



Distr.: Limited
4 September 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第二十七届会议
2002年12月9日至13日，维也纳

破产法立法指南草案

秘书处的说明

目录

[指南草案的导言和第一部分见 A/CN.9/WG.V/WP.63 号文件，第二部分第一章见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 和 Add.2 号文件；第二章 A 节见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 号文件。第三至七章见其后的增编]

	段	次	页	次
第二部分（续）				
二. 申请和启动				2
B. 申请和启动标准	14-56			2
1. 导言	14-16			2
2. 申请标准	17-22			2
3. 清算	23-33			3
4. 重组	34-40			6
5. 程序问题	41-54			8
6. 破产程序的费用	55-56			11
建议	(17)-(26)			11



[...]中的段号系前版指南文本 A/CN.9/WG.V/WP.58 中的有关段号。

[...]中的建议号系前版文本 A/CN.9/WG.V/WP.61 和 A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 中的有关建议。

本文件用下划线标明对这些建议的补充部分。

第二部分（续）

二. 申请和启动

B. 申请和启动标准

1. 导言

14.[10] 申请和启动标准对于制订破产法至关重要。这些标准提供了申请启动破产程序的依据，有利于确定哪些实体可归入破产过程的保护和纪律机制的范围并确定由谁来提出申请，可以是债务人、债权人，也可以是其他当事人。

15.[11] 作为一般原则，可取的做法是，破产过程的准入条件应当力求方便快捷、费用低廉，以便鼓励陷入财务困境或破产的企业自愿接受这一过程。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，以及就是否能够在不同类型的程序之间转换而言，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¹。

16.[12] 关于启动破产程序之前必须达到哪些具体标准的问题，各国法律的规定是不同的。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. 申请标准

(a) 清算或现金流量标准

17.[14] 广泛用于启动程序的一项标准是所谓的清偿能力或现金流量标准，或称全面停付标准，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。借助这一标准，是为了在债务人财务困难期间尽早启动程序，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。等到债务人能证明其已经陷入更大的财务困难时才允许启动程序，如资产负债表破产(即该实体的资产负债表显示债务人的负债价值超过其资

¹ 关于这个问题，结合拒绝启动申请和撤销程序的问题进一步讨论。

产——下文讨论), 可能只会延迟必然要发生的事情, 减少要收回的资产。

18.[15] 采用全面停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而接受更低的利润, 甚至承担损失, 因此, 对于无力偿债的概念以及如何将其作为启动标准纳入破产法的问题, 或许要慎重考虑。

(b) 资产负债表标准

19.[17] 全面停止偿付标准的替代办法是资产负债表办法, 其依据是负债超过资产时即表明遇到财务困难。这种办法有实际局限性, 因为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, 除了债务人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, 这种办法还有其他一些不利之处。如果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²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, 这种办法就可能失精确。服务性企业的情形可能也是如此, 按照这一标准, 即使企业基本上是健全的, 但从技术上来说可能已经破产。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帐册、记录和财务数据³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。因此, 这种标准可能偏离实现价值最大化的目标。尽管可以用资产负债表办法来协助确定是否破产, 但考虑到上述种种原因, 这种办法的可靠性尚不足以构成确定破产的唯一依据。

(c) 设计启动标准

20. 破产法以不同的组合方式使用全面停付标准和资产负债表方法来确定启动标准。有些法律采用全面停付标准的简单形式, 规定债务人是无力履行到期债务的人。另一些法律采用这一标准时还添加了其他一些规定, 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。另一个办法是, 除了已经停止付款之外, 债务人必须是已经资不抵债, 例如, 确定资不抵债的办法是, 债务人因其负债超过资产而无力清偿到期债务。

(一) 即将破产 (可能的流动资金拮据)

21. 有些采用停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

² 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。

³ 帐面价值: 待补

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量侵权诉讼案的被告，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

22.[16] 启动标准的第二个方面是可以启动的程序的类型。在有些法律中，启动标准不论是以全面停付为依据，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

23.[13] 破产法通常规定清算程序应由债务人提起（通常称为自愿程序），或由一个或多个债权人提起（通常称为非自愿程序），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）自动触发破产程序（也称非自愿程序）。

