



Distr.: Limited
23 September 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第二十七届会议

2002 年 12 月 9 日至 13 日，维也纳

破产法立法指南草案

秘书处的说明

目录

[指南草案的导言和第一部分见 A/CN.9/WG.V/WP.63 号文件；第二部分第一章见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 和 Add.2 号文件；第二章的 A 和 B 节见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 和 Add.4 号文件；第三章的 A 至 D 节见文件 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-8；第四至第七章见随后各增编]

第二部分（续）	段	次	页	次
三. 破产程序启动时的资产处理				2
E. 撤销程序	151-189			2
1. 导言	151-157			2
2. 撤销标准	158-161			3
3. 可撤销的交易的类型	162-174			4
4. 可免于撤销的交易	175			7
5. 确定嫌疑期	176-178			7
6. 撤销程序的启动	179-187			8
7. 被撤销交易的对方的责任	188			9
8. 申请后和启动后合同	189			9
建议	(69)-(81)			10



	段	次	页	次
F. 抵销、净额结算和金融合同	190-202		12	
1. 一般抵销权	190-195		12	
2. 金融交易中的净额结算和抵销	196-198		13	
3. 金融合同的例外或开辟的例外	199-202		13	
建议	(82)-(88)		14	

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

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

第二部分 (续)

三. 破产程序启动时的资产处理

E. 撤销程序

1. 导言

151. [124] 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,或向某些债权人付款而将其他债权人排除在外,债权人也有许多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,此类活动的结果不利于一般的无担保债权人,他们不是此类行动的当事方而且得不到担保权的保护,因而此类活动也会损害处境类似的债权人平等待遇的目标。

152. [131] 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采用的广泛的一系列法律行为,其中包括转让、给付、担保、保证、借贷或注销。

153. [125] 许多破产法都包括了可追溯既往的规定,这些规定旨在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。其中包括减少了债务人净值的那些交易(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),或结果是扰乱了同类债权人之间平等分配原则的那些交易(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)。许多非破产法律也论及对破产范围之外的债权人有害的此类交易,但这些法律在破产情形中可能也具有相关性。在某些情况下,破产代表除了采用破产法的规定之外还能采用这些非破产法律。

154. [133] 在破产时交易之所以一般可予撤销,其中的若干原因包括:防止欺诈(例如,为了债务人以后的利益隐匿资产或为了使债务人实体的高级职员、股东或董事获益而进行的交易);坚持一般行使债权人的权利;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

在法院外解决的框架——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。

155.[125] 撤销权的主要目标是维护破产企业不动产的完整及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。虽然有这一目标，但也不应忘记，可能受此撤销权取消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，但这些交易在其发生的时间接近破产程序的启动时刻时会产生嫌疑。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。

156.[126] 人们对撤销权规则作了许多讨论，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应包括在内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，撤销权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。

157.[127] 如同破产法的一些核心规定一样，在拟定撤销权的规定时，需要在竞合的社会利益之间求得平衡，例如在为所有债权人的利益使破产财产价值最大化的强权必要性和合同可预见性和确定性的可能削弱之间求得平衡。甚至在破产法采用广泛意义上的撤销权的情况下，这些权力的行使也可能须遵守有助于提供商业确定性和可预测性的明确标准。

2. 撤销标准

158.[128] 各国破产法之中，为撤销权诉讼建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。

159.[128] 一种办法强调依靠普遍化的客观标准来确定交易是否可撤销。问题将是，例如，交易是否在申请启动破产程序之前或破产程序启动前的一段规定的时期（常常称作“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，为转让的资产或承担的债务（无论债务或债务关系是否到期）或交易当事各方之间的相互关系提供适当的价值）。虽然普遍化的标准适用起来可能简单，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。

160.[129] 另一种做法强调按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停止偿付或因此项交易而变得无法偿付，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已停止偿付。这种按具体情况处理的方法可能需要较为详细地考虑交易当事各方的意图和债务人的财务状况等其他因素以及什么构成债务人和特定债权人之间正常的业务过程。

