



## 联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第三十届会议

2004年3月29日至4月2日，纽约

## 破产法立法指南草案

## 目录

|                           | 段次      | 页次 |
|---------------------------|---------|----|
| 第二部分                      |         |    |
| 高效率 and 有效的破产制度的核心条文..... | 80-669  | 39 |
| 一. 申请和启动.....             | 82-152  | 39 |
| A. 资格和管辖权.....            | 82-99   | 39 |
| 1. 资格： 破产法涉及的债务人.....     | 82-91   | 39 |
| (a) 从事商业活动的个人.....        | 84-87   | 40 |
| (b) 国有企业.....             | 88-90   | 41 |
| (c) 需作特别处理的债务人.....       | 91      | 41 |
| 2. 管辖权.....               | 92-99   | 41 |
| (a) 主要利益中心.....           | 93-94   | 42 |
| (b) 营业所.....              | 95-96   | 42 |
| (c) 资产所在地.....            | 97-98   | 43 |
| (d) 主管法院.....             | 99      | 43 |
| 建议(1)-(6).....            |         | 43 |
| B. 启动程序.....              | 100-152 | 45 |
| 1. 导言.....                | 100-102 | 45 |



|     |                        |         |    |
|-----|------------------------|---------|----|
| 2.  | 启动标准.....              | 103-111 | 45 |
| (a) | 清偿力、现金流量或全面停止付款标准..... | 103-104 | 45 |
| (b) | 资产负债表标准.....           | 105-106 | 46 |
| (c) | 设计启动标准.....            | 107-111 | 47 |
| 3.  | 清算.....                | 112-122 | 48 |
| (a) | 可提出申请的当事人.....         | 112     | 48 |
| (b) | 债务人提出申请.....           | 113-115 | 48 |
| (c) | 债权人申请.....             | 116-119 | 49 |
| (d) | 政府机构提出申请.....          | 120-122 | 50 |
| 4.  | 重组.....                | 123-131 | 51 |
| (a) | 可以提出申请的当事方.....        | 123     | 51 |
| (b) | 债务人申请.....             | 124-125 | 51 |
| (c) | 债权人申请.....             | 126-131 | 51 |
| 5.  | 程序性问题.....             | 132-146 | 53 |
| (a) | 提出启动申请.....            | 132     | 53 |
| (b) | 启动破产程序的决定.....         | 133-135 | 53 |
| (c) | 给作出启动决定规定时限.....       | 136-137 | 54 |
| (d) | 驳回启动申请.....            | 138-140 | 54 |
| (e) | 申请和启动通知.....           | 141-146 | 55 |
| 6.  | 无足够资产的债务人.....         | 147-149 | 57 |
| 7.  | 破产程序的费用.....           | 150-151 | 57 |
| 8.  | 启动后撤销程序.....           | 152     | 58 |
|     | 建议(7)-(23).....        |         | 58 |
| 二.  | 破产程序启动时的资产处理.....      | 153-360 | 62 |
| A.  | 构成破产财产的资产.....         | 153-175 | 62 |
| 1.  | 导言.....                | 153-155 | 62 |
| 2.  | 纳入破产财产中的资产.....        | 156-168 | 62 |
| (a) | 破产财产的一般定义.....         | 156-158 | 62 |
| (b) | 设押资产.....              | 159-161 | 63 |
| (c) | 第三方拥有的资产.....          | 162-164 | 64 |
| (d) | 外国资产.....              | 165-166 | 64 |
| (e) | 收回的资产.....             | 167-168 | 65 |

|     |                       |         |    |
|-----|-----------------------|---------|----|
| 3.  | 被排除在破产财产范围之外的资产 ..... | 169-172 | 65 |
| (a) | 一般性排除 .....           | 169     | 65 |
| (b) | 债务人系自然人的情形 .....      | 170-172 | 66 |
| 4.  | 破产财产的构成时间和资产的收回 ..... | 173-175 | 66 |
|     | 建议(24)-(26) .....     |         | 67 |
| B.  | 保护和保全破产财产 .....       | 176-219 | 68 |
| 1.  | 导言 .....              | 176     | 68 |
| 2.  | 通过适用中止来保护破产财产 .....   | 177-180 | 68 |
| 3.  | 中止的适用范围 .....         | 181-189 | 69 |
| (a) | 适用中止的诉讼 .....         | 181-183 | 69 |
| (b) | 不适用中止的除外情形 .....      | 184     | 70 |
| (c) | 有担保债权人 .....          | 185-189 | 70 |
| 4.  | 中止的酌情适用或自动适用 .....    | 190     | 72 |
| 5.  | 中止的适用时间 .....         | 191-200 | 72 |
| (a) | 具体规定中止生效的准确时间 .....   | 192     | 72 |
| (b) | 从提出启动申请之时起适用 .....    | 193     | 72 |
| (c) | 从启动之时起适用 .....        | 194-200 | 73 |
| 6.  | 中止的适用期限 .....         | 201-204 | 75 |
| (a) | 无担保债权人 .....          | 201     | 75 |
| (b) | 有担保债权人 .....          | 203-204 | 75 |
| 7.  | 中止期限的延长 .....         | 205     | 76 |
| 8.  | 对有担保债权人的保护 .....      | 206-215 | 76 |
| (a) | 中止的解除 .....           | 207-209 | 76 |
| (b) | 对价值的保护 .....          | 210-215 | 77 |
| 9.  | 对债务人处分资产的限制 .....     | 216-219 | 78 |
|     | 建议(27)-(39) .....     |         | 79 |
| C.  | 资产的使用和处分 .....        | 220-239 | 83 |
| 1.  | 导言 .....              | 220     | 83 |
| 2.  | 破产财产中的资产 .....        | 221-235 | 84 |
| (a) | 正常经营过程 .....          | 221-224 | 84 |
| (b) | 出售的方法 .....           | 225-228 | 84 |
| (c) | 设押资产的使用或处分 .....      | 229-230 | 85 |

|                                   |         |     |
|-----------------------------------|---------|-----|
| (d) 破产代表在不牵带任何权益的情况下出售资产的能力 ..... | 231-232 | 86  |
| (e) 共有资产 .....                    | 233     | 86  |
| (f) 累赘资产、无价值资产和难以变现的资产 .....      | 234     | 86  |
| (g) 应收款 .....                     | 235     | 87  |
| 3. 第三方拥有的资产 .....                 | 236-237 | 87  |
| 4. 对现金收益的处理 .....                 | 238-239 | 88  |
| 建议(40)-(48) .....                 |         | 88  |
| D. 启动后融资 .....                    | 240-253 | 89  |
| 1. 启动后融资的必要性 .....                | 240-244 | 89  |
| 2. 启动后融资的来源 .....                 | 245     | 91  |
| 3. 吸引启动后融资—提供担保或优先权 .....         | 246-250 | 91  |
| (a) 提供担保 .....                    | 247     | 91  |
| (b) 确立优先权 .....                   | 248-250 | 91  |
| 4. 启动后融资的批准 .....                 | 251-252 | 92  |
| 5. 转换程序的影响 .....                  | 253     | 92  |
| 建议(49)-(54) .....                 |         | 93  |
| E. 合同的处理 .....                    | 254-294 | 94  |
| 1. 导言 .....                       | 254-259 | 94  |
| 2. 自动终止条款 .....                   | 260-265 | 96  |
| 3. 合同的延续或否决 .....                 | 266-283 | 97  |
| (a) 延续或否决合同的程序 .....              | 266-273 | 97  |
| (b) 延续和否决的时间与通知 .....             | 274-275 | 99  |
| (c) 在债务人违约的情况下延续合同 .....          | 276     | 99  |
| (d) 延续或否决对对方的影响 .....             | 277-282 | 99  |
| (e) 对延续合同的修改 .....                | 283     | 101 |
| 4. 土地和房屋的租赁 .....                 | 284-285 | 101 |
| 5. 转让 .....                       | 286-289 | 101 |
| 6. 合同延续权、否决权和转让权的一般例外 .....       | 290-293 | 102 |
| (a) 劳工合同 .....                    | 291     | 102 |
| (b) 关于不可替代的个人服务的合同 .....          | 292-293 | 103 |
| 7. 程序启动后订立的合同 .....               | 294     | 103 |
| 建议(55)-(72) .....                 |         | 103 |

|    |                            |         |     |
|----|----------------------------|---------|-----|
| F. | 撤销程序 .....                 | 295-348 | 106 |
| 1. | 导言 .....                   | 295-302 | 106 |
| 2. | 撤销标准 .....                 | 303-313 | 107 |
|    | (a) 客观标准 .....             | 304     | 107 |
|    | (b) 主观标准 .....             | 305     | 108 |
|    | (c) 综合各种要素 .....           | 306-307 | 108 |
|    | (d) 正常经营过程 .....           | 308-312 | 108 |
|    | (e) 抗辩 .....               | 313     | 109 |
| 3. | 可撤销的交易类型 .....             | 314-328 | 109 |
|    | (a) 旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易 ..... | 316-317 | 110 |
|    | (b) 压价贱卖的交易 .....          | 318-320 | 111 |
|    | (c) 特惠交易 .....             | 321-323 | 111 |
|    | (d) 担保权益 .....             | 324-325 | 112 |
|    | (e) 与相关人进行的交易 .....        | 326-328 | 113 |
| 4. | 免予撤销诉讼的交易 .....            | 329     | 113 |
| 5. | 撤销的效力—无效或可撤销的交易 .....      | 330-331 | 114 |
| 6. | 确定嫌疑期 .....                | 332-335 | 114 |
| 7. | 撤销程序的进行 .....              | 336-346 | 115 |
|    | (a) 可启动程序的当事人 .....        | 336-339 | 115 |
|    | (b) 撤销程序的费用 .....          | 340     | 116 |
|    | (c) 启动的时限 .....            | 341     | 116 |
|    | (d) 满足撤销标准 .....           | 342-346 | 116 |
| 8. | 交易撤销后对方的责任 .....           | 347     | 117 |
| 9. | 重组转换为清算 .....              | 348     | 117 |
|    | 建议(73)-(84) .....          |         | 118 |
| G. | 抵消权 .....                  | 349-352 | 120 |
|    | 建议(85) .....               |         | 121 |
| H. | 金融合同与净额结算 .....            | 353-360 | 121 |
|    | 建议(86)-(92) .....          |         | 122 |
| 三. | 参与者 .....                  | 361-480 | 124 |
| A. | 债务人 .....                  | 361-393 | 124 |
|    | 1. 导言 .....                | 361     | 124 |

|     |                         |         |     |
|-----|-------------------------|---------|-----|
| 2.  | 债务人企业的继续经营和债务人的作用 ..... | 362-377 | 124 |
| (a) | 清算 .....                | 362-363 | 124 |
| (b) | 重组 .....                | 364-377 | 125 |
| 3.  | 债务人的权利 .....            | 378-380 | 128 |
| 4.  | 债务人的义务 .....            | 381-392 | 128 |
| (a) | 合作与协助 .....             | 382     | 129 |
| (b) | 信息的提供 .....             | 383-386 | 129 |
| (c) | 保密性 .....               | 387     | 130 |
| (d) | 附属义务 .....              | 388     | 130 |
| (e) | 雇用专业人员协助债务人 .....       | 390     | 130 |
| (f) | 不遵守义务 .....             | 391-392 | 131 |
| 5.  | 债务人的赔偿责任 .....          | 393     | 131 |
|     | 建议(93)-(98) .....       |         | 131 |
| B.  | 破产代表 .....              | 394-433 | 133 |
| 1.  | 导言 .....                | 394     | 133 |
| 2.  | 资格 .....                | 395-402 | 134 |
| (a) | 临时破产代表 .....            | 397     | 134 |
| (b) | 知识和经验 .....             | 398     | 134 |
| (c) | 确保适当的资格 .....           | 399     | 134 |
| (d) | 个人素质 .....              | 400     | 135 |
| (e) | 利益冲突 .....              | 401-402 | 135 |
| 3.  | 破产代表的甄选和指定 .....        | 403-406 | 135 |
| (a) | 由法院甄选和指定 .....          | 404     | 136 |
| (b) | 独立的指定机构 .....           | 405     | 136 |
| (c) | 债权人的作用 .....            | 406     | 136 |
| 4.  | 对破产代表的监督 .....          | 407     | 136 |
| 5.  | 破产代表的职责和职能 .....        | 408     | 137 |
| 6.  | 保密 .....                | 411     | 138 |
| 7.  | 破产代表的报酬 .....           | 412-418 | 138 |
| (a) | 数额的确定 .....             | 412-416 | 138 |
| (b) | 支付方式 .....              | 417     | 140 |
| (c) | 对报酬的审查 .....            | 418     | 140 |

|                          |         |     |
|--------------------------|---------|-----|
| 8. 破产代表的赔偿责任.....        | 419-424 | 140 |
| 9. 破产代表的代理人 and 雇员.....  | 425-427 | 141 |
| (a) 对作为或不作为的责任 .....     | 426     | 142 |
| (b) 报酬.....              | 427     | 142 |
| 10. 对破产代表管理工作的审查 .....   | 428-431 | 142 |
| 11. 破产代表的解职.....         | 432     | 143 |
| 12. 破产代表的替换.....         | 433     | 143 |
| 建议(99)-(109).....        |         | 143 |
| C. 债权人—参与破产程序.....       | 434-475 | 145 |
| 1. 引言 .....              | 434     | 145 |
| 2. 债权人介入决策过程的程度 .....    | 436-444 | 146 |
| (a) 参与程度.....            | 436-437 | 146 |
| (b) 参与清算和重组 .....        | 438     | 146 |
| (c) 促进参与的机制 .....        | 439-441 | 147 |
| (d) 鼓励债权人参与 .....        | 442     | 147 |
| (e) 掌握情况和获得通知的必要性 .....  | 443     | 148 |
| (f) 有担保债权人.....          | 444     | 148 |
| 3. 应由债权人履行的职能.....       | 445-450 | 148 |
| 4. 债权人会议.....            | 451-454 | 149 |
| 5. 债权人委员会.....           | 455-470 | 150 |
| (a) 可以被指定参加委员会的债权人 ..... | 457-462 | 150 |
| (b) 债权人委员会的成立 .....      | 463-465 | 151 |
| (c) 债权人委员会的职能 .....      | 466-468 | 152 |
| (d) 债权人委员会的赔偿责任 .....    | 469     | 153 |
| (e) 委员会成员的撤换和更替 .....    | 470     | 153 |
| 6. 需由债权人表决的事项.....       | 471-474 | 153 |
| 7. 保密 .....              | 475     | 154 |
| 建议(110)-(120).....       |         | 154 |
| D. 利益方的申述权和上诉权.....      | 476-480 | 156 |
| 1. 申述权.....              | 476     | 156 |
| 2. 审查程序.....             | 477-479 | 157 |
| 3. 上诉权.....              | 480     | 157 |

|                            |             |
|----------------------------|-------------|
| 建议(121)-(122) .....        | 157         |
| 四. 重组 .....                | 481-565 158 |
| A. 重组计划 .....              | 481-550 158 |
| 1. 导言 .....                | 481-482 158 |
| 2. 计划的性质或形式 .....          | 483-485 158 |
| 3. 重组计划的提出 .....           | 486-496 159 |
| (a) 提出计划的时机 .....          | 487 159     |
| (b) 经允许可提出计划的当事人 .....     | 488-494 160 |
| (c) 提出计划的时限 .....          | 495-496 161 |
| 4. 计划 .....                | 497-505 162 |
| (a) 计划的内容 .....            | 498-502 162 |
| (b) 计划应附带提供的信息 .....       | 503-505 163 |
| 5. 计划的批准 .....             | 506-529 164 |
| (a) 批准程序 .....             | 509-511 165 |
| (b) 有担保债权人和优先债权人批准计划 ..... | 512-517 166 |
| (c) 普通无担保债权人批准计划 .....     | 518-521 167 |
| (d) 股东批准计划 .....           | 522-523 168 |
| (e) 相关人 .....              | 524 168     |
| (f) 对批准计划的要求 .....         | 525-529 168 |
| 6. 提出的计划未能获得批准 .....       | 530-531 170 |
| (a) 对提出的计划进行修改 .....       | 530 170     |
| (b) 计划未获批准 .....           | 531 170     |
| 7. 约束持异议类别的债权人 .....       | 532 170     |
| 8. 法院确认计划 .....            | 533-539 171 |
| (a) 对批准计划提出质疑 .....        | 534-536 171 |
| (b) 必要的法院确认步骤 .....        | 537-539 171 |
| 9. 经批准[和确认]的计划的效力 .....    | 540 172     |
| 10. 在法院确认后对计划提出质疑 .....    | 541 173     |
| 11. 债权人批准后修改计划 .....       | 542-544 173 |
| 12. 计划的执行 .....            | 545 174     |
| 13. 计划执行失败 .....           | 546-547 174 |
| 14. 改为清算 .....             | 548-550 174 |

|                          |             |
|--------------------------|-------------|
| 建议(123)-(145).....       | 175         |
| B. 快速重组程序.....           | 551-565 180 |
| 1.  引言.....              | 551-553 180 |
| 2.  自愿重整谈判通常涉及的债权人.....  | 554-555 181 |
| 3.  自愿重组协议的实施程序.....     | 556-565 181 |
| (a) 符合条件的债务人.....        | 557-558 181 |
| (b) 受影响的债务.....          | 559 182     |
| (c) 破产法的适用.....          | 560-562 182 |
| (d) 程序的加快.....           | 563-565 183 |
| 建议(146)-(153).....       | 183         |
| 五. 破产程序的管理.....          | 566-652 186 |
| A. 债权人债权的处理.....         | 566-612 186 |
| 1.  引言.....              | 566 186     |
| 2.  债权人债权的提出.....        | 567-589 187 |
| (a) 按规定可能需要提出债权的债权人..... | 567-570 187 |
| (b) 对可提出的债权的限制.....      | 571-576 187 |
| (c) 提出债权的程序.....         | 577-585 189 |
| (d) 未提出债权.....           | 586-589 191 |
| 3.  对债权的核实和承认.....       | 590-611 192 |
| (a) 已提出的债权清单.....        | 590 192     |
| (b) 核实和承认的程序.....        | 591-602 192 |
| (c) 有争议的债权.....          | 603-604 195 |
| (d) 承认债权后的效力.....        | 605 195     |
| (e) 相互债权的抵销.....         | 606 195     |
| (f) 需予特别处理的债权.....       | 607-611 196 |
| 4.  未获承认的债权.....         | 612 197     |
| 建议(154)-(169).....       | 197         |
| B. 优先顺序和[清算收益的]分配.....   | 613-642 200 |
| 1.  优先顺序.....            | 613-640 200 |
| (a)  引言.....             | 613-616 200 |
| (b)  债权的排序退后.....        | 617-623 201 |
| (c)  债权的排序.....          | 624-640 202 |

|                     |         |     |
|---------------------|---------|-----|
| 2. 分配.....          | 641-642 | 206 |
| (a) 清算.....         | 641     | 206 |
| (b) 重组.....         | 642     | 206 |
| 建议(170)-(178).....  |         | 206 |
| C. 破产中对公司集团的处理..... | 643-652 | 208 |
| 1. 导言.....          | 643-645 | 208 |
| 2. 集团对外部债务的责任.....  | 646-651 | 209 |
| 3. 集团内债务.....       | 652     | 210 |
| D. 破产程序的适用法律.....   |         | 210 |
| 建议(179)-(183).....  |         | 210 |
| 六. 程序的终结.....       | 653-669 | 212 |
| A. 债务和债权的解除.....    | 653-666 | 212 |
| 1. 清算中债务人债务的解除..... | 653-664 | 212 |
| 2. 重组中解除债务和债权.....  | 665-666 | 214 |
| 建议(184)-(185).....  |         | 214 |
| B. 程序的终结.....       | 667-669 | 215 |
| 1. 清算.....          | 668     | 215 |
| 2. 重组.....          | 669     | 215 |
| 建议(186)-(187).....  |         | 216 |

## 第二部分

### 高效率和有效的破产制度的核心条文

80. 本指南第二部分的重点是破产法的内容和被看作是根据高效率和有效的法律进行的破产程序所必需的核心要素。本指南将尽可能按照程序的先后顺序论述这些核心要素。

81. 第一章分析了申请和启动标准。第二章论述了启动破产程序对债务人及其资产的效力，其中包括破产财产的构成、破产财产的保护和保存、资产的使用和处分、启动后的融资、合同的处理、撤销权规定的行使、抵销权以及金融合同和净额结算。第三章审查了债务人和破产代表在破产程序中的作用及其各自的职责，以及便利债权人参与的机制。虽然与重组有关的问题在整个指南中都作了论述，但第四章尤其审查了与重组计划和快速重组程序有关的问题。第五章论述了不同类型的债权及其处理方式，以及分配的优先次序的确定。第六章涉及与破产程序的解决有关的问题，其中包括解除和终结。[第七章阐述了《贸易法委员会跨国界破产示范法》及其《颁布指南》。]

#### 一. 申请和启动

##### A. 资格和管辖权

##### 1. 资格：破产法涉及的债务人

82. 以从事商业活动（无论是否为赢利目的）的债务人为重点的破产法，其设计上一个重要的分界问题是确定并明确界定受该法约束的债务人。如果有任何债务人被排除在该法之外，那么其将不享有该法提供的保护，也不会受该法的约束。这就说明必须对破产法的设计采取包括一切的办法，仅规定有限的例外。破产法资格条款的设计提出了两个基本的问题。其一，该法是否应当区分自然人债务人与作为某种有限责任公司或公司或其他法人形式的债务人，这其中每一项都不仅会提出不同的政策考虑，而且还会提出不同的社会和其他观念方面的考虑。其二，应当被排除在该法适用范围之外的任何可能的债务人类型（无论债务人是法人还是自然人）。

83. 各国均采取不同的办法界定其破产法的适用范围。一些破产法适用于所有债务人，但规定某些具体列明的例外，如下文所讨论的例外。有些国家则区分自然人债务人和法人债务人，并对每类债务人规定不同的破产法。另一种办法根据参与商业（或消费者）活动的情况区分法人和自然人。其中一些法律涉及被定义为参与商业活动作为正常职业的“商人”的破产，或根据商法组建的公司和一般从事商业活动的其他实体的破产。一些国家的法律还包括根据负债水平的不同而规定的不同程序，许多国家还针对不同的经济部门，尤其是针对农业部门，制定了专门的破产制度。

**(a) 从事商业活动的个人**

84. 适用于个人或私人债务和破产的政策常常表明与商业债务人无关的文化观念，其中有可能包括对以下方面的观念：发生私人债务；对无法处理的债务是否可以获得救济；破产对个人地位的社会影响；就个人债务提供咨询和教育协助的必要性；通过解除债权债务为债务人提供一个新的开端。相比较而言，适用于商业领域破产的政策一般限于经济和商业的考虑，如企业在经济中发挥的重要作用；保护和鼓励商业和企业活动的必要性；以及鼓励提供信贷和保护债权人的必要性。

85. 参加商业活动的自然人（包括例如个人合伙和独资经营者）的权益至少在其负债的某些方面不同于消费者债务人的权益，但就判定如何在破产中加以处理而言，常常难以将个人的私人负债与其商业负债区分开来。可以制定不同的检验标准来便利这种判断，例如可以重点强调所开展的活动的性质、债务水平和债务与商业活动之间的联系。参加商业活动的标志可以包括：企业是否被登记为贸易或其他商业企业；企业是否为商法上某一类型的法人；其日常活动的性质；以及关于营业额以及资产和负债的信息。

86. 许多国家将参加商业活动的自然人债务人包括在商业破产法的范围之内。有些国家的经验则表明，虽然自然人从事的商业活动也是商业活动的一部分，但这种情况常常在自然人破产制度中得到了最好的处理，因为私人企业的所有者最终将通过一种不享有任何责任限制的结构从事其活动，从而使他们对企业的债务承担无限的个人责任。这种情况还提出了非常棘手的解除问题（在程序终结后解除债务人对某些债务的部分或全部责任——见第六章），其中包括债务人可以得到解除之前所需的时间以及可以解除或免于解除的债务。不能解除的债务常常涉及到私人事项，如离婚程序中的清偿款项或儿童抚养费。另外一个考虑是，把自然人包括在商业破产制度中可能在一些国家出现一种可能性，即不管私人破产商业性质如何，由于对此的社会观念，这有可能成为抑制人们利用商业破产制度的因素。可取的做法是，在设计一项有关商业破产的法律时考虑到这些担忧，同时考虑到特定国家一般从事商业活动的方式、是否存在有关自然人的破产法以及其效力。例如，在许多国家，几乎完全是个人在从事商业活动，把个人排除在破产法之外将极大地限制破产法的适用范围和效力。在另外一些国家，从事商业活动的自然人的破产问题由个人破产法专门处理，自然人被排除在商业破产制度之外。

87. 本指南重点讨论法人和自然人从事商业活动<sup>1</sup>的问题，而不论进行这些活动所采取的法律结构如何，也不论是否以赢利为目的进行这些活动。<sup>2</sup> 指南确定了在破产法包括自然人债务人的情况下需要作出额外或不同规定的问题。

<sup>1</sup> 本指南并不打算对“商业活动”一词作出定义。然而，在需要定义时，贸易法委员会采用这一措辞的其他文本采用了广义的解释，以涵盖由于所有商业性质的关系所引起的各种事项，而不论这种关系是否为契约关系。商业性质的关系包括但不限于以下交易：供应或交换货物或服务的任何商业交易；分销协议；商业代表或代理；代理融通；租赁；工程建设；咨询；工程；许可业务；投资；融资业务；银行业务；保险；开发协议或特许；合营企业和其他形式的工业或商业合作；航空、航海、铁路或公路客货运输。

**(b) 国有企业**

88. 破产法可以适用于所有各类从事商业活动的债务人，无论是私有企业还是国有企业债务人，尤其是以独立的商业或企业身份在市场上竞争并且与私有企业享有同样商业和经济利益的国有企业。这里的讨论不准备包括国家、国家下属区划的政府、城市和其他类似类型的组织或公共机构，除非它们是以商业企业运营的国有企业。

89. 企业若是为政府所有，这本身不可能自动提供将其排除在破产法涵盖范围之外的充分依据，尽管许多国家确实采取了这种方法。在国家对企业扮演不同的角色——不仅作为所有者，而且作为放款人和最大的债权人——的情况下，正常的商业激励措施就不会适用，和解的解决办法就很难达成，而且有明显的理由表明会产生利益冲突。因此，把这些企业包括在破产制度中的好处是：让它们受制度的约束；传递出政府对这些企业的财政支持不会是毫无限制的明确信号；并且提供一种有可能最大限度地减少利益冲突的程序。

90. 在下列情况下，对把这些企业包括在一般破产法中的一般政策可能需要做出一些例外：政府采取了对这种企业的负债提供明确保证的政策；对国有企业的处理是宏观经济政策改革的一部分，如大规模的私有化方案；或者国有企业参与国民经济的敏感部门，如提供关键服务或公用事业(如水电)。在这种情况下，关于相关问题（包括破产问题）的单独立法就有可能是必要的。本指南不具体涉及与这种单独立法相关的问题。

**(c) 需作特别处理的债务人**

91. 尽管似宜将破产法提供的保护和规定的处罚尽可能扩大到广泛的债务人，但对某些专业性的实体，如银行、保险机构、公用事业公司和股票或商品经纪人公司而言，可以规定作单独的处理。对这些类型的债务人例外处理在破产法中相当普遍，而且经证明一般具有正当性，依据是在破产制度之外这些企业还常常受到具体法规制度的约束。为了解决这些债务人的破产问题，法规制度可以包括针对这类被管理企业的规定，或者在一般破产法中包括特别的规则。本指南对由于这种债权人破产和消费者破产而引发的特别考虑因素未作具体的论述。

**2. 管辖权**

92. 除了拥有必要的企业或商业特征外，债务人还必须与实施破产法的国家有充分的关系才能受其破产法的管辖。在许多情况下，不会产生破产法是否可以适用的问题，因为债务人会是该国的国民或居民，并且会通过在该国登记或注册的合法结构而在该国从事商业活动。然而，如果存在债务人与国家的关系问

---

<sup>2</sup> 例如，这种活动包括以慈善目的进行的商业活动。

题，破产法会采取各种不同的检验标准，其中包括债务人在该国是否拥有主要利益中心，债务人在该国是否设有营业所，或者债务人在该国是否拥有资产。

#### (a) 主要利益中心

93. 尽管一些破产法采用了主要营业地等检验标准，但贸易法委员会在《跨国界破产示范法》(“贸易法委员会示范法”)中采用了债务人“主要利益中心”的检验标准来确定用以就该债务人而启动所称“主程序”的适当地点。2002 年 5 月 29 日欧共体理事会第 1346/2000 号条例(“欧共体条例”)也采用了这一检验标准。贸易法委员会示范法对这一术语未作定义；欧共体条例(事实叙述部分第 13 项)指出，这一术语应当相对应于“债务人对其权益常年进行管理并因而可以由第三方查明的地点”。适当的检验标准将是贸易法委员会示范法第 16(3)条和欧共体条例第 3 条中规定的检验标准：债务人的注册办事处或个人的惯常住所被推定为主要利益中心，除非可以表明该主要利益中心位于他处。在一国内拥有主要利益中心的债务人应当受该国破产法的支配。

94. 尽管采用了“主要利益中心”的检验标准，但在一个以上的国家拥有资产的债务人可能会发现自己符合受一个以上的国家的破产法支配的要求，因为对债务人的资格存在着不同的检验标准或者对同一检验标准会有不同的解释，其结果是有可能在这些国家分别进行破产程序。在这种情况下，适当的做法是根据贸易法委员会示范法制定立法，以解决协调和合作的问题。<sup>3</sup>就不同检验标准的适用而言，示范法重点把主要利益中心和主程序放在了首位，但同时承认，一旦外国主程序得到承认，也可以采用资产所在地等其他检验标准启动处理当地资产的当地“非主要”程序。<sup>4</sup>

#### (b) 营业所

95. 一些法律规定，可以在债务人设有营业所的法域内启动破产程序。“营业所”一词在贸易法委员会示范法第 2 条中作了定义，意指“债务人以人工和货物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所。”欧共体条例第 2 条包含了一个类似的定义，但没有提到“服务”。实际上，营业所是一种经营场所，但不一定是主要利益中心。它的定义跟“主要利益中心”一样，对于贸易法委员会示范法的总体结构以及作为承认外国破产程序和适用救济措施的标准处理跨国界破产案件来说十分重要。在许多国家，无力支付债务的营业所的经理们必须对债权人承担个人责任，除非他们启动破产程序。因此，以营业所为基础启动破产程序的资格问题对于国内破产制度和该债务人在特定国家的资产的处理具有重要意义。

96. 欧共体条例也作了类似的规定：可以在债务人设有营业所的法域启动破产程序(被称之为“次要程序”)。一般来讲，这种程序限于涉及到债务人位于该国

<sup>3</sup> 示范法和颁布指南作为第七章载于本指南。

<sup>4</sup> 贸易法委员会示范法第 28 条。

领土上的资产的清算程序。取决于债务人业务和所涉资产的性质，也可能出现重组程序可能要以营业所为基础的有限情况。

### (c) 资产所在地

97. 一些法律规定，可以由目前或一直以来在法域内拥有资产的债务人或针对该债务人启动破产程序，而不用要求该债务人在该法域内拥有营业所或主要利益中心。贸易法委员会示范法并未规定承认以资产所在地为基础启动的外国程序，但它确实规定，为了处理本地资产，可以在承认外国程序的国家以资产所在地为基础启动本地程序。<sup>5</sup>

98. 也许可以对以资产所在地为基础启动的清算程序和重组程序之间加以区分；虽然资产所在地可以成为启动涉及位于一国的具体资产的清算程序的适当依据，但它对于启动重组程序来说可能并不充分，尤其是在主要利益中心启动的程序是清算程序的情况下，或者在有关资产受到限制的情况下。尽管一国规定资产所在地将足以启动重组程序(而且这种程序可以涉及债务人无论位于何处的资产)，但这种备选方案并不是可以广泛获得的。在以资产所在地启动针对一跨国债务人的程序的情况下，一般需要与债务人设有主要利益中心以及可能设有营业所的其他法域协调这些程序。因此，资产所在地的检验标准可能提出多重法域的问题，其中包括可能出现多个程序和可能涉及贸易法委员会示范法的、程序之间的协调和合作问题。

### (d) 主管法院

99. 另一个管辖权问题是什么法院有权启动破产程序 and 解决程序进行过程中所出现的问题。启动权限和后来在破产程序进行中产生的所有问题可能都属于一个国家的同一法院，或者不同的法院有权处理不同的问题。为了增加透明度，也为了便利债务人、债权人和第三方使用破产法(尤其是当他们来自外国的情况下)，法律应明确规定什么法院拥有管辖权，起什么作用。尽管破产法中不总是可能包括关于具体说明什么法院对破产程序拥有管辖权的规定，但破产法中可以提及具体列明法院管辖权的其他法律的规定，这一点极为有用。

### 建议

#### 立法条文的目的

关于资格和管辖权的条文的目的是为了确定：

- (a) 受法律支配的债务人的类型；
- (b) 可以从法律适用范围中排除的债务人的类型；
- (c) 与一国有充分关系从而须受其法律支配的债务人；

<sup>5</sup> 贸易法委员会示范法第 28 条和颁布指南，第 184-187 段；见第七章。

(d) 对破产程序的启动和进行拥有管辖权的法院。

## 立法条文的内容

### 资格

(1) 法律应当管辖针对从事商业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，<sup>6</sup> 也不论是否以赢利为目的从事这些商业活动。

(2) 对法律适用的例外条款应当加以限制，并应在法律中明确加以规定。<sup>7</sup>

### 管辖权

(3) 法律应当具体规定哪些债务人与一国有充分关系从而其法律对之适用。可以采取不同的办法确定适当的连接因素，但债务人可据以受法律支配的理由应当包括下列任何一种：<sup>8</sup>

(a) 债务人在该国设有主要利益中心；

(b) 债务人在该国设有营业所。

(4) 法律可以确定一项推定，如果存在相反的证据，法人的主要利益中心位于其拥有注册办事处的国家，自然人的主要利益中心位于其拥有惯常住所的国家。

(5) 法律应当规定“营业所”意指“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。<sup>9</sup>

(6) 法律应当明确指出对启动和进行破产程序其中包括对这些程序中所出现的事项拥有管辖权的法院(或提到规定这些问题的法律)。

---

<sup>6</sup> 本立法指南并不适用于国家、国家下属区划的政府、城市和其他类似类型的组织，但属于“国有企业”的除外。

<sup>7</sup> 对受管制程度高的银行和保险公司等组织可能需要作专门的处理，这种专门的处理可以在单独的破产制度中适当规定，也可以通过一般破产法作出特别规定。还可以把涉及敏感经济部门的一些国有企业排除在外。

<sup>8</sup> 本建议旨在说明启动破产程序的最低限度非唯一性理由。一些法域则采用存在资产等其他理由：见第一章 A.2(c)和第七章所载的《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》第 184-187 段。

<sup>9</sup> 《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2(f)条。

## B. 启动程序

### 1. 导言

100. 启动标准是破产程序设计上的中心环节。这一标准提供了启动破产程序的依据，有利于确定哪些债务人可归入破产法的保护和处罚机制的范围并确定由谁来提出启动申请，可以是债务人、债权人，也可以是其他当事人。

101. 作为一般原则，可取的做法是，启动标准应当具有透明度和确定性，能够促进方便快捷、费用低廉地利用破产程序，以便鼓励陷入财务困境或破产的企业自愿启动程序。还有一点也是可取的，这就是就可利用的破产程序类型(清算和重组)而言，就最适合某一债务人的程序在准入上的方便程度而言，以及就能否方便改换不同类型的程序而言，破产过程的准入条件都应具有灵活性。限制性准入会使债务人和债权人望而却步，不愿启动程序，而时间上的延误不论是对资产的价值，还是对破产过程的圆满完成，都会造成有害的影响，特别是在重组情况下。对于准入的方便性，需以适当而完备的保障加以制衡，以防不当使用破产过程。不当使用的例子可包括，债务人未陷入财务困境即申请启动破产程序，可能是为了利用法律提供的保护，如自动中止，避免或延迟对债权人付款；债权人是债务人的竞争对手，也可能利用破产过程来扰乱债务人的经营，以此取得竞争优势。<sup>10</sup>

102. 关于启动破产程序之前必须达到哪些具体标准的问题，各国法律的规定各不相同。一些法律提供了备选标准，并区分启动清算程序和重组程序的适用标准，同时对债务人和债权人的申请也加以区分。

### 2. 启动标准

#### (a) 清偿力、现金流量或全面停止付款标准

103. 广泛用于启动程序的一项标准是所谓的清偿力或现金流量或全面停止付款标准，它的要求是债务人已全面停止偿付到期债务，而且没有充足的现金流量偿付正常营业过程中到期的现有债务。债务人全面停止付款的标志可以包括债务人未能支付租金、税款、薪金、员工福利、贸易应付款和其他主要业务费用。借助这一标准，是为了在债务人财务困难期间尽早启动破产程序，以尽量减少资产的散失并避免债权人争夺资产，造成债务人的资产被瓜分，反而对全体债权人不利。等到债务人能证明资产负债表破产(即该实体的资产负债表显示债务人资不抵债——下文讨论)才允许启动程序，可能只会延迟必然要发生的事情，减少要收回的资产。

104. 采用需要加以审议的全面止付标准的一个有关问题是，债务人无力清偿到期债务，可能只表明现金流量或清偿能力暂时出现问题，而企业在其他方面则

<sup>10</sup> 这个问题在拒绝启动申请和中止程序的范围内作了进一步讨论，第二部分，第一章 B.5(d)和8。

是健全的。当今市场竞争激烈，竞争可能迫使市场的参与者为保持竞争力和维持或取得市场份额而暂时接受更低的利润，甚至承担损失。虽然在每个案件中都会成为一个事实问题，但可取的做法是，破产法对法院判断是否以达到启动标准规定指导原则，以避免过早裁定破产。

## (b) 资产负债表标准

105. 全面停止偿付标准的替代办法是资产负债表办法，其依据是资不抵债时即表明遇到财务困难。由于这一标准依赖受债务人控制的资料，因此，资产负债表标准有其实际局限性：债务人的财务状况究竟如何，在水落石出、成为不可改变的事实之前，其他当事人几乎无从得知，因此，债权人恐怕不易以此为根据提出申请。此外，采用这一标准可能发出关于债务人财务状况的令人误解的信号，因为这一标准的重点实际上是一个如何对资产进行评估的会计问题(如相比于一个正常经营的企业的清算价值)，而且提出了债务人的资产负债表是否可靠和是否真实地反映了债务人的支付能力的问题，这在会计标准和估值方法会产生一些并非反映债务人资产的公平市场价值<sup>11</sup> 结果或是因为市场尚未充分发展或市场的稳定度不足以确立这种价值的情况下，尤其如此。服务性企业的情形可能尤其如此，按照这一标准，即使企业基本上是健全的，但从技术上来说，由于缺乏资产，可能已经破产。或者，在没有维持企业所需的现金流量的情况下，企业也可能有显示正值的资产负债表。

106. 这种检验标准还会造成取证的延误和困难，因为专家一般需审查账册、记录和财务数据<sup>12</sup> 之后才能确定该实体的公平市场价值。如果这些记录的操作不当或不便于查阅，则困难更大。由于资产负债表标准存在这些问题，所以往往是在失掉重组可能性后才启动程序，并对经营中企业的债务人以集体方式对付债权人的能力产生不利影响，从而可能偏离实现价值最大化的目标。因此，这一标准的可靠性尚不足以构成这一定义的唯一依据，比较可取的做法是与停止偿付标准结合起来使用。以这种方式使用时，通过重点关注无论如何估价的资产是否足以偿付债务人的债务，包括尚未到期的债务的方式，资产负债表标准可以有助于对破产进行界定。

<sup>11</sup> 通常认为，公平市场价值是在买卖双方均无买卖压力的正常销售中可以合理预期得到的价值。如果不是真买真卖，价值可能带有一定的投机性，因为价值的估算是以销售有关资产的条件假设为依据的。为减少投机性开发了各种办法，以便根据相当企业和资产的销售或根据企业潜在收入的倍数估算价值。在资产不易出售的市场中，由于市场饱和或由于相关资产的市场并不存在，价值的估算难以进行。

<sup>12</sup> 资产的账面价值是为会计目的显示的资产金额。账面价值通常取自原始购置价格，再加上折旧、摊销、重新评估之后调整到较低的当前市场价格，或者偶尔根据会计原则重新评估出较高的价格。虽然有经过国际会计标准委员会阐释过的、普遍公认的会计原则，但也必须注意到，并没有全球公认的会计准则强制规定为会计目的评估资产的依据。而且，用于管理账户目的的资产的账面价值可能并不等同于年度终了经过审计的财务报表中包括的同样资产的价值。其结果是，资产的账面价值可能与为清偿债权而变现的金额之间没有多大关系或者没有关系。

**(c) 设计启动标准**

107. 破产法以不同的组合方式使用全面止付标准和资产负债表方法来确定启动标准。有些法律采用全面止付标准的简单形式，规定债务人须是无力履行到期债务的。有些法律则在采用这一标准时还添加了一些其他规定，例如，停止付款所反映的必须是非临时性财务困境；债务人的信誉必须受到威胁；对债务人进行清算是公平和公正的。启动标准中添加的因素越多，就越难以一一得到满足，尤其在所添加的属于主观因素的情况下。这会导致适用受到质疑，从而造成延误、不确定性和支出增加。相比之下，相对简单和直接的标准可能都倾向于包括更多的状况，但可以通过由于这些标准所产生的更大程度上的适用便利而对此加以平衡。

108. 另一种办法把停止偿付标准与资产负债表标准结合起来。一个例子是，要求除了停止付款之外，债务人还必须是过度负债，例如，确定过度负债的办法是，债务人因其负债超过资产而无力清偿到期债务。把两种标准结合起来的办法可以有助于在缺乏关于存在一般违约的信息的情况下启动程序，并更加全面地反映债务人当前和预期的财务状况。例如，资产负债表标准可以促使考虑根据停止付款标准不会考虑到但对可能成功重组具有十分重要意义的未到期债务。

109. 破产法可以采用单独一项破产标准，在这种情况下，停止付款标准可以有效地引发对破产程序的利用；资产负债表标准则如上所述，有很多不利之处，不应当用作唯一的标准。破产法还可以采用一种把停止付款标准和资产负债表标准结合起来的的标准。如果采用这一办法，则只要满足一项标准就可以启动破产程序。

**(一) 即将破产(预期缺乏流动资金)**

110. 有些仅采用止付标准的法律还规定债务人需以即将破产或可能无力偿付作为申请启动的依据，就此种情形而言，债务人将无力履行其未来到期债务。虽然在有些情况下无须经过很长时期就能证明此种潜在的无偿债能力，但在有些情况下则取决于应履行债务的性质，须经过相当长的时期才能确定这一点。确定潜在在无偿债能力的实际情形或可包括：债务人对债券付款承担了长期义务，而债务人知道自己无力付款；或者债务人是一项大宗侵权诉讼案的被告，而债务人知道自己无法胜诉，也无力支付相关的赔偿费。

**(二) 可启动的程序类型**

111. 启动标准的第二个方面是可以启动的程序类型(另见第一部分，第二章)。在有些法律中，启动标准不论是以全面止付为依据，还是以资产负债表为依据，都提供了启动清算程序或重组程序的依据。如果清算申请由债权人提出，破产法可以允许债务人申请将清算程序转变为重组程序。根据其他倾向于重组的破产法，必须启动重组程序，但如果发现不能对债务人进行重组时，可以将重组程序转变为清算程序。还有一种做法是，申请本身并不起决定作用，究竟

是清算还是重组，只能在对债务人财务状况经过一段时期的评价之后才能决定。

### **3. 清算**

#### **(a) 可提出申请的当事人**

112. 破产法通常规定清算程序应由债务人提起，或由一个或多个债权人提起，由政府机构提起，或通过法律的运作提起，在这种情况下，债务人不能满足某些法定要求(例如，保持一定数量的资产)自动引发破产程序。

#### **(b) 债务人提出申请**

113. 许多破产法对债务人申请清算采用“全面止付”标准。从实际做法来看，债务人申请启动清算程序，通常是债务人遇到严重财务困难情况时的最后手段，因此，一些法律允许债务人或者以其已经停止偿付到期债务为根据提出申请，或者根据其对财务状况的简单声明提出申请，例如，债务人无力或不打算偿付其债务(就法人而言，可以由董事或董事会的其他成员作出此种声明)。至少有一种破产法并不要求债务人以说明任何特别的财务状况作为理由。在这种情况下，无论对债务人规定了何种举证责任，破产法都应当区分并规定两方面的情形，一方面是如果债权人不提反对意见即可推定债务人的财务声明已经获得认可的情形，另一方面则是由于对债务人财务状况存有某种疑问或由于债权人已经对启动破产程序提出异议因而应当对债务人财务情况提出质疑的情形。在一定程度上这些问题可以通过破产程序的启动机制加以解决。如果法院必须作出启动裁定，那么它将有可能会对申请进行审查，债权人则可以在庭审之时提出异议。如果申请所起作用是在继而自动启动破产程序，债权人和其他利益关系方将仍有机会提出异议，尽管程序已经启动(见下文 5(b)和 8)。在这两种情形下，滥用申请程序的企图都会受到审查。

#### **(一) 规定债务人的申请义务**

114. 一个与债务人申请有关的问题是，债务人是否有义务在其财务困难时的某一阶段申请启动程序。关于这个问题，并无普遍认同的做法。有些破产法或企业治理法所载的规定是，在债务人无力偿还其到期债务之后或债务人根据其资产负债表确信其债务负担过重之后，债务人必须在(两周到 60 天不等的)一段时期内提出申请。有些法律对如何确定停止偿付作出具体规定，例如，查阅银行记录，以证明债务人确实未在一定时期内偿付一定比例的总债务。就清算而言，规定这样一种义务可以保护债权人的权益，防止债务人的资产进一步散失；就重组而言，可以通过鼓励尽早采取行动而增加成功的机会。在无法依赖积极参与的债权人类别启动程序的国家中，这一点可能很重要。但是，有些国家的经验表明，对债务人规定义务，要求其在无力偿债或停止付款的一定天数或周数之后提出申请，只会导致债务人提出不反映真实破产情况(因而不反映对

清算或重组实际需要)的申请。在有些国家,破产基础设施并不充分,因而无力处理大量的此种申请,规定这样的义务给破产基础设施造成了额外的压力。

115. 规定这样一种义务还会由于以何种方式和什么时候适用这一规定而产生各种实际问题,特别是如果申请正式程序出现延误后会导致债方成员、债方的董事机构或其管理人员承担个人责任。在这种情况下,此种义务反而不利于债务人寻找其他办法来摆脱财务困境,例如,院外重组协议这种对某些情形可能更合适的替代办法。<sup>13</sup> 另外,如果没有相应的执行措施制裁不遵守这一义务的行为,此种义务将形同虚设。采取奖励办法(例如,采用中止措施保护债务人,以免对其采取强制执行措施或其他行动——见第二章 B 节),或许是一种比对不履行申请义务实施制裁更有效地鼓励债务人尽早申请破产程序的手段。

### (c) 债权人申请

116. 许多破产法还就由债权人申请对债务人清算采用止付要求,并往往另外还要求大部分债务应无争议和无可抵销。在若干法律中,该债务必须依据法院的判决。如果对债权人申请采用全面止付标准,就有可能产生举证问题。即使债权人能够证明债务人未清偿债权,但要提供全面止付的证据可能不太容易。实际需要的是债权人能以较简单的形式出示证据,证明对债务人破产的推定,同时又不给债权人规定过重的举证责任。为了完善全面止付的标准,以便于确定债权人需满足的最低限度举证义务,一种较为方便和客观的标准是,在提出书面索款要求后的规定期限内或债务到期后的一段特定时期内债务人未能偿付到期债务。若干破产法包括这类规定,在需要提出正式要求的情况下,这种特定时间一般为 8 天至 24 天不等。有些破产法还规定,此种申请的前提应是在申请启动之前的一段特定时期内,例如三个月内,追收债务的行动以失败告终。如果在法律中规定时限,为了满足快速进入破产程序和保存价值的主要目标,比较可取的做法是规定一个较短的时限。

117. 债权尚未到期的债权人也对启动破产程序有着正当的权益。例如,长期债务持有人的情况可能尤其令人担心。由于以债务到期作为标准,这些债权人可能永远没有资格要求启动破产程序,虽然可能该债务人明显在到期时将无法偿付债务。可以采取的一种办法是,在破产法中规定,不支付长期债务分期付款可以构成债权人申请的依据。但是,制订一种在这种情况下允许此种债权人提出申请的标准,又会产生举证责任这一难以处理的问题,特别是在如何把不支付单笔付款与债务人的财务状况联系起来时。如果破产法规定可以由未到期债务的债权人提出申请,则需本着准入条件方便快捷、费用低廉的目标来权衡举证问题。可以通过采用一种既含有停止付款标准又含有资产负债表标准的方式解决这些问题。

118. 除了对止付、债务到期和债权无争议的要求外,有些破产法要求由一个以上的债权人提出申请(其中每一债权人可能需是持有无争议债权的无担保债权

<sup>13</sup> 在快速重组程序和相关启动标准的范围内对这一问题作了进一步的讨论,见第二部分,第四章 B 节。

人)；并要求债权人不仅持有到期债权而且其债权应在债权综合价值中占有一定的数量(也可以是一定数目的债权人和一定量的债权综合价值的组合)。

119. 之所以提出这些要求，往往是因为希望尽量减少单个债权人可能不正当利用程序的情形，单个债权人会试图用破产过程来取代索债强制执行机制，特别是如果所涉债务额不大或程序由仅占债务人总债务一小部分的少数债权人启动的话。不过，对于赞成这一做法的观点，要本着便利迅速而方便地启动破产过程的目标来权衡。此外，处理不当使用的问题时，还可考虑到单个债权人的债权价值(不过，具体规定债权的特定价值并非总是最理想的行文方法，因为币值一旦波动可能就需修改法律)，或者采用一种程序，要求债务人向法院提供资料，使法院能够判断不偿还债务是与特定债权人发生争议的结果还是实际上缺乏流动资产的证据。处理不当使用的问题时，还可以强调不鼓励不当使用，而不是制定一种对所有符合条件的债务人有潜在损害的复杂的启动标准；并且对由此产生的某些后果作出规定，例如，要求为债务人受到损害而赔偿。这些损害可能不仅涉及债务人引起的费用和支出，而且还涉及对债务人经营的扰乱。

#### (d) 政府机构提出申请

120. 如果债权人是政府，则它应当享有与其他任何债权人同样的启动清算程序的权利。这一权利一般赋予某个具体的政府机构(通常为检察机关或同等机构)或其他监督机构，而且一般适用与其他债权人提出申请时相同的启动标准。

121. 有些情况下，政府或其他监管机关不一定是债权人，但关闭企业被认为符合公众的利益。对这类情况，有些国家为这类政府机关利用破产制度关闭企业提供了基础较为广泛的额外权力，例如，不一定需要证明缺乏流动资金，这样一来政府就能够终止从事了某种欺诈或犯罪活动或涉及严重违背规定的义务或两者兼有的活动的企业的经营活动。考虑到在与破产无关的情况下这种权利被滥用的可能性，以及公共利益的理由有可能界定得十分广泛，因此，十分可取的做法是，只有在某些有限的情形中才能拥有这种权力，而且只能作为其他法律没有适当的补救措施情况下最后的手段使用。此种有限的情形可以包括在可能不要求证明破产的情况下，在与洗钱或证券管理等有关的法律的执行过程中一并利用破产权。也可以包括涉及实际破产指标的情形，例如，该政府机关所代表的是大量小额债权人的利益，其中任何一个债权人的债权都达不到申请启动程序的标准，但他们都受到了债务人活动的损害。

122. 在以上述方式利用破产程序的情况下，可能还需要规定某些保护措施。例如，可能需要对债务人的事务进行初步调查，然后需要获准采取初步措施，例如申请中止及任命一名临时破产代表，以便在法院裁定对该企业采取何种进一步的措施之前，防止出现不当行为的可能性。以上讨论的额外权力一般用于启动清算程序，不过在有些情况下，只要符合某些条件，也可将清算改为重组。这些条件可包括企业活动是合法活动，而且已由破产代表或政府机构代为管理该债务人的经营。

#### 4. 重组

##### (a) 可以提出申请的当事方

123. 比起申请启动清算程序，破产法在更大的程度上对于可以由谁申请启动重组程序采取了不同的办法，许多法律只允许由债务人提出申请。

##### (b) 债务人申请

124. 重组程序的目标之一是确立一个可鼓励债务人尽早处理财务困难的框架，以使企业能够继续给债务人和债权人带来利益。与这一目标相一致的启动标准可能是一个比清算程序的启动标准更灵活的标准，不要求债务人一直等到全面停止偿付后再提出申请，而是允许债务人在出现任其发展则会破产的财务状况时提出申请。各国的破产法对债务人申请重组采取不同做法。在有些法律中，重组程序并不实际要求符合实质性标准：债务人可按其意愿随时提出申请，仅需向适当的法院提交一份简单的申请书。其他一些法律，包括采用单一程序的法律(见第一部分，第二章 D 节)，规定如果债务人估计今后将无力偿付到期债务(预期未来或眼下即将破产或缺乏流动资金)，即可提出申请。一些重组法律还要求提出债务人存活真实或合理前景的证据，或债务人经济活力的证据。

125. 可能有这样的说法，放宽启动标准会招致债务人滥用破产程序。例如，未陷入财务困境的债务人可能申请启动破产程序和提出重组计划，借以摆脱沉重的义务，如劳务合同，以便重新谈判债务，或敷衍债权人，不及时如数偿债。这种情形应当与鼓励债务人提出申请的情形区分开来，因为偿还到期债务造成了可能导致破产的财务困境，而且即使在提出申请时并未实际破产，债务人也可能达到了即将破产或预期缺乏流动资金的标准(见上文第一章 B.2(c)(一))。换言之，这一申请有财务上的依据。是否会产生不当使用，是一个重组程序要素如何设计的问题，其中包括启动标准、制订重组计划的要求、程序启动后债务人对企业的控制以及对不正当使用程序的制裁。如上所述，可取的做法是破产法重点强调防止不当使用，而不是使得更难以启动，从而可能给所有符合条件的申请人带来损害。对于债务人的可能不当使用，一个处理办法是，规定法院有权驳回申请，而且在此情况下，债务人应对债权人因抵制申请所引起的费用以及由申请所造成的损害承担一切赔偿责任。

