

除资产的使用权和处分权之外，这些职权可包括代表破产财产提起诉讼和进行抗辩的权利，以及代收付给债务人的所有款项的权利。在清算程序启动后，[153]凡未（按要求）经过破产代表、法院或债权人许可的涉及破产财产中资产的交易或这些资产的转移，一般都将无效（或可以被撤销），而所转让的资产（或其价值）则需为了破产财产的利益而追回（见第二部分，第三章，D.7、E.8）。

205.[153] 在已确定清算破产财产的最有效手段是将企业作为经营中企业出售的情况下，一些法律规定，破产代表应负责对企业实行监管和全面控制，同时允许债务人通过继续留任和向破产代表提供咨询而提高破产财产的价值以及为资产的出售提供便利。债务人对其企业和有关市场或行业的详细了解，及其与债权人、供应商和客户所保持的关系，可以是对这种做法的支持。视破产代表对债务人活动行使的控制程度而定，破产代表可能须对其控制期间发生的债务人不法行为负赔偿责任（见第二部分，第四章，B.7）。

(b) 重组

206.[154] 在重组程序中，对于债务人的撤换在多大程度上是最合适的行动措施，以及在的确发生某种程度的撤换情况下，对于债务人可以继续发挥的作用，没有商定的统一做法。这种继续发挥的作用在很大程度上可能取决于债务人在重组过程中是否诚信行事；如果不是，其继续发挥作用的價值则可能值得怀疑。有时候，解决办法可能取决于程序是由债务人自愿启动的还是由债权人启动的，在后一种情况下，债务人可能不合作，或甚至怀有敌意。

(一) 债务人继续参与的利弊

207. 安排债务人继续发挥作用这样做有一些潜在益处。[154] 在许多情况下，债务人对其业务和所经营的行业将有着直接和深入的了解。在个体经营和小型合伙经营的情况下，这种了解特别重要，使债务人能据以在短期和日常经营决策中发挥作用，因而有利于经营的连续性。这种了解还可有助于破产代表在更加直接和全面认识债务人经营业务的情况下履行其职能。出于同样的原因，债务人往往能够提出一项重组计划供债权人和法院批准。在这种情形下，不考虑债务人在企业财务困难中的作用而完全加以撤换，可能不仅打消企业经营活动、一般地承担风险以及债务人尽早启动重组程序的积极性，而且还会损害重组取得成功的机会。

208.[155] 债务人继续发挥作用的可取性可能需要与一些可能的弊端相权衡。债权人可能因为企业的财务困难（和债务人在所发生的这些困难中可能所起的作用）而缺乏对债务人的信心，如果重组要取得成功，就必须重新建立起这种信心。在对债务人权力没有充分控制权的情况下允许其继续经营业务，可能不仅会加剧信心的下降，而且也会招致债权人的进一步反对。如果一种制度被认为过分偏袒债务人，便会导致债权人对之不感兴趣和不愿意参与，而如果破产法要求债权人发挥作用，则这还会进一步造成监督债务人行为的问题。另外还可能助长对破产程序的敌对态度，造成费用的增加和进一步拖延。债务人可能有其自己的工作议程，与破产制度的目标相冲突，特别是与对债权人的回报最大化相冲突。例如，债务人压倒一切的目标可能是确保其不丧失对企业的控制权，而不是为债权人的利益而使价值达到最大化。另外，重组的成功可能不仅取决于实行债务人可能不愿意接受的变革，而且还取决于债务人拥有知识和经验，利用破产法渡过其财务困难。需要考虑的一个相关因素是破产程序是自愿还是非自愿启动的（在非自愿情况下，债务人可能敌视债权人）。

209.[第 161 段注解]关于债务人的作用，一些破产法对程序启动后至重组计划批准这段时期与批准后这段时期这两者加以区分。对于前一段时期，这些法律就债务人管理和控制企业日常经营的能力和指定一名独立破产代表规定了具体规则。一旦计划获得批准，这些法律规定，对债务人控制和管理企业的限制停止适用，债务人将负责实施所批准的计划。

210.[156] 破产法采取不同的做法来平衡重组中这些竞合的考虑。这些做法各有不同，一边的极端是撤换债务人和指定一名破产代表，另一边的极端是允许债务人在最低限度的监督下保留对企业的控制权。中间的做法则是指定一名破产代表行使某种限度的监督职能，以及保留现有的管理层。

(二) 可能的做法——完全撤换债务人

211.[156] 第一种做法采取与清算相同的程序，即解除债务人对企业的所有控制权，并指定一名破产代表承担债务人在企业管理上的职能。但是，如上所述，完全撤换债务人会造成企业的混乱和在企业存亡的关键时刻对企业经营造成有害影响。

(三) 可能的做法——由破产代表监督债务人

212.[157] 中间做法是在债务人与破产代表之间建立不同程度的控制权。这些做法一般涉及由破产代表对债务人实行某种程度的监督，例如由前者广泛监督债务人的活动和批准大宗交易，而债务人则继续负责企业的日常经营和决策。这种做法可能需要有较为严密的规则作为辅助，以确保破产代表与债务人之间的责任划分明晰，以及很明确重组将如何进行。例如，一些破产法规定，某些交易，比如承担新债务，转让或抵押资产，以及给予对破产财产的财产使用权等，只要是在正常业务过程中进行的，都可以无需经由破产代表或法院的同意。如果不是在正常业务过程中进行的，则需要获得同意。监督债务人企业的现金流量可以是监督债务人及其交易的另一种手段。如果债务人不遵守限制条例，未经同意而订立了需获得事先同意的合同，则破产法可能需要就交易是否有效作出规定，并规定适当的制裁。例如，一种破产法规定，在这些情形下，法院可完全撤销破产程序。这一补救措施是否适当可能取决于程序是自愿的还是非自愿的。

