



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第二十五届会议
2001年12月3日至14日，维也纳

破产法立法指南草案

秘书长的报告

目录

	段 次	页 次
背景说明	1—9	3
破产法立法指南草案	10—57	4
导言	10—15	4
1. 指南的体例和范围	10—12	4
2. 指南中使用的术语和定义的作用	13—14	4
3. 术语表		5
第一部分. 有效和高效率破产制度的关键目标	15—22	9
1. 资产价值最大化	15	9
2. 在清算与重组之间求得平衡	16	9
3. 确保对处境相近的债权人的公正待遇	17	9
4. 规定及时、有效地发动程序和公正解决破产事务	18	9
5. 防止债权人提早分割债务人的资产	19	9
6. 规定一种鼓励收集和提供资料的有透明度的程序	20	10
7. 借助可预见的过程承认现有债权并尊重优先债权	20	10
8. 建立跨国界破产的框架	22	10

	段	次	页	次
第二部分. 有效和高效率的破产制度的核心条文	23—57		11	
一. 破产程序介绍	23—57		11	
A. 破产制度的基本特征	23—25		11	
B. 破产程序的类型	26—49		12	
1. 清算	29—32		12	
2. 重组	33—49		13	
C. 清算程序与重组程序之间的关系	50—57		17	

[立法指南草案第二部分第二、第三、第四、第五和第六章见 A/CN.9/WG.V/WP.58 号文件]

背景说明

1. 委员会第三十二届会议（1999年）收到了澳大利亚关于破产法领域未来可能的工作的建议（A/CN.9/462/Add.1）。该建议主张，鉴于委员会成员的普遍性、委员会以往关于跨国界破产的工作成绩及其与熟悉并关心破产法的国际组织业已建立起工作关系，委员会是讨论破产法问题的适当论坛。该建议促请委员会考虑委托一个工作组负责制订公司破产示范法，以促进并鼓励各国采用有效的公司破产制度。
2. 委员会确认了强有力的破产制度对所有国家的重要性。有与会者认为，一国采用什么样的破产制度已成为国际资信等级中的一个“第一线”因素。然而，有与会者对国际一级关于破产立法的工作所遇到的困难表示担忧，这种困难涉及敏感和可能产生分歧的社会政治选择。鉴于这些困难，有与会者担心或许无法圆满地完成这项工作。据指出，拟定一项普遍接受的示范法极有可能是行不通的，任何工作都需要采取灵活的做法，为各国提供备选办法和政策上的各种选择。委员会倾听与会者对持这种灵活态度表示支持的意见，但会议普遍商定，如果不对其他组织已经开展的工作做进一步研究及对有关问题进行审议，委员会无法最后决定是否致力于设立一个工作组，制订示范立法或另一种法规。
3. 为便利进一步研究，委员会决定召开一届探讨性的工作组会议，以便起草可行性建议供委员会第三十三届会议审议。工作组的这届会议于1999年12月6日至17日在维也纳召开。
4. 委员会在其2000年第三十三届会议上注意到工作组在其报告中提出的建议（A/CN.9/469,第140段），授权工作组编写一份全面说明，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，其中包括对庭外重组的考虑，并拟订一份载有实现这种目标和特点的灵活方法的立法指南，其中包括讨论各种可能的替代方法以及所意识到的这类方法的利弊。
5. 委员会商定，工作组在执行其任务时应注意到世界银行、国际货币基金组织（货币基金组织）、亚洲开发银行（亚行）、破产管理从业人员国际协会（破产专业人员的一个国际联合会）和国际律师协会商法科J委员会等其他组织正在进行或已经完成的工作。为了解这些组织的看法并得益于其专门知识，秘书处与破产管理从业人员国际协会和国际律师协会合作于2000年12月4日至6日在维也纳组织了贸易法委员会/破产管理从业人员国际协会/国际律师协会破产问题全球讨论会。
6. 委员会在2001年第三十四届会议上收到了该讨论会的报告（A/CN.9/495）。
7. 委员会满意地注意到这份报告，称赞迄今完成的工作，尤其是举行破产问题全球讨论会以及为了与破产法领域其他国际组织开展的工作保持协调而作出的努力。委员会讨论了该讨论会的各项建议，尤其是关于未来工作可能采取的形式和对委员会第三十三届会议赋予工作组的任务授权的解释的建议。委员会确认对任务授权应作广义解释，以确保应取得一种适当灵活的工作成果，这种工作成果应采取立法指南的形式。为了避免立法指南过于笼统和过于抽象，无法提供必需的指导，委员会建议工作组在开展其工作时应铭记需尽可能具体一些。为此目的，应尽量将示范立法条文列入在内，即使这些示范立法条文只涉及已列入指南的某些问题。
8. 2001年7月23日至8月3日在纽约举行的破产法工作组第二十四届会议开始结合破产法立法指南初稿审议此项工作。会议报告载于A/CN.9/504号文件。

9. 本报告载明破产法立法指南草案的导言、术语、第一部分——关键目标，以及第二部分——有效和高效率破产制度的核心条文——的第一节。第二部分——有效和高效率破产制度的核心条文——的第二至第六节载于 A/CN.9/WG.V/WP.58 号文件。