(b) 债务人提出申请

24.[18] 许多破产法对债务人申请清算采用“全面停付”标准。从实际做法来看，债务人申请启动清算程序，通常是债务人无力偿债时的最后手段，在没有反对意见的情况下，这些要求并非严格遵守。有些法律反映了这种做法，这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。

(一) 规定债务人的申请义务

25.[19] 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载有这样的规定：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 天之内的期间内提出申请。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阶层启动程序的国家中，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，只会导致债务人不考虑真实的破产情况（而且不考虑是否真的需要清算或重组）而提出申请。对于有些破产基础设施并不完善，无力处理大量此种申请的国家来说，规定这样的义务还会造成额外的压力。

26.[19] 但是，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。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——见第二部分，第三章 B 节），或许是一种鼓励债务人尽早申请破产程序的更有效的手段。

(c) 债权人申请

27.[20] 许多破产法还对债权人申请清算采用停付要求，并往往另外还要求对债务应无争议。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停付标准，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，但要提供全面停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。为了完善全面停付的标准，以便于确定债权人需满足的最低举证义务，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案子中，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。

28.[20] 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，虽然可能显然该债务人在到期时将无法偿付债务。但是，制订一种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，特别是在涉及债务人的财务状况时。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。

29.[21] 除了对停付、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人）；并要求债权人不仅持有到期债权而且其债权应在债权价值中占有一定的份额（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）。另一种办法（对单个债权人提出的申请而言）的要求是，债务人需向法院提供资料，以便使法院能够确定，停付债务是因为与该特定债权人产生纠纷，还是表明缺乏流动资产。

30.[22] 要求由一个以上的债权人提出申请，往往是因为希望尽量减少单个债权人可能不正当使用程序的情形，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的话。不过，对于这个问题，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，处理这一问题时，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写法，因为币值一旦波动可能就需要修改法律），或者采用上一段落概述的程序，要求债务人向法院提供资料。另一种处理办法是，对由此产生的某些后果作出规定，例如，当债权人的申请是不当利用破产过程时，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营业的扰乱。

31.[23] 还可能有些债权尚未到期、但还有其他理由证明应启动破产程序的情形。这些例外情形可以包括：证据表明债务人正在以优先方式对待某些债权人；债务人在自己的财务状况问题上有欺诈行为。其中有些情况可通过适用关于欺诈的法律而不是在无破产证据的情况下适用破产法而得到更妥当的解决。

(d) 政府机构提出申请

32.[24] 如果任何实体停止偿付，破产法可给予某个政府机构（通常为检察机关或同等机构）或其他监督机构以启动清算程序的非专属权限。在此情形中，一般适用与其他债权人提出申请时所适用的相同的启动标准。

33.[24] 有些国家在认为启动程序符合公众利益时会为政府机构或其他机构启动破产程序提供基础较为广泛的权力。在此种情况下，不一定需要证明缺乏流动资金，这样一来政府就能够中止本来运营正常但却从事了某种欺诈或犯罪活动的企业的经营。此种监督权力只有在涉及实际破产指标的某些有限的情形中才是适当的，而且显然最好是在其他法律没有适当的补救措施情况下将此种监督权力仅作为最后的手段使用。在程序启动之前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，例如适用中止及任命一名临时破产代表，以处理当前情况，并由法院在这一时期结束时决定是否启动破产程序。此种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，也可将清算转为重组。这些条件可包括企业活动是合法活动，而且由破产代表或政府机构代为管理该实体。

4. 重组

(a) 债务人申请

34.[25] 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。与这一目标相一致的启动标准可能是这样一种标准，即不要求债务人一直等到全面停止偿付（即等到债务人缺乏流动资金）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情况时提出申请。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：债务人可随意提出申请，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（见第二部分，第一章），规定如果债务人估计今后将无力偿付到期债务（预期或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生存的真实或合理前景的证据，或债务人经济活力的证据。

35.[26] 可能有这样的说法，放宽启动标准会招致债务人滥用程序。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动合同，以便重新谈判债务，或敷衍债权人，不及时如数偿债。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。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。

