联合国 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2

大 会

Distr.: Limited
31 January 2003*
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第二十八届会议
2003 年 2 月 24 日至 28 日，纽约

破产法立法指南草案

秘书处的说明

[指南第一部分第一章和第二章见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2 号文件；指南第二部分见 A/CN.9/WG.V/WP.63/Adds.3-17 号文件]

[…]中的段落编号系指本章导言上一版 A/CN.9/WG.V/WP.57 号文件中的相关段次。

目录

	段次	页次
第一部分：确定有效和高效率的破产制度的结构和关键目标		
一. 对破产程序的介绍	1-21	3
A. 有效和高效率的破产制度的关键目标	3-13	3
1. 资产价值最大化	4	3
2. 在清算和重组之间求得平衡	5	4
3. 确保对处境相近的债权人的公正待遇	6	4

*本文件提交延迟是因为需要完成工作组第二十七届会议(2002 年 12 月 9 日至 13 日)和最后完成对本文件的修订。

V.03-80238 (C) GH 130203 140203

	段次	页次
4. 规定及时、有效并公正地解决破产事务	7-8	4
5. 防止过早分割债务人的资产	9	5
6. 规定一种鼓励收集和提供资料的有透明度并且可预测的程序	10-11	5
7. 承认现有债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则	12	5
8. 建立跨国界破产的框架	13	6
B. 平衡兼顾各项关键目标	14-18	6
C. 破产制度的一般特征	19-21	7
二. 破产程序的类型	22-64	8
A. 清算	26-29	9
B. 重组	30-55	10
1. 正式重组程序	31-36	10
2. 非正式重组程序	37-52	12
(a) 必要的先决条件	40	12
(b) 主要过程	41-51	13
(c) 非正式重组的规则和准则	52	15
3. 兼有非正式和正式成分的重组过程	53-55	15
C. 行政过程	56-57	16
D. 破产制度的结构	58-64	16

第一部分

确定有效和高效率的破产制度的结构和关键目标

一. 对破产程序的介绍

1.[23] 对于债务人无力偿付到期债务和负债的情形，大多数法律体系都规定了一种法律机制，处理以债务人所有资产（动产和不动产）集合清偿未偿债权的问题。这样一种法律机制需考虑到各方的利益——首先是当事人各方，包括债务人、其所有权人和管理部门、不同程度的有担保债权人（包括税务机构和其他政府债务人）、雇员、债务保证人及货物和服务供应商，以及法律、商业和社会机构，另外还要考虑到与破产法的制定以及与破产法运作所需体制框架有关的做法。一般而言，该机制所必须平衡兼顾的不仅是这些利害攸关者的不同利益，而且还涉及影响破产经济目标和法律目标的有关社会、政治和其他政策方面的考虑。

2.[23] 大多数法律体系均制定了为解决债务人财务困难而可加以启动的各类程序（在本指南中通称“破产程序”）规则。尽管这些程序的共同目标是解决债务人的财务困难，但形式不一，其中可能既有“正式”也有“非正式”成分，因此并非总能使用统一的术语称谓。正式的破产程序依照破产法启动，并且受破产法管辖。此类程序通常包括清算程序和重组程序。非正式破产程序不受破产法管辖，通常涉及债务人与其一些或全部债权人之间的谈判。此类程序通常由银行部门或商业部门居间协调而形成，并且通常规定对破产债务人进行某种形式的重组。此类非正式重组程序尽管不受破产法管辖，但是其有效性仍依赖于破产法，后者对实现重组可能会起到某种间接的鞭策或引导作用（下文进一步讨论）。

A. 有效和高效率的破产制度的关键目标

3. 各国做法尽管不一，但普遍认为，有效和高效率的破产制度应以实现下文列明的关键目标为目的。能够实现这些关键目标的破产法无论最终构思如何，都必须与其赖于存在并且最终加以扶持的社会法律体系和价值体系相辅相成，并行不悖。破产法尽管通常自成一体，但它运作产生的结果不得与一般法所依据的前提有根本的冲突。如果破产法力求实现的结果的确不同于或根本背离一般法（例如，关于合同的处理、先前行为或交易的撤销或对有担保债权人权利的处理），那么，十分可取的做法是，这种结果是经认真考虑和在政策上朝这个方向有意为之的产物。