破产法立法指南草案

导言

1. 指南的体例和范围

10. 本指南的目的是协助制定有效和高效率的破产法律框架。本指南中提供的建议旨在使两方面得到平衡，即一方面是需要制定条款，鼓励尽早利用和援用破产制度，以便在公平和平衡的基础上最大限度地扩大企业有形和无形资产对利害关系者的效用，并避免因为拖延而造成价值的损失，另一方面则是需要考虑到各种公共利益的关切问题。

11. 本说明和 A/CN.9/WG.V/WP.58 号文件载有破产法立法指南草案。本说明载有导言、术语说明、术语表、关键目标以及第二部分第一章——破产程序介绍。第二部分的第二至第六章载于 A/CN.9/WG.V/WP.58 号文件，论及有效和高效率破产制度的实质性核心条文。每个主题领域都分成两节。第一节就清算和重组程序方面的每个核心主题领域所涉及的问题进行分析性说明，并讨论各种政策问题和比较性方法，第二节概括关于每个核心主题领域的立法条文的目标并就可能采取的方法提出建议。按照设想，第二节还将载列一些表明如何实施这些建议的立法条文。

12. 指南中并不涉及与破产法跨国界方面有关的问题，例如外国债权人的待遇。这些问题在《贸易法委员会跨国界破产示范法》中论述，建议考虑将该示范法作为本指南的补充。本指南的用意并不在于以任何方式变更或修正示范法的任何条款规定。

2. 指南中使用的术语和定义的作用

13. 下列术语旨在向指南的读者提供概况介绍。诸如“有担保债权人”、“清算”和“重组”等许多术语在不同的法域可能有根本不同的含义，指南中列入定义可有助于确保指南中所使用的这些概念清楚明确和得到广泛理解。指南草案所列术语尚未经工作组讨论，凡可能提出的备选案文，均放在方括号内。

指南中提及“法院”的含义

14. 指南草案设想，整个破产程序中都依赖法院的监督，法院可能有权发动破产程序，指定破产代表，监督其活动和在这些程序的过程中作出裁定。虽然这种依靠作为一项一般原则可能是适当的，但在有些情况下，也可考虑其他做法，例如，（因缺少资源或因缺乏经验）法院无法处理破产工作，或倾向于由行政机构进行监督。本着简明扼要的目的，指南草案同《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2(e)条一样，都使用“法院”一词指控制或监督破产程序的主管司法机构或其他主管机构。

3. 术语表

撤销权诉讼	可取消交易或以其他方式认定交易无效的诉讼。可予撤销的交易包括：(a)债务人与某一债权人在程序启动之前[一定时间内]并非在正常贸易过程中]进行的其后果是造成该债权人处于优先地位但损害全体债权人的交易；(b)按不公正价值转让债务人资产的交易；(c)以欺诈方式转移债务人资产的交易
主要利益中心	债务人对其利益进行经常性管理且可由第三方查明的地点
债权	可强制执行的货币或财产受偿权
担保物	押作一个或多个债权人的担保权益且债权人有权在出现违约时变卖的财产(见附担保的债权)
程序的启动	[破产开始生效之日]或[启动破产程序的司法判决开始生效之日，无论该判决是否为最终判决]
和解协议	[在重组情形下，]债务人与[大多数]债权人之间达成的协议，债权人在协议中与债务人商定或相互商定，接受债务人以偿付额低于债务额的方式全部清偿债权，或同意减缓债务或重定偿债条件
法院	控制或监督破产程序的主管司法机构或其他主管机构：《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2(e)条
硬塞式条款	利用某一类别债权人对重组计划的支持而使之不经其他类别债权人同意即可对其具有约束力的机制
债权人委员会	由[法院][破产代表][全体债权人]指定的代表团体，有资格代表债权人并为债权人的利益行事，拥有磋商权以及破产法规定的其他权力
债务人	符合破产程序标准并受破产程序管辖的企业开办人或实体，但受特殊破产制度管辖的实体[包括银行和金融机构、保险公司和[其他]]除外
解除债务令	免除债务人在破产程序中涉及的或本来会涉及的所有债务的法院令，包括作为重组的一部分修改过的合同
营业所	债务人借助人工以及货物或服务从事非短暂性经济活动的任何经营地点：《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2(f)条
经营中企业	清算过程中作为有效的整体继续经营和出售企业的基础，相对于分块变卖企业的个别资产而言
程序的提起	提出启动破产程序的申请，可由债务人提出；由一个或多个债权人提出；由检察总长提出；也可由破产法院自行提出

