



Distr.: Limited
18 April 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第一届会议
2002年5月20日至24日，纽约

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书长的报告

增编

目录

	段 次	页 次
担保交易立法指南草案.....	1-37	2
十. 破产.....	1-37	2
A. 总论.....	1-30	2
1. 导言.....	1-6	2
a. 范围和商业环境.....	1-5	2
b. 术语.....	6	2
2. 关键目标.....	7-10	3
3. 担保权在破产程序中.....	11-30	4
a. 设押资产纳入破产财产.....	11-15	4
b. 对强制执行担保权的限制.....	16-21	4
c. 有担保债权人参加破产程序.....	22-23	5
d. 担保权的有效性和撤销权行动.....	24	6
e. 担保权的相对优先权.....	25-27	6
f. 重组计划.....	28-30	6
B. 小结和建议.....	31-37	7

* 本增编按规定应于会议开始前十周提交，现晚了五周，因为委员会秘书处在全力以赴编写其他文件，包括 A/CN.9/WG.VI/WP.2 的另外十一份增编。



十. 破产

A. 总论

1. 引言

a. 范围和商业环境

1. 本章审查破产程序对有担保债权人执行权的影响。阅读时应结合参阅《贸易法委员会破产法立法指南》，该指南从更广泛的破产法角度论述了此处查明的的问题（见 A/CN.9/WG.V/WP.57、A/CN.9/WG.V/WP.58 和 A/CN.9/WG.V/WP.61）。

2. 虽然一种法律制度可能对担保交易和破产分别规定了不同的制度，但这两套制度都涉及债务人/债权人关系，而且都鼓励债务人在贷款方面的自律。这两个领域中任何一个领域实行有效的管理都将会有助于为另一个领域带来积极的结果。例如，担保交易法可扩大信贷的供应量，从而便利企业的运营和避免破产。担保交易法还可促成债权人方面负责任的行为，因为它要求债权人监督债务人履行债务的能力，从而阻止负债过高及随后发生的破产。

3. 然而，担保交易与破产法相互交错之处也存在着互不兼容的情况，造成对债务采取不同的方法。担保交易制度力求确保某些债务得到履行，而破产制度则处理债务不能履行的情形。另外，前一种制度的重点在于债权人个人切实有效的执行权，以使履行所欠债务的可能性达到最大化。而后一种制度则力求通过防止债权人之间争相分解其共同债务人的资产，从而使所有债权人获得的回报达到最大化。立法者需要考虑这些结果，一种制度的改革可能在法规上产生更广泛的效应，对另一种制度的利害关系人造成预见之外的交易费用和在遵守执行上的费用。为此，一国在其法律改革进程中，应当查明担保交易和破产的两种不同管辖制度规定的权利和义务之间所发生的冲突。

4. 破产制度一般包括两大类程序：清算（涉及债务人商业经营活动终结和破产债务人资产随后的变现和分配）和重组（旨在通过挽救企业而不是使之终结从而使资产价值和债权人获得的回报达到最大化）。在清算程序中，破产代表所担负的任务是搜集破产债务人的资产，出售或以其他方式处分资产，以及向债务人的债权人分配收益。为了使这些资产的清算价值达到最大化，破产代表可能继续短时间经营债务人的企业，并可能将企业作为一个经营中企业出售，而不是分别出售个别的资产。另一方面，在重组程序中，设想是破产债务人的企业将能够继续作为经营中企业。因此，程序的目标是通过使债务人克服其财政困难和恢复或继续正常的商业运作，从而达到债务人企业价值的最大化。

5. 除破产程序的法律形式手段外，其他替代方法也正在发展中（例如，破产债务人的债权人实行的庭外解决）。当不确定有关破产机构是否能采取迅速和有效的行动时，这些程序可通过迅速调整金融机构的债权而满足支持经济稳定性的需要。

[工作组注意：工作组似宜在其审议中考虑到，第五工作组（破产法）目前正在审议这些替代方法（见 A/CN.9/507 和 A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1）。]

b. 术语

[工作组注意：工作组似宜考虑这些定义是否应挪至第一章（见 A/CN.9/WG.VI/WP.