161. 很少有破产法是仅依赖主观标准作为撤销权规定的依据，这些法律一般都连带考虑肯定发生过交易的时间段。[129]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，有些法律采取了短嫌疑期（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。一些破产法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，对旨在挫败或掣肘债权人的交易则将参照更为主观性的涉及意图的要素来加以界定。例如，某一采取客观和主观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正常付

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：债务人已经停止付款、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停止了付款。

3. 可撤销的交易的类型

162.[132] 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（通常指欺诈性交易）、压价贱卖交易和与某些债权人进行的可视作特惠的交易。根据交易的具体情况，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因陷于财务困境而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。鉴于这些理由，破产法最好指明对撤销交易至关重要的特殊特点，而不是依赖“欺诈性”或“特惠性”等含义广泛的标签。

(a) 旨在挫败、阻止或拖延债权人的交易

163.[134] 这些类型的交易涉及债务人背着债权人进行交易，将资产转让给第三方，意在有利于某些债权人，第三方一般知道或在某些情况下应会知道这一意图。因为需要证明债务人的意图，所以一般不能以一段固定的交易发生期的客观检验标准而自动宣告这些交易无效。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转让期间存在的共同情形来证明的。虽然这些情形在各法域之间是不同的，但有一些共同的指标，其中包括：

- (一) 交易或债务的当事各方之间的关系，其中直接对某一相关人或通过第三方对相关人进行转让或产生债务；
- (二) 为该转让或债务收取的价值缺少或不足；
- (三) 债务人在进行转让或承担债务前后的财务状况，特别是债务人在其已经无法偿债或在进行了转让或造成了债务之后不久即无法偿付款项时的财务状况；
- (四) 存在有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某些或几乎所有资产的交易模式或系列；
- (五) 调查中的事件和交易的一般顺序，例如转让是在承担了巨额债务之后不久发生的这类事件和交易；
- (六) 转让或债务被债务人所掩盖，尤其是转让不是在通常经营过程中进行的或涉及虚拟当事人的情况下所作的掩盖；或
- (七) 债务人潜逃。

164. 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,例如涉及相关人的交易发生在程序启动前的一段特定期间(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,即可宣布该项交易无效。有些法律还规定,某些转让,例如土地转让,如果是善意地获取好价钱而且受益人并未注意到或未意识到有任何欺诈的意图,则可在该交易类别下免于撤销。

165.[134] 作为一种实际办法,为了证明意图,如果债务人无法解释从资产中抽取价值的某项交易的商业目的,那么便有可能表明该项交易属于这一类别。在制定破产法时,如上所述,似宜考虑到,此类交易按破产法规定可能是可撤销的,而按非破产法的规定则往往是完全有效的。

(b) 压价贱卖的交易

166.[135] 许多破产法都规定,如果向第三方处分资产或造成债务后,债务人仅收到了名义上微不足道的价值(例如一项礼物),或比所处分的资产或承付的债务额的真实价值或市价低得多的价值,而且交易是发生在一个特定日期前的一段规定时期(嫌疑期)内,那么这种交易便一般是须加以撤销的。有些法律还要求有关于债务人在该项交易发生时已经停止偿付或因该项交易而变得无法偿付的认定。这些交易既包括与债权人的交易,也包括与第三方的交易。有些破产法规定,如果某些条件得到满足,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而且停止偿付是其中的一项相关要求、债务人的资产在交易时超过了其承付债务额,这些类型的交易则不会被撤销。

(c) 特惠交易

167.[136] 在下列情况下特惠交易可以取消:(一)在申请启动破产程序之前一段特定但通常较短的时期(嫌疑期)内发生的交易,(二)该交易因预先存在的债务而涉及向某一债权人进行的转让,以及(三)由于该项交易的结果,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(换句话说即属特惠交易)。许多破产法还要求交易发生时债务人应是已经停止偿付或接近处于无法偿债的境地。之所以将这些类型的交易包括在撤销权规定范围内,其理由是当这些交易的发生在时间上非常接近程序的启动时,便很可能存在着一种破产状态,而且这些交易违背了债权人平等待遇的关键目标。