破产	<p>[债务人[可能变得]无能力或不再有能力偿付到期债务和其他负债]或</p> <p>[债务人的债务和负债价值超过资产价值]或[债务人全面停止偿付或中止偿付到期债务和其他负债，现金资产不足]或</p> <p>[债务人停止偿付重要而敏感的债务，例如房租、工资和社会保险付款]</p>
破产财产	<p>受破产代表控制并受破产程序管辖的债务人的资产；</p> <p>[破产程序启动之时和之后属于债务人的财产和权利，可用货币估值[并可用于清偿债权]或</p> <p>[可用货币估值[并可作为债权人的担保]的债务人的财产和权利]</p>
破产程序	<p>集体程序，涉及[部分或全部]剥夺债务人的资产和[为企业清算或重组目的而]任命一名破产代表[，包括清算程序和重组程序]</p>
破产代表	<p>[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；或由破产法院指定的个人[或实体]，债务人[的管理部门]管理、变卖或处理破产财产[内的资产]的权力自破产程序发动后移交该人[或实体]，由其在法院监督下行事。这些权力包括下述无限制的权力：认定或协助认定债权人的债权；变卖破产财产[内的资产]；在债权人中间分配收益；提起撤销交易的诉讼程序</p>
破产裁定	<p>法院关于启动破产程序[和指定破产代表]的裁定(另见“程序的启动”)</p>
非自愿程序	<p>由检察总长办公室或[其他]根据债权人的申请启动的破产程序</p>
清算	<p>为[破产财产和]包括股东在内的债权人而集中、处分和分配债务人资产的过程，[此后法律实体即告解散，]清算方式是，把有经济效益的经营单位或把整个经营中的企业拿出来，分块变卖、全部变卖或大部分变卖债务人的资产</p>
净额交易	<p>净额交易的一种形式可以是非货币替代物(例如证券或当天应交付的商品，称作净额结算)的抵销(见‘抵销’)，较为重要的形式是对应方取消与债务人尚未结算的合同，然后按得失相互抵销(净额结清)</p>
观察期	<p>[在单一(见第二部分)破产程序内]，必须确定重组成功的可能性或其他机会</p>

并行原则	同类债权人同等对待[并按比例从破产财产中受偿]的原则
未结清的合同	在程序启动时尚未结清[和尚未履行或尚未充分履行]的合同
程序启动后的债权人	破产程序启动后提出债权的债权人
优惠	破产实体进行偿付或其他交易，致使某一债权人处于比原来更有利的地位
初步破产代表	在债务人发生严重危机阻碍其企业正常经营时由破产法院指定的个人或实体，初步破产代表必须（在可能进行重组时）在债务人或债务人的管理部门停职的情况下，确保企业暂时继续经营
优先留置权	对程序启动后提供信贷的放款人给予的优先于所有债权人、包括有担保债权人的优先权
优先债权	在偿付全体无担保债权人之前用现有资产清偿的债权
优先权规则	在债权人和股东利益当中分配财产的排序规则
重组	为[拯救债务人和]恢复企业的良好财务状况和活力而对破产实体进行重整的过程，可采用各种手段，其中包括免除债务、重订还债期、债务/股权转换以及作为经营中的企业将整个企业或其部分出售
重组计划	由[债务人][债权人][破产代表]提交[并经由法院批准的]重组企业[和补救债务人]的计划，其中涉及的问题包括重组过程的时机、需作出的承诺、偿付条件和需向债权人提供的担保、需提起的撤销交易的诉讼和对包括雇用合同在内的未结清合同的处理
保留所有权 (所有权融资)	提供一种供货合同，以使供货人能在收到货款之前保留货物的所有权
附担保债权	用担保加以保护的债权，以此保证在债务到期而债务人不履约时可强制执行债务
有担保债权人	因持有对债务人的全部或部分资产的担保或持有对某一特定资产的担保而对抵押资产享有优先于其他债权人的受偿权的债权人
附担保债务	[附担保债权的总额]或[属于有担保债权人的债权]
抵销	甲方对乙方欠款的债权，用乙方对甲方欠款的债权“抵销”（拉平）。可用此法全部或部分地冲抵一笔欠款的债权
程序的中止	暂停债权人下述目的而启动或继续进行司法、行政或其他个人诉讼的权力：要求强制执行和恢复其债权，要求获得属于破产财产的资产的占有权，或要求设定、完善或强制执行对属于破产财产的资产的任何担保

超级优先权	可使有优先的债权先于破产管理费得到清偿的优先权
无担保债务	无担保支持的债权总额
自愿程序	根据债务人的申请启动的破产程序

第一部分

有效和高效破产制度的关键目标

1. 资产价值最大化

15. 破产法应规定债务人重组的可能性，作为清算之外的另一种选择办法，在这种情况下，债权人将不会非自愿地接受少于清算的价值。通过允许债务人继续运作，有可能使债务人对社会和对债权人的价值达到最大化。对债权人的最大价值通常可通过重组而不是清算获得。

2. 在清算与重组之间求得平衡

16. 破产制度需要权衡近期内通过清算收取债务(有担保债权人通常倾向于清算)和通过重组保持债务人作为可生存下去的企业(无担保债权人通常倾向于重组)的利弊，同时还需考虑到鼓励发展实业阶层和保护就业等其他社会政策。旨在达到最大化回报和将破产后果限制在最小限度内的广义上措辞的“安排”或“方法”，将包括一系列可能的破产技巧，避免有厚此薄彼的暗示。

3. 确保对处境相近的债权人的公正待遇

17. 破产制度必须对处境相近的国内外债权人给予公正的待遇。公正的待遇确认不必对所有债权人给予同样的待遇，而是在考虑到债权人与债务人达成的不同协议以及与债权或权益持有人相关的依法产生的特权的情况下对待不同的债权人。破产制度可通过规定避免有损于债权人公正待遇的行为而解决在遇到财务困难时可能出现的作弊和偏袒问题。

4. 规定及时、有效地发动程序和公正解决破产事务

18. 应当采取迅速和有效的方式有秩序地处理和解决破产问题，以避免企业和债务人的活动造成不应有的破坏，并尽量减少破产程序的费用。法律应当以明确和客观的标准为依据促进对破产过程的方便准入，为查明、集中、保护和收回财产提供一种近便的手段，将其适用于债务人的债务和负债的偿付，在尽量不延误和尽量减少费用的情况下便利债务人和债权人的参与，为破产过程的监督和管理提供适当的结构，并最终为债务人的债务和负债提供有效的救济。