213. 破产法列出需经同意的交易的，较为明确地划分了债务人与破产代表或法院之间的责任界线。这些法律中有些还规定，在特定情况下，如果需要保护破产财产，破产代表可对破产财产和企业的日常管理承担更大的控制权。[158]这类有关情形可以包括，有证据表明债务人缺乏交代的能力，或债务人管理不善或滥用资产。在出现这些情形时，似宜规定可由法院主动或根据破产代表或也许可根据债权人或债权人委员会的动议而撤换债务人。

214.[157] 在监督债务人的管理活动和确保债务人有效实行管理方面，债权人可发挥一定的作用。当债权人具有这种作用时，可能需要有一定的措施，防止债权人因企图使重组程序遭到失败或获得不适当的影响力而滥用权力。所需的保护程度可以通过适当的方式达到，例如在允许债权人采取行动撤换债务人或扩大破产代表的监管作用之前，要求必须取得适当大多数债权人的投票赞同。

215. 债务人与破产代表之间权力划分的另一种做法是破产法并不指明债务人可以进行哪些交易，而是允许法院或破产代表决定管理层经批准后可实施哪些法律行为以及不可以实施哪些法律行为。虽然这种做法允许某种程度的灵活性，但却可能阻止债务人

启动破产程序，因为启动后其对企业的管理和控制权会受到什么影响将不明确。

四 可能的做法——由债务人充分控制

216.[159] 关于债务人继续发挥其作用问题的另一种做法是使债务人能对企业的经营保留充分的控制权，其结果是程序一旦开始，法院不指定独立的代表（这种做法常称作“债务人占有”）。如果可以依赖债务人以诚实的方式继续经营企业，并且可获得债权人的信任、信赖与合作，那么这种做法可能具有提高重组成功机会的优点。但是，也可能存在弊端，其中包括将重组过程用于显然不可能获得成功结果的情形，也就是说用于拖延不可避免的结局，其结果是资产继续流失，而且债务人有可能在控制期间不负责任地行事，甚至采取欺骗手段，从而破坏重组和债权人的信心。这些困难可通过采取某些保护措施而减轻，例如要求债务人定期向法院报告程序的进行情况，指定一名破产代表负责监督债务人，让债权人在监管或监督债务人方面发挥重要作用，或实行一种机制，允许法院（主动或根据债权人的请求而）撤换债务人，以破产代表取而代之，或将程序转换为清算程序。不过，这种做法相当复杂，需加以仔细的考虑，这不仅因为其取决于严格的治理规则和机构能力，而且也因为其影响到破产制度在设计上的其他一些方面（例如，重组计划、撤销权的行使、对合同的处理）。

3. 债务人的权利

217.[168] 为了维护有些国家所视作的债务人根本权利和确保债务人的公平和公正待遇，以及也许更加重要的是，为了鼓励债务人对破产程序的信心，破产法中宜列明债务人在破产程序中的作用及债务人对于程序的进行将享有的各种权利。在许多国家，自然人债务人在破产程序中的权利可能受到国际和区域条约，例如《公民权利和政治权利国际盟约》（1976年）和《欧洲人权公约》（1950年）规定的义务的影响。

— 申述权、知情权和保留个人财产的权利

218.[168] 出于上述原因，债务人似宜享有在破产程序中的申述权，以及对作为程序特别是重组程序一个必要组成部分的决策过程的一般参与权利。特别是，在所有情形中，尤其是当破产法规定了可在某种程度上撤换债务人（无论是在清算程序还是重组程序中），解除其对企业的管理和控制权的，债务人应当能够获取关于程序进展情况的信息。在重组程序中，如果破产法规定在重组计划批准之前可在某种程度上撤换债务人，但却要求债务人对实施计划承担责任的，在这种情况下，这种获取信息的权利可能特别重要。如果在制订计划时债务人不能参与发挥作用，在计划提交批准前让他有机会就计划发表意见也可能是适宜的。正如上文第二部分第三章 A 节第 3 段所述，在债务人是自然人的情形下，某些资产一般排除在破产财产之外，以便使债务人能够保留其个人及其家庭的权利，破产法中似宜指明保留这种财产的权利。

219.[169] 但是，还有些情况可能是，行使或履行这些权利导致一些手续和费用，妨碍程序的进行，而对债务人又没有任何直接利益。例如，这种情况可以是当债务人已离开正在进行程序的所在法域并且拒绝或未能对破产代表或法院取得联系的所有合理努力作出响应时，在这种情况下，一项关于听取其申述的绝对要求可能严重阻碍程序的进展，甚至使程序不可能进行下去。虽然似宜规定应作出一切合理努力听取债务人的申述，但破产法也可能需要提供某种灵活性，以避免这种权利的行使造成对程序的不利影响。

4. 债务人的义务

220. 正如关于债务人的权利方面所述，破产法似宜明确列出债务人在破产程序方面的各项义务，包括尽可能列明各项义务的内容和条件以及应对谁履行各项义务。这些义务将根据债务人在清算和重组程序中将发挥的作用，特别是根据在重组程序中对企业的管理和控制权而加以调整。例如，当债务人在重组程序中保留对企业的控制权时，交出对破产财产资产控制权的义务将不适用。

(a) 合作与协助

221.[167] 为确保破产程序可以有效和高效率地进行，一些破产法对债务人规定了与破产代表合作和协助破产代表履行其职责的一项一般性义务，而有些法律则规定债务人不得作出可能有害于程序进行的行为。合作义务的一个重要部分将是交出资产、资产控制权以及业务记录和帐册，从而使破产代表能够对破产财产实行有效的控制。还可以要求债务人与破产代表合作编拟一本债权人及其债权的清册（见第二部分，第四章，B.4）。