##### (c) 债权人申请

126. 尽管破产法一般规定可由债权人或债务人提起清算程序，但是，对于是否也可以由债权人提起重组程序，则没有共识，而且如上所述，一些法律仅对债务人申请作出规定。鉴于重组程序的目标之一是通过继续经营和重组债务人的企业增加资产的价值，从而增加债权人的债权回报，所以或许不应把提出申请的能力仅给予债务人。允许债权人提出申请的另一个理由是，由于管理层已经辞职，可能会出现债务人不愿意或不能够提出启动申请的情况。债权人能否提出重组申请，对债权人能否提出重组计划(见第四章)的问题也是至关重要的。一

些国家所持的立场是，由于在许多情况下债权人是重组成功的主要受益人，债权人应当有机会提出重组计划。如果采用这种办法，那么规定债权人可以提出重组程序的申请，就是合乎情理的。

127. 在允许债权人申请债务人重组的破产法中，对启动标准采取了不同的办法。一种办法是，破产法采用与债务人申请重组时同样的标准，其中包括预期缺乏流动资金的标准。一种不同的办法认为难以证明采用同样的标准合乎道理。这不仅仅是由于债权人会遇到种种困难，无法证明预期缺乏资金的标准已经得到满足，而且是因为，一般来说，在违背债务人意愿的情况下启动破产程序，无论采取何种形式似乎都是不合理的，除非债权人能够证明他们的权利已经受到损害。

128. 为解决与债权人启动重组程序有关的这些难题，一些法律采用的启动标准要求债权人证明除破产以外的某些因素。例如，流动现金可用来支付企业的日常经营；资产的总价值将为重组提供支持；债权人从重组中获得的回报有可能超过清算提供的回报，等等。这种做法一个明显的不利之处是，它要求债权人在提出申请之前已经对企业作出彻底评价或有能力作出此种评价。这种评价可能反过来取决于从债务人处取得与该评价有关并且十分可靠而足以方便进行这种评价的资料。为了解决这些问题，破产法可以规定，当债权人提出申请时，可以由一个独立的机构对债务人的财务状况进行评价。这种程序的好处是可以确保只在适当情况下启动程序，但要注意的，应当确保额外要求不会造成申请程序复杂化，阻止债权人提出重组，鼓励将清算作为一种更容易的选择办法，或延误启动可带来资产价值最大化后果的程序以及对重组圆满完成的可能性造成影响。还应当注意确保不要让破产程序被债务人的竞争对手用来取得商业上敏感或机密的资料，或通过债务人的财务状况的评价方面规定一些无法接受的要求而扰乱债务人的经营。

129. 有些破产法律采用另一种止付标准，要求由一定数目的债权人或由持有一定价值的到期债权的债权人或同时由这两者提出申请。另一些法律则要求债权人在提出申请时提供某种保证金或付款，以支付启动程序的费用。<sup>14</sup> 可以说这些要求与上述关于提供充分的手段以实现成功重组的要求有着同样的不利之处。

130. 启动标准究竟是复杂还是简单的问题，与启动的后果以及破产程序的进行密切相关。例如，有些破产法规定启动程序后即自动适用中止措施，在这种破产法中，企业能否继续经营并成功地进行重组的问题可以等程序启动后再来评价(而且只要法律允许，如果认为重组不适当，即可改换为清算程序)。在另一些制度下，可能需先获得评价资料再提出申请，因为选择重组的前提是假定重组给债权人带来的回报将大于清算。

131. 由于上文各段讨论的这些原因，合适的做法可能是，关于债权人申请对债务人清算和重组的情形，适用同样的启动程序标准(即全面止付)。此项标准与双轨法和单一法似乎不谋而合(见第一部分，第二章 D)，不同的启动标准，不是视

<sup>14</sup> 此种付款也可为破产代表提供报酬(见第二部分，第三章 B 以及另见第二部分，第一章 B.6，关于破产程序费用的讨论)。

提起程序的类型而适用，而是视申请人是债务人还是债权人而适用。这种对清算和重组采用同样标准的做法也有例外情形：赞成重组的制度规定，在最后断定已无重组可能之前，债务人或债权人都不得启动清算程序。在这种情况下，清算程序的启动标准不是全面止付，而是断定重组不能成功。

## **5. 程序性问题**

### **(a) 提出启动申请**

132. 破产法应具体规定如何启动破产程序。许多破产法规定必须向指定的法院提出申请，但也存在着其他范例，例如，有一部法律规定，以债务人向公司监管机构提出声明的方式启动程序。这就造成了第一部分所讨论过的法院参与破产进程的问题。破产法以外的法律也可能影响启动破产程序的方式，如宪法(可能关系到法院和行政机构的作用以及管辖权问题)、程序法(包括法院规则)或公司法。

### **(b) 启动破产程序的决定**

133. 在程序上的一个初步问题涉及提出申请后如何启动程序。许多国家通常采取的做法是，由主管法院根据启动申请而确定启动的规定条件是否已经满足。在有些国家，也可由适当的行政机构或法庭来确定这些条件是否满足，这种机构对破产过程起着关键的监督作用。但是，关键的问题并不是由谁来决定启动程序，而是对这个机构批准申请和批准程序启动有何要求。启动的条件要着眼于便利提早和方便地进入破产过程，这样不仅可以通过减少复杂性和酌情协助法院及时作出决定便于法院审查申请，而且有可能减少程序的费用并增加透明度和可预见性。这种启动条件也不大可能给可能缺乏机构能力或进行要求有相当商业和企业知识才能进行的复杂调查的专长的制度带来压力。对于中小企业实体的破产来说，与利用破产制度有关的费用问题可能特别重要。在启动程序方面需要注意的另一个因素是，最近在一些破产法中出现了一种趋势，其中承认，无论申请是由债务人提出还是由债权人提出，债务人都拥有由对程序启动申请做出裁决的法院或机构进行审理的基本权利。

134. 在涉及启动要求方面，如果有些破产法对债务人提出的申请和债权人提出的申请加以区分。在有些法律中，如果债务人提出申请，其作用可能相当于承认破产并导致自动启动程序，除非有证据表明，债务人滥用了破产法。比较来说，就债权人根据这些法律提出的申请而言，法院需要在决定启动程序之前审查启动标准是否得到满足的问题。首要的问题是避免债权人或其他利益方滥用。在另一些法律中，无论申请由债务人还是债权人提出，法院不仅要确定启动条件是否得到满足，还要确定所申请的程序类型是否符合债务人的具体情况。

135. 如果评价过于复杂，就不仅有可能在申请和启动之间出现延误，而且在这期间还有可能引起更多的债务，因为债务人并未中断经营，有可能为维持现金流量而让商业债务继续增加，而且资产有可能因债权人的诉讼而散失。如果

法院在启动程序之前必须对各种问题进行评价，一种降低评价可能出现的复杂性的方法是，首先应当规定，评价应在程序启动之后进行，以便由破产代表及其他专家协助法院进行评价；其次应规定可以在清算和重组之间转换程序。如果采用这种做法，破产法可能需要就下述方面订立明确的规则：申请中止(见第二章 B)；所发生债务的偿还优先顺序(见第五章 C.1(b))；债务人在这一期间处分资产的权力(见第二章 A.2)；以及对评价期间发生的未经许可的交易的处理问题(见第二章 F)。

### (c) 给作出启动决定规定时限

136. 如果法院需要就启动作出决定，可取的做法是，及时作出决定以确保决策过程的确定性和可预测性，并在毫不延误的情况下有效地实施程序。在进行重组以避免资产价值进一步缩水和增加重组成功的机会方面，这一点尤其重要。有些破产法就提出申请后作出启动决定规定了时限。这些法律通常对债务人申请和债权人申请加以区分，对债务人申请通常能较快地作出决定。给债权人申请的时间多一些是为了迅速向债务人发出通知，并使债务人有机会对申请作出答复。

137. 虽然确定时限的做法可能有助于实现为债务人和债权人提供确定性和透明度的目标，但在实现这些目标的过程中或许需权衡可能出现的不利之处。例如，固定的时间期限可能不够灵活，无法考虑到特定案件的具体情形。这样的时限可能是任意规定的，完全不考虑负责监督破产过程的机构所掌握的资源或该机构本身的优先重点(尤其是如果破产只是该机构所负责的众多事项中的一项)。而且事实可能还证明难以确保决策机构遵守既定的期限，并就不履约可能产生什么后果作出规定。从提出申请至作出启动程序的决定之间的时期长短也应反映所申请的程序、申请进程及在任何特定的制度中启动程序而产生的后果。例如，各制度就启动前必须在多大程度上完成通知有关当事人及信息收集的工作订立了不同的规定，所要求的时限并不相同。出于这些原因，破产法拟采用一种灵活的做法，既强调迅速决策的好处并对合理的期限提供指导，同时又承认机构本身的局限性和优先重点。

### (d) 驳回启动申请

138. 前几段提及在法院必须作出启动决定的案件中由于不正当使用破产程序的问题或出于同是否符合启动标准有关的技术原因所以法院宜有权驳回启动申请的若干情形。所提及的案例包括了债务人申请和债权人申请的范例。由于技术原因驳回申请的主要依据可能是存在着下述情形：据认定，债务人未满足启动标准；对债务存在着合理的争议及数额相当于或大于债务数额的抵销；程序不能起到任何作用，因为譬如担保的债务超过了资产的价值；债务人没有足够的资产支付破产管理费，而且法律对管理这种破产财产也没有作出其他的规定。

139. 不当使用的情形示例可能还包括债务人以破产申请为由借机敷衍债权人，无正当理由不及时如数偿还债务，或设法免除劳动合同等繁重义务。就债权人

提出申请而言，情形可能包括债权人使用破产程序而不适当地取代(可能尚不完备的)索债强制程序；试图把存活的企业排挤出市场；或试图通过胁迫债务人取得某种优惠付款(如果这种优惠付款已经发生，债务人也已经破产，调查将成为破产程序的一项关键任务)。

140. 如上所述，如果有证据表明债务人或债权人不正当地利用了破产程序，破产法可规定，除驳回申请之外，对不当使用破产程序的当事人进行处罚，或规定该当事方向另一方当事人支付费用，并可能支付损害赔偿费。非破产法也可能就会补救办法作出规定。

#### (e) 申请和启动通知

141. 发出启动申请的通知和破产程序启动的通知是实现破产制度几项关键目标的基本条件。这样做可以确保破产过程的透明度，以及所有有关各方——债务人申请时的债权人和债权人申请时的债务人——均能同样清楚地了解整个情况。

##### (一) 债务人申请——对债权人的通知

142. 在债务人提出申请的情形下，能否收到程序启动通知以及是否有机会对推定符合条件提出质疑(或许应在规定的时限内，以防止不必要地延长程序)，直接关系到债权人和其他利益方的利益。然而，问题是，什么时候应当通知债权人——究竟是在提出申请时还是在程序启动时。在某些情形下，一方面需考虑到债权人的利益在于了解到申请已经提出，另一方面则还应考虑到对于提供申请通知的情形，如果债务人的申请最终被驳回或者债权人受到鼓励后会采取最后一刻的行动追讨债务，那么债务人的经营地位便可能会受到不必要的影响。对于这些问题，不妨一般地规定只在程序启动时通知债权人。另一个问题可能涉及债务人提出申请之时与程序启动之间的延误对于只得到启动通知的债权人而造成的后果。在这一过渡期间，为了能够就是否继续向债务人提供货物和服务作出明达的决定以避免债务进一步累积，得到申请通知关系到债权人的切身利益。虽然可以采取一种灵活的通知办法，允许法院在此种情况下发出通知，但是通过在破产法中提到作出启动决定的时间以及避免延误的必要性，可以更好地解决这一问题。

##### (二) 债权人申请——对债务人的通知

143. 在债权人申请启动破产程序的情形下，人们越来越认识到，债务人应享有立即接到申请通知的基本权利，并应当有机会就其财务状况陈述意见和对申请人的债权提出质疑(见第三章，A.3)。如果债务人失踪，或者躲避个人直接接受通知，公告的要求将足以解决问题，或者可将通知送至已知的债务人最后地址。然而，在有些例外情形下，经法院同意也可以规定不必向债务人发出直接通知，根据是，这样做可能不利于实现某项申请的目的。这些情形可包括提供申请通知可能会造成债务人设法使债权人或破产代表无法接近资产的情形。相反的论点认为，如果债务人得不到通知，债务人可能在不知情的情况下继续作

出损害其资产价值并因而损害债权人的行为。比起不发出申请通知来说，实行中止措施等临时措施可能是解决这一问题更好的办法。然而，如果法律规定法院不必发出申请通知即可启动程序，债务人仍应该尽快收到关于程序启动的通知。

### (三) 向债权人以外的其他当事人发启动通知

144. 需要得到程序启动通知的，除债权人外还有其他一些当事人。这些当事人可包括邮政部门(尤其是如果法律规定债务人的邮件要投寄给破产代表)、税务当局、社会服务当局和公司事务管理机关。

### (四) 发出通知的方式

145. 除了应在什么时候发出通知的问题之外，破产法还需论及提供通知的方式以及通知中应包括的内容，以确保其有效性。关于提供通知的方式，可以论及按要求应发出通知的当事人(例如法院或提出申请的当事人)以及怎样发出消息，关键的考虑是采用有关当事人一般可能注意到的形式送达通知或发布公告。举例来说，虽然可以直接向已知的债权人发出通知<sup>15</sup> (但在个别情况下，这一方法的有效性取决于债务人档案的状况)，但为了通知身份不详的债权人，立法者还已作出了广泛的规定，例如要求在正式的官方出版物上或在商报或广泛发行的报纸上公布这一通知。这种报纸可以是区域性的、全国性的或地方性的(债务人企业所在地)，具体取决于个案的情况，以及将可证明是最具有成本效益的方法。例如，如果债务人企业设在当地并在当地经营，可能并不总是必须要求在全国性报纸上出巨资进行公布。为了避免通知过程变得难以操作，并且避免在每一情况下均要求查明将可证明是最有效的发布通知方法，应当规定遵守标准格式的义务，并在一定程度上灵活考虑到当地的条件。实现有效通知的其他选择办法可以包括各种形式的电子通信方式和使用相关的公共登记处。

### (五) 通知的内容

146. 通知中必需的内容可能包括程序启动的影响(尤其是关于中止措施的适用——见第二章)；提出债权的时间；提出债权的方式及其地点；提出债权所必需的程序和任何形式上的要求；关于哪些债权人应提出债权的问题的咨询性意见(即，附担保债权人是否必需提出债权——见第五章 A)；未提出债权或未以规定方式提出债权的后果及关于核实债权和债权人会议的说明。

---

<sup>15</sup> 通过参见债务人与破产代表合作提供的债权人名单可便于完成这项工作，见第三章 A.4(b)和 B.4。另见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条。

## 6. 无足够资产的债务人

147. 符合启动破产程序标准的许多债务人都从未被正式实行清算，要么是由于债权人不愿意启动程序，这是因为债权人认为，债务人没有资产或者没有足够的资产可用于支付破产管理费用；要么是由于这种处境的债务人很少会采取步骤启动程序。某些破产法规定，如果在这种情况下提出启动申请，法院将会作出资产不充分的评估而驳回申请，而有些破产法则设有指定破产代表和规定破产代表报酬的机制(见第三章 B.3)。另有一些法律规定对债权人征收附加费，以支付破产财产管理费用(见下文费用部分)。

148. 为了能够在正式程序下对显然无财产或者无多少财产的债务人进行管理，拟定一个机制是有一些理由的，这些理由在性质上尤其与公共利益有关。如果破产法未规定对无资产或无多少资产的破产公司进行探索性调查，就很难确保公平的商业行为，或推行商业实体良好治理的标准。资产将可能在清算前从公司转移出去或移入相关的公司，毫不担心受到调查或将会适用法律规定的撤销权条款或其他民事或刑事规定。设立管理机制可有助于纠正容忍这类违法行为的任何错觉，如果可撤销此前交易的效力，则还可给债权人带来回报，而且管理机制还可用于调查这类债务人的管理层的行为，并可以通过为从事商业活动的企业家和其他人员解除义务和给他们提供新的开端，鼓励创业活动和负责任的经济冒险行为——债务人如果诚实可信，破产法的惩罚和威慑方面就不太适用。

149. 如上文所述，用于管理这类破产财产的机制可包括就支付管理费用向债权人征收额外费用；设立公共办事处或使用现行办事处对破产债务人进行管理；设立一个可从中拨付费用的基金；根据人员名单或轮换制度指定列入名单的破产专业人员，目的是确保所有破产案件中公平有序地实行分配，而不论是否有足够的资产。在这种机制下，国家将向破产代表支付规定的津贴，或由破产代表直接负担这些费用，并一般由其客户共同给予补贴(因为如果他们是专业人员，其报酬率可作调整以顾及无报酬的工作部分——如果破产代表是政府工作人员，则不可能采取这一做法)。如果将这类机制列入破产法，可能还需要考虑确定这些条文所适用的债务人，例如，以所拥有的未作保资产低于规定价值并且无固定收入来源从而无法使清算得以进行的债务人作为参照基准。

## 7. 破产程序的费用

150. 除速度和效率外，成本效益也是行之有效的破产制度的一个重要部分，它影响到破产进程的所有各个阶段。因此，在拟定破产制度时，应当避免程序费用负担过重的情形，致使债权人望而却步，造成对启动程序的限制，使破产程序的基本目标无法实现。对于中小型企业破产案件，这一点尤为重要。对于债务人所欠债务数额庞大，债权人为数众多但各自债权款额较小，其单个债权对申请程序的费用可能不胜负荷的情形，或破产财产的资产为数稀少的情形，这一点也尤其重要。

151. 无论是债务人还是债权人，申请启动破产程序可能都要付费。对收费水平可以采取不同的做法，一种做法是设立一种可用来帮助支付破产制度费用的收费办法。但是，如果收取的费用过高，可能令人望而却步，有悖于方便、高成本效益和迅速进入破产过程的目标。另一方面，收费过低，可能又不足以阻止随意提出申请，因此，可取的做法是在这两者之间求得平衡。作为支付程序费用的一种保证，有些破产法要求提出申请的债权人保证支付最高为某一固定数额的破产程序费用，或支付全部债权的某一百分比或一定的数额。在要求支付款项作为费用保证金的一些法律中，如果破产财产内有足够的资产，可使用破产财产退还所支付的款项，另外，例如员工等某些债权人可免于提供所需的保证金。其他法律规定，作为启动的一个条件，破产财产的未作保资产必须足以负担程序费用。如果未作保资产不够，破产法一般规定应驳回申请，或根据关于无资产或者无多少资产的破产财产的规定来处理这种申请(见上文)。另一种办法是按破产财产资产价值的固定百分比确定可以征收的费用。在大额案件中，这可能导致从破产财产中支付大笔费用，从而阻止债权人和债务人提出申请。

## 8. 启动后撤销程序

152. 除了以上讨论的可能驳回启动程序的申请的情况(第二章 B.5(d))外，还会有一些在程序已经启动后破产法应当允许其撤销的情形。不论是债务人提出的申请自动启动了程序，从而没有给债权人和其他利益方在启动之时留下对申请提出质疑的机会，还是启动决定由法院作出，撤销程序都会具有重要意义。撤销的理由基本上与驳回的理由相同，即存在着债务人或债权人对破产法的不当使用，或者债务人在程序启动时不符合启动标准。

### 建议

#### 立法条文的目的

关于破产程序启动的条文的目的：

- (a) 便利债务人和债权人利用破产法提供的救济方法；
- (b) 建立透明而有确定性的启动标准；
- (c) 有利于以迅速、有效和具有成本效益的方式提出和处理破产程序申请；
- (d) 建立保障以保护债务人和债权人免受不当使用申请程序的影响。
- (e) 建立关于有效通知破产程序的启动的要求。

#### 立法条文的内容

- (7) 法律应当包括关于债务人重组和清算的条文。

## 启动标准

### - 允许提出申请的人

(8) 法律应当具体列明允许提出启动破产程序申请的当事人，其中应当包括债务人及其任何债权人。<sup>16</sup>

### - 债务人申请

(9) 法律应当具体规定，如果债务人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债务人提出的申请而启动：

(a) 债务人目前或者将来全然无力偿还到期债务；

(b) 债务人的负债超过其资产的价值。<sup>17</sup>

### - 债权人申请

(10) 法律应当具体规定，如果债权人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债权人提出的申请而启动：

(a) 债务人目前全然无力偿还到期债务；

(b) 债务人的负债超过其资产的价值。

## 推定债务人无偿付能力

(11) 法律可规定一项推定，即如果债务人未能偿付其到期债务中的一项或多项债务，并且对该债务所有部分均无合法争议或该债务不会被一笔等同于或大于该债务额的数额所抵销，则推定该债务人没有能力偿付其债务。<sup>18</sup>

## 根据债务人的申请启动

(12) 如果债务人提出启动申请，法律应当规定下列任何一种方式启动破产程序：

(a) 启动申请将自动启动破产程序；

<sup>16</sup> 这将包括作为债务人的债权人的政府机关。

<sup>17</sup> 这一建议和关于债权人申请的建议的目的是允许立法者在单一或双重标准的基础上灵活制定启动标准。如果法律采用单一标准，依据应当是债务人无力偿还到期债务（停止付款标准），而不是资产负债表标准。如果法律采用两种标准（止付标准和资产负债表标准），只要满足其中一项标准的要求就可启动程序。

<sup>18</sup> 在债务人未偿付某一项到期债务而债权人就该项债务已得到对债务人的判决的情况下，则无需以推断来确定该债务人没有能力偿付其债务。债务人可通过表明以下事实来反驳这种推定：债务人有能力偿债；对该债务有合法争议；或债务尚未到期。关于启动通知的建议要求把申请启动程序的通知发送给债务人并给债务人以反驳上述推定的机会，从而对债务人提供了保护。

(b) 法院将尽快确定其管辖权以及债务人是否符合条件和启动标准是否达到，如果是，即启动破产程序。

#### **根据债权人的申请启动**

(13) 如果债权人提出启动申请，法律一般应当规定：

(a) 关于该申请的通知应尽快送达债务人；<sup>19</sup>

(b) 给债务人对该申请作出答复的机会；

(c) 法院应尽快确定其管辖权以及债务人是否符合条件和启动标准是否达到，如果是，即启动破产程序。<sup>20</sup>

#### **驳回启动程序的申请**

(14) 法律应当规定，在法院作出启动程序的决定情况下，如果法院认定下列任何一种情形属实，则法院可以驳回该项启动申请并酌情对申请人判决缴费或处罚：

(a) 法院不拥有管辖权，债务人不符合条件，或未达到启动标准；

(b) 该项申请是对破产法的不正当援用。

(15) 如果申请由债权人提出，法律应当规定迅速向债务人发出关于裁定驳回的通知。

#### **程序启动通知**

(16) 法律应当确定发出破产程序启动通知的程序。

##### **- 一般通知**

(17) 法律应当规定，发出破产程序启动通知的方式必须适当，<sup>21</sup> 以确保信息可能引起利益关系方的关注。<sup>22</sup> 法律应当规定由哪一方负责发出这一通知。

##### **- 给债权人的通知**

---

<sup>19</sup> 如果债务人的下落不明，也无法联系上，一般的法律可以规定关于在这种情况下发出通知的相关规则。

<sup>20</sup> 对是否已达到启动标准的判断可能涉及需考虑对该债务是否无合法争议或该债务是否会被一笔等同于或大于该债务额的数额所抵销（另见第二章 B.5(d)）。

<sup>21</sup> 在具体情况下什么才适当，这个问题也会涉及对成本效益的考虑，例如，如果在地方报纸上公布即已足够，破产法则不应当要求出巨资在全国性报纸上进行公布。

<sup>22</sup> 一般通知可以通过以下方式发出：在政府官方公报或广泛发行的全国性、区域性或地方性报纸等出版物上、通过电子手段或通过相关公共登记处公布信息。

(18) 法律应当规定，程序启动通知应分别发给各债权人，除非法院认为根据情况其他通知形式更恰当。<sup>23</sup>

**- 通知内容**

(19) 法律应当规定，破产程序启动通知应当包括下列内容：

- (a) 对提出债权的说明，其中包括提出的时间和地点；
- (b) 提出债权的程序和形式要求；
- (c) 未按照(a)段和(b)段提出债权的后果；
- (d) 关于核实债权、适用中止措施及其效力和债务人会议的说明。

**资产不足的债务人**

(20) 法律应当规定对资产和收入来源不足以支付破产程序管理费用的债务人如何处理。对此可以采取不同的方式，包括下列任何一种方式：

- (a) 驳回申请，但债务人属个人而有权获得债务解除的除外；
- (b) 在可以利用不同的办法指定破产代表和支付其报酬的情况下，启动程序。<sup>24</sup>

**撤销破产程序**

(21) 如果在程序启动后法院判定下列任何一种情形属实，法律应当允许法院撤销程序：

- (a) 程序构成对破产法的不当援用；
- (b) 债务人不符合条件，或在启动时未达到启动标准。

(22) 法律应当规定，如果撤销程序，法院可以酌情判决程序启动申请人缴付费用或对其给予处罚。

(23) 法律应当要求发出关于裁定撤销程序的通知。

<sup>23</sup> 将向哪些债权人发出通知，该名单的编写义务在破产代表和债务人义务中讨论（见第三章）。

<sup>24</sup> 见第三章 B。

## 二. 破产程序启动时的资产处理

### A. 构成破产财产的资产

#### 1. 导言

153. 破产程序的关键是，确定、集中、保持和处分属于债务人的资产。许多破产制度将此类资产置于某种特别的制度之下，有时称之为破产财产，在不违反某些除外规定的情况下，破产代表对破产财产拥有特定的权力。

154. 本指南用“财产”的功能含义，表示受破产代表控制并受破产程序管辖的债务人的资产。在不同的法域中，对破产财产的概念的理解不同。有些国家的破产法规定，对资产的法定所有权转移给指定人员（通常是破产代表）。而在另一些国家中，债务人仍然是资产的法定所有人，但债务人管理和处分此类资产的权力受到限制，或是因为破产代表完全控制了资产，或是因为债务人只能在正常经营范围内处理资产，至于在正常经营范围外对资产的使用或处分，包括设立担保权益，都将需要得到破产代表或在某些情形下需要得到法院的同意。

155. 不论依循哪种法律传统，破产法都需清楚地确定哪些资产将受破产程序的管辖并因此将归入破产财产概念的范畴，同时明确说明这些程序会对这种资产有何影响，包括明确各参与者的相对权力。确定资产及其处理方式有助于确定程序特别是重组程序的范围和进行方式，并对这些程序的成功机会产生重要的影响。在破产法中纳入有关这些问题的清楚而全面的规定将确保其对债权人和债务人均具有透明度和可预测性。

#### 2. 纳入破产财产中的资产

##### (a) 破产财产的一般定义

156. 破产财产可能应包括债务人的所有资产，其中包括债务人对不论何处的财产拥有的权益，而不论在程序启动时是否为债务人所占有，还包括一切有形资产（动产或不动产）和无形资产。破产财产还将包括债务人对受制于担保权益的财产以及对第三方拥有的财产（破产财产继续动用此类资产可能必须遵守破产法的其他规定（见第二章 C））的权益。一般而言，债务人或破产代表在破产程序启动后取得的资产（对自然人债务人适用的具体除外情形不在此列（见下文））以及通过撤销诉讼或其他行动而追回的资产也将包括在内。其中有些资产可以自由出售或交换，而另有一些资产可能必须受合同或其他法律所产生的限制（例如，不得转让的政府许可证或必须遵守隐私限制的客户名单）的约束，也可能涉及这些资产的其他权利的相互调和问题。尽管有种种限制，但仍应将此类资产归入破产财产中。

157. 有形资产不难在债务人的资产负债表上核对，例如现金、设备、存货、进行中的工程、银行帐户、应收帐款和不动产等。对于哪些资产可归入无形资产

类别，各国的界定方法不同，视本国法律而定，但可以包括知识产权、证券和金融工具、保险单、契约权（包括与第三方拥有的资产有关的契约权）以及对债务人的权益的侵权行为<sup>25</sup>所产生的诉讼权。将某些无形资产归入破产财产可能会与其他法律发生冲突，例如限制可转让性的法律或涉及保护隐私的法律。如系自然人，破产财产还可包括继承权，这种继承权可以是债务人在破产启动时已享有权益或资格的继承权，也可以是在破产程序期间才开始存在的继承权，破产财产还可以包括债务人对其与他人包括与其配偶所共同拥有的资产的权益。

158. 尽管对于破产财产作出宽泛的定义是可取的，但将某些类型的资产归入在内可能会引起争议。有些资产归入破产财产是不会有问题的，例如属于债务人的非设押资产，第三方未提出异议的资产以及破产代表通过对第三方提出诉讼或通过撤销诉讼而收回的资产。而其他一些资产排除在破产财产以外也不会造成任何问题，例如债务人在其中不享有任何权益的属于第三方的资产以及属于债务人的配偶并且其享有一切所有权的资产。设押资产、共同资产、在国外的资产、某些无形资产以及债务人在其中享有权益的第三方所有的资产，这样一些资产可能会带来棘手的问题，以下各节分别加以论述。

## (b) 设押资产

159. 一个具有某种重要性的问题是破产法是否将设押资产作为破产财产的一部分包括在内。对于抵作担保权益的资产，破产法采用了不同的对待方法。许多国家的法律规定，设押资产应包括在破产财产之中，程序的启动产生不同的效力，例如，通过适用中止规定限制行使债权人或第三方持有的担保权利，另外，启动还产生其他效力。将设押资产归入破产财产，以此限制有担保债权人行使权利，不可不仅有助于确保一视同仁的对待所有债权人，而且可能是重组程序的基本条件，因为设押资产是企业继续经营的关键。举例来说，如果生产设备或租赁的厂房是债务人企业经营的关键，那么不在重组程序中保留这些设备和厂房，经营中企业的重组和出售可能无法进行。无论是在重组中，还是在清算过程中将企业作为经营中企业出售，从程序启动时起就将债务人的所有资产交给破产财产支配，是特别有益的。

160. 设押资产归入破产财产后也可受到某种保护，例如，为维持设押资产或债权人债权中有担保部分的价值而采取的保护措施和针对设押资产从破产财产中分离出来的特定情形采取的保护措施（例如，参见第二章 C）。破产法应当明确规定，不得因设押资产归入破产财产而剥夺有担保债权人对设押资产的产权，即使这种包括的确限制了这些权利的行使（例如，通过中止推迟行使这类权利）。

<sup>25</sup> 债务人为自然人的，有些法域将诽谤、损害信用或名誉或人身伤害之类的属于个人性质的侵权行为排除在外，在此类情形中，债务人本人仍然有权起诉和保留所收回的财产，因为否则将会减弱惩罚恶行的积极性，但债务人可能无权就与这些诉讼的原因有关的任何收益损失起诉。

161. 另有一些破产法规定，担保权利不受破产程序的影响，有担保债权人可以进而强制执行其法定权利和合同权利。由于认识到在某些情形下设押资产可能对破产程序至关重要，有些国家的法律规定，即使在这些资产不受破产影响的情况下，如果这些资产为企业继续经营所必需，债务人仍可经破产代表同意后请求法院阻止强制执行。把设押资产排除在外，好处是可以普遍增加信贷可获得量，因为有担保债权人不再担心其权益会因启动破产程序而受到任何不利的影响。然而，人们越来越认识到，给经济带来的这种一般好处，其实并没有上文说明的将设押资产归入破产财产中并限制有担保债权人行使权利所带来的好处大。

### (c) 第三方拥有的资产

162. 有些法域允许从破产财产中把债权人保留法定所有权或所有权（例如，保留所有权或租赁安排）的资产分离出来，其依据是，破产法应尊重债权人对资产的法定所有权。在某些法域中，资产的分离需服从于破产法中有关对待合同的规定。然而，正如上文关于破产财产的一般定义所述，破产财产一般包括债务人对第三方拥有的资产可能享有的任何权利。在有些破产案中，类似设押资产等第三方拥有的资产可能对企业的继续经营至关重要，而不论是在重组中还是在清算中出售经营中企业。在此类破产案中，如果破产法提供某种机制，使第三方拥有的资产仍能由破产程序来处置，那将不无益处，但必须保护第三方所有人的权益以及第三方对列入此类机制提出质疑的权利。这些问题在第三章 C 中作进一步的论述。

163. 如果交易的经济学术语表明交易是为获得资产进行融资的一种手段，那么，举例来说，尽管在结构上属于某种租赁，但有些法律仍将此种安排视为一种附担保的放款安排，在破产时，出租人将受到与其他有担保债权人一样的待遇。交易将成为一种融资手段，在租期结束时，要么债务人可为保留资产而支付微小的数额，要么资产所剩价值可忽略不计。破产法可将债务人的权利视为破产财产的一部分，并允许破产代表在符合第三章 C 所述的某些条件下使用此类资产。

164. 债务人声称拥有资产的权益而第三方对此提出异议的，破产法宜规定对此类资产提供临时保护，以确保在法院就所有权作出决定之前保管好此类资产。如果决定此类资产不属于破产财产的一部分，法律还可述及因债务人留置而对第三方造成的损害问题。第三方扣押被认定为破产财产一部分的资产也可能会涉及到损害问题。

### (d) 外国资产

165. 债务人在已启动了破产程序的国家之外拥有的财产是否会成为破产财产的一部分，这一问题牵涉到跨国界破产问题。这一问题对将外国资产排除在外可能严重影响破产程序能否成功的重组尤为重要。有些破产法采取的做法是，应该以债务人设有其总部或者注册或组建地（主要利益中心）的国家为基础采用单一破产程序，适用于债务人位于任何地点的资产（普遍做法）。这种做法所

隐含的想法是，采用此类做法的国家将接受根据另一国破产法而提出的同样的债权。另一些破产法所依据的做法是，将破产法的适用性局限于受颁布法规的法域所管辖的地理区域（属地做法）。这种做法要求在债务人拥有资产或债务人不同的分公司或机构所在的各法域内启动不同的破产程序。另一种做法是对此种做法的修改，根据这种做法，一国声称本国法律普遍适用，但不承认其他国家的法律同样普遍适用。

166. 有关这一问题的现行做法种类繁多，造成了很大程度的不确定性，从而损害各国破产法的有效适用。然而，由于各种破产法之间的区别不断缩小，越来越趋于一致，坚持属地做法就越来越没有理由了。越来越可取的做法是破产法规定，破产财产包括债务人位于任何地点的所有资产。然而，由于在一段时期内此类区别有可能继续存在，《贸易法委员会跨国界破产示范法》为跨国界破产案中的有效合作建立了一个制度，其中承认外国的判决并让外国破产代表查阅本国法院记录。这一制度意在与所有法律制度相兼容，第八章中对此制度有更详细的讨论。

### **(e) 收回的资产**

#### **(一) 撤销程序**

167. 须受程序管辖的资产包括破产代表通过撤销程序收回的任何资产或其价值，之所以采用此类撤销程序，是因为有些交易导致某些债权人得到优惠待遇、或不利于破产财产或目的是使债权人的集体权利落空（见第三章 F）。

#### **(二) 未经批准的申请后交易和启动后交易**

168. 许多破产法都规定采取某些措施，限制受破产程序管辖的债务人在未经法院或破产代表批准的情况下处理其设押资产或其他资产的范围（见第二章，B.8(b)和 9）。这些限制一般在破产程序启动之后适用，但也可在临时破产代表有权处理破产财产中的资产的情况下在申请启动程序之后适用。有些破产法将未经批准的交易视为对破产财产不具有效力和不可执行，并允许收回任何已被转让的资产，但对应方已给予价值或能够证明该项交易不妨碍债权人的权利的一些情形除外。另一些破产法通过按撤销规定处理未经授权的合同来取得相同的结果，但具体结果取决于如何计算嫌疑期（见第二章，F.3）。

### **3. 被排除在破产财产范围之外的资产**

#### **(a) 一般性排除**

169. 破产法可规定将某些资产排除在破产财产范围之外。破产法对这一问题采取了不同的做法。举例来说，被排除在破产财产范围之外的资产可包括由第三方拥有的、但在破产程序启动时为债务人所占有的某些资产，例如信托资产和受一项安排（无论是合同安排的还是其他性质的安排）约束的资产，这种安排

不涉及所有权转让，而是涉及使用这些资产以及一旦债务人占有资产的目的已经达到即把这些资产归还给所有人。<sup>26</sup>被排除在破产财产范围之外的资产还可包括根据某些法律必须收回的资产，例如供应商在启动前提供给债务人，但因未收到付款而可加以收回的物品（服从于确认和其他可适用的条件）。

#### (b) 债务人系自然人的情形

170. 如果破产人是自然人，破产法可规定，破产财产应将某些资产排除在外，例如，债务人在申请之后通过提供个人服务取得的资产，债务人为维持生计而需要的资产以及个人和家庭资产，例如为满足债务人及其家人基本家庭生活需要所必需的家具、家用设备、床上用品、衣物及其他资产。此类除外情形通常不适用于法人债务人。如果破产法把自然人的某些资产排除在外，这些排除情形必须明确界定，所排除的资产的数目和价值必须局限在为保护债务人的个人权利和允许债务人仍能够积极生活所必需的最低限度以内。在确定这些排除情形时，可能需要考虑到适用的人权义务，包括国际义务，这些义务意在保护债务人和相关家庭成员，从而可能影响应当作出的排除。<sup>27</sup>另外还可能要考虑到排除情形的经济影响；某些研究结果表明，把个人资产完全排除或在相当程度上排除在破产程序的范围之外，可能会对创办实业和勇于承担风险产生积极影响。

#### 共有资产

171. 如果债务人是自然人，而个人财产又为债务人和债务人的配偶所共同拥有，破产法或其他法律（例如，与婚姻所得财产或财产所有权有关的法律）对于这些资产的处理采取了不同的做法。在有些联邦制法域中，这一问题可能涉及州法和联邦法问题。这些法律与破产法之间的关系可能是如何适用撤销规定等某些破产法条文的决定因素。

172. 处理共有资产的一种做法是将这些资产完全排除在破产财产的范围之外。还有一种做法规定，如果启动了针对某一配偶的资产的破产程序，共有资产中属于该配偶的那部分可以变成破产财产的一部分，条件是，根据破产法以外的法律，这些资产可为执行目的而予以分割（资产的分割将在破产法和破产程序范围以外进行）。因此，对这些做法的取舍可能将取决于破产法以外的法律的适用情况，以及是否便于分割这类资产等因素（见第二章，C.2）。

### 4. 破产财产的构成时间和资产的收回

173. 破产法应规定资产算作破产财产一部分的参照日期，以便给债务人和债权人以确定性。有些破产法以程序启动日期为准，还有一些破产法以启动的申请日期或构成申请依据的破产行为为准。这些日期之间的区别的意义在于以申请

<sup>26</sup> 此种安排可称为委托或寄托。

<sup>27</sup> 例如在欧洲，1950年《欧洲人权公约》与此相关。

至启动的过渡期内如何处理（更重要的是，如何保全）债务人的资产。出于这种原因，有些法律规定，破产财产自申请之日起构成。另外一些法律出于清楚了和确定无疑的原因，将启动日期作为破产财产的构成日期，但同时载有限制债务人权力的条文，使之只能在提出申请后的期间内处分财产。在这一期间处分的资产，破产代表可以收回。关于从申请至启动期间保护资产的问题，还要考虑到撤销条文的适用和嫌疑期的起算日期（见第二章，F.6）。

174. 无论选择哪一个日期，破产财产可能都应包括债务人截至该日期的资产以及破产代表和债务人在该日期后获得的资产，而不论是行使撤销权（见第二章F）时所得还是在经营债务人业务中的正常过程中所得。

175. 一旦确定拟列入破产财产的资产，就必须收回此类资产。为此，破产法可以赋予破产代表对已被确定为破产财产一部分的资产进行控制的权力，并规定其有义务确保债务人和其他有关当事方在这方面协助破产代表并与其合作。资产位于外国的，可能需要采取补充措施，例如《贸易法委员会跨国界破产示范法》中所载明的措施。

## 建议

### 立法条文的目的

有关破产财产的条文的目的是：

- (a) 确定在程序启动时构成的破产财产应纳入的那些资产，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；
- (b) 确定将被特别排除在破产财产范围之外的任何可能的资产。

### 立法条文的内容

#### 构成破产财产的资产

(24) 法律应确定将构成破产财产的资产，其中包括：

- (a) 债务人的资产[债务人拥有<sup>28</sup>的资产]，包括债务人对截至破产程序[启动申请时][启动]时受担保权益约束的资产和对第三方拥有的资产的权益；
- (b) 在破产程序启动后获得的资产；及
- (c) 通过撤销诉讼和其他行动收回的资产。

(25) 如果破产程序在债务人的主要利益中心所在地启动，法律应规定破产财产包括债务人位于任何地点的所有资产。<sup>29</sup>

<sup>28</sup> 权属将参照相关的适用法律确定。

<sup>29</sup> 如果法律采纳此处建议的普遍性做法，则还应处理承认外国程序的问题，见《贸易法委员会跨国界破产示范法》（第七章）。

债务人系自然人时可排除在破产财产之外的资产<sup>30</sup>

(26) 法律应指明在债务人是自然人时应排除在破产财产之外的任何资产。

## **B. 保护和保全破产财产**

### **1. 导言**

176. 有效破产制度的关键目标是建立一种保护性机制，确保破产财产的资产价值不会因有关各方的行动而缩减，并且确保能够以公正、有序的方式管理破产程序。破产财产最需要防范的当事方是债务人及其债权人。

### **2. 通过适用中止来保护破产财产**

177. 关于债权人，破产法的基本原则之一是，破产程序是一种集体程序，要求保护所有债权人的权益不因其中任何一方的单独行动而受影响。许多破产法都要求提供一种机制，不仅防止债权人在清算或重组程序的部分过程或全过程中通过法律救济手段强制执行其权利，而且中止已在进行中的针对债务人的行动和防止启动新的行动。这种机制有各种名称，如延缓、暂停或中止，视机制的效力而定。就本指南而言，“中止”一词取其广义，指暂停行动和延缓启动行动。

#### **(一) 清算**

178. 作为一般原则，清算的重点是全部或部分出售资产，从而能够尽快使用变现资产所得清偿债权人的债权。首要目标是实现最大价值。实施中止可以确保对程序进行公平和有序的管理，为破产代表提供足够的时间，以免强行拍卖，无法实现清算资产的最大价值，同时又可在资产总体价值可能大于以零敲碎打的方式出售的价值时提供作为经营中企业将其出售的机会。中止还使破产代表能够评价债务人的情形，包括已在进行中的诉讼，为充分考虑所有诉讼提供了时间，从而更加有可能实现不会危及到债务人和债权人权益的结果。在清算程序中很难做到平衡兼顾对企业某些最为重要的资产通常持有担保权的有担保债权人和无担保债权人之间的相竞利益。

#### **(二) 重组**

179. 在重组程序中，适用中止有助于企业的继续经营，使得债务人获得整顿业务的喘息空间，有时间制订和批准重组计划，并能采取其他步骤，例如取消不盈利的活动和摆脱负担过重的合同，视情况而定。同清算一样，中止还提供了考虑将对债务人采取的行动的机会。考虑到重组的目标，中止对其的影响要比

---

<sup>30</sup> 对法人债务人通常不规定除外情形。关于对自然人可排除在外的资产，见第二章，3(b)。

对清算程序的影响更大，因此起着更为关键的作用，而且能为鼓励债务人发起重组程序提供重要的动力。与此同时，程序的启动和中止的执行使所有与债务人做生意的人都了解到企业的前景未卜。这样一来势必造成信任危机和扑朔迷离的局面，债务人所属企业的供应商、客户和员工会对破产程序如何影响他们忧心重重。

180. 必须平衡兼顾通过实施广泛的中止以限制债权人的行动而使债务人得到的眼前利益和通过限制中止干扰债务人与债权人尤其是有担保债权人之间的合同关系的程度而可产生的长远利益。

### 3. 中止的适用范围

#### (a) 适用中止的诉讼

181. 有些国家采用这样的做法，即为了确保中止的有效性，中止的范围必须非常广，应适用于针对债务人及其资产的所有补救措施和程序，不论是行政的、司法的还是自助的，并应限制无担保和有担保债权人强制执行其权利，限制政府行使优先权。可以中止的各类诉讼和行为包括：启动或继续进行针对债务人或与其资产有关的行动或程序；启动或继续进行与债务人的资产有关的强制执行程序，包括执行判决和完善或强制执行担保权益；财产的任何所有人或出租人收回由债务人使用或占用或由债务人占有的财产；对债务人在启动日期之前所欠债务的偿付或出具担保；债务人转移、抵押或以其他方式处分任何资产的权利（在重组中，这种权利可能局限于在企业正常经营过程以外的转移、抵押或处分）；对应方终止与债务人合同的权利（合同规定的终止日期正好在启动日期之后的除外）；<sup>31</sup>终止、暂停或中断对债务人的基本服务（如水、气、电和电话）的供应。例如，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条（见第八章）规定，可以中止针对债务人的资产、权利、义务或负债的个别诉讼或单独程序的启动或继续以及针对债务人资产的执行行动。上文提到的这几类个别诉讼应涵盖由法律或仲裁庭启动的诉讼。<sup>32</sup>

182. 将程序的继续列入中止范围的原因之一是，（在债务人被剥夺控制权的情况下，）如果破产代表必须参与正在进行的讼案，注意力和资源就会分散和转移，无暇顾及管理破产财产的工作。举例来说，对债务人可以做出缺席判决，并以此作为破产程序中债权人债权的依据，但如果以适当方式裁决的话，本来可以驳回诉讼，判给的数额也可能少一些。由于大多数破产法都有涉及债权的提交、核实和批准的债权处理机制和债权分配机制，在破产案之外实施的有关此类债权的大多数程序也就变得多余了。尽管如此，有些破产法规定，如果针对债务人的法律程序（包括这些程序的启动和继续）在中止的范围以内，当法

<sup>31</sup> 这就使得破产代表有时间来评估合同对程序的重要性，并考虑应就延续合同还是拒绝合同采取什么行动。见第二章 E，

<sup>32</sup> 然而，如果仲裁地在外国，而不是在破产程序启动国，并非总能自动中止仲裁程序。

院认为有必要保全一债权或确定债权额时，法院可决定是启动还是继续进行这些程序。<sup>33</sup>

183. 另外一些破产法允许（未经法院许可）启动或继续法律程序，但中止的适用会阻止由此种程序下达的任何命令的强制执行。有些破产法对可进行的诉讼作了限制，只可启动或继续某些诉讼，例如员工针对债务人的诉讼，但是根据这些程序采取的任何强制执行行动都将予以中止。有些破产法对涉及规章的诉讼和关系到金钱的诉讼作了区分。有些法律对继续提出涉及规章的债权和关系到金钱的债权都加以允许，另外一些法律则仅允许涉及规章的债权，例如其目的不是为破产财产收回金钱，而是保护至关重要并且十分紧迫的公共利益的债权，以便遏制造成环境损害的活动和有害于公共健康和安全的活动。

#### (b) 不适用中止的除外情形

184. 为确保透明度和可预测性，十分可取的做法是，破产法应明确确定拟列入中止范围或具体排除在中止范围以外的行动，而不论启动这些行动的人是谁，是无担保债权人（包括优先债权人，如员工、法定留置权持有人或政府）、第三方（如由债务人占有或使用或由债务人占用的财产的出租人或所有人），还是有担保债权人或其他当事人。除外情形可包括：抵消权和资金合同的净额结算（见第二章 G 节）；为保护公共政策利益而进行的诉讼，例如遏制对环境的损害或有损公共健康或安全的活动；为防止滥用而进行的诉讼，例如利用破产程序掩盖非法活动；为保全对债务人的债权而启动的诉讼；就涉及人身伤害或家庭法的债权而针对债务人提起的诉讼。<sup>34</sup>对于针对债务人的赔偿额可能极大的债权，例如大规模侵权行为损害赔偿债权，宜将此类债权列入中止的范围之内。

#### (c) 有担保债权人

185. 关于受中止影响的权利的范围，各国破产法所作规定有很大的不同。关于适用中止以暂停或阻止启动无担保债权人针对债务人或其资产的行动的必要性，几乎没有争议。不过，对有担保债权人适用中止可能较为困难，而且需要权衡一些相竞利益。这包括在有担保债权人对设押资产的权利上尊重他们在破产前取得的优先权；尽量减少中止对设押资产的价值的影响；为全体债权人实现资产价值最大化；以及在重组情况下确保将有生存能力的债务人成功重组所必需的一切资产置于破产程序的控制之下。

186. 债权人通常要求为保护其权益而出具担保，以防债务人无法偿债。要使担保达到这一目的，可以这样说，破产程序启动时不应延误或阻止有担保债权人

<sup>33</sup> 例如，《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20(3)条规定，对启动或继续针对债务人的个别诉讼或程序适用中止，不得影响必要时为保全一针对债务人的债权而启动个别诉讼或程序的权利。

<sup>34</sup> 举例来说，有些法域将履行不影响破产财产的债务人的债务，例如对于涉及家庭法的案件，允许家长出庭，排除在适用中止的范围以外。

立即实现其对设押资产的权利。归根结底，有担保债权人是以担保换取可反映担保权益信赖度的价值。因此，对于采取任何将会降低有担保债权人收债能力的确定性和减损担保权益价值的措施，例如对有担保债权人适用中止，可能都需要认真加以考虑。这样一种措施最终不仅有损于当事方在其商业往来中的意思自治和遵守商业交易的重要性，而且不利于获得费用可承受的信贷；担保权益提供的保护一旦下降，信贷价格就会上升，以抵消更大的风险。有些破产法作为替代中止的一种办法，把有担保的债权人排除在中止范围以外，这种破产法强调鼓励债务人和债权人在启动程序之前进行谈判，以便对程序的进行方式达成一致意见。

## (一) 重组

187. 然而，越来越多的破产法承认，在许多情况下，允许有担保债权人随意执行其对设押资产的权利尤其在重组中可能不利于实现破产程序的基本目标。为此原因，在服从某几类保护的情况下应将其列入中止的范围之内。应予以指出的是，银行和其他金融机构在根据“伦敦做法”等规则进行的自愿重组谈判中日益接受暂停（见第一部分第二章），可能是有担保债权人日益接受在破产法规定的程序中对其适用中止的部分原因。

188. 关于在清算程序中如何对有担保债权人适用中止的问题，破产法采取了不同的做法。作为一般性原则，如果破产代表的职能是收回并变现资产，以分红方式将变现所得分配给债权人，就可允许有担保债权人自行执行其对设押资产的权利以清偿其债权，同时不影响对其他资产的清算。因此，有些破产法把有担保债权人排除在中止范围以外，其根据是，当资产需作清算时，将更多地考虑允许有担保债权人强制执行其债权。不过，即便是采用这样的做法，如果对有担保债权人适用中止可使破产代表取得较好的结果，为所有债权人的集体利益而最大限度地实现财产价值，则可能仍需保持一定的灵活性。如果在清算程序中能将企业作为经营中企业出售，这一点可能就尤为重要了。对于即使以零敲碎打的方式出售资产，但仍需要有些时间就出售作出安排，从而给所有无担保债权人提供最大回报的某些情形，这一点或许也可适用。

189. 如果把有担保债权人包括在中止范围内，破产法可以采取一些措施，确保有担保债权人的利益不会因中止而减少。这些措施可以包括规定中止的期限，保护设押资产的价值，支付利息，另外还可以规定，如果设押资产未得到充分保护或者其并非出售整个企业或其中有经济效益的部分的必要条件，则可以规定免于中止。<sup>35</sup>

<sup>35</sup> 担保交易制度对担保权益的成立规定宽限期的，还必须考虑破产法是否应承认该宽限期并列入对有担保债权人免于适用中止的除外规定，以便使担保权益在可适用的情形下能够成立（见《贸易法委员会担保交易立法指南》）。

#### 4. 中止的酌情适用或自动适用

190. 中止的适用的一个初步问题是，中止究竟是（根据破产法）自动适用还是经法院酌定后适用。当地的政策考虑和各种因素，如可靠金融信息的可获性和债务人及债权人利用具有破产经验的独立司法人员的能力等，可能会影响关于这一问题的决定。在酌定基础上适用中止，便于根据具体案件的需要（包括债务人、债务人的资产及其债权人以及适用中止的时间）适用中止，避免不必要地适用中止和不必要地干涉有担保债权人的权利。然而，这种做法有可能会因法院审理有关问题而造成迟延；使中止最终可予以适用的债权人和第三方当事人所处情形无法预测；可能会造成有必要拟订临时措施等某种机制，以便就法院对中止的适用作出决定前的阶段作出安排；以及规定必须就中止的适用发出通知。但是，为了最大限度地减少延误，协助实现资产价值的最大化，确保破产过程公平有序和具有透明度、可预测性而提出的一种替代做法或许是规定（在申请或程序启动时）中止可自动适用于具体指定的行动，经法院酌定可扩大该中止范围而适用于其他行动。《贸易法委员会跨国界破产示范法》采用了这种做法：第 20 条规定了在承认了外国主要程序时将自动中止的诉讼类型，而第 21 条列举了经法院酌定在承认后可下令给予额外救济的范例。自动中止是当代许多破产法制度的一个特征，并且可以同允许在指定情形下给予救济的条文一并予以使用。

#### 5. 中止的适用时间

191. 与适用中止有关的另一个问题是在清算程序和重组程序中适用中止的时间。基本上有两种做法。第一种做法是，就启动程序而言，自提出申请之时起适用中止，第二种做法是，自启动程序之时起适用中止，但规定了涉及从申请至启动期间的临时措施。

##### (a) 具体规定中止生效的准确时间

192. 作为一个初步问题，无论是参照申请时间还是参照启动时间来自动适用中止，破产法都应涉及中止生效的确切时间问题，以确保尤其在付款方面对破产财产加以保护。在这个问题上存在着不同的做法。有些法律规定中止从法院决定启动程序时开始生效，另有法律规定中止从公布关于启动的决定时开始生效，还有一些法律规定，中止具有追溯效力，从下达启动令当天的第一小时开始。当中止对提出启动程序申请有影响时，也存在着类似的不同做法。无论采取哪一种做法，破产法均应载有一条明确的规则。

##### (b) 从提出启动申请之时起适用

193. 关于中止应予生效的起始时间，一种做法是，从提出清算或重组程序申请时开始适用中止，而不论申请是由债务人还是由债权人提出。这种做法可免去从提出申请至启动程序期间考虑提供短期或临时保护措施的必要性的问题，但将要求在若干实际问题尚不一定清楚的情形下，尤其是尚未弄清债务人是否符合启动

标准的情形下适用中止。为了相应地防范在这种情形下出现滥用的可能性，如果采取这种做法，就宜将加速寻求免于适用中止的明确程序列入破产法。

### (c) 从启动之时起适用

194. 关于适用中止的最为常见的做法是在启动程序时适用中止，条件是，届时有关资格、管辖权和符合启动标准的问题已得到解决，而且显然应该启动程序而不是拒绝申请。

### (一) 临时措施

195. 有些破产法规定，在启动时适用中止的同时还应采取涉及启动至申请期间的临时性补充措施，以便保护债务人的资产或债权人的集体利益。即使很快作出启动决定，债务人这一期间的经营状况仍有可能发生变化，而且存在着债务人资产流失的可能性——债务人难免要把资产从企业中转移出去，而债权人知道债务人提出申请后则可能对债务人采取补救行动，预先防范程序启动时可能实行的任何中止所产生的后果。如果在这种情形下不提供临时措施，就无法实现破产程序的目的。如同大多数临时措施，救济需要通常必须是迫切的需要，并且必须大于这类措施可能造成的伤害。