5. 防止债权人提早分割债务人的资产

19. 破产制度应当有秩序地进行，防止个别债权人为收取个别债务而采取行动，过早地分割债务人的资产。这种行动通常会减少可用来清偿对债务人的所有债权的全部资产的总价值，而且不利于进行重组。中止债权人的行动可为债务人提供喘息的空间，使其能够适当地审查其财务状况，既有利于破产财产价值实现最大化，也有利于对债权人的公平待遇。为了确保有担保债权人的权利不因中止而受到损害，可能需要提供某种机制。

6. 规定一种鼓励收集和提供资料的有透明度的程序

20. 有效和高效率的破产程序将使那些负责管理和监督破产过程的人（法院或行政机构、破产代表）以及债权人能够评价债务人的财务状况并决定最适当的解决办法。破产法应当确保提供有关债务人状况的充分资料，对鼓励债务人透露自己的状况规定奖励办法并酌情对不这样做的债务人规定制裁办法。破产法应当有透明度和可预见性，以便让潜在的放款人和债务人能够了解破产过程是如何运作的，能够对一旦发生破产可能给债权人的地位带来的风险作出评价。破产法应当尽量对各种会影响破产程序的进行的规定作出明确说明。

7. 借助可预见的过程承认现有债权并尊重优先债权

21. 在破产过程中承认并执行债权人在破产范围之外享有的各种权利，将建立市场的确定性并有利于提供信贷。为现有债权和程序启动后的债权排列优先顺序制定明确的规则，关系到能否向放款人提供明确的依据，确保连贯一致地适用这些规则，并确保对破产过程有信心，所有参与人都能够采取适当的措施管理风险。

8. 建立跨国界破产的框架

22. 为了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，破产法应当以颁布《贸易法委员会跨国界破产示范法》的方式提供关于跨国界破产的规则，包括承认外国程序。

第二部分

有效和高效率的破产制度的核心条文

一. 破产程序介绍¹

A. 破产制度的基本特征

23. 对于债务人无力偿付到期债务和负债的情形，有必要规定一种法律机制，以处理集体清偿对债务人的所有资产（动产和不动产）的未偿债权问题。这样一种法律机制需考虑到各方的利益——债务人、负债实体的所有人和管理部门、具有不同程度担保的债权人、雇员、财税债权人、债务保证人和无担保债权人、以及政府、商业和社会机构，另外还要考虑到与这种机制的设计以及与这种机制的运作所需要的体制框架有关的做法。大多数法域都针对这种情形制定了可以启动的各类程序（可以通称为“破产程序”）的规则。这些程序的共同目标是解决债务人的财政困难，但采用了一些不同方式，其中既有正式要素也有非正式要素，因此并非总能用统一的术语来称谓。

24. 制定有效和高效率的破产法，需要考虑到一系列共同的问题，有的是实质性问题，有的则是体制性问题。实质性问题在本指南第二部分中详细论述，其中包括：

- (a) 确定哪些债务人受破产程序的管辖，哪些债务人受特殊破产制度的管辖；
- (b) 确定什么时候可以启动破产程序以及可以启动哪类程序、哪些当事人可以请求启动程序、以及启动标准是否因请求启动程序的人不同而有区别；
- (c) 程序一旦启动允许债务人对企业保留控制的程度，或者是否应撤换债务人并任命独立的当事方（本指南中称为破产代表）监督并管理债务人；
- (d) 防范债权人、债务人本人和破产代表对债务人的资产采取行动。破产程序启动后如果对债权人启动和继续诉讼适用中止，此种中止是否也适用于有担保的债权人，如果适用的话，如何在破产程序期间保护这些债权人的担保权益的价值；
- (e) 破产代表在多大程度上有权对债务人在启动程序之前订立的而且尚未履行或尚未充分履行的合同条件进行干预；
- (f) 破产代表在多大程度上可以认定某些种类的欺诈性交易或以其他方式造成债权人的权益受到损害的交易为无效；
- (g) 制定重组计划以及可能对计划内容、计划制定人、批准和实施计划的必要条件可能作出的任何限制；
- (h) 为分配清算收益而排列债权人的受偿顺序；
- (i) [……]。

25. 除这些具体的主题领域之外，还有一个更基本的问题要处理，这就是破产法能否有效地修改其他实体法律。例如，破产法是否影响那些为雇员提供某种保护的雇用法，

¹ 下面一节中的资料借鉴了亚洲开发银行、国际货币基金组织和世界银行的工作。

是否影响那些限制抵销和净额交易的法律，是否影响那些限制债务——股权转换的法律，以及是否影响那些对外汇和外国投资实行限制的法律，因为这种限制会影响到重组计划的内容（见就业合同和雇员，第 113-114 段和第 228-230 段；抵销和净额交易，第 116-123 段；重组计划的内容，第 274 段，……）。