168.[137] 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;针对债权人的极端压力(例如诉讼或扣押)而偿付债务。抵销本身并非必须撤销,但如果发生在提出启动破产程序的申请前一段短时期内,而且其结果是改变当事方之间的债务平衡从而形成了特惠的,或如果涉及债权人之间的债权转移或转让以促成进行抵销的,则可被认为是有害的。如果抵销是在非正常情形下发生的,例如抵销交易的当事方之间没有合同,那么也可能须加以撤销。

169.[138] 对于特惠交易的指控可提出抗辩,一种抗辩也许是表明交易虽然含有特惠成份,但实际上符合正常的商业惯例,特别是符合交易的当事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，而对一笔长久过期的债务的付款则可能是特惠的。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：受益人在交易之后将信贷展延至包括债务人而该信贷尚未支付（抗辩限于新贷款的数额）；受益人可表明其不知道会形成特惠；受益人不知道或本不会知道债务人已总的停止了偿付；或在停止偿付是一项所要求的要素情况下，债务人在交易进行时的资产超过了其债务额。

(d) 担保权益

170.[139] 有些法律允许对债权人提供担保，按此种法律规定为有效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任何其他交易都有可能被视为欺诈性、特惠或压价贱卖的交易而被质疑和撤销这种同样的理由而可能在破产程序中被撤销。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，但却可能被发现是不公正的，使某个债权人得利而损害其他债权人的利益。根据过去的考虑为担保以前的债务而提供担保权益（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）。根据有关的担保交易法，同样的考虑也适用于尚未实现的担保权益，而根据有些法律，不适用于在程序启动前的一段短时期内予以实现的担保权益。

(e) 相关人的交易

171.[146] 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员（也可称为关系人或圈内人），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求偿权的处理规则（见第二部分第六章 A 节）。[130]实行较为严格制度的理由可能是，这些当事方获得特惠的可能性较大，而且往往最早知道债务人事事实上什么时候发生财务困难。

172. 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婚姻关系上的亲属，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规定的关系或今后可能会有某种规定的关系的人包括在内。

(f) 无效或可撤销的交易

173.[147] 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检验方法，破产法要么使之自动失效，要么规定可予撤销。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的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启动程序，向交易的对方追回资产或其同等价值。

174.[148] 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。这种自由裁量权一般以破产代表力求使破产财产价值最大化的义务为根本，破产代表可能须对未能这样做而负责。

4. 可免于撤销的交易

175. 有些破产法规定某些交易可免受撤销规定的约束。这些交易可包括发生在申请启动与实际启动之间这段时间或启动之后的交易，条件是这些交易属于债务人的一般经营范围，是诚信的交易，或经过破产代表或法院同意，以及为进一步推动程序的进行而发生的。似宜排除在撤销范围之外的其他交易包括在重组计划实施过程中发生的交易，在此过程中重组计划失败，因此程序随后转变为清算。最后，对金融市场的运作至关重要的某些交易（例如证卷和衍生合同的平仓及净额交易）亦可免于撤销（见第二部分第三章 F 节）。

5. 确定嫌疑期

176.[140] 大多数破产法都明确规定了嫌疑期的期间，同时提及拟撤销的特定类型交易并指明据以回溯计算这一时期的日期。例如，在某一特定事件之前的多少天或月，这种事件包括提出启动程序申请，破产程序的启动，或法院对债务人以正常方式停止还债（“停止偿付”）的日期作出裁决。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，当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。酌情处理的方法在涉及撤销权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，不能给债权人一个可预测的或具有透明度的回答，指明哪些交易可能撤销。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，似宜将酌情处理做法限制在欺诈性交易范围，因为在此范围内商业确定性问题不太令人关切。

177.[141] 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，而有些制度则根据撤销是否以欺诈性转让或特惠为依据这些因素以及根据例如是否故意损害债权人及受让人是否为如上文所述的相关人等额外因素规定不同的时限。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。有些破产法规定了一段非常长的限期（例如，一至十年不等），一般以此计算程序启动之日前的嫌疑期。