(b) 信息的提供

222.[162] 为便于透彻、独立地评估债务人的经营活动，包括其立即需要的流动资金和程序启动后融资的可取性、企业长期生存的前景以及管理部门是否有资格继续领导企业，一般将需要有关于债务人、其资产和负债、财务状况和业务的资料。为了能够进行这种评估，在清算和重组这两种程序中，特别是在重组程序和将企业作为经营中企业出售的清算程序中，可取的做法是由债务人承担持续的义务，在相当长一段时期内，而不仅仅是在程序启动后的一段短时期内，披露关于其业务和财务的详细资料。这种详细资料可包括关于资产和负债的资料；客户名单；对盈利和亏损的预测；现金流量的详细资料；市场营销信息；行业趋势、被认为造成债务人财务状况的原由或原因的资料；披露根据破产法撤销权规定而可能撤销的过去交易的情况；以及关于尚未了结的合同、涉及有关人员的交易和针对债务人或牵连到债务人的正在进行的法院、仲裁或行政程序包括执行程序在内的资料。一些破产法还要求债务人提供关于其债权人的资料，并通常与破产代表合作拟订一份债权人名单用以核查债权。还可能要求债务人根据所核查和获得认可或未获认可的债权，随时修订该名单。

223.[162] 虽然破产法可能不必详尽无遗地逐一列出债务人应提供的资料，但这样做可有助于提供参考，表明希望提供哪类资料。在这方面，有些法律制定了标准化的信息一览表，列出所需要的具体信息。这些表格将由债务人填写（提供虚假或误导信息的，须受到适当的制裁），或由一名独立人士或管理人填写。

224.[163] 为确保所提供的资料可用于上述目的，资料必须是最新、完整、精确和可靠的，而且应在程序启动后尽快提供。如果债务人能达到这一义务的要求，还可有助于提高债权人对债务人继续经营业务的能力的信心。

225.[164] 如果债务人不是自然人，资料可由债务人的主管人员和与债务人相关的其他当事方提供给破产代表。另一种做法将是要求债务人本身（如果债务人是自然人）或其一名或多名董事派代表出席或亲自出席债权人的主要会议，解答问题，除非董事的所在地不在债权人会议可能举行的地点因而不能实际出席。

(c) 保密性

226.[165] 有关的资料常常将是商业敏感资料（例如商业秘密、客户和供应商名单、研究与发展信息），可能属于债务人所有，也可能由债务人控制但属于某个第三方所有。破产法中似宜包括一些保护机密资料的规定，防止债权人或有条件利用这些资料的其他第三方滥用这些资料。保守机密的义务可能不仅必须适用于债务人，而且也适用于与债务人相关的当事方、破产代表、债权人委员会和第三方当事人。

(d) 附属义务

227. 一些破产法在债务人的合作与协助义务之外，还规定了一些附加的附属义务。例如，这些义务可能包括（债务人个人或债务人实体的管理人员和董事）（未经法院许可）不得离开其惯常居住地，必须向破产代表或法院披露所有往来通信，以及其他一些涉及个人自由的限制。这些限制可能极为重要，有助于避免因在破产程序启动后债务人离开营业地和董事及管理人员辞职这种通常做法而造成破产程序的中断。这些附属义务如果列入破产法，应当与其基本宗旨和给予合作的一般义务这一宗旨相应；这些义务也可能受到上述有关人权公约和协定的限制。有些破产法规定这些义务是自动适用的，有些则规定在这些义务对管理破产财产实属必要时，法院可以适用。有些法律还对个人债务人和其他类别的债务人加以区分；如果债务人是个人，这些限制将只有通过法院的命令才能适用，但如果债务人是公司，则有些限制可自动适用，例如对于披露往来通信的义务。

(e) 雇用专业人员协助债务人

228.[160] 为协助债务人履行其在程序中的一般职责，有些法律允许债务人经过许可而雇用专业人员，例如可能需要的会计师、律师、估价师和其他专业人员。在有些法律中，这种许可是由破产代表给予的，而在有些法律中，则是由法院或债权人给予的。

(f) 不遵守义务

229.[166] 如果债务人不遵守其义务，破产法可能需要考虑应当如何加以处理。例如，如果债务人扣留资料不发，就可能需要有某种机制强迫提供相关的资料，例如，由法院或破产代表对债务人进行“公开审查”。对于较为严重的扣留资料情况，一些国家实行刑事制裁。对于违背其他义务的，也似宜采取类似的做法。破产法还可能需要考虑违背义务采取行动的后果和这些行动是否有效。

5. 债务人的赔偿责任

230.[170] 在企业实体有偿债能力时，债务人一般对企业的股东负有其主要义务，债务人与其债权人的关系将由其合同协定管辖。但是在企业发生破产时，注意力重点改变，债权人成为企业财务实际的利益攸关者，承受债务人继续经营而可能遭受的任何损失风险。尽管重点发生这样的改变，但企业实体股东和管理部门的作为和行为主要仍是破产制度以外的法律和政策的事项。利用破产法来纠正法律管制上这一领域的缺陷或用以监察治理政策，是不可取的，不过有些破产法也可能包括一项义务，规定必须在财务困难的早期阶段启动破产程序（见第二部分，第二章，B节）。如果与破产企业实体相关的人员过去作为和行为的后果是对该实体债权人造成损害或损失（例如，由