B. 破产程序的类型

26. 可以确定两大类程序-清算（一般为正式程序）和重组（可以是正式程序也可以是非正式程序，在有些情况下非正式程序和正式程序并用）。不过，这两种程序之间的传统界线在一定程度上是人为确定的界线，可能不必要地造成两者之间的对立和缺乏灵活性。例如，对于那些并非理所当然地适用其中一种程序的情形来说，传统的区分办法难免顾此失彼；对于这些情形，用灵活的办法来处理债务人的财务状况，就破产财产价值实现最大化而言，更有可能为债务人和债权人取得最佳的结果（有时可能需把正式程序和非正式程序结合起来使用）。另外，传统的清算程序和重组程序并非总是截然分开的。举例来说，有时用“重组”一词来指确保在清算程序中保护并尽可能地增加破产财产的价值。下述情况就是如此：法律规定的清算方式，是将企业作为经营中的企业转让给另一实体。在这种情况下，“重组”一词只是指非传统清算方法（即不是直接变卖资产），用这种方法尽量从破产财产中取得最大价值。

27. 出于这些考虑，对于严格的传统清算过程和单一种类的重组过程，破产法不应只是规定非此即彼的取舍。重组概念可以包含各种各样的安排，对此无需在破产法中详细论述。只要重组制度取得的结果能够胜过清算实体所取得的成果，就足够了（事实上，重组还可考虑对企业进行最后的清算或变卖）。

28. 在讨论有效和高效率的破产制度的核心条文时，本指南一方面侧重于清算程序，另一方面则侧重于重组程序。但是，采用这种办法并不是要表明特别看重某种过程，也并不表明对如何把各种不同的过程融入破产法中有什么倾向性。相反，指南试图对各类不同程序的核心要素进行比较和对比，促进采用一种注重为破产过程各参与方取得最佳结果的办法。为此就要制定一部破产法，其中既纳入传统的正式程序的精髓，又能最大程度地保持灵活性并以最有效的方式采用非正式过程。

1. 清算

29. 所谓“清算”这种程序一般规定由公共机构（通常都是由法院为此目的指定某人代行此事，但不一定总是这样）负责债务人的资产，以便终止债务人的商业活动，把非货币性资产转变为货币，然后再按比例把收益分给债权人。这些程序的结果，通常是对作为商业性法律实体的债务人进行清算或将其解散，不过在某些情况下可以把资产放在一起作为经营中的企业出售。对这类程序使用的其他术语包括 *bankruptcy*（资不抵债）、*winding-up*（停业）、*faillite*（破产）、*quiebra*、*Konkursverfahren*（破产程序）。

30. 这类程序往往在其概念、接受性和适用方面接近于具有“普遍性”。这类程序通常按下述方式进行：²

- (a) 由实体或债权人向法院或其他主管机构提出申请；

² “亚洲开发银行的法律和政策改革”，关于 RETA 5795 的报告：亚洲及太平洋地区的破产法改革，2000 年亚洲开发银行，第 35 段。

- (b) 作出清算实体的命令或判决；
- (c) 指定一名独立人士进行和管理清算工作；
- (d) 关闭实体的业务活动；
- (e) 终止所有人和管理部门的权力以及雇员的雇用；
- (f) 变卖实体的资产；
- (g) 裁决债权人的债权；
- (h) （根据某种优先形式）将现有资金分配给债权人；
- (i) 解散实体。

31. 清算过程在法律和经济上都有一些根据。广而言之，商业实体在竞争性市场经济中没有竞争力，就不应在市场上占有一席之地，而应当出局。丧失竞争力的实体的主要识别标志是没有偿付能力。更具体而言，不妨把清算程序的必要性看作是处理债权人之间的矛盾（当破产债务人的资产不足以清偿所有债权人的债权时，债权人出于自身利益的考虑，应当在其他债权人采取类似行动之前抢先采取行动收回自己的债权），也可以看作是一种纪律约束力，而这正是可持续的债务人——债权人关系的基本要素。对于债权人之间的矛盾，有序和有效的清算程序的做法是启动一种集体程序，以此避免这些行动，虽然个别债权人认为这些行动符合自身的最大利益，但从根本上来说则会导致全体债权人遭受价值的损失。集体程序旨在为债权人提供公平的待遇，为全体债权人的利益而实现债务人资产价值的最大化。为此，通常采取的做法是中止债权人的能力使之无法对债务人强制执行其个人权力，同时指定一名独立人士，由其主要负责实现债务人资产的最大化并将其分配给债权人。

32. 清算程序还构成一种重要的纪律约束力，是可持续的债务人——债权人关系的一个基本要素。例如，清算程序可以提供一种有秩序和比较有预见性的机制，借助这种机制执行债权人的权利。这些程序不仅为债权人作出放款决定提供一定程度的可预见性，而且从更广的意义上来说通过便利提供信贷和发展金融市场可以促进经济中所有参与方的利益。

2. 重组

(a) 正式重组程序

33. 清算的替代程序是一种旨在挽救企业而不是将其终止的过程。这种过程可能采取若干形式之一，在概念、接受性和适用方面比清算程序的普遍性低一些，可以使用各种不同的名称，其中包括 reorganization（重组）、rescue（拯救）、restructuring（结构重整）、turnaround（转产）、rehabilitation（更生保护）、arrangement（安排）、composition（和解协议）、concordat préventif de faillite、suspensión de pagos、administración judicial de empresas 和 Vergleichsverfahren。为简洁起见，本指南草案中使用“reorganization（重组）”一词的广义，指最终目的在于允许债务人克服财务困难并恢复和继续正常的商业经营的那类程序。