196. 破产法准予采取临时措施的，也应规定由法院定期审查并在必要时延长临时措施的期限，破产法应述及在启动破产程序时这种措施的情况。在许多情形下，程序启动后不必继续适用临时措施，因为这些措施将被启动时自动适用的措施所取代。然而，如果在启动时自动适用的措施未提供某种类型的救济，而在启动后仍然需要这种救济，法院在适当情形下可延长这种临时措施的适用期限。

### (二) 临时措施的类型

197. 可以根据债务人、债权人或第三方的申请，也可以由法院自行下令采取这些临时措施。这些临时措施可包括：指定临时破产代表或其他人（不包括债务人）管理或监督债务人经营的业务，并保护债权人的资产和利益；禁止债务人处分资产；控制债务人的部分或全部资产；暂停债权人对债务人强制执行担保权；中止债权人针对债务人资产的任何行动，例如由有担保债权人或留置权持有人采取的此种行动；或者防止债权人强行索债而启动或继续进行个别诉讼。如果破产代表是作为临时措施而获得任命的，其权限可能不如在启动程序时任命的破产代表大，其职能可能会局限于保护债权人的资产和利益。举例说，可能赋予其在企业正常经营过程中使用和处分债务人资产以及全部或部分变现这些资产的权力，以便保护和保全那些因本身的性质或其他因素而属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的资产的价值。无论如何，可能必须确定破产代表和债务人之间在经营债务人企业方面责任的分工，同时铭记当时尚未确定破产程序是否启动。如果未启动破产程序，就可能会对债务人的企业或债权人

的权利造成巨大伤害。一般来说，除非法院有所限制，否则债务人可继续经营其企业并在企业正常经营过程中使用和处分资产。

### (三) 证据要求

198. 由于这些措施是临时性的，而且是在法院确定启动标准已经达到之前准许的，法律可以要求使法院确信存在着债务人满足启动要求的某种可能性。如果申请措施的当事人不是债务人，法院可以要求申请人出具证据，证明有必要采取措施保全债务人资产的价值或避免资产的流失。在这种情况下，为防止事后未启动程序，或者所请求采取的措施对债务人的企业造成某种伤害，或许还需要就可能造成的费用、服务费损失提供某种形式的担保，例如交付押金。如果以不当手段争取到临时措施，则宜允许法院判定申请人承担该措施造成的费用、服务费和损失。

### (四) 临时措施申请通知和临时措施令通知

199. 破产法还可能需要考虑就临时措施申请和临时措施令提供通知（包括这些措施开始适用时间）以及该通知需送达哪些当事人的问题。作为一般原则，应该就临时措施申请向债务人提供通知并为其对申请提出质疑提供机会。只有在非常情形下才可免于向债务人发出通知，允许受理单方面提出的申请。尽管许多法律均允许单方面提出临时措施的申请，但允准此类申请的前提通常是申请人就费用和损失提供担保，并且能够证明存在着必不可少的紧迫性，即，如果申请人必须按照需要提前多天提供通知<sup>36</sup>的惯常程序争取所请求的措施就会造成无法弥补的伤害。然而一旦单方面发出临时措施令，债务人通常有权获得该临时措施令的通知并且应该享有提出申述的机会。考虑到有必要避免在事后未启动破产程序的情况下给该程序所针对之债务人造成不必要的损害，可能需要将临时措施令通知仅提供给受该命令直接影响的那些当事人。

### (五) 免于适用临时措施

200. 如果临时措施所针对者的权益因适用措施而受到损害，可能应免于适用临时措施，例如修改或终止临时措施。宜免于适用的情形的例子包括涉及易腐货物的情形以及与保全对债务人和对有担保债权人的债权的价值有关的行动（见下文第 206 段）。在准予此类免于适用的同时必须平衡兼顾对一般债权人和债务人的资产有可能造成的损害。可根据受影响当事人的申请、破产代表的申请或由法院自行动议而免于适用临时措施。并通常要求向修改或终止所影响的人提供通知并向其提供对修改或终止提出质疑的机会。

<sup>36</sup> 见贸易法委员会关于支持仲裁的临时措施的文件：A/CN.9/WG.II/WP.119 号文件[2001 年年鉴，第二部分]。

## 6. 中止的适用期限

### (a) 无担保债权人

201. 许多破产法规定中止在整个清算和重组程序期间均适用于无担保债权人。在清算中，这通常是指完成对资产的清算和程序的终结。在重组中，有些法律规定，在重组计划得到批准并且生效时程序终结，而另有一些法律将程序的终结延至计划得到充分实施之后。将中止的申请如此滞后或许是不必要的，其依据是重组计划应涉及将受所批准的计划约束的无担保债权人的债权。

202. 在上文所述关于保全债权价值等特定情形下可以对无担保债权人免予适用中止（见上文第二章，B.3(a)）。

### (b) 有担保债权人

#### (一) 重组

203. 中止宜有充分的时间适用于有担保债权人以确保以有序的方式进行重组，而不会在重组完成之前把资产分离。为了避免迟延并鼓励迅速完成程序，有利的做法是，将中止的适用期限限制在重组计划生效所需要的合理时间期限内，以避免中止适用期限不确定或过长，但前提条件是不允许适用期限持续数年而计划却未提出并获得批准。这种限制可能还有一个好处，就是可以让有担保债权人在一定程度上确切地预测对其权利进行干涉并在计划中对待此类权利的时间期限。否则的话，可明确规定固定的期限。在确定固定期限上所遇到的困难是，该期限并不总是足够长，这取决于重组的规模和复杂性以及所需要的计划，而且这一期限可能难以实施。解决办法可能包括，确定明确的时限，而且有可能加以延长（见下文），或规定在某些情形下免予中止（见下文）。破产法的总体构想应鼓励程序迅捷有效地取得进展，以便能够尽量缩短对有担保债权人适用中止的期限，尤其是在重组过程中。

#### (二) 清算

204. 破产法就在清算中对有担保债权人适用中止问题做法不一。对有担保债权人适用中止的破产法中，有些破产法所采取的做法是，清算程序启动时对有担保债权人自动适用中止，但期限很短，有 30 天或 60 天不等。破产代表可以利用这段时间履行职责并清点破产财产的资产和负债，并确定对资产实现清算的最佳手段。在设押资产对企业作为经营中企业出售至关重要的情况下，有些法律规定可以延长中止的适用期限，超过规定期限。然而，如果出售企业不需要设押资产，就可解除中止（见下文）。另一种做法是，在整个清算程序期间对有担保债权人适用中止，但如果证据表明设押资产的价值已受到侵蚀，无法予以维持，法院可以下达解除令。

## 7. 中止期限的延长

205. 当中止在一规定期限内适用时，法律可以列入关于延长中止期限的条文。有些国家的经验表明，延长中止的期限是作为例行公事办理，结果造成中止的期限延长数年之久，从而最终使程序的目的无法实现，摧毁了债权人最初可能得到的任何价值。为避免出现这种情形，破产法宜对期限可否延长订立明确的规则，对可提出申请的当事方和准予延长的理由加以限制。举例说，如果能够证明需为实现价值最大化而延长中止期限（例如，有相当的把握能够把债务人或债务人企业单位作为经营中企业出售），则由破产代表提出申请即可延长中止期限，条件是有担保债权人的权益不会遭到损害。为了提供额外的保护和避免中止适用期限不定或过长，破产法宜对中止的延长期限，并且视可能对予以延长的次数作出规定。

## 8. 对有担保债权人的保护

206. 如上文所示，有担保债权人被列入中止范围的，破产法可采取某些措施以保护其权益。除限制中止的期限外，这些措施还可以包括对解除中止作出规定，采取各种措施以确保如果担保债权的价值大于或接近设押资产的价值，就应保护设押资产的价值免于因资产的使用或中止的适用而减损。由于这些措施互有联系，破产法宜采取前后一致的做法。举例说，如果中止的适用期限较短，法律可能就不必要求对设押资产的价值加以保护。然而，如果中止的适用期限很长，相对于保护资产的价值，解除中止可能是一种更具成本效益的补救办法，但前提条件是资产并非为程序所必需。当然，也可通过下述手段更为全面地保护有担保债权人的权益：就设押资产的使用和出售征询其意见；在资产收益允许的范围内支付利息；在资产价值少于担保债权时接管资产。关于这些措施的讨论情况见下文各节。在考虑为设押资产的价值提供保护的做法的可取性时，或许还需权衡一下这些措施的潜在复杂性和费用，以及是否需由法院就保护问题作出困难的商业决定。如果提供保护，则破产法似宜提供指导，以确定对债务人的资产持有某种类型担保权益的债权人何时以及以何种方式有权获得下文所述的各类保护。

### (a) 中止的解除

207. 在清算和重组程序中可能会出现宜规定可允许中止的解除的情形。有担保的债权人可以向法院提出解除中止的申请，或可以允许破产代表（不经法院批准）解除对担保的中止。有关的情形可包括：有担保债权人的债权价值超过设押资产的价值；有担保债权人未得到防止设押资产价值减损的保护；提供保护可能行不通或将给破产财产带来过重的负担；重组或在清算过程中将企业作为经营中企业出售不需要设押资产；为保护或保全易腐货物等资产的价值需要解除中止；或在重组中，计划未在可适用的任何时限内获得批准。

208. 如果准予解除中止，破产法可规定将设押资产移交给有担保债权人，届时资产将不再是破产财产的一部分，有担保债权人可自行执行其权利。有些破产

法可能会要求破产代表决定究竟将资产移交给有担保债权人还是放弃资产。这两种备选办法之间的区别可能会涉及到破产财产的费用问题。举例说，如果资产系一部大型设备，将其移交给债权人可能需要将运费计作破产财产的支出，而放弃的话，则由债权人负担搬运费用。

209. 虽然解除中止的规定主要是为了保护有担保债权人的权益，但也有一些破产法规定可以对无担保债权人解除中止。例如，在破产法不允许提出或继续提出债权的那些情形中就可以这样做，以便允许在另一诉讼地确定债权（因为诉讼可能已经在那里充分展开，让它在那里完成效率将更高），或者允许对债务人的保险人提出债权。

## **(b) 对价值的保护**

210. 有些破产法订有具体目的是通过着眼于在中止期限内保持附担保债权的经济价值（在有些法域中称为“充分保护”）来处理中止对有担保债权人的负面影响的规定。

### **(一) 保护设押资产的价值**

211. 对于破产财产能够维持设押资产的价值，有几种做法。一种做法是保护设押资产本身的价值，但在清算时把出售设押资产的收益按其债权中附担保部分直接分给债权人。这种做法可能要分若干步骤进行。

212. 在中止期间，设押资产的价值有可能会减少。由于在最后分配时有担保债权人享受优先权的范围将受到设押资产的价值限制，这类贬值会不利于有担保债权人。有些破产法规定，破产代表应当向有担保债权人提供保护，避免其价值缩减，为此要么提供附加资产或替代资产，要么按价值缩减的数额给予定期现金付款。只有在设押资产价值低于附担保债权的数额时才有必要采取这种做法。如果担保价值超出债权，在担保的价值变得不足以支付附担保债权以前，有担保债权人不会因价值的减损而受到损害。在有些按上文所述保护设押资产价值的国家中，还允许在中止期间支付利息，以补偿由于程序而造成迟延。然而，利息的给付可能会局限于设押资产的价值超出附担保债权价值的情形。否则的话，给迟延提供的补偿可能会耗尽可供无担保债权人分配的资产。这种做法可以鼓励放款人寻找能充分保护其债权价值的担保。

### **对设押资产的估价**

213. 保护设押资产的价值这一概念的关键之处在于有一个用于确定这些资产价值的机制，以便使法院能够确定可否向有担保债权人提供并提供多少救济，从而避免设押资产的价值在程序进行期间有所缩减。这可能是一个复杂的问题，涉及到应该在什么基础上进行估价（例如，究竟是经营中企业的价值还是清算价值），进行估价的当事方和启动日期等确定价值的相关日期，同时规定进行不间断的审查。一种做法是至少首先通过当事方（债务人或破产代表和有担保债权人）的约定而确定对价值的评估方法。另有一些法律采取了偏重法院

的不同做法。例如，法院不亲自进行评估，而是指明确定价值的方式，可以由有关专家具体负责价值的确定。为此，破产法应载有可作为估价基础的明确阐明的原则。另一种做法是，在破产代表对价值作出初步估计或评价后可以由法院在证据的基础上确定价值，这种证据可以包括对市场，市场情况及专家证词的研究。有些法律要求通过出售方式由市场估价资产，即通过投标或拍卖而获得市场对资产的最高出价。这种估价方法更适用于破产代表对破产财产的资产的处分，而不太适用于保护设押资产或担保债权的价值（见下文）。估价还适合在启动时对所有资产和负债进行登记并编写债务人财务状况净余额表的做法（见第五章，A.3(b)(三)）。

214. 在某些清算情形中，破产代表可能认为有必要动用或出售设押资产（见第二章 C），以实现破产财产价值的最大化。举例来说，在清算中，如果破产代表认为破产财产实现价值最大化的最佳途径是在短期内继续经营其企业，那么破产代表可能希望把已经部分设押的库存品卖掉。同样在重组程序中，将类似性质的设押资产卖掉以提供所需的流动资金可能符合破产财产的根本利益。因此，对于以维持设押资产的价值的方式来保护有担保债权人的情形，破产法似宜允许破产代表作出选择，要么为债权人提供等值的替代担保，例如对另一资产或出售设押资产的收益的替代留置，要么直接或通过商定的缴款计划全额付清为附担保债权提供担保的资产的价值。其他做法偏重于使用出售设押资产的收益（见第二章 C）。一种方法是由法院阻止破产代表现在或将来使用这些收益。另有一些法律准许对有担保债权人免于中止，以便就此类收益寻找个别补救办法，或在有担保债权人或法院未授权使用此类收益的情况下，要求债务人、其管理人员或破产代表本人对收益额负有责任，或规定此类债务不得免除。

## (二) 保护债权附担保部分的价值

215. 保护有担保债权人权益的第二种做法是保护债权中附担保部分的价值。程序启动后立即估价设押资产的价值，并据此确定债权人的债权中附担保部分的数额。这一数额在整个程序期间固定不变，清算后进行分配时，有担保债权人在这一数额范围内获得第一优先债权。在实施程序期间，有担保债权人还可按合同约定的利率获得债权中附担保部分的利息，以补偿实施程序造成的延误。

## 9. 对债务人处分资产的限制

216. 除了针对债权人和第三方的行动的保护破产财产的措施之外（如上文所示，见第二章，A.2(e)），破产法通常还采取一些措施，目的是限制债务人处理破产财产中的资产的范围。这些措施通常在程序启动后适用。但在有些情形下，也可适用于申请启动至启动本身的阶段。举例说，如果在启动程序以前作为一项临时措施指定临时破产代表，债务人可能要受到该破产代表的监督或管制，并对如何处理其资产通常享有有限的权利。有些破产法规定，只有在债权人提出申请的情况下这一适用期才有可能成立，因为债务人提出申请程序即自动启动。

217. 对于在破产程序启动后任命破产代表的情形，许多破产法规定，债务人要么丧失其对破产财产的所有控制，并且在启动后无法订立任何交易，要么在企业日常经营方面享有不间断但有限的权力，并且只能够在企业正常经营过程中订立交易。出售大笔资产等不属于这一类型的交易可能需要破产代表、法院或在某些情形下债权人的批准。<sup>37</sup>

218. 如果债务人在申请至启动阶段或在启动后订立未经许可的交易，总的效果是所转让的任何财产应当退还破产代表，由此产生的任何义务均不能对破产财产执行。然而，可能要考虑到交易对应方的情况，尤其是如果该当事方本着善意订立交易并且按所收到的货物的实际价值付款的话。为此原因，有些破产法规定这些交易在某些情形下是有效的。举例说，这些情形可包括所转让的是不动产，并且转让发生于有关的登记处发出破产程序启动通知之前或者持有债务人某些资产的第三方本着善意将这些资产转让给另一方并且对破产程序的启动毫不知情。尽管其目的是保护无辜的第三方，但列入这一条文可能减少本来可以提供给债权人的资产。为此原因，如果必须将此类条文列入破产法，其范围不宜过宽。由于在启动和通知启动之间出现的延迟对此类转让的发生至关重要，启动通知要求务必有利于切实尽早地提供通知（见第一章 B）。

219. 有些破产法在关于撤销程序的条文（见第二章 F）中涉及债务人在从申请至启动期间未获破产法、破产代表、法院或债权人（根据需要）授权而订立的合同和实施的交易，并且将嫌疑期的适用追溯到程序启动之时。

## 建议

### 立法条文的目的

关于保护和保全破产财产的条文的目的是：

- (a) 确定可确保资产的价值不会因债务人、债权人或第三方的行动而减少的措施；
- (b) 确定这些措施的范围及其适用的当事方；
- (c) 确定这些措施适用的方法、时间和期限；
- (d) 确定免于适用这些措施的理由。

<sup>37</sup> 关于这些交易其他方面的讨论情况见第二章，A.2(e)、第二章 C 和第二章，E.7。

## 立法条文的内容

### 临时措施<sup>38</sup>

(27) 法律应规定，法院可在需要给予救济以保护和保全债务人资产价值<sup>39</sup>或债权人的权益价值的情况下应债务人、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，<sup>40</sup>其中包括：

(a) 中止针对债务人的资产的执行、包括担保权益的[成立][使担保权益对第三方有效的行动]或担保权益的执行；

(b) 把管理或监督债务人企业的工作，包括在企业正常经营过程中动用和处分资产的权力，委托给破产代表或由法院指定的其他人员<sup>41</sup>；

(c) 把债务人的全部或部分资产的变现委托给破产代表或由法院指定的其他人员，以便保护和保全那些因本身的性质或其他因素而属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的债务人资产的价值；以及

(d) 在程序启动时自动予以适用的任何其他救济。

### 与临时措施有关的赔偿

(28) 法律可规定，法院有权：

(a) 要求临时措施申请人提供赔偿，并且酌情支付费用或服务费；或

(b) 就临时措施的申请规定处罚办法。

### 债务人和破产代表之间权利的平衡

(29) 法律应明确指明债务人和作为临时措施而获得任命的任何破产代表之间权力和义务的平衡。在申请启动破产程序到启动这些程序这一期间，债务人有权继续经营其企业，在企业正常经营过程中动用和处分资产，但法院作了限制的除外。

<sup>38</sup> 这些条款照用了《跨国界破产示范法》中的相应条款。见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第19条。

<sup>39</sup> (a)款至(c)款使用资产的提法目的是将其局限于属于破产财产资产。

<sup>40</sup> 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。

<sup>41</sup> 建议(27)(b)和(c)中“其他人员”这一用语并不打算包括债务人。

## 通知

(30) 法律应规定，除非法院对发出通知的必要性作了限制，或规定没有此类必要，应向其权益受下述各项影响的那些当事人发出适当的通知：

(a) 临时措施申请或临时措施法院令（包括审查、修改或终止的申请）；  
及

(b) 在启动时适用的补充措施法院令，除非法院对发出通知的必要性作了限制或规定无此必要。

(31) 法律应规定，如果未[在规定的天数内][经紧急申请][在合理的期限内][迅速]<sup>42</sup>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就是否继续免予适用中止而申述。

## 修改或终止临时措施

(32) 法律应规定，法院可根据自己的动议或应破产代表、债务人、债权人或受临时措施影响的其他任何人的请求审查、修改或终止这些措施。

## 在启动时终止临时措施

(33) 法律应规定，在启动时适用的措施生效以后，临时措施即予终止，除非法院决定这些措施可予以继续生效。

## 启动时适用的措施

(34) 法律应规定，破产程序一俟启动：<sup>43</sup>

(a) 涉及债务人的资产、及债务人的权利、义务或负债的个别诉讼或程序<sup>44</sup>的启动或继续即予中止；

(b) [担保权益的成立][使担保权益对第三方有效的行动]或担保权益的执行均予中止；<sup>45</sup>

(c) 针对破产财产中的资产的执行或其他强制执行即予中止；

<sup>42</sup> 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。

<sup>43</sup> 这些措施通常自下达启动令之时起生效。

<sup>44</sup> 参见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 20 条。建议(34)中(a)项所提及的个别诉讼，其用意还在于包括向仲裁庭提起的程序。然而，在本国以外的所在地进行仲裁等情形下，并不总是有可能自动中止仲裁程序的。

<sup>45</sup> 担保交易制度对担保权益的成立规定宽限期的，则必须考虑破产法是否应承认该宽限期并列入对有担保债权人适用中止的除外情形，以便使担保权益在可适用的情形下能够成立，这一点应当加以考虑（见《贸易法委员会担保交易立法指南》）。

- (d) 对方终止与债务人的任何合同的权利即予中止；<sup>46</sup>及
- (e) 对破产财产中任何资产的转让、设押或其他处分的权利即予中止。<sup>47</sup>

### 适用中止的除外情形

(35) 法律可允许在建议(34)下有免于适用中止或暂停的除外情形，如果作出此类规定，则应明确说明这些除外情形。建议(34)(a)款不应影响为保全对债务人的债权而需启动个别诉讼或程序的权利。<sup>48</sup>

### 启动时可供采用的额外措施

(36) 法律应规定，法院可在启动时适用的措施外，再给予额外的救济。<sup>49</sup>

### 程序启动时自动适用的措施的适用期限

(37) 法律应规定，破产程序启动时适用的措施在整个破产程序中始终有效，直至发生下述任何一种情形：

- (a) 法院准许免于适用这些措施；<sup>50</sup>
- (b) 在重组程序中，重组计划生效；<sup>51</sup>
- (c) 对于清算程序中的有担保债权人，法律规定的固定期限届满，<sup>52</sup>除非表明下列情况，法院将这一期限再次延长：
  - (-) 有必要延长期限，以便为债权人的利益实现资产价值的最大化；及

<sup>46</sup> 参见第二章，D(2)(9)。如果合同规定的终止日期恰巧在破产程序启动以后，本建议无意排除此种合同的终止。

<sup>47</sup> 对转让、设押或以其他方式处分破产财产中资产的权利作出的限制，在下述情况下可有例外：债务人企业获准继续经营，而且债务人可在正常营业过程中转让、设押或以其他方式处分资产。

<sup>48</sup> 参见《贸易法委员会跨国界破产示范法颁布指南》第 20(3)条和第 151-152 段。如果在确定债权额问题上出现分歧，可要求法院考虑是否能免于中止，以便能够为此目的而启动诉讼或程序。

<sup>49</sup> 可予以提供的额外救济将取决于具体法域所规定的哪一类措施以及除启动时适用的措施外，在具体的破产程序中什么措施可能是适宜的。

<sup>50</sup> 应当以建议(38)所列的理由为根据准许免于适用。

<sup>51</sup> 视破产法的要求而定，在债权人批准或法院确认以后，计划可以生效（见第五章 A 中的建议）。

<sup>52</sup> 用意是中止只应在短期内适用于有担保债权人，例如，30-60 天，破产法应明确说明适用期限。

(二) 有担保债权人将得到保护，以防范设押资产价值的缩减。

### 免于适用程序启动时适用的措施

(38) 法律应规定，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) 设押资产并不为将来可能进行的债务人企业的重组或变卖所需要；
- (b) [附担保债权的价值超过设押资产价值的，]设押资产的价值正在缩减，并且未对有担保债权人提供保护以防范该价值的缩减。
- (c) 在重组中，计划未在任何可适用的时限内获得批准。

### 防范设押资产的价值缩减

(39) 法律应规定，有担保债权人可以要求法院提供保护。如果设押资产的价值未超过附担保债权，或如果在采取启动时适用的措施期间设押资产价值缩减，不足以偿付附担保债权，保护可包括：

- (a) 由破产财产支付现金；
- (b) 提供附加担保；或
- (c) 法院认定的其他此种方法。

## C. 资产的使用和处分

### 1. 导言

220. 虽然作为一项普遍原则，可取的做法是破产法不对第三方的所有权或者有担保债权人的权益作不适当的干预，但破产程序的进行将常常要求继续使用或者处分（包括通过设押）破产财产中的资产和债务人占有的、债务人经营中正在使用的资产，以便能够实现特定程序的目标。这在重组中特别重要，但在将企业作为经营中企业出售的清算中也很重要。另外它在这样一些清算情形中可能也有意义：在清算程序中，需要企业继续经营一段较短时期，以便能够即使在分批出售资产的情况下也尽量增加这些资产的价值。出于这些原因，较可取的是在破产法中列入关于使用或者处分破产财产中的资产（包括设押资产）和第三方所拥有的资产的规定，论述使用这些资产的条件和对第三方所有人和有担保债权人权益所提供的保护。在拟订这些规定时可能应指出的是，其他法律可能会影响在发生破产时使用这些权力。禁止或限制外国对某些经济部门享有所有权的法律，可能在实践中会限制某些资产所获得的价格，并从而对债权人分配这些资产。

## 2. 破产财产中的资产

### (a) 正常经营过程

221. 关于破产财产中资产的使用和处分，有些破产法按谁可以行使这些权力和所要求的保护来区分在正常经营债务人企业过程中行使这些权力与在其他情形下行使这些权力。例如，在正常经营过程中使用和处分财产的决定可以由破产代表作出，<sup>53</sup>无须向债权人发出通知或经法院听审。而对于正常经营过程以外的使用和处分，可能需要法院或者债权人的批准。有些法律将这些使用权和处分权扩大至提供给受破产代表监督或管制的债务人或实际占有的债务人。

222. 通过使用任命标准，包括提供担保函这种为许多破产法所采纳的做法（另见第三章 B）和述及破产代表的责任的其他措施，均可顾及就破产代表行使使用权和处分权所持的任何关切以及滥用职权和挪用公款的可能性。

223. 破产法对在正常经营范围内外所作的处分加以区分可有助于在重组中和在作为经营中企业出售的清算中不中断企业的日常业务，同时又不会产生为开展日常活动而争取法院批准的复杂性。由于非日常的处分需要获得批准，因此可以防范有关当事方处分资产等滥用职权的情况。然而，破产法必须就什么构成日常经营过程中的交易提供明确的指导，以便避免产生纠纷并确保程序的进行迅捷有效（关于什么构成日常经营过程中的行动的论述，见第二章，F.2）。

224. 有些破产法还按可以如何使用资产以及将适用什么条件来区分各类不同的资产。例如，可以对不迅速出售价值就会很快消失的易腐资产或其他资产或者现金或者由债务人与他人共同持有的财产或者由债务人在不违反担保权益的情况下持有的财产适用特别规定。

### (b) 出售的方法

225. 如要出售破产财产中的资产，无论由哪一个当事人对出售进行监督，所选定的出售方式均应尽量提高破产财产的价值，并且债权人应当收到适当的出售通知，从而如果其不赞成就能够在法院对出售提出质疑。为达到这些目的可以采取不同做法。许多破产法要求以公开拍卖的形式出售资产，而有些破产法规定债权人委员会或者其他某个债权人代表或者破产代表可以批准其他一些出售手段，例如私下订立合同，只要可以获得更多利润即可。

226. 如上所示，有些破产法将在正常经营过程中出售的权力赋予破产代表，并规定有责任获得出售时可以合理获得的最佳价格。这些法律中有些还对破产代表选择出售方法的酌处权规定了限制。如果破产代表选择私下而不是通过公开拍卖的形式出售资产，法律将要求应当由法院对出售进行充分的监督，或者由

<sup>53</sup> 破产代表对这些权利的行使取决于破产法对该职位的职能所作的规定，举例说，如果破产代表发挥受托人或监督人的作用，则其对这些权利的行使受到了限制，此外，其权利的行使还取决于在启动破产程序之后，尤其在重组中赋予债务人和破产代表的相对职能（见第三章 A 和 B）。

债权人予以具体批准。另外一些破产法规定法院在资产的出售中发挥重要作用，由法院确定出售的时间、形式和条件；破产代表起次要作用：收集报价和征求债权人的意见。有些破产法还处理这样一些问题：出售给某一债权人以抵消该债权人的债权，将由某一第三方占有的债务人的任何资产以合理的市场价格出售给该第三方。如果资产由于属于易腐的、易贬值的或处于危险之中的资产其价值可能迅速下跌，实际上可能很难迅速得到债权人或法院的通知和/或批准。在此类情形下，法律宜规定不需要事先批准。如果可以在完成出售后加以确认，造成有可能因随后产生的合同不确定性而推翻或变更出售（欺诈或共谋的情形除外）是不可行的，鉴于资产本身的性质，对任何转售的可能性都须打折扣。

227. 虽然可以建议破产法应当专门排除向有关联的当事方出售资产的做法，以便避免冲突，但只要出售受到充分的监督并在允准出售之前受到严格审查以避免欺诈和共谋，似无必要对这种出售加以绝对禁止。为进行此类监督和审查，可能需要在资产评估和披露经营业务关系方面提高标准。

228. 尽管可以预计在破产程序中出售的资产的售价低于在通常市场情况下出售的类似的资产，但是破产法可以在程序方面采取若干保护措施，以确保程序的公平，尽最大可能争取高售价，并且从总体上确保处分资产的过程具有透明度，并且广为告之。这些保护措施包括以能够确保通知可引起有关当事方注意的方式向债权人和未来的买方发出通知；允许债权人（酌情向破产代表或法院）提出其异议或关切；（尤其对于房地产和专门的财产）要求由中立、独立的专业人员对资产进行估值；对于拍卖，要求具备预先出价人资格并酌情报出最低价格，防止并惩治出价人之间的共谋。

### (c) 设押资产的使用或处分

229. 破产法需要涉及设押资产的使用或处分（除进一步设押外）问题，特别是破产代表还是有担保债权人有权力出售这些资产的问题。一般来说，所采用的做法将取决于破产法是否将有担保资产包括在破产财产内；如果不包括在内，有担保债权人通常将可自行执行其担保权益。当设押资产属于破产财产的一部分时，各国破产法对这个问题采取不同的做法，在某些情形下，究竟采取什么做法取决于破产法中其他规定以及其他法律的适用，例如中止的适用（在中止适用期内，只有破产代表能够处分资产），以及取决于在不牵带任何权益的情况下能否自由出售设押资产。还可能取决于拟议出售的性质，即是作为单独资产还是作为出售经营中企业的一部分出售。例如，有些破产法规定，只有破产代表能够无论是在清算还是在重组中处分这种资产。另有一些法律对清算和重组加以区分；在重组中只有破产代表能够处分这种资产，而在清算中这种能力是有时间限制的，一旦破产代表的专属权期限届满时，有担保债权人可以行使其权利。无论采取哪一种做法，破产法都应列入向有担保债权人发出通知和其有机会提出异议的要求。然而，如果债权超过了资产的价值或资产不为程序的进行所必需，则可允许破产代表未经通知将设押资产让与有担保债权人。

230. 破产法还应概述在不违反现行担保权益的情况下对资产进一步设押的条件，其中最普通的条件是，对于其债权有担保的部分，原已存在的有担保债权人享有优先于任何新的有担保债权人的权利（见第二章，D.3）。

**(d) 破产代表在不牵带任何权益的情况下出售资产的能力**

231. 有些破产法规定，破产代表能够在不牵带任何权益包括担保权益的情况下出售破产财产中的资产，但须符合某些条件。这些条件包括：不是破产法而是一般法准许这种出售，将拟议的出售通知权益持有人并且得到其同意，出售的价格超过担保权益的价值，或者可以（在其他法律程序中）迫使担保权益持有人接受现金或等值的替代担保来清算其权益，并将保持任何出售所得收益的权益优先权。有些法律还规定，如果担保权益的持有人不同意出售，破产代表可以向法院申请授权出售。只要法院认定破产代表已经作了合理的努力来获取同意，出售既符合债务人的权益又符合债权人的权益，出售将不严重损害权益持有人等，那么就可以授权出售。即使法院批准出售，如果对资产的出价不妥，法律仍可允许担保权益持有人保留为保护其权益而取消该项开价的权利。

232. 允许破产代表在不牵带任何权益的情况下出售的某些好处在于，如果在牵带这些权益的情况下出售资产，售价可能会低得多，对买方来说，存在着相当大的不确定性。如果设押资产上存在着相互冲突的债权（例如，所有权、租赁权或留置权），那么有能力在不牵带任何权益的情况下出售，意味着允许不必等到解决债权即可出售资产（如果此类资产并非唯一的资产），届时索赔人可能对出售收益的分配提出质疑。

**(e) 共有资产**

233. 如果资产以某种共有所有权或共同所有权的形式属债务人和他人所有，对处分债务人的权益可能需要采取不同的做法。如果根据一般法可以在债务人与共有人之间分割资产以便执行，则可以在不影响共有人的情况下出售破产财产的权益。然而，某些破产法规定，在满足某些条件的情况下破产代表既可以出售破产财产的权益，也可以出售共有人的权益。这些条件可包括当在破产财产和共有人之间分割财产不切实可行，出售分割部分的财产将使破产财产的价值大大低于在无共有人权益的情况下出售不分割的整个破产财产的价值，以及出售整个破产财产对破产财产带来的益处超出给共有人造成的任何损害。破产法还可以规定在向另一当事方出售资产完成前，共有人可以选择购买或有权购买债务人的权益。如上文所示（第二章，A.2），其他法律的适用可能会影响在破产中对这些资产的处分。

**(f) 累赘资产、无价值资产和难以变现的资产**

234. 允许破产代表让与破产财产的某些资产权益，包括土地、股份、受制于有效担保权益的资产、合同和其他财产，可能符合实现价值最大化和减少程序费用这一目标，在这种情况下，破产代表将确定这种让与是否符合破产财产的利

益，另外，有担保债权人将获准解除中止令。行使这种权利可能必须得到法院的批准并符合某些条件，例如，让与不违反任何强制性公共利益，举例说，防范资产对环境有害或威胁到公共健康和安全。似宜采取这种做法的情形包括：资产对于破产财产来说毫无价值或者价值微不足道；资产是一种负担，保留这种资产将要求过度支出，而超出这种资产变现的收益，或者会产生繁重的义务或支付资金的责任；在资产十分独特或没有容易发现的市场或无明显的市场价值时破产代表无法出售或者不易出售这种资产。应将破产代表提出的让与资产的任何建议通知债权人并向其提供表示异议的机会。

### (g) 应收款

235. 如果破产财产中的资产包括应收款（债务人收取一笔偿付金额的合同权利），则让破产代表能够转让给付款人以便获得破产财产或信贷的价值等可能是有利的。对于破产情形中的转让问题采取了不同的做法（见第二章 D）。一些破产法规定，破产程序的启动即宣告不可转让条款无效。另外一些破产法将这一事项留给一般合同法处理。如果合同载有不可转让条款，则除非获得原始合同的当事方的同意，不能转让合同。有些法律还规定，如果原始合同的对应方不同意转让，那么只要能证明对应方拒绝同意是不合情理的，破产代表也可经法院允许而实行转让。在这种情况下，破产代表可自行为了破产财产的利益而转让合同。这种做法是与《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约》（2001年）第9条中采取的做法相一致的。<sup>54</sup>

## 3. 第三方拥有的资产

236. 总将有一些破产案件，其中第三方拥有的资产类似于设押资产，对于企业继续经营至关重要，这一点首先是在重组程序中，其次是在将把企业作为经营

<sup>54</sup> 第9条. 转让的合同限制:

1. 尽管初始转让人或任何后继转让人与债务人或任何后继受让人之间的任何协议以任何方式限制转让人转让其应收款的权利，应收款的转让仍具有效力。
2. 本条规定概不影响转让人对违反此种协议而承担的任何义务或赔偿责任，但该协议的另一方不得仅以此项违反为由撤销原始合同或转让合同。非此种协议当事方的人仅因知悉该协议不承担责任。
3. 本条仅适用于下列应收款的转让：
  - (a) 根据供应或租赁货物或除金融服务外的服务的合同、工程建筑合同或买卖或租赁不动产的合同这类原始合同产生的应收款；
  - (b) 根据买卖或租赁工业产权或其他知识产权或专有资料或为其核发许可证的原始合同产生的应收款；或
  - (c) 代表对信用卡交易支付义务的应收款；或
  - (d) 依照涉及两个以上当事方的净额结算协议按净额结算应付款项后尚欠转让人的应收款。

中企业出售的某些清算程序中特别明显。在这些情形中，如果破产法提供某些机制，使这些资产在破产程序中仍可被利用，那将不无益处。有些破产法按拟作为破产财产的一部分而包括的资产类型（见第二章，A.2(c)和 3(a)）来处理这个问题。另外一些破产法则就债务人对资产的占有须受制于合同安排的情形，结合对合同的处理来解决这个问题（见第二章 E）。例如，这种做法可以包括：对终止债务人占有资产所依据的合同作出限制（见第二章，E.2(a)），在破产情况下防止所有权人（至少不得不经法院或破产代表的批准而）通过实行中止而在启动后的一段有限时期内收回其资产。

237. 若破产程序中使用属第三方拥有的资产，破产法将需要考虑为资产所有人的权益提供保护以防范其价值的缩减，这与为有担保债权人提供保护防范设押资产价值缩减的做法基本相同（见第二章，B.3(b)）。可取的做法是，对于因继续使用资产而给破产财产带来的利益，应当由破产财产作为破产财产管理费支付（见第二章，E）。

#### 4. 对现金收益的处理

238. 如果在破产程序进行的过程中出售“流动”设押资产，即，很容易转换为现金的库存品等设押资产，大多数法律均规定对设押资产享有权益的有担保债权人对处分该资产所得的任何现金继续持有相等的权益。

239. 这些现金收益是破产程序进行过程中，尤其是在重组期间破产财产的一个重要资本来源，并且可用于同企业经营有关的若干个目的，例如缴纳电费和其他服务费。为了使用现金收益，破产代表大体上不外乎有两种做法。按照当事方商订的条件在征得相关有担保债权人的同意后可使用现金收益或者在通知所涉债权人之后，债务人可争取得到法院的指令以使用现金收益。一般来说，法院在批准此类用途之前将会进行三类调查：必须确定有关的担保权益和基本财产的价值；必须查明给有担保债权人构成的风险；法院必须确定为保护附担保债权的经济价值是否已经有适当的措施（见第二章，B.8(b)）。

#### 建议

##### 立法条文的目的

关于资产的动用和处分的条文的目的：

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

## 立法条文的内容

### 对破产财产中的资产的动用权和处分权

(40) 法律应允许：

(a) 在正常经营过程中动用和处分破产财产中的资产（包括受制于担保权益的资产）；

(b) 在非正常经营过程中动用或处分破产财产中的资产（包括受制于担保权益的资产），但需符合建议(41)和(44)的要求。

### 处分通知和公布

(41) 法律应规定将正常经营过程外进行的任何处分适当通知债权人，<sup>55</sup>并且其有机会提出异议。

(42) 法律应规定以能够确保可以引起有关当事方注意的方式公布关于公开拍卖的信息。

### 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

#### - 在正常经营过程中出售

(43) 法律可允许破产代表在正常经营过程中以不牵带任何设押品和其他权益的方式出售破产财产中的资产，条件是：

- (a) 破产代表向设押品和其他权益的持有人通知其拟议的出售；
- (b) 让持有人有机会就拟议的出售提出异议；
- (c) 尚未准许解除中止措施；
- (d) 保持出售资产所得收益的权益的优先权。

## D. 启动后融资

### 1. 启动后融资的必要性

240. 启动破产程序后债务人企业的继续运作对于重组而言至为重要，其次对清算程序中企业作为经营中企业出售也相当重要。债务人为维持其经营活动，必须能够获取资金，使其得以继续支付供应关键货物和服务的费用，其中包括劳力费用、保险、租金、维持合同支出及其他运营支出，以及维持资产价值方面的相关费用。在有些破产案中，债务人可能已经有足够的流动资产，包括现金

<sup>55</sup> 如果破产程序中使用的资产是设押资产，则此类使用也必须遵照建议(43)。

或可转换成现金的其他资产（例如应收款的预期收益），来应付经营中企业的开支。另一个办法是，通过中止和停止偿付启动程序前的债务，使上述开支能够从债务人现有的流动资金中解决。如果债务人并无可动用的资金应付其当前的流动资金需要，它将需要设法从第三方获得融资。此种融资可采取由货物和服务的卖方向债务人提供贸易信贷的形式，也可采取由放款人提供贷款或其他融资的形式。

241. 如果以继续运营作为破产程序的目的，为确保这一点，至为必要的是早日确定获取新的融资需要，有时甚至在申请破产程序后和启动程序之前这段时间即需确定此种需求。在初期阶段后，特别是在重组程序中，获得新的融资对于程序启动后和考虑计划之前这段时间也是重要的；在计划获准后一段时间内获得融资的问题，一般应在计划内述及，尤其是在有些禁止取得新借款的法域内，除非借贷需求已列入计划之内。

242. 尽管使债务人能够获取新的资金对程序而言可能是可取的，但是一些法域限制在破产时提供新的资金或者不具体论及破产时的新融资问题或其偿还的优先顺序，结果造成不确定性。例如，在有些法律下，由于禁止对新贷款给予优先，只能在担保基础上提供新的资金。在债务人没有设押资产可作为担保物或已经设押的资产没有超值的情况下，将不会有新的资金，除非放款人甘冒在无担保情况下放款的风险，或者除非可以从债务人的亲属或集团公司等来源获得新的资金。启动程序前的融资也可能引发一些困难问题，其中涉及撤销权的适用以及放款人和债务人的赔偿责任。例如，有些破产法规定，如果放款人向破产债务人垫付资金，它可能要对其其他债权人的负债增加负有责任，或该垫付资金将在随后的任何破产程序中被撤销。在其他一些例子中，要求破产代表借款，可能涉及对偿还贷款的个人责任问题。

243. 只要破产法鼓励采用要求破产企业继续营业的破产程序，不论该程序是重组还是在清算中将企业作为经营中企业出售，都必须处理新的供资问题并须考虑上文所论及的限制。破产法可承认这种启动后融资的必要性，可准许此种融资并确立放款人的优先受偿权。中心问题是这种权力的范围，尤其是能向潜在债权人提出哪些有吸引力的条件，以此鼓励该债权人放款。如果采用的解决办法影响到原已存在的有担保债权人的权利，或先前已对资产确立了权益的那些人的权利，则关于程序启动后融资的规定，似应平衡兼顾几个方面的基本需要：维护商业交易，保护债权人先前存在的权利和优先权，以及尽可能减少其对于获取信贷特别是获取有担保贷款的不利影响，此种不利影响有可能产生于打乱原已存在的担保权和优先顺序。还必须考虑到对无担保债权人产生的影响，此类债权人会发现剩余未作保资产因用于担保新贷款而消失，导致未留下任何资产用于分配，特别是如果重组将失败的话会如此。

244. 除了获取新贷款的可能性及其担保或优先权等事项外，破产法还需考虑获取这种新资金所需的准许（在下文作进一步讨论）以及在重组失败和程序转变成清算的情况下，如何处理转变前可能已经预先支付的资金（在下文作进一步讨论）。

## 2. 启动后融资的来源

245. 程序启动后的借贷来源可能有限。第一种放款人系破产前放款人或货物卖方，他们与债务人及其经营的业务有着还在继续的关系，而且可能预支新款或提供贸易信贷，以提高收回其现有债权的可能性，或许通过提高新贷款的利率而获取增值。第二种放款人与债务人经营的业务不存在破产前的关系，获得高回报的可能性也许是其放款的唯一动机。对这两类放款人的吸引力在于确信程序启动后融资将得到特殊待遇。对现有放款人的其他吸引力则包括与债务人及其企业继续保持关系，对程序启动后的放款条件不会变动的保证，以及根据某些法律，如果他们不提供启动后融资，他们的优先权有可能被提供此种融资的放款人挤占。

## 3. 吸引启动后融资——提供担保或优先权

246. 在吸引启动后融资和安排偿还方面可采取若干不同的做法，其中包括提供未设押或部分设押资产上设定的担保，或在没有这种选择的情况下确立优先权。

### (a) 提供担保

247. 如果放款人要求出具担保，可以用未设押财产作保，或者用已经设押的财产提供次级或优先顺序较低的担保权，但设押资产的价值须大大超过原已存在的附担保债务的数额。在此情况下，一般不需要对原已存在的有担保债权人提供特别保护，因为其权利不会受到消极影响，除非后来情况起了变化（例如设押资产的价值开始贬损），而且他们将保留其对设押资产的启动前优先权，除非他们另有约定。可用于担保启动后融资的唯一未设押资产往往是通过撤销程序追回的资产。

### (b) 确立优先权

248. 如果因为没有设押资产或已设押资产的超值不大等原因而无法完全使用或不能使用上文所讨论的这些做法，则破产法应为鼓励提供新融资而采取多种方法。

249. 有些破产法规定，对于新的贷款，放款人将得到相对于其他债权人的某种程度优先，有时还包括原已存在的有担保债权人。所划定的一个优先等级称为破产管理费优先权（见第五章 B），其等级高于普通无担保债权人，但就其担保而言并不高于有担保债权人。在有些情况下，给予此种优先权的条件是，新贷款是提供给破产代表，而不是债务人，因而成为破产财产的一项开支。有些破产法规定此种借款需经过法院或债权人同意，另一些破产法规定，破产代表可以不经核准而获得必要的融资，不过这可能涉及个人责任问题，如果确实如此，则可能导致不愿意寻求新的融资。

250. 另一些破产法规定了一种“超级”破产管理费优先权，其等级高于破产管理费债权人，是一种排在所有债权人，包括有担保债权人之前的优先权（有时称之为“优先留置权”）。在有些国家，允许后一种优先权，其破产法院承认对于原已存在的有担保债权人的风险，不大愿意准许这类优先权，只是万不得已才允许。准许此种优先权可能附有某种条件，例如向受影响的有担保债权人发出通知，或使他们有机会向法院提出申述；债务人证明如果不提供优先权就无法获得必要的融资；以及提供保护，使设押资产不致减少任何经济价值，其中包括使设押资产具有充分的超值，以便使现有有担保债权人不致于遭受不合理的风险，否则其地位受到的影响将超过超级优先权的影响范围。在有些法律制度中，所有这些吸引启动后融资的办法均可使用。作为一般规则，原已存在的有担保债权人的权利的经济价值应受到保护，使其不致受到不合理的损害。如有必要（以及鉴于前面结合破产财产的保护时已经作了论述，见第二章，B.8），这可通过定期偿付，或对额外资产设立担保权，以取代债务人可能使用的任何资产或为获取新贷款而设押的资产来做到。

#### 4. 启动后融资的批准

251. 也许应将是否批准新贷款问题同提供新融资而可能发生的损害或可能得到的利益联系起来。一些破产法允许破产代表确定需要新的资金用于企业的继续经营或生存或用于保持或提高破产财产的价值，并规定破产代表（或在采取债务人主持工作的办法的情况下的债务人）可在未得到法院或债权人批准的情况下获得无担保信贷，而其他法律则要求法院或债权人在某些情况下给予批准。鉴于可能相当迫切地需要新的融资来确保企业的继续经营，应将所需准许的数目限制在最低限度内，虽然视拟提供的担保或优先权而定，破产法显然可采取一种层级办法。虽然一般要求法院干预也可能有助于提高透明度并为放款人提供更多的保证，但在许多情况下，破产代表也许能更好地评估是否需要取得新融资。无论如何，法院除了得到破产代表提供的信息之外，一般不会获得更多的专门知识或信息来作为决定的依据。

252. 从未设押资产或未充分设押资产提供担保的问题不是一个一般应要求法院批准的问题。如果破产法确定一般可给予例如破产管理费优先权这样的优先权水平，即可不必要求法院的批准。如果认为法院的批准是可取的，中间办法可以是确定一种据以要求法院批准的起点。然而，如果拟给予的担保或优先权影响到例如现有有担保债权人的利益而且这些有担保债权人并不支持所提议的方案，则应要求法院给予批准。如果有担保债权人同意修订后的对其担保权益的处理，则可不必要求法院给予批准。

#### 5. 转换程序的影响

253. 有些破产法规定，为新贷款提供的任何担保均可在随后的清算中予以撤销，并可能由此产生因延误清算的启动从而潜在地损害债权人的利益而负有的赔偿责任。这种办法有可能成为不利于启动重组的因素。较可取的办法是，规定为新融资获取优先权的债权人将在随后的任何清算中保留该优先权。还有一

种办法是，规定该优先权将在随后的清算中加以确认，但不一定被视为同等水平的优先权，例如可排在与清算费用有关的破产管理费债权之后，或排在与破产管理费等同的地位。

## 建议

### 立法条文的目的

关于启动后融资的条文的目的：

- (a) 促进获得融资以用于债务人企业的继续经营或生存或用于保全或增加破产财产中资产的价值；
- (b) 确保对启动后融资的提供者提供适当保护；
- (c) 确保对其权利可能因提供启动后融资而受到影响的当事人提供适当保护。

### 立法条文的内容

(49) 法律应促进破产代表在其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获得启动后融资。法律可要求获得法院或债权人（或债权人委员会）的批准。

### 启动后融资的担保

(50) 法律应规定对启动后融资的偿还提供担保权益，包括在未设押资产（含启动后获得的资产）上设定的担保权益或破产财产中已设押资产上设定的次级或较低优先的担保权益。

(51) 法律<sup>56</sup>应规定，除非破产代表征得现有有担保债权人的同意或者遵循建议(52)中所载程序，否则，为获得启动后融资而以破产财产中资产提供的担保权益并不比任何以该资产提供的现有担保权益优先。

(52) 法律应规定，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，但要满足特定条件，其中包括：

- (a) 给予现有有担保债权人向法院申述的机会；
- (b) 债务人可以证明其无法以任何其他方式获得融资；
- (c) 现有有担保债权人的利益将得到保护，<sup>57</sup>包括由于设押资产在价值上有充分的超值，足以使现有有担保债权人不会遭受到不合理的损害风险。

<sup>56</sup> 这一规则可能见诸于破产法以外的法律，在此情况下，破产法应注意到该项规定的存在。

<sup>57</sup> 见第二章，B.8。

## 启动后融资的优先权

(53) 法律应确定可为启动后融资提供的优先权，至少应确保对启动后融资提供者的偿付优先于普通无担保债权人，包括那些拥有破产管理费优先权的无担保债权人。

## 转换程序对启动后融资的影响

(54) 在重组程序转变为清算的情况下，破产法应规定，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。<sup>58</sup>

## E. 合同的处理

### 1. 引言

254. 随着经济发展，经济财富可能越来越多地包含在合同中或为合同所控制。因此，合同的处理在破产中具有压倒一切的重要性。制定这个领域的法律政策有两个总体性的困难。第一个困难是合同不同于破产财产中所有其他资产，通常与负债或债权相挂钩。这就是说，经常有这样的情况：必须由破产财产履行义务或支付才能享受可能变成有价值资产的权利。结果是，必须对一项合同的处理作出困难的决定，以便使破产财产产生最大的价值。第二个困难是合同具有许多不同的类型，其中包括有关销售货物的简单合同；土地或动产的短期或长期租约；以及特许使用权或有关重大设施建设和经营的极其复杂的合同，等等。此外，在合同中，债务人可能是买方或卖方，出租人或承租人、许可证发放人或持有人、供货方或收货方，而且破产中提出的问题，从不同的方面观察时都可能不同。

255. 使破产财产的价值达到最大化和减少负债，以及在重组的情况下，使债务人能够尽可能不中断地继续生存和营业下去，这些目标如果要实现，将可能涉及利用那些有利于和有助于提高破产财产的价值合同（包括有利于继续使用可由第三方拥有的关键财产的合同），而拒绝那些造成负担的合同或持续履约成本超过可从合同取得的收益的合同。例如，在债务人已约定购买某种物品，而其当时的价格是现在破产时市场价格的一半这种情况下，在这样的合同中，破产代表能够继续以低价购买然后以市场价格出售显然将有利可图。对方则自然想退出现在已无利可图的这种约定，但要求履约只不过是要求对方遵守其在破产前所作的约定而已。许多法律制度都不允许逃避履约，尽管其可能有权获得按全额支付合同价款的保证。从许多事例来看，延续合同对订约双方都有利，而不只是对债务人有利。

256. 如何决定破产情况下合同的处理方法，首先涉及这样一个问题：一方面是在破产情况下坚持一般合同法，另一方面是某些因素表明有必要干预那些既定

<sup>58</sup> 不一定要对同一优先顺序加以确认。例如，在某些法律下，启动后融资的优先顺序可列于与清算费用有关的破产管理费债权之后。

的合同原则，对于这两者，应如何权衡其彼此的相对重要性。有些相竞利益可能需要加以权衡，以确保在一般公共政策目标、破产目标和商业关系具有可预测性的必要性之间保持适当平衡。这些利益包括，重组和有担保债权人参与破产程序的相对重要性；劳工合同等某些类型的合同所提出的特殊社会问题（见下文）；允许干预继续履约对启动破产程序的影响、对商业和金融关系可预测性的影响以及对信贷成本和可获量的影响（破产中延续或拒绝合同的权力越大，信贷成本则可能越高，信贷可获量也可能越少）；以及影响履约的权力有助于加大资产的再利用程度。

257. 如果破产法采取准许在可能与一般合同原则相对立的情形中使履约受到影响的做法，就要进一步考虑这些权力的程度和哪类合同可能受到影响。在破产程序启动时，债务人几乎必然至少是一项合同的当事方，除支付已交付的货物的货款之外，债务人和对方当事人都仍有其余未履行的义务。对于只有一方未充分履行义务的情形，无需制订特别规则。如果未充分履约的是债务人，另一方对履约或赔偿有请求权，可以在破产中提出（见第五章 A）。如果未充分履行义务的是对方，破产代表可以要求该当事方履约或给予赔偿。但是，对于双方均未充分履行义务的情形，许多破产法都有一个共同特点，即在情况确定时，可以对合同适用中止，以防对方当事人行使终止权并延续或否决这些合同（也可转让这些合同，不过一般不允许这样做）。一般由破产代表负责对合同处理方法作出此种估价。然而，各法域在是否要求取得法院的同意问题上存在着差异。

258. 在重组中，如果程序的目标是使债务人能够存活和尽量继续经营其业务，则延续对债务人的企业有利或必不可少的合同和有助于提高破产财产价值的合同，可能对程序的成功至关重要。这些合同包括：提供基本货物和服务的合同，或涉及使用对企业继续经营至关重要的财产（包括第三方拥有的财产）的合同。同样，可通过允许破产代表否决负担沉重合同而提高成功的前景，例如那些履约成本高于预期获利的合同，或例如在尚未到期的租约情况下，合同费率超过市场费率。在清算中，程序启动后延续合同的可取性可能不如在重组中重要，但合同可使债务人的企业或某项特定资产增值的，或可促进将企业作为经营中企业出售的情况除外。例如在一项租赁协议中，如果租金低于市价而且余下的租期还很长，那么对于任何拟出售的企业而言，这种租赁协议可能证明是重要的，或可加以出售而为债权人创造价值。