178.[142] 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（例如三至六个月）。但是如果涉及债务人的相关人，则许多国家都适用较为严格的规则，其中可能包括较长的嫌疑期，（例如期限可以是两年，但在交易不涉及相关人的情况下则是三至六个月）举证责任转换（见下文 6(d)），以及放弃关于债务人在进行该项交易时必须已经停止偿付或该项交易的结果导致其无法偿付的规定。

6. 撤销程序的启动

(a) 可启动程序的当事人

179. 要撤销某一特定交易一般需要申请法院宣布该项交易无效。一些破产法规定，应由破产代表来撤销具体指明的交易，虽然有些法律也赋予法院这种权力，并在某些情况下，还赋予债权人委员会这种权力。在作出启动第（174）段所述的这一程序的决定时，需要权衡一些不同的考虑因素，这取决于撤销是为了使破产财产获益还是就某一债权人而言为了使该债权人获益。¹相关的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产业主而采取的行动，这些考虑将包括：撤销交易是否会使该企业获益，该企业的可能花费，为企业追回价值的可能性，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。

180.[149] 有些法律规定，破产代表有权启动撤销程序，并有权根据上文所述考虑因素的权衡，（即出于过失或欺诈以外的理由或无合理的理由²），决定不启动程序撤销某些交易，在此情况下，破产法对这些程序的进行和经费提供采取不同的做法。当破产财产的资产不足以提供这些经费时，解决所需经费的方式可能具有特别重要的意义。关于进行这些程序，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。在允许这后一种行动的情况下，有些法律还规定债权人收回的资产或价值应作为破产财产的组成部分处理；在其他情况下，无论收回什么都可用以首先满足提起程序的债权人的债权。

(b) 为撤销程序提供经费

181.[150] 关于提供经费的可能方式，有些国家向破产代表提供公款用以启动撤销程序。而在有些国家，这些程序的经费则是从破产财产中拨出的。采取后一种做法可能在以下情况下是适当的：存在着足够的经费，但在某些情形中，这样做有可能影响到追回某些特定的资产，这些资产已从破产财产中转移出去，其特别意图是使破产财产的资产减少，而通过撤销程序追回资产时所需的经费正是从这些资产中拨付的。有些破产法允许破产代表通过有偿转让而将启动程序的能力交给第三方，或与放款人联系预付经费，以这些经费来启动撤销程序。作为对采用后面几种机制的支持，拥有公共资源可作为这种经费的国家之间有着明显的重大差别，在从破产财产中无法为撤销程序提供经费的情况下，这些备选方法在适当的情形下可提供一种有效的手段，恢复破产财产的价值。

(c) 启动的时限

182. 有些破产法确定了应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，应在申请启动之日之后的一段规

¹ 有些法律规定，债权人有权对债务人的个别交易提出争议，而且他们本人可由于程序取得成功而获益。有些法律还规定，只有所负债务发生在有争议的交易之前的债权人才可启动这种程序。其他一些法律则在破产程序已启动时将提起撤销程序的权利限于破产代表。

² 见关于破产代表的权利和义务的第四章 B 节。

定期间（例如三个月或 12 个月）内或不晚于破产代表能够评估和处理求偿权之后一段固定期间（例如六个月）启动程序。如果某一破产法要确立具体时限，而不是依赖根据普通法适用的时限，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期间和破产代表发现了某一特定交易之后的一段期间结合起来。这样一种办法可提供某种灵活性，足以用于处理瞒着破产代表并且只是在启动后的固定期间结束后才发现的那些交易。

(d) 证据问题

183.[151] 破产法采用不同的做法来确定撤销行动的要素。在有些法律中，规定债务人有责任证明交易不属于任何类别的可撤销交易。

184.[151] 有些破产法规定，要求由破产代表，或由经允许可对交易提出质疑的其他人，例如债权人，证明存在着需采取撤销行动的每个要素。如果这些要素包括意图，在比如说破产代表难以通过外观迹象、客观表象或其他情节证据确立债务人诈骗债权人的实际意图时，有些法律允许举证责任转换到对方。法律可推定，交易是为了损害债权人而进行的，因此须由对方提出相反的证明。