34. 把重组程序包括在破产法中的根据之一是，对使用清算制度的必要性作出全面的考虑，因为并非所有在竞争市场上失败的实体都必须清算。一个实体只要还有生存下去的合理前景（例如，某些业务仍有赢利的可能性），就应当让它有机会生存下去，

如果能够证明把实体的基本业务同其他组成部分继续保持在一起更有价值（而且从长期来看经过减免对债权人更有利）的话，就更应该这样做。重组程序的目的是给予实体一定的喘息空间，使其能够从暂时的资金流动困难或较为长期的债务过重的负担中恢复过来，并在必要时为其重整业务和调整与债权人的关系提供机会。在有可能重组的情况下，只有当实体继续经营产生的价值会增加债权价值时，债权人一般才乐意重组。但是，重组并不意味着实体的完全恢复或如数清偿债权人的债权。而且也不一定意味着破产实体的所有人和管理部门将继续维持和保持其各自的地位。不过，一般而言，重组肯定意味着不论重组计划、方案或安排采取何种形式，债权人最终都将获得超过实体清算所能分配的价值。

35. 为了取得这种结果，可以采用一些形式各不相同的程序。这些程序包括涉及债务的简单协议（作为和解协议），举例来说，债权人根据这种协议同意接受一定比例的债务，以此全部、彻底和最终清偿债权人对债务人的债权。这样一来减少了债务，实体重新具有清偿力并能继续经营。这些程序还可包括一种复杂的重组计划，根据这种计划可以对破产实体的债务进行结构调整（例如，延长贷款期限和偿债期限，推迟支付利息或改变放款人的身份）；某些债务转为股权，同时减少（甚至取消）现有债权；变卖非核心资产；关闭不赢利的企业活动；等等。如何选择重组的方式，通常需考虑到企业的规模以及债务人具体处境的复杂程度。

36. 尽管重组过程不如清算过程那样具有普遍性，并可能不依循此种共同的形式进行，但仍有一些关键或基本的因素可以确定：³

- (a) 实体自愿服从重组过程，而这一过程可能涉及也可能不涉及司法程序和司法控制或监督；
- (b) 在一段有限时间内自动和强制性中止或暂停针对该实体的财产并影响全体债权人的诉讼和程序；
- (c) 实体继续开展业务，可由现有的管理部门、一名独立管理人或二者结合进行此项工作；
- (d) 拟订一项计划，提出如何对待债权人、股东和实体本身的方式；
- (e) 由债权人审议并表决是否接受该项计划；
- (f) 可能的话由司法部门批准已通过的计划；
- (g) 实施计划。

37. 虽然普遍承认重组带来的益处，但对于在多大程度上依靠正式的重组程序实现重组目标，各国的看法不尽相同。各国普遍承认，清算程序的存在可以便利实体的重组，或是借助正式的重组程序，或是借助庭外过程这样的非正式手段（正式制度的存在发挥着鼓励债权人和债务人达成适当协议的作用）。的确，在许多经济体中，重组基本上是在正式破产制度的“影子”下非正式进行的。不过，债务人遇到的财务困难的程度与适当解决办法的难度之间通常有着相互关系。例如，如果涉及的是一家银行，那么债务人就有可能在不涉及贸易债权人的情况下通过与这家银行的非正式谈判解决其困难。如果财务状况比较复杂，需要由数目众多的各类债权人参与，则可能需要有更大程度的正式性，以找出可考虑到这些债权人的不同权益和目标的解决办法。

³ 见说明 2，第 41 段。

38. 尽管盛行非正式的做法，但正式的重组程序还是可以为企业重组提供一种机制，照顾到经济中所有参与方的利益。首先，由于庭外重组需要取得债权人的一致意见，诉诸正式的重组程序有助于实现结构调整，使债务人和多数债权人能够强迫持反对意见的少数债权人接受一项计划，特别是在庭外谈判过程中出现某些债权人拒不合作的情形时。其次，现代经济大大减少了通过清算实现实体价值最大化的程度。在专门技术知识和商誉比有形资产更重要的情况下，保护人力资源和商业关系是财产的基本要素，这些财产不可能通过清算变现。第三，长期的经济益处更有可能通过重组程序实现，因为它们鼓励债务人在自身的财务困难变得更为严重之前采取行动。最后，有些社会和政治方面的考虑是可以通过设立重组程序来解决的，举例来说，重组程序可以保护陷入困境的实体的雇员。

(b) 非正式重组程序

39. 非正式过程是若干年前由银行部门发展起来的，是正式重组过程的一种替代办法。在一些有国际影响力的银行和融资机构的带头和影响下，非正式过程逐渐发展到众多的法域。非正式过程的适用一般限于公司财务困难或破产情形，因为这里涉及对银行和融资机构拖欠的大笔债务。这一过程着眼于在放款人之间以及在放款人与债务人之间就负债实体的重组达成协议，而不论是否重新安排资金。非正式重组可以提供一种方式，赋予破产制度灵活性，因为它可以减少对司法机构的依赖，便利债权人在正式制度通常不允许的情况下更早地采取积极主动的对策，并避免通常因破产而受到的摧毁。但是，非正式重组必须依赖正式破产框架来提供制裁，才能使非正式过程获得成功。除非债务人及其银行和金融债权人不失时机地携手行动启动非正式过程，否则债务人或债权人就有可能援用正式的破产法，其结果可能是债务人和债权人都受到损害。