259. 关于哪些种类的合同会受影响，通常的解决办法是在破产法中对各类合同规定一般规则，而对某些特殊合同规定例外情形。例如，对于否决劳工合同的能力，可能有必要加以限制，这是因为考虑到有可能利用破产手段公开取消这些合同给予员工的保护。其他需要特别处理的各类合同或可包括金融合同（见第二章 H）和个人服务合同，在此种合同中，履行协议的当事方的身份，不论是债务人本人还是债务人的员工，都是特别重要的，另外还有贷款合同和保险合同。

## 2. 自动终止条款

260. 许多合同都含有一项条款，界定给予对方无条件终止或加速合同到期的权利的违约事件（有时称为“当然”条款）。这些违约事件一般包括申请启动或实际启动破产程序；指定破产代表；债务人符合启动破产程序的标准这一事实；甚至包括债务人财务状况脆弱的种种迹象。有些法律维护这些终止和加速条款的有效性。如果希望在破产程序启动后继续履约，能够这样做的前提是，对方不选择或能被说服不选择行使其由合同规定的权利，或由破产法载列一种用以说服对方允许延续合同的机制。这种机制可包括规定对程序启动后所提供的服务给予优先付款权（在一些破产法中，这可能作为一项一般性规定存在，将程序启动后发生的费用作为第一优先来处理）。

261. 维护此类终止条款的方法可能有若干因素作为支持理由，其中包括：似宜尊重商业交易；需要防止债务人有选择地履行有利可图的合同而取消其他合同（对方当事人不享有这种便利）；不坚持自动终止条款时对金融合同净额结算造成的影响；认为既然破产企业一般将无能力偿付，拖延合同的终止只能提高现有的负债水平；知识产权的创造人需要能够控制此种财产的使用；以及终止一项特别是有关无形资产的合同给对方业务造成的影响。

262. 有一种不同的方法确认，允许在发生上文所界定的违约事件时终止合同或合同提前到期的条款，在适用破产法时即被否决，而且可以不顾对方的反对而延续合同。首先，对方的终止权将暂停适用，使破产代表有时间考虑合同并决定应采取的行动。虽然否决终止条款的方法可被视为干预合同法的一般原则，但这种干预对程序取得成功至关重要。例如，在重组中，如果合同是一项关键性的租约，或涉及使用某一关键产品中所含的知识产权，那么延续合同可提高企业获利的可能性；削弱某个基本供应商的讨价还价能力；为所有债权人的利益而争取债务人合同的价值；并有助于把所有债权人同重组程序紧密连结起来。

263. 赞同在清算中否决终止条款的理由包括需要使企业保持完整以尽量提高其销售价值或增强其获利潜力；需要为所有债权人争取合同的价值，而不是把合同贴现给对方；以及将各方锁定在企业最终处置内的可取性。

264. 虽然有些破产法允许在启动了破产程序的条件上否决终止条款，但这些条款尚未成为破产法的一般特点。在一方面促成债务人存活与另一方面对商业交易注入不可预测性和额外开支之间存在着内在的相对矛盾，前者可能要求维护合同，而后者则需要创建出对一般合同规则的各种例外。虽然这明显是一个可能需要仔细权衡利弊的问题，但在有些情形下，破产代表能否确保延续合同对取得重组成功将至关重要，而且如果将企业作为经营中企业出售，可能其次对于清算也具有一定的重要性。出于这些理由，破产法应允许否决此类条款。对于主张否决终止条款的政策，可平衡其产生的任何负面影响，方法是，向可证明因破产程序启动后延续合同而遭受损害或损失的债权人提供补偿，或载列对某些类型合同的自动终止条款的一般性否决的例外规定，其中包括贷款合同，特别是金融合同（见第二章，H）。

265. 如果破产法规定终止条款可以否决，那么债权人便可能受吸引而采取先发制人的行动，通过在破产程序的申请提出之前以某种其他理由终止合同而避免此种后果（假定是债务人违约，而不是启动程序后触发的违约事件）。这种后果可以减轻，办法是规定只要程序启动前和启动后的义务都得到履行，那么破产代表即有权恢复这些合同。

### 3. 合同的延续或否决

#### (a) 延续或否决合同的程序

266. 对于延续和否决合同，破产法采取不同的做法。根据有些法律，破产程序的启动并不影响合同，合同义务仍然具有约束力，合同法的一般规则将继续适用，除非破产法明文规定了不同的规则，例如明文规定的否决自动终止条款（见上文）或否决合同的权利。

267. 其他法律用一种共同程序把延续和否决合同联系起来，要求破产代表就合同采取某些积极行动，例如通知对方是延续合同（以及在某些情况下由破产财产所采用）还是否决合同。根据采用这种做法的法律，对方的终止权应当适用中止，使破产代表有时间考虑应就合同采取什么行动（见第二章 B）。要求破产代表就所有合同采取积极行动的做法的一个不利之处是，在实践中，可能会有许多因合同无法履行而无法就合同作出任何决定的情形。要求就每一项合同作出明确的选择也会造成过多的费用和麻烦。与这种做法相关的另一个困难涉及破产代表是否清楚地获知债务人为一方当事人的所有合同的情况，从而有能力就每一项合同采取行动。因此，对于破产代表并不知晓的合同，法律以何种方式处理是很重要的，特别是在违约规则方面。

#### (一) 规定时间期限

268. 有些要求采取积极行动的法律也要求在一段规定的时间期限内采取行动（也许带有关于在某些情形中予以延期的规定），在重组中的这种时间期限一般比在清算中的长。具体时间期限的例子为 28 天至 60 天不等。其他一些法律则规定由法院确定时间期限。这种方法的目的是旨在确保对当事双方的确定性。这种做法要求破产代表对程序启动时尚未结束的合同采取及时的行动，同时也可向对方提供某种确定性，明了在破产程序启动后一段合理期限内继续履约。

#### (二) 默认规则

269. 有一些法律采用一项缺省规则，大意是破产代表未在规定时间内行事即会导致合同被视为例如受到否决或不可执行。如果采用默认规则，就可在清算与重组之间作出区分以及在破产代表知晓的合同与其不知晓的合同之间作出区分。在清算中，鉴于可以合理地假定，破产代表未能就合同作出决定很可能意

味着是一种否决合同的决定，因此合同会自动被否决，除非采取行动保留合同。这一结果将与要求零散出售资产的清算的目标相一致。

270. 同样的假定不一定总是适用于重组或企业作为经营中企业出售的情形，因此可能要有更大的灵活性，以避免因未能及时作出决定而造成破产财产丧失一项或许对程序至关重要的合同的局面。因此，允许破产代表在重组计划获得批准前作出是否否决合同的决定可能是适当的，但条件是，按合同所获得的任何利益均已在否决之前作为破产管理费用付给，而且对方能够在需要或希望时促使尽早作出决定。重组计划中似宜明确提及如何处理具体的合同，也许可以作出一项规定，指出凡未如此提及的合同在重组计划获批准时应作为自动否决处理。

### (三) 对方要求作出决定的权利

271. 有些法律规定，对方拥有无条件的权利要求破产代表在一定期限内就某一合同作出决定。这一规则甚至可适用于破产法为破产代表作出决定而规定时间期限的情形，因为该规则使对方能够在不必等待时间期限期满的情况下寻求作出决定。这一点在下述情况下可能特别重要：如果有关合同涉及某种连续服务，破产代表不采取行动可能导致不必要开支的增加（例如，如果不迅速终止租赁，那么债务人所租用的财产的租金则可能是一笔相当可观的破产管理费用），或者导致基本服务的供应终止（如果要求破产代表迅速决定是否延续合同的话）。如果破产代表在规定期限内未作出任何决定，破产法可以允许对方向法院申请作出决定，也可以适用一项默认规则，即规定将合同或者当作延续的合同或者当作被否决的合同来处理。

### (四) 整个合同的延续

272. 无论对合同的延续和否决采用什么规则，都有必要将破产代表的任何权利限于针对整个合同的范围，以避免出现破产代表有选择地延续或采用合同的某些部分而拒绝其他部分的情形。

### (五) 破产代表知晓的合同

273. 还有一点也是必要的，即破产代表在合同方面的权力应当限于破产代表或法院（如果破产法要求法院就合同作出确定的话）所了解到的合同。如果不作出此种限制，那么破产代表因不知道某项合同存在而未就其作出决定，就会造成后果，甚至有可能因此而导致损害赔偿要求和可能的职业赔偿责任。如果破产代表不知晓某一特定合同，那么，破产法要求适用默认规则也可能不妥当，因为那会导致在破产代表有机会评估合同之前就加以延续或否决。解决这一问题的一种方法（如果债务人遵守这一规则的话）是，在法律中规定要求债务人向破产代表提供一份尚未完全履行的合同清单（见第三章，A.4(b)）。

**(b) 延续和否决的时间与通知**

274. 如果法律允许破产代表否决合同，就应确定该否决开始生效的时间，可以从作出决定之时起生效，也可以具有追溯效力。一种办法是规定否决的生效回溯至申请之时，结果是在合同范围内不产生任何申请后责任，但为破产财产的利益而在申请后供应的货物或服务的合同例外。

275. 如果法律规定破产代表应就延续或否决合同作出决定，可取的做法是，法律中也应要求将该决定通知对方或各对应方。该通知应告知对方其享有的权利，包括有权质疑破产代表就合同作出的决定，以及在破产中提出（关于启动前违约的或由于有关合同的决定所引起的）债权，包括有关手续。

**(c) 在债务人违约的情况下延续合同**

276. 如果在申请破产时债务人根据合同已经违约，那么所产生的政策问题是，在这些情况下要求对方与破产债务人继续打交道是否公正。有些破产法规定，作为在合同期剩余时间内继续履行该合同的一个条件，破产代表必须根据合同补救债务人的任何违约（使对方回到其在违约发生之前所处的经济地位），并且通过例如提供一项保证或担保，对今后履约作出保证。其他破产法并不要求补救以往的违约，但可能对可以继续履约的情形作出限制，例如，可以分成若干部分的合同，例如要求按月付费的公用事业供应合同等。破产法通常特别允许延续这些合同以提供基本的必要服务，其中可包括电话、电、气、水和垃圾收集。有某种理由证明应在不要求补救违约的情况下保证债务人获得这些服务，尤其是在债权人申请启动的情况下，以及基于债务人能够履行其启动后义务这一考虑，应规定继续提供这种服务。可以要求破产代表对今后履约作出保证并在某些情况下对今后违约承担个人赔偿责任。

**(d) 延续或否决对对方的影响****(一) 延续**

277. 如果一项合同在破产程序启动后继续予以履行，在就如何处理该合同作出决定之前，似宜要求破产财产支付启动后的履约费用，特别是在该合同最终被否决的情况下这么做。这一做法的根据是，启动后履约或继续使用第三方资产对破产财产有利这一假设是合情合理的，否则，破产代表本来会否决该合同。

278. 虽然破产法这样做并不寻常，但可能也应处理对方在程序启动至就某一特定合同的处理作出决定（在那些需要作出这种决定的情形中）这一期间的义务问题，及特别是是否要求对方开始或继续履约。这一办法有助于实现确保对所有有关各方的确定性和可预测性的目标。

279. 根据那些要求破产代表采取积极行动的法律，破产代表选择在程序启动后继续履行的合同，应看作是必须由破产财产和对方履行的债务人的启动后连续义务。若干破产法将履行这些合同所产生的债权看作一种破产财产管理费（见

第五章 A)（而不是一种无担保债权），而且给予分配上的优先权。由于给予这些优先权构成对其他债权人的一种潜在风险（这些债权人将在优先债权人之后获得偿付），所以，如果采取这种办法，在破产程序启动后似宜仅仅延续那些将有利可图或者对于债务人的继续经营必不可少的合同。在那些适用合同法一般规则以及不要求破产代表就延续作出任何决定的法域内，破产法可以规定此种债权没有优先并将其与其他无担保债权并列。

280. 由于延续一项与受破产程序限制的当事方订立的合同，可能给对方带来本来并不存在的风险因素，例如不偿付问题，破产法似宜考虑是否应为对方提供某些保护措施。有必要对一些因素加以权衡，包括合同对于程序的重要性；提供必要的保护给程序造成的费用；债务人或破产财产是否有能力实际履行经延续合同规定的义务；以及迫使对方承担不偿付的风险对商业订约的影响。例如，如果合同规定卖方先向债务人提供一定期限的信贷再要求付款，或规定交货付款，那么到了支付或交货时破产代表如果不再具有支付能力，卖方就会承受巨大费用和遭受损害。有些法律解决这些问题的方法是，要求破产代表为付款或履约而向对方提供保证，例如出具银行保函或信用证。根据其他一些法律，破产代表可能对履约负有个人责任，如果存在某种失败风险，这种做法可能不利于延续合同，从而对重组造成影响。在劳工合同等合同情形中，个人责任可能特别大。根据另一种做法，要求对方承担不偿付的风险，其依据是该风险属于一种通常的商业交易风险。为已延续的合同项下的启动后履约的相关债权和付款提供破产管理费优先权，或可为对方提供一定程度的保护（但如果用于支付这种费用的资产有限，这种保护可能范围有限）。

## (二) 否决

281. 如果合同被否决，则对方一般免于履行合同的其余部分，有待确定的主要问题是对方可得到哪些救济。许多法律规定，对方只可享有损害赔偿济，即使也可在破产程序之外获得其他救济。这种做法的理由之一是，允许给予其他救济，例如交付在破产程序启动前生产的但尚未交付的货物，等于全额偿付对方的债权，而其他无担保债权人则得不到的这种结果，因此偏离了同等待遇原则。不过，确有一些法律允许以交付货物的方式给予这种救济，而其他一些法律则允许在出售土地合同情形中履约。

282. 如果救济是损害赔偿的一种，则由于否决合同而造成的无担保损害赔偿的计算可根据适用的一般法来确定，对方变成了无担保债权人，其债权额与算出的数额相等。除了否决合同所造成的损害赔偿之外，对方可以对否决之前的期间内的履约享有债权（其排位可与破产管理费债权相同）。<sup>59</sup>

<sup>59</sup> 见关于债权排位的第五章 C。

#### (e) 对延续合同的修改

283. 另一个要考虑的关于延续合同的问题是，在什么情况下破产代表可以更改这些合同的条款和条件。如上文所述，合同的条款和条件必须得到尊重，而且，作为一般原则，破产代表对修改合同的权利，并不比债务人本人通常根据合同享有的权利更大。一般会要求破产代表与对方商讨任何修改意见，任何修改未经另一方同意，将构成违约，对方可以要求赔偿。

#### 4. 土地和房屋的租赁

284. 有些法律载有关于未到期土地和房屋租约的具体规定，在住宅租赁和商业租赁之间作了区分。特别是商业租赁在重组情形中往往具有重要意义。例如，低于市价的租赁代表一种可予以出售并向破产财产返还一定收益的资产。规避赔钱地点的租约的能力可能是一种优点，因为债务人需要缩小其经营规模，以确保重组取得成功。

285. 有些法律规定，在法律或租约规定的通知期限得到遵守的情况下，可以不考虑是否到期而否决债务人是承租人的租约。租约否决后，出租人有权要求赔偿提前终止租约的损失费。如果债务人是承租人，合同得以延续，似宜对破产财产规定某些条件，例如，破产代表必须对违约进行补救，对此种违约造成的任何损害给予赔偿，并对今后根据租约履约提供保证。另外，似宜对出租人提出的损害赔偿规定一个上限（可以是一定的金额或应支付损害赔偿的一段规定的时期），以便根据长期租约提出的债权不会压倒其他债权人的债权。出租人通常有机会通过转租财产来减轻损失。

#### 5. 转让

286. 虽然合同中可能含有因破产引起的终止规定或对转让的限制，但破产代表能否选择转让合同，可对破产财产并因而可对清算后或作为重组的一部分从分配收益中获益的受益人具有重大利益。在有些情形下即可能如此，例如合同的价款低于市场价值，或否决合同可为对方带来意外收获。如果合同可以转让，那么破产财产而不是对方将可从合同与市场价格之间的差额中获益。

287. 然而，规定可以在违反合同条款的情况下转让合同，可能损害对方的合同权利并引起损害问题，特别是当对方对于选择受让人几乎或根本没有发言权时。强迫将合同转让给不为对方所知或对方不愿与之做生意的受让人，也不可取。对于转让问题，有不同的做法。一些破产法规定，破产程序的启动即宣告不得转让的条款无效。有些破产法把这一问题留给一般合同法解决；如果合同载有不得转让的条款，那么，除非获得原始合同的对方或所有当事方的同意，否则不能转让合同。其中有些法律还规定，如果对方不同意转让，法院即可批准转让，条件是须满足某些条件，例如，可证明对方不合理地拒绝同意，对方

不会因转让而变得严重处境不利，或破产代表可以向对方表明受让人可以充分履行合同。在这种情况下，破产代表可为了破产财产的利益而自由转让合同。<sup>60</sup>

288. 如果破产法允许转让合同，那就极有必要也要求债务人在转让合同之前补救任何违约。这将有助于确保受让人成功地、毫无问题地取代债务人成为订约方。

289. 不管破产代表是否有权转让合同，有些合同是不可以转让的，因为这些合同所要求履行的个人服务是不可替代的，或者因为法律的运作而不允许转让。例如，有些国家不允许转让政府采购合同。

## 6. 合同延续权、否决权和转让权的一般例外

290. 破产代表处理合同的权力的例外一般分为两类。就第一类而言，如果破产代表有权否决自动终止规定，似宜为诸如短期金融合同等合同（例如互换交易合同和期货合同——见第二章 H）规定具体的例外。属于这一类的其他合同可包括保险合同和贷款合同。对否决权的限制可能也适用于劳工协议和债务人是出租人或特许权给予人或者是知识产权许可人的协议，而终止协议将会结束或严重影响对方的业务，特别是在对债务人的好处可能相对较小的情况下。限制也可适用于与政府签订的合同的情形，例如许可证协议和采购合同。

### (a) 劳工合同

291. 如上所述，本节论及的权力的一个重要例外是劳工合同。虽然在重组中这类合同特别重要，但当破产代表试图在清算中将债务人的企业作为一个经营中企业出售时，这类合同也关系重大。如果破产代表能够解除麻烦的劳工合同，或对债务人的员工进行必要的裁减，那么便可能获得较高的售价。但是，雇员与雇主之间的关系在破产法中引起一些最困难的问题。保护雇员地位的不单单是合同本身（合同实质上和其他合同一样并未解除），而且通常还有其他法律的强制性规定。例如，这些规定可能涉及不公正的解聘；最低工资额；带薪休假；最长工作时间；产假；平等待遇和不歧视。困难的问题一般是这些规定将在多大程度上影响破产，所提出的问题比终止合同和未付薪资和津贴方面的资金求偿权的优先权要广泛得多（见第五章 A 和 C）。由于这些原因，一些国家采用特别制度处理在破产程序中雇员债权的保护问题，并且为了避免破产程序被当作解除对雇员保护的一种手段，这些法律还特别限制破产代表否决劳工合同的能力。这种做法可能包括将权力的运用局限于某些特定的情形，例如对于与同等工作的平均员工收入相比报酬过高的情况。在有些国家，法律规定在清算和重组程序中将企业作为经营中企业出售时，员工继续留职，而有些国家则规定只有在重组程序中才能这样。

<sup>60</sup> 这种做法与《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约》（2001 年）第 9 条中采取的做法一致。

**(b) 关于不可替代的个人服务的合同**

292. 另一类有关这样一些合同，即不管破产法如何处理自动终止规定，合同不能继续，因为其中规定由债务人或由债务人的雇员履行无法替代的个人服务（例如，合同可能涉及某种特殊知识产权，涉及合伙协议的服务，由具有高度专业技能的人或有特长的知名人士提供服务等）。

293. 为提高破产制定的透明度，对本节讨论的破产代表处理这些类型合同的权力，似宜在破产法中规定明确的限制。

**7. 程序启动后订立的合同**

294. 除了未予充分履行的合同之外，还有一类破产中的合同是程序启动后订立的合同。在重组中，以及在清算中作为经营中企业出售企业时，往往有必要（在正常营业过程和其他过程中）订立合同，以保持企业作为经营中企业并为债权人最终获利而使企业能够继续盈利。这些合同一般被看作是破产财产在程序启动后承担的义务，在其履行过程中产生的费用和开支作为破产管理费用全额支付（见第五章 C）。

**建议****立法条文的目的**

关于合同处理的条文的目的：

- (a) 确定破产法中应以何种方式处理债务人及其对应方尚未充分履行各自义务的合同，包括法律与适用的一般法之间的关系，目标是实现价值最大化并减少破产财产的负债；
- (b) 界定处理这些合同的权力的范围以及在何种情况下及何人可行使这种权力；
- (c) 确定应排除在这种权力的行使范围之外的合同类型。
- (d) 确定延续的合同的各对应方可得到的保护种类。

**立法条文的内容**

(55) 法律应规定债务人及其对应方尚未充分履行各自义务的合同的处理。

**自动终止条款**

(56) 法律应规定，凡是规定某一合同会在出现以下情形时自动终止的合同条款，在破产程序启动时，对于破产代表和债务人，都是不可执行的：

- (a) 申请启动或实际启动破产程序；

(b) 指定破产代表。<sup>61</sup>

(57) 法律应规定免于适用建议(56)的合同，例如金融合同，或者视特定规则而定还包括劳工合同。

**延续或否决**

(58) 法律应规定，如果破产代表认为他所知晓的某一项合同的继续履行有利于破产财产，破产代表则可决定予以延续。<sup>62</sup>破产法应规定，延续权适用于整个合同，而且延续的效力是合同的所有条款均可执行。

(59) 法律可允许破产代表作出否决合同的决定。<sup>63</sup>法律应规定，否决权适用于整个合同。

**决定延续或否决的时间与通知**

(60) 法律应规定破产代表就延续或否决合同作出决定的时限，该时限可由法院延长。

(61) 法律应规定这种否决的生效时间。

(62) 如果合同被延续或否决，法律应规定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（特别是提出债权的时间），并允许对应方[在法院]对该决定提出异议。

**对应方请求作出决定的权利**

(63) 虽有建议(60)，法律仍应准许对应方请求破产代表（在任何规定时限内）迅速作出决定，并在破产代表未能采取行动时请求法院指示破产代表作出延续或否决合同的决定。

**未能作出决定的后果**

(64) 法律应规定破产代表未能在规定时限内就其知晓的合同采取行动的后果。破产代表未能在规定时限内采取行动的，不应延续其并不知晓的合同。<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> 本建议仅适用于那些含有可否决此类条款的合同（见第二章，E.6 中关于例外情形的评注）而无意成为除外性的，而是要确定以下最低要求：法院应能够审查会具有在发生类似事件时终止一项合同的作用的其他合同条款。

<sup>62</sup> 如果程序启动时自动中止即开始生效，以防止（根据自动终止条款）终止与债务人的合同，则所有合同均应保持原状，以使破产代表能够考虑延续合同的可能性，除非该合同的终止日期恰好在破产程序启动之后。

<sup>63</sup> 对合同否决权可采用的替代办法是，有些法域规定，除非破产代表决定延续合同的履行，否则合同的履行即告终止。

<sup>64</sup> 见第三章，A.4(b)，其中述及债务人提供信息的义务，包括提供尚未充分履行的合同清单。

## 在债务人违约情况下延续合同

(65)(a) 法律应规定，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回到其在违约前的经济状况，以及破产财产能够根据延续的合同运作。

(b) 法律应规定，如果债务人在提供基本服务<sup>65</sup>方面有违约行为，应在不要求补救违约的情况下保证向该债务人继续提供这些服务，条件是破产财产能够根据延续的合同运作。

## 与被延续或被否决的合同相关的债权

(66) 法律应规定，如果就某一合同的继续履行作出决定，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。

(67) 在破产程序启动之后和在合同被否决之前这一期间，法律应规定：

(a) 如果对应方为有利于破产财产履行了合同，则根据合同条款给破产财产带来的收益可作为破产管理费偿付。<sup>66</sup>

(b) 如果破产代表使用属于第三方所有的但由债务人根据合同而占有的资产，则应对该第三方加以保护，以防这些资产的价值流失，并应根据(a)项对因使用这些资产而给破产带来的利益加以处理。

(68) 法律应规定，对于因否决一项启动前合同而引起的任何损失均应根据适用的一般法加以确定并应作为一项普通无担保债权处理。对于与否决一项长期合同有关的债权可由法律作出限制。

## 合同的转让

(69) 法律可规定，即使合同中有限制，破产代表也可决定转让合同，只要这种转让对破产财产是有利的。

(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) 破产代表延续该项合同；
- (b) 受让人能够履行所转让的合同义务；
- (c) 对应方不会因该项转让而变得处境严重不利。

(71) 法律可规定，如果合同被转让，则受让人自转让之日起取代债务人成为订约方。

<sup>65</sup> 基本服务可包括电话、气、水、电、垃圾收集：见第二章，E.3(c)。

<sup>66</sup> 见第五章 C。

## 启动后订立的合同

(72) 法律应规定，破产程序启动后订立的合同属于破产财产的启动后义务。由这些合同产生的债权应作为破产管理费用偿付。

## F. 撤销程序

### 1. 导言

295. 破产程序（清算和重组）可能在债务人首次意识到此种后果不可避免后，经过很长时间才开始。在此间隔期内，债务人可以有许多机会设法背着债权人隐匿资产，产生人为的债务，向亲友作出捐赠或送礼，或向某些债权人付款而将其他债权人排除在外。债权人也有一些机会主动采取战略行动以使自己处于优势地位。从最终的破产程序的角度看，此类活动的结果一般不利于无担保债权人，他们不是此类行动的当事方而且得不到担保权的保护。

296. 本节中使用“交易”一词是为了统称处分资产或产生义务时可能实施的各种法律行为，其中包括转让、给付、担保权益、保证、贷款或解除，并可包括这些交易的综合系列。

297. 许多破产法都载有从某一特定日期（例如破产程序申请或启动之日）开始在一规定期限（通常称为嫌疑期）内具有追溯效力的规定，其目的在于推翻破产债务人过去作为当事一方参加的交易或涉及在债务人的财产中具有某种效力的以往交易。这些效力包括减少了债务人净值（例如，通过赠予其资产或以低于公平商业价值的价格转让或出售资产），扰乱了同等级债权人之间平等分配的原则（例如，通过向无担保的债权人偿付债务，或向当其他无担保的债权人尚未得到偿付和担保时本来也属无担保的债权人给予担保）。许多破产法以外的法律也论及这些对破产范围之外的债权人有害的交易。在某些情况下，破产代表除了适用破产法的规定之外还能适用这些破产法以外的法律。

298. 破产法的一项公认原则是，集体行动在最大限度扩大债权人可获得的资产方面比允许债权人自行谋求个别救济的制度更有效率，而且，集体行动要求所有类似债权人得到类似待遇。关于撤销权的规定旨在支持这些集体目标，确保债权人按照既定的偿付优先顺序获得破产债务人资产的公正分配，以及维护破产财产的完整。撤销规定也可具有威慑效果，可防止债权人在即将破产期间谋求个别救济，因为他们知道在程序启动时这些救济可能会被撤销或失去效力。出于这些理由，在破产时交易一般可予撤销，以防止欺诈（例如，为了债务人今后的利益而隐匿资产或为了使债务人实体的高级职员、所有人或董事获益而进行的交易）；坚持全面执行债权人的权利；防止偏袒，即防止债务人希望使某些债权人得利而牺牲其他债权人的利益，以确保所有债权人得到公平待遇；防止赶在实行破产程序监督之前造成企业实体的价值突然损失；以及在某些国家建立一个鼓励庭外解决的框架——债权人将会知道资产在最后时刻的交易或扣押可被宣告无效，因此将更可能与债务人合作，以便在法院不介入的情况下达成可行的解决方案。

299. 虽然撤销规定有其理由，但也不应忘记，可能会被撤销的许多交易如果发生在破产背景之外则是完全正常和可接受的，但这些交易只是因其发生的时间接近破产程序的启动时刻才会产生嫌疑。撤销权的用意不是要取代或另外影响可在一般民法或商法下提供的保护债权人利益的手段。

300. 人们对撤销规则作了许多讨论，主要是针对其在实践中的有效性和例如为确定相关时间段和可被撤销的交易的所属性质而需要的那些多少带有任意性的规则。不过，撤销规定可能对破产法至关重要，不仅是因为其所依据的政策是妥当的，还因为这些规定的结果可一般为债权人追回资产或其价值，并且因为这种性质的规定有助于建立一套公正的商业行为守则，成为商业实体的适当管理标准的一部分。应当指出的是，在跨国界情形中，未在破产法中规定某些类型交易可予撤销的法域，可能会在承认程序方面以及在与有可撤销这些交易情形的法域的法院和破产事务官员之间合作方面遇到困难。

301. 如同破产法的一些核心规定一样，在拟定撤销规定时，需要在相竞的社会利益之间求得平衡，例如，一方面有必要赋予极大的权力，为了全体债权人的利益而实现破产财产价值的最大化，另一方面又要防范可能损害合同的可预测性和确定性。还可能需要在能够容易地证明并导致一些交易被撤销的撤销标准与难以证明但更加严格的将予成功撤销的交易数目的较狭窄的撤销标准之间取得平衡。为尽量减轻撤销权对合同可预见性和确定性可能产生的消极影响，只要有可能，就应使可予撤销的各种类别交易（不论其是广义界定的还是狭义界定的）和撤销权的行使都遵守能够确定企业和商业风险的明确标准。

302. 在作出是否启动撤销程序的决定时，需要权衡一些不同的考虑因素。这些考虑一般涉及费用和可能的利益；如果为了使资产回归破产财产而采取的行动，这些考虑将包括：撤销交易是使破产财产获益还是受损（例如在启动撤销诉讼可能会打断重组建议的情况下，尤其是在债权人可能未经破产代表同意而提起诉讼情况下）；可能给破产财产带来的费用，为破产财产追回价值的可能性，追回过程的可能拖延，以及为撤销某一特定交易而提出必要证据方面的困难。

## 2. 撤销标准

303. 各国破产法中，为撤销权诉讼确立标准的办法在具体标准及其在每一破产法中如何组合等方面有很大的差异。在适用的标准方面，可大致分为客观标准和主观标准。

### (a) 客观标准

304. 一种办法强调依靠一般化的客观标准来确定交易是否可撤销。问题将是，例如，交易是否在嫌疑期内发生的，或交易是否有证据显示法律所规定的某些任何一般特征（例如，是否为转让的资产或承担的债务提供适当的价值债务或债务关系是否到期，或交易当事各方之间是否存在着特殊的相互关系）。虽然这种一般化的标准适用起来可能比依靠例如意图证明的标准简单，但如果单单

依靠这些标准，也可能造成任意性的结果。例如，可使规定时期内进行的合法和有益的交易作废，而这段时期外进行的欺诈交易或特惠交易则受到保护。

**(b) 主观标准**

305. 另一种做法强调具体案件具体对待的主观标准，例如，是否有证据表明有意背着债权人隐匿资产，在进行交易时债务人是否已经破产或因此项交易而变得破产，该项交易对某些债权人是否不公平，以及对方是否知道债务人在进行交易时已经破产或者会因该项交易而变得破产。这种按具体情况处理的方法可能需要详细地考虑交易当事各方的意图和债务人在进行交易时的财务状况、该项交易对债务人的资产的财务影响以及什么构成债务人和特定债权人之间正常的业务过程等其他因素。

**(c) 综合各种要素**

306. 很少有破产法是仅依赖主观标准作为撤销规定的依据，这些法律一般都连带考虑肯定发生过交易的时间段。在有些国家，严重依赖主观标准造成了许多诉讼案和对破产财产的大量费用。为了避免这些费用，有些法律最近采取了短期嫌疑期（例如 3 至 4 个月）这种严格的客观做法，在某些情况下，在采用这种短期嫌疑期时还同时实行一项任意规则，即在该时期内发生的所有交易都有嫌疑，除非交易的当事方之间在大致同一个时间相互交换了价值。此外，短期嫌疑期可用于推定债务人或接受转让的人或两者对特别是破产的必要意图或了解。有些法律采取双重办法，将在其中撤销了所有交易的较短时期与在其中必须证明某些额外要素的较长时期相结合。因此，例如，法律可规定，可对发生在例如启动后六个月期间的某一类型交易加以撤销，而只需破产代表证明这是一项为立法目的界定的交易并且发生在限定时间内，而且对应方不享有抗辩权。对于交易发生在一年之内，则要求破产代表证明，该项交易不是发生在正常业务往来过程中的，而且具有优惠效果。对应方要挫败这一指称，就必须拥有相关的抗辩权。

307. 一些破产法还将这些不同的做法结合起来用于处理不同类型的交易。例如对特惠交易和压价贱卖交易可参照客观标准来加以界定，对旨在挫败或妨碍债权人的交易则将参照更为主观性的涉及债务人和对方的意图的要素来加以界定。例如，某一采取使这些要素相结合做法的破产法规定，诸如礼品、现有债务的担保和非常付款（不是以通常支付方式或是在到期前支付的款项）如果是在程序启动前的三个月之内发生的即可予以撤销。其他交易在下述情形下可以撤销：债务人在进行交易时已经破产、交易对某一组债权人是不公平或不妥当的、以及对方知道债务人在交易发生时已经破产。

**(d) 正常经营过程**

308. 需要特别注意的是，许多破产法都使用“正常经营过程”这一概念来界定其撤销标准，以便可以撤销上文所述非常支付。这一概念对破产制度有着广泛

的意义，因为举例来说，可以使用这一概念对在“正常经营过程”中和在其他情况下在破产程序期间使用和处分资产的权力加以区分，明确可由谁来行使这种权力以及需要哪些保护。

309. 各国在界定“正常经营过程”时都对不同的要素作各种各样的强调。不过，大多数法域中下此定义的共同目的是，允许一个企业在其进行交易的过程中完成或继续进行日常支付，而不让这些交易可能被撤销。此类经许可的支付可包括支付租金、供电和电话等公用事业费以及可能还包括贸易供料费。

310. 有些法律注重当事各方先前的行为，尤其是在供应或支付的方法、数量和经常性方面。在此情况下，凡是与合同、惯例或当事各方之间的惯常做法不一致的做法，例如以不正常方式支付，均被视为不符合“正常经营过程”。另一个做法是强调当事一方或双方的意图，为此可以查问债权人是否已经知道或应当知道债务人的财务状况或者债务人是否有意对债权人厚此而薄彼。

311. 还有一个做法是将通常采用的行业标准、甚至是一般商业惯例适用于交易条件以及达成交易时的情形。其他一些法律将任何超过债务人资产价值一定百分比的支付都视为异常。

312. “正常经营过程”的标准必须兼顾灵活性，以免对商业惯例的新做法作出过份的限制，同时又必须考虑到确定性这一首要要求。

#### (e) 抗辩

313. 如果破产法为个别对应方提供对撤销规定的抗辩，这些抗辩就可能冲淡撤销规定的主要宗旨的效力。抗辩涉及各种可能引起争议的要素，例如交易是在正常经营过程中发生的，或者对应方是诚信行事，等等，这样的抗辩会给各当事方造成不确定性，并可能需要法院作出裁定。而如果法院对这些抗辩采取有利于对应方的宽泛解释，破产代表结果也因为相关的费用或程序效率低和不可预测而无法使用或不愿意使用撤销规定，将其作为破产中的一个有效手段，那么发生这种不确定性的可能性就会增加。这些潜在的困难突出表明破产法有必要采用能使所有当事方评估潜在风险和避免纠纷的明确和可预测的撤销标准和抗辩，例如侧重交易的效力或结果而不是侧重当事各方的意图的客观标准。如果将“正常经营过程”这样的要素包括在内，破产法就应对其加以明确界定和限定。

### 3. 可撤销的交易的类型

314. 虽然有各种界定，但有三种大致常见类型的可撤销交易，可在大多数法律制度中找到，并被用作本指南中的讨论基础。这些交易是：旨在挫败、阻止或拖延债权人以使其无法追收债款的交易、压价贱卖交易和与某些债权人进行的可视为特惠的交易。根据每项交易的具体情况，有些交易可能具有其中一个以上不同类别的特点。例如，就看上去特惠的交易而言，当交易的目的是使债权人或潜在债权人得不到资产或在其他方面妨碍该债权人的利益时，以及如果交易是债务人无法在债务到期时偿付债务时或是在给债务人留下的资产不足以进

行经营的情况下发生的，那么，这种看上去特惠的交易则更可能具有旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易的特点。同样，压价贱卖交易当其涉及债权人时也可能是特惠的，但是当涉及第三方时，则可能并非如此，而如果明显有阻止、挫败或拖延债权人的意图，则应被归入第一类交易的范围。在此类情况下，破产代表或许能够确定应予撤销的交易属于哪一类，从而可以利用一般适用的证明和嫌疑期要求的差异。

315. 为达到尽可能的明确和稳定以及避免不必要的重叠，在确定可适用撤销规定的交易的类别时，破产法最好具体指明对撤销交易（包括交易的效力）至关重要的交易特点，而不是依赖于“欺诈性”或“特惠性”这种比较笼统的限定词。

**(a) 旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易**

316. 这些类型的交易涉及债务人将资产转让给第三方，意在使债权人得不到这些资产，一般要求第三方知道或应已知道债务人进行这种转让的意图。此类转让一般会使无担保债权人变得处境不利。因为需要证明债务人的意图，所以一般不能根据交易发生的一段固定时期这种客观标准自动撤销这些交易。这种意图很少是由直接证据证明的，而是通过确定这些类型的交易共同具有的情形来证明的。虽然这些情形因法域不同而异，但也有一些共同之处，其中包括：

- (一) 交易各方之间的关系，交易直接与相关人进行或通过第三方与相关人进行；
- (二) 为该交易收取的价值缺少或不足；
- (三) 债务人在达成交易前后的财务状况，特别是在其债务人已经破产或交易发生后破产的情况下；
- (四) 存在着某种交易方式或一系列交易，其特点是在开始出现财务困难或受到债权人诉讼威胁后转让债务人的部分资产或几乎所有资产；
- (五) 调查中的事件和交易的一般时间顺序，例如交易是在承担巨额债务之后不久发生的；
- (六) 债务人隐瞒交易情况，尤其是未在正常经营过程中进行的交易或涉及虚假当事人的交易；或
- (七) 债务人潜逃。

317. 有些法律也指明可以推定意图的情形或指明可认为确有某种意图或欺诈的那些交易，例如涉及相关人的发生在程序启动前的一段特定期间内的交易（下文作进一步的讨论）。根据其他法律，如果债务人本会并因此而本应认识到某项交易的后果（如果并非意图）会对债权人不利，而且受益人本会并因此而本应认识到债务人的行为可能产生这种后果，即可撤销该项交易。有些法律还规定，某些转让，例如土地转让，如果是善意地使未注意到或未意识到有任何欺诈债权人的意图的人获取好价钱，则可在此交易类别下免于撤销。

**(b) 压价贱卖的交易****(一) 标准**

318. 需要现金的债务人可以大大低于实际价值的价格快速出售资产，以便尽快出手，而从不抱有挫败或拖延债权人的任何意图。不过，结果可能是使破产时债权人可获得的资产明显减少。出于这一原因，许多破产法把重点放在交易中的价值交换上，规定债务人与第三方的交易而收到的价值微不足道或不存在（例如礼物）或比处分的资产或承付的债务额的真实价值或市场价格低得多，在此情况下，交易一般可予撤销，但条件是，该交易发生在嫌疑期内。其他一些法律还要求作出以下认定：该交易对债务人产生灾难性影响，例如，债务人因该交易而使其资本不合理地变得所剩无几，在交易发生时已经破产，或因该交易而破产。这些压价贱卖交易包括与债权人和第三方进行的交易。

319. 这些类型交易方面的一个重要问题是，为撤销之目的，什么是充足的“压价贱卖的构成因素，以及如何对其加以确定。在许多国家，这一点留给法院根据鉴定证据通过参考交易可以取得的合理价值或市场价值加以确定。在一项交易的相关数额可能不确定的情况下，可能对法院有帮助的一种做法是，由破产代表向法院提供此类数额的估计价值，对此，在交易对应方出示进一步的证据时可进行争论。还可赋予法院规定价值确定方式的权力，而不必要求其确定价值本身。鉴于要证明压价贱卖有其困难，在有些法域，如果交易是在公司无力偿付到期债务时达成的，则以有优惠效果这一理由撤销该交易比较容易。此外，有些法律规定，对价欠公平或无任何对价，可以推定为有意挫败、阻止或拖延债权人的交易的证据。

**(二) 抗辩**

320. 有些破产法规定，如果某些条件得到满足，这些类型的交易则不会被撤销，例如，受益人以善意行事，交易的目的是继续进行债务人的业务，有合理理由认为交易有益于债务人的正常经营，如果止付是一项相关的要求，则债务人的资产在交易时超过其负债（即其已破产）。

**(c) 特惠交易****(一) 标准**

321. 在下列情况下特惠交易可以取消：(一)交易发生在嫌疑期内；(二)交易因预先存在的债务而涉及向某一债权人进行的转让；(三)由于进行交易，债权人从债务人资产获得的偿付比例高于相同等级或类别的债权人（换句话说取得了优惠）。许多破产法还要求交易发生时债务人应是已经破产或接近于破产的境地，而有些破产法还要求债务人有设定优惠的意图。之所以将这些类型的交易包括在撤销规定范围内，是因为当这些交易的发生时间非常接近程序的启动

时，很可能存在着一种破产状态，而且这些交易通过给予某一类别中的某一成员超过其可以合法取得的利益，违背了处境类似债权人平等待遇的关键目标。

322. 特惠交易的例子可包括：偿付或抵销尚未到期债务；实施债务人没有义务实施的行为；为现有无担保债务提供担保；以钱款以外的非正常支付方式偿付到期债务；偿付与债务人的资产相比数额相当可观的债务；在某些情况下，迫于债权人的极端压力（例如诉讼或扣押）而偿付债务，但施加这种压力的理由令人怀疑。抵消本身并非必须撤销，但如果抵消发生在提出启动破产程序的申请前的一段短时期内，其结果是改变当事方之间的债务平衡从而形成了一种优惠，或如果抵消涉及债权人之间转移或转让的债权以形成抵消之势，则可以认为该抵消是有害的。如果抵消是在非正常情形下发生的，例如抵消交易的各方之间没有合同，那么也可以撤销。

## (二) 抗辩

323. 对特惠交易指控可以提出的一种抗辩是，证明交易虽含有优惠成份，但实际上符合正常的商业惯例，特别是符合交易各方之间正常的业务往来。例如，在收到定期交付和付款的货物时所作的付款即不一定是特惠的，即使是在距离破产程序的启动相接近的时间内作出。这种做法鼓励货物和服务的供应商继续与可能有财务问题但却仍然有潜在生存能力的债务人做生意。根据破产法可提出的其他抗辩包括（视适用的撤销标准而定）：受益人在交易之后将信贷提供给债务人而该信贷尚未支付（抗辩限于新贷款的数额）；受益人提供新的价值但未获得担保；受益人可证明其对设立优惠不知情；受益人不知道或不可能知道债务人在进行交易时已破产；或债务人在交易进行时的资产超过其负债。

## (d) 担保权益

324. 有些法律允许对债权人提供担保权益，按此种法律规定为有效和可执行的担保权益应被破产法一般视为有效，但这类担保权益也可能会以质疑和撤销任何其他交易的同样理由而在破产程序中被撤销。这种做法的目的是防止无力偿债的债务人给资产设押，除非所提供的担保权益考虑到了预支的新资金。否则，债权人一般得不到已设押资产，并且将对债务人使用这些资产加以限制。提供担保的交易可予撤销，条件是，该交易意在挫败、拖延或阻止债权人，或者是特惠性或压价贱卖交易。在许多情况下，该交易因涉及现有债权人而会是特惠交易。例如，在程序启动前不久提供的担保权益虽然本来是有效的，但可能被发现是过于偏袒某个债权人而损害其他债权人。为担保旧债而提供担保权益或按过去的对价设定担保权益（某些法律制度允许，某些法律制度不允许），也可能因为不公正地给予某个特定债权人特惠而无效。如果某一担保不足的债权人在嫌疑期内获得全额偿付，该有担保债权人则可被视为得到特惠（至少部分特惠）。如果将担保权益给予了新的债权人，则该交易可能不属于该交易类别含义内的特惠交易，但可能属于另一类别的范围。有些法律载有专门处理此类交易的撤销的规定，特别是关于有利于董事的担保权益（关于与相

关人进行的交易的规定也可能涉及这一问题）并在提供价值和嫌疑期方面适用不同标准的规定。

325. 根据有关的担保交易法，撤销规定也可适用于尚未完善的担保权益，而根据有些法律，也适用于在程序启动前的很短时间内予以完善的担保权益，以及适用于在设立担保权益的交易有污点的情况下将设押资产的收益转让给有担保债权人情形。

#### (e) 与相关人进行的交易

326. 如上所述，与撤销某些交易有关的一项标准是债务人与对方之间的相互关系如何。如果须撤销的各类型交易涉及相关人（有时称之为关系人或内幕人士），破产法往往规定较严格的规则，特别是关于嫌疑期长短和对相关人任何债权的处理规则（见第五章 A），以及旨在便利撤销程序的推定方法或举证责任调转（见下文）及放弃关于债务人在进行该项交易时必须已经破产或该项交易的结果导致其破产的要求。实行较为严格制度的理由可能是，这些当事方获得优惠的可能性较大，而且往往最早知道债务人事实上什么时候发生财务困难。

327. 相关人一般被界定为与债务人有着各种层次的关系。大多数法域将那些与债务人有着某种形式的业务或家庭关系的人视为相关人。法律上采取的做法一般是，但并不完全是作出明确规定。对于那些与债务人有着某种形式的业务关系的人，狭义的界定侧重于债务人的董事和管理层，而较宽广的定义则可能延伸至不仅包括对债务人具有有效控制权的人，而且还可能包括债务人的全部雇员和与债务人有业务关系的任何人员的债务担保人。同样，家庭关系可界定为包括血亲关系或姻亲关系，在某些法律中甚至包括与债务人生活在同一住所的人员以及以债务人或与债务人有关系的人员作为受益人的任何信托财产的受托人。与债务人有业务关系的人员的亲属一般也被视为相关人。许多法域中的一个重要组成部分是，把以往与债务人有过某种确定关系或今后可能会有某种确定关系的人包括在内。

328. 如果债务人是自然人，其他法规（例如关于婚姻财产的法规）通过补充或限定破产法的撤销规定，可予适用并可影响破产法在可予撤销的交易方面的运作。最好对这些法律加以调整并在破产法中明确其对破产法的任何影响。

#### 4. 免于撤销诉讼的交易

329. 破产法可能最好载列免于对某些类型交易适用撤销的具体情形。这些情形可包括：在实施重组计划过程中发生的交易，包括与启动后融资有关的交易；在加速重组程序下根据法院批准的计划作出的支付；在计划或安排的实施失败而程序随后转变为清算的情况下，或者在经谈判达成协议后启动清算程序的情况下，根据（债务人与至少是多数无担保债权人之间批准的）自愿重组协议作出的支付。某些对金融市场的运作至关重要的交易，例如证券和衍生合同的终止式净额结算（见第二章 H），应免于适用撤销规定。

## 5. 撤销的效力——无效或可撤销的交易

330. 如果一项交易属于这些须撤销的交易类别中的任何一种，则根据对每一类别的交易所采用的标准，破产法要么使其自动失效，要么规定其可予撤销。例如，那些仅提及在某些固定时期内发生的交易但并不包括任何主观标准的法律有时规定相关的交易将是无效的。但是，即使采取这种做法，破产代表也可能需要在对方未能返还资产的情况下启动程序，向交易的对方追回资产或其同等价值。

331. 在规定了交易可予撤销的那些法律中，将要求由破产代表决定撤销某项交易是否对资产有利，其中应考虑到每一类可予撤销的交易的情节，以及在追回所涉资产或资产价值方面的拖延和可能的诉讼费用。行使这种自由裁量权，一般应以破产代表履行其实现破产财产价值最大化的义务为条件，破产代表可能还须对未能这样做而负责。

## 6. 确定嫌疑期

332. 大多数破产法都明确规定了嫌疑期的期限，同时提及拟撤销的特定类型交易并指明追溯计算这一期限的日期。例如，在某一特定事件或日期之前的多少天或多少月，这种事件包括提出启动程序申请、破产程序的启动、或法院确定的债务人停止以正常方式偿债（“止付”）的日期。法律规定的事件或日期将取决于破产制度的其他设计特征，例如对启动的要求以及在破产程序的申请和启动之间是否存在着拖延的可能性。例如，如果从申请之时起启动一般要花几个月的时间，而嫌疑期是从启动之时起算的一段固定期间，那么，那么就可以用嫌疑期内的这几个月补齐从申请至启动的拖延期，从而限制撤销权的潜在效力。然而，如果提出申请即自动启动程序，同样的拖延就不会发生。为处理申请与启动之间可能出现的拖延期，破产法不妨规定，嫌疑期可以追溯适用，从申请之时起算，并在其他方面论及申请至启动这一期间的交易，包括这些交易是否为欺诈性交易，是否发生在正常经营过程中，如果指定临时破产代表，还应论及未经授权的交易（见第二章 B）。如果启动是在申请之后不久发生的，嫌疑期可以从启动之时起追溯适用。

333. 一个相关的问题是，破产法规定的嫌疑期是否可由法院在适当的情况下加以延长，例如，交易发生在规定的嫌疑期外，但情形可疑，具有削减资产的效果。虽然酌情处理的方法在涉及撤销规定所应涵盖的交易时，可以有一定程度的灵活性，但也可能导致程序的拖延，不能就哪些交易可撤销给债权人一个可预测的或有透明度的回答。如果在破产程序启动前的某段未作规定的时间内发生的交易可以反悔不作数，并且可由法院酌情处理，那么商业和金融交易中的安全性便可能减少。由于这些理由，似宜将嫌疑期的延长限制在旨在挫败、阻止或拖延的交易范围，因为在此范围内商业确定性问题不太令人关切。

334. 有些破产法对所有类型的可撤销交易统一规定了一个嫌疑期，而有些制度则根据交易的类型及受让人是否为相关人等因素规定不同的时限。如上文所述，还有一些法律采取的做法是，把自动撤销某些类型交易所适用的较短嫌疑

期（无抗辩权）同必须证明额外要素的较长期间结合。由于有些交易涉及故意的不法行为，所以许多破产法并不限定这些类型的交易必须在多长期限内发生才可撤销。有些破产法规定的期限非常长（一至十年不等），一般从程序启动之日开始计算嫌疑期。

335. 如果特惠或压价贱卖交易所涉及的债权人不是相关人，那么嫌疑期可能相对较短，也许不超过几个月（三至六个月不等）。但是，如果涉及相关人，则许多国家都适用较为严格的规则和较长的嫌疑期（例如，经常是两年，而不是交易不涉及相关人时的三至六个月）。

## 7. 撤销程序的进行

### (a) 可启动程序的当事人

336. 要撤销某一特定交易，一般要求向法院提出申请，请求法院宣布该交易无效，并由破产法对可能启动这种程序的当事人采取各种做法。许多破产法承认破产代表在破产财产管理方面发挥中心作用，规定应由破产代表进行所规定交易的撤销程序，不过也有一些破产法的确要求破产代表在任何程序启动之前先取得若干债权人或大多数债权人的同意。也有一些法律允许由债权人（以及在某些情况下还有债权人委员会）启动撤销程序，其中有些法律将启动权局限于其债务发生于受质疑的交易之前的那些债权人。一些允许债权人启动此类程序的法律要求征得破产代表的同意。如果将允许债权人采取此类行动视为可取的，那么，要求取得破产代表的同意可确保破产代表对债权人的建议知情并使破产代表有机会拒绝批准，从而避免此类撤销程序对破产财产管理产生任何消极影响。

337. 如果要求取得破产代表的同意但未得到其同意，有些破产法则允许债权人寻求法院批准启动撤销程序。破产代表有权在任何由此导致的庭审中作出陈述，以解释其为何认为不应进行该程序。在此类庭审中，法院可准许启动撤销程序，也可决定根据案情进行审理。这种做法有助于降低各当事方之间达成任何交易的可能性。如果可由债权人提起撤销诉讼，有些法律要求由债权人支付任何诉讼的费用，或允许对债权人进行制裁，以防止债权人滥用撤销程序的可能性。

338. 对于只有破产代表有权启动撤销程序并可以在权衡上文所述各种考虑因素（即过失、恶意或不作为以外的理由<sup>67</sup>）的基础上决定不就某些交易启动程序的情形，破产法就这些程序的进行和费用采取不同的做法。当破产财产的资产不足以提供这些费用时，这些程序的费用解决方式可能具有特别重要的意义（费用问题在下文作进一步讨论）。关于这些程序的进行方式，一些法律允许债权人或债权人委员会在看上去对破产财产有利时，要求由破产代表启动撤销程序；或在其他债权人同意的情况下，也允许债权人自己或债权人委员会启动程序，撤销这些交易。

<sup>67</sup> 见关于破产代表的权利和义务的第三章 B。

339. 如果允许债权人以与破产代表平等的方式启动撤销程序，或允许债权人在破产代表决定不启动撤销程序的情况下启动此类程序，破产法为收回的资产或价值采取不同的做法。最常见的做法是，将债权人追回的资产或价值当作破产财产的一部分来处理，因为撤销程序的主要理据是，价值或资产归还破产财产是为了所有债权人的利益，而不是使个别债权人得利。其他一些法律规定，追回的任何价值或资产可首先用于清偿采取行动的债权人的债权；或规定可对采取该行动的债权人的债权的优先顺序加以修改。

#### **(b) 撤销程序的费用**

340. 在有些国家中，撤销规定发挥效力的最大的限制是，没有用于质疑有可能撤销的交易的资金。对费用问题采取了不同的做法。有些国家向破产代表提供公款用以启动撤销程序，而有些国家则要求这些程序的费用从破产财产中拨出。后一种做法在资金充足的情况下可能是适当的，但在某些情形中，这样做有可能妨碍某些资产的追回，这些资产已特意从破产财产中转移出去，使破产财产的资产所剩无几，无法用其启动撤销程序追回资产。有些破产法允许破产代表将启动程序的能力有偿转让给第三方，或找一位放款人垫付启动撤销程序的费用。各国在用公共资源支付撤销程序的费用方面有着明显的重大差别，这或许说明为什么需采用某些其他机制。在无法用破产财产支付撤销程序的费用情况下，这些备选方法在适当的情形下或可提供一种有效的手段，用以恢复破产财产的价值，避免滥用，调查不公平行为及推动良好治理。