185. 另一种做法是规定，如果某些类型的交易是在例如申请启动之前的一段规定期间内或启动前的数年内进行的，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、以及支付无偿的或有偿的交易。略有变动的某一种做法规定，交易如果是在一段较短的规定期间内发生的而且有赋予优惠的效果，则可认为该项交易须予撤销。

186. 在对停止偿付知情是撤销的必备要素情况下，有些破产法推定，债权人知道，债务人如果与该债权人进行某些交易会使其陷入财务困境，这些交易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短时期内。

187. 还有一种做法是规定，如果某一特定类型交易是在一段规定的期间内发生的而且具有给予优惠的效果，则会对给予特惠的意图提出可予反驳的推定。除非该债权人能反驳这一推定，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。

7. 被撤销交易的对方的责任

188.[143] 如果某一项交易被撤销，就会有一个撤销的效力问题。在大多数破产法中，撤销某一项交易的结果一般是该项交易将被取消，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，对方如果已将资产或价值归还给了破产财产，仍可作为破产中的无担保债权人在已归还资产的范围内提出求偿请求。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非破产法规定的，但有些破产法规定，对方提出的求偿请求（涉及可撤销交易的数额之外所欠数额）在破产时不予承认。

8. 申请后和启动后合同

189. 如上所述（第二部分第三章 B.6 节），有些破产法涉及在程序的申请和启动之间及启动之后订立的合同和实施的交易，对破产法不许可的或未经法院、破产代表或债

权人作出所要求的批准的那些交易或合同作出了可予撤销的规定。有些法律指明了这些可予撤销的交易类型，其中包括履行启动前产生的义务、偿付申请前债务、给破产财产的资产设定担保以及处分作为破产财产的一部分的任何权利和资产。其他法律规定，债务人在这些时候进行的任何未经许可的交易都须予以撤销，除非对方可以证明该交易并不妨碍债权人的权利。

建议

立法条文的目的

关于撤销权的条文的目的：

- (a) [重构][重建]维护破产财产的完整性并确保债权人的[公平][公正]待遇；
- (b) 确立明确的规则，列出在何种情形下在破产程序启动前[发生的][或[申请]启动后发生的未经许可的]与债务人或债务人的财产有关的某些交易可视为是损害性的并因此可予以撤销，为第三方提供确定性；]
- (c) 使破产代表程序的启动能够采取程序撤销这些交易；
- (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

(69)[(56)] 破产法应载列可回溯适用的有关条文，旨在推翻债务人为当事一方[或与债务人的财产有关]，并具有减少债务人净值或违反债权人[公平][公正]待遇原则作用的以往交易³[或[申请]启动后发生的未经许可的交易]。

可撤销的交易

(70)[(57)] 破产法应规定下列类型的交易可予撤销破产代表可启动法院程序以宣告下列种类交易无效：

- (a) 通过在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损害该债权人的利益情况下以及在第三方知道债务人的意图的情况下，把资产转让给任何知道意图的第三方来企图挫败、拖延或阻碍债权人回收债权能力的交易（欺诈性交易）；
- (b) 在债务人[破产][已停止偿付]时为换取名义价值或低于等值的价值债务人转让财产利益或履行义务的交易，或因此使债务人[破产][无法偿付]的交易（价格过低的交易）；以及
- (c) 涉及债权人在债务人已停止偿付[破产]时从债务人资产中取得的份额超过其应得比例（优惠交易）的交易。

³ [131] 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、借贷或让与。

担保权益

(71) 破产法应规定，虽然有些法律允许给债权人担保，具有效力的担保权益在破产法范围内一般仍具有效力，但这些担保权益也会由于与其他交易相同的原因而被撤销。

关联人员交易

(72)[(61)] 对于建议(70)所指类型的涉及相关人的交易破产法应规定，破产代表可启动法院程序以宣告涉及关联人员的低于实际价值的交易和优惠交易无效。

- (a) 这些交易可予撤销；
- (b) 这些交易的嫌疑期可能比与非相关人进行的交易的嫌疑期长；以及
- (c) 可能存在着有利于破产财产的举证责任推定或转换。