2/Add.1)。]

6. 本章按如下所示的含义使用下列词语：

破产债务人	“破产债务人”是从事经营业务并且符合破产程序标准和受破产程序管辖的个人[或实体]；破产债务人可以是按本指南中的术语用法所指称的“债务人”或“出押人”。
破产程序	“破产程序”是集体程序，涉及[部分或全部]剥夺破产债务人的资产和[为企业清算或重组目的而]指定一名破产代表[，包括清算程序和重组程序]。
破产代表	“破产代表”是由法院指定的个人[或实体]，负责管理债务人的财产[，协助和监督企业的管理部门]，以期对企业实行清算或重组。
附担保债权	“附担保债权”是破产程序中提出的有担保权作为担保的债权。

2. 关键目标

[工作组注意：工作组似宜考虑有关这些关键目标的讨论是否应列入第一章（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1)。]

7. 关于在启动了对债务人或出押人的破产程序后有担保债权人的各种权利，这方面的有关立法应旨在为强制执行提供便利，确立明确的优先权规则，以及承认当事人意思自治（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, D、E 和 G 节）。

8. 如果担保权在破产程序范围外有效，不仅对债务人也对第三方当事人发生效力，那么担保权的有效性即应当在破产程序中得到承认。同样，如果在破产程序外某一担保权优先于另一债权人的债权，那么破产程序的启动不应当改变这些债权的相当优先权。应当尽可能限制任何例外情形，例外情形必须明确和具有透明度，以使潜在的融资人可以评估借贷人不偿付的风险，从而估算交易所涉及的成本（另见 A/CN.9/WG.VI/WP.57, 第 21 段，目标 7）。

9. 在管理担保权的强制执行方面，担保交易制度和破产制度应当协调一致。正如已经指出的那样（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9, 第 4 段），在评估是否向债务人发放以及按何种费用发放信贷时，有担保债权人将会考虑其权利在破产程序中所受的任何限制。另外，在债务人陷于财政困难时，其他债权人将会积极启动破产程序，以便限制有担保债权人的权利和增加自己对债务人的债权的成功可能性。

10. 大多数法律制度都承认私人协议中的当事人意思自治。但是，在已经对债务人启动破产程序的某些情形中，也可能有公共政策上的原因必须限制有担保债权人强制执行担保权的能力。对于这类情况，需要确定无疑。这些限制的可预测性越强，以及保护的担保权经济价值越多，对通过其他手段利用担保权扩大信贷所造成的不利影响就越少。

3. 担保权在破产程序中

a. 设押资产纳入破产财产

11. 首先一个问题是担保债权人的担保权是否受破产程序的管辖，或换句话说，设押资产是否属于对债务人启动破产程序时所划定的“破产财产”的一部分（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 46-47 段）。破产财产由破产债务人必须交由破产程序管理的那些资产所组成。

12. 将设押资产纳入破产财产可能引起不同的后果。在许多法域中，这将会限制有担保债权人强制执行其担保权的能力（见第 16 段）。当债权人决定是否向债务人提供以及以何种成本提供信贷时，将会考虑到立法上这种对商业协议的任何限制。有些破产法虽然要求先将所有资产交由破产程序管辖，但允许在有证据表明危及或损害有担保债权人的权利时，将设押资产从破产财产中分离出来。

13. 为了能够评估如果继续进行程序是否将能为所有债权人最终带来最大的回报，破产法可能将设押资产置于破产程序范围的控制内。因此，可能要求有担保债权人将设押资产的占有权交给破产代表。这种方法不仅可以在重组程序采用，如果在清算程序中破产债务人的企业将继续经营下去，其资产将分阶段清算，或企业有可能作为经营中企业出售，那么在这类清算程序中，也可采用这种方法。因为在破产程序启动时即可能知道继续经营企业是否可取，所以许多破产制度都在一段有限的期限内将设押资产包括在破产财产中。