于欺诈性或不负责任的行为所致），那么破产法似宜根据适用于欺诈和过失的赔偿责任制度，规定可追究有关个人的损害或损失赔偿责任。

建议

立法条文的目的

关于债务人的条文的目的：

- (a) 确定债务人[以及与债务人有关的人员]在破产程序继续进行期间的权利和义务[责任]；
- (b) 阐明在债务人未能履行其义务时可采用的补救方法；
- (c) 处理与清算和重组过程中债务人的管理部门有关的问题。

立法条文的内容

申述的权利

(89)[(69)] 破产法应当规定，[在清算程序和重组程序中，]债务人在程序中[均]享有申述的权利。

参与和要求获得资料的权利

(90)[(70)] 破产法还可应当规定，债务人有权参与破产程序，特别是重组程序，并有权要求破产代表和法院提供资料。这些权利在重组程序中具有特别重要性。

财产保留权，以维护债务人的人身权利

(91) 如果债务人是自然人，破产法应当规定，债务人有权保留排除在破产财产之外的资产，因为需要这些资产用以维护债务人的人身权利。²

义务

(92)[(71)] 破产法应当明确规定债务人对清算和重组程序负有的义务。债务人的义务应当包括：

- (a) 与破产代表合作，并协助破产代表履行其职责[，不实施有害于程序管理的行为]；
- (b) 提供法院、破产代表或债权人委员会可能合理要求提供的有关其财务状况和业务的精确、可靠和完整的资料，其中包括：
 - (一) 关于嫌疑期内发生的、涉及债务人或债务人资产的交易资料；
 - (二) 关于仍在进行中的法院、仲裁或行政程序的资料，包括强制执行程序在内；

² 见第三章，A节，将受影响的资产，建议(29)。

- (c) 使破产代表能够有效地控制破产财产，并向破产代表交出构成破产财产的国内外³资产或资产控制权以及商业记录；
- (d) 与破产代表合作编制债权人及其债权的清册，并随着债权得到处理对该清册进行修订和修正；
- (e) 当债务人为个人时，未经法院许可不得离开其惯常居住地。

保密

(93)[(72)] 如果债务人提供的资料具有商业敏感性，应当适用无论是破产法还是适用的程序法中载列的适当保密规定。保密的义务应当适用于债务人控制的资料，无论该资料是属债务人所有还是属第三方所有，包括商业秘密在内。

债务人企业的继续经营

(94)[(73)] 法律应当论及[在重组的情况下和在将企业作为经营中企业出售的清算情况下]债务人在企业的继续经营方面应发挥的作用问题。可以采取各种办法，其中包括：

- (a) 完全撤换债务人在经营方面的任何作用，并任命一名破产代表；
- (b) 有限度地撤换，即债务人可在已指定的破产代表的监督下继续进行企业的日常业务，在此情况下，破产法应当规定债务人与破产代表之间的责任分工；或
- (c) 保留对企业的全面控制（债务人占有），不指定破产代表，但实行适当的保障措施，包括对债务人不同程度的控制和规定在特定情形下可撤换债务人。⁴

对未能遵守的制裁

(95)[(74)] 破产法应当规定对债务人（无论是自然人还是商业实体）未能遵守规定义务而实行的制裁，包括规定违反义务而采取的行动无效。

B. 破产代表

1. 引言

231.[171] 破产法用一些不同的称呼来指负责管理破产程序的人，其中包括管理人、受托人、清算人、监督人、破产事务官、保佐人、官方或司法管理人员或专员。本指南所使用的“破产代表”这一用语是指承担从广义上说可予以履行的各种职能的人员，但不对其中可能在不同类型程序中履行的不同职能进行区分。破产代表可以是个人，或在某些法域中，可以是公司或其他单独的法律实体。破产代表无论是由债权人、法院、政府部门或机构指定，还是由公共或法定机构或债务人指定，均在有效执行破产

³ 见第八章——《跨国界破产示范法》和指定一名外国代表。

⁴ 应当指出，这种备选办法依赖于一个发展完善的法院结构和适用保障措施用以在某些情形下撤换债务人。更加详尽的说明见分析性评注第 204-216 段。

法中起核心作用，对债务人及其资产享有某些权力，有责任对这类资产及其价值提供保护，并确保有效、公正地适用法律。在某些法域中，这种指定的性质被视为等同于或密切类似于指定一名行使公共利益权力并为债权人和债务人的利益承担职能的受托人。如果破产代表是由法院在破产程序启动前临时指定的，该人的权力和职能则一般由法院确定。如果这些权力和职能与破产程序启动后指定的破产代表的权力和职能相同，该临时破产代表则应具备与启动后指定的代表相同的资格、责任和报酬。

232.[172] 破产法对破产代表与法院之间的关系，尤其是两者之间的权力规定采取了各种各样的做法。由于破产代表通常掌握的关于债务人情况的信息最多，因此对破产程序的进行往往最有可能作出明智的决定。但这并不是说破产代表可作为法院的替身行事，因为一般要求法院裁决在破产程序的进行过程中产生的纠纷，而且在破产程序的许多阶段通常都要求法院予以核准。即使在破产程序中法院作用较有限的国家，对通常授予破产代表的权限也有限制。破产代表的权力也可能会受到根据破产法赋予债权人的作用的影响。

2. 资格

233.[177] 破产代表可从若干不同的背景甄选，例如实业界、政府专门机构的员工或合格人员（往往是律师、会计师或其他专业人士）组成的私人小组。如果破产法规定指定一名公职人员担任破产代表，则下文讨论的具体资格一般与这种任命并不相关（虽然这些资格可能与政府机构雇用公职人员相关）。