(73) 破产法应为了建议(72)的目的具体界定被视为与债务人有充分关联的人员的类别。

(62) 破产法应明确规定建议(61)中所指各类交易的嫌疑期，这种期限一般要比适用于不涉及关联人员的低于实际价值的交易和优惠交易的时间期限长。

免于采取撤销行动的交易

(74) 破产法应规定可免于撤销的交易。这些交易可包括破产程序启动前在正常经营过程中进行的交易、在随后转换为清算的重组程序过程中进行的交易以及某些金融市场交易。

确定嫌疑期

(75)[(58)] 如果带有建议(70)中所述特点的某一项交易是在[申请]启动破产程序[之前][追溯从该时起算]的一段规定期间（嫌疑期）内发生的，破产法则应规定该项交易可予撤销。破产法可为各类交易规定不同的嫌疑期，但一般而言，建议(70)(a)中所指交易和涉及相关人的交易（建议(72)）的嫌疑期应比其他类型的交易和不涉及相关人的交易的嫌疑期长。

撤销程序的启动

(76) 破产法应规定破产代表[以及……]可启动撤销程序。⁴

启动撤销程序的时限

(77)[(59)] 在破产程序启动之后，可由破产法或适用的程序法限定对破产代表知晓的交易启动撤销程序的期限。

⁴ 与撤销有关的问题也可能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。

为撤销程序提供经费

(78)[(64)] 破产法可提供备选办法以处理以下情形：为撤销程序提供经费问题，因为破产代表根据其评估认为诉讼交易不太可能被撤销或者会给破产财产增加[不合理的][过多的]费用，因而不争取撤销某些特定交易。这些办法可包括：允许个别债权人或债权人委员会提出撤销要求并(a)允许债权人从任何追回款项中留取一定金额以偿付其债权，(b)在撤销程序成功后从破产财产中支付撤销程序费用，或者(c)改变提出撤销要求的债权人受偿的优先次序。

证据问题

(79)[(60)] 破产法应规定为撤销某一特定交易而应证明的要素以及对撤销要求的可能抗辩。

(80)[(63)] 破产法可规定，特别证据推定适用于对撤销在规定的期间内发生的涉及某些明确提及的人员[例如关联人员]或各类人员提起撤销权诉讼的案件的某些交易。

对方对撤销的交易负有的责任

(81) 破产法应规定，被撤销的某一项交易的对方必须把被撤销的交易所产生的一切物质收益归还给破产财产。如果对方拒绝归还这些收益，破产法则可规定对方不得在破产程序中提出求偿权。

审查关于撤销权的决定

~~(65) 破产法应允许有关当事人请求对破产代表就撤销权采取的决定进行司法审查。进行这种审查的理由可包括：[...]~~

F. 抵销、净额结算和金融合同

1. 一般抵销权

190.[116] 在制定破产法的时候，所出现的一个重要问题是在申请启动程序时，如果某个债权人同时也是破产财产的债务人，那么对这样的债权人应作如何处理。如果适用处境相类似的债权人平等待遇的基本原则，那么结果将较为直截了当：破产代表将能够获得债权人所欠的全部数额，债权人的求偿权在清算破产财产或重组时将能够得到满足。但是，另一种方法则是在这种情形下允许债权人在程序启动之后对破产财产行使抵销权，其结果将是，视债权人对破产财产所欠的多少而定，债权人的求偿要求得到充分满足。因此主要结果是，实行抵销的债权人实质上是“有担保的”，因为债务人的交叉债权可通过抵销该债权人的债权而得到偿付或解除。直到破产之前抵销并不重要，因为如果对方总是能够支付，就没有任何抵销的必要。

119. 鉴于债权在现代经济中是财产的一种主要形式以及鉴于债权人也往往是同一对方的债务人，因此抵销法对于企业和金融市场非常重要（见下文）。抵销普遍见于商务交易，因为只要同样一些当事方之间存在着一系列合同，就有使用抵销的可能性。这也延伸至适用相互贸易交易。