14. 破产财产的范围通常将包括破产程序启动时破产债务人拥有权利的所有资产。在一些法域中，债权人保留法定产权或所有权的资产可从破产财产分离出来。这方面的例子包括有担保债权人保留所有权的交易、金融租赁或向有担保的当事人转移所有权的交易（见第三章 A.3 节）。在有些法域中，这类法律机制与其他形式的担保信贷安排合并归入一个总的“担保权”类别，这样，以所有权为基础的担保权和其他担保权甚至在破产程序中也作同样的处理。这个问题是列举的一个例子，表明可能需要在哪些领域协调担保交易制度和破产制度中所采用的方法。

15. 一些有担保债权人将参加破产程序，因为他们同时拥有附担保的和无担保的债权。这种情况并不局限于债权人分别有两类债务而其中一类是附担保债务的情形。当有担保债权人所获的担保不足（即设押资产的价值低于所担保的债务额）时，也会发生这种情况。在这种情况下，有担保债权人的附担保债权范围仅限于设押资产的价值，对于差额，则拥有无担保的债权（另见 A.3.b 节）。

b. 对强制执行担保权的限制

16. 许多破产法通过实行中止或延缓措施而限制债权人在破产程序启动后针对债务人实行任何补救措施或任何程序的权利。这种中止可以是自动地也可以是通过法院命令实施的。一些法域对无担保债权人和有担保债权人同时实施中止。将设押资产纳入破产财产的理由也同样适用于中止执行担保权。然而，限制有担保债权人执行其担保权的能力可能会对信贷成本和供应量造成不利影响。破产法必须兼顾这些竞合的利益（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，69-82 段）。

17. 除少数例外情形（见第 13 段）之外，当破产程序是清算程序时，中止执行担保权的必要性并不那么迫切。在大多数清算程序中，破产代表将分别处分单件资产，而不会将企业作为一个经营中企业出售。为此，可能采取不同的做法。例如，破产制度可能

把有担保债权人排除在中止措施的适用范围之外，但是却鼓励破产债务人与债权人在破产程序启动之前进行谈判，以便达到对所有各方当事人的最佳结果。另一种方法则是规定中止措施在所规定的一段短暂时间期限（例如 30 天）之后失效，除非获得法院命令，根据破产法所规定的理由延长中止措施。这些理由可能包括表明将企业作为一个经营中企业出售有合理的可能性；这样出售将可使企业的价值达到最大化；以及有担保债权人将不会遭受不合理的损害。

18. 当破产程序是重组程序时，相对来说更需要实行中止措施。这种重组程序的目标是在结构上调整可能具有经济生命潜力的实体，以便恢复企业的财务健康和生命力，并使债权人获得的回报达到最大化。这可能涉及采取各种手段调整企业的金融结构，例如债务减免、重订还债期、债转股和将全部和部分企业作为经营中企业出售。把设押资产从企业中拿走将会使继续经营企业并将之作为经营中企业中出售的企图落空。因此，破产法可在必要的时间期限内将中止措施的适用范围扩大到有担保债权人，以便有时间制定和向债权人提交一项重组计划。

19. 如果中止了有担保债权人的强制执行行动，破产法应规定保障措施，保全担保权的经济价值。这些保障措施可包括法院命令以现金支付有担保债权的利息，付款补偿设押资产的贬值，以及扩大担保权的范围，使之包括额外或替代资产。

20. 另外，破产法也可授权破产代表解除对设押资产的封冻，将之交给有担保债权人，从而使有担保债权人免于所实行的中止措施。解除封冻的理由包括设押资产对破产财产无价值和出售企业不重要的情形，以及保全担保权价值不可行或过于麻烦的情形。

21. 如果设押资产的价值大于所担保的债权，剩余部分就对破产财产具有利害关系。在没有破产的情况下，有担保债权人必须将剩余收益记在出押人的帐上。如果同样的资产在破产中处分，则剩余部分将用于分配给其他债权人。关于应由谁处分设押资产，破产法应当就破产外适用的政策是否也同样适用于破产程序这个问题作出规定。例如，如果在破产程序外担保交易法授权有担保债权人处分资产，那么问题就是是否应由有担保债权人而不是破产代表在破产程序期间控制有关设押资产的处分。

c. 有担保债权人参加破产程序

22. 如果按规定有担保债权人必须参加破产程序，则破产制度应确保这种参加可有效保护有担保债权人的利益（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 199-203 段）。例如，在向债权人发出通知宣布已启动破产程序时，应指明有担保债权人是否需要提出债权，如果需要，那么应在什么范围内提出。¹