#### **(c) 启动的时限**

341. 有些破产法确定了启动撤销程序的具体时限，而另有一些破产法则对这一问题保持沉默。例如，那些的确指明了时限的法律规定，应在程序启动之日之后的一段规定时限（例如三个月或 12 个月）内或不晚于破产代表能够发现、评估和处理债权之后一段规定期间（例如六个月）启动程序。如果某一破产法要确立具体时限，而不是依赖根据一般法适用的时限，似宜采取一种将不同时限结合的做法，例如将启动后的一段固定时限和破产代表发现了该交易之后的一段固定时限结合起来。这样一种办法可提供某种灵活性，足以用于处理那些瞒着破产代表进行的交易和在规定时限到期后才发现的交易。

#### **(d) 满足撤销标准**

342. 破产法采用不同的做法来确定撤销某一交易而必须证明的要件。采取何种做法，取决于如何在撤销那些破产财产不公平或有财务危害的交易与保护那些在破产范围以外并不被视为不当的或有害的商业交易之间保持平衡。

343. 在有些法律中，证明交易不属于任何类别的可撤销交易，是债务人的责任。而有些破产法则规定，破产代表或由经允许可对交易提出质疑的其他人，例如债权人，需证明交易符合撤销要求。如果这些要素包括主观意图，往往难以证明，负有举证责任的一方难免败诉。为克服这一困难，在破产代表只通过

外观迹象、客观表象或其他间接证据难以证明债务人诈骗债权人的实际意图时，有些法律允许将举证责任调转到对方，不过，债务人无法就某一从破产财产中提取价值的交易的商业目的作出令人满意的解释，实际上可能恰恰证明了意图要件。

344. 另一种做法是，规定如果某些类型的交易是在嫌疑期内进行的，并且交易对方负有反证责任，则可认定或推定存在着必要的意图或恶意。例如，这些类型的交易可包括与相关人的交易、偿还未到期债务、以及无偿交易或有偿交易的付款。还有一种做法是，规定如果某一类型交易是在嫌疑期内发生的而且具有给予优惠等效果，则可以对给予优惠的意图提出可以反证推翻的推定。除非该债权人能推翻这一推定，否则，交易须予撤销，而且破产代表可追回涉及该项交易的资产或获得对所涉资产的价值裁决。

345. 在对方知道债务人破产是撤销的要件的情况下，有些破产法规定，如果与对方进行的交易具有某些特点，即可推定对方知道债务人处于财务困境，这些特点包括，偿还未到期债务或以非正常方式偿付，或交易发生在申请启动前或启动前的一段不长的时期内。

346. 无论破产法采用何种做法来满足撤销标准，都极有必要准确地指出哪一方须证明标准的哪一部分，以便明确对破产代表寻求撤销某一交易有何要求以及对对方提出反对撤销交易的抗辩有何要求。

## 8. 交易撤销后对方的责任

347. 如果某一交易被撤销，就会有一个撤销对对方的效力问题。在大多数破产法中，撤销某一交易的结果一般是该项交易将被废止，并要求对方归还已获得的资产或以现金向破产财产支付该项交易的价值。有些破产法规定，破产代表可获得对所涉财产价值的裁决。有些破产法还规定，在有优惠的情况下，以及在对方是在压价贱卖交易中支付的情况下，对方如果已将资产或价值归还给了破产财产，仍可在破产中作为无担保债权人在已归还资产的范围内提出债权。在对方不向破产财产交出资产或归还价值的情况下，现有的大多数补救措施一般是由破产法以外的法律规定的，但有些破产法规定，除了撤销该交易外，对方提出的（可撤销交易所涉数额之外的欠款）的债权不能在破产时给予承认。

## 9. 重组转换为清算

348. 在重组程序转换为清算程序的情况下，可能需要有所考虑的是，这种转换对重组程序期间所作偿付方面撤销权的行使和对嫌疑期的确定所产生的影响。

## 建议

### 立法条文的目的

关于撤销的条文的目的：

- (a) 恢复破产财产的完整性并确保债权人的公正待遇；
- (b) 确立明确的规则，规定在何种情形下，在破产程序启动前发生的、与债务人或债务人的财产有关的某些交易，可被视为损害性的并因此可予以撤销，从而为第三方提供确定性；
- (c) 使程序的启动能够撤销这些交易；
- (d) 便于向已撤销交易所涉人员追回资金或资产。

### 立法条文的内容

#### 可撤销的交易

(73) 法律应载列可回溯适用的有关条文，旨在推翻涉及债务人的资产或破产财产的、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<sup>68</sup>。法律应规定下列类型的交易可予撤销：

- (a) 在交易的目的是使债权人或潜在债权人得不到资产或在损害该债权人的利益情况下以及在对方知晓或应已知晓债务人意图的情况下，进行的企图挫败、拖延或阻碍债权人收回债权能力的交易；
- (b) 在债务人破产时，债务人为换取名义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的交易，或因此使债务人破产的交易（压价贱卖的交易）；及
- (c) 在债务人破产时从债务人资产中取得的或收到的利益超过其应得比例的涉及债权人的交易（特惠交易）。

#### 担保权益

(74) 法律应规定：

- (a) 如果根据其他法律某项担保权益是有效的和可执行的，则这种有效性和可执行性将在破产程序中得到确认；
- (b) 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法律的撤销规定的约束。

---

<sup>68</sup> 本节使用“交易”一词是为了统称处分资产时或发生义务时可能采用的一系列法律行为，其中包括转让、给付、担保、保证、借贷或解除[或使担保权益对第三方有效的诉讼]以及可包括综合系列交易。

## 确定嫌疑期

(75) 法律应规定，如果建议(73)(a)-(c)中所述交易是在从一规定日期——破产程序申请之日或破产程序启动之日——起追溯计算的一段规定期间（嫌疑期）内发生的，该项交易可予撤销。法律可为各类交易规定不同的嫌疑期。

## 相关人交易

(76) 对于涉及相关人的可撤销的交易，法律可：

- (a) 规定这些交易的嫌疑期比与非相关人进行的交易的嫌疑期长；
- (b) 确立[有证据力的][可反证推翻的]推定，以便利撤销程序；及
- (c) 允许调转举证责任，以便利撤销程序。

(77) 法律应规定与债务人有充分关系而应被视为相关人的类别。<sup>69</sup>

## 免于撤销诉讼的交易

(78) 法律应规定可免于撤销的交易，这些交易中包括金融合同。

## 撤销程序的进行

(79) 法律应规定：

- (a) 破产代表负有启动撤销程序的主要责任；<sup>70</sup>
- (b) 任何债权人均可在破产代表同意的情况下启动撤销程序；或
- (c) 如果破产代表不同意，则债权人可寻求法院的许可。

### - 撤销程序的费用

(80) 如果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增加过多的费用，<sup>71</sup>因而不争取撤销某些特定交易，法律可提供备选办法以解决撤销程序的费用问题。

### - 启动撤销程序的时限

<sup>69</sup> “相关人”的定义载于术语表。

<sup>70</sup> 与撤销有关的问题也可能会在破产代表以外人员启动的程序中出现，在此种程序中，破产代表通过对强制执行进行抗辩提出撤销要求。

<sup>71</sup> 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。

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

### 撤销和抗辩的要件

(82) 法律应规定为撤销某一特定交易而应证明的要件、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，或交易是在随后转换为清算的重组程序过程中进行的。

### 对方对被撤销的交易的責任

(83) 法律应规定，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。[法院应确定被撤销的交易的对方是否享有普通无担保债权。]

(84) 法律可规定，如果对方不遵守撤销交易的法院令，除了撤销和任何其他救济外，该对方的债权可以不承认。

## G. 抵消权

349. 根据破产法对债务人的启动前交易或活动引起的互负债务执行抵消权，不仅对商业预测和信贷提供很重要，而且有助于避免在策略上误用破产程序。鉴于这些理由，由破产法为这种抵消权提供保护是十分可取的。

350. 在大多数法域，抵消权不受破产终止的影响，并且可在破产程序启动后予以行使，而不论互负债务是由单项合同还是多项合同引起的，也不论互负债务是在破产程序启动之前还是之后到期的。有些法域则作出了某种区分：允许对破产程序启动前到期的债务作启动后抵消，但限制或不允许对破产程序启动后到期的债务作启动后抵消。

351. 有一种替代办法可保全抵消权，不管互负债务是在破产程序启动之前还是之后到期的，但以对有担保债权人行使权利适用终止的同样方式对这些抵消权适用终止。在采用这种替代办法的制度中，债权人被视为是有担保的，但以其拥有的有效而未使用过的抵消权为限，并且这些权利以类似于对担保权益提供的保护方式受到保护。<sup>72</sup>

352. 破产法几乎普遍载列规定，允许破产代表寻求避免债权人为加强抵消权而采取的某些启动前行动（例如折价购买债权以图增强抵消权）的影响。这些规定的性质和范围各不相同。

<sup>72</sup> 见第二章，B.8。

## 建议

### 立法条文的目的

关于抵消的条文的目的：

- (a) 就破产程序的启动对行使抵消权的影响提供确定性；
- (b) 具体说明可在破产程序启动后抵消的债务的类型；
- (c) 具体说明其他法律规定（例如撤销规定和中止）对行使抵消权的影响。

### 立法条文的内容

(85) 法律应保护在一般法范围内存在的并且是在破产程序启动前产生的一般抵消权，但须适用撤销规定。

## H. 金融合同与净额结算

353. 金融合同已成为国际资本市场的一个重要组成部分。这种合同有助于增加信贷可获量，是为应付汇率、利率和其他市场波动而进行套期保值的一种重要手段。鉴于这些交易的构成和交单方式，有必要对这种合同的当事一方未能履约（包括出于破产理由未能履约）时发生的情况提供确定性。

354. 金融合同包括证券合同、商品合同、远期合同、期权、互换交易、证券回购协议、净额结算主协议以及其他类似合同。债务人往往在单独一次交易中与某一特定对应方订立多项金融合同，如果这些合同规定的权利根据合同条款是可充分执行的，则会使信贷可获量增加，从而允许对应方在考虑到所有“未结”合同的价值之后根据其暴露风险净额不断提供信贷。

355. 破产程序启动时，对应方会寻求“轧平”未结头寸并“净额结算”与债务人的金融合同产生的所有债务。“终止式净额结算”包括两个步骤，第一步是，由于启动破产程序而终止所有未结合同（终止）；第二步是，被终止交易产生的所有债务总额相互抵消（净额结算）。

356. 允许在破产程序启动后进行“终止式净额结算”是一项重要因素，有助于减轻可能威胁金融市场稳定的系统风险。视金融市场的条件而定，金融合同的价值或在其范围内承受的风险每天（有时是每小时）都可能有很大差异。因此，这些合同的价值可能极易变化。对应方一般通过与第三方订立一项或多项“对冲”合同或“套期保值”合同来减轻或冲销与这些合同相关的风险，这些合同的价值与债务人合同的价值呈反向波动。<sup>73</sup>

<sup>73</sup> 本节提及“合同”之处均包括一项或多项合同的可能性。

357. 无论债务人是否履行其与对应方的合同，对应方都必须履行其与第三方订立的套期保值合同。如果债务人发生破产而无法履行其与对应方的合同，就会使该对应方承受市场变动的风险，因为对应方的套期保值部分，不能再与债务人的合同来“补进”。在此情况下，对应方一般会寻求通过订立一项或多项新的合同来“补进”这些套期保值合同，以限制其承受未来市场波动风险的范围。然而，对应方只有肯定其不会被要求履行与债务人的合同时才能以上述方式补进。对应方依赖于“终止”债务人的合同的能力，这种能力允许其在破产程序启动后立即“补进”。

358. 如果无法如上文所述在启动后立即终止、净额结算和抵消与未履行的合同有关的债务，则债务人不履行其合同（或其决定履行盈利合同而不履行不盈利合同），会导致对应方无法履行其与其他市场参与者之间的有关的金融合同。一个重要的市场参与人破产，会造成连续交易中发生一系列违约，从而可能使其他市场参与人陷于财务困境，最坏的情况是，可能导致其他对应方（包括受管制的金融机构）发生财务崩溃。这种多米诺效应常被称为“系统风险”，并被援引为允许参与者以通常不会被破产法许可的方式终止、净额结算和抵销债务的重大政策理由。

359. 对中央支付和结算制度中发生的金融合同支付和结算的终结性表示的关切也可引起系统性风险。这些系统一般采用双边或多边净额结算安排。在制度的参与者之一发生破产时，应确认和保护通过这些系统进行的金融合同净额结算和通过这些系统进行的清算和结算的终结性，以便预防系统风险。

360. 在许多国家，一般破产规则的适用将允许在破产程序启动后根据金融合同的条款履行金融合同，一方面使破产引发的合同终止条款生效（见第二章，E.2 和建议(56)-(57)），另一方面允许抵消债务，而不管违约索赔是以自动终止条款为依据还是在启动前提出的。其他法域或者由于其破产规定限制自动终止条款的效力，或者由于破产规定中止或限制抵消权和其他债权人补救措施的行使，都要求在其破产法中规定具体的例外情形，方能允许充分执行与金融合同有关的补救措施。这些类型的合同的例外情形也应扩大，把可适用于金融合同的撤销规定包括进去，并完成制定任何关于限制担保对抵消后仍存在的未偿金融合同债务的适用范围的规定。

## 建议

### 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人的权利提供确定性，来减少会威胁金融市场稳定的潜在系统风险。

## 立法条文的内容

(86) 法律应确认与金融合同相关的由合同规定的终止权，这种权利允许在破产程序启动后立即终止这些合同，并对这些合同范围内的未偿债务进行抵消和净额结算。如果法律暂停终止合同或限制关于破产程序启动的自动终止条款的可执行性，则应将金融合同排除在此种限制之外。<sup>74</sup>

(87) 债务人的金融合同一旦被对应方终止，则应允许该对应方净额结算或抵消这些已终止金融合同的所涉债务，以确定相对于债务人的风险暴露净额头寸。应允许作此种终止和抵消以确定风险暴露净额，而不管这些合同的终止是发生在破产程序启动之前还是之后。法律限制或中止在破产程序启动时权行使抵消权的，应将金融合同的抵消和净额结算排除在此种限制范围之外。

(88) 债务人的金融合同一旦被终止，即应允许对应方对金融合同产生的债务执行和适用其担保权益。应将金融合同排除在对执行担保权益适用的破产法所规定的任何终止范围之外。

(89) 法律应规定，符合市场惯例的破产前日常转账，例如为金融合同设立保证金<sup>75</sup>以及清算金融合同债务的转账，<sup>76</sup>应被排除在撤销范围之外。

(90) 破产法应确认和保护在系统的一方参与人破产时通过支付和结算系统对金融合同进行的净额结算、清算和结算的终结性。

(91) 建议(86)至(90)应适用于所有被视为“金融合同”的交易，不管对应方之一是否为金融机构。<sup>77</sup>

(92) 金融合同的定义应当充分扩展，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。[这些建议的用意不是要适用于不属于金融合同的交易，此类交易仍应受适用于抵消和净额结算的一般法的约束。]

<sup>74</sup> 这将允许市场参与者提供基于“净”头寸的信贷，使债务人无法通过履行某些合同而不履行另一些合同来“有选择地履行”合同，这对于金融合同尤其重要，因为有系统风险问题。

<sup>75</sup> 保证金是根据合同约定的一种反映合同和现有担保品市场价值波动情况的公式作为交易的一种担保品而交付额外现金或证券的过程。以互换交易为例，可能需要 105% 的保证金用于维持合同终止时的价值。如果担保头寸跌至 100%，则可能需要交付额外保证金。

<sup>76</sup> 在某些情况下，结算支付可被视为一种优惠。以互换交易为例，可按合同的市价每月进行或在合同终止时进行结算支付。这些支付并不是价值对等的转账，而是已经到期的实际应计债务的支付。在那些为启动前发生的所有交易规定了固定嫌疑期的国家，这种支付可能也须受撤销权的约束。

<sup>77</sup> 即使某一特定金融合同并不涉及金融机构，某一对应方破产所产生的影响也可能引起系统风险。

### 三. 参与者

#### A. 债务人<sup>78</sup>

##### 1. 导言

361. 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。除其义务之外，对于这些程序，债务人也将享有某些权利，例如，在程序中的陈述权，获取信息的权利以及保留个人财产的权利等。为确保高效率和有效地进行程序，并为有关各方当事人提供确定性，破产法似宜明确确定债务人权利和义务的范围。

##### 2. 债务人企业的继续经营和债务人的作用

###### (a) 清算

362. 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（见第二章，B），而且也不受债务人的影响。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。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法律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，凡未经过破产代表、法院或债权人（视破产法的要求而定）许可的涉及破产财产中资产的交易，包括这些资产的转移，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（见第二章，E.7、F.8）。

363. 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。

---

<sup>78</sup> 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。

**(b) 重组**

364. 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，以及真的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，以及对于用何种方式以其他参与者的作用来平衡这种作用，并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則可能值得怀疑。这还可能取决于是否存在严格的独立治理制度来对付不称职的行为或谋取私利的行为。有时，债务人继续发挥作用的好处可能取决于程序是由债务人启动的还是由债权人申请启动的，在后一种情况下，债务人可能不合作，甚至怀有敌意，从而使得债务人的继续参与毫无意义。究竟采取哪种做法，可能取决于一些因素，其中包括当地的公司文化；银行的作用；公司治理制度的存在和有效性；破产管理机构的有效性；法院提供或要求法院提供监督的程度；法院的效能和近便程度；以及在多大程度上确信启动破产程序的鼓励办法对破产制度的设计起着重要作用。

**(一) 债务人继续参与的利弊**

365. 安排债务人继续发挥作用这样做有一些潜在益处。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。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。

366. 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。有一个因素可能影响债权人对此种办法的看法，这就是公司治理制度的有效性和债务人对待此种制度的态度。如果没有行之有效的治理制度，债权人可能倾向于任命破产代表，替换债务人，或由其对债务人实行重要的监督权。

367. 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利用破产法渡过其财务困难的知识和经验。需要考虑的一个相

关因素是破产程序是由债务人还是由债权人申请启动的（如果是后一种情况，债务人可能敌视债权人）。

368. 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计划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，对债务人控制和管理企业的限制即可停止适用，债务人将负责实施所批准的计划。

369. 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。对这些不同做法的取舍，影响到破产制度的结构，特别是影响到应在不同参与方之间保持的平衡以及将在多程度上运用由法院或债权人提供的制衡手段。

## (二) 债务人继续发挥作用的几种做法

### - 完全撤换债务人

370. 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的继续经营造成有害影响。

### - 由破产代表监督债务人

371. 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，以及十分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。监测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。

372. 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这些交易是否有效作出规定，并就债务人的行为规定适当的制裁。例如，一种破产法规定，在这些情形下，法院可完全中断破产程序。但这一补救措施是否适当，取决于程序是由债务人还是由债权人申请启动的（债务人不能阻挠由债权人申请启动的程序，拒不遵守破产法或法院裁决令），另外还取决于哪种做法最符合程序各参与方的利益以及破产法中是否设

有对付债务人此种行为的其他机制（包括将重组程序转为清算程序的可能性）。

373. 凡列出需经同意的交易的破产法，均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限。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。这类有关情形可以包括，有证据表明债务人缺乏责任交代的能力，或债务人管理不善或滥用资产。在出现这些情形时，似宜准许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。

374. 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，防止债权人因企图阻挠重组程序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。

375. 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和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。

#### - 由债务人充分控制

376. 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，其结果是程序一旦启动，法院不指定独立的代表（这种做法常称作“债务人主持”）。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。

377. 但是，这种做法也可能存在弊端，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，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，以及这一过程有可能为困境中挣扎的企业提供竞争优势，使其能够获得低息贷款，少付利息以及其他最终会降低其相对于市场竞争对手的成本的惠益。其中一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，允许法院在某些情况下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，或规定将程序转换为清算程序。应当注意的是，如果采用这种做法，程序启动时债务人的管理层通常不是负责执行已获批准的计划的同一个管理层，同债务人的管理层在整个程序中保持不变的情况相比，上文提到的某些因素将没有那么重要。不过，这种债务人主持做法相当复杂，需加以仔细的考虑，这不仅因为其取决于健全的公司治理规则和机构能力，而且也因为其影响到破产制度其他一些规定的设计（例如，重组计划的制订、撤销权的行使、对合同的处理、获得启动后融资），而本指南中并未详细论及这些方面。

### 3. 债务人的权利

378. 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规定的义务的影响，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）。

#### - 申述权、知情权和个人财产保留权

379. 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）从而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。正如上文第二章 A.3 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些除外财产的权利。

380. 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。同样，如果债务人已停止经营而且无法以经营人的身份作出申述，或者如果股东和企业主不参加程序中的任何分配，则规定这样一种绝对申述要求可能根本于事无补。考虑到这些问题，虽然似宜规定应作出一切合理努力听取债务人的申述，但破产法也可能需对例外情形提供某种灵活性，以避免尊重这种权利的要求对程序的进行产生不利影响。

### 4. 债务人的义务

381. 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。这些义务应当在程序启动时产生，并应在整个程序期间适用。这些义务将根据债务人在清算和重组程序中发挥的作用，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**

382. 为确保破产程序可以有效和高效率地进行，一些就一定程度内替换或监督债务人作出规定的破产法，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。债务人的资产位于外国法域的，债务人可能无法交出资产控制权，但是，这种义务应当提及便利或配合破产代表追回位于国外的这些资产（见《跨国界破产示范法》第七章）。这种合作义务还可以要求债务人协助破产代表编拟债权人及其债权的清册和债务人的债务人清册（见第三章，B.4）。

**(b) 信息的提供**

383. 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；收入和支出；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；披露涉及债务人或债务人资产的以往交易情况，包括那些根据破产法撤销规定而可能撤销的以往交易；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，而且，如上文所述，通常与破产代表合作拟订一份债权人名单用以核查债权并拟订一份债务人名单。还可能要求债务人根据所核查的债权和认可债权的规定，随时修订该名单。

384. 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。

385. 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，但须允许债务人有必要的时间收集相关资料。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。

386. 收集上文所述资料的过程可能对资料的最终效用至关重要。例如，如果债务人的管理部门成员对债务人当前的财务处境负责，他们可能不愿意全面而坦白地披露情况或披露可能自证其罪的信息（不过许多国家的刑法规定，自证犯罪的证据不能在随后的刑事诉讼程序中使用，以便鼓励坦白披露）。因此，除

了债务人提供信息的义务之外，破产法似有必要为破产代表以及债权人或债权人委员会提供相应的权利，使其能够要求债务人提供信息，同时对不提供所要求的信息的情形规定适当的制裁。债务人的义务可以用其他措施来补充，其中包括指定独立的审查员，或要求债务人本人（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（除非因地点原因，不能实际出席）。

**(c) 保密性**

387. 债务人提供的资料常常是商业上敏感的机密资料，或者受对其他人的义务的限制（例如商业秘密、客户和供应商名单、研究与发展信息），这些资料可能属于债务人所有，也可能属于某个第三方所有，但都是在债务人的控制之中。破产法中似宜包括一些保护这类资料的规定，防止债权人或那些有条件在破产过程中利用这些资料的其他当事人滥用这些资料。为了使债务人保护信息的义务与债务人向破产代表、法院或债权人提供信息的义务相平衡，保守机密和保护这种信息的义务可能还须适用于与债务人相关的当事方、破产代表、全体债权人、债权人委员会和第三方。

**(d) 附属义务**

388. 一些破产法在债务人的合作与协助义务之外，还规定了一些附属义务。例如，这些义务（适用于自然人债务人，或法人债务人的管理人员和董事）可能包括（未经法院或破产代表许可）不得离开其惯常居住地，债务人提出离开或被迫离开其居住地须通知法院或破产代表，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。对于法人债务人，还可对法人总部的搬迁实行限制，而破产法可以要求取得法院或破产代表的同意。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。

389. 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，法院可以酌情适用。有些法律还对自然人债务人和法人债务人加以区分；如果债务人是自然人，这些限制将只有通过法院的命令才能适用，但如果债务人是法人，则有些限制可自动适用，例如关于披露往来通信的义务。

**(e) 雇用专业人员协助债务人**

390. 为协助债务人履行其在程序中的一般职责，有些破产法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**

391. 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，同时应考虑到义务的不同性质和适当的制裁。如上所述，如果债务人扣留资料不发，似宜利用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。在重组中，转为清算或许是一种适当的制裁，但须以债权人的最大利益为重；在有些情况下，即使债务人未能合作或未能遵守其他义务，继续重组仍然最符合债权人的利益。

392. 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。例如，对于债务人在程序启动后订立的合同，可以放在撤销程序中处理，也可以作为未经授权的交易处理。对于制裁措施所适用的当事方，可能也需给予考虑，例如，如果债务人是法人，凡是一般被看作受债务人控制的人，包括董事和管理人员，均应考虑在内。

**5. 债务人的赔偿责任**

393. 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，但企业股东和管理部门的行为和作为主要仍是破产制度以外的法律和政策处理的事项。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公司治理政策，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（见第一章，B）。如果与破产债务人实体相关的人员过去行为和作为的后果是对该债务人的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对损害或损失的赔偿责任。

**建议****立法条文的目的**

关于债务人的条文的目的：

- (a) 确定债务人在破产程序期间的权利和义务；
- (b) 阐明对债务人未能履行其义务的补救方法；
- (c) 处理与破产程序中债务人的管理部门有关的问题。

## 立法条文的内容

### 权利

- 申述权 ( 见建议(121) )
- 参与权和要求获得资料的权利

(93) 法律应当规定，债务人有权参与破产程序，并有权要求破产代表和法院提供与破产程序有关的资料。

- 财产保留权，以维护债务人的个人权利

(94) 如果债务人是自然人，法律应当规定，债务人有权保留那些被法律排除在破产财产之外的资产。<sup>79</sup>

### 义务

(95) 法律应当明确规定债务人对破产程序的义务，哪些义务在破产程序启动时产生，哪些义务在整个破产程序期间延续。这些义务应当包括：

- (a) 与破产代表合作，并协助破产代表履行其职责；
- (b) 提供法院、破产代表、债权人和（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，其中包括列出：<sup>80</sup>
  - (一) 程序启动前发生的涉及债务人或债务人资产的交易；
  - (二) 仍在进行中的法院、仲裁或行政程序，包括强制执行程序；
  - (三) 资产、负债、收入和支出；
  - (四) 债务人及其债务；
  - (五) 与破产代表合作编制债权人及其债权的清册，并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) [在任命破产代表的情况下，]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<sup>81</sup>破产财产资产或资产控制权以及业务记录；
- (d) 债务人为自然人的，在债务人提出离开或被迫离开其惯常居住地时通知法院；债务人为法人的，为债务人总部的搬迁取得法院或破产代表的同意。

---

<sup>79</sup> 见第二章，A。

<sup>80</sup> 但须允许债务人有必要的时间收集相关资料。

<sup>81</sup> 见第七章——《跨国界破产示范法》和指定一名外国代表。

## 保密

(96) 法律应当为保护债务人提供的商业上敏感的或机密的资料<sup>82</sup>作出规定。

## 债务人在企业继续经营中的作用

(97) 法律应当就债务人在破产程序期间在企业的继续经营方面的作用作出规定。可以采取各种办法，其中包括：

(a) 保留对企业的全面控制（债务人主持），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。<sup>83</sup>

(b) 有限度的撤换，即债务人可在破产代表的监督下继续进行企业的日常业务，在此情况下，法律应规定债务人与破产代表之间的责任分工；或

(c) 完全撤换债务人，取消其经营方面的任何作用，并任命一名破产代表。

## 对未能遵守的制裁

(98) 破产法应允许对债务人未能遵守法律规定的义务实行制裁。

## B. 破产代表

### 1. 导言

394. 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、接管人、临时监护人、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。不论以何种方式任命，破产代表均在有效和高效地执行破产法中起关键作用，对债务人及其资产享有某些权力，有义务对这些资产及其价值以及债权人和雇员的权益提供保护，并确保有效、公正地适用法律。因此，关键是破产代表要称职，拥有必要的知识、经验和个人素质，使之不但能确保程序的有效和高效率进行，而且能使人们对破产制度抱有信心。

<sup>82</sup> 债务人提供的资料可以包括由债务人控制的资料和由债务人或第三方拥有的资料。

<sup>83</sup> 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。更加详尽的说明见第三章，A.2(b)(c)。

## 2. 资格

395. 对可被指定为破产代表者的资格要求，可能取决于破产制度在下述方面的设计：破产代表的作用（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）。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）。

396. 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，一方面如果是要求十分严格，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，在指定和监督破产代表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。

### (a) 临时破产代表

397. 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，负有同样的责任，领取同样的报酬。

### (b) 知识和经验

398. 鉴于许多破产程序的复杂性，破产代表应当称职，最好懂得法律（不仅是破产法，还应懂得相关的商法、金融法和商业法）并有商业和金融事务包括会计方面的适当经验。在清算和重组过程中，在破产法可能规定时限的情形下，在商业上的需要必须与法律上的考虑加以平衡的情形下，以及在需服务于其他人如债权人的利益和可能需考虑公共利益的情形下，破产代表必须显示出针对种种可能引起争议的不同案件和情况履行其受托职责的才干。如果某一特定案件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件中的破产代表者应具备适合于该案件的专门知识和技能，例如有关债务人的具体业务、其资产及其运作市场类型的知识。

### (c) 确保适当的资格

399. 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参加考试；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）。另外还可能要求参加连续职业教育，以确保熟悉有关法律和实务领域中当前的发展变化。那些要求具备某种形式的执照或专业资格和专业协会成员资格的制度也

往往论及监督和纪律问题，破产代表可能须根据破产法以外的法规遵守法院、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。

#### (d) 个人素质

400. 破产代表除应具备必需的知识和经验外，最好还应具有某些个人素质，例如廉正、公正和善于管理。廉正要求是，破产代表的声誉良好，无犯罪记录或不当经济行为，在有些国家，还要求过去未破产或被公共机构撤职。如有此类事情发生，一般即构成取消被提名人资格的充足理由。

#### (e) 利益冲突

401. 这些素质的一个基本要素是，破产代表能够显示出超然于既得利益的素质，而不论这些利益是经济利益、家庭利益还是其他性质的利益。为此目的，破产法有必要规定一种披露现有的或潜在的利益冲突的义务，此种义务应在程序启动时适用于被提名担任破产代表的人，并在整个程序期间一直适用于已被任命的人。法律应当规定向何人作出这种披露，但这取决于破产代表的甄选和任命程序。各国法律对哪些情形构成利益冲突有不同的规定，而对于在程序启动时披露利益冲突产生的后果或在此后某个阶段发现这种利益冲突后将发生的后果，亦有不同的规定。

402. 举例来说，以前或现在与债务人保持的若干种关系可以产生利益冲突。曾经是债务人的所有人，以前或现在与债务人有商业关系（包括一项与债务人进行的可能在破产程序中受到调查的交易的当事方，或者是债务人的债权人或债务人），与债务人的债权人有关系，曾被聘为债务人的代表或负责人，与债务人的竞争对手有关系，这些都足以构成利益冲突。在有些国家，这种利益冲突将排除指定某人担任破产代表的可能性，或取消被任命者继续担任这一职务的资格。在另一些国家，只要披露了利益冲突，该人仍可被任命，但所披露的情况须证实其廉洁无私，并能据此对任何不公正或缺乏独立性的行为作出评价。为了提高破产程序的透明度、可预测性和公正性，破产法似宜规定何种程度的关系可产生此种利益冲突。通常由法院来确定某一案件中是否存在利益冲突或可证明缺乏独立性的根据。

### 3. 破产代表的甄选和指定

403. 破产法对破产代表的甄选和指定采取若干不同的做法。破产代表可从若干不同的背景甄选，例如实业界、政府专业机构受雇人员或民间专业人员协会（往往是律师、会计师或其他专业人士）。在某些法域中，破产法规定某一特定公职人员（职称不尽相同，例如称作官方受托人、官方托管人或法定受托人不等）将自动被指定负责处理所有破产案件或某些类型破产案件。在许多国家中，破产代表必须是自然人，但有些国家也确实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。

**(a) 由法院甄选和指定**

404. 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件得到公平和公正的分配，但这一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名册以及破产专业人员列入名册所需具备的资格。如果破产财产无足够资产支付破产管理费，这一缺陷或许不会被认为是一个重大问题。

**(b) 独立的指定机构**

405. 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体管理的单独办事处或机构挑选破产代表。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，案件具体情形包括：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。利用独立的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。

**(c) 债权人的作用**

406. 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。一种不同的做法是在破产程序是由债务人所启动的情形中允许债务人指定破产代表。这种做法可使债务人和其他当事人（例如债权人）在程序启动前进行讨论，以便让预定的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. 对破产代表的监督**

407. 除了对指定破产代表所适用的资格和个人素质要求之外，在某些个别案件中，通过破产法的制订和分配给各参与方的不同职责，还可对破产代表履行其职责（和证明其上述素质）的情况进行监督。例如，对于破产代表与法院之间的关系，尤其是两者之间的权力划分，以及债权人对监督破产代表的某些决定和在诸如报酬以至撤职等其他问题上可能发挥的作用，破产法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知情的决定。但这并不是说破产代表可以取代法院

行事。在破产代表做出某些决定之前，须向法院或债权人发出通知，破产代表须定期就某些活动向法院和债权人报告，法院须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。即使在法院在破产程序中作用较有限的国家，对通常赋予破产代表的权限也有限制。

## 5. 破产代表的职责和职能

408. 破产法经常对破产代表必须在程序中履行的职责和职能作出规定，破产法赋予破产代表有效和高效地履行这些职责和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可能与重组关系不大，而是与清算更为相关，但破产代表对管理程序和保存及保全破产财产的职责和职能一般可包括下文所列各项。本表所列各项并非详尽无遗，在有些情况下，不同的职能会重叠，或者会因破产法的设计不同而无关紧要。

- (一) 直接控制组成破产财产的资产及债务人的经营记录；
- (二) 代表破产财产；
- (三) 获得启动后融资；
- (四) 在进行中的法院、仲裁或管理程序中为破产财产的利益而行使权利；
- (五) 采取一切必要步骤保全和保存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使债权人利益落空而不当处分的资产；
- (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、负债和以前的交易（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) 在清算中变现破产财产中的资产；
- (十二) 核实和承认债权并保持已核实债权和已承认债权的最新清单；
- (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；有待管理的资产；
- (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) 在重组中拟订或协助拟订重组计划或（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) 在清算中分配破产财产的变现收益，迅速、有效并根据案件各方当事人的最佳利益结清破产财产；

(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。

409. 除这些具体职责和职能外，破产法还经常对破产代表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，以及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。

410. 如果重组由债务人主持，不指定破产代表，那么其中许多职责将由债务人履行，法院或债权人的监管程度也有所不同。

## **6. 保密**

411. 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、机密性或受对其他人的义务的限制（例如商业秘密、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。如果向债权人披露信息，这些债权人应负有与破产代表同样的保密义务。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破产程序之目的在被允许进行审查时使用那些资料，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和雇员（见下文第 8 节）和法院指定的其他当事人。

## **7. 破产代表的报酬**

### **(a) 数额的确定**

412. 除了对破产财产管理过程中发生的适当支出给予补偿外，破产代表还将有权就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确定的经核准的佣金表；由全体债权人、法院或特定案件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件而予以增减的规定。不论是哪一种计算方法，破产法一般都对在一方当事人、第三人或破产代表本人提出要求时进行进一步调查作出规定，视计算方法而定。这种做法将对确保透明度很重要。但是，同时务必避免出现拥有最后决定权的一方因此而左右程序的进行的情况。

#### (一) 按时间计酬法

413. 按时间计酬法的一个优点是，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，按时间计酬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) 按佣金计酬法

414. 至少从债权人的角度看，按佣金计酬法的一个优点是，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。在大案中，此种算法可能导致从破产财产中支付大笔费用，结果令债权人和债务人望而怯步，不愿提出申请。

#### (三) 债权人的介入

415. 在有些国家，可能要求债权人（或债权人委员会）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报酬。还可在程序进行过程中对报酬进行定期审查，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。

416. 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**

417. 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未设押资产，支付报酬后，可分配给这些债权人的资产可能毫无所剩。虽然仅仅因为管理费用超出了可用于支付这项费用的未设押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，在破产财产含有未设押资产情况下，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或出售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；或者设押资产可能必须用来支付相应比例的报酬或固定比例的报酬（见第六章，优先权）。另一种做法是从国家为此目的而设立的基金中支付破产代表的报酬，如果债务人的资产不足以支付破产财产的管理费用，这种做法特别有用（见第一章，B.6）。<sup>84</sup>

**(c) 对报酬的审查**

418. 视破产代表的计酬方式而定，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，占发行股份资本的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，可以采取不同的做法；有些法律允许破产代表对该决定提出申诉，有些法律则不允许。有些破产法还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。

**8. 破产代表的赔偿责任**

419. 破产代表采用的细心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细心、审慎和技能的衡量尺度要求考虑到破产代表在履行职责时遇到的困难处境，并使之与支付适当的报酬水平和需要吸引具备资格的人员担任破产代表保持平衡。还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。破产法还需考虑到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，或者如果破产代表是某个专业组织的成员，可能涉及适用该组织的有关职业标准。

<sup>84</sup> 此种基金可以用若干种方式集资，例如，由被清算的债务人的董事付款，增加破产申请登记费，要求将清算变现所得全部资金存入一共同账户，其利息归入该基金，对申报公司年度收益征税，等等。

420. 在许多法律制度中，破产代表将因其失职或渎职造成的损害而在民事诉讼中承担责任，不过在确定必要的标准方面采取了不同的做法。在一定程度上，采用哪种标准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）。一种做法可能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必要的细心标准确定过失。

421. 解决损害赔偿责任问题的一种方式可以是要求破产代表设置一项保证金或投保，用于补偿破产财产中资产损失或可能因其渎职而须支付的赔偿金。一些破产法要求既支付保证金又提供保险，保证金用于一类损害，保险用于另一类损害，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破产财产的资产的账面价值相关，在其他情况下，在相关的专业协会或监管机关的规则中，甚至在破产法中，对所要求的保证金价值和投保额都作了规定。这两种做法的另一个区别可能与提出损害赔偿的程序有关，以及针对保证金索赔或针对保险金索赔是否有所不同。然而，支付保证金或取得个人赔偿保险，并非在所有国家都行得通，因此还需采取其他办法。在拟订这个问题的解决办法时，似宜平衡兼顾控制由破产代表提供的服务的费用和在参与者中间分摊破产过程所涉的风险，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。

422. 另一个问题可能是破产代表对正常破产程序过程特别是重组过程中产生的债务的个人责任问题，例如，与企业继续经营有关的债务。使破产代表承担责任，这种做法的好处是，可以给债务人的供应商提供确定性，并对举债起制约作用。但是，如果个人赔偿风险超过可能赚取的费用，这种做法同时又会起到消极作用。一个解决办法是，只让破产财产的资产承担责任，而不让破产代表的个人资产承担责任。

423. 赔偿责任方面的另一个问题涉及破产代表对债务人不法行为的责任，但须视破产代表对债务人活动的控制程度而定。根据有些国家的法律，破产代表可能对其控制期间债务人的不法行为承担责任，但要求破产代表对在其被指定为破产代表之前发生的债务人的行为诸如环境损害承担责任，则是不可取的。

424. 对于针对具有正式身份的破产代表提起的诉讼，可能需考虑确定哪个法院对这种诉讼拥有管辖权。为了避免不确定性和混乱，（在法院对任命破产代表起一定作用的情况下，）似宜确保所确定的法院是指定破产代表的同一个法院。

## 9. 破产代表的代理人和雇员

425. 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。适用于破产代表的披露利益冲突或引起缺乏独立性的情形的要求也同破产代表雇用的或提议雇用的专业人员有关。保密义务也是如此。

**(a) 对作为或不作为的责任**

426. 在由于破产代表的代理人和雇员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。

**(b) 报酬**

427. 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。关于报酬的数额，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是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。关于对他们的支付方式，有些破产法规定，将由破产代表垫付专业人员的报酬，然后再从破产财产中销账，而根据其他法律，专业人员对破产财产拥有破产管理费债权。

**10. 对破产代表管理工作的审查**

428. 破产法应当明文规定债权人可以什么理由质疑破产代表的决定或管理以及对哪些决定提出这种质疑。根据现行法律债权人提起诉讼的理由可以分为两大类。

429. 第一类中的法律规定，在可以表明破产代表犯下某种错误时，债权人享有某些权利。这种错误可以包括：实际违法行为，例如挪用款项或资产或者以不当手段获取债权人的核准；程序错误，例如没有征求债权人或债权人委员会的必要核准，或者没有进行法律规定的另一行为；或者破产代表玩忽职守。某些法域限制债权人只能在其中的一些情形而不是所有情形中有权质疑破产代表。

430. 第二类中的法律通常除了与特定错误有关的理由之外，还规定债权人可以（一般在法庭上）对他们各自或集体反对或不同意的破产代表的任何决定、作为或不作为进行检验。胜诉的基础通常是与上文所述相类似的理由，但还可以包括证明这种决定、作为或不作为有违债权人的权益。为了防止不合理地扰乱对破产财产的管理，破产法可以采用适当的限制，例如调整为了让法院支持债权人的申诉而应满足的举证标准，或者保护破产财产管理的某些方面免受申诉，例如排除就启动破产程序提出的诉讼。

431. 大多数法律规定法院在审查破产管理和强制执行债权人的实质性权利时享有若干权力。在某一程度上，法院可以指示破产代表采取或不采取与债权人异议有关的特定行动。法院还可以有权确认、撤销或修改破产代表的决定，或者根据异议债权人的直接请求或法院自己动议撤换破产代表（见第四章，B.9）。许多破产法规定，破产代表履行其职责时故意或因疏忽而给债权人造成损害

的，须负个人责任。某些破产法还规定在这些情形中法院可以对破产代表处以罚款。

## 11. 破产代表的解职

432. 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。出现后一种情况的原因包括，从清算程序转为重组程序，而破产代表可能不具备必要的技能，或者在债务人主持重组的情况下，无需指定破产代表。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。无论采取哪种做法，解职都是对破产代表的一种制裁，因此，应当允许破产代表有权申述和说明原因。在破产代表须受专业或监管机构监督的情况下，可经调查和审查之后将其解职，并还可撤销其执照或其他授权。

## 12. 破产代表的替换

433. 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，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中断和拖延。有些破产法则要求法院也要批准破产代表的辞职，而其他法律则无此要求。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（见第二章，A）以及将账簿、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) 规定任命所需的资格；
- (b) 建立甄选和指定机制；
- (c) 规定权力和职能；
- (d) 规定报酬、赔偿责任、解职和替换。

## 立法条文的内容

### 资格

(99) 法律应当规定被指定担任破产代表所需的资格和素质，其中包括廉正、独立性、公正、具备相关商法的必要知识和商业及经营事项方面的经验。法律还应当规定取消拟指定为破产代表的人的任命资格的理由。

### 利益冲突

(100) 法律应当要求下列人员披露利益冲突、可能引发利益冲突的缺乏独立性的情形或缺乏独立性的情形：

- (a) 拟指定为破产代表的人；
- (b) 拟由破产代表或破产财产雇用的人，包括专业人员。

(101) 法律应当规定在建议(100)中提出的披露义务应当在整个破产程序中适用。法律应当规定利益冲突或缺乏独立性的后果。

### 指定

(102) 法律应当确定甄选和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。

### 报酬

(103) 法律应当确立破产代表的计酬机制并确定支付此种报酬的优先顺序。

#### 破产代表的职责和职能

(104) 法律应当规定破产代表负有保全和保存破产财产的义务。法律应规定破产代表对程序管理以及保存和保全破产财产的职责和职能。

### 申述权 ( 见建议(121) )

### 赔偿责任

(105) 法律应当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在这两种情况下可能产生的赔偿责任。

## 解职和替换

(106) 法律应当确定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、未能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细心；
- (b) 没有履行的能力；
- (c) 缺乏特定案件所要求的特殊资格或专门资格；
- (d) 从事非法行为或活动；
- (e) 利益冲突或缺乏独立性从而理应解职；或
- (f) 破产代表的职能发生变化。<sup>85</sup>

(107) 法律应当确立破产代表的解职程序，这种程序应考虑到当时指定破产代表的方式并应当为破产代表提供申述权。

(108) 对于破产代表死亡、辞职或被解职的情形，法律应当确立指定接替人的机制并规定是否有必要由法院批准接替人。

## 破产财产无足够资产支付破产程序管理费

(109) 法律如果规定应指定由破产代表管理资产不足以支付破产程序管理费的破产财产，则法律还应确立破产代表的指定和报酬机制。

## C. 债权人—参与破产程序

### 1. 导言

434. 一旦启动破产程序，债权人同债务人企业就有了重大的利害关系。一般的主张是通过指定破产代表来保障这些权益，但是，出于一些不同的原因，许多破产法规定，债权人可以不同的方式直接参与破产程序。如果在作出重大决定时不同债权人协商，而且决策者是可能被债权人认为对债务人这类企业经验不足或专长不足或者缺少独立性的个人（取决于任命破产代表的方式），那么债权人作为对破产程序的结果具有经济上主要利害关系的当事方，可能会对这种程序失去信心。债权人通常完全有能力对债务人经营的业务提供咨询和帮助，并对破产代表的行为进行监督，从而制止可能滥用破产程序和管理费用过高的问题，并提供一种处理和分发信息的手段。在考虑促进债权人参与的可取性时，必须考虑到需确保债权人代表机制的有效性和成本效益，防止债权人参与将与其权益毫无影响的事务（不过，要明确区分哪些事务有影响和哪些事务没有影响，恐非易事）。

<sup>85</sup> 例如，由清算程序转为重组程序。

435. 如果破产法确实对债权人参与程序作出规定，则这种参与可以采取不同形式。根据有些法律，这种参与只包括申述权和出庭权，其他法律则规定，这种参与还包括就某些事项表决的权利、必要时或就某些事项向破产代表提供建议，以及破产法、法院或破产代表确定的其他职能和职责。

## **2. 债权人介入决策过程的程度**

### **(a) 参与程度**

436. 债权人介入破产程序决策过程的程度可能有所不同，各国破产法对债权人的参与规定了一系列广泛的办法和机制。一些破产法规定，破产代表对无争议的一般管理问题负责作出所有重要决定，而债权人仅起很小的作用，影响甚微，因此，这些法律反映了一种只允许很低程度参与的办法。这一模式中缺少债权人参与，但可以因为破产代表承担了主要义务而予以弥补，而其中的一项义务就是最终为了一般债权人的利益而保护破产财产的价值。这种做法在两种情况下可能有效，一种是在任命一位有经验的破产代表参加程序的情况下，因为这样做可以避免在管理债权人参与方面出现可能的延误和产生费用；另一种是在破产制度对过程及其参与者的约束程度很高的情况下。

437. 其他做法向债权人提供了更大的程序参与权。这种参与程度可能从参与第一次会议审议某些事项，到自始至终发挥作用，但可能仅要求债权人履行咨询职能或者批准破产代表的某些行为和决定。这些行为和决定一般涉及程序的管理和影响债权人权益的问题，而且可能包括出售重要资产、核实债权、批准破产管理费和破产代表的报酬以及批准破产代表关于破产财产的最后报告和决算，甚至履行某些行政职能的主要责任。债权人还可能对破产代表的甄选和指定负有责任，如果破产代表不履行职能或者出现过失，债权人还可以寻求通过法院撤换破产代表。债权人还可以起请求或建议法院采取行动的作用，例如，建议将重组改为清算，或由破产财产或债权人代表破产财产提起撤销权诉讼。然而，应当指出，在考虑应当让债权人有多大的权力可以反对破产代表的行为或决定时，某种程度的分歧几乎是不可避免的，这特别是因为破产代表需要以所有债权人的总体利益为重，所采取的行动个别债权人可能不支持或不同意。不过，在通常情况下，这种不满不会构成由法院撤换破产代表或者由债权人对破产代表采取行动的理由。在某种程度上，不同的做法反映了不同的破产文化和传统，特别是反映了债权人对其介入破产程序的不同期待。不过，债权人的参与越来越被看作是破产法的一个重要组成部分，尤其是可以以此平衡法律分配给其他参与方的作用，而且是一种维护债权人权益的重要手段。

### **(b) 参与清算和重组**

438. 在确定债权人参与程度方面，一些破产法在清算和重组之间作了区分。在清算中，虽然一般来说，债权人干预决策过程或参与决策可能不很重要，但他们能够对债务人的企业，尤其是将企业作为经营中企业出售而提供弥足珍贵的专家意见和信息。似宜向债权人提供关于清算进行情况的报告，以确保债权人

对清算过程的信心及清算过程的透明度。然而，在重组中，债权人的投入既是有益的，也是必要的，因为债权人通常能决定拟议重组计划是否会得到支持以及是否可能成功地付诸实施。

### (c) 促进参与的机制

439. 在参与机制方面，一些破产法规定在程序的关键阶段举行全体债权人会议，其他的破产法则规定组成一个委员会（债权人有时可能与股东并且还可能与其他利益方共同组成该委员会），由少数债权人组成（人数可在破产法中规定）以便利参加对破产财产的管理。前一种办法对债权人人数少或债权人都在同一地区的情形最有用。后一种办法对债权人人数多或债权人不在同一个地区或同一个国家的情形更适合。如果指定一个委员会，其应当有权独立于破产代表行事，以便确保公正而又毫无偏见地代表债权人的利益行事。

440. 另一个办法是规定（由债权人或法院应债权人的请求）指定由一个人（某些法律称之为干预人或监察人）代表某些债权人或某些类别的债权人（如至少持有 10% 债务的那些债权人）。在采用这一做法的一部法律中，这一做法的理由是为了促进债权人更加有序和及时的参与，以及避免以前遇到的拖延和争议。该代表所起的作用类似于债权人委员会代表债权人行事所起的作用，例如，监督破产代表或债务人对破产财产的管理，请求举行庭审，对债务人提起诉讼，要求提供关于涉及债权人权益的资料，或者召集债权人会议。有些法律要求由债权人支付该代表的费用，以避免给破产财产造成过多的费用，其他法律则规定从破产财产中支付这些费用。

441. 对这些不同做法的取舍，可能涉及对时间、费用、效率、透明度和民主体制等各方面因素的平衡。例如，同债权人委员会这种办法相比，指定一名代表的做法可能更有效率，成本效益也更高，由于引起的争议较少，程序的进行更加有序。但是，前一种做法或许透明度更高，是一种更为民主地代表债权人利益的方式。另一个相关因素是，是否有训练有素的破产事务专业人员和有效的基础体制结构可协助进行破产过程，而在缺少这些专业人员或体制能力薄弱的情况下，则可以让债权人发挥更大的作用。

### (d) 鼓励债权人参与

442. 在破产法允许债权人积极参与程序过程的情况下，需要考虑的一个重要问题是如何克服债权人的冷漠和鼓励参与破产程序。即使在破产法规定要求积极参与的情况下，债权人也一般认为从这种参与中不会取得什么收获，尤其是在债权人所得到的回报不可能很大的情况下，以及在参与可能事实上要求进一步耗费时间和金钱的情况下。如果破产法能够统筹兼顾程序所涉当事方的不同利益（例如，见第三章，A.2），而且例如采取与挑选债权人委员会人选和拟由该委员会（或在没有委员会的情况下一般由债权人）履行的职能有关的具体措施（见下文）以及必要时使用电子手段便利通信和表决，即可在一定程度上解决这个共同的问题。另一个担心可能与参与程序，特别是作为债权人委员会成员

参与程序而可能承担的赔偿责任有关。针对这种担心，可以规定除欺诈或恶意行为等明确界定的情形之外，一律免除赔偿责任。

**(e) 掌握情况和获得通知的必要性**

443. 为了使债权人能够履行具体职责，务必直接或通过债权人委员会为债权人提供关于债务人业务和财务事项的相关、现时和准确的情况，并就影响债权人权益和可能需由其决定或提出意见的问题向债权人提供通知。如果向债权人或债权人委员会提供这种资料，则上文提到的与债务人和破产代表有关的保密问题，也与债权人有关。

**(f) 有担保债权人**

444. 破产法还似宜规定有担保的债权人可以或者应当参加债权人会议或债权人委员会的程度。作为一般规则，有完全担保或担保超值的有担保债权人不参加债权人委员会。在这种情况下，他们的利益与无担保债权人的利益大不相同，而且如果他们能够参与并可能改变债权人决定的结果，并不一定符合所有债权人的利益。由于认识到这种利益上的差异，一些破产法要求有担保的债权人放弃担保才能参加破产程序并作为债权人整体的一员参予表决。然而，如果债权人的担保价值不足，他们的利益更有可能与无担保债权人的利益一致，他们参加债权人委员会或全体债权人的表决，并无不妥，至少在其不足担保范围内是如此。在重组这样的程序中，有担保债权人在与债务人和其他当事方的谈判中有着切身利益，特别是如果重组计划会改变其权利或者设押资产对重组计划的成功实施至关重要的话。

**3. 应由债权人履行的职能**

445. 如上所述，各国破产法对债权人可以履行的职能所作的规定差别很大。一般而言，在确定应将哪些职能赋予债权人时，须考虑到破产法的总体设计以及希望在法院、破产代表、债务人和债权人这几方的作用之间如何平衡，特别是在监督和监管方面。

446. 在某些情况下，债权人履行一般的咨询职能，破产代表可以把事项提交债权人，但却不受其所作任何决定的约束。根据其他的法律，债权人对程序的进行可以履行具体的职能，其中包括与破产代表合作或协调一致。在作出决定之前，破产代表可能必须就这些事项与债权人进行磋商，或决策权可能归属于债权人。其他的职能是要求债权人监督破产代表的行为和决定。可能与债权人具有利害关系的一些问题可以包括以下一部分或全部：在清算时继续经营；程序启动后进行融资；核实债权；专业人员包括破产代表的报酬；撤销权的行使；在程序启动时债务人为当事方的司法程序的处理；审议和批准重组计划；任命债权人委员会或债权人代表；监督破产代表的行为；分配资产；以及审议（和批准）破产代表的最后报告和决算。

447. 在破产代表不必执行债权人决定的情况下，各国破产法常常规定，就某些行为而言，破产代表必须事先寻求法院的批准，或者规定，债权人可以申请法院向破产代表发出有约束力的指令（或者在破产代表不履行义务或者其所作所为不利于债权人的情况下寻求撤换破产代表）。如果债权人与破产代表之间出现争议，许多法律都优先考虑债权人会议所作出的决定。类似的意图也见于凡需获得法院批准的任何决定都必须征询债权人意见的规定。

448. 如果破产法确实规定债权人有权反对破产代表的行为或决定，而破产代表又不同意或不接受这种异议，则债权人可采取的行动以及适用的程序要求和举证要求一般都取决于特定破产制度所赋予债权人的地位。