234. [177] 在许多国家中，破产代表必须是自然人，但有些国家的确规定法人也可有任职资格，但须符合某些特定要求，例如代表法人从事工作的个人应具备适当的资格以及法人本身须遵守规章。鉴于许多破产程序的复杂性，破产代表最好懂得法律（不仅是破产法，还应懂得相关的商法和营业法）并有商业和金融事务方面的适当经验。如果某一特定案子需要进一步或更加专业化的知识，则始终可由聘任的专家提供。有些破产法还要求，拟被指定为某一特定案子中的破产代表者应具备适合于该案子的专门知识和技能。

235.[177] 破产代表除应具备必需的知识 and 经验外，最好还应具有某些个人素质，例如廉正、公正和独立于既得利益之外。[第 180 段]以前或目前与债务人之间的一些关系可能会产生利益冲突。在有些国家中，曾是债务人的股东、曾与债务人有商务关系、与债务人的债权人有关系、曾担任过债务人的代表以及与债务人的竞争对手有关系，这些都可能是足以排除一个人被指定为破产代表。在另一些国家中，该人仍可得到任用，条件是利益冲突已予披露。为了提高破产制度的透明度、可预测性和完整性，破产法似宜规定何种程度的关系会产生利益冲突从而需要有望当选的破产代表披露可能导致这种冲突或造成缺乏独立性的情形。一般让法院来决定某一特定案子中是否存在着利益冲突或可显示出缺乏独立性的情由。

236. 对可被指定为破产代表者的资格要求可能会视下列情况的不同而有差异：破产制度对破产代表的作用的设计（包括是清算程序还是重组程序）以及法院对破产代表（和一般破产程序）进行监督的相对程度。这些资格要求也可能视任命程序的不同而有差异（见下文）。

237.[178] 为确保破产代表具备适当的资格采取了不同的做法，包括要求具备某些特定专业资格和审查；在执照制度由政府机构或专业部门负责管理的情况下颁发执照；专业培训班和资格认证考试；要求在金融、商业、会计和法律等相关领域以及在进行破产程序方面具有某种程度的经验（一般列明年数）。那些要求具备某种形式的执照或

专业资格和专业协会会员资格的制度也往往论及监督和纪律问题，破产代表可能须遵守法院、专业协会、法人管理机关或其他机关的规章。其中有些制度比较复杂，超出了指南的范围而无法对其作详细的考虑。

238.[179] 在确定对指定破产代表所要求的资格时，宜平衡兼顾两个方面，一方面是如果要求十分严格，可取得所指定人员高度胜任的结果，但却有可能大大限制被视为具有适当资格的专业人员人数而且增加程序所涉费用；另一方面则是如果要求过低，则无法保证所要求的工作质量。在缺乏具备适当资格的专业人员情况下，在指定和监督方面赋予法院的作用可成为在实现所要求的平衡方面的一个重要因素。

3. 破产代表的甄选和指定

239.[174] 破产法对破产代表的甄选和指定采取若干不同的做法。在某些法域中，破产法规定某一特定公职人员（有官方受托人、破产案官方产业管理人、法定受托人等各种称号）将自动被指定负责处理所有破产案子或某些类型破产案子。在许多法域中，是由法院挑选、指定和监督破产代表的。可由法院从具备适当资格的专业人员名单中斟酌作出挑选，也可从名册中或按轮换制或以其他方式（例如由债权人或债务人推荐）作出挑选。虽然名册制可确保案子得到公平和公正的分配，但这一[176] 制度可能存在着一个缺陷，即可能无法确保指定一名最有资格处理某一案件的人。当然，这可能取决于如何编制人员名册以及破产专业人员如若列入名册而应具备的资格。如果破产财产无资产，这一缺陷或许不会被认为是一个重大问题（见第二部分第二章 B.4(f)节）。

240.[174] 在有些法域中，经法院指示后，由一个负责对所有破产代表进行总的管理的单独办事处或机构挑选破产代表。一些国家采用了这一做法，这种做法可能具有的优点是使得独立指定机构能够利用具有应付特定案件具体情形的专长和知识的专业人员，这类情况包括：债务人企业或其他活动的性质；资产类型；债务人现在或以前经营业务所处的市场；为理解债务人业务而必需的知识；或其他某种特殊情形。利用独立指定机构将取决于是否有一个合适的机关或机构具有履行规定职能所必需的资源 and 基础设施；否则即需要建立一个合适的机关或机构。

241.[174] 另有一种做法允许债权人发挥某种作用，推荐和选择所需指定的破产代表，条件是此人符合处理特定案件工作的资格。依靠独立指定机构和债权人委员会的做法可能有助于防止偏见观念，并减轻法院的监督负担。一种不同的做法是允许债务人在破产程序是由债务人所启动的情形中指定破产代表。这种做法可使债务人和其他当事人（例如债权人）之间在程序启动前进行讨论，以便让预定代表熟悉业务并让债务人挑选其认为最有能力进行重组的破产代表。但有人可能会对该破产代表的独立性感到担心。这可通过允许债权人在适当情形下撤换由债务人指定的破产代表加以解决。

4. 破产代表的职责和职能

242.[173] 破产法经常对破产代表必须在程序中履行的职能作出规定，破产法赋予破产代表履行这些职能所必需的权力这一点非常重要。虽然下文所列的一些方面与清算比与重组可能更为相关，但破产代表的职责和职能一般可包括：