23. 另外，如果破产法规定由债权人委员会向破产代表提出建议，则法律还应规定有担保债权人的利益在委员会中有充分的代表。有担保债权人的代表可以与无担保债权人的代表共同组成一个委员会，或者法律也可为有担保债权人规定一个单独的委员会。有人担心有担保债权人的利益可能在程序中占主导地位，损害其他债权人的利益，对此，也许可通过限制有担保债权人可以投票表决的议题加以解决。例如，可将投票表决局限于选举破产代表和直接涉及设押资产或担保权经济价值的事项。

¹ 关于对外国债权人的通知，见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条和《示范法颁行指南》第 106-111 段。

d. 担保权的有效性和撤销权行动

24. 一般来说，破产程序外有效的担保权也应被认定在破产程序中有效。但是，如果在破产程序中对担保权益的有效性提出质疑，那么应依据可能对任何其他债权提出质疑的同样理由。例如，对于在破产程序启动前一段特定时期内破产债务人所作的任何欺诈性质或优惠的转让，许多法域都允许破产代表宣告其无效（“撤销”），或以其他方式使之无效。担保权益的授予或转让是必须遵守这些一般规定的财产转让，如果所进行的是欺诈性质或优惠的转让，那么破产代表应有权撤销或以其他方式使该担保权无效。这即意味着按一个法域内担保交易制度规定有效的担保权，可能在某些情况下根据同样这一法域内的破产制度而被认定为无效（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 124-151 段）。

e. 担保权的相对优先权

25. 担保交易制度将确立针对设押资产的债权具有优先权（见第七章）。破产法则可能影响这种优先权（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 217-233 段）。例如，许多法律规定未支付的工资和员工福利、环境损害赔偿以及政府税收等债权享有优先（“应优先偿付的债权”）。虽然大多数法律制度对这些债权仅给予优先于无担保债权的地位，但有些制度也将这种优先地位提前到甚至在附担保债权之前。不过，对有担保债权人第一优先的这几类例外情况似宜数量有限，因为这些债权人数量和数额越不确定，对信贷供应量和信贷成本的负面影响就越大。

[工作组注意：以上这段的重点在于有担保和优先债权人的相对优先权。如果在发生破产时破产法的确改变发生破产前有担保债权人和无担保债权人的排序，那么无担保债权人便可能受鼓励而积极启动破产程序。虽然应对此加以权衡，也相应鼓励有担保债权人监督债务人，但在这些制度中将需要有保障措施，防止无担保债权人滥用破产制度将之作为收讨债务的一种方法。破产法立法指南草案并不建议对有担保债权人相对无担保债权人的优先权作任何改变。工作组似宜考虑是否将关于这一点的讨论列入担保交易立法指南草案。]

26. 破产代表在保管设押资产过程中可能发生费用，并从破产财产的总资金中支付这些费用。因为这类支出维持了担保权的经济价值，所以如果对这些管理费用不给予优先于有担保债权人的地位，将会使有担保债权人不当获利，损害无担保债权人的利益。但是，为了抑制不合理支出，破产法可将优先权局限于可预见开支的合理费用。

27. 在破产程序启动前，有些资产上已经设置了担保权。对于那些向破产财产提供了信贷的债权人，可授权破产代表授予其在这些已设押资产上的担保权。在这里，所产生的问题是程序启动后的有担保债权人是否应能够获得相对于已有有担保债权人权利的优先权。在承认这类优先权的法律制度中，优先权的给予几乎总是需事先征得排序将被推后的有担保债权人的同意（见 A/CN.9/WG.V/WP.58，第 187-190 段）。