449. 如果破产制度规定破产代表的行动或决定须受全体债权人或债权人委员会的监督或核准，就会对债权人给予高度的保护。然而，当这种监督或核准增加了破产财产管理的步骤时，它有可能影响行政管理过程的费用和效率。为此，破产制度将需要平衡两个方面，一方面是在多大程度上需要债权人的监督或核准（包括界定需要核准的行为和决定以及获得这种核准的程序），另一方面是破产代表的独立性和进行破产程序过程中迅速与成本效益的可取性。各破产制度对这些可能相竞的因素在平衡上各不相同。可能需要加以考虑的其他有关因素包括法院在监督破产程序和破产代表方面起多大作用，以及破产制度如何平衡法院的这种作用和债权人的参与。

450. 无论债权人应当履行何种职能，破产法都似宜明确规定债权人是否必须承担所规定的每一项职能，或是否某些职能是自由斟酌履行的，以及在履行这些职能的过程中债权人与破产代表相互作用的方式。

#### 4. 债权人会议

451. 许多破产法都规定债权人的职能通过债权人全体会议加以履行。如上所述（见第一章，B），破产法应当要求（以个别通知、广告或其他方式）向债权人通知启动破产程序的情况，这种通知应当包括有关许多事项的内容，其中包括在启动后一段规定的时限内（破产法中列入的时限为启动之日起五天到一个月不等）拟由法院或破产代表召集债权人第一次会议的详细情况。根据许多破产法的规定，第一次会议是全体债权人将召开的唯一一次会议。然而，并非所有破产法都要求召开此种会议。

452. 那些对债权人随后举行会议作出规定的破产法采取了不同的做法。根据某些法律的规定，以后的会议由法院或破产代表为了具体的目的而召集，而其他的法律则规定债权人或破产代表以及在某种有限的情况下债务人在必要时召集特别会议。在破产法允许债权人召集会议的情况下，法律可能对何时召集会议或召集会议前必须满足的条件作出某些限制规定。这些条件可以包括：在采取破产程序中的某一步骤之后，或在破产代表的规定行为或决定完成之后，或者在破产代表不作为的情况下，需经过一段规定的期间。一些法律还规定，只有持有总债权额特定百分比的债权人才有权召集会议（如按价值计算的 10% 的债权人、持有不少于 25% 总债权的债权人或至少 25% 的无担保债权的债权人）。另外一种办法规定任何利益方都有权向法院申请召集债权人会议。

453. 似宜让所有债权人都享有对债权人会议所讨论的事项的申述权。如果必须有债权人的投票表决，破产法似宜规定表决资格和表决机制，其中应特别包括债权人是否须亲自参加表决，是否可以使用代理人或电子邮件或互联网等其他手段。如果债务人的债权人当中包括某些种类的债权人，例如持有债券的公共机构，则还须制订特别规则以便利它们参与程序，特别如果它们为数众多的话。例如，似宜允许经过适当授权的代表在债权人大会上计算人数，以确定是否达到债权人参与程序的规定数量或比例要求。对于表决要求也应适用同样的考虑；如果债务人的负债包括公开出售的债券，要求亲自参加表决可能使破产程序大为复杂。

454. 为了便于债权人参与，在适合债权人在程序中发挥作用的情况下，破产法还似宜允许由债权人制定债权人会议的议事规则。这些规则应涉及的问题可以包括出席和参与资格、法定人数、会议主持人以及会议的一般进行方式。

## 5. 债权人委员会

455. 根据一些破产法，成立债权人委员会或选举或指定债权人代表，是为了促进债权人积极参与破产程序，不论是清算还是重组。债权人委员会（或其他的债权人代表形式）可能并非在所有的破产案件中都需要，但在下列情况下却是适宜的，例如债权人的人数庞大；债权人利益迥异；或者案件的其他特征表明这种做法是可取或必要的（如限制时间和金钱的耗费）。一些破产法规定由债权人确定究竟是指定一个委员会还是指定破产代表，而其他法律则规定由法院指定一个委员会或破产代表帮助监督破产代表的行为。不论如何指定，债权人委员会应能独立于破产代表行事，以确保公正而又毫无偏见地代表债权人的利益。

456. 在成立债权人委员会的情况下，有必要考虑在多大程度上以破产财产支付委员会的费用；一些破产法允许债权人成立非正式的委员会，这些委员会不受法院或破产代表的正式承认，其费用不在破产财产中报销，而必须由债权人承担。其他法律规定，债权人委员会的费用由破产财产支付。由谁来支付的问题与委员会的作用、破产法规定拟由债权人行使的职能可在多大程度上由委员会行使、以及有关在任何特定程序中是否成立委员会的各种决定因素密切相关。如果由破产财产承担费用，法院应有权限制过高的费用。

### (a) 可以被指定参加委员会的债权人

457. 破产法如规定成立债权人委员会，可能需考虑哪些债权人才有权被指定参加债权人委员会。对于这个问题有不同的做法。例如，一些破产法规定，只有债权得到承认（取决于承认程序，由法院或破产代表承认）的债权人才能被指定，而其他法律则规定指定一个临时委员会，直到所有的债权被核实或承认为止，而所有的债权人都有资格参加这个临时委员会。其他破产法则对可在债权人委员会任职的债权人的所在地作出了限制。不过，为确保债权人待遇平等，诸如债权仅获暂时承认的债权人和外国债权人等类别的债权人似宜有资格获得指定进入委员会。

458. 第二个问题涉及所代表的债权人类型。虽然债权人委员会一般只代表无担保债权人，但某些法律承认，在某些情形下，设立单独的有担保债权人委员会是有正当理由的。这些制度采取这些做法是因为不同类型债权人的利益并不总是趋于一致的，有担保债权人能够参与委员会的决定并有可能影响决定的结果并不总是很妥当的，也并不一定符合其他债权人的最佳利益。尽管如此，还是应当承认，在上文提到的某些情况下（见(b)(六)），有担保债权人的参与还是妥当的。

459. 有些破产法则规定这两类债权人派代表参加同一个委员会。这种做法的理由是，由于债权人委员会对参与决策进程和作出重要决定负责，所以有担保债权人应该参加该委员会，不然他们就会被排除在可能影响其利益的重要决定的决策过程之外（特别是如果他们没有全额担保的话）。另一种做法是，破产法或许不必规定在某一具体案件中哪些债权人应派代表参加，而是允许债权人根据候选人的服务意愿共同选择其代表（以解决债权人态度不积极这个普遍问题），并规定可根据需要扩大或缩减委员会的规模。如果需要派代表参加的各类债权人差别太大，在单独一个委员会内无法顾及其利益，例如既有侵权索赔人又有股东等特殊利益集团的情形，破产法可规定由不同的委员会来代表不同的利益。然而，似宜仅仅在特殊情况下才使用这一机制，以避免产生不必要的费用及防止债权人代表机制有可能难以推行。

460. 股东和与债务人有关的债权人的参与可能会引起争议，尤其是如果债权人委员会有权影响有担保债权人的权利，或在股东参与债务人的管理的情形下。然而，在某些情况下，这些当事人并不直接了解或参与债务人的管理，例如他们是同管理无直接关系或不介入管理的投资者的情形。在这类情形下，或许有令人信服的理由允许他们通过他们的委员会进行参与。有利益冲突的其他债权人（例如可能拥有个人利益潜在影响公正履行委员会职能的债务人竞争对手）也可能需排除在委员会之外，以确保委员会能够代表债权人整体而公正和独立地行使职能。

461. 对于购买债权人债权的当事方，也会产生类似的参与问题。这类购买者可能与债务人有关，也可能是对债务人经营的业务无特殊兴趣的第三方。第三方购买会引起对有可能获取在二级债务市场上也许很有价值的敏感机密资料的担心，而相关当事方购买则会引起相关当事方是有权申报债权原始面值还是只能按实付价款申报债权的问题（在两者不一致的情况下），如果表决资格直接与债权价值相关，这一点还可能影响到表决资格。

462. 为解决任何潜在的问题，破产法可采取的做法是，具体规定哪些当事方无权参与债权人委员会或无权就选择破产代表或批准重组计划等特定事项进行表决。

## **(b) 债权人委员会的成立**

463. 如果法律规定可成立债权人委员会，其中经常也规定了委员会成立方式的细则、委员会职责的范围和限度、委员会的管理和运作，包括表决资格和权力、会议法定人数和会议的进行，以及成员的更换和替代等事项。似宜将关于

这些问题的这类条文列入破产法，特别是关于表决资格、职责以及成员替换的条文，这样不仅能够避免发生纠纷和确保机密性，而且还能提供具有透明度和可预测的程序。对于其他问题，可以放在委员会通过的程序规则中处理，包括关于表决程序和多数、会议程序、选举主席和解决纠纷的规则。

464. 对委员会成员的指定采取了若干不同的做法，其中在很大程度上取决于具体委员会所要履行的职能。在许多情况下，都是由债权人负责指定委员会，通常是在债权人第一次会议上，或者在破产代表提供有关债务人的初步资料之后。债权人指定委员会成员可以鼓励债权人对破产过程的信任和参与。一些法域允许法院指定债权人委员会，既可以由法院主动指定，也可以由债权人或破产代表提出申请。这种做法有一些不利之处，包括可能造成认识上的偏见和缺乏公正性和透明度；债权人或许不会信任那些不鼓励或不允许债权人在甄选其自身代表方面发挥作用的制度，而且这种做法无助于克服普遍存在的债权人冷漠问题。另一方面，这一做法又可能有助于简化成立债权人委员会的程序，并缩小可能导致延误和费用的债权人之间争议的范围。如果在这些不同的做法之间作出选择，可能要取决于法院在多大的程度上监督破产程序和参与日常工作，以及债权人必须在多大的程度上积极履行不仅仅是应当向破产代表提供咨询意见的职能。

465. 为便利委员会的管理，有些破产法具体规定了委员会的人数——一般来说是单数，以便确保能够以多数票决定，而在有些情况下，则是不超过三人或五人。如果委员会仅代表无担保债权人，则委员会的成员有时仅限于一些最大的无担保债权人。认定这些债权人的方法有多种，包括要求债务人编制一份其最大债权人的名单，或参照债务人拟订的债权人名单。为了确保委员会履行其公平代表无担保债权人的职责，在破产法规定委员会承担重要职责的情况下，似宜对委员会进行监督，此项工作可由破产代表或法院负责完成。

### (c) 债权人委员会的职能

466. 一般认为，债权人委员会将代表债权人履行职能，因此，这些职能与上文所述的赋予债权人的一般职能直接相关。然而，赋予债权人委员会的权力和职能不应损害全体债权人继续参与或以其他方式在破产程序中发挥作用的权力。关于决策，债权人委员会一般将发挥咨询作用，就关键问题如何决断向债权人提出建议，但通常无权代表债权人作出重大决定。虽然债权人委员会将在指定了破产代表的情况下与破产代表交换意见，或在破产法采取债务人主持重组的情况下与债务人交换意见，但委员会应能独立于这些当事人而代表债权人的利益行事。

467. 破产法规定由债权人委员会承担各种职能，其中可包括就出售大笔资产和制订重组计划等问题向破产代表表达债权人的愿望，与破产代表和债务人的现有管理人员等程序中其他委托人进行协商，参与制订重组计划，或可能对破产代表进行监督。这些职能可以由破产法规定，也可以由法院就此提供指导或者与破产代表合作确定。

468. 如上文就债权人一般所述，委员会需能够通过破产代表获得关于债务人及其财务事项的最新资料，并能就属于这些职能范围的事项或就影响债权人权益的事项表达其看法和债权人的看法。为了履行其职能，委员会可能还需要行政协助和专家协助，但此种协助的需要应与委员会履行的职能有明显的联系。委员会可能需按法律的要求取得破产代表或法院的许可才能聘用秘书或在情况需要时聘用顾问和专业人员。有些破产法规定由破产财产支付聘用协助人员的费用，包括其报酬，其他法律则规定债权人必须自付参与破产程序的费用。如果由破产财产支付费用，法院似宜不仅对聘用此类专业人员有一定的发言权，而且对相关的费用也有一定的控制权。

#### **(d) 债权人委员会的赔偿责任**

469. 委员会的职责是对全体债权人负责。委员会对破产企业的业主不承担任何赔偿责任或受托责任。破产法似宜要求委员会本着诚信行事，并规定委员会成员对其作为委员会成员而采取的行动和作出的决定免于承担责任，除非发现委员会成员有欺诈或恶意行为，或违背其所代表的债权人的受托责任。比如，这可以包括从破产财产的管理中获利；或者未经法院事先批准而取得构成破产财产一部分的资产。对委员会的赔偿责任标准可以不同于对破产代表的标准，因为委员会成员无须满足具备专门知识的要求，而且是以自愿身份无偿工作的。在考虑委员会责任问题时，似需平衡兼顾而不偏执一端，责任订得过高会造成债权人更加冷漠，而且实际上会使债权人丧失参与的信心，而订得过低则可能会造成滥用职权，并且阻碍委员会作为具有代表性的机构有效发挥职能。

#### **(e) 委员会成员的撤换和更替**

470. 破产法可能需要对撤换债权人委员会成员的正当理由和建立更替机制给予某种考虑。这些理由似可包括严重疏忽、缺乏必要技能、不称职、效率低、缺乏独立性或有利益冲突。这种撤换和更替程序一般将取决于债权人委员会的任命程序，即究竟是由法院任命还是由债权人选出的问题。在委员会成员辞职或不能够继续履行规定的职能情形下，如发生严重疾病或死亡时，委员会成员的替换机制也具有重要意义。

### **6. 需由债权人表决的事项**

471. 破产法需确定须由债权人表决的事项并确定每种情况可适用的表决要求。

472. 如果拟在破产程序过程中采取的行动将对债权人集体具有重大影响，可取的做法是，所有债权人（而不仅仅是债权人委员会）有权获知这些行动并对这些行动进行表决。这些行动可包括根据破产法可能的规定通过表决甄选破产代表；批准重组计划；批准启动后融资；在出售重大资产等其他重要事件上采取的行动。

473. 对于实现这种表决可以采取若干不同的做法，每种做法都取决于有待决定的事项的性质。一些法律规定，表决应当在亲自出席债权人会议的情况下进

行，而其他的法律则规定，如果涉及大量的债权人，或者债权人不是本地居民，表决可以通过邮件或通过代理人进行。如果涉及大量债权人，特别是涉及持有债券的公共机构等某些种类的债权人，则要求亲自表决的可行性显然会受到质疑。允许在采取适当安全的措施的情况下利用电子邮件和互联网等电子手段进行表决，这种做法将越来越可取。

474. 关于各种决定需要有哪种表决结果才能对债权人具有约束力，采取了不同的做法，一些破产法对拟作出的不同类型的决定作了区分。较为重要的决定，如批准重组计划的决定，可能需要表决时既包括一定比例的债权价值，也包括一定数量的债权人（见第二部分，第四章）。有些法律规定，大多数决定必须有占多数债权额的同意，而选举或撤换破产代表或由破产代表雇用特定的专业人员等决定，则必须有占债权额和债权人的多数者赞同。有些法律则规定，在选举或撤换破产代表等问题上简单多数就够了。有些法律还对需要得到有担保债权人和无担保债权人支持的事项作了区分；有担保债权人将只参加对选举破产代表等规定事项和影响其担保权的事项进行的表决。

## 7. 保密

475. 如上所述（第三章，A 和 B），破产法似宜对债务人和破产代表都规定保密义务。出于类似的理由，还似宜考虑到债权人不必遵守保密要求的情形。在管理破产程序过程中，债权人一般都能够获得关于债务人及其企业的大量资料，其中许多资料都可能是商业上的敏感资料。虽然清算的结果表明，债权人可能没有太多的机会不正当地利用这一资料（否则就可能产生对债务人的伤害），但对重组来说则不一定真是如此，可能存在债权人利用这一资料影响已商定的计划获得成功实施的情形。因此，似宜规定债权人和债权人委员会（或由其雇用的任何专业人员）具有保密义务，从而使在程序过程中所获取的资料仅用于管理程序的目的，除非法院另行作出判决。如果指定债权人委员会（而且委员会聘用专业顾问），则为了贯彻保密义务，可以要求委员会成员（和专业顾问）签署保密协议。

## 建议

### 立法条文的目的

关于债权人参与破产程序的条文的目的是：

- (a) 促进债权人参与破产程序；
- (b) 在有利于债权人参与破产程序的情况下提供指定债权人委员会或其他债权人代表的机制；
- (c) 确保债权人有权获得关于破产程序的信息；
- (d) 规定债权人委员会的职能和职责。

## 立法条文的内容

### 申述权 ( 见建议(121) )

### 债权人的参与

(110) 法律应当规定有担保债权人和无担保债权人均有权参与破产程序，并指明此种参与就应履行的职能而言可能涉及哪些方面。

### 债权人的表决

(111) 法律应当规定哪些事项须由债权人表决，并确定相关的资格和表决要求。特别是法律应当要求债权人就批准或拒绝一项重组计划进行表决。

### 召集债权人会议

(112) 法律可以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某些事项。法律还可以允许法院、破产代表或持有无担保债权（**具体说明其总价值的百分比**）的债权人请求召开一次有债权人广泛参加的会议。法律应当规定由哪一方负责通知债权人召开此种会议。法律可以规定在哪些情况下可以召开债权人会议。

### 债权人的代表方式

(113) 法律应当促进债权人积极参与破产程序，例如通过债权人委员会或其他代表机制。<sup>86</sup>法律应当规定所有破产程序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，指定单一个委员会或代表不利于债权人的参与，法律可以规定指定若干个不同的委员会或代表。

(114) 如果法律允许指定债权人委员会或代表，则应明确规定债权人与债权人委员会或代表之间的关系。<sup>87</sup>法律应当就如何支付债权人委员会的费用作出规定。

#### - 可以被指定为债权人委员会成员的债权人

(115) 法律应当规定哪些债权人有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。法律应当规定，在债权人有资格被指定为委员会的成员之前，债权人的债权是否必须[暂时或以其他方式]得到承认。

<sup>86</sup> 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。

<sup>87</sup> 法律特别应就下述方面作出规定：债权人与债权人委员会之间的职能和权力划分，债权人与债权人委员会之间的纠纷的解决机制。

- 指定债权人委员会的机制

(116) 法律应当确立指定债权人委员会的机制。可以采取不同的做法，包括由债权人选定债权人委员会或者由法院或其他行政机构来指定。

- 债权人委员会的权利和职能

(117) 法律应当规定债权人委员会在破产程序中的权利和职能，其中可以包括：

(a) 向破产代表或主持工作的债务人提供咨询和协助；

(b) 在法院的指导下或与破产代表合作确定，参与制订重组计划、出售大宗资产和处理本类别债权人有切身利益的其他事项；

(c) 随时听取破产代表意见的权利。

- 债权人委员会对专业人员的雇用和报酬

(118) 法律应当允许债权人委员会在取得法院批准的情况下甄选、雇用和酬劳可能为协助债权人委员会履行职能所需的专业人员。法律应当规定如何支付这些专业人员的费用和报酬。

- 债权人委员会成员的赔偿责任

(119) 破产法应当规定，对债权人委员会成员以该委员会成员身份行事所产生的赔偿责任给予豁免，除非发现其有欺诈行为或故意过失行为。

- 债权人委员会成员的撤换和更替

(120) 法律应当规定债权人委员会成员的撤换理由并规定更替方法。<sup>88</sup>

**D. 利益方的申述权和上诉权**

**1. 申述权**

476. 大多数制度都规定，作为破产财产第一受益人的债权人和其他利益方应享有某种能力，可以检查破产财产的管理情况和破产代表的履职情况。破产代表、债务人、债权人、债权人委员会或另一利益方可能希望根据破产法获得救济，也可能反对他人请求此种救济。当本人权利、财产权益或破产法规定的职责受到影响时，每一方均应有权申述。如果有关破产财产管理的决定要由法院作出，权益受到影响的一方通常可以就这些决定向上级法院提出申诉，虽然有

---

<sup>88</sup> 撤职权如何行使将取决于委员会的指定方式

些破产法规定对某些决定不得上诉（例如关于任命监督法官或启动程序的决定）。

## 2. 审查程序

477. 对破产财产的管理采用什么程序，这大体上取决于关于破产代表职责的规则、破产法对债务人规定的权利和义务以及债权人单独或通过债权人委员会在管理中可能发挥的任何积极作用。例如，有些法律要求破产代表在采取某些行为之前须先获得债权人或债权人代表的核准。在这种情形下，由于债权人直接参与决策过程，通常对这种行为不需要债权人的审查程序，但破产代表误导债权人的情形除外。

478. 如果破产代表的行为不必事先经债权人核准，可能需要有正式的债权人审查程序。当破产代表的行为影响到其他利益方时，正式审查程序对他们来说是妥当的。

479. 大多数破产法都要求利益方通过法院诉讼提出其救济请求和异议。一些破产法允许债权人个人提起诉讼，而另外一些破产法则要求持异议的债权人需代表一定数目的债权人或一定百分比的债务才能享有提起诉讼的法律地位，或者甚至要求诉讼应由债权人委员会或由债权人整体提出。这种要求可能取决于所提出的反对理由。其他利益方可以在其权利、财产权益或破产法规定的职责受到影响时享有提出异议或请求救济的法律地位。如上所述，申述权必须与有效管理破产程序的必要性相权衡。

## 3. 上诉权

480. 一利益方请求救济而遭到拒绝，或者就另一方的请求或行为提出异议而未果的，在其认为法院发生误判时，应有权向上级法院提出上诉。大多数司法制度都为上诉审查建立了法院分级管理制度并规定了援用上诉审查的程序。对负责施行破产法的法院及其所下达的命令，应适用类似的制度。

### 建议

#### 申述权

(121) 法律应当规定，利益方有权就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何问题申述己见。例如，利益方应有权：

- (a) 对须由法院批准的任何行为提出异议；
- (b) 请求法院审查任何无须法院批准或未请求法院批准的行为；
- (c) 请求提供破产程序为其设置的任何救济。

## 上诉权<sup>89</sup>

(122) 法律应当规定，利益方可以就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何法院令提出上诉。

## 四. 重组

### A. 重组计划

#### 1. 导言

481. 破产法一般涉及与重组计划有关的若干问题，例如计划的性质或形式；计划拟订的时间；有能力拟订计划者；计划拟列入的内容；债权人批准计划（和如有规定，法院按规定确认计划）的方式；计划的效力和执行计划的方式。

482. 重组计划在不同类型的程序中有不同的功能。在有些程序中，重组计划可以在重组程序结束时提出，涉及付清全部股息和最后结清所有债权（亦称作和解协议或还债合约）以及重组完成后的企业最终结构。在有些程序中，重组计划也可在程序启动时提出，完全象经营计划那样，阐明重组期内债务人和企业的处理方式以及预计的股息数额和支付日期。如果企业作为经营中企业出售，还可能出现在清算中制订如同重组计划一样的计划的情形。这种计划可能会涉及临时分配的时机和机制等问题。以下论述侧重于程序启动后某个时刻提出的计划所涉及的种种问题，涉及重组期间的经营方式，以及针对债务人财务状况提出的法定权利的转换问题。这些方面的考虑还与其他类型的计划有关，不过难免有不同之处。

#### 2. 计划的性质或形式

483. 重组的目的是使债权人最终可能得到的回报达到最大化，提供一个比清算债务人更好的结果，同时保留有生存能力的企业，以此维持雇员的就业机会和与供应商的商业关系。由于参与重组过程的各方利益不同，各方都可能对实现这些目标的最佳方法持有不同的看法。主要客户或供应商等某些债权人可能倾向于同债务人继续保持商业关系，而不是迅速偿还债务。有些债权人可能选择以股本参与企业，而有些债权人则不愿这样做。因此，在一个特定案件中，一般有各种备选方法可供选用，如果破产法对备选办法的范围或对特定案件中应作出的选择实行指令性做法，便有可能设置过多的条条框框。举例来说，理想的做法是，法律既不允许只是旨在完全恢复债务人能力的计划，也不规定不得勾销债务；既不规定最终必须向债权人支付一笔最低限度的数额，也不禁止债

---

<sup>89</sup> 破产法应当根据关键目标作出规定，要求除非法院另行判定，在破产程序中提出上诉不得产生停滞作用，以此确保在没有不适当干扰的情况下以有序、迅速和高效的方式处理和解决破产事务。上诉的时间期限应当遵守一般适用的法律规定，但在破产程序中需短一些，以免打断破产程序。

转股。一种无这类限制的不干涉做法可留有充分的灵活性，便于从各种可能性中选出对特定债务人最合适的方法。

484. 有些破产法采取举例说明的做法，列出可供采用的一些可能性，但这并不是说所列出的办法已毫无遗漏或排除其他做法。这些可能性可包括选择一种简单的和解协议（一种按债权的一定百分比，通常为分期偿还形式的偿付债权人协议）；企业继续经营和最终可能作为经营中企业出售（然后对债务人加以清算）；向一个或多个现有企业或未来将建立的企业转让破产财产的全部或部分资产；债务人与一个或多个其他商业实体并购或合并；对债务和股本结构采用一种复杂的重整方式或某种其他解决办法。究竟用哪种方法最合适，如果存在一个有效的市场，最好由市场来决定，或者至少由债务人、破产代表、债权人和其他经济利益相关人谈判确定。

485. 即使不对计划的形式或实质采取指令性做法，破产法也可确立一些限度，例如，重组中应保持债权人在清算程序中的优先顺序；重组计划的效果不应是债务人依然资不抵债并在这种状态下被推回市场；重组计划不应违反其他法律规定的限制（如果破产法未对这些限制加以修正的话），如外汇管制方面的限制。

### 3. 重组计划的提出

486. 提出重组计划时应考虑的两个重要问题是，应当在程序的哪个阶段提出计划以及哪一方或哪些方当事人有能力提出计划或可以获得提出计划的授权。对于其中的任何一个问题，都可以采取若干不同的做法。

#### (a) 提出计划的时机

487. 关于第一个问题——提出计划的时机，所采取的做法可能取决于某一重组所要达到的目的或目标，或者与启动重组程序的方式有关。例如，有些法律规定，应该在提出重组程序申请的同时提出重组计划申请（在这种情况下，重组申请又可称为重组“提议”），但重组程序应是债务人启动的程序。<sup>90</sup>这种做法可能存在一些问题，其中包括影响了债务人迅速启动程序并通过中止及时获得救济的能力；在这么早的阶段难以确切地了解计划应完成的任务；如果未同债务人和其他有关当事人磋商即制定计划，而计划本身又是不可更改的最终计划，则这样的计划执行起来可能行不通，尚未执行即已妨碍程序的进行，并且还造成延误。其他许多法律规定必须在启动重组程序后谈判和提出计划。这可能是一种更为灵活的备选办法，便于就可以接受的重组计划进行磋商和谈判，同时债务人又可利用中止期获得保护。在利用这些有利之处的同时，可能还需要防范某些债务人既无意也无力提出计划，而只是设法取得中止期好处这种滥用破产制度的可能性。在清算程序改为重组程序时，也可能出现提出计划的时机问题（见下文 14）。

<sup>90</sup> 请勿将这种做法与申请快速程序相混淆，后者需附上经债权人批准的计划，见第四章 B 节。

**(b) 经允许可提出计划的当事人**

488. 关于第二个问题，重组程序的参与人在谈判和提出重组计划方面的能力和责任可能各有不同，其具体能力和责任取决于破产法如何规定，尤其是分别赋予破产代表、债务人和债权人的作用。例如，在一些破产法中，这些当事人对合作进行谈判和提出计划负有积极义务。在确定准许哪一方当事人提出计划或哪一方当事人有能力提出计划的问题上，似宜兼顾两个方面，一方面是要考虑到对不同当事人所给予的提出计划的自由度（例如，各方当事人是否都能提出计划，各方当事人是否能同时提出计划，各当事人是否应按先后顺序提出计划，是否应按拟议计划被接受的程度来决定各方当事人提出计划的顺序），另一方面则是要考虑到必须对这一过程所作出的限制，例如批准（表决）要求（例如，所有债权人是否都应参与拟订须由其核准的计划）、谈判和提出计划的时限、破产法就计划修正所作规定和其他程序上的考虑。与指令性做法相对的是灵活的做法，这种做法有可能确保兼顾上述两个方面，不过为了效率、确定性和可预测性以及程序及时取得进展起见，破产法宜提供足以确保提出可行计划所需的指导。

**(一) 债务人提出计划**

489. 计划须在程序启动前提出的，通常由债务人提出计划，但可以与一类或几类债权人进行谈判，但不一定是所有债权人，他们可以谈判商定计划，但计划必须为其他债权人接受或强行要求其余各类债权人接受计划。计划须在程序启动后提出的，有些破产法要求由债务人提出重组计划，有时还规定债务人应与破产代表、债权人、律师、会计或其他金融顾问等其他当事方合作提出重组计划。让债务人参与进来的做法的好处是，可以鼓励债务人尽早启动重组程序，并在计划设想债务人企业继续经营的情况下，最有效地利用债务人熟悉其业务和了解需采取哪些步骤搞活企业（不过，在给予债务人这种自由的同时，可能还必须兼顾需要确保债权人对债务人及其建议方案抱有信心）。如果债务人的关键管理人员对企业的成功必不可少（例如由于企业十分复杂这些原因）或在短期内难以取而代之，这种做法的好处也可能显而易见。

490. 有些破产法规定，给予债务人的机会是独享的机会。有些法律则采取了一种分阶段的做法，债务人提出重组计划的机会只是在一段规定的时间内才是独享的。如果债务人可表明推延期限的正当理由，并且重组有实际的成功前景，而且在债务人独享的期限届满而债务人未提出计划的情况下另一方当事人能够提出计划，那么法院可有权延长这一期限。

**(二) 债权人提出计划**

491. 对于需要债权人批准计划的情形，始终存在着债务人提出的计划不被接受致使重组失败的风险。例如，债权人可能只想批准一项剥夺债务人的股东在债务人企业中的控股权益的计划，债权人还可能剥夺现任管理部门的任何管理职责。如果债务人享有提出计划的独享机会，而债务人又拒绝考虑这种安排，那

么重组就有失败的危险，受损害的还是债权人、员工和债务人本身。为解决这种情况，有些破产法规定，债务人在制订其计划时，应与债权人合作和商讨，如果债务人未能在专为其提供的期限届满之前提出一项可让人接受的计划，则债权人应有机会提出计划（可以通过债权人委员会提出(见第三章 C)）。这种办法可为各参与方之间达成妥协提供必要的制衡。

### (三) 破产代表提出计划

492. 许多破产法采取的另一种做法是给予破产代表一个提出计划的机会，作为一种选择方法，代替债务人或债权人提出计划，或将其作为一种补充措施。鉴于破产代表在程序启动后将具有某种机会了解债务人的业务，破产代表可能完全有条件确定为保证企业的存活将需要采取什么措施。破产代表还可能具有充分的条件便利债务人和债权人就计划进行谈判。对破产代表的参与作出规定是否重要，取决于法律如何规定，特别是取决于是否要求由债权人或法院批准计划。如果要求债权人批准，那么在计划中考虑到可为债权人接受的建议，则获得批准的可能性大于不考虑这些建议的计划。如果不需要债权人批准或法院有权以程序公平性以外的其他原因，例如以经济可行性为由，拒绝确认已获批准的计划，那么上述考虑就可能不适用。如果计划只须经过法院批准，为确保所提计划获得批准，可能需进行大量的法律咨询。如果不给破产代表商议和提出计划或参与这一过程的机会，则似宜在计划提交批准之前，让破产代表有机会审议所提出的计划。

### (四) 多方当事人提出计划

493. 有些破产法规定，可给予若干当事人提出计划的机会。这些当事人包括债务人、破产代表以及债权人或债权人委员会。如果列入这类规定，则宜采用某种程序以确保避免同时提出若干项相竞的计划。尽管在某些情况下，这种竞争做法可能有利于提出可共同接受的计划，但也可能使过程复杂化，导致混乱、效力低下和迟延。

494. 有些法律规定法院应考虑到第三方对计划的意见，例如政府机构和工会的意见。虽然将这些当事方包括在谈判计划过程中在某些情况下可有助于提出一项可接受的计划，但如果将其作为一项一般原则，也有可能造成复杂化和延长这一过程的持续时间。只有在这些当事方的利益是重组计划的核心，谈判过程受到仔细监测，并且规定了时间限制，而这样做有可能对这种特定案件有利时，才可考虑这种做法。

### (c) 提出计划的时限

495. 有些破产法规定了程序启动后必须提出计划的一段时限。这种时限可具体适用于债务人提出计划，也可一般性适用。例如，某项法律给债务人提出计划规定了 120 天的时限；时限期满，其他任何一方当事人都可提出计划，并无施加任何时限。一般适用于谈判和提出计划的时限从启动后 35 天至 120 天不等，

有些法律列有法院在某些情形下可延长或缩短这一时限的规定。尽管规定时限可有助于确保重组程序的进行不受迟延，但在考虑到这种好处的同时需防范下述风险：最后期限过于僵硬，施加限制十分武断，尤其是在大型案件中，谈判和提出计划所需时间可能长出许多，例如 12 个月以上；时限无法得到遵守，尤其是如果没有适当制裁的话；破产管理基础设施薄弱（出于缺乏资源等原因），无法控制最后期限。解决这种僵硬性问题的一种方法是规定这一时限可由法院予以延长，但条件是只再延长一段有限的时期，不可能无限制地一延再延。这种做法的一个好处是，请求延长的当事方必须向法院证明延长时限的必要性，即并非无故延期（例如因为需要与债权人进一步磋商，或在收到专业顾问的评估或报告方面发生了延误），延期不会损害其他当事方的利益，以及如果获准延期，有实际前景可望提出一项将获得债权人批准的计划。

496. 如果破产法列入了谈判和提出计划的时限，则需要考虑那些从清算程序转换而来的程序。对于以最初的启动申请为准并将转换视作该程序的继续的情形，按启动程序（即清算程序）而适用的标准时限可能难以适用。

#### 4. 计划

497. 计划的结果取决于什么是可行的，换言之，根据已知的事实和情节以及合理的假设，计划和债务人是否更有可能成功。在确定计划是否有可能成功方面存在着两个相关的问题。第一个问题是计划本身的内容，或换言之，计划所提出的是什么。第二个问题是，为获得债权人的支持，将以什么方式提出这些计划并向债权人加以解释。

##### (a) 计划的内容

498. 计划中应列入什么内容的问题，与计划批准程序密切相关（例如，计划需要得到哪些债权人的批准，批准需要在哪种程度上得到支持以及可能存在的法院确认程序），同计划批准（并在法律所要求的情况下获得法院的确认）以后的效力也密切相关（例如，计划是否对负责执行计划和继续管理债务人的持反对意见债权人和有担保债权人具有约束力），另外同是否需要法院的确认也有关。许多破产法都列有涉及重组计划内容的规定。有些法律在述及重组计划的内容时，或是提及一般标准，例如要求重组计划必须适当而明确地向各方当事人披露关于债务人财务状况和计划中提出的转换法定权利的信息；或是提及最低要求，例如计划必须就偿付某些优先债权作出规定。应该指出，计划不必改变或者以其他方式影响各类债权人的权利。

499. 有些法律则就有关债务人财务状况所需信息的内容及计划所列入的建议提出了更为具体的要求。关于债务人财务状况的信息可包括资产负债表；现金流量表；与债务人财务状况形成的原因有关的信息。视计划的目标和具体债务人的情形而定，与计划所建议的内容有关的信息可包括各类债权的详细情况；计划所损害的债权以及计划对各类债权的处理；延续还是否决未完全执行的合同；未到期租约的处理；涉及债务人财产的措施和安排（例如，转移、清算、留置）；作保资产的出售或其他处理方式；披露和接受程序；有争议的债权参

加表决过程的权利和解决有争议债权的规定；债方人员的安排；对债方管理层的报酬；为计划的执行提供资金；延长未结担保权益的到期日或改变利息率或其他条件；债务人对执行计划并确定何人今后负责管理债务人企业所起的作用；债权的结算及债权人如何收到超过清算额的清偿额；债权利息的偿付；破产财产的全部或任何部分资产向其利益方的分配；对债务人公司组建文书或组织文件的可能更改（对公司章程和条例等作出更改）或对债务人资本结构的可能更改，或债务人与另外一人或多人兼并或合并；企业能够继续经营和重组可成功的依据；计划执行情况的监督；计划的执行期，在有些情形下包括法定最长期限。

500. 破产法不必列明应列入计划内的广泛的详细资料，而是应指明计划内的最低限度内容，以计划的关键目标和执行程序为重点。例如，破产法可要求计划中详细列出各类债权人和对其所给予的待遇；计划中规定的条款条件（如对合同的处理和债务人的持续作用）；计划的执行所要求的条件（例如出售资产或部分企业，延长到期日，改变企业的资本结构和监督执行情况）。

501. 计划的内容也涉及与其他法律相关的问题。例如，如果本国法律禁止债转股，那么规定这种转换的计划就不可能获得批准。由于债转股可能是重组的一个重要特点，所以如果这些内容要列入计划并获得批准，至少对于破产的情形需要取消禁令。同样，如果根据其他法律，计划局限于仅实行债务减免或延长到期日，则可能难以获得债权人的批准。在破产法与其他法律的关系问题上，有些破产案涉及类似的直接而又无争议的问题。有些破产案则引起较为复杂的问题。这些问题可能包括对外国投资的限制和外汇管制（特别是在多个债权人为非本国居民的情况下），或根据有关的就业法规定的员工待遇，在这种情况下，重组可引起更改集体谈判协议的问题或与税法有关的问题，等等。

502. 这些问题的处理方法不尽相同。在有些国家，破产法将须服从这些种类的限制，后果是重组的备选办法可能范围有限。有些破产法则允许在某些特殊情况下（例如债权人表示同意）推翻其他法律中载列的某些限制，例如，与处分债务人资产和分配优先权有关的限制。在拟订破产法时，似宜考虑到其他法律中将对破产法造成影响的限制。为了确保透明度和可预测性，破产法宜具体论及破产法同其他法律的关系问题，在可能的情况下，在破产法中注明这些其他法律所造成的影响。

## **(b) 计划应附带提供的信息**

503. 在对计划进行表决时，债权人和可能所需对计划进行表决的其他相关利益方，例如股东，需要能够使自己确信计划所建议的内容是可行的，而不是根据错误的假设制定的，并且计划的执行不会使债务人承受的债务负担过重。为便于进行这种评价，必须向债权人和其他相关利益方提供信息，对计划所提建议以及这些建议对债务人、债权人和其他受影响当事方的影响作出解释。为此，在向债权人和其他当事方提出计划时，可附上一份披露说明，充分披露有助于所有当事方正确评价计划的资料。说明可由合格专业人员编写，该专业人员应对计划所建议的措施或对提出计划的当事方所建议的措施进行可信和不带偏

见的评价，附上或不附上专业咨询意见。如果破产代表未参与提出计划或编写说明，则似宜要求其对这两份文书发表意见。如果债权人和其他相关利益方不同意该专业人员的评价，或不相信所披露的信息具有说服力，可以通过一种修正计划的机制在对计划进行表决时考虑到这些看法，或由法院在其确认计划时（如果这是程序的一个要件）加以考虑。

504. 有些破产法列入了一些条文，规定哪些信息应提供给债权人和其他相关的利益方，以使其对计划作出正确的评价，这些信息可以列入计划本身作为其中一部分，也可以列作单独的说明。要求提供这些信息，并以获取有关信息的机制作为支持，符合增进透明度这一关键目标，并可有助于确保债权人对破产过程抱有信心。但是可能需要兼顾保密问题，因为债权人会乘机获得关于债务人的可能十分敏感的财务和商业情报，尽管最终经法院批准或确认计划后这一情报可能还是要加以公开。可通过在法律中作出保密义务的规定解决这个问题，这一义务将适用于债务人、债权人、破产代表和其他利益方。在规定这一要求的同时，可能还需考虑到有可能提供与评价计划目的无关的信息；应将重点放在在特定案件中为评估计划所载具体建议而必需的信息上。

505. 破产法似宜规定在披露说明中所需列入的最低限度信息。这可包括与债务人财务状况有关的资料，其中包括资产和负债表以及现金流量表；对债权人按所提出的计划可得到的待遇与预计债权人在清算时的所得进行的比较；债务人的企业能够继续经营和重组可成功的依据；关于批准计划时所适用的表决机制的介绍；关于考虑到计划的影响后已作出充分安排清偿计划中规定的所有债务的情况说明和关于债务人的现金流量预期能够按计划偿付其债务的情况说明。

## 5. 计划的批准

506. 在制定关于计划的批准问题的破产法条文时，需要平衡兼顾一些竞合的考虑，例如，债权人是否应按其类别分别表决批准计划，以及对持反对意见的债权人将如何处理。一项基本原则是，只有给予债权人就计划进行表决的机会，才能使其受计划的约束。对债权实行分类的首要目的是达到给予债权人公平和公正待遇的要求，对类似情形的债权同等处理，确保重组计划对某个特定类别的所有债权人给予一系列同样的条件。这是确保按照破产法中确立的优先顺序处理优先权或优惠债权的一种方法。在为了使计划切实可行而可能有必要的情况下，更便于处理主要债权人的债权，劝说其接受与一般类无担保债权人不同的待遇。但是，根据所划分的类别多少而定，分类也可能增加破产程序的复杂性和费用。为确保应受到特殊待遇的债权人不被多数债权人压制，一种变通做法是给予这些类别的债权人在受到不公平和不公正待遇时向法院质疑多数债权人的决定的机会。这种机制的存在可抑制多数债权人提出将使优先债权人陷入不公平劣势的计划。

507. 关于持异议的债权人，务必规定一种方法，将所商定的计划强加给某类债权人中持异议的少数债权人，以增加重组获得成功的机会。根据所选择的计划表决机制以及债权人是否按类别参加表决，还可能有必要考虑是否允许该计划对持异议的各类债权人和其他受影响的当事人具有约束力。

508. 如果计划能获得批准并强加给持异议的当事人，那么可能需要确保计划的内容对持异议的当事人提供适当的保护，特别是，他们的权利不能受到不公正的影响。例如，法律可规定，除非得到某种待遇的保证，持异议的各类当事人不受计划的约束。如果是有担保债权人，所需的待遇可以是获得相当于其担保权益的等值的付款，而如果是无担保债权人，则可能是包括股东在内的任何次优先利益方均一无所得。如果批准程序在未经债权人和其他受影响的当事人（特别是有担保债权人）同意的情况下造成对其债权的重大损害，那么债权人今后提供信贷的意愿便有可能受损。因此，批准计划的机制和提供适当的保障措施对保护这些利益是相当重要的。

#### (a) 批准程序

509. 许多破产法规定，为了对重组计划进行表决，必须召开债权人特别会议，并要求在召开会议之前的某个时期内向债权人和有表决权的其他利益方提供这一计划（并在还需要提供说明资料或披露声明的情况下，附上该文件）。有些法律规定，应在债权人会议上由本人亲自进行表决，而有些法律则规定，可以用邮寄方式或通过代理人进行表决。为便于表决和承认电子通信手段的日益普及，似宜允许亲自表决、通过代理人表决和使用电子手段表决。

510. 在批准计划方面应考虑的其他问题包括：债权人和其他利益方是否应根据各自权利按类进行表决；在确定是否达到表决所需的必要多数时将需考虑的债权类型（指这些债权的承认和暂时承认）；有担保债权人是否需要参加表决；在确定必要多数时是否考虑到优先债权的表决权；除债权人外，哪些利益方有权参加对计划的表决；以及对弃权或未参加表决的债权人的处理方式。这些问题在下文各段中讨论。关于最后一个问题，有些法律将投弃权票的人或未参加表决者视为投票不接受计划。这种做法的后果可能是对未参加表决批准计划的债权人剥夺其表决权，并可能在实际上使计划极难获得批准。作为另一种办法，许多国家则采取按实际参加表决的人数计算支持率的做法，其依据是缺席者和弃权者可被视为无意参与程序。这种做法可能导致潜在少数而又不具代表性的债权人群体影响重组的进程，鉴于债权人普遍漠不关心，情况尤其如此。需要采取一种平衡兼顾的做法，便利计划获得批准，确保取得债权人足够程度的支持以便计划得以执行，并避免发生滥用情况。不论采取上文讨论的哪一种做法，如果规定须向债权人和其他利益方，特别是向其中的非本国居民者发出适当的通知，并采用无需本人亲自出席的表决机制，例如通过代理人和使用电子手段，那么所述的目标即有可能便于实现。

511. 有些破产法还利用推定办法来简化表决程序。例如，如果重组计划取消某个债权人的债权或某个所有人的股权（而且该当事人根据重组计划一无所获），即可推定其对重组计划投反对票。相反，如果重组计划对某项债权不造成任何损害，或规定将全额偿付某项债权，则可推定其对计划投赞成票。利用这种推定法还可减少向有关债权人和其他利益方提供通知和信息的必要性。

**(b) 有担保债权人和优先债权人批准计划**

512. 在许多破产情况下，附担保债权在债务人所欠债务的价值中占很大部分，对于有担保债权人和优先债权人批准计划，可采取不同的做法。然而，作为一般原则，要求有担保债权人参加表决的程度，取决于破产制度对待有担保债权人的方式、重组计划影响有担保债权人的担保权益的程度以及设押资产的价值能在何种程度上清偿有担保债权人的债权。

513. 一种做法是，如果破产法不影响有担保债权人，特别是不阻止其对设押资产行使其权利，那么便不需要给予这些债权人表决权，因为其担保权益将不会受到计划的损害。在这种做法中，优先债权人处于类似的地位——计划不能损害其债权的价值，他们有权获得全额偿付。但是，这种做法的局限性是可能减少重组的成功机会，尤其是在设押资产对计划的成功关系重大的情况下。如果有担保债权人不受计划的约束，那么有担保债权人一旦决定通过收取或出售作保资产的方式行使其权利，就会使企业的重组无法实施。同样，在某些情形下，计划成功的唯一途径是，在批准计划时规定，优先债权人获得的偿付额低于其债权的全部价值。因此，如果优先债权人接受以后才得到偿付，而且有担保债权人将对以后修改担保条款予以默认，重组的前景就会有所改善。如果他们未被包括在计划内，而按规定他们须就影响他们权利的建议进行表决，那么更改这些权利便不可能实现。

514. 对于设押资产的价值不足以全部清偿有担保债权人债权的情形，一些破产法规定，有担保债权人可就其债权未清偿部分与普通无担保债权人一起参加表决。在有些法律制度中，此种做法会造成估值的困难，难以确定有担保债权人是否以及在多大程度上确实持有担保权。例如，三个债权人对同一笔资产持有担保权，该资产的价值只够偿付第一优先债权和第二优先债权的一部分。因此，第二优先债权人可能仅就其债权的担保部分享有表决权，而第三债权人则将完全失去担保。因此，对于确定有担保债权人持有担保权的程度以及因而是是否要求他们就其债权的任何部分而作为无担保债权人进行表决，资产估值至关重要。

515. 对于有担保债权人表决重组计划，可以采取各种不同的做法。有些破产法规定，有担保债权人和优先债权人可作为单独的类别就将会损害其债权条件的计划进行表决，或者规定他们以其他方式表示同意受该计划的约束。如果采取允许有担保债权人作为单独一个类别进行表决的做法，即等于承认有担保债权人与无担保债权人分别享有不同的权益。对于优先债权人，也是同样的道理。但是在许多情况下，有担保债权人彼此的权利也不相同，要求全体有担保债权人作为一个单独的类别进行表决可能行不通。在这种情况下，有些破产法规定，每个有担保债权人自成一类。如果有担保债权人参加表决，某一类别的有担保债权人的必要多数一般将与无担保债权人批准计划的必要多数相同，但有些法律规定的必要多数不同，需视有担保债权人的权利将受到计划影响的方式而定（例如，延长到期日的，需获得四分之三多数；权利受到其他损害的，需获得五分之四多数）。

516. 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接受计划条款的约束，但可享有某些保护。根据这些法律的规定，向持反对意见的有担保债权人提供的保护可包括他们有权获得至少相当于按清算程序可获得的偿付额，并且只有在这种情况下他们才受计划的约束；或者如果重组计划规定在一定时期内按其担保权益价值加上按市场利率计算的利息全部偿清其债权，则持反对意见的有担保债权人可以受计划的约束。有些破产法还规定，如果法院认定某些条件，法院有权命令有担保债权人接受计划的约束。这些条件包括有担保债权人强制执行担保权将对达到计划的目的造成重大不利影响；有担保债权人的担保权益将受到计划的充分保护；有担保债权人的地位不会因重组计划而进一步削弱（例如，今后的利息会得到偿付，担保权益的设押资产的价值不会受到影响）。另有破产法规定，除非有担保债权人同意，否则不得将计划强加给他们。

517. 在决定就此问题采取哪种做法时，重要的是评估拟采取的做法对担保交易融资的供应和费用的影响，并尽可能提供更多的确定性和可预测性，将此与破产法的目标和重组成功给经济带来的好处加以平衡。

### **(c) 普通无担保债权人批准计划**

518. 为确保普通无担保债权人拥有对计划进行表决的有效手段，可以采用不同的机制，但不论选择什么机制，都应力求简单，并在破产法中作出明确规定，以确保可预测性和透明度。

### **(一) 无担保债权人的分类**

519. 有些破产法未要求将无担保债权人分为不同的类别，而是要求其作为一个单独的类别共同参加表决。

520. 划分有担保债权人和优先债权人类别的国家，常常还规定按普通无担保债权人不同的经济利益将其分为不同的类别。设置这些类别是为了至少从三个方面增加重组成功的前景：第一，提供一种实用的手段，查明无担保债权人各种不同的经济利益；第二，提供一个框架，安排计划的条款结构；第三，提供一种手段，使法院可以利用某一类别债权人的必要多数支持而使计划对不支持该计划的其他类别债权人具有约束力。由于设置不同的类别有可能使表决程序复杂化，所以只有在出于众多债权人缺乏共同经济利益等迫切原因而必须给予某些普通无担保债权人特殊待遇的情况下才似宜这样做。与确定利益的共同性可能有关的标准可包括：引起债权的债务的性质；无重组计划时债权人可以利用的救济措施，包括债权人借助这些救济措施追回债款的限度。如果无担保债权人人数很少，或其利益相似，债权人就没有必要分作不同类别参加对批准计划的表决，这样也就简化了表决程序。

## (二) 类别的确定

521. 有些破产法规定了为批准重组计划的而确定普通无担保债权人类别或债权类别的方式。一种做法是，在计划中把利益共同或基本相同的债权或权益归为一类，或者按债权的价值将其归类。如果以利益的共同性或类似性作为分类的标准，则提出计划的当事方在确定债权的类别时可以有一些灵活余地。其他做法是规定由破产代表在债权人对是否批准计划进行表决以前向法院提出建议，或规定首先由债务人确定类别，其对各类债权人的组成享有某种有限的灵活性；对类别组成不满意的无担保债权人可以要求由法院裁定这一问题。

### (d) 股东批准计划

522. 有些破产法规定由股东批准重组计划，至少是在债务人的公司形式、资本结构或成员组成将受计划影响的情况下。如果股东根据该计划得到分配，预计他们也将参加表决。如果由债务人的管理部门提出计划，计划的条款可能已经得到股东的批准（但视有关债务人的结构而定，债务人的公司组建文书可能要求这样做）。如果计划直接影响到股东，例如规定通过转让现有股份或发行新股来实施债转股，则通常是这种情况。

523. 在法律允许债权人或破产代表提出计划而且该计划又设想债转股的情况下，有些国家允许不顾股东的反对而由债权人批准计划，不论债务人公司组建文书的条款如何规定。这种计划可能在新企业中导致未经现有股东同意就将其股权完全替换的情况。

### (e) 相关人

524. 有些破产法规定，相关人不应与其他债权人一起参加批准计划的表决，即使参加表决，在某些方面也不算数，例如，不能以此确定某一类受损害的债权人已接受计划（如果这是批准计划的一项要求的话）。但是，许多破产法未列入具体涉及相关人问题的条款。在破产法未作专门规定的情况下，相关人应以与其他债权人同样的方式参加表决。然而，相关人个人同债务人及其企业打交道时一般必须遵守破产法以外的法律的规定。

### (f) 对批准计划的要求

525. 许多破产法对计划获得债权人的批准规定了需达到的最低支持率。根据债权人是否按类别参加表决和在确定多数方面如何对待这些类别，以及如上文(第二章，5(a))所述破产法是要求取得参加表决的债权人的多数还是全体债权人的多数，可以按若干种不同方式计算必要多数。

## (一) 表决不按类别进行的

526. 如果债权人不是按类别参加表决，可按债权价值中的支持比例或百分比，或按债权人中的支持人数确定多数，也可以同时参照这两个标准。例如，有些法律规定，对计划的支持率，必须至少占债务总价值的三分之二或四分之三，而且不得低于债权人人数的二分之一或三分之二。尽管这些比例一般适用于那些实际参加对批准计划的表决的债权人，但也有一些法律是按债务的总价值和债权人的总数来确定这些比例的，而不考虑债权人是否参加表决。另外还有其他各种组合方法。

## (二) 表决按类别进行的

527. 如果债权人确实按类别参加表决，为确定计划何时得到批准可采用多种不同的做法。这些做法可能比较复杂，既要求经由某个特定类别债权人的批准，也要求所有类别债权人的批准，在确定多数票时，有时仅以实际参加表决的债权人作为准，而有些情况下则是按债权人总人数计算，无论其是否参加表决（见上文 5(a)）。

### - 某个特定类别中的多数

528. 有些破产法要求某个类别债权人的多数批准，在此情况下，必要多数按债权价值的百分比或比例或按债权人人数确定，或两者并用。虽然考虑债权价值和债权人人数的程序增加了获得批准的难度，但因为可以保护程序的集体性质，所以可能是有正当理由的。例如，如果某个债权人在债权价值上独占多数，这种规则可阻止该债权人违背所有其他债权人的意愿而将计划强加于他们。同样，这类条文中可防止大债权人将其未获支持的计划强加给其他债权人，给后者造成损害，不过有的法律的确规定，债权份额超过债权总价值一定比例的债权人有权否决已批准的计划，或对计划的条款强迫实行将有利于所有债权人的改进。同时考虑债权价值和债权人人数的表决程序，还将防止众多小债权人联合起来将其决定强加给少数持有大量债权的债权人。有些破产法还在条文中规定，即使多数债权人对某项计划表示支持，但如果这些债权人的债权份额低于总债权价值的一定比例（例如，低于约 25%或 30%），法院就不会愿意确认该计划。这种程序之所以有必要，还因为它有助于确保计划得到充分支持，使之能够成功实施。

### - 类别上的多数

529. 一些法律要求必须有所有类别的债权人支持，计划才能获得批准。但也有一些法律规定，计划获得某些类别债权人的支持就可以对不支持计划的其他类别的债权人产生约束力。例如，可能需要类别上的简单多数，如果对计划的支持未达到类别上的多数，仍可规定计划对不表示支持的持异议的类别的债权人具有约束力，但须使法院确信某些条件已得到满足。例如，某个国家的法律将债权分为三类，并规定，计划必须至少得到这三类中两类债权人的批准，如果