40. 非正式过程可以采取多种形式，它可以是一种完全的非正式过程，它所依据的无约束力的原则是支持采用集体谈判框架而且不涉及司法系统（但须依赖有效和高效率的正式系统发挥杠杆作用），它还可以利用司法管理机制，以执行在非正式谈判中达成的计划并使债权人受这项计划的约束。如果谈判是在庭外进行，而且债务人和大多数债权人均同意该计划，则可以批准过程采用快轨机制。

41. 要处理的问题：

[实施非正式程序所需要的有效的非正式程序和过程的必备条件]

[A/CN.9/504，第 161 段：据指出，这其中的一些考虑与工作组制定关于正式破产制度的法律指南的工作有交合之处，因此必须考虑如何才能做到彼此交合。特别是，据建议，指南草案应当考虑到不同的选择方案，对每种方案的利弊进行讨论并且指出如何才能将这些方案纳入重组制度。在这方面据指出，债务人正在经历的财务困境程度与适当解决方案的难度之间存在着相关性。例如，在涉及个别银行的情况下，债务人有可能与银行进行非正式谈判，并在不涉及贸易债权人的情况下解决债务人遇到的困难。在财务形势较为复杂并且要求有大量不同类型债权人参与的情况下，则可能需要有更大程度的正式性。据建议，这一做法可以成为向立法者提供各种不同程序的一个办法。会议一致商定，在工作组审议指南草案关于重组的章节时，应当把这些因素考虑在内，特别是在指南草案中论及用以实施 A/CN.9/WG.V/WP.55 号文件中提到的那类结构调整（包括跨国界安排和国内安排）的迅速重组程序这一主题事项。]

(一) 完全非正式过程

42. 要处理的问题:

[A/CN.9/504, 第 159 段: 关于完全非正式的程序, 有人建议工作组考虑到其他组织正在进行的工作, 如破产管理从业人员国际协会放款人集团关于众多债权人总体解决办法的原则说明(载于 A/CN.9/WG.V/WP.55 号文件)和其他类似的指导原则。]

43. 一种是“伦敦办法”, 其依据是英格兰银行发给各商业银行的无约束力的准则。其中要求各银行对陷入财务困境的债务人采取支持的态度。关于债务人长期前景的决定, 只应根据全面的资料作出, 而且应在参与制定任何涉及债务人未来的协议的各家银行及其他方面中间交换此种资料。临时融资通过暂停和从属协定促进, 各银行与其他债权人合作, 就是否以及按什么条件向负债实体注资达成集体意见。

(二) 行政过程

44. 要处理的问题:

[A/CN.9/504, 第 160 段: 关于行政体制, 有人提到了三种类型的经验, 并建议指南应当考虑到有关的范例及在何种情形下这些范例经事实证明有用并且可在将来酌情加以利用。据指出, 在法院不足以解决问题或者完全由于制度的严重缺陷而无能为力的情况下, 这些经验尤其曾起到帮助作用。]

45. 近年来一些受危机影响的法域主要在政府或中央银行的倡议下为非正式过程发展了半官方的“结构性”形式, 以对付银行部门普遍存在的金融问题。这些过程按类似的方式进行。首先, 每种过程都有一个促进机构来鼓励并在一定程度上协调和管理非正式重组, 以便为进行非正式过程提供必要的奖励和鼓励。第二, 每种过程都以商业银行之间达成的协议为基础, 在这种协议中各参与方同意对负债法人采用一套“规则”, 负债法人对不止一家银行欠债并且可以参与这一过程。这些规则为试图进行法人重组的情形提供了应当依循的程序和应当规定的条件。在某些法域中, 负债法人要谈判达成非正式重组办法, 首先需同意适用这些规则。第三, 对这些程序的不同部分规定了时间限制, 在有些情况下可将主要协议交给有关的法院来决定是否依法进行正式重组。另外, 某个法域建立了权力极为广泛的法定机构, 可以由其从银行及金融部门获得不履行合同条件的贷款, 然后对不履约的负债法人强制执行非司法过程, 包括强行重组或勒令重组。

(三) 混合过程

46. 要处理的问题:

[A/CN.9/504, 第 159 段: 关于这些把正式和非正式成份结合起来的程序, 工作组似可对世界各国如何制订这一程序进行审议, 尤其可审查司法和行政当局所发挥的作用和进行干预的时刻。]

47. 有些国家采用了所谓的“破产前”程序, 这种程序实际上是庭外重组程序和正式重组程序的组合。根据有的破产法, 可以事先颁布条例, 规定当需要获得债权人的支持以作为法院根据破产法批准重组计划的条件时, 即使这种支持是在正式重组程序实际启动之前进行的表决中获得的, 也允许法院根据破产法批准重组计划。这种“事先

颁布的”破产条例旨在尽量减少正式重组程序引起的费用和延误，同时提供一种可以在未获得债权人一致支持的情况下批准重组计划的手段。

48. 另一种破产法规定，为了便于同债权人达成友好和解，债务人可以请求法院指定一名“调解人”。调解人没有什么特殊的权力，但是，如果调解人断定中止将有利于达成和解协议的话，可以请求法院对所债权人执行行动中令。中止期间，债务人不得为清偿优先债权（除工资之外）进行任何偿付，也不得在正常经营过程之外处分任何资产。与全体债权人或（经法院批准）与主要债权人达成协议之后，这一程序即告结束；对于后一种情形，法院可以继续对不参加和解协议的债权人执行中止令，包括为债务人提供最多两年的宽限期。

