

亚洲破产法改革论坛 2006

中国 北京, 2006 4月27-28日

贸易法委员会破产立法指南

Jenny CLIFT

Senior Legal Officer and Head, Technical Assistance and Coordination
United Nations Office of Legal Affairs

背景

1992年, 贸易法委员会举办了一届题为“21世纪统一商法”的大会, 探讨在过去的25年里统一国际贸易法所取得的成就, 更重要的是, 确认未来25年需要做的工作。虽然贸易法委员会没有就破产法开展任何工作, 但是破产法作为将来可以开展工作的领域被提出。然而, 仍有所保留。一个与会者的看法是:

“...考虑统一破产法是不实际的...不同的法域: 在国际贸易法变革中, 我们为时过早地望各国具有相似的破产法以促进国际贸易...在国际破产领域, 我们能把问题降低到一个更容易处理的层次... (Carl Felsenfeld教授)”

这些注意到的困难迫使我们寻找破产法中一个能得出结果的领域。此时, 由于涉及国际方面的破产大量增加, 对跨国界破产问题的关注也随之提高。一个能解决协调和合作问题的正式框架的缺乏指明了贸易法委员会可能的工作领域, 1997年贸易法委员会采纳了《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

二十世纪90年代的各种金融危机暴露了受影响国家的破产和债务人-债权人法以及国际金融体系结构的弱点。破产法的效力和实践重新成为各国际论坛的主题。人们越来越认识到加强国家破产制度的严肃性和紧迫性, 破产制度不仅作为一种预防危机的手段也是管理危机的方式, 一些国际集团和组织开始研究提高和加强国家破产制度的方法。在1992年大会中的看法已经不可行了, 90年代末期, 提上国际法律议事日程已势在必行了。

建议

1999年, 贸易法委员会收到一项来自澳大利亚的建议, 它提出应就协调破产实体法开展工作。该建议之所以被提交到贸易法委员会是由于《贸易法委员会跨国界破产示范法》的成功推行, 同时也因为贸易法委员会的工作方式提供了广泛参与讨论的机会。其中侧重点集中在公司破产问题上, 以G22国际金融危机工作组在1998年4月的报告中所指出的关键原则及其特征为基础, 目的在于促进并鼓励各国采用有效的公司破产制度。

在1999年末初期工作完成后, 委员会于2000年中期授权第五工作组(破产法)编写一份阐述强有力的破产、债务人-债权人制度的关键目标和核心特点的综合说明, 包括对庭外重组的考虑, 以及一份载有实现这种目标和特点的灵活方法的立法指南, 包括对各种可能的替代方法以及所意识到的这类方法的利弊的讨论。

为了征询国际破产界对指南中拟包括的破产制度关键目标及核心特点范围的意见, 2000年12月委员会与国际破产协会和国际律师协会联合举办了一期国际研讨会。150多名来自学术界, 私营业, 司法机关, 众多政府及政府机构的专家参加了研讨会。在为期三天的会议结束时, 与会者达成一致共识认为该项目是值得赞赏的, 并且就指出了有效的破产制度之基本要素, 同时向贸易法委员会提交了一份建议指出该项目应当得到进一步的发展。

起草立法指南

第五工作组于2001年7月审议了破产法立法指南草案的第一稿，审议工作持续了七届为期一周的会议，2004年3月下旬举行了最后一次会议。总共87个国家，14个政府间机构和13个非政府组织参与了编写工作。2004年6月14日至21日在纽约举行的贸易法委员会第三十七届会议对《破产法立法指南》草案进行了最后协商，2004年6月25日协商一致通过案文。联合国大会于2004年12月2日签署了第59/40号决议。

为确保在破产中对担保权益的处理，第五工作组与正在拟订担保交易立法指南的贸易法委员会第六工作组（担保权益）进行（并保持）了密切的协作。

整个进程中的关键因素是国家、政府及非政府组织与秘书处（其促使《破产法立法指南》在实质上和内容上均达成一致）之间的持续互动与合作。一致协商是建立在普通法系和大陆法系，不同的文化、政治传统和语言共同参与的基础上。该进程最终取得了一个平衡债务人，债权人和股东在破产中的利益的方法，强调了重整现有企业的重要性而不仅是清算和终止这些企业，同时也提高了透明度和可预见性。