对债务人进行清算，已批准计划的类别中至少有一类不得追回其全部债款。另一种变通办法要求，已批准计划的类别中至少有一类债权人的权利会因重组计划受到损害，其目的是确保重组计划不光得到权利未受损害的债权人的支持。其他法律规定，如果有担保债权人对计划表示反对，则不得凭借各类无担保债权人的支持而强行批准计划。下文 7 和 8 对此作进一步论述。

## **6. 提出的计划未能获得批准**

### **(a) 对提出的计划进行修改**

530. 无论选用何种表决机制，破产法都似宜具有充分的灵活性，以便所提交的供债权人和其他利益方批准的计划可以由这些当事方在表决程序过程中进行商议，从而争取广泛的支持。如果不可能进行这种商议，而债权人和其他利益方又受到限制，仅能就所提出的计划进行表决，没有加以改动的可能性，则该计划获得批准的机会便可能降低。为达到这种灵活性，可以采取的一种做法是，如果就一项计划举行进一步谈判似可产生有利的结果，那么可以允许多数债权人表决暂停决策会议，以便提供更多的情况或处理悬而未决的争议和问题。但是，如同破产法其他许多方面一样，这种休会的办法只可在有限的情况下采用，或者至少应限制次数，同时可能还需规定时间期限，以便从速结束重新谈判并避免滥用。

### **(b) 计划未获批准**

531. 如果重组计划未获批准，重新谈判和修改重组计划也不能解决遇到的问题，破产法可以对程序的进一步进行采取不同的做法。有些破产法规定，债权人未能批准计划应被理解为表明他们赞成清算，重组程序因而可转为清算（另见第一部分，第二章 D；第二部分，第四章，A.14）。这种做法有助于鼓励债务人提出可被接受的计划，但须订立保障措施，防止在清算不符合全体债权人利益的情况下出现滥用。有的破产法则规定重组程序应予撤销。这种做法的不利之处是，债务人陷入财务困境，债务可能越积越多，资产价值减少，清算程序的启动推迟但又不可避免。

## **7. 约束持异议类别的债权人**

532. 如上所述，在规定有担保债权人和优先债权人可以参加批准计划的表决并确立了无担保债权人不同类别的少数几个国家中还建立了一种机制，规定重组计划获得一个或多个类别债权人的支持，即可对不支持计划的其他类别的债权人（在某些法律中包括有担保债权人和优先债权人类别）具有约束力。这种做法有时称作“强加”条款。纳入这类条款的破产法一般还列入旨在确保保护持异议的各类债权人利益的条件。由于一般需由法院来审查这些条件是否得到满足，将在下一节中讨论这些条件。

## 8. 法院确认计划

533. 并非所有国家都要求由法院确认债权人已批准的计划；计划生效的全部要求是获得必要多数债权人的批准，而持异议的债权人将根据破产法而受计划的约束。在这些制度中，如果计划本身或计划获准的方式受到少数债权人或包括债务人在内的其他利益方的质疑，则法院仍将在审查计划方面发挥作用。有些国家则要求在法院确认所批准的计划后，计划才能生效和具有约束力。

### (a) 对批准计划提出质疑

534. 许多破产法规定可向法院提出对债权人批准计划的质疑，如何审理所提出的质疑可能取决于促成计划发生效力的机制。例如，如果不要求由法院确认计划，则少数债权人或包括债务人在内的其他利益方，可在批准计划的表决后向法院提出其质疑。如果破产法要求由法院确认所批准的计划，则可在确认计划的庭审上提出质疑。法律还需涉及可对批准计划提出质疑的当事人和提出任何质疑的时限，特别是在质疑的依据属欺诈性质并可能需要根据查出欺诈的时间确定任何时限的情况下。法律还需处理对计划的质疑得以成立的后果，例如，视质疑成立的依据而定，允许有进一步的机会审议和批准计划，或将程序改为清算。

535. 有些法律列出了对批准计划提出质疑的理由。这些理由可包括：计划是以欺诈方式获得批准的（例如，债权人和其他利益方提供情况时弄虚作假，故意误导，扣压与重组计划或债务人的财务有关的重要情况）；表决程序中有舞弊现象（例如，相关人在破产法不准许的情况下参加表决，批准计划的决议不符合债权人的基本利益）；组织会议或开会表决的方式有不正常的情况（例如未发出适当的会议通知）；计划中所载建议是出于不正当目的提出的或计划中载有违法的规定；计划不可行（例如，成功执行计划需要有作保资产，而有担保债权人却不受计划的约束，同时又未就执行其担保权同有关的有担保债权人达成协议）；计划未满足对某类债权人中持异议的债权人的保护要求（例如，这些债权人根据计划所得将少于在清算中所得）；计划中的建议对持异议者的利益造成不当损害，或计划中对债权的处理不符合破产法规定的债权排序方法（除非已达成协议同意更改该排序）。

536. 由于所有债权人都有可能在某种程度上受到重组程序的损害，因此债权人对批准计划提出质疑得以成立的一般要求是，其所受损害或伤害的程度超过其他债权人或其他类别的债权人。如果对计划提出质疑的债权人曾投票赞成计划，则其提出质疑的理由就可能受到限制，例如只限于欺诈或其他不当行为之类的理由。

### (b) 必要的法院确认步骤

537. 如果破产法要求法院（或在有些国家，要求行政当局）确认计划，通常是要求其确认（无论是按债权人类别表决还是按其他方式表决而）已获得债权人必要多数批准的计划。许多国家让法院能够对“约束”债权人发挥积极的作

用，规定可对未批准计划的某类债权人强制执行计划。这可能要求法院承担某种属于法律手续性质的作用；这样做并不要求法院审查批准计划时所考虑的商业依据，而是要求法院确保计划的批准是通过正当方式获得的（即，无证据显示批准过程中曾出现欺诈），并且满足了某些条件。例如，这些条件可能与有关对计划提出质疑时所适用的条件相类似或相同：对计划持反对意见的各类债权人将可分享到计划的经济利益；持反对意见的各类债权人按照重组计划的所得将与他们在清算中的所得相同；任何债权人的所得都不超过其债权的全部价值；计划中承认破产法所规定的债权的正常排序；排序类似的债权人将得到同等待遇。有些破产法允许某些类别无优先权的无担保债权人通过本类别必要多数的表决而对有别于按破产法规定实行清算分配时所适用的排序表示同意。例如，将不会得到全额清偿的普通无担保债权人类别可能同意对次要债权类别或股东类别的分配。凡是属于程序管理费或有优先受偿权的债权和费用一般都需要全额清偿，只有这样重组计划才会获得确认，除非该债权的持有人或该费用的支出人同意不同的待遇。一些法律要求法院还必须评估其他事项，例如，对其利益受到计划的影响但仍接受计划的那些类别来说，计划可否看作是公平的。

538. 有些破产法还授权法院以重组计划从实际情况来看而不是从经济观点来看不可行或无法执行为由而否决计划。例如，如果有担保债权人不受计划的约束，而计划又未对全部清偿其附担保债权作出规定，那么这样的做法就可能是有正当理由的。在这种情况下，如果法院认为有担保债权人将对设押资产行使其权利，致使计划无法实施，那么法院可以否决该计划。有关制定和批准计划的规定应当述及发生这种情况的风险。

539. 在批准或确认方面要求法院作出的决定越复杂，就越需要法官具备更多的相关知识和专长，而且法官就越有可能干涉债权人就接受还是否决计划而作出的基本上是商业性质的决定。尤其不宜要求法院审查债权人所作决定的经济和商业依据（包括与批准程序无关而是关系到所商议事项实质内容的公正性问题），也不宜要求法院从经济可行性的角度审查计划的某些方面，除非法院有这样做的能力和经验。出于这些原因，似宜认真制订关于由债权人批准计划和（在法律所要求的情况下）由法院确认计划的要求，以便尽量减少此处论及的这类潜在问题。

## 9. 经批准[和确认]的计划的效力

540. 如果计划得到债权人的必要多数的批准，并在法律要求的情况下，取得法院的确认，破产法一般都规定，计划将对所有受影响的普通无担保债权人具有约束力，包括表决支持计划的债权人、持异议的债权人和未就计划进行表决的债权人。有些破产法还规定，重组计划将对董事、股东和债方成员以及法院确定的其他当事人具有约束力。有些破产法规定，受计划约束的当事人不得向法院提出申请，请求对债务人进行清算（除非在特定情况下，例如重组计划的执行失败，或债务人未按计划的要求履行其义务），或启动或继续实施针对债务人的法律程序，或未经法院批准强制执行。有些法律还规定，一旦计划得到债权人的批准和（在法律所要求的情况下）法院的确认，破产财产的财产即重新

由债务人控制，用于实施计划，并且债务人可根据计划获取对债务和债权的解除。

## 10. 在法院确认后对计划提出质疑

541. 在那些要求由法院确认计划的破产法中，许多都规定可在确认计划的庭审之后（在有些情况须在规定期限内）向法院提出对计划的质疑。鉴于法院在确认计划之前必须查清若干条件，在确认之后提出质疑的理由可能比在确认时提出质疑的理由范围窄一些，例如，仅限于欺诈这一理由。如果破产法允许在确认计划后提出质疑，则似宜规定在发现欺诈情况后可提出这种质疑的期限，并规定可由谁提出这种质疑。对已获确认的计划提出质疑而得以成立的，破产法可采用不同的备选办法。例如，可以撤销该计划，将程序改为清算，或任由债务人处于其财务困境中，并将资产交还其控制。后一种做法不能解决债务人的财务困难，只是延迟启动清算程序而已，造成在清算程序最后启动之前债务人的资产价值进一步减少。在确定质疑成立后应当采取哪种行动最合适时，必须考虑计划已执行到什么程度以及如何处理执行过程中已采取的步骤，例如已付给债权人的款额。

## 11. 债权人批准后修改计划

542. 关于在债权人批准后（和在法律要求确认的情况下，在确认之前和之后）修改计划，破产法可以作有限的规定，即执行中断或发现无法履行，包括全部或部分无法履行，并且具体问题可以得到纠正，则可以对计划作出修改。在允许修改计划的破产法中，有的破产法规定，只有当拟议的修改符合债权人的根本利益时，才可对计划加以修改。有些法律则规定，如果修改是根据情况的需要，并且经修改的计划可继续满足破产法在内容、债权人类别和通知债权人等方面的要求，则可对计划加以修改。一般而言，将允许任何利益方随时对计划提出修改。在时间方面所适用的唯一限制是修改须经法院批准。这项要求的必要条件是程序尚未了结，并且法院拥有管辖权。如果在计划批准（和确认）后程序已经结束，那么，除非还有其他一些要求，否则由受影响的债权人批准所提出的修改即已足够。

543. 根据修改的性质，可能没有必要争取所有各类债权人的批准，因为在有些情况下，争取这种批准可能会被证明是很难的。替代的办法可包括允许微小的修改由法院或由受修改影响的债权人加以批准；规定将所提出的修改通知支持批准计划的债权人，允许债权人在规定的时期内对这一修改表示反对，否则即被视为接受这一修改。对未批准该计划的债权人可采取同样的做法。如果拟议的修改十分重大，则可能要求取得所有债权人的批准。破产法如要求由法院确认计划，还可能要求拟议的修改必须符合有关确认的规则或条件。

544. 无论采取何种方法，破产法都似宜不仅要求向相关债权人（全体债权人或仅仅是受影响的债权人）发出通知并指定负责发出该通知的当事方，而且还应要求公布关于计划失败和所提出的修改的情况。如果法院已确认原先的计划，则还要求法院确认对计划的修改。如果未争取到或无法争取到对所提出的修改

的必要批准，破产法应就其后果作出规定。这些后果可以类似于上文论及的关于债权人未能批准计划和质疑计划得以成立时的后果，同时考虑到在执行计划中可能已经采取的步骤以及对已付款项和续延的合同等问题应给予的处理。

## 12. 计划的执行

545. 许多计划都可以在法院或破产代表无需进一步干预的情况下由债务人执行。如果由债务人主持的重组，以及如果法律规定一旦计划生效程序即应结束，情况尤其如此。有些法律则并未规定程序在该时刻即应结束，而是规定在计划已充分执行时结束，在这种情况下，有时需由一名独立人士对执行工作进行监督或控制。一些破产法规定，计划获得批准和确认后，法院在计划的执行工作结束之前有不断监督债务人的职责。在出现如何解释债务人履约或义务的问题或其他问题时，这一点尤为重要。有些国家规定，在计划获得批准之后，法院可授权由一名监督人或破产代表在不同程度上对债务人业务进行持续不断的监督。还有一种做法是允许债权人指定一名监督人或破产代表监督计划的执行情况。

## 13. 计划执行失败

546. 对于债务人未如约按计划履行其义务，或计划的实施由于其他某种原因而中断的，破产法采取了若干种不同的方法处理其后果。有些破产法规定，法院可终止计划，将程序改为清算。有些法律则规定，将仅对被违背的具体义务终止计划中有关部分的执行（其他部分仍然有效）。所涉债权人将不受计划的约束，（如果债权人曾同意按计划规定减少其所得数额），其债权将恢复。在某些情况下，只有当债务人按计划偿债而拖欠大笔款额时，<sup>91</sup>才会出现此种情形。某些国家则在计划中载明拖欠债款的后果。

547. 另一种做法或许是把破产程序视为终结，允许债权人寻求法律规定的其他救济。正如已经讨论过的那样，这种做法并不能解决债务人的财务困难，反而会导致竞相争夺资产，有违启动集体程序的初衷。一种折衷的办法可以是允许债权人在一定期限内提出不同的计划，只有当在该期限内不能拟订出可以接受的计划时，才能随后实行清算程序。必须认识到，到了一定时候，在为全体债权人力争最佳结果和量力而为这两者之间，权衡的结果往往是以后者为重，所以破产法似宜为这种可能性留有足够的灵活余地。

## 14. 改为清算

548. 重组程序过程中可能出现一些情形，破产法似宜针对这些情形提供一种改为清算程序的机制。转换程序的主要理由是未能提出或批准重组计划，或未能批准对计划提出的修改；（按规定必须由法院确认的），未能获得确认；对已

<sup>91</sup> 某国法律在这方面的规定是，债权人提出偿付到期债务的要求，而债务人未能在至少两周的最低期限内满足这一要求。

获批准或确认的计划提出质疑得以成立；在债权人会议上多数债权人表决支持终止重组；或债务人在履行计划对其规定的义务时发生重大或严重违约。还应考虑在下述情形下转换程序：认定企业重组无成功的合理可能性；债务人显然正在滥用重组过程，或是不与破产代表或法院合作（例如，扣压信息），或是恶意行事（例如，进行欺诈性转让）；企业在重组期间继续亏损；或者破产管理费未付（另见第一章，B.8）。有些法律还规定，当重组显然将不可能进行时，破产代表有义务立即终结其管理重组程序的职责，以便为债权人保全价值。在破产法中规定重组程序可改为清算，将可为程序的最终解除提供可预测性，但是，如果要求完全作为新的程序而不是按原来的申请启动清算程序，则可能会造成进一步的拖延和价值的减少。

549. 如果重组程序改为清算，破产法还需考虑以下各点：在计划批准之前破产代表所采取的任何行动的状况；在破产法规定了启动的时间限制的情况下，特别是对有担保债权人继续适用中止措施（见第二章，B.3）；对程序转换之前的执行计划过程中所作的付款如何处理；以及对重组过程中受损害的债权人的债权如何处理。可能需要对重组过程中所作的付款加以保护，使其免受撤销规定的影响。在重组中受损害的债权可以在随后的任何清算程序中恢复全额。关于执行失败的问题也可在重组计划中论及，重组计划可规定在这种情况下债权人的权利。这种做法可简化对这些债权的处理问题，避免可能出现的准据法问题。

550. 如果破产法允许程序转换，一个相关的问题是如何才能引发这种转换；是某些条件一旦满足即可自动转换，还是要求由破产代表或债权人向法院提出申请。因为除了债务人或其管理部门之外，破产代表是最了解债务人企业的一方，因而也往往在早期阶段就知道债务人的企业能否搞活，所以破产代表可以在转换过程中发挥关键作用。另外，允许债权人或（在已指定了债权人委员会的情况下）债权人委员会以类似的理由向法院申请转换程序，也可能是合理的。当符合某些条件时，还可授权法院自行提出转换程序。

## 建议

### 立法条文的目的

关于重组计划的条文的目的：

- (a) 便利依法拯救企业，从而维持就业，并在适当情况下保护投资；
- (b) 查明可以实行重组的企业；
- (c) 实现破产财产价值最大化；
- (d) 便利重组计划的谈判和批准，并确定批准的效力，包括建立某种机制，使之对债务人、所有债权人和其他利益方具有约束力；
- (e) 论及未能提出可接受的重组计划或未能争取债权人批准该计划的后果，包括在某些情形下转换为清算程序；

- (f) 规定重组计划的实施，以及实施失败的后果。

#### 立法条文的内容

#### 计划的制订—时间

(123)(a) 在需要制订计划时，法律应规定在申请启动破产程序之时或之后或者在破产程序启动后一段规定时间之内提出计划。

- (一) 该时限应当由法律确定；
- (二) 应授权法院在适当情况下延长该时限。

(b) 法律还应当论及清算程序何时转换为重组程序的问题。

#### 计划的提出—经许可的当事人

(124) 法律应确定经许可而能提出计划供批准的当事人。

(125) 法律在规定提出计划时，应采取灵活的办法，其中可能涉及对破产程序有核心作用的所有当事人，即债务人、债权人和破产代表。法律可把下列各种要件结合起来：

(a) 可给予一方当事人用以提出计划的一段独享期限。为鼓励债务人在财务困难的早期申请启动程序，这一机会应首先给予债务人。可以要求该当事人与其他当事人进行协商，以确保提出可接受的计划；

(b) 如果在独享期限内提不出计划，可把提出计划的机会给予其他当事人，例如破产代表、债权人或与破产代表有协作关系的债权人委员会；或者如果拥有这一独享期限的当事人可表明有必要延长这一期限，法院也可加以延长。

#### 拟订披露说明

(126) 法律应要求提交债权人和股东审议的计划附上一份有助于就该计划作出知情决定的披露说明。该说明应由提出计划的同一当事人拟订，并在提交计划的同时向债权人和股东提交。

#### 提交计划和披露说明

(127) 法律应提供一种向负责批准计划的债权人和股东提交计划和披露说明的机制。

#### 计划的内容

(128) 法律应规定计划的最基本内容，其中可包括：

(a) 债权人的类别以及计划对每一类别规定的待遇（例如，每一类债权人将收到多少金额以及偿付的时间）的详细情况；

(b) 计划的条件，其中包括：

[(一) 对设押资产的处理；]

(二) 合同的处理，包括劳工合同的处理；

(三) 债务人对执行计划的作用，包括对资产的控制；

(c) 计划的执行方式，其中可包括：

(一) 出售债务人企业全部或任何部分的可能性；

(二) 调整债务人企业资本结构的建议；

(三) 修改债务人的组建文书；

(四) 债务人与一人或多人兼并或合并；

(五) [变更担保权益的条件，包括]延长到期日或调整利率或其他条件；

[(六) 继续使用设押资产；]

(七) 破产财产的全部或任何部分资产分配给对其拥有利益的人；

(八) 确定负责未来管理债务人的人员；

(九) 监督计划的执行。

### 披露说明的内容

(129) 法律应规定披露说明包括下列内容：<sup>92</sup>

(a) 关于债务人财务状况，包括关于资产负债表和现金流量表的资料；

(b) 对该计划给予债权人的待遇和在清算时债权人的所得这两者的比较；

(c) 企业得以继续交易并成功重组的基础；

(d) 可表明在考虑到计划的影响之后债务人的资产额将超过其负债额以及已作出充分安排按计划的规定清偿所有债务的资料；

(e) 关于适用于批准计划的表决机制的介绍。

### 表决机制

(130) 法律应确定对批准计划进行表决的机制。这种机制应涉及有权就计划进行表决的债权人；进行表决的方式，可以是在为此目的召开的会议上进行表决，也可以是以邮件和包括电子手段及使用代理人在内的其他手段进行表决；以及

<sup>92</sup> 如果破产代表不拟订或不参与拟订计划和说明，应要求破产代表就这两份文书发表意见。

债权人是否应根据各自的权利按所属类别进行表决。法律应允许在计划提交债权人批准之后在批准过程中进行商议。

### **某一特定类别所属成员对计划的批准**

(131) 法律应规定由某一特定类别债权人批准计划时的必要多数。如果支持这一计划的债权人达到必要多数，即认为该类别批准这一计划。是否达到多数在计算上应以本人亲自、由代理人代表或以其他手段实际投票的债权人为准。

(132) 不提倡全体一致的多数或投票人数的简单多数。替代办法可包括要求同时考虑投票人数和债权额，两者按比例结合，例如，投票人数的简单多数加上投票人债权额中的简单多数或更高的多数（例如三分之二）。

### **按类别批准**

(133) 如果按类别就批准计划进行表决，法律应规定如何计算批准计划所需的各类别表决中所获票数。[可采取若干不同的做法，包括要求须由特定多数类别或所有类别批准。]

(134) 如果法律不要求所有类别批准，法律应论及在计划获得必要若干类别或多数类别批准的情况下，如何对待投票不支持计划的那些类别。

### **计划未获批准**

(135) 法律应指明计划未能获得必要多数债权人批准的后果。

### **计划的约束力**

(136) 法律应规定，在下列任何一种情况下，计划将对债务人、债权人和其他利益方具有约束力：

- (a) 计划已获必要多数债权人批准；
- (b) 计划已按(a)项获得批准并获得法院对批准计划的确认。

### **设押资产的继续使用**

(137) [法律可规定，如果有担保债权人不支持计划，而重组又需要这些设押资产的，法院可下令在保护有担保债权人利益的前提下可在重组中继续使用这些资产。]

### **对已批准的计划的确认**

(138) 法律如果要求已批准的计划须由法院确认，在下列情况下，法院应确认计划：

- (a) 批准程序的进行得当；
- [(b) 债权人的待遇公平公正；]
- (c) 债权人按该计划的所得至少相当于其本可在清算中的所得，除非其已特别同意接受较低的待遇；
- (d) 计划中不含有违反一般法的规定；
- [(e) 程序管理费和享有优先权的债权将获全额偿付，除非该债权持有人或费用支出人同意不同的待遇；]及
- [(f) 计划中对各类债权<sup>93</sup>的处理符合法律规定的债权排序方法，除非受影响的债权人已同意变更该排序。<sup>94</sup>]

#### ( 在不要求确认的情况下 ) 对批准提出质疑

(139) 如果计划经债权人批准后无须法院确认即具有约束力，法律应允许利益方（包括债务人）对批准计划提出质疑，法律应规定对质疑的评估标准，其中应包括：

- (a) 是否符合建议(142)中所载理由；
- (b) 欺诈，在这种情况下建议(144)中(a)至(c)段应予适用。

#### 对已确认的计划提出质疑

(140) 法律应允许以欺诈为根据对已确认的计划提出质疑。法律应规定：

- (a) 按发现欺诈的时间计算的提出质疑的时限；
- (b) 可提出此种质疑的当事人；及
- (c) 质疑应向法院提出。

(141) 法律应指明根据建议(139)和(140)提出的质疑得以成立的后果。

#### 修改计划

(142) 法律应允许修改有约束力的计划，并指明可提出修改建议的当事人和可修改计划的时间。

<sup>93</sup> 包括程序管理费用和开支。

<sup>94</sup> 法院应查清，如果一个或多个债权人所获待遇将低于法律就其排序而规定的程度，这些债权人是否已对该待遇表示同意。

## 对修改的批准

(143) 法律应确立对修改计划的批准机制。该机制应要求向债权人和其他受影响的当事人发出通知；指明须发出通知的当事人；要求须得到受影响的债权人的批准，以及（在法律规定须确认的情况下）要求须符合确认规则。法律还应指明所提修正未获批准的后果。

## 监督执行情况

(144) 法律可建立监督计划执行情况的机制，其中可包括由法院、法院任命的监督人、破产代表或由债权人任命的监督人进行监督。<sup>95</sup>

## 改为清算

(145) 法律应规定在下列情况下法院可将重组程序改为清算：

- [(a) 未在法律规定的任何时限内提出计划而法院又未批准延长时限；]
- [(b) 破产代表或债权人提出转换程序申请；]
- (c) 所提出的计划未获批准；
- (d) （法律规定须确认时）所批准的计划未获确认；
- (e) 对已批准或已确认的计划提出的质疑得以成立；
- (f) 严重违背计划的规定。

## B. 快速重组程序

### 1. 导言

551. 如指南第一部分所述，重组可采取若干形式中的任何一种，其中包括在法院或行政管理机关的正式监督下进行的重组（这是本指南所讨论的主要重组形式）和非正式（即从庭外进行这个意义上来看）谈判和接受计划（在本讨论中称为自愿重整谈判和协议），后一种重组很少或根本不要求法院介入，基本上视所涉各方当事人之间的协议而定。因为在采用自愿重整谈判的情况下，可以避免正式重组程序的许多费用、拖延以及程序上和法律上的要求，所以这类谈判往往可成为解决债务人财务困难的最有成本效益的手段，不过，这种方法可能并非对所有财务困难情形都行之有效，因为它取决于下文讨论的某些先决条件。尽管如此，这类谈判可以成为国家工商部门可资选用的一系列破产解决办法中的一个宝贵工具。鼓励采用这种谈判办法，不一定是因为国家的正式破产制度薄弱、效率低或不可靠，而是由于这类办法具有优点，可以是提供公正性和确定性的正式破产制度的一种补充。

<sup>95</sup> 如果程序涉及由债务人主持重组，或程序在批准计划时即告结束，则可能无须指定监督人。

552. 通过自愿重整谈判达成协议，往往由于个别债权人采取强制行动的能力和债权人需要对改变某些类别现有债务的偿还期达成一致而受到阻碍。这些问题在复杂的跨国企业中更加突出，因为在这些企业中尤其难以取得所有相关当事人的同意。为了便于这些谈判取得成功的结果，破产专业人员国际联合会制定了《多债权人庭外解决总体办法原则》。这些原则旨在通过指导各种债权人团体如何根据某些共同商定的规则行事来加快谈判过程，从而增加成功的前景。

553. 自愿重整谈判也可能因少数受影响的债权人拒不同意一项最符合大多数债权人利益的解决办法而受到阻碍，其目的无非是利用其地位以其他当事人的利益为代价为自己争取更好的条件（通常称之为“拒不合作者”）。如果出现这种拒不合作者，只有采取某种手段在这些持反对意见的债权人不同意的情况下修改其合同权利，才能贯彻执行自愿协议。根据现行大多数法律制度，对合同权利作这种修改需要将自愿协议改为破产法所规定的完全由法院监督的重组程序，其中应有所有债权人的参加并列入可适当保护持反对意见债权人利益的待遇标准。时机的选择通常在企业重组中起着至关重要的作用，拖延时间（通常必然存在于完全由法院监督的破产程序中）常常会付出代价，甚至会对有效的解决办法造成致命的影响。因此，重要的是法院能够利用根据破产法启动重组程序之前进行的自愿谈判和所获得的对重整计划的同意，而且破产法应允许法院加快进行这些重组程序，（本节称之为快速重组程序）。

## 2. 自愿重整谈判通常涉及的债权人

554. 自愿重整谈判通常涉及债务人和一类或多类债权人，例如放款人、债券持有人和股东。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致于其不参与就无法有效进行重整的情形。这些类别的债权人往往发现参与这些谈判有好处，因为这样做有可能减少他们在完全由法院监督的破产程序中会遭受的损失。

555. 通常参与自愿重整谈判并因而参与快速程序的债权人类别有限，从而比完全由法院监督的重组更容易达成协议，因为后者通常涉及所有债权。自愿重整谈判通常能够让这些类型的非机构债权人继续在正常经营过程中获得偿付。因此，这些债权人对拟议的重整不太可能持有任何异议。但是，如果自愿重整将改变这些债权人的权利，那么将需要取得他们对拟议的改变表示同意。

## 3. 自愿重组协议的实施程序

556. 破产法可以就承认按破产法启动重组程序之前谈判商定的计划和加快这些程序作出规定。如果破产法作此规定，则需考虑界定这些规定所适用的债务人和受这类程序影响的各方当事人。

### (a) 符合条件的债务人

557. 凡符合条件可根据破产法一般重组规定启动程序的债务人，均可申请快速重组程序。

558. 如果破产法规定当债务人符合关于其财务状况所规定的标准时（例如无清偿能力）即有义务启动破产程序，那么可能需要具体规定启动快速程序即达到这一义务要求。或者，破产法也可规定暂缓履行义务，使债务人能够规避这些标准（从而避免因未能履行申请启动的义务而受到制裁）。

**(b) 受影响的债务**

559. 如上所述，自愿重整谈判通常涉及的债务类型，与有担保或无担保的机构借款债务和公共借款债务有关，而且也与其他类似的金融债务有关。附担保债务经有担保债权人同意后也可纳入这类谈判中。贸易债权人、优先债权人（例如税务和社会保险当局）及员工等其他债权人所持的债权，一般不包括在内，因为难以获得对调整其债权所需的批准，<sup>96</sup>这些债权人继续在正常经营过程中获得偿付。但是，如果遵守了根据破产规定所适用的所有相关保障措施，那么尤其是在重组将变更这些债权人权利的情况下，可以将这些债权人包括在内。在任何特定案例中受影响的具体债务，将是那些根据这类程序确认的计划中所列明的债务。

**(c) 破产法的适用**

560. 破产制度如允许快速程序，除了确定符合条件的债务人以及哪些人可以申请启动这类程序之外，还将需要确定在适用于完全由法院监督的程序的破产法条文中有哪些规定也适用于这些程序，特别是如果拟对其适用方式作任何修改时。因此，举例来说，既适用于完全由法院监督的程序也同样适用于这种快速程序的条文（除非作了具体修改），可包括下列方面的规定：申请程序；启动；申请中止；对拟订全体债权人名单的要求（其目的在于告知法院，并就谁受到计划影响和谁不受计划影响提供通知和确定性）；对批准计划的要求（包括通知受影响的债权人，确定各类债权人、债权人委员会以及批准计划所需的标准和多数）；计划的效力和确认；与执行计划有关的问题和债权的解除。如果根据快速程序确认的计划执行失败，破产法将需要考虑这种失败的后果，特别是这些后果是否应当与正式程序中批准的计划执行失败的后果（第四章，A.13 和 14 论及）相同，以及是否应当就执行过程中已支付的款额作出特别规定。

561. 破产法中可能不适用于快速程序的规定包括下述方面：对全面止付或破产的要求；指定破产代表，除非计划中对此作出特别规定；申报债权；对发出通知的要求和批准计划时限的要求（如果破产法中列入这方面的规定）；以及就计划进行表决。破产法适用上的另一个重要例外将是，一旦出现成功确认重组计划的可能性时，法院可授权未受计划影响的债权人在程序进行期间继续从正常经营过程中获得偿付。

<sup>96</sup> 在可获得必要多数批准的情况下，可对这些贸易债权进行结构调整。

562. 申请启动快速程序可能需要与申请完全由法院监督的程序有所不同，以便考虑到不同的背景因素。例如申请中可包括补充资料，介绍已进行的谈判和启动前向受影响的各类债权人征求意见及其表决情况，以及关于向接受计划的各类债权人中持反对意见债权人所提供的保护。破产法可能还需论及申请是否起到自动启动程序的作用或法院是否须审查申请的问题；如需法院审查，审查的时间似宜尽可能短一些，这特别是因为申请是建立在谈判和协议基础上的，拖延时间不仅不利于债务人的业务，也不利于计划的执行。

#### (d) 程序的加快

563. 为了充分利用谈判达成的协议和避免因延误致使协议无法实施，破产法可能需要考虑在处理这类程序时如何才能比完全由法院监督的重组程序更快些。例如，如果已通过谈判商定了符合破产法正式要求的计划和其他文件，并得到绝大多数的支持，那么法院似可下令立即酌情召开会议或进行庭审，以节省时间和费用。还可以准予免除实行一部分正式程序。例如，如果某一类别债权人（一般是机构债权人）的多数同意经谈判所商定的重整计划，而该多数已充分满足破产法对批准重组计划所规定的表决要求，而且其他债权人的权利也不会因执行计划受到影响，那么法院或许可以下令举行仅由批准计划的该类别的债权人出席的会议或庭审。同样，如果已按照关于征票的适用法律（包括所适用的证券法的披露信息规定）向受影响的各类债权人进行了征票工作，那么法院应可省去启动后的征票程序。

564. 即使破产法对适合从速处理的案件作出规定，对持反对意见债权人和其他当事人所提供的保护，最好不要低于破产法对完全由法院监督的重组程序中持反对意见的债权人所提供的保护。因此，对这种快速重组程序在程序上的要求，将包括与完全由法院监督的重组程序所提供的保障和保护基本相同的保障和保护措施。

565. 为鼓励或顾及自愿重整谈判和这类快速重组程序，可能需要对其他法律进行修改。这方面的例子可能包括那些使董事对非正式重组谈判期间进行的交易承担责任的法律；对这一期间提供的信贷所负的债务不予承认或这些债务受制于撤销规定的法律；以及限制债转股的法律。

### 建议

#### 立法条文的目的

条文涉及的破产程序结合了两个方面，一方面是自愿重整谈判和接受计划，另一方面则是依法实行快速程序，以便法院批准该计划。条文的目的在于：

(a) 确认自愿重整谈判是挽救财务困难企业的一种成本效益良好和行之有效的手段，一般涉及调整对放款人和其他机构债权人以及主要非机构债权人的

债务的结构，这些当事人的参与对于重整至关重要，而这种谈判并不涉及所有类别的债权人；

(b) 鼓励和便利采用非正式谈判；

(c) 依法制定具有下列作用的程序：

(一) 可在每一类受影响的债权人的多数都同意计划的情况下，维护自愿重整谈判的良好结果；

(二) 可尽量减少拖延时间和支出，并确保在自愿重整谈判中谈判商定的计划不会落空；

(三) 可对每一类受影响的债权人和股东中不接受商定计划的少数成员具有约束力；

(四) 实质性要求与法定重组程序相同，包括保障措施也基本相同，但时间期限缩短；

(d) 在采取适当保障措施的情况下，对其他法律中的可能防止或限制使用程序从而延误诉诸法律的各项要求暂缓适用。<sup>97</sup>

## 立法条文的内容

### 快速重组程序的启动

(146) 法律应规定，凡债务人有下列情形的，可根据其申请启动快速程序：

[(a) 可能全面丧失支付其到期债务能力[或可能资不抵债]][根据破产法规定符合启动重组程序条件]；

(b) 已谈判了一项计划，该计划[根据破产法以外的适用法律征票后]已为每一类受影响债权人[的必要多数]所接受并为不属于某一参加表决类别的每一位受影响的债权人所接受；

(c) 符合关于依法启动正式重组程序的司法管辖权要求。

### 申请要求

(147) 法律应规定申请启动快速重组程序时应附上下列补充材料：

(a) 计划和披露说明；

(b) 关于提出启动申请前所进行的自愿重整谈判的说明，包括向受影响的债权人提供的资料[，或该资料的概况]，以使其能就计划作出知情的决定；

---

<sup>97</sup> 例如，要求凡在破产程序外调整债务的，需取得一致同意，董事须对在进行庭外谈判期间债务人继续进行交易承担责任，对这一期间提供的贷款不承认其债务，以及对债转股的限制。

(c) 关于未受影响的债权人在正常经营过程中得到偿付和关于该计划未经税务或社会保险机关或员工等优先债权人同意不变更或不损害其权利或债权的证明；

(d) 关于受影响的各类债权人表决情况的报告，其中应表明这些类别的债权人以法定多数接受了该计划；

(e) 关于其权利因计划而变更的任何个别债权人接受计划的报告；

(f) 财务分析或其他证据，表明该计划符合所有适用于重组的要求；

(g) 在非正式谈判过程中成立的任何债权人委员会的成员名单。

## 启动

(148) 法律应规定启动申请将自动启动程序，或还是须由法院就是否立即启动程序作出裁定。

## 启动的效力

(149) 法律应规定：

(a) 适用于正式重组程序的法律规定也将适用于快速程序，除非按规定不适用；<sup>98</sup>

(b) [除非法院另有裁定，]启动的效力应限于债务人和权利受计划变更或本人受计划影响的个别债权人、各类债权人和股东；

(c) 自愿重整谈判过程中成立的任何债权人委员会应视作依法指定的债权人委员会；

(d) 应尽快举行关于是否确认计划的庭审。

## 启动通知

(150) 法律应规定快速程序的启动通知应分别发给每一位债权人和股东。通知中应列明：

(a) 债务人所报出的每一受影响债权人的债权额；

(b) 受影响的债权人不同意债务人报出的债权额时提出不同债权额需遵守的时限，以及可以提出债权的地点；

<sup>98</sup> 法律中一般将不予适用的规定包括：正式提出债权；关于批准计划的通知和时限；关于向债权人和其他利益方提供计划和披露说明以及关于计划的征票和表决的启动后机制；指定一名破产代表（一般情况下不指定破产代表，除非计划如此要求）；关于计划确认后修订计划的规定。对正式重组程序所适用的法律规定的例外是，在计划执行期间，未受计划影响的债权人在正常经营过程中将继续受偿。

- (c) 对其他债权人提出的债权提出质疑的时间和程序；
- (d) 确认计划的庭审和对确认提出反对意见的时间和地点；
- (e) 计划对股东的影响。

### 计划的确认

(151) 法律应规定，在下列情况下，法院将确认计划：

- (a) 计划符合对正式重组程序的计划的确认所涉及的适用于受影响的债权人 and 股东的实质性要求；
- (b) 在自愿重整谈判期间向受影响的债权人和股东发出的通知和提供的资料足以使其就计划作出知情的决定[，而且启动前为争取计划获得接受而开展的任何活动均符合适用的法律]；
- (c) 不受影响的债权人在正常经营过程中得到偿付，未经税务或社会保险机关或员工等优先债权人同意，计划不变更或损害其权利或债权；
- (d) 随申请一并提交的财务分析表明计划符合所有适用于重组的要求。

### 经确认计划的效力

(152) 法律应规定，经确认计划的效力仅限于债务人和那些受计划影响的债权人和股东。

### 经确认计划的执行失败

(153) 法律应规定，履行根据建议(150)确认的计划条款发生严重违约时，程序可以[终结，债权人可行使其法定权利][改为清算]。

## 五. 破产程序的管理

### A. 债权人债权的处理

#### 1. 导言

566. 债权人的债权在破产程序中的两个阶段起作用——第一，用以确定哪些债权人在程序中可拥有投票权以及如何表决（根据其所属类别，如果债权的价值是相关因素，还根据其债权的价值）；第二，用于分配的目的（见第五章B）。因此，提出债权及其获得承认，这一程序是破产程序的一个关键部分，因而应考虑确定：哪些债权人按规定需要提出债权；提出、核实和承认或不承认债权的适用程序；未提出债权的后果；复审有关承认或不承认债权的决定。破产法还应涉及提出和承认债权后的效力，因为这一点将是关系到债权人参与的关键。例如，提出债权可使债权人有权参加第一次债权人会议，而承认债权或

至少是临时承认债权，对于债权人能否在破产程序中针对各种事项拥有投票权，可能十分重要。

## 2. 债权人债权的提出

### (a) 按规定可能需要提出债权的债权人

567. 决定哪些债权人需要提出债权时的主要问题涉及有担保债权人的待遇，因为无担保债权人（无论债务是或有债务，还是已清算债务）按规定一般都需要提出债权（当然，除非债权程序另外规定了一种用于核实和承认债权的机制，不要求所有债权人均必须提出债权申请——讨论情况见下文）。

568. 有些破产法不把设押资产列入破产财产的范围，从而允许有担保债权人自行强制执行其在设押资产上的担保权益，在此情况下，只要其求偿权可从出售设押资产的价值中得到满足，就可不必要求有担保债权人提出债权。假如设押资产的价值少于有担保债权人的求偿数额，则该债权人可能需要就无担保部分如同普通无担保债权人一样提出债权。因此，无担保债权的价值取决于设押资产的价值和确定该价值的时间以及使用的估值方法，而除非有明确的、适用于估值的规则，否则有可能产生某种不确定性，特别是在参照债权价值计算投票权的情况下，在决定投票权方面有可能产生某种不确定性。<sup>99</sup>

569. 另一种做法是要求有担保债权人就其担保权益的总价值提出债权，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益的人，例如持有流动抵押品、卖据或动产担保的人。要求所有有担保债权人提出债权的某些法域列出了未提出债权者所面临的严重后果（讨论情况见下文）。有些破产法还允许有担保债权人将其担保权益让与破产代表，并且就担保权益的总价值提出债权。

570. 如果要求有担保债权人提出债权，则提交和核实债权的程序一般与无担保债权人相同。要求有担保债权人提出债权的依据是这种做法可以向破产代表提供有关所存在的全部债权、附担保债务的范围和可能受制于担保权益的资产以及未偿付债务的全部数额的信息。不管选择何种做法，破产法都宜列入在提出债权方面如何处理有担保债权人的明确规则。如果破产法规定债权方面的程序可能会影响有担保债权人的担保权益，则程序启动通知尤其宜列入提交和未提交有担保债权的信息。

### (b) 对可提出的债权的限制

571. 破产法限制可以提出的债权种类，例如把未清算的侵权类债权排除在外，这种情况在过去并非异乎寻常。然而，最近的趋向是对于可予以提出的债权，定义范围扩大至包括未清算的侵权类债权和违约债权以及或有债权。如果此类债权不列入破产程序，持有这些债权的债权人则无法参与，并且无法从债务人

<sup>99</sup> 关于设押资产的估价，见第二章 B.8。

那里收回其债务。因此，破产法宜对可予以提出的债权下一个宽泛的定义。然而，应予提出的是，扩大该定义的范围有可能使破产程序更为复杂，尤其是如果必须对这些债权作出估价，以便至少能够暂时提出和承认此类债权。

#### (一) 启动后发生的债务

572. 作为一条一般原则，只可以就程序启动前发生的债务提出债权。程序启动后发生的债务如何处理，将取决于程序的性质和破产法所作的规定——许多法律规定这些债务应作为程序的费用全额偿付（见第五章 B）。

#### (二) 除外债权的类别

573. 出于各种公共政策原因，破产法可以力求将某些类别的债权排除在破产程序之外，这种债权的例子包括外国税收债权、罚款和罚金、与人身伤害有关的债权、与过失有关的债权和赌债。有些破产法规定，可以提出这些债权，但可能须作特殊处理，例如排在其他无担保债权之后。因此，破产法很有必要具体列明拟排除在破产过程之外的那些债权（或须作特殊处理的债权——见第五章 B）。

##### - 外国税收债权

574. 目前许多国家都把外国税收债权排除在外，一般认为，这种排除并不违反国内外债权人同等待遇的目标。但是，尽管有这种普遍看法，也没有任何强有力的理由说明在一国愿意承认这种债权时一定不能予以承认。在外国税收债权被承认的情况下，这种债权可享有与本国税收债权或普通无担保债权的同样待遇。《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13(2)条承认这些不同的做法。其中规定，排除外国税收和社会保险债权，或将之与普通非优先债权列为一类，或当本国同等债权的等级较低时将之列入较低类别，这样做并不影响国内外债权人同等待遇的原则。

##### - 非法活动产生的债权

575. 将赌债作为除外债权，其依据一般是这些债务产生于本身非法的活动。破产法可不必着重具体列出可作为非法债权而排除在外的债权实例，而是可以将那些产生于非法活动从而无从执行的债权归为一大类排除在外。

##### - 罚款和罚金

576. 关于罚款和罚金，破产法可区分两种情况，一种是属于严格的行政管理或惩罚性质的（例如因违反行政法规或刑法而施加的罚款），另一种是属于补偿性质的。可以据理认为，应当将第一类罚款和罚金排除在外，因为这是由于债务人的某些不法行为造成的，无担保债权人不应承担这种不法行为的后果，眼看着由此而减少可用于分配的资产。相比之下，似乎没有迫切理由必须排除

第二类，特别是当其涉及对另一方遭受的损害的补偿时，除非也有正当理由可以把这种排除作为一种手段用以增加无担保债权人可能分到的资产。另一种做法是承认罚款和罚金构成的债权，因为除此之外别无办法收取此种罚金。

### (c) 提出债权的程序

#### (一) 提出债权的时间

577. 为确保及时提出债权和破产程序免于不必要的拖长，可对提出债权的最后期限作出规定。有些破产法规定应在程序启动后的某段时期内或应以程序中所指明的其他某个事件为标志提出债权。另有一些破产法规定应由法院或破产代表确定最后期限，并且要求该最后期限应在破产法规定的时间范围内，例如，在程序启动等指明的事件后 10 天至三个月内不等。有些破产法并不为何时提出债权规定任何最后期限，而是由破产代表确定提出债权的时间，或规定在所指明的程序过程中某一点之前，例如在破产代表提出最后报告和核算之前，任何时间均可提出债权。有些破产法视通知启动的方法而规定不同的时限。如果债权人已知债权人，接到了关于启动程序的个人通知，其时限可能短于对依赖公开发布启动公告的债权人的时限。核实和承认债权的程序是确定对提出债权的任何最后期限的一个关键性因素。如果这一程序必须先于法院审理或为此目的而召开的债权人会议，则在提出债权的时间上的灵活性就会降低；对于那些未在该会议或庭审之前的规定日期内提出的债权，将需要举行特别庭审或特别会议。如果核实和承认由破产代表进行，灵活性就可能提高，因为将不会同样需要满足关于召开债权人会议或法院庭审的程序上要求。

578. 尽管最后期限固然可有助于确保提出债权的过程不致于给破产程序造成不必要的拖延，但却有可能不利于外国债权人，在许多情况下，外国债权人可能无法与本国债权人遵守同样的最后限期。为确保国内外债权人的同等待遇，并考虑到废除债权人国籍歧视的国际趋势，似可采用一种做法，允许在分配或某个指明的事件之前任何时候提出债权，或者规定一个时限，但如果债权人有充分理由不能遵守该最后期限或该最后期限成为某一债权人的严重障碍，则可延长或取消这一时限。

579. 在确定了最后期限（无论是由破产法、法院还是由破产代表确定）的情况下，如果提出债权的时间迟误，造成需负担的费用，则应由该债权人承担此种费用。如果在程序进行到后期阶段提出债权，则拟解决的一个相关问题是能否在提出所有债权之前进行临时分配、如果可以的话，在分配以后才提出债权的债权人是否仍然能够参与该分配。有些破产法规定，这类债权人只能参与在提出后发生的分配，而另外一些破产法则要求破产代表为在分配时未提出其债权的债权人预作准备。

#### (二) 提出和证明债权的举证责任

580. 许多破产法规定由债权人对提出和证明其债权负举证责任。通常要求债权人出具证据，证明其求偿金额、债务的依据以及与之有关的优先权或担保。许

多法律规定，破产代表有权要求债权人提供补充资料或文件来证明其债权；有些法律还允许拒不承认未得到适当证明的债权。有些法域规定，为有助于对债权的承认，可要求债权以声明的形式提出，例如以宣誓书的形式提出，如有作假，将施加处罚，在某些法域中，由于与此类声明有关的手续十分繁琐，因此已放弃了这种做法。

581. 一些破产法规定，在破产代表可以从债务人账本和记录中查出哪些债权人应当得到偿付并查明债务数额的情况下，债权人无需提出债权和证明该债权的证据，债权即可获得承认。虽然在许多破产案件中，债务人的账本和记录并不可靠，但是这种承认债权的方法好处是减少了与核实和承认债权有关的手续，似宜于债权未受质疑的情形（讨论详情见下文）。为便利这种做法，可规定，作为程序中的第一步，编写出一份债权人及其债权的清单，由债务人编写这一清单，其有利条件是债务人了解其债权人及其拥有的债权，而且可对破产代表早日表明企业的状况。另一种做法是要求破产代表协助债务人编写这一清单，或由破产代表编写这份清单。后一种做法可有助于减少核实债权过程的相关手续，但有可能增大费用和造成拖延，因为要取决于破产代表能否从债务人那里获得准确和相关的信息。清单编写出之后，即可按照清单评估可以无需正式证据而承认哪些债权人的债权以及应邀请哪些债权人向破产代表提出债权，以便加以核实或者确保所有相关的债权人均已提出其债权。该清单还可在一段时间之后作出修改和更新，使之不仅准确地表明债务人的负债水平，而且还可表明核实和承认债权的情况。

582. 破产法似宜解决虚假债权问题并对所提出的债权被证明属于虚假债权的债权人及其他人施加适当的处罚。

### (三) 提出外国债权的手续

583. 对于外国债权人特别重要的一个问题是，提出债权的申请是否一定要使用启动破产程序所在法域的语文，以及提出债权是否必须遵循一定的手续，例如经过公证。为便于外国债权人加入程序，宜考虑这些要求是否至为必要，是否可以如同在关于《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条的讨论中谈到的其他程序性手续一样加以放宽（见第七章）。

### (四) 外币债权的折算

584. 如果债务人在不同的国家开展业务活动，债权人可能拥有不是以破产程序所在国的货币标明价值的债务。为进行核实和分配，这些债权通常都折算成本国货币，但在有些情形下可能不需要折算。折算日也许已在债务人和债权人双方的合同中商定，或者由破产代表参照程序启动之日或程序中其他某个阶段等固定时间来确定。如果折算日和分配日（可能很迟才进行分配）之间有时差，货币在这一时期内可能贬值或升值，那么，债权数额也会变动。如果货币相对稳定，波动可能就不会很大。然而，在货币严重不稳的时候，这种波动可能会造成某个债权人相对于其他债权人的严重不利或有利地位。对于这种情形，破产法可规定，为投票目的而在启动程序时作出临时折算，但如果在进行分配之

前的这段时间汇率波动超过某个特定的百分比（在破产法中加以规定），那么，将在分配时作出折算，或者可以对早先的计算作出适当调整。

#### (五) 获准接受债权的一方

585. 破产法对向谁提出债权的问题一般采用两种做法其中的一种。一些破产法规定须向法院提出债权，另一些破产法则规定应向破产代表提出债权。此种差异的依据一般涉及核实过程以及法院和破产代表各自发挥的作用。如果由破产代表负责债权的核实和承认，债权人通常有权诉诸法院，对有关已得到承认的债权所被赋予的价值或优先权或者对不予承认债权的问题提出质疑（见下文）。

#### (d) 未提出债权

##### (一) 未在规定时期内提出债权

586. 对于未能在任何规定时限内提出的债权，破产法采取了不同的做法。一些破产法采取灵活办法，例如，规定尽管定出了最后期限，但在破产代表提出清算程序最后报告和核算之前仍可在任何时间提出债权，然而债权人须承担由于延迟提出债权而造成的额外费用。延迟提出债权可能会造成的一个后果是，该债权人不能参加在提交（或承认）其债权之前发生的暂时分配，但是，正如上文所示，也有一些破产法允许债权人一旦其债权得到承认时即可得到先前暂时分配的偿金。另一种后果是在提出债权是得以与会的先决条件时丧失在债权人会议上的投票权。

587. 在提出债权上的另一种做法是严格执行提出债权的最后限期，一些破产法规定未提出债权结果会造成债务消灭，或担保权利被废止或丧失，但前提条件是债权人按规定收到启动通知并且有必要提出债权。另一些法律规定未能在最后期限前提出债权的债权人需向法院提出关于承认债权的申请。如果法院承认债权，该债权人将局限于只能分摊到未来的分配偿金。

588. 尽管应该尽可能向债权人提供在破产程序中提出其债权的广泛机会，从而使其能够及时收到有关程序启动及有必要提出债权的通知，但如果某些债权人虽了解提出债权的必要性和可适用的最后期限但仍然未及时提出债权，那么不得因这些债权人而造成破产程序的延迟，因为这样做可能会增加破产程序的费用，对其他债权人不利。因此，应明确说明未提出债权所造成的后果，在将提出债权的最后期限通知债权人时应该让其了解此类后果。

##### (二) 未能在破产程序结束之前提出债权

589. 债权人未能在最后报告和核算之前提出债权的，视破产法中其他条款规定，可能得出不同的结果。规定在破产程序一俟结束债务人债务即告免除的某些破产法还规定，未在破产程序中提出的债权作为丧失债权论处。

### 3. 对债权的核实和承认

#### (a) 已提出的债权清单

590. 许多破产法根据对提出债权的不同要求，规定在提交债权的最后限期之后由法院或由破产代表编写出已提交的债权清单，若无此种限期或限期发生在程序稍后阶段，则不断地更新这一清单。如按上文所述，破产法规定要编写一份债权人清单（另见第三章 A），则以该债权清单来更新先前的债权人清单，并且用来作为核实和承认债权的基础，也可用以签发收到、承认或不承认债权的通知，这取决于适用的承认程序。许多破产法规定，所有已认定和可以认定的债权人都应当得到有关已提出的债权的通知，而不论这种通知是向个人发出还是通过在适当商业出版物上刊载公告或将清单呈送法院等方式发出的。这使各债权人、债务人和利益方能够知道已经提出了什么样的债权，而且可以对所列举的债权提出异议（如果破产法允许这样做）。

#### (b) 核实和承认的程序

591. 核实不仅涉及对债权基本合法性和债权数额的评估，也涉及为了表决和分配而确定某一债权的所属类别（例如，是附担保债权，还是无担保债权；是否是优先债权等）。

##### (一) 核实和承认的最后期限

592. 有些破产法规定了核实和承认债权的期限，要求在过了提出债权的最后限期之后的一个较短时期内，例如 30 天内，向各债权人提出一个决定。另一些破产法并无此种期限规定。决定破产法在此类情形下是否应规定时限的一个关键性因素是核实和承认债权的程序要求举行法院庭审或债权人会议或由破产代表负责这一程序。对于前者，通常在举行庭审或债权人会议时承认债权，但需解决质疑债权而产生的纠纷。出于保证透明度和确定性的原因，并且为了确保程序能够迅捷有效地进行下去，宜就可否承认债权及时作出决定，尤其是如果承认债权将决定对程序的参与和投票权的话。然而，对确定时限的必要性加以任何考虑的普遍做法是必须权衡确定时限的有利之处与这种做法可能造成缺乏灵活性的不利之处以及确保时限得到完全遵守的必要性。

##### (二) 承认的程序

593. 破产法对承认债权的程序采取了各种做法、所涉及的复杂性以及法院、破产代表和债权人的参与程度有所不同，在某些情形下，需要上述所有各方在各个时期作出贡献。该程序十分复杂，如果再加上有上诉权以及在处理需要作出估价的几类债权上存在的困难，程序的进行就可能会严重受阻，并会造成将影响到程序中其他步骤的延迟。出于这些原因，十分可取的做法是尽量简化手续，尽可能提高决策的效率。