(b) 债权人申请

36.[27] 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，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为债权人提供机会，以便通过继续经营和重组实体增加债权人的债权价值，所以或许不应把提出申请的能力仅给予债务人。债权人能否提出重组申请，对债权人能否提出重组计划（见第二部分，第五章）的问题也是至关重要的。一些国家持这样的立场：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。

37.[28] 对于债权人可以要求债务人进行重组的情形，分歧点是启动的标准。一种看法反映在采用与债务人申请重组情况下相同的预期缺乏流动资金标准的破产法中。不同的看法认为这种办法是站不住脚的，这不仅仅是因为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。为解决这些难题，启动标准可以要求债权人证明，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。这种做法的一个缺陷是，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。为了解决债权人获取有关资料时可能遇到的种种问题，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，但要注意的是，应当确保额外要求不会延误程序的启动，以免对资产价值实现最大化以及重组圆满完成的可能性造成影响。

38.[31] 有些法律采用另一种停付标准，要求由一定数目的债权人或持有一定总和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和付款，以支付启动程序的费用。⁴

39.[29] 启动程序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，有些破产法规定对启动程序自动适用中止，如果是这种破产法，则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，即可转换为清算程序）。在另一些制度下，可能需先获得评价资料再提出申请，因为一旦选择重组，即已预先假定重组给债权人带来的回报将大于清算。

40.[30] 由于这些原因，合适的做法可能是将同一启动标准适用于债权人提出的要求债务人清算和重组的申请（即全面停付）。此项标准与双轨法和单一法似乎不谋而合（见第二部分，第一章），不同的启动标准，不是视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停付，而是确定重组能否成功。

⁴ 此种付款也可为破产代表提供报酬（见第五章 B 节以及另见第二章 B 节第 7 段关于破产程序费用的讨论）。

5. 程序性问题

(a) 进程的开始

41. 破产法应具体规定如何提出破产申请。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，由债务人向公司监管机构提出申请而开始这一进程。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。

(b) 启动破产程序的决定

42.[32] 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，由主管法域的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，而是对这个机构作出决定有何要求。启动的条件要着眼于便利提早和方便地进入破产过程，这样不仅可以减少复杂性和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进透明度和可预见性。对于中小企业实体的破产来说，费用问题可能特别重要。

43.[33] 在涉及启动要求方面，有些破产法对自愿申请和非自愿申请加以区分。在有些法律中，债务人提出自愿申请，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，债务人不正当地利用这一过程逃债。比较来说，就非自愿申请而言，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。在另一些法律中，无论申请是自愿的还是非自愿的，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。如果评价过于复杂，而且在申请和启动之间有可能出现延误，那么在这一期间也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。如果采取这种做法，则为了不使这种评价过于复杂，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，破产法可就下述方面订立明确的规则：这一期间所欠债务优先偿还，债务人在这一期间有权处分资产，对评价期间发生的未经许可的交易可以撤销。

(c) 给作出启动决定规定时限

44.[34] 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。有些破产法就提出申请后作出启动决定规定了时限。这些法律通常对自愿申请和非自愿申请加以区分，对自愿申请通常能较快地作出决定。给非自愿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。

45.[34] 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，无法考虑到特定案子的具体情形，这样的时限可能是硬性规定的，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在当地的优先重点（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，即强调迅速决策的好处并对合理的期限提供指导，同时又承认当地的局限性和优先重点。

(d) 驳回启动申请

46.[15] 前几段提及由于不正当使用程序的问题或出于同符合启动标准有关的技术原因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自愿申请和非自愿申请的范例。驳回申请的主要依据是存在着下述情形：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，债务人以破产为由借机敷衍债权人，不及时如数偿还债务，或设法免除劳务合同等繁重义务，债权人使用破产取代（可能尚不完备的）索债强制程序，或者试图把有活力的企业排挤出市场或取得某种优惠付款。与此相关的一个问题是将清算申请或清算程序转换为重组申请或重组程序。（关于转换问题的讨论情况见第二部分第一章 C 节和第五章 A 节第 14 段）。如果有证据表明债务人或债权人不正当地利用了这一进程，破产法可规定，对滥用这一进程的当事人进行处罚，或不正当使用这一进程的一方当事人应向另一方当事人支付费用并视可能支付损害赔偿费。非破产法也可能会就补救办法作出规定。