联合国大会签署决议

联合国大会决议将《破产法立法指南》推荐给各成员国，并就《破产法立法指南》的需求性、时效性和根本目的做了强调说明。其认识到强有力、高效能、高效率的破产制度作为促进经济发展和投资的手段对所有国家的重要性，考虑到人们日益意识到，重整制度对于企业和经济的复苏、创业活动的发展、就业机会的保证以及资本市场的资金供应都具有关键的重要性，又认识到为贷款目的对这种制度进行比较分析正变得越来越普遍和重要，与所有经济发展水平的国家都具有关系。进一步注意到社会政策问题，包括利益相关者在破产债务人中的利益，对设计破产制度的重要性。最终认识到通过广泛多方面参与的国际谈判过程就破产引起的关键经济、法律和立法问题达成的解决办法，对于未建立有成效和有效率的破产制度的国家以及正在审查本国破产制度并使之现代化的国家都是有益的。

大会还认为《破产法立法指南》为建立一个协调一致的破产法框架作出了很大贡献，无论对尚未建立高效能、高效率破产制度的国家，还是对正在审查本国破产制度并使其现代化的国家，都会有所帮助，并建议所有国家在评估本国破产法制度的经济效率和修订或通过有关破产的法律时适当考虑《破产法立法指南》。

破产立法指南的内容与范围

《破产法立法指南》的目的是为了协助建立一个高效和有效力的法律框架，以解决债务人的财务困境。其目的是为了国家机关和立法机构在制定新的法律法规或审查现行法律法规是否完备时用作参考。本指南所提供的建议旨在平衡兼顾尽快和尽可能高效地解决债务人的财务困境的需要和与该财务困境有关的各当事方——主要是债权人和其他在债务人的业务中有利害关系的各当事方的利益以及各种公共政策考虑。本指南讨论了与制订有效力和高效的破产法有关的核心问题，尽管各国的政策和立法处理上多有不同，这些问题在许多法律制度中都得到确认。本指南侧重依据破产法启动的并根据该法运行的破产程序，重点强调针对债务人的重整。债务人是指从事经济活动的法人或自然人。与从事非经济活动的个人（例如消费者）的破产相关的特有问题的讨论。

本立法指南还讨论了日趋增多的解决破产的其他工具的使用及其重要性，尤其是债务人与其主要债权人之间自愿进行不受破产法约束的重组谈判。除了论及国内破产法的要求之外，本指南编入了《贸易法委员会跨国界破产示范法》的案文及其颁布指南，以便利审议跨国界破产问题。然而，应予以指出的是，对示范法的使用通常有别于立法指南。具体地说，示范法属于建议各国作为本国法律一部分加以颁布的法规，而不论对其修改与否。示范法通常会就某一专题从法律上提出一整套解决办法，所使用的措词有助于将示范法的各项条文直接纳入国内法。另一方面，立法指南侧重于向立法者和其他使用者提供指导，为此原因，立法指南通常会列入大量评注，就相关

问题展开讨论和分析。目的并不是要将立法指南的各项建议作为国内法一部分加以颁布。因此，其将概述在国内法中应该解决的核心问题，附有一些建议，就如何草拟某些立法条文提供具体指导。

本立法指南并不针对有效力和高效的破产法的核心问题提供单独一套示范解决办法，而是协助读者评估现有的各种不同做法，从而选择对于国内或当地情况最为适合的一种方法。本指南各章的第一节附有评论，其中指明了在拟定破产法时应予考虑的关键问题并对不同的破产法所采取的各种做法作了论述和分析。各章的第二部分附有一套立法原则建议，更加具体地阐述在破产法中应如何处理这些关键问题，其中包括说明在破产法中就某一专题列入相关条款的用意，以及对所建议列入这些条款的内容的简述。这些建议旨在协助建立高效和有效力的破产法立法框架，使之反映破产法领域的现代发展和趋势。这些建议根据所涉问题的情况而详略有别。有些建议采用立法语言来详述破产法处理某具体问题的方式，反映出对拟采取的具体做法意见高度一致。另外一些建议指出了破产法就某专题必须解决的关键要点，并提供了几种可能的备选做法，表明存在着可能必须加以考虑的不同的政策和程序性问题。