- (一) 直接控制组成破产财产⁵ 的资产及债务人的经营记录；

⁵ 关于指南中“破产财产”一词的使用的定义，请参见第二部分第三章和第一部分的术语汇编。

- (二) 代表破产财产；
- (三) 对破产财产进行总的管理；
- (四) 在进行中的法院、仲裁或管理程序中为破产财产的利益行使权利；
- (五) 采取一切必要步骤保全和维护破产财产中的资产和债务人企业，包括防止擅自处分这些资产以及行使撤销权以追回为挫败债权人而不当处分的资产；
- (六) 登记破产财产的权利（在为保全破产财产权利防止善意购买人不当介入而有必要登记的情况下）；
- (七) 指定会计师、律师和其他必要的专业人员以协助破产代表履行其职能并给予报酬；
- (八) 获得有关债务人、其资产、债务和以前的交易（特别是嫌疑期内发生的交易）的资料，包括审查债务人和与债务人有往来的任何第三人；
- (九) 审查尚未充分履行的合同，以便决定是继续执行还是拒绝执行；
- (十) 处理雇员及其权利和应享待遇，包括养恤金权利；
- (十一) 在清算中出售破产财产中的资产；
- (十二) 核实和承认债权；
- (十三) 定期向法院和债权人提供详细介绍程序进行情况的资料。资料中应包括，例如，在有关期间内已出售的资产的详情、变现价格、出售费用以及法院可能要求的或债权人委员会可能合理要求的资料；收据和实付款；有待管理的资产，以及拟订重组计划；
- (十四) 参加债权人会议；
- (十五) 在重组中以及在将企业作为经营中企业出售的清算中管理企业；
- (十六) 在重组中拟订重组计划或（在拟由破产代表履行重组职能的情况下）拟订一份说明为何不可能进行重组的报告；
- (十七) 监督重组计划的批准，并在需要时监督计划的执行情况；
- (十八) 迅速、有效并根据案件各方当事人的最佳利益关闭破产财产；
- (十九) 向法院或根据需要向债权人提交关于破产财产管理情况的最后报告和清算帐目；
- (二十) 可由债权人委托给破产代表的或由法院判定的任何其他事项。

243. 除这些具体职责和职能外，破产法还经常对破产代表强制规定某些一般性义务。这些义务可包括实现破产财产价值的最大化和保护破产财产的安全，即有责任获得在出售破产财产的资产时可合理获得的最好价格；以及[其他？]

5. 保密

244. 上文指出了规定债务人负有保密义务的必要性。破产法还宜规定破产代表也负有保密的职责，因为将获得的有关债务人事务的许多资料都具有商业敏感性（例如贸易秘密、研究与发展资料以及客户资料），这些资料不应披露给可能会对其作不当利用的第三方当事人。在破产代表有权在审查债务人过程中强迫披露资料和文件的情况下，

遵守保密规定就可能特别重要。其中有些资料可能来自第三方当事人，须受到隐私权保护规定和保密规定（例如那些适用于银行的规定）的保护。最好是仅允许破产代表为了经许可的审查所涉及的破产程序之目的使用那些资料，但法院另有决定的除外。这一点也可适用于在针对债务人的刑事诉讼程序中提供和取得资料的情形。类似的保密义务应适用于破产代表的代理人（见下文）和法院指定的其他当事人。

6. 破产代表的报酬

(a) 数额的确定

245. 除了对破产财产管理过程中发生的适当支出给予补偿外，破产代表还将有权为其提供的服务得到报酬。这种报酬应与破产代表的资格和所要求履行的任务相适应，并在风险与奖励之间取得平衡，以便适当吸引符合资格的专业人员。为这种报酬的计算采取了若干方法。报酬数额可通过下列方法确定：参照政府机构或专业协会制订的经核准的佣金表；由全体债权人、法院或特定案子中的一些其他行政机关或法庭确定；根据破产代表（和有可能进行破产管理方面工作的、从办公室人员到主要任用人员的各类人员）在管理破产财产方面适当花去的时间或者可根据已变现或已分配或两者兼有的破产财产中资产数额的百分比（在程序结束，资产已被出售及价值已经确定时计算出来的）。它可以是一个固定的百分比，并可能包括视特定案子而予以增减的规定。

(一) 按时间计算的方法

246. 按时间计算的方法的一个优点是，往往在一开始时对于某一特定管理工作的复杂性和资源密集性存在着高度不确定性，这种不确定性至少会一直延续到开展了某些初步工作时为止。而其缺点是，按时间计算的方法虽然可能会鼓励进行非常彻底的管理，但也可能会在某些情形下作为一种刺激因素发生作用，导致尽量增加花在管理上的时间，而不一定能使破产财产获得相称的价值回报。

(二) 按手续费计算的方法

247. 至少从债权人的角度看，手续费方法的一个优点是，所收回的资产中至少有一些（即使不是大部分）将会分配给他们。但从破产代表的观点看，这可能是一种没有确定性的计算方法，因为管理工作所涉的工作量不一定与可供分配的资产的价值相称。这种方法还可能会鼓励采取一种“以最小成本取得最大回报”办法，而对履行与增加债权人的回报无直接关系的职能几乎没有什么刺激作用，这些职能包括负有向法院和债权人报告的义务以及协助监管机构调查债务人事务和可能的不当行为。

(三) 债权人的介入

248. 在有些国家，可能要求全体债权人（或作为其代表的债权人委员会）在确定或批准报酬数额方面发挥作用，其中要求考虑到案件的复杂性、破产代表的职责的性质和程度及其履行效果以及破产财产中资产的价值和性质。债权人的介入可有助于克服上文讨论过的一些困难，因为债权人对所涉及的问题有更多的了解并有机会参与确定和批准佣金。还可在程序进行过程中对佣金进行定期审查，以便或许通过仲裁或破产代表与债权人之间的一些其他纠纷解决形式处理和解决所产生的任何问题。