(e) 启动通知

47.[35] 发出破产程序启动的通知是实现破产制度的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，以及所有债权人均能同样清楚地了解自愿程序的情况。

(一) 给债权人的通知

48.[36] 在自愿申请或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资格和破产的推定提出质疑（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有关当事人的利益。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，如果债务人的申请被驳回或者债权人受到鼓励后会采取最后的行动追讨债务，那么债务人的地位可能会受到不必要的影响。对于这些问题，不妨规定应在程序启动时通知债权人。

(二) 对债务人的通知

49.[37] 但是，在非自愿申请或债权人申请破产程序的情形下，债务人应有权立即接到申请通知，并应当有机会就其财务状况陈述意见和质疑债权人的债权（见第二部分，第四章，A 节）。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通知，根据是，这样做行不通或不利于实现某项申请的目的。这些情形可包括债务人或债务人管理层失踪，或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。如果法院规定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法院裁定的通知。

㈢ 对债权人以外其他当事人的通知

50. 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（尤其是如果债务人的邮件将需投寄给破产代表）、税务当局、社会服务当局和公司主管机构。

㈣ 提供通知的方式和通知的内容

51.[38] 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资料，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）以及如何提供资料。举例来说，虽然可以直接向已知的债权人发出通知，但为了通知身份不详的债权人，立法者还需规定在正式的官方出版物上或在广泛发行的商业性全国报纸上公布这一通知（见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 14 条）。可能需要考虑这一要求是否在所有情形下都具有成本效益。通知中必需的资料可能包括程序启动的影响（尤其是关于中止的适用——见第三章）；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；关于何种债权人提出债权的咨询性意见（即，附担保债权人是否必须提出债权——见第二部分，第四章，A 节）；未提出债权的后果及有关债权人会议的信息。

(f) 无资产的破产财产

52.[175] 符合启动破产程序标准的许多债务人都从未发展到被正式清算的地步，这是因为债权人认为，破产财产没有资产可用于支付破产管理费用，处在这种境地的债务人很少会采取步骤启动程序。某些破产法规定，如果法院作出无资产的评估，即可驳回启动申请。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（见第二部分，第四章，B 节）。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）。

53. 为了能够在正式程序下对显然无财产的债务人进行管理而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财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，或增进商业实体妥善管理的标准。资产将可能在清算前移出公司或移入相关的公司，而同时毫无担心受调查或将会适用法律的撤销权条文或其他民事或刑事条文之虞。设立管理机制可有助于纠正容忍这类侵权的任何错觉，如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。

54. 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；设立一个可从中拨款支付费用的基金；根据人员名单或轮换制度指定破产专业人员，目的是确保公平有序地分配所有破产案件，而不论有否资产。在这种机制下，国家将向破产代表支付规定的定期生活津贴，或由破产代表直接负担这些费用，并通常由其客户相互给予补贴（因为其报酬比率可作调整，以顾及无报酬的工作部分）。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，指出债务人为所拥有的未作保资产低于规定价值从而无法使清算得以进行的债务人。

6. 破产程序的费用

55. 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造成该程序所必须承受的费用负担过重，致使债权人望而却步，破产程序基本目标无法实现的情形。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很大，债权人为数很多，但所拥有的债款较小，其单个债款可能无法支付申请程序的费用的情形，或破产财产的资产为数很少的情形，这一点也尤其重要。

56.[39] 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、低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。有些法律在要求作为对支付程序费用的保证而支付款项的同时，又规定如果有足够的资产，而且雇员等某些债权人免于提供所需担保，则可使用破产财产退还所支付的款项。其他法律规定，作为启动的一种条件，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，或根据关于无资产破产财产的规定来处理这种申请（见上文）。