建议使用者结合评论阅读立法建议，因为评论提供了有助于加深理解立法建议的详细背景信息，而且还论及未作为建议而具体列入的问题。鉴于担保债权人对于破产程序至关重要以及破产法对担保债权人的处理所涉及的政策考虑，还鼓励本立法指南的使用者考虑到第六工作组（担保权益）的工作和未完稿后的《贸易法委员会担保交易立法指南》。

本指南中的各条建议并不涉及其他法律领域，尽管正如指南通篇都会提到，这些其他法律对破产法的制订和根据破产法启动的破产程序的运行都有影响。此外，一套破产制度的成功实施需要在建立适当的立法框架之外采取各种措施，特别是具备完备的基础制度设施、组织能力、专业技术知识和适当的人力财力资源。尽管这些问题都放在评论中讨论，除了与被指定管理破产财产的破产专业人员有关的问题之外，一般不在立法建议中涉及。

关键问题

《破产法立法指南》的第二部分关于有效和高效率的破产法的核心条文分为六部分，分别是资格和管辖权，启动标准（第一章）；程序启动时的资产处理（破产财产，适用中止，资产的使用和处分，启动后融资，合同的处理，撤销程序，抵消，净额结算与金融合同-第二章）；参与者（债务人，破产管理人，债权人-第三章）；重整，包括简易重整（第四章）；程序的管理（申报，优先顺序和分配，对公司集团的处理-第五章）；程序的终结（债务的解除和程序的终结-第六章）。

《破产法立法指南》论述了一系列在FAIR 2006中讨论过的问题，包括了非正式之和解；简易重整；基础制度设施，优先权；债权人参与；对公司集团和跨国界破产的处理。下面将简要介绍在《破产法立法指南》中对这些问题的处理。

非正式之和解和简易重整程序

（第一部分，第二章，第2-18段；第二部分，第四章，第76-94段和建议160-168）

虽然焦点主要集中在由破产法指导下的正式破产程序，但是《破产法立法指南》也认识到了非正式之和解（自愿重组谈判）作为解决债务人财务困境机制之一的重要性。虽然这类过程并不依据或依赖于破产法的规定，但立法指南意识到这类谈判的使用成功却在很大程度上取决于所存在的和可利用的有效和高效的破产法和支持性机构框架来提供制裁，这样才能使自愿谈判获得成功。

基于这种认识，《破产法立法指南》包含了一章“简易重整程序”，该章涉及了非正式谈判和正式破产程序相结合的程序使用并就这一程序在立法条文的内容上提出了一系列建议。非正式或庭外和解谈判作为一种重整计划往往由于债权人需要对改变某些类别现有债务的偿还期，个别债权人采取强制行动损害其他债权人的能力，和债权人拒不同意一项最符合大多数债权人利益的重整计划的能力而受到阻碍。在非正式谈判中，只有当寻求到一些能不需要那些拒绝同意的债权人的

同意而修改他们的权利的方法时，重整的计划方能在法院的全面监督之下的重整程序中实施。

“简易”程序的目的在于使谈判达成的协议和启动程序进入法庭以确保协议得到批准。一旦程序启动，就可以利用庭外达成的协议加速实施。破产法某些条文将不能适用，例如：提出债权的条款，破产管理人的指定，计划的批准；同时其他条款可以使用，例如：适用中止，计划的效力和债权的解除。

简易程序通常不会涉及所有债权人。大型机构债权人会被包括进来，同时例如贸易债权人和雇员等将继续在债务人正常营业过程中获得偿付，除非他们之间的协议要求已商定的计划得以实施。通常那些满足启动法院监督程序要求或者那些处于财务困境而很可能不能够支付他们的到期债务的债务人才有权申请简易程序。本指南认识到在简易程序下对不同谈判达成的协议的债权人的保护应当与在正式重整程序下对持反对意见的债权人的保护实质上的一致。