249. 破产法最好能为确定破产代表的报酬数额建立一个机制，该机制应明确、透明，

以避免产生纠纷，并应对破产程序的费用提供某种程度的确定性。无论以何方法计算破产代表的报酬，破产法都应确认优先支付破产代表的报酬的重要性。

(b) 支付方式

250. 支付破产代表的报酬经常引起无担保债权人的报怨，因为最常见的可用资金来源往往是无担保资产，并且可能往往毫无所剩而使这些债权人毫无所得。虽然仅仅因为管理费用超出了可用于支付这项费用的无担保资产就下结论说管理费用过高，这是不公平的，但无担保债权人看到大部分（即使不是全部）资产被用于支付管理费用这一情况，以及认为管理费用总额与收回的资产价值相比不公平这种看法，的确表明有必要对这一问题加以认真考虑。可对破产代表的报酬支付问题采取不同的做法。例如，在破产财产含有无担保资产情况下，可从这些财产中支付报酬；对资产收取附加费，以用于支付在为了债权人的利益而管理的情况下管理或出售这些资产所需的费用；还可对债权人提出非自愿申请收取附加费，以用于至少支付起始费用和履行基本职能所需的费用（见第二部分第二章 B.5 节）。

(c) 对报酬的审查

251. 视破产代表的报酬的确定方式而定，似宜规定一个审查程序，以解决破产代表本身的不满或债权人的不满。在报酬是由债权人会议所确定的情况下，法院将一般有权在由破产代表或由一定比例或人数的债权人（例如，占发行股本的 10%或占债务总额的至少 10%或 25%的债权人）提出申请后，审查报酬数额。如果报酬一开始就是由法院确定的，破产代表则可能有权也可能无权对该决定提出申诉；有些破产法规定债务人不能申请审查。如果要求破产代表须是某一专业组织成员或须持有执照，该有关专业组织或执照颁发部门也可有权审查其成员收取的佣金并可提供非正式纠纷解决机制。

7. 注意的责任[赔偿责任]

252.[181] 破产代表采用的注意的标准及其个人赔偿责任对于破产程序的进行具有重要意义。确定破产代表履行其职责和职能所需的注意、审慎和技能的衡量尺度需要一项标准，其中将考虑到破产代表在履行职责时遇到的困难处境，并使该项标准在适当的报酬水平与希望吸引具备资格的人员担任此职之间保持平衡。破产代表的赔偿责任可能常常涉及破产法以外法律的适用问题。

253.[182] 破产法在确定该衡量尺度方面可采取不同的做法，尽管采用哪种衡量尺度将取决于指定破产代表的方式和指定的性质（例如，是私人从业人员还是政府雇员）。一种做法可以是要求破产代表遵守对债务人在非破产状态下正常经营业务活动时所预期适用的同样的严格标准，即在这种情形下审慎行事者所适用的标准。然而，有些国家可能要求在这类情形下采用更高的审慎行事标准，这是因为破产代表所处理的是属于另一个人的资产，而不是自己的资产。另一种做法是立足于期望破产代表将为正当目的而本着诚信行事。再一种做法可以是依据过失情况下所需注意程度的标准。在确定适用标准时，似宜平衡兼顾两种标准，一种标准将是确保破产代表有能力履行职责，另一种则是过于严格从而引发针对破产代表的法律诉讼并造成其服务费用的增加。如果破产代表是某个专业组织的成员，可适用该组织的专业人员标准。

254.[183] 解决损害赔偿 responsibility 问题的一种方式可以是要求破产代表设置一项保证金用于补偿破产财产中资产的损失以及对可能因其渎职而须支付的赔偿金提供保险。一些破产法要求即设置保证金又提供保险，其他一些破产法则仅要求提供保险。在某些情况下，所要求的保证金数额与资产的帐面价值相关，在其他情况下，相关的专业协会或监管机关的规则中对所要求的保证金价值和保险承保金额都作了规定。然而，并非所有国家都采用这些办法。在拟订这个问题的解决办法时，似宜平衡兼顾控制服务的费用和在参与者中间分摊破产程序所涉的风险，而不是根据所设置的个人赔偿保险由破产代表承担所有风险。

8. 破产代表的代理人

255.[185] 有些破产法要求，需经法院核准，破产代表才能保留会计师、律师、评估师和可能需要的其他专业人员以协助破产代表履行其职责。有些法律则不要求法院核准。破产法宜制定根据专业人员的经验、知识和声誉以及根据专业人员服务需对破产财产有益而雇用这类专业人员的某种标准。关于这些专业人员的报酬，有些法律要求向法院申请并经其批准，而另一种做法则可以要求获得债权人集体的批准。专业人员的报酬可以在实施程序期间定期支付，也可以要求等到程序结束后再付。适用于破产代表的披露利益冲突要求也可适用于破产代表雇用的专业人员。保密义务也是相关的。

256.[184] 在由于破产代表的代理人和员工的行为而使破产财产受到损失时，破产法可能需要涉及破产代表对这些行为的赔偿责任问题。有些破产法规定破产代表不负个人责任，除非他对履行职责未进行适当程度的监督。

257. 可对破产代表雇用的专业人员的报酬支付采取不同的做法。根据有些破产法的规定，将由破产代表支付该专业人员的报酬，然后寻求从破产财产得到补偿。有些破产法则规定，该专业人员对破产财产拥有行政管理债权。