[工作组注意：工作组似宜考虑更加详细地讨论程序启动后的融资的优先权，包括对启动后的有担保债权人授予相对已有有担保债权人的优先权时可以接受的最低限度条件。]

f. 重组计划

28. 重组程序的主要目标是通过制定挽救计划使债务人企业的价值（和对债权人的回

报)达到最大化(见 A/CN.9/WG.V/WP.58, 第 261-286 段)。在制定计划时中止程序可使有担保债权人推迟行使权利, 但又不需要影响其实质性担保权。然而, 计划一旦制定, 即产生必须由谁批准才能生效的问题(关于由有担保债权人批准计划, 见 A/CN.9/WP.58, 第 276-277 段)。另一个问题是计划将可能对谁具有约束力。如果有担保债权人不受计划的约束, 并且最终有权获得其担保权的充分经济价值, 那么便不需要由有担保债权人批准, 因为其权利将不会受到影响。

29. 但是, 因为只有有担保债权人获得的是并非其有保债权的充分价值时, 重组才有可能是可行的, 因此, 大多数破产制度都要求在批准计划时债权人必须占债权的某个大多数的数量和数额。有些法域允许有担保债权人作为一个整体就拟影响其债权的计划进行投票表决。虽然整体投票批准计划后对持有异议的有担保债权人具有约束力, 但这些制度通常要求必须让持有异议者至少可以得到在清算程序中将可得到的数额。

30. 在大多数破产制度中, 必须由法院确认拟议的重组计划。在这类法域中, 破产法可能列出了法院可据以否定计划的理由。这些理由包括拟议的计划可能是不可行的, 因为有担保债权人不受计划的约束, 而且可能从需按计划执行的企业中拿走重要设押资产。在这些情形下, 一些制度规定, 如果满足了某些条件, 法院可令有担保债权人受计划的约束。这些条件包括下令采取措施为担保权的经济价值提供充分的保护。

[工作组注意: 工作组似宜考虑在庭外调整结构安排的情形下对担保权如何处理, 在这方面, 应考虑到第五工作组(破产法)的有关讨论(见 A/CN.9/507, 第 244 段和 A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1)。]

B. 小结和建议

31. 担保交易制度应制定明确的优先权规则, 便利强制执行和承认当事人意思自治。任何例外情况都应当有限、明确和具有透明度。

32. 原则上, 设押资产应纳入破产财产中。已作了保留所有权或转让所有权安排的资产(见第三章, A.3 节)是否应构成破产财产的一部分, 取决于这种类近担保机制是否已归属于担保权的某一大类。

[工作组注意: 工作组似宜考虑转让所有权或保留所有权安排是否应归属于担保权的某一大类。]

33. 如果按规定有担保债权人必须参加破产程序, 那么破产制度应确保这种参加可充分有效保护有担保债权人的利益。

34. 因为以清算破产债务人资产为目的的破产程序与以挽救破产债务人企业为目的的程序二者有别, 所以在这两种程序中应当对担保权作不同的处理。

35. 除少数例外情况(见第 13 段)之外, 当破产程序是清算程序时, 中止执行担保权的必要性不如在重组程序时那么迫切。中止措施的实行、期限和免于实行中止措施的理由应作相应的改动。总之, 如果因中止措施而推迟了有担保债权人执行其担保权的权利, 那么有担保债权人应当获得保障, 以确保其担保权的经济价值受到充分的保护。

[工作组注意: 工作组似宜考虑关于在破产程序外确定应由谁处分设押资产的同样政策在破产程序中是否也一般适用。]

36. 除非有任何撤销行动, 否则在破产程序启动前设定的担保权在破产程序中同样有效。

37. 作为一般规则，破产程序不应改变破产程序启动前有担保债权所占有的优先地位。关于任何必要例外情况的确定性和透明度将有助于限制对信贷供应量和成本的负面影响。

[工作组注意：工作组似宜考虑以设押资产上的新设担保权作保的启动后融资是否应优先于原已在同一资产上拥有担保权的有担保债权人。如果优先，那么在什么条件下优先。]