1. 资产价值最大化

4. 破产程序的参与者在实现资产价值最大化上应该是具有高度积极性的，因为这样做将有助于提高对全体债权人的分配额，减轻破产造成的负担。为实现这一目标而通常采取的做法是平衡兼顾破产程序所涉当事方之间的风险。例

如，对以前交易的处理方式可以确保公平对待债权人，并通过为所有债权人的利益追回价值而提高债务人资产的价值。与此同时，对这些交易的处理也会危及作为投资决定关键之所在的合同关系可预测性，造成破产制度不同目标之间的对立。同样，必须平衡兼顾下述多重方面：一方面是迅速清算，另一方面是长期作出努力，重组企业，从而可能会给债权人创造更多价值；一方面是为保持或提高资产价值而需要进行新的投资，另一方面则是这种新投资对现有的利益当事人造成的影响和代价；一方面是不同的利益当事人所赋有的不同作用，尤其是破产代表能够行使的酌处权，另一方面则是债权人为保障程序而对行使酌处权加以监督的程度。

2. 在清算和重组之间求得平衡

5. 价值最大化的首要目标与破产制度在清算和重组之间求得平衡有着密切的联系。[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。为实现这一平衡可能还需考虑到鼓励扶持企业家阶层和保护就业等其他社会政策。[15]破产法应规定债务人可以进行重组，以作为清算之外的另一种选择办法，在这种情况下，债权人将不会主动接受少于清算的价值。通过允许债务人继续运营，社会和债权人可以从债务人那里获得最大的价值。这样做所依据的是经济学上的下述基本理论：相对于将商业组织拆散零散处分的做法，保全该组织基本组成部分的做法可以取得较大的价值。为确保债权人或债务人无法滥用破产程序，并且能够提供最适宜于解决债务人财务困难的程序，破产法还应规定在适当情形下各种程序可相互转换。

3. 确保对处境相近的债权人的公正待遇

6. 公正待遇的目标所依据的概念是，在集体程序中，享有类似法定权利的债权人应得同等的待遇，其债权的受偿应依照其相对优先权和权益加以划分。[17]公正待遇承认不必对所有债权人给予同样待遇，但是所给予的待遇必须反映债权人与债务人达成的不同交易，尽管在同债务人未订立任何具体债务合同的情况下，比如损害赔偿的求偿人（例如环境损害赔偿的求偿人）这一点不那么能够作为一个决定因素。即使公正待遇受关于优先债权方面的社会政策限制，必须服从持有例如依法产生的债权或权益者的特权，但公正待遇原则仍不失其意义，因为该原则确保所赋予同类债权的优先权对同类债权人一视同仁。破产法在许多方面都体现了公正待遇的政策，包括适用中止或暂停措施，规定可予撤销已完成的行为和交易从而为破产财产追回价值，债权划分类别，重组中的表决程序以及分配机制。[17]破产制度可通过规定撤销有损于债权人公正待遇的行为和交易而解决在遇到财务困难时可能出现的欺诈和褊袒问题。

4. 规定及时、有效并公正地解决破产事务

7.[18] 应当有条不紊、迅速并有效地处理和解决破产问题，以避免给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。及时有效地进

行管理将有助于实现使资产价值最大化的目标，而公平不倚则有助于实现公正待遇的目标。对整个程序必须加以认真地研究，以确保最大限度地提高效率，但又不以牺牲灵活性为代价。与此同时，应侧重于对无法生存和效率低下的企业进行清算而对效率高、有可能生存下去的企业加以拯救的目标。

8.[18] 为迅速有序地解决债务人的财务困难，破产法应当以明确和客观的标准为依据，便利援用破产程序，为查明、收取、保护和收回应当用于偿付债务人债务和负债的财产和权益提供便利，在尽量不迟误和尽量减少费用的情况下便利债务人和债权人的参与，建立适宜于对破产过程进行监督和管理的组织结构（包括所涉专业人员和机构）并最终为债务人的债务和负债提供有效的救济。