49. 要处理的问题：

[A/CN.9/WG.V/WP.55, 第 22 和 23 段：[另一种办法是基于迅速破产程序的法定框架，以便在每一受影响类别的法定绝对多数债权人核准结构调整和参照有关的国际结构调整标准评价结构调整适当性的司法审查的基础上，对破产的国际商业企业的借款债务（机构放款人的债务和债券）实施自愿性结构调整。这个办法的主要特点包括：能够宣布短期延缓，以便完成自愿结构调整的讨论；在启动法律程序之前争取债权人批准结构调整；批准结构调整需要无论是在人数还是价值上均占受影响类别的债权人 75% 的同意；交由破产法院批准结构调整的迅速破产程序，使其对持异议的债权人具有约束力；法院批准结构调整的最低法律标准。]

C. 清算程序与重组程序之间的关系

50. 在某些情况下，因债务人破产而产生的需要以下述方式能最有效地加以满足：清算债务人全部资产并随后在债权人中分配收益。不过，在另一些情况下，清算不一定是最大限度提高破产债务人资源价值的最有效办法。如上文所述，在实际生活中，资产的直接清算经常导致债权人只得到其债权名义价值的一部分。在这种情况下，企业重组以保持企业的人力资源和商誉可能证明是一种有效的方法，能够尽量提高债权人债权的价值，使他们能够得到更有利的待遇，或甚至得到全额偿清。例如，如果企业的价值依靠无形资产（例如知识产权）而不是有形资产，情况可能尤其如此。

51. 考虑到某种法律制度的政治背景和社会背景，也许有必要优先考虑重组而不是清算。有些国家认为重组程序可以满足广泛的社会利益，不仅可以鼓励债务人在财务状况更加恶化之前求助于重组办法，而且可为其提供“第二次机会”，从而最终促进经济的发展和增长。同样，对陷入困境企业的雇员给予保护也是一项重要的考虑，这不仅影响到破产法的制订，而且决定了是选择重组还是清算。由于某些法律制度重视这些政治和社会目标，许多国家都认识到，行之有效的破产制度必须包括清算和重组程序。

52. 虽然许多国家的破产法都包括清算和重组两种程序，但在促成选择其中一种程序的结构上，做法却大相径庭。有些国家规定一种单一而灵活的破产程序，可以在清算或重组中任选一种，视案件的具体情况而定。另有一些法律规定两种明显不同的程序，各有自己的准入和启动要求，两种程序之间的转换存在着不同的可能性。

53. 那些把清算程序和重组程序截然分开的法律，所依据的是不同的社会和商业政策考虑，要实现的也不同（见……）。不过，清算和重组有许多共同的问题，因而无论从程序步骤看还是从实质问题看，二者之间存在着相当多的重叠和联系，下文第二部分的讨论将表明这一点。

54. 如果破产法提供两种不同程序，那么在确定破产债务人的企业是否具有生存能力时至少应在理论上确定采用哪种程序。不过，实际上，在启动任何一种程序时，经常无法对企业的财务生存能力作出最后评价。因此需要法律规定两种程序之间的联系，以允许在某些特定情况下二者之间转换，并需提供某种机制防止滥用破产程序，例如，启动重组程序以避免或推迟清算[见……]。

55. 关于选择程序的问题，有些国家规定，申请破产程序的当事人可以对清算和重组作初步选择。当一位或多位债权人提起清算程序时，法院通常提供一种机制，使债务人能够在可行的情况下请求转换为重组程序。当债务人申请重组程序时，不论是其主动提出还是由于债权人申请清算，从逻辑上来说都应当首先选定重组申请。但为了保护债权人起见，有些破产法还规定了一种当确定重组无法成功时可将重组转为清算的机制。对债权人的另一种保护机制是，可对允许违背债权人的意愿进行重组规定最长期限。

56. 作为一般原则，虽然清算和重组程序通常作为单独的程序提出，而且它们一般依次执行，也就是说，如果重组不能获得成功，或重组努力未能奏效，才将启动清算程序。在有些破产制度中，一般的假定是，企业应当重组，而且只有在所有的重组尝试都失败后，才可启动清算程序。在规定可以转换程序的破产制度中，可由债务人、债权人或破产代表提出将重组转换为清算的申请，视法律规定的情形而定。这些情况可能包括债务人无力支付申请后到期的债务；重组计划未能获得批准；以及未能履行获准的计划规定的义务或债务人试图欺诈债权人。尽管重组程序经常可能转换为清算程序，但多数破产制度规定，一旦重组已经转换至清算，则不允许再转换至重组。

57. 由于难以从一开始确定是清算债务人还是重组债务人，有些国家修订了破产法，用“单一”程序取代分开的程序。根据“单一”法，凡发生破产情况，就适用同一程序；因此，在初始期内（通常称为“观察期”，在单一法的现有实例中，最长可达3个月），并不假定企业最终将重组还是清算。只有对重组是否真的可行作出判定后，才能在清算程序与重组程序之间作出选择。这种做法提供的基本优势依赖于程序上的简单。一种允许重组和更生保护的简便的单一程序，可能也有助于鼓励面临财政困难的债务人及早求助于破产程序，从而增加更生保护的成功机会。