《破产法立法指南》对简易程序提出以下建议。

立法条文目的

条文涉及的破产程序结合了两个方面，一方面是自愿重组谈判和接受计划，另一方面则是根据破产法实行快速程序，以便法院确认该计划。条文的目的在于：

(a) 确认自愿重组谈判是挽救财务困境企业的一种成本效益良好和行之有效的行有效的手段，一般涉及调整对贷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组至关重要，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) 根据破产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，维护自愿重组谈判的良好结果；

(二) 可尽量减少拖延时间和支出，并确保在自愿重组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) 实体性要求与破产法规定的重整程序相同，包括保障措施也基本相同，但时间期限缩短；以及

(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破产法的各项要求暂缓适用。

立法条文内容

简易重整程序的启动

160. 破产法应规定，凡债务人有下列情形的，可根据其申请启动简易程序：

(a) 已经或可能全面丧失支付其到期债务的能力；

(b) 已谈判了一项重整计划，且该计划已为每一类受影响债权人所接受；以及

(c) 符合关于启动破产法所规定的正式重整程序的司法管辖权要求。

161. 破产法可补充规定，凡债务人有下列情形的，可根据其申请启动简易程序：

(a) 债务人资不抵债或可能资不抵债的；以及

(b) 符合建议160(b)项和(c)项要求的。

申请要求

162. 破产法应规定申请启动简易重整程序时应附上下列补充材料：

(a) 重整计划和披露说明；

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

(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未受影响的债权人同意不变更或不影响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破产法规定的多数接受了该计划；

(e) 财务分析或其他证据，表明该计划符合所有适用于重整的要求；以及

(f) 在自愿重组谈判过程中成立的任何债权人委员会的成员名单。

启动

163. 破产法应规定申请启动将自动启动程序，或规定须由法院就债务人是否满足了建议160或161的要求迅速作出裁定，如已满足，则启动程序。

启动的效力

164. 破产法应规定：

(a) 适用于正式重整程序的破产法规定也将适用于简易程序，除非按规定作出改变或不适用；

(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受其影响的个别债权人、各类债权人和股东；

(c) 自愿重组谈判过程中成立的任何债权人委员会应视作根据破产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法院庭审。

启动通知（第87段和第一章，第64-71段和建议22-25）

165. 破产法应规定简易程序的启动通知应发至受影响的债权人和受影响的股东。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；

(c) 就其他当事人所称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

166. 破产法应规定，在下列情况下，法院将确认计划：

(a) 计划符合在对正式重整程序的计划确认时就受影响的债权人和受影响的股东所适用的实体性要求；

(b) 在自愿重组谈判期间向受影响的债权人和受影响的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征集活动均符合准据法；

(c) 未受影响的债权人在正常经营过程中得到偿付，未经其同意，计划不变更或影响其权利或债权；以及

(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整的要求。

经确认后的计划的效力

167. 破产法应规定，经法院确认的计划，其效力仅限于债务人和那些受计划影响的债权人和股东。

经确认后的计划的执行失败

168. 破产法可规定，债务人发生对计划条款严重违约时或无能力执行计划时，法院可以终结司法程序，利益方可以行使其法定权利。

启动后融资

（第二部分，第二章，第94-107段和建议63-68）

为了最大化对债权人的回报，无论是清算或者重整，在破产程序中破产管理人必须有足够的流动资产继续运营企业。破产财产应该有足够的流动资产，包括现金或可转换成现金的其他资产（例如应收款的预期收益），来应付不超过债务人之原已存在的债权人有效担保权益的预期开支。当流动资产或现金流量不足时，破产管理人必须设法从第三方获得融资。通常，第三方与在破产程序开始前将贷款提供给破产债务人的供应商和贷款人是同一人，他们通常只有在得到适当的偿付保证（对破产财产的资产享有优先债权的形式或以破产财产的资产提供担保权益的形式）时才愿意提供必要的贷款。

在任何一个这些融资安排中（统一称作启动后融资），《破产法立法指南》认识到，原已存在的担保债权人的权利的经济价值应受到保护，例如通过定期偿付，或以额外资产提供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抵押的资产。

《破产法立法指南》对启动后融资提出以下建议。

立法条文目的

关于启动后融资的条文的目的是：

- (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；以及
- (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。