建议

立法条文的目的

关于破产程序申请和启动标准的条文的目的是：

- (a) 便利债务人和债权人利用破产法提供的补救方法；
- (b) 确定对破产程序和由进行破产程序引起的任何事项具有管辖权的法院；
- (c) 建立透明的、有确定性的申请和启动标准；
- (d) 有利于破产程序申请的提出和以迅速、有效及有成本效益低费的方式得到处理；
- (e) 为程序启动通知确立有效的要求；
- (f) 建立基本的保障以防债务人和债权人因可能不适当地使用[破产法]申请程序而受影响。

立法条文的内容

申请的资格

17[(16)] 破产法应规定启动破产程序的申请须向规定的法院提出，并应明确指出谁可提出申请。这应包括债务人和债权人。

启动标准

18[(17)] 破产法应规定破产程序（清算和重组）的启动标准应是：

- (a) 就债务人申请而言，该债务人没有能力或将没有能力在其债务到期时偿付其到期债务[或者，其债务额超过了其资产价值]。
- (b) 就债权人申请而言，债务人没有能力偿付其到期债务[或者，其债务额超过了其资产的价值]。

推定债务人无偿付能力

变式 1

(19)[(18)] 破产法应可规定，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。⁵

变式 2

(19)[(18)] 破产法中可包括一项推定，即在特定情形下推定债务人没有能力偿付其债务，以便促进由一个或多个债权人启动程序。⁶这种情形可包括：

- (a) 债务人未能向特定数目的债权人偿付，无论所涉及的是若干到期债权（例如一个或多个到期债权）、到期债权的特定价值（例如……），还是二者兼有之；以及
- (b) 对到期债务无合法争议或该债务不会被等同于或大于该债务额的数额所抵销。

债务人申请的启动

20[(19)] 如债务人提出启动申请，破产法应规定应由以下任一方式启动程序：

- (a) 通过申请，作为程序的自动启动；或者
- (b) 通过法院，法院应按要求其尽快决定是否应启动破产程序。

债权人申请的启动

(21)[(20)] 如债权人提出启动申请，破产法应要求：

⁵ 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。

⁶ 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。

- (a) 将该申请的通知尽快送达债务人；
- (b) 给债务人以机会对该申请作出答复；以及
- (c) 法院尽快决定是否应启动破产程序。

启动通知

(22)[(21)] 破产法应规定，破产程序启动通知应酌情以有成本效益的方式在诸如政府官方公报等某一出版物或某一广泛发行的全国性报纸上普遍公布，或通过[适当的][有关的]公共登记处[以电子或其他手段]予以公布。

(23)[(22)] 破产法应要求对所有已知债权人（其名字可从债务人帐册和记录中找到）作个别通知，除非法院认为在当时情况下采用某种其他或新的通知形式更为妥当。

(24)[(22)] 破产法应要求程序启动给债权人的通知应载明：

- (a) 任何适用的提出债权的时间期限、提出债权的方式和可提出债权的地点；
- (b) 提出债权所必要的程序和任何形式的要求；
- (c) 未能提出债权的后果；以及
- [(d) 有关债权人会议的资料。]

对程序启动申请的否定

(25)[(23)] 在法院（无论是根据债务人的申请还是债权人的申请）作出启动程序的决定情况下，⁷如果法院认定以下情形属实，则破产法应允许法院否决该项申请或拒绝启动程序：⁸

- (a) 该项申请是对破产法的不正当援用；
- (b) 在债权人申请的情况下，对债务有合法争议或该债务会被等同于或大于该债务额的数额所抵销；或
- (c) 在申请清算时，[债务人是无偿债能力的]不符合启动标准。

无资产的财产

(26) 破产法应论及对那些不含有任何资产的财产的处理。可采取各种方法，其中包括在法院经评估认为其中无任何资产后否定申请，或启动程序并任命一名破产代表管理财产，对于破产代表的任命及其报酬，可实行不同的机制[见第四章 B 节]。

⁷ 参见建议(20)和(21)。

⁸ 在某些情况下，程序一旦启动后，可能宜将其从清算转换为到重组，或从重组转换为到清算：参见第一章 B 节。