### - 由破产代表承认债权

594. 如上文所示，破产法通常要求向破产代表或法院提出债权。许多破产法规定，如果债权必须向破产代表提出，则应由破产代表核实债权并决定是否应承认债权，包括整体或部分的承认或不承认。债权人将被告知破产代表所作的决定，假若债权不获承认，或只是部分承认，则一般要求破产代表对该项决定提出理由（往往要求书面提出）。提供书面理由的要求可以提高程序的透明度，还可能增大债权人的可预测性。正如已经指出的，有些破产法要求破产代表有关承认债权的决定须在向法院提出的债权清单中定期加以更新，或以其他方式公布周知，以便利于其他债权人和债务人给予考虑。如果在发布通知之后破产代表并未收到对提议承认的债权的任何反对意见，按照一些破产法的规定，这些债权即被视为获得承认。

595. 另有一些破产法规定，破产代表须召开一次债权人会议，根据其编写并提供给债权人的清单，审议所提出的债权。该清单也许要列入是否承认某项债权、其价值和优先权方面的建议。假若在会上没有对承认债权提出反对意见，采取这一做法的破产法通常规定，破产代表的建议根据破产法即可视为被通过，或债权被视为获得承认。

### - 由法院承认债权

596. 如果须向法院提出债权，则法院通常须召开会议或庭审，对债权进行审理，并就承认债权作出裁定。有一些法律要求在已确定的会议日期之前几天提出债权并由法院或破产代表编写一份关于所承认之债权的暂定清单，在庭审或会议召开之前提供给所有债权人。如果与会者对承认所列举的债权未提出异议，按照破产法的规定，这些债权通常则被视为获得承认。

### - 关于债权人本人到场的要求

597. 对债权人，尤其是对外国债权人，也许感到关切的一个问题是，有些破产法要求本人出席为审议债权而召集的债权人会议，以便其债权得到承认。这种要求有可能使类似情况的债权人得到平等待遇这一目标无法实现，并造成延迟。因此，可取的做法是，破产法不要求债权人为了使其债权得到承认而必须在所有情况下都亲自到场，而是要求其债权可以凭其文件证据得到承认。

## (三) 自动承认债权

598. 为尽量减少核实和承认债权的手续，除上面所述的那些做法之外，另一种做法可以是规定，在程序启动时尚未清偿的债权不需要核实，这些债权可获自动承认，除非受到质疑。如果采取这种做法，则需要有某种机制来确定债权的存在，债权的价值和优先权。出于保证完备可靠等原因，也许不能在所有情形下仅仅凭据债务人的账本和记录和在程序中编写的债权人清单来查明全部未偿债权，但首先宜凭据的却是此类账本和记录。如果未对这些债权提出质疑，即

可承认这些债权，而债权人不必正式提出并证实其债权。对债权的以这种方式自动承认债权可避免许多相关的麻烦，不必在程序开始时就对情况作出精确的评估，从而使债权人得以参加在程序的早期阶段举行的会议并进行表决。

#### 四 对债权的临时承认

599. 债权人的债权可分为两类：已清算的债权和未清算的债权，后者属于在提出债权时尚未确定债务人所欠数额或目前无法确定数额的债权（例如，债权属于在启动时尚未最后确定的法院行动所针对的对象并且可能予以中止）。此种债权可以是合同性质的，也可以是非合同性质的，在附担保债权或无担保债权中都有可能出现。债权还可能是附有条件的、或有的和程序启动时未到期的（后者一般须按到期前的未到期时段作出扣减）。

600. 如果在应当提出债权时尚不能确定或尚未确定债权的数额，对于这种情况，许多破产法规定对债权给予临时承认，但必须暂定其假定价值。确定此类债权的价值会引起一些问题。例如，确定价值的时间及对债权是否必须加以清算（若清算，就必须由法院审理）或加以估算（可以由破产代表、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（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。在涉及大量侵权债权等情况下，未清算债权的估价问题会对破产程序产生严重的影响。关于估价的时间，许多破产法要求参照程序启动的时间，但如果程序改换形式，则需要有特别的规则。

601. 允许临时承认债权的一个重要原因是便于持有这些债权的债权人参与程序，尤其是能够参加对关键问题的表决，例如，重组计划的批准或要求债权人作出决定的其他关键性问题。

602. 如果破产法作出了临时承认债权的规定，也许需要考虑此种债权首先是否要经过与其他债权同样的程序。例如，如果对债权的承认涉及在法院举行的庭审或召开一次债权人会议，那么，对于也许会给予临时承认的债权，似可采取该程序，或者也可以先由破产代表给予承认，但不影响某一持不同意见的当事人质疑该债权的权利，并规定在后期阶段还得经过某种核准手续。需要考虑的其他问题包括享有获得临时承认的债权的债权人在对重组计划进行表决时，作为少数债权人是否受其表示不同意的计划的约束（见第四章）；享有获得临时承认的债权的债权人是否有权参与在债权获得完全承认以前进行的分配；如果事后拒不承认或只是部分承认已获得临时承认的债权，不承认债权对债权人参与作出的决定的影响。对某一债权的承认一般可使该债权人和其他债权人一样参加破产程序，只是在其债权价值被最后确定和债权被承认之前，他们也许无权参加分配。但是，如果该债权最后仍未获得全额承认，那么该债权人在破产程序中先前的任何表决权都可能要打折扣。

**(c) 有争议的债权**

603. 有的破产法允许对在破产程序中提出的某一债权，不管是对它的价值、优先权或依据提出异议，破产法宜规定哪些当事方有权提出此种质疑。有些破产法只允许由破产代表提出质疑，而另一些破产法还允许其他利益方，包括其他债权人和债务人在内，对某一债权提出异议。视提出和承认债权的程序的不同，此种异议可向破产代表提出，也可向法院提出，或在法院庭审或为审查债权而举行的债权人会议上提出。若举行此种会议或庭审，由法院或由破产代表编写出一份承认债权的临时清单，在庭审或会议举行前将该清单提交给所有债权人，这将有助于对债权的审议。如果在破产程序期间发生对债权的争议，不管是某一债权人、破产代表或债务人提出争议，一种快速解决争议的机制十分重要，它可确保破产程序高效和有条不紊地进行。如果有争议的债权不能迅速和高效率地加以解决，那么，可以对某一债权提出争议资格有可能被用来干扰破产程序并制造不必要的拖延。多数破产法规定由法院解决争议，以确保作出最后裁定。

604. 如果在程序中提出的债权是破产程序之外发生的审议的对象，则此类债权通常属于根据债权的性质并且在该争议解决以前可以在破产程序中临时获得承认的某一类别的债权（但须适用中止措施——见第二章 B.3(a)和 8）。

**(d) 承认债权后的效力**

605. 某一债权人的债权被承认后，该债权人即有权出席债权人会议，而所承认的债权数额即是该债权人有权在此种会议上获得的相应表决权，不管是就选举破产代表还是通过重组计划，或者是就破产法规定的其他某个事项进行表决。债权的承认还将确定债权的数额和债权的优先权，这些是破产代表在作出对债权人的分配时必须加以考虑的因素。

**(e) 相互债权的抵销**

606. 如同第二章 G 所述，一些破产法作出规定，若债务人与债权人之间有相互的欠款，则只要满足了某些条件，这些相互欠款可以在破产程序中抵销。例如，应满足的条件可包括：要求此种债权须是在启动破产程序时已经存在、已经到期和应予支付的；债权人得到该债权的方式并无欺诈，或并不知道债务人一方的财务状况；债权人并非在嫌疑期内获得该债权；债权人已向破产代表宣布其意图谋求相互抵销；以及债权是相关的债权。个别破产法规定了在破产中的强制性抵销，而其他一些破产法则不允许相互抵销，理由是违反公平原则。如果允许抵销，则破产代表或法院在核实和承认债权时通常应顾及这类情况。

**(f) 需予特别处理的债权**

**(一) 行政债权**

607. 破产程序常常需要有一些专业人员的协助，如破产代表以及债务人顾问或破产代表的顾问。债权人委员会可能需要有支出，经营债务人的企业也要有支出，其中包括员工的债权、租赁费用和类似的债权等。许多或所有启动后的债务程序的进行还会有其他方面的支出。

608. 尽管向参与进行破产程序的各方提供适当报酬十分重要，但行政费用有可能严重影响破产财产的价值。虽然这种影响在某种程度上取决于破产法的设计及其辅佐基础结构，但也似应考虑如何尽量减少这种影响。例如，破产法可以在这些支出的范围方面定出严格而又有灵活性的标准。这些标准可包括是否允许支出取决于该支出是否用以增加破产财产的价值，从而使所有的参与人都普遍获益，或取决于开支费用必须不仅是合理和必要的，而且还符合进行破产程序的关键目标。支出的合理性可参照破产程序所能动用的资金数额，并考虑到支出对破产程序可能产生的影响来评估。

609. 可采取不同的方法进行这种评估。一种方法可以是要求在发生费用以前必须得到法院的批准，或者要求在企业正常经营范围以外的所有费用均须得到法院的批准。另一种做法可以是要求由债权人进行此种评估，以提高破产程序的透明度，但如果对债权人的评估出现争议，仍须提交法院决定。

**(二) 相关人的债权**

610. 可能需要特别考虑的一类债权人是与债务人有关系的那些人，这些人或在家庭关系上或在商业关系上与债务人相关（前面已述及，见第二章 F.3(e)）。对这些人的债权需予特别处理的常见理由是，他们比其他债权人更有可能得到优惠，而且很早就已了解到债务人的财务困难。虽然他们并不确切属于排除在外的债权类别，但似宜考虑是应将他们同其他债权人一样给予承认和给予平等待遇，还是给予承认的同时作出特别处理。然而，仅仅根据其与债务人的特殊关系也许并不足以在所有情况下构成对某一债权人的债权加以特别处理的理由。在有些情况下，这些债权是完全透明的，应当参照并非相关人的债权人所提出的类似债权，给予同样处理，而在另外一些情况下，此种债权可能引起嫌疑，值得特别加以注意。破产法也许应列入某种机制，以便确定哪些类别的行为或情况下应对其债权加以特别注意，譬如债务人资本严重不足（例如，在公司资本不足并在无充足资金偿付债权人的情况下继续运营时，债务人的主管人员以贷款形式向公司提供资金），或者有假公济私的迹象（即，有关人员利用职务之便获取好处，例如，在清算之前六个月主管人员同意接受公司无法支付的整套补偿，并在清算时提出该债权）。在这类情形下，可对可予以承认的债权数额作出限制，也可把该债权放在次要地位（见第五章 B），或对相关债权人在某些问题上的表决权加以限制（例如在债权人根据破产法的许可选举破产代表的问题上）。

### (三) 利息债权

611. 对于债权的应计利息和偿付，各国采取了不同做法。一些破产法规定，一旦启动了清算程序，即对所有无担保债务上的债权停止计算利息，但在重组中此种偿付将取决于重组计划中达成的协议。另有一些破产法规定，仍可计算利息，但是利息的支付可能排在从属地位，例如在所有无担保债权人得到偿付后才予以偿付。

### 4. 未获承认的债权

612. 许多破产法规定，如果债权未得到承认，有关的债权人有权争取在规定的时期内，例如，在 10 至 45 天内不等，对不承认债权的决定进行复审，而不论该决定是由法院还是由破产代表作出的（见第二章 D）。

### 建议

#### 立法条文的目的

关于债权人债权的条文目的是：

- (a) 界定可提出或必须提出的债权以及对这些债权的处理；
- (b) 使针对债务人拥有债权的人员能够针对破产财产提出债权；
- (c) 确定核实和承认债权的机制；
- (d) 对有争议的债权作出复审规定。
- (e) 确保类同排序的债权人享有同等待遇。

#### 立法条文的内容

##### 要求提出债权

(154) 法律应当要求债权人提出其债权，<sup>100</sup>其中包括债权的依据和数额。法律还应当尽量减少与提出债权有关的手续。

##### 可提出的债权

(155) 法律应当规定，可提出的债权包括由债务人在破产程序启动前的作为或不作为而产生的所有受偿权，<sup>101</sup>无论是已到期的还是未到期的，是已清算的还是

<sup>100</sup> 破产法应涉及可能需要特别处理的债权，例如外国债权人的债权，有条件的或无条件的金钱债权，利息债权以及有关未到期债务的债权。

<sup>101</sup> 这将包括由债务人的作为或不作为而引起的第三方或担保人受偿权。

未清算的，是固定的还是或有的。<sup>102</sup>法律应当确定不会受破产程序影响的债权。<sup>103</sup>

### 有担保的债权

(156) 法律应当规定是否要求有担保债权人提出债权。<sup>104</sup>

### 排序类同的债权人同等待遇

(157) 法律应当规定，所有排序类同的债权人，无论是本国债权人还是外国债权人，在其债权的提出和处理方面均享有同等的待遇。

### 提出债权的时间

(158) 法律应当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。

### 未能提出债权的后果

(159) 法律应当规定未能在规定时限内提出债权的后果。

### 外币债权

(160) 如果债权以外币表示，法律应当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，法律应当规定，按某一具体日期计算，例如破产程序启动之日，将债权转换成本国货币，[但须受可能在币值极其不稳定情况下适用的特殊措施的约束]。

### 债权的证据

(161) 法律可以允许按债务人与破产代表<sup>105</sup>合作编制的债权人和债权一览表而承认无争议的债权，或者，法院或破产代表可要求债权人对其债权提供证据。法律不应当要求债权人在任何情况下都必须亲自为其债权提供证明。

---

<sup>102</sup> 见第二章，E，关于否决合同后而引起的债权问题的有关建议。

<sup>103</sup> 例如，有些破产法规定，诸如[政府]罚款、罚金和税收等债权不受破产程序的影响。凡属不受破产程序影响的债权，将继续存在，不属任何免除之列。

<sup>104</sup> 见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14(3)条和《颁布指南》第 111 段，其中指出，根据有些法律，有担保债权人提出债权的视为已放弃担保或信贷所附的某些特权，而根据其他法律，如未能提出债权，则有这一结果。

<sup>105</sup> 见关于债务人和破产代表的职责和职能的建议。

## 承认或否决债权

(162) 法律应当允许破产代表完全或部分地承认或否决任何债权。<sup>106</sup>如果对债权加以否决，无论是完全否决还是部分否决，都应当将该决定的理由通知债权人。

(163) 债权人其债权已被完全或部分否决的，法律应当允许[在发出关于否决该债权的决定的通知之后一段规定时限内]该债权人可请求法院复审其债权。

## 对债权提出争议

(164) 法律应当允许在所提出的任何债权获得承认之前或之后有关当事方对该债权提出争议，并允许其请求法院复审该债权。

## 临时承认

(165) 法律应当规定，破产代表可以在法院解决纠纷之前临时承认破产程序中有争议的债权。

[(166) 法律应当允许在破产代表确定债权数额之前临时承认未清偿的债权。]

[(167) 法律应当规定，破产代表可通过对设押资产进行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。]

## 承认的效力

(168) 法律应当规定对债权予以承认包括临时承认的效力。这种效力可以包括：

- (a) 使债权人有权参与程序和陈述观点；
- (b) 允许债权人在债权人会议上表决，包括对批准某项计划进行表决；
- (c) 确定债权人债权应享有的优先权；
- (d) 确定债权人有权表决的限额；
- (e) 除临时承认的债权以外，允许债权人参与分配。<sup>107</sup>

## 相关方提出的债权

(169) 法律应当规定，相关方提出的债权应经过仔细审查，如果有正当理由，则可：<sup>108</sup>

<sup>106</sup> 在有些法域，可能需要法院批准破产代表的决定。

<sup>107</sup> 但是在分配时，破产代表可能应考虑到已被临时承认的或者已提出但尚未被承认的债权：见第五章，B。

- (a) 限制该相关方的表决权；
- (b) 限制该相关当事方债权的金额；或
- (c) 将该债权排序退后。<sup>109</sup>

## B. 优先顺序和[清算收益的]分配

### 1. 优先顺序

#### (a) 导言

613. 破产程序涉及许多不同而且相互冲突的利益。债权人之所以为债权人主要是由于在债务人破产前与债务人缔结了法律上和合同上的关系。然而，有一些债权人，例如税务当局（其经常卷入破产程序）和侵权索赔者（其参与一般不很常见），与债务人没有订立这类安排。因此，债权人的权利受若干不同的法律管辖。

614. 虽然许多债权人在根据类似的法律权利或合同约定的权利而拥有的种种债权方面所处的地位相类似，但有些债权人可能享有优先求偿权，或持有优先权。出于这些原因，破产法一般根据债权人的债权，为了分配清算中破产财产收益而划分债权人的排序，这种做法与公平待遇的目标并不相悖。只要各个债权人都与债务人达成了不同的商业交易，就有必要划分债权人的排序，因为破产制度应当确认和尊重那些不同的交易协议，维护合理的商业期望，努力提高商业关系的可预测性，并促进对处境类似的债权人的同等待遇。确立一个明确和可预测的排序分配办法可有助于确保债权人在其与债务人订立商业安排时明确其拥有的权利，如果是有担保的信贷，可促使这种信贷的提供。

615. 然而，鉴于破产法宜平衡兼顾这些竞合的目标和其他公共政策上的考虑，因此究竟在多大程度上能够实现这些目标是有一定限度的。如果这些更广泛的公共利益同私人利益有冲突，就可能会造成正常的商业刺激发生改变。除依赖根据债务人及其债权人之间的商业关系和法律关系而确定的那些排序外，分配政策通常还反映出所作的选择承认重大的公共利益（例如保护就业）、需要保证破产程序有序和有效地进行（对破产专业人员的报酬和破产管理费给予优先），并促进企业的继续经营及其重组（对启动后融资给予优先）。如果赋予公共利益以优先权，而且不实行债权排序基础上的同等待遇，则在破产法中宜明确说明确定这种优先权的政策原因。在不实行同等待遇的情况下，采取这种做法至少可在债权（见第五章，A）、分配（见第五章，C）和根据重组计划确定债权人类别（见第四章，A）上有某种透明度和可预测性。

<sup>108</sup> 如上文所述（见 3(f)(二)），充足的正当理由可能涉及债务人资本不足的情形或假公济私自行交易的情形。

<sup>109</sup> 关于排序退后问题，见第五章，B。

616. 对于债权人的排序划分，各国破产法采用了多种多样的做法，其中既涉及不同排序间的孰先孰后，也涉及某一特定排序中各债权人的待遇，例如定为无担保债权人这一大类别中的债权人的待遇，在此情形中可采用进一步细分的排序做法。

## **(b) 债权的排序退后**

617. 如果个人或组织对不止一个债权人欠债，这些债务的偿付顺序将按适用的法律中确立的或通过各当事方之间的协议确立的优先顺序方案确定。不过，即使已有一项优先顺序方案，对享有较高优先的债权人的偿付也可能因排序退后而排在享有较低优先的债权人之后。

618. 排序退后系指重新安排债权人的优先顺序，而与债权的效力或合法性无关。一项排序退后的债权可能是有效力和可执行的，但是由于某一项协议或法院裁决，其在分配中的受偿将排列在其原有顺序之后。

### **(一) 合约规定的排序退后**

619. 如果一个债务人的两个或多个债权人订立一项协议（称为“排序退后”或“分配协议”），其中规定某一债权人同意其对该债务人的债权在受偿顺序上排在另一个债权人得到偿付之后，那么这就是合约规定的排序退后。这些协议可在有担保债权人之间或无担保债权人之间订立。在有担保债权人之间订立的协议通常规定，某一债权人对原本是优先的担保权人享有优先权。在无担保债权人之间订立的协议一般规定，在排序退后的债权人收到任何分配之前某一债权人的债权将得到全额偿付。

620. 排序退后协议会在不同的情况下订立。例如，公司债券持有人一般同意将其债权的排序退到债务人周转资金贷款人之后。此外，当一个企业处于财务困境时，某些债权人可能会同意将其债权排序退后，以便帮助该企业作出重组努力。有些债权人可能同意将其债权的排序退到给企业注入新资金的贷款人之后，希望新资金有助于企业复苏，从而改善排序退后的债权人得到全额偿付的前景。

621. 那些确定合同效力和可执行性的法律也适用于排序退后协议，并且也适用于诸如欠考虑、欺诈和不公正等一般合同抗辩。

### **(二) 法院规定的排序退后（称为公平的排序退后）**

622. 法院有权改变债权偿付上的优先权，以防止例如某一求偿人实施了欺诈或其他一些非法活动或以不适当的行为获取对其他债权人的优势从而从此种行为中获利，在这种情况下，即发生此类排序退后情形。这一原则的最初目的是防止相关人员利用法律机制获取优先权优势。

623. 要适用此类排序退后，所要加以考虑的行为必须是实际导致对其他债权人某种伤害的，例如改变正常分配方案和给予某一债权人不公平的优先地位。然

后法院可利用排序退后恢复优先顺序方案，以便实现公平分配。如果有这种行为发生但其并不导致不公平优势，则一般不可采用排序退后做法。

### (c) 债权的排序

#### (一) 有担保债权人

624. 许多破产法承认有担保债权人有权取得清偿其债权的第一优先权，不管是用特定作保资产的售后收益清偿，还是用一般资金清偿。对有担保债权人的分配办法，取决于在破产程序中为保护有担保债权人而采用的方法。如果是通过维持设押资产的价值来保护担保权益，则有担保债权人对于该资产售后的收益，将以其有担保债权的价值为限，一般拥有优先受偿权。或者，如果通过启动程序时确定债权有担保部分的价值来保护这类担保权益，则在破产财产的总收益中，债权人一般将针对该价值拥有优先受偿权。如果有担保债权人的债权额超过设押资产的价值，或超过启动程序时确定的有担保债权的数额（在采用该做法的情况下），则在分配时，该债权的无担保部分一般将作为普通的无担保债权处理。

625. 有些破产法对有担保债权人并不给予第一优先权。对有担保债权人的偿付可能排在下述债权之后：破产管理费用和被赋予优先权保护的其他债权，例如未付工资债权、税收债权、环境损害赔偿债权和人身损害赔偿债权。另一种做法反映在另一些法律中，那些法律规定，有担保债权人从其债权的作保资产中可（优先）收回的款额，以该债权数额的某个比例为限度。在采用这一做法的一些法律中，对以一个企业基本上所有资产设置的担保权益（有时称为企业抵押或流动抵押品）与其他类型担保权益作了区分。债权中划出的这一部分，通常用来偿付其他债权人的债权，不管是优先排序较低的债权人还是普通无担保债权人，或者用来支付破产代表的报酬和开支，以及在破产财产的资产值不足以支付破产财产的维持费和管理费时用来支付这些费用。此种办法依据的理由之一是，在清算程序中，有担保债权人应以某种公平的方式分担其他债权人的某些损失，而在重组程序中，则应分担某些费用。除非保留债务人资产的一部分用于偿付那些其他债权，否则这些资产不太可能在分配中分摊。对有担保债权人享有第一优先权的规则采用这类例外情形，有可能给收回有担保的信贷造成不确定性，从而妨碍提供有担保信贷和提高其相关的费用。最好对这种例外情形在破产法中的使用加以限制。

626. 在有担保债权直接从有关资产的变现收益净值中获得清偿的情况下，有担保债权人不同于无担保债权人，一般不会分担破产程序的总费用（不管是直接地还是间接地），除非有例如上述那样的规定。然而，有担保债权人在那种情况下仍然会被要求分担与其利益直接相关的其他费用，例如与维持设押资产有关的管理费用。如果破产代表为维持作保资产的价值耗费了资源，则从资产售后的收益本应优先偿付有担保债权人的款额中收回作为管理费用的那些开支，也许是合情合理的。第一优先权规则的另一种例外可能也涉及对启动后融资给予的优先权，在这种情况下，所给予的任何优先权对有担保债权人利益的影

响，在获得融资时即应明确，特别是如果融资可能是经由有担保债权人同意的（见第六章，B）。

## (二) 破产管理费用和开支

627. 破产程序管理费往往优先于无担保债权，一般给予该优先是为了确保代表破产财产行事的当事人得到妥善的偿付。这些开支一般包括破产代表的报酬和由破产代表或在某些情况下由债务人雇用的专业人员的报酬；适当行使破产代表的（有时是债务人的）职能和权力所引起的债务（见第四章，A 和 B）；继续履行合同义务（例如劳工协议和租赁协议）所引起的费用；程序费用（例如法院收费）以及按照某些破产法，由债权人委员会雇请的任何专业人员的报酬。

## (三) 优先债权或特优债权

628. 破产法常常把优先权赋予某些（主要是无担保的）债权，因而使之在获得偿付方面优先于其他无担保债权和非特优（或特优程度较低的）债权。这些优先权常常依据一些社会考虑，有时还有政治上的考虑，因而不利于贯彻按比例平等分配原则，而且通常由于减少了可分配给普通无担保债权人的资产的价值而给他们带来不利后果。设立优先权有可能引发毫无结果的争论，评议究竟对哪些债权人应给予优先权以及给予的理由何在。在破产法中规定这些权利也会影响信贷的费用和提供，使之随着可用以分配给其他债权人的资金数额的减少而增大。

629. 某些优先权基于社会关切的问题，这些问题也许更适合通过其他法律例如社会福利法规来解决，而不是设计一部破产法来实现与债务和破产问题只有间接关系的社会目标。在破产法中提供优先权最多只能给社会问题提出一种不完整、不充分的补救办法，而另一方面却影响到破产过程的效率。如果一定要将优先权列入破产法，或如果其他法律中业已存在的优先权会在破产程序中得到承认或具有效力，则宜在破产法中明确规定或提及这些优先权（必要时划定其与其他债权的排序关系）。这样就能确保破产制度对债权人的影响至少是透明的和可预测的，并使贷款人能够更准确地评估与发放贷款有关的风险。

630. 在最近的一些破产法中，这几类优先权的数目大为减少，这反映了公众对此种待遇的接受态度起了变化。例如，少数国家最近取消了历来给予税收债权的优先权。然而，在另一些国家，出现了使更多的债务类别享有优先权的倾向。对多种债权保持若干种不同的优先地位，有可能使破产的基本目标复杂化，而且难以保证程序的切实有效性。这样做可能造成不公正，而且在重组过程中会使计划的拟订复杂化。此外，不应忘记，为确立这些优先权而调整分配顺序不会增加债权人可获得的资金总额。这样做只会造成厚此薄彼，对某一组债权人有利而有损于另一组债权人的利益。优先债权人的类别越多，其他类别要求得到优先待遇的范围也越大。得到优先待遇的债权人越多，这种待遇的实惠就越少。

631. 在确定是否确有迫切的理由说明应对任何特定债务类别给予特优地位时，可能相关的某些因素也许包括：履行国际义务的必要性；兼顾私人权利和公共利益的必要性以及满足这些公共利益的其他手段；有无必要采取奖励措施以促使债权人有效率地管理信贷并尽可能以最低的价格提供信贷；提供某些优惠对于交易和履约费用的影响；有无必要对债权人细分，从中排出一类债权人承担更多的未偿付债务。

632. 在哪几种债权将享有优先权和给予什么样的优先权问题上，有多种不同的做法。各国给予优先权的种类各异，但有两类优先权特别普遍，第一类是员工的薪资和福利（社会保障和养恤金债权）的优先权，第二类是税收债权。税收债权优先的考虑，在跨国情况下可能特别令人关注。一种做法也许是对外国税收债权一律不给优先权。另一种做法也许是确认对此种税收债权给予某种类别的优先权，但范围上作出限制，或是只限于双方对等地承认此种债权，或是针对某一债务人的破产程序在不止一个国家联合进行。《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13 条确认对外国债权的排序实行无歧视原则的重要性，但同时也规定，不承认外国税收和社会保障债权的国家可以继续对其采取歧视做法。<sup>110</sup>

#### - 雇员债权

633. 在大多数国家，员工债权（包括工资、假期或假日工资、其他带薪缺勤补助和离职费债权）构成一个优先债权类别，在有些情况下其优先排序高于税收和社会保障债权。这种做法与破产法的其他领域向员工提供特别保护是基本一致的（见第三章，D.6），与有些国际公约的做法也基本一致。<sup>111</sup>在某些破产法内，保持继续就业优先于破产过程的其他目标，例如为了所有债权人的利益而使财产价值最大化的目标，其重要性体现在着重于把企业作为经营中企业而出售（同时转移现有的雇用义务），对比之下，在清算或重组过程中，这些义务可能被改变或终止。

634. 有些国家也对雇员的债权给予优先权，但将其平等地与税收和社会保障债权划入一个相同的优先债权类别，在资金不足的情况下也许按比例地给予偿付。另一些国家对雇员债权并不给予优先权，而是将其划为普通无担保债权，虽然在有些情况下，特定时期内产生的某些债务（例如，破产程序启动前三个月内的工资和报酬）的偿付也许可由国家通过一项工资保证基金而得到保证。确保支付此种债权的基金本身也许就可以对破产财产提出债权，但不一定对破产财产拥有与雇员债权相同的优先权，这取决于政策考虑，例如是否使用公共款项（而不是破产债务人的资产）作为提供工资赔偿的资金。通常的做法是，允许此种基金享有与员工相同的权利，至少在可按薪金额或支薪周表示的某一规定数额上享有同等权利。

<sup>110</sup> 《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 13(2)条和脚注 2。

<sup>111</sup> 例如，劳工组织 1992 年的《(雇主破产)保护员工债权公约》（第 173 号公约）。第 8(1)条规定，“国家法律或条例给予工人债权的优先权排序，需高于其他绝大部分优先债权，特别是国家和社会保障制度的优先债权”。该公约于 1995 年生效。

## - 税收债权

635. 基于保护公共收入的原则，对政府税收债权常常给予优先权。对此种债权给予优先的做法还有一些其他理由。这些理由包括：可有益于重组过程，因为这样将鼓励税收部门推迟对陷于困境的企业收取税款，原因在于，在破产情况下此种债权终会得到优先受偿权，而且由于政府是非商业性、非自愿债权人，所以有可能被排除在某些商业偿债办法之外。然而，对此种债权给予优先权也可能产生反作用，因为收缴不到税款可影响到税法的统一执行，并可能构成某种形式的国家补贴，从而损害有效的破产制度旨在给予支持的纪律秩序。这样做还会鼓励税收部门满足于监测债务人和以商业方式收缴债款，从而帮助防止破产和资产的耗尽。

## (四) 普通无担保债权人

636. 一旦所有有担保债权人和优先债权人的债权得到清偿，破产财产的剩余额一般将按比例分配给普通无担保债权人。在这一类别中还可再作细分，有些债权作为从属债权处理，或者赋予上面所述的某一优先权。下文讨论一般居于从属地位的某些债权。

## (五) 企业主和股东

637. 企业主和股东也许拥有一些债权，一种是由于向债务人提供贷款而产生的债权，另一种是由于其对债务人拥有股本或股权而产生的债权。许多破产法把这些不同的债权区分开来。对于股本引起的债权，许多破产法采取的一般规则是，在优先权居上的所有其他债权全部得到偿付之前（包括程序启动后应计利息的债权），企业主和股东无权得到资产收益的分配。因此，这些当事方将很难得到对其投入债务人的股本的任何分配。如果给予分配，一般是按照公司法和公司章程中指明的股份排序给予分配。然而，债务债权，例如涉及贷款的债权，并不一定总是从属债权。

## (六) 相关人

638. 可能需要特别考虑的一类债权人是与债务人有关系的人，包括在家庭关系上和商业关系上的相关人（前面已经讨论，见第二章，E.3(e)和第五章 A）。按照某些破产法，这些债权总是放在从属地位的，而按照另一些破产法，只有基于其不公平行为或欺诈性、类同欺诈性行为才将其放到从属地位。如果定为从属债权，则其排序在普通无担保债权之后。处理这些债权的其他做法并不涉及排序的划定，而是涉及对表决权的限制或破产程序中可被认可的债权数额。

### (七) 罚金、罚款和启动后利息

639. 一些国家把赏金、罚金和罚款（不论是行政的、刑事的或其他类别）等这种债权作为普通无担保债权处理，将其排在其他无担保债权之后。在某些破产法中，这些类别的债权作为除外债权处理。

640. 对于债权的应计利息和偿付，各国采取了不同做法。一些破产法规定，一旦启动了清算程序，即对所有无担保债务上的债权停止计算利息，但在重组中此种偿付将取决于重组计划中达成的协议。有些法律规定在启动程序之后仍可计算利息，在此情况下，利息的支付可能排在从属地位，只有当其他无担保债权全部得到偿付后才予偿付。

## 2. 分配

### (a) 清算

641. 如果有若干不同类别的债权，一般先全额付清一个优先排序之后才偿付下一个排序。一旦轮到某个优先排序而又没有足够资金全额偿付所有债权人，则该排序的债权人将按比例受偿。在一些不分优先排序的法律中，如果没有足够的资金全额偿付所有债权人，那么所有债权人只能按比例受偿。

### (b) 重组

642. 重组计划中提出的分配优先顺序，可不同于破产法对清算程序规定的分配顺序，条件是，对重组计划进行表决的债权人同意这种改动。似宜在重组程序中规定，优先债权必须获得全额偿付，是确认重组计划的前提，除非所涉优先债权人同意另外的待遇(见第四章)。

## 建议

### 立法条文的目的

关于优先权和分配的条文的目的：

- (a) 确定应从破产财产中偿付债权的顺序；
- (b) 确保排序类同的债权人从破产财产的资产中按比例受偿；
- (c) 具体规定允许分配优先权的有限情形。

## 立法条文的内容

### 受到破产程序启动影响的债权人的类别和待遇

(170) 法律应当规定将受到破产程序启动影响的债权人的不同类别以及这些类别债权人在优先权和分配方面的待遇。

### 确定清偿债权的顺序

(171) 法律应当确定应从破产财产中清偿债权的顺序。

### 优先债权

(172) 法律应当尽量减少给予无担保债权的优先权。法律应明确列出有权在破产程序中得到优先清偿的债权。

### 有担保债权

(173) 法律应当规定，应以清算中的担保物或根据重组计划清偿有担保的债权，但须从属于可能存在的、优先权高于该有担保债权的债权。应尽量减少优先权高于有担保债权的债权并应在法律中将其明确列出。如果担保物的价值不足以清偿有担保债权人的债权，则该有担保债权人可作为普通无担保债权人参与。

### 债权的排序

(174) 法律应当规定有担保债权以外的债权按以下顺序排列：

- (a) 管理费用和开支；
- (b) 有优先权的债权；
- (c) 普通无担保债权；
- (d) 递延的或排序退后的债权。<sup>112</sup>

(175) 法律应当规定，如果在所有债权得到全额清偿后还有盈余，则应将该盈余退还债务人。

### 清算中的分配

(176) 法律应当规定，作为一般原则，对类同排序的债权应按比例偿付。应在全额偿付了某一特定类别内所有类同排序的债权后再偿付下一顺位排序。

<sup>112</sup> 法律可对(a)、(b)和(d)项所列各类排序内的债权作进一步排序。如果某一类别内所有债不能获得全额偿付，那么偿付顺序将反映法律就同类排序的债权所规定的任何进一步排序。

(177) 法律应当规定，在进行分配时，要求破产代表为已提出但尚未获最后承认的债权拨出款项。

(178) 法律应当规定，在清算程序中，应快速进行分配，并可进行临时分配。

## C. 破产中对公司集团的处理

### 1. 导言

643. 商业企业通过公司集团运作而集团内的每一个公司均具有单独的法人资格，这是常见的做法。当集团内的一家公司破产时，将这家公司作为一个独立的法律人格处理会产生一系列问题，这些问题一般比较复杂，往往可能难以解决。在某些情形中，例如当一家公司的商业活动受一家相关公司的领导或控制，将集团内的公司作为独立法律人格处理可能有失公正。例如，这种处理可能阻止利用一家公司的资金来偿还一家相关债务人公司的债务或负债（除非债务人公司是该相关公司的股东或债权人），即使这两家公司有着密切的关系而且该相关公司可能参与了债务人公司的管理或者如同作为债务人公司的董事行事并造成了其债务和负债。此外，当债务人公司属于某一公司集团时，可能不易理清任何特定案件的具体情况从而确定特定的债权人在业务上与集团中的哪个公司往来或者确定集团内各公司之间的财务关系。

644. 在涉及公司集团内一家公司的破产程序中，有两个问题需要特别加以注意：

(a) 该集团中是否有任何其他公司将对该破产公司的外部债务（破产公司所欠的所有债务，但不包括对集团内相关公司所欠的债务，即“集团内债务”）负责；

(b) 对于集团内债务的处理（集团内相关公司对债务人公司的债权）。

645. 破产法对这两个问题有不同的处理。一些法律采用规范做法，对在哪些情况下可以将集团内的公司作为非独立的法律人格处理作了严格的限制，也就是，对在哪些情况下一家相关公司可以对集团内一家破产公司的债务负责作了严格限制。另外一些法律采用一种比较宽松的做法，让法院有很大的自由裁量权，以特定的准则为依据来评价特定案件的情况。采用后一种做法可能得出的结果范围大于采用规范做法的法律可能得出的结果范围。然而，无论在哪一种情况下，破产法通常都会以破产公司和集团内相关公司之间在持股和管理控制方面的关系为基础处理这些集团内负债问题。在破产法中处理这些问题的一个好处可能是刺激公司集团不时监测集团内各公司的活动，并在集团内有成员遇到财政困难时尽早采取行动。不过，不将集团内的公司作为独立的法人实体处理可能会损害企业、投资者和债权人对风险分别进行分析和作出选择的能力（当集团内有金融机构等公司对于风险管理有特别要求的，则可能特别重要）；它可能会引起显著的不确定性，影响信贷的成本，当破产后要由法院决定谁对集团债务负责时尤其如此；而且它还可能在如何处理集团内的负债方面造成会计上的复杂性。

## 2. 集团对外部债务的责任

646. 破产制度在评估一家相关公司或者集团内的公司是否应当对集团内一破产成员的外部债务负责时，查看一系列不同的情形或因素。

647. 在许多法域中，相关公司通常对其提供担保的分公司的债务负责。同样，许多制度推定应当对集团内交易中的欺诈所造成的任何损失或损害承担赔偿责任。其他领域的法律可以规定其他解决办法。例如，在某些情形下，法律可以将破产公司作为相关公司的代理人处理，这将使第三方能够直接对作为主债务人的该相关公司强制执行其权利。

648. 如果破产法赋予法院广泛的自由裁量权，使之可以根据某些准则确定集团中的一家或几家公司对集团中其他公司的债务负责，那么这些准则可以包括以下考虑：这些公司的管理、业务和财务相互交织的程度；相关公司对破产公司的债权人而实施的行为；这些债权人是否旨在与一个经济实体而不是集团内两个或更多的公司发生往来；以及破产能在多大程度上归因于集团内相关公司的行为。根据这些考虑，法院可以决定公司集团在多大程度上作为单一企业运作，在某些法域，法院可以命令各公司的资产和负债合并或汇总，<sup>113</sup>当这种命令将有助于公司集团的改组，或者当一相关公司为破产财产注资而且这种注资将不影响注资公司的偿债能力时，尤其如此。注资付款一般支付给为了整个破产财产的利益而管理破产财产的破产代表。

649. 允许采取这种措施的破产法的另一个重要考虑是这些措施对债权人的效力。这些破产制度在力求确保对债权人整体的公平的同时，必须调合与两个（或者更多的）独立公司实体发生往来的两组（或者更多组）债权人的权益。如果各公司的合并资产不足以清偿所有债权，这些集体权益将发生冲突。如发生这种情况，集团内资产基础雄厚公司的债权人所持的资产将因集团内另一家资产基础薄弱公司的债权人的债权而减损。处理这一问题的一种做法是考虑对债权人集体而带来的节省程度是否将超过对个别债权人附带造成的损害。当两家公司都破产时，有些法律将考虑不予合并从而确保进行两个互不关联的破产程序的做法是否将会增加程序的费用和时间并且耗费本可提供给债权人的资金，以及允许牺牲集团中其他公司的债权人的权益而让公司集团中某些公司的股东获得回报<sup>114</sup>。

650. 实行这类法律的所有破产制度都有一项共同的原则，即如要获得合并命令，必须使法院相信不合并而对债权人造成的损害将大于因实行合并而对破产公司和异议债权人造成的损害。为了公正起见，某些法域允许部分合并，对特定债权人的债权作例外处理，用某一破产公司（被排除在合并命令范畴之外的）特定资产来清偿这些债权。由于这种调和做法很难实施，因此，一些国家虽然规定可采取这种做法，但并不经常命令这样做。

<sup>113</sup> 决定认为一公司集团是作为单一经济实体运作的将导致适用破产法的其他规定，例如董事们防犯破产交易的责任。有些法律还在有限的情形中允许公司自愿地汇集资产和负债。

<sup>114</sup> 有些法律要求在进行任何分配之前分别确定集团内每一相关公司的债权人以及资产和负债。

651. 应当指出，规定合并的破产法并不影响有担保债权人的权利，但持有集团内部证券者可能除外（在这种情况下，有担保债权人系集团内的一家公司）。

### 3. 集团内债务

652. 集团内债务的处理方式可以有多种。如上文所述（见第二章 E），集团内交易可能受制于撤销行动。根据就合并作出规定的某些破产法，集团内债务因合并命令而终止。另外一些做法涉及将集团内的交易与非关联方之间进行的类似交易作不同的归类（例如可以将一笔债务视为股本注入而不是集团内贷款），结果是集团内债务的优先权排序将低于非关联方之间相同债务的优先权。

## D. 破产程序的适用法律

（说明：有关适用法律的部分目前正在拟定中，最后定稿将提交 2004 年工作组第 30 届会议审议。以下所列修订后的建议反映了 2003 年 9 月工作组第 29 届会议的讨论情况。）

### 建议

#### 立法条文的目的

关于破产程序的适用法律的条文目的是：

- (a) 为预测破产程序方面的适用法律提供明确而透明的基础，从而为商业提供便利；
- (b) 为法院提供明确和可预测的规则，据以确定破产程序方面的适用法律 [包括合同中法律选择规定的执行]；

#### 立法条文内容

#### 破产程序法

(179) 程序启动地的破产法应当适用于破产程序的进行、管理和终止等所有方面，其中包括：

- (a) 资格和启动标准；
- (b) 破产财产的设定和范围；
- (c) 对破产财产的处理，包括适用中止措施的范围和例外及其免于适用；
- (d) 费用和开支；
- (e) 重组计划的提出、核准、确认和执行；

- (f) 有损于债权人的法律行为的撤销、可撤销性和不可执行性；
- (g) 破产程序的启动对债务人及其对方当事人尚未充分履行各自义务的合同的影响，包括这些合同中有关自动终止和禁止转让规定的可执行性；
- (h) 破产程序启动后可实行抵销的条件；
- (i) 债务人、破产代表、债权人和债权人委员会的权利和义务；
- (j) 债权及其处理；
- (k) 债权排序的优先考虑；
- (l) 清算收益的分配；
- (m) 程序的解除和终结。

### 适用破产程序法的例外情形

(180) 作为建议(1)(f)和(h)的例外，破产法可以规定，他国法律适用于破产程序申请启动前或启动前所发生的交易可否抵销或撤销的问题。<sup>115</sup>

### 合同中法律选择规定的有效性

(181) 债务人与其对方当事人达成合同规定，明确约定其合同法律关系的适用法律将是某个特定法域的法律的，破产法应当予以承认，而无论有关交易或当事人与所选适用法律之间的关系，除非合同这一规定被视为明显与[无此规定时应适用的法律所属法域的]公共政策相悖。

### 确定适用的法律

(182) 破产法应当明确指出破产法规则何时允许适用另一法域的法律。

(183) 关于破产法以外的法律的适用，破产法院将需要适用法律冲突规则，以确定应适用哪一国家的法律。法律冲突规则应当是明确和可预测的，应符合国际机构主编的国际条约和立法指南中所载的现代法律冲突规则。

<sup>115</sup> 本节中使用的“交易”一词意在泛指包括以转移、付款、抵押、担保、贷款或解除[或使担保权益对第三方生效的行动]为方式可能对资产进行处分或发生义务的广泛各种法律行为，并可能包括复合的系列交易。

## 六. 程序的终结

### A. 债务和债权的解除

#### 1. 清算中债务人债务的解除<sup>116</sup>

653. 在对自然人债务人破产财产的清算分配结束后，可能有些债权人将得不到全额偿付。破产法将需要考虑这些债权人是否将仍有对该个人债务人的未了结债权，或者该债务人是否将被免除或“被解除”这些剩余的债权。

654. 当债务人是一个有限责任公司的時候，清算结束后不会出现解除债务的问题；法律要么规定该法定实体消失，要么规定它将作为没有资产的空壳继续存在。股东将不对剩余的债权承担责任，也不出现解除其债务的问题。如果该债务人企业是一个不同的形式，例如个体企业、一些个人组成的企业（合伙企业）或所有权人具有无限责任的实体，那么将会出现对于清算结束后这些个人是否仍将从个人的角度对未清偿的债权负责的问题。

655. 在某些圈子内，人们越来越意识到必须承认企业破产是经济生活中的一种自然现象，必须接受无论好的企业还是弱小企业都可能破产这一事实，尽管破产原因各不相同，而且也不一定是企业的管理层出现了不负责任、不顾后果或不诚实的行为。在一个企业中失败的人可能从中吸取到教训，一些研究表明，这种人常常在以后的企业中取得非常大的成功。因此，许多国家都认为，破产制度的重点不仅必须解决破产的管理问题，而且还必须便利破产的债务人重新开始，其办法是理清他们的财务状况，并采取其他的步骤减轻与企业破产有关的污名，而不是对债务人进行惩罚。除了通过修改破产法取消关于解除债务的不必要的条件或限制之外，还必须鼓励银行乃至全社会改变对企业破产的看法，并向陷入企业破产的人提供帮助和支持。与此同时，破产制度必须保护公众和商界的利益，使之不受不负责任、不顾后果或不诚实地处理其财务问题的债务人的损害。

656. 破产法对解除债务的问题实行了不同的做法。在有些破产法中，债务人仍然对未清偿的债权负责，但以任何有关的时效期限为限（在某些情况下可能很长，如 10 年），并且还可能要遵守一系列职业、商业和个人活动方面的条件和限制。这类规则强调债务人与债权人之间关系的重要性：清算结束后债务人继续负责，其目的旨在既克制债务人的财务行为，同时也鼓励债权人提供融资。与此同时，由于对破产的制裁十分严厉，这一规则所起的作用可能会抑制机会、创新和创业活动。

657. 有些破产法则规定，无欺诈行为的诚实债务人在清算结束后立即完全解除债务。这种做法强调的是解除债务后所带来的“崭新的开端”的好处，常用于鼓励形成一个创业阶层。这也是承认过度负债是当前经济生活中的一个现实情况，应当在破产法中加以考虑。第三种做法是试图在两者中求取折衷：分配结

---

<sup>116</sup> 这些段落涉及债务人为自然人时的债务解除。

束后经过一段时间才允许解除债务，这段时期希望债务人作出诚信的认真努力，清偿其未了结债务。

658. 一些破产法采取的做法是，在有些情况下，似宜限制这种解除债务的做法。各国法律所规定的这些情况各有不同，但是可以包括：债务人有欺诈行为；从事犯罪活动；违反就业或环保法律；未保存适当的记录；未诚信地参加破产程序或未与破产代表合作；未提供或故意扣留或隐瞒信息；在明知其破产时仍然继续交易；在无对偿债能力的合理预期的情况下承担债务；以及在申请启动破产程序之后隐瞒或销毁资产或记录。

659. 对那些将在上述情况下适用于解除债务的条件，采取了不同的做法。在一些国家，债务解除之前的期限可能规定得很长，或者对解除债务附加条件和限制，或者两者兼而有之。某些类别的债务可能排除在解除债务的范围之外，例如侵权索赔、抚养费协议（向离婚配偶付款或者抚养债务人的子女）、欺诈、用以代替监禁的罚款和税款所产生的债务。

660. 还可能对债务人强加一些条件，这些条件既是在程序中必须遵守的，也是作为解除债务的条件，这些条件可以由破产代表或法院通过建议的方式提出。条件中可包括在一段时间内对债务人获得新贷款、离境出国、继续经营企业的能力的限制，或者酌情在一段时间内对其从事其职业的禁止。条件中还可以包括以债务人随后得不到可用于偿还以前债务的大笔新财产为条件而规定的解除债务。这些规定适用的期限可长可短，取决于债务人的状况。破产法所规定的其他一些限制与债务人可以解除债务的次数有关。在一些法域中，解除债务是一生中只有一次的机会；而在有些法域中，则有一段最低限度的等候期，例如十年后债务人才能具有再次解除债务的资格，或甚至才能进入可能最终又一次解除债务的破产程序。还有一种做法限制解除债务，例如债务人在本程序开始之前的一定期间内已经得到了一次解除债务的机会，而且在这些程序中所做付款低于一个固定的比率。

661. 要在这些不同的做法之间作出选择，就需要在各种破产程序和解除债务的规定的基本原理与制裁某些行为的需要之间作出权衡。可能需要对不恰当和也许是疏忽的行为与构成犯罪的行为作出区分。如果破产法的目的是为了解决债务人的财务困难并为其提供一个新的开始，以鼓励创业活动和承担风险，那么一个履行了破产法规定的义务的诚实和合作的债务人可以在清算后解除其债务，并附以最少的限制。对这类债务人施加严格的限制，并规定只有在相当长时期和满足许多条件之后才能解除债务的做法，表明其目的是为了惩罚而不是恢复债务人。在债务人不诚实、没有与破产代表进行合作或没有履行破产法规定的义务或更极端地犯有犯罪行为的情况下，施加条件和限制可能更为恰当。

662. 另外一个考虑是施加的条件和解除债务的基本原理之间的联系。施加某些广泛的条件，如禁止债务人从事商业活动，可能与规定解除债务的基本观念相悖。根据具体情况，较为有限的条件，例如限制债务人担任董事会成员的能力，可能更为恰当。如果破产法采取施加条件并将某些债务排除在解除债务范围之外的做法，那么这些条件和例外规定应当尽量减少。应当尽可能在破产法中规定属于例外的债务类别，以确保透明度和预测性。

663. 一些破产法还规定，如果解除债务是在破产程序早期实行的，那么例如在债务人不履行义务的情况下，可以中止解除债务，或者在某些情况下予以撤销：例如解除债务是通过欺诈取得的，债务人通过欺诈的方式扣留关于应属破产财产一部分的财产的资料，或者不遵守法院的命令。

664. 在考虑对从事企业经营的个人解除债务时，一个可能需要注意到的问题是企业负债与消费者负债交织在一些的情形。鉴于对自然人的破产采取不同的做法（在有些国家，自然人根本不可能被宣布破产，而在有些国家，则要求个人是以“商人”的身份行事的），而且许多国家没有已成形的消费者破产制度，所以有些国家的破产制度确实是力求区分单纯的消费者债务人和因小企业产生债务的债务人。由于消费者信贷常常被用于为小企业提供融资，作为启动资金或经营资金，所以不总是能够划清债务类别。为此原因，如果法律制度同时承认消费者债务和企业债务，那么对自然人的企业债务所实行的规则如果不同于对消费者债务所实行的规则就可能行不通。

## 2. 重组中解除债务和债权

665. 为确保重组后的债务人有最大的成功机会，破产法可以规定解除或改变已按重组计划解除或改变的债务或债权。这种做法是对商业确定性这一目标的支持，根据已获批准的计划对减免、取消或改变债务给予约束效力。这一原则尤为重要，可确保计划的规定将得到已拒绝计划的债权人加以遵守和没有参加这一过程的债权人加以遵守。同时还可对其他放款人和投资人带来确定性，使之确信将不会卷入意料之外的清算或必须与所隐含的或未公开的债权竞争。因此，这种解除明白无误地确定，重组计划充分处理了债权人的法定权利问题。

666. 重组中的解除债务可以从根据破产法计划生效时或计划已经完全执行时开始生效。如果计划未得到完全执行或未能执行，则许多破产法规定解除债务可予以搁置。

### 建议

#### 立法条文的目的

关于解除债务的条文的目的：

- (a) 使作为自然人的债务人能够最终被解除对启动前债务所承担的责任，从而使债务人能有一个崭新的开端；
- (b) 确定在何种情况下可以解除债务和解除债务的条件。

## 立法条文的内容

### 清算中的解除债务

(184) 如果自然人可以作为破产法所规定的债务人，即应论及解除债务人对启动前债务的责任问题。破产法可以规定，只有在启动后的一段规定期限到期后才可适用解除债务，在上述期限内期望债务人能够与破产代表合作。在这一期限到期时，如果债务人无欺诈行为，并在履行破产法规定的义务方面与破产代表进行了合作，则可解除其债务。破产法可以规定，如果解除债务是通过欺诈获得的，则解除债务得以撤销。

(185) 如果破产法规定某些债务排除在免除债务的范围之外，那么这类债务种类应尽可能少些，以便利债务人重新开始，并还应当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约束，那么这些条件应尽可能少些，以便利债务人重新开始。

## B. 程序的终结

667. 各国的破产法对终结或终止程序的方式、终止的先决条件和应遵循的程序采取了不同的办法。

### 1. 清算

668. 许多破产法所采取的办法一般都要求，在资产变现和分配之后，破产代表应召集债权人会议并提出决算。如果债权人同意决算，则（在债务人为法人实体的情况下）一些法律所作的规定是，将决算和最后会议的报告提交负责法人实体登记的行政机构，债务人实体解散，而其他一些法律则要求向法院提出发布解散令的正式申请。这一一般做法的一些不同形式包括对根据债务人和债权人的申请而启动的破产程序采取稍加区别的程序。

### 2. 重组

669. 一般来说，各国破产法都采取两三种办法中的一种来终结重组程序。在下列情况下，重组程序可以被视为已经终结：重组计划已得到批准（并在法律要求确认的情况下，已得到确认）（见第四章 A.6）；已经按计划解除责任而且计划已得到充分执行（无论是否有必要获得正式的法院命令，尽管一些法律规定通过正式的法院命令解除破产代表的职责）；法院下令终止程序，因为这些程序构成对破产法的不当使用或债务人在程序启动时没有满足启动条件。也可以根据计划的条件或与债权人达成的其他协议终结程序。如果重组计划未完全执行，破产法可以规定法院将程序改为清算，以避免使债务人仍然带着其未解决的债务困难陷入破产状态。这是否可以构成重组程序的正式终结和清算程序的正式启动，取决于具体法域的做法。如果一旦计划得到批准（并在法律要求确

认的情况下，已得到确认），重组程序即告终结，那么将根据非破产法执行计划中所包括的权利和义务。

## **建议**

### **立法条文的目的**

关于程序终结的条文的目的是确定一种程序，一旦这些程序的目的得以实现便可据此终止程序。

### **立法条文的内容**

## **清算**

(186) 法律应当规定，在最终分配后或决定将不作分配时，清算程序应当结束。

## **重组**

(187) 法律应当规定，重组程序应当在重组计划得到完全执行时或在法院确定的一个较早日期结束。