立法条文内容

吸引和授权启动后融资

63. 破产法应在破产管理人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的价值是必要的情况下，为破产管理人获得启动后融资提供便利或动力。法律可要求由法院授权或由债权人同意是否提供启动后融资。

启动后融资的优先权

64. 破产法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。

启动后融资的担保

65. 破产法应规定对启动后融资的偿还提供担保权益，包括在未抵押资产（含启动后获得的资产）上设定的担保权益或破产财产中已抵押资产上设定的次级或较低优先的担保权益。

66. 法律¹应规定，除非破产管理人征得现有担保债权人的同意或者遵循建议67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。

67. 破产法应规定，如果现有担保债权人不同意，法院仍可批准设定优先于先前存在的担保权的担保权益，但要满足特定条件，其中包括：

- (a) 给予现有担保债权人向法院申述的机会；

¹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。

- (b) 债务人可以证明其无法以任何其他方式获得融资；以及
- (c) 现有担保债权人的利益将得到保护。

转换程序对启动后融资的影响

68. 破产法应规定，在重整程序转换为清算的情况下，在重整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。

基础制度设施

《破产法立法指南》意识到破产法是整个商业法律制度的一部分，它的正确适用不仅大大依赖于一个成熟的商业法律制度，而且也大大依赖于一个成熟的司法体制框架。因此，在制订或改革破产法的过程中，所作的选择将需要与现有机构的能力紧密相关。只有在法院和负责执法的官员拥有必要的能力向破产制度的受益者提供最有效、最及时和最公正的结果时，破产制度才会行之有效。如果尚不具备这种体制能力，则十分可取的做法是，在对破产法进行改革的同时进行体制改革，为此，建立和维护必要体制框架的成本将与提供一种高效率、有效和公众信赖的制度所带来的利益相权衡。尽管详细讨论发展或提高这种体制能力的办法超出本《立法指南》的范围，但也可以提出一些一般性意见。

指南观察到在制订破产法时，似应考虑在多大的程度上需要法院监督破产程序，以及它们的作用是否可以在程序的不同阶段加以限制或者通过债权人和破产管理人等其他参与者发挥作用加以制约。为了减少法院根据破产法履行的职能，而同时又加以必要的制约和制衡，破产法可对其他参与者，例如破产管理人和债权人，或对其他机关，例如破产管理机关或公司法人管理机关，指定其特定的职责。破产法可以规定，例如，除非出现对其中某个问题的争议情况外，破产管理人有权不必经过法院干预而就一些问题作出决定，这些问题包括核实和承认债权，是否需要启动后融资，放弃对破产财产没有价值的抵押资产，出售主要资产，启动撤销权诉讼和对合同的处理。这种方法的使用取决于是否有一批称职的专业人员来担任破产管理人。

对破产案中涉及的有时十分复杂的商业问题，法院的处理能力常常不仅是一个具体法律和商业做法的知识和经验问题，而且是一个该知识和经验是否是最新的和是否定期更新的问题。为了解决司法能力的问题，特别强调对法院人员（不仅对法官而且对书记员和其他法院行政管理人员）的教育和继续培训，将有助于对破产制度提供支持，使之拥有有效和高效地承办破产案的能力。

与法院监督破产案的能力有关的另一项考虑是破产法中强制部分与自由裁量部分之间的平衡问题。虽然自动启动或中止的自动适用等强制性内容可以给债务人和债权人带来很大程度的确定性和可预测性，并且可以限制要求由法院审议的事项，但如果这类内容太多也有可能导致僵化。自由裁量的办法可以让法院在考虑到先例、公众利益和受判决影响者的利益和市场状况的情况下对事实和案情加以权衡。然而，在法院不具备权衡这些考虑所需的知识或经验或及时作出反应所需的资源的情况下，这种办法也可能对法院造成负担。在破产法要求由作出决定机关如法院行使自由裁量权的情况下，最好还要规定关于正确行使这种自由裁量权的适当准则，尤其是在涉及经济或商业问题时。