192.[119] 国际上对破产中的抵销所持的立场各种各样。有些国家限制在有偿付能力

的各方之间实行抵销，但规定在破产时必须实行；其他一些国家的立场则相反，允许在有偿付能力的债务人之间实行抵销，但禁止在破产时实行。

193.[117] 为什么在破产法中包括抵销权可能是适当的，这有若干原因。首先是公正的原因：尽管债权人之间的平等待遇至关重要，但如果债务人拒绝偿付债权人，而同时又坚持要求该债权人偿付，这样做可被认为是不公正的。另外，由于合同的对方许多是银行，所以抵销对银行系统特别有利，而且因为银行在设立贷款方面的重要作用，因此这样做被认为对经济具有普遍的利益。由于银行的核心职能（借贷和吸纳存款），所以已向破产的债务人借贷的银行常常发现它们还以存款的形式欠有对债务人的债务。程序启动后的抵销权将是银行可以把其尚未得到偿付的债权与债务人的存款相抵销，即使这些对应的债权尚未到期而应该支付。抵销可使债权人避免因债务人的破产而造成的困难，从而有助于避免连串的破产效应，以及降低风险和交易成本，继而降低信贷的成本。抵销还可避免循环支付及有关费用。

194.[118] 虽然允许抵销有不少好处，但也可能需要与反对抵销权的一些理由相权衡。破产抵销违背了按同样比例的原则，因为实行抵销的债权人得到全额偿付，却不会象公布的担保权益那样使人普遍意识到存在着对等的债权。抵销可能耗尽债务人的资产，特别是当债务人无法使用其银行帐户或支取其银行帐户中的现金时，可能限制重组的进行。

195.[120] 抵销权与破产法其他规定在一些重要方面相互关联。例如，债权人通过抵销而获偿付的债权将可能需要服从撤销权规定（见第三章 E.3(c)节）。如果破产法一般允许否决终止条款从而允许破产代表继续执行尚未履行的合同，那么只有在否决终止条款的权利明确允许债权人终止合同和抵销互欠债款的例外时，债权人才将能够对相互的欠债行使抵销权。在短期金融交易的情况下，这一点特别重要。

2. 金融交易中的净额结算和抵销

196. 抵销除了总的来说在经商中非常重要之外，在金融市场上也很重要。一些常见的抵销实例包括银行以存款抵销贷款；机构之间在金融市场上，例如在银行间存款市场上，实行抵销；外汇净额结算、互换货币、期货、证券和回购合同；以及集中支付系统中的抵销。抵销所涉及的数额往往非常庞大，从而相应地大大减少了承受的风险，结果减少了信贷成本和威胁到金融体系完整性的连串风险。

197. 净额结算与抵销的不同之处在于，在一种形式中，净额结算可包括非货币代替品（例如证券或当当天可交付的商品——净额结算）的抵销，而且两者之所以不同，还因为净额结算在其更重要的形式中一般涉及某一对方取消与某一破产的债务人之间的开放性合同，接下来是得失间的任何一种抵销——结清式净额结算。

198. 国际上对抵销和净额结算的立场较为复杂。少数国家传统上不接受破产抵销，[119]除非是某些交易和经常帐户的抵销，这些国家目前基本上仍坚持这一立场，虽然其中有些国家已扩大了其交易抵销的范围，有些则实行了仅适用于特定合同的净额结算立法。在那些传统上允许破产抵销的国家中，少数国家将重组程序中止下来，不过允许资金合同例外。有些国家的破产法则没有涉及抵销问题。

3. 金融合同的例外或开辟的例外

199.[121] 破产法是否应列入有关于某些类型短期金融合同的规定，包括关于衍生工具的协议（例如货币或利率互换交易），将视如何处理合同和抵销权的问题而定。管

辖这些具体交易的日益标准化的主协定，其中的条款通常载有促成实行平仓式净额结算的某些规定，这种规定将所有独立的偿付义务总加起来，通常只有在其中一个当事方发生破产而破产法又含有两个内容时，才具有效力。第一个内容是，在当事一方破产时，破产法允许终止（或“平仓”了结）协议内的所有未完结的交易；第二，破产必须允许未破产当事方抵销其对破产当事方的债权。