9. 破产代表的解职

258.[186] 有些破产法允许在某些情况下解除破产代表的职务，其中可以包括破产代表违反或未能履行破产法中规定的法定职责、表现出严重缺乏能力或严重失职、未披露利益冲突、从事了非法行为，或不太严重的理由，例如破产程序要求的某一特定的或不同的能力现任代表并不具备。不同的做法规定，解职可依据法院自行作出的决定或应有关当事方要求作出的决定，或依据适当多数的无担保债权人作出的决定进行。在破产代表须受专业或监管机构监督的情况下，可在调查和审查之后将其解职，并还可撤销其执照或其他授权。

10. 破产代表的替换

259.[186] 在破产代表辞职或解职的情况下，或发生了例如死亡或严重疾病等可能造成破产代表无法履行其职责的任何其他事件的情况下，则可以通过规定由法院或债权人指定一位继任破产代表来避免因未作出继任规定而可能造成的程序的中断和拖延。如果破产法对破产代表的替换作出了规定，则还可能需要涉及与破产财产中资产的（酌情而定）所有权或支配权的替代和继承有关的问题（见第二部分第三章 A 节）以及将帐簿、记录和与债务人有关的其他资料交给继任人的问题。破产法可能还需要考虑已被替换的破产代表在进行破产程序时实施的行为的有效性问题的。

建议

立法条文的目的

关于破产代表的条文的目的:

- (a) 规定任命为破产代表所需的资格;
- (b) 建立指定破产代表的机制;
- (c) 界定破产代表的权力和职能;
- (d) 规定破产代表的报酬、赔偿责任、解职和替换。

立法条文的内容

资格

(96)[(75)] 破产法可规定被指定担任破产代表所需的资格和个人素质。相关标准包括破产代表应是独立的、公正的、具备相关商法的必要知识和商业及经营事项方面的经验。

指定

(97)[(76)] 破产法应确定在程序启动时指定破产代表的机制。可采取各种办法,其中包括由法院指定;由独立的任命机构指定;根据债权人或债权人委员会的建议指定;由债务人指定;或在破产代表是政府或行政机构或官员的情况下通过法律的运用来指定。

(98) 破产法如果规定应指定一名破产代表来管理无资产的破产财产,则还应为该破产代表的指定和报酬确定一个机制。该机制可包括指定某一政府官员或参照名册制度指定以及由国家或[……]给予报酬。

利益冲突

(99)[(77)] 破产法应要求拟指定为破产代表的人员披露可能引发利益冲突或造成缺乏[置身于其他利益之外的]独立性的情形。破产法还应要求由破产代表雇用的人员披露可能引发利益冲突或造成缺乏[置身于其他利益之外的]独立性的情形。

权力和职能破产代表的职责和职能

(100)[(78)] 破产法应规定破产代表负有实现破产财产价值的最大化及保护破产财产安全的一般义务。破产法应明确指明规定破产代表的权力具体职责和职能,其中应包括:

- (a) 控制组成破产财产的资产和债务人的经营记录,包括由第三方当事人持有的债务人经营记录;
- (b) 对破产财产进行一般管理;
- (c) 控制资产的收集、出售和分配;
- (d) 获得有关债务人及其资产、债务、以往交易(特别是在嫌疑期内发生的交易)的资料,包括(根据誓言或某种同等程序)对债务人进行审查;

- (e) 确保债务人遵守其义务；
- (f) 协助债务人编制债权人及其债权的名录，并确保随着债权得到承认对该名录进行修订和修正；
- (g) 行使撤销权；
- (h) 在适用中止和暂停的进行中法院、仲裁或管理程序中为破产财产行使权利；
- (i) 核实和承认债权；
- (j) 管理重组中的企业以及在企业拟被作为经营中企业出售的情况下进行清算的企业；
- (k) 定期向债权人和法院提供关于程序进行情况的资料和报告；
- (l) 指定协助破产代表工作的专业人士并发给报酬；
- (m) 在重组中，拟订（或合作拟订）重组计划或说明为何不可能进行重组的报告（如果这属于破产代表的职能的话）；
- (n) 由法院确定的或由债权人或债权人委员会委托破产代表处理的其他事项。

赔偿责任

(101)[(79)] 破产法应论及各种后果，包括因破产代表未能履行[建议(99)和(100)中规定的]其职责权力和职能或履行其职责权力和职能而可能负有的或从中产生的个人赔偿责任。⁶破产代表的赔偿责任问题也可能涉及破产法以外法律的适用问题。

解职和替换

(102)[(80)] 破产法应规定可解除破产代表职务的理由和解职的程序。解职的理由可包括：

- (a) 不胜任、失职、没有履行其权力和职能或在履行其权力和职能时未能表现出适当程度的注意；
- (b) 缺乏特定案件所要求的特殊或专门能力；
- (c) 从事非法行为或活动；或
- (d) 产生利益冲突或显示缺乏独立性的情况证明理应解职。

(103)[(81)] 破产代表的解职程序将反映出破产代表的指定方式，但可包括法院根据债权人或债权人委员会的申请作出的解职；法院根据自己的动议作出的解职；由曾指定该破产代表的债权人作出的解职；以及[……]。

(104)[(82)] 在破产代表死亡、辞职、无法履行职责或被解职的情况下，破产法应规定指定一名继任人。

⁶ 在工作组第二十六届会议上（2002年5月），有些与会者表示支持更详细地载列由建议(99)和(100)中所述各项职能引起的赔偿责任。工作组似宜进一步审议这一问题，并就建议(101)应包括哪些内容提出具体意见。

报酬

(105)[(83)] 破产法应规定付给破产代表的报酬，规定确定这种报酬的机制，以及确定支付该报酬的优先权。

司法审查

~~(84) [关于审查破产代表就例如合同的处理、撤销权诉讼、债权的承认等采取的决定的一般规定，请参见脚注 14]~~