破产制度的执行不仅取决于法院，还取决于参与破产程序的专业人员，无论他们是破产管理人、法律顾问、会计人员、估值专家还是其他专业顾问。制订专业标准和进行培训可以有助于提高能力。似应评估哪些破产管理职能是真正的公共职能，交给公共部门履行更妥当，以此确保破产制度行之有效所需要的信任和信心，同时评估哪些职能可以通过为破产过程的私营部门参与方提供鼓励措施而得以履行。破产管理人可能就是一个例子。

优先顺序

（第二部分，第五章，第51-79段和建议185-193）

《破产法立法指南》认识到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。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并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。

《破产法立法指南》同时也意识到除根据债务人与其债权人之间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整（对启动后融资给予优先）。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。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、分配和根据重整计划确定债权人类别上有某种透明度和可预测性。

《破产法立法指南》根据不同类型的债权对优先顺序进行了具体讨论，包括，例如：担保债权人的债权，破产管理费用和开支，员工和税收债权，企业主和股东以及和债务人有关系的人（相关人）。

《破产法立法指南》对优先顺序提出以下建议。

立法条文目的

关于优先权和分配的条文的目的是：

- (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；以及
- (c) 具体规定允许分配优先权的有限情形。

立法条文内容

受到破产程序启动影响的债权人的类别和待遇

185. 破产法应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

186. 破产法应确定从破产财产中清偿债权的顺序。

优先债权（第53和67-71段）

187. 破产法应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优先得到清偿的任何可能的债权类别。

担保债权（第62-65段）

188. 破产法应规定，应以清算中的抵押资产或根据重整计划清偿有担保的债权，但须从属于可能存在的、优先权高于该担保债权的债权。应尽量减少优先权高于担保债权的债权并应在破产法中将其明确列出。抵押资产的价值不足以清偿担保债权人债权的，该担保债权人可在所余限度内作为普通无担保债权人参与。

担保债权以外其他债权的排序（第66-79段）

189. 破产法应规定担保债权以外其他债权按以下顺序排列：

- (a) 程序管理费用和开支；
- (b) 有优先权的债权；
- (c) 普通无担保债权；

(d) 递延的或根据法律排序居次的债权。

190. 破产法应规定，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。

债权人参与

(第二部分，第三章，第75-115段和建议126-136)

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。作为一般的主张，许多破产法规定，通过指定破产管理人来保障这些权益，出于一些不同的原因，许多破产法也为债权人直接参与程序提供便利。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（取决于任命破产管理人的方式），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，并对破产管理人的行为进行监督，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。在考虑促进债权人深入参与的可取性时，必须考虑到需确保债权人代表机制的效率和成本效益，防止债权人参与将对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）。

指南论述了各种可能利于债权人参与的方式和不同的方式如何实施。《破产法立法指南》对债权人参与和他们的权利及义务提出以下建议。

立法条文目的

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；以及
- (d) 规定债权人委员会或其他代表的职能和职责。

立法条文内容

保密（第28，52和115段）

111. 破产法应为保护债务人提供的或关于债务人的商业上敏感的或机密的资料作出规定。

债权人的参与（第75-87段）

126. 破产法应规定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（第96-98段）

127. 破产法应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。特别是破产法应当要求债权人就批准或拒绝一项重整计划进行表决。

召集债权人会议（第91-94段）

128. 破产法可以要求在程序启动后一定时间期限内召集第一次债权人会议讨论破产法规定的事项。破产法还可以允许法院、破产管理人或持有无担保债权总价值一定百分比的债权人集体请求召开债权人任何其他会议，并规定可予召开此类会议的具体情形。破产法应规定由哪一方负责通知债权人召开此种会议。

债权人的代表方式（第88-90段）

129. 破产法应促进债权人积极参与破产程序，例如通过债权人委员会、特别代表或其他代表机制。

破产法应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，指定单独一个委员会或一个代表不利于债权人的参与，破产法可规定指定若干个不同的债权人委员会或代表。

130. 如果破产法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。破产法应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（第101-106段）

131. 破产法应规定哪些债权人资格被指定为委员会成员。不能被指定为债权人委员会成员的债权人包括相关人和其他出于任何原因可能不会不带有偏见的人。破产法应规定，在债权人资格被指定为委员会的成员之前，债权人的债权是否必须先得到承认。