200.[122] 许多破产法中并不含有这两项内容。如上文关于合同的处理的讨论中所述，一些国家允许破产代表选择是否违背合同的终止规定而继续执行合同。关于抵销，许多国家不允许对程序启动时尚未到期的独立的债款实行抵销。

201.[123] 没有制定关于终止和抵销的一般规则的许多国家还是开辟了对适用的破产规则的例外，专门允许对预定合格的金融合同，包括担保权益、回购协议和证券权益实行“平仓式净额结算”。实行这些例外的理由是这些交易在全球金融市场上的重要性日益增加，需要保持市场安全，以及如果没有关于一方破产时可以进行净额结算的确定性，那么达成这类交易的机会将会受到限制。虽然具有上述这些重要优点，但应该认识到，这类“开辟的例外”使法律复杂化，造成某些类别的债权人享有优惠待遇的结果。

202. 除了上文讨论的例外之外，金融合同可能还需要有下列方面的例外：中止的适用（在第三章 B.3 节中提及）、撤销权规定的运用（在第三章 D.6 节中提及）、破产代表继续执行及拒绝执行债务人和其对方尚未充分履行其各自义务的合同的权力（在第三章 E.4 节中提及）。[注：工作组似宜考虑这些例外的范围以及是否应在本节中添加新的建议以涵盖这些问题——见下文关于建议 86-88 的注。]

建议

立法条文的目的

[目的条款待草拟]

立法条文的内容

一般抵销权

[(82)[67] 破产法应保护一般法律中规定的启动前抵销权应在清算过程中给予保护并且一般应是债权人和破产财产都可行使的。]

[(83) 如果根据同一协议产生了相互债权，法律也应允许采用启动后抵销。此外，一些国家还似宜考虑允许在其他情形下采用启动后抵销，尤其是对从法律所界定的金融合同衍生而来的相互财务责任。]

净额结算和金融合同⁵

(84)[(66) 对于金融[合同][主协议]，破产法应规定，净额结算和企业停闭安排应得到合法保护并且在破产程序中应尽可能地不放松。]

合同自动终止条款不可执行性的例外⁶

(85)[68] 如果破产法不允许在启动程序后对相互的欠债实行抵销，或在出现下列情况时使得有权终止某项合同或确定下列情况属于违约事件的任何合同条款对于破产代表不可执行：(a)申请启动或启动破产程序；(b)指定破产代表；(c)债务人符合破产程序启动标准；或(d)有迹象表明债务人的财务状况不佳，破产法可能有必要为金融[合同][主协议]规定例外情况，以便有把握地适用债务人与另一当事人之间的金融[合同][协议]所载的“企业停闭净额结算”规定。

关于金融合同的可能的新增建议

(86) [对适用中止的例外：第三章 B.3 节]

(87) [对适用撤销规定的例外：第三章 D.6 节]

(88) [对继续执行和拒绝执行合同的权力的例外：第三章 E.4 节]

⁵ 工作组似宜考虑是否应界定“金融合同”一词，如果是的，则给出适当的定义。《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约》第 5(k)条可作为这方面的一个例子的，其中规定：“金融合同”是指涉及利息、商品、货币、证券、债券、指数或任何其他金融工具的任何现货、远期期货、期权、掉期交易，任何回购或证券出借交易，与已进入金融市场的上述任何交易类似的任何其他交易，以及上述各种交易的任何组合。

工作组第二十六届会议（2002 年 5 月）上有与会者认为该定义过宽，应当更加重点突出，仅仅涵盖构成范围更广的框架合同一部分的那些交易（A/CN.9/511，第 71 段）。未就具体措词提出任何建议。

⁶ 见第二部分第三章 D 节“合同的处理”，建议(53)。