指定债权人委员会的机制（第107-109段）

132. 破产法应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（第110-112段）

133. 破产法应规定债权人委员会在破产程序中的权利和职能，其中可以包括：

- (a) 向破产管理人或占有中债务人提供咨询和协助；
- (b) 参与制订重整计划；
- (c) 接收关系到本类别债权人切身利益的事项的通知，并就此类事项接受商议，包括有关在正常经营过程外出售资产的事项；
- (d) 随时听取破产管理人意见的权利；以及
- (e) 在程序中提出申诉的权利。

债权人委员会对专业人员的雇用和报酬（第112段）

134. 破产法应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。破产法应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（第113段）

135. 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（第114段）

136. 破产法应规定债权人委员会成员的撤换理由并规定更替方法。

申述权和请求审查权（第117-120段）

137. 破产法应规定，利益相关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，利益相关方应有权：

- (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；以及
- (c) 请求提供破产程序为其设置的任何救济。

上诉权（第121段）

138. 破产法应规定，利益相关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。

对公司集团的处理

(第二部分, 第五章, 第82-92段)

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。

在涉及公司集团内一家公司的破产程序中, 有三个问题需要特别加以注意:

(a) 该集团中任何其他公司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”)的责任;

(b) 对集团内债务(集团内相关公司对债务人公司的债权)的处理; 以及

(c) 集团内一家公司对集团内一家相关公司启动破产程序。

考虑到这个问题的复杂性, 《破产法立法指南》中的讨论仅意在作为对其中一些问题的简要介绍而没有提出建议。

在指南完成时, 贸易法委员会收到一个建议指出应在指南中涉及的问题基础上, 对公司集团的处理展开进一步的工作。2005年11月在维也纳举行的国际破产研讨会上, 该建议被详细的讨论。研讨会的报告指出, 根据学术讨论会的讨论情况可以得出的结论是, 公司集团已成为世界贸易中日益重要的一种工具; 公司集团一个或多个成员在国内或国际环境下破产所遇到的种种困难, 证明委员会有必要开展进一步工作。此种工作可采取制订一种向各国提供可能的立法指导的案文的形式, 协助它们处理在国内和跨国界破产中处理公司集团的具体问题。

鉴于2006年7月即将召开的年会, 贸易法委员会秘书处向委员会建议应将该议题提交工作组审议。

跨国界破产

(附件三)

指南确定破产法的关键目标是建立跨国界破产的框架以“促进不同法域之间的协调, 便利协助管理在外国启动的破产程序。”虽然没有据地阐述跨国界破产问题, 但是指南建议:

5. 破产法应当有一个现代、统一和公平的框架, 以有效地处理跨国界破产事例。建议颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》。

贸易法委员会示范法和制定指南均包含在立法指南附件三中。

在指南完成时, 贸易法委员会收到一个建议指出应对跨国界破产领域展开进一步的工作, 特别是跨国界破产协议的谈判、使用和批准, 以利于协调贸易法委员会示范法在第27条d款中设想的跨国界破产案件。该议题在2006年11月的研讨会中也被讨论。研讨会的报告指出, 根据该讨论可以得出的结论是, 应该把在协议的谈判、使用和内容方面的现行法律和司法经验以某种形式提供给国际法律界。对此种经验加以利用即可拓宽《示范法》所规定的法律框架的基础, 补充并进一步推动此种法律框架的颁行, 推动得到第25-27条授权的协调与合作的落实以及协议的拟定和使用。此项工作须论及的问题可以包括: 便利和指导法院之间的通信(例如, 通知当事人、由当事人参与以及向当事人披露实质性问题)和有关协议实质内容的标准(例如, 对资产的管制和保护、协调资产的处分、启动后融资、债权的优先权、债权的备案和分类、对债权人的分配和实行重组)。

还可以在更广的范围内提供谈判而成的协议的实例。

鉴于2006年7月即将召开的年会, 贸易法委员会秘书处向委员会建议应将有关跨国界协议的议题放在工作组的议程上, 但可以通过与法官和破产问题从业人员的协商, 开展有关跨国界破产协议的谈判和使用方面实际经验的初步汇编工作, 可以将有关该工作的初步进度报告提交委员会2007年的会议进一步审议。