5. 防止过早分割债务人的资产

9.[19] 破产制度应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债务人可用来清偿所有债权人债权的全部资产总价值，而且不利于进行重组或将企业作为经营中实体加以变卖。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，这样做既有利于破产财产价值实现最大化，也有利于公正对待所有债权人。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并且可预测的程序

10.[20] 破产法应具有透明度并且可加以预测，这样就使得潜在的放款人和债权人能够理解破产程序是怎样运作的，并且能够在发生破产的情况下对其作为债权人而承受的风险加以评估。这将有助于商业关系的稳定性，并以较低的风险酬金提供贷款和投资。透明度和可预测性可使债权人能够澄清重点之所在，并且由于为评估相对权利和风险提供了依据而可防止出现争端，同时有助于界定任何酌处权的界限。任意适用破产法不仅有可能损害破产程序所有参与方的信心，而且还会使这些参与方不愿意作出提供贷款和进行其他投资的的决定。[20]破产法应尽量示明对破产程序的进行产生影响的所有其他法律条文（例如，劳工法；商业法和合同法；税务法；有关外汇、净额交易和抵消、债转股等的法律；甚至还包括家庭和婚姻法）。

11.[20] 破产法应当确保提供有关债务人状况的充分资料，对鼓励债务人披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。如果提供了这类资料，负责对破产过程进行管理和监督者（法院或行政机构、破产代表）及债权人就能够对债务人的财务状况进行评估，并确定最为适宜的解决办法。

7. 承认现有债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则

12.[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，可尤其在关系到有担保债权人的权益和优先权方面使市场具有确定性，并有助于提供信贷。为现有和程序启动后的债权人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。这些优先顺序应尽最大可能立足于商业交易，而不得反映有可能扭曲破产结果的社会和政治方面的种种考虑。对非商业交易的债权应避免赋予优先权。

8. 建立跨国界破产的框架

13.[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。

B. 平衡兼顾各项关键目标

14. 由于破产制度不可能充分保护所有当事方的权益，所以在制定破产法时作出的一些关键政策选择即涉及界定破产法的目标和在上文确定的各项目标之间实现应有的平衡。破产法为实现这一平衡，以符合国家经济、社会和政治目标的方式重新划分破产的风险。因此这类破产制度可以对整个经济产生广泛的影响。

15. 任何破产制度的首要任务都是制定一套基本原则，确定如何为所涉的所有当事方管理破产债务人的财产。确定这套基本原则并将其融入范围更广的法律过程，对维护社会秩序和稳定至关重要。所有当事方都需要能够事先了解在发生债务人无力偿付或无力全额偿付欠款的情况下他们作为利益当事人依照法律而享有的权利。这样做就使得债权人和股本投资人能够计算出债务人拖欠债务时所造成的经济影响，并从而能够对其风险加以估算。

16. 由于各国在需求上千差万别，各国本国法律在诸如担保权益、财产权和合同权利、补救措施和强制执行程序等对破产至关重要的其他问题上差别也很大，因此在破产制度的设计上不存在普遍适用的解决办法。尽管不存在此类普遍适用的解决办法，但大多数破产制度都涉及由各项关键目标而提出的一系列问题，不过侧重点各有不同。有些法律更加侧重于承认和执行债权人的权利和商业交易，并且使债权人比债务人对破产进程享有更多的控制权（有时称作“有利于债权人”的制度），而有些法律则倾向于规定债务人对进程享有更多的控制权（称作“有利于债务人”的制度）。有些法律更加重视对债务人实行清算，目的是将效率和能力低下的市场参与者清除出局，而有些法律则倾向于重组。以重组为重点可以达到若干不同的目的：作为提高债权人债权价值的一种手段，将这些债权作为经营中企业的一部分，为股东和债务人经理层提供第二次机会；为企业家和管理人员端正对风险的态度提供强劲的动力；或保护债务人的雇员等弱势群体免受商业失败的影响。[1]

[1] 破产制度对债务人有利还是对债权人有利，究竟是侧重于清算还是重组，这与重组后究竟成功还是失败并不一定有直接的联系。尽管详细讨论这些问题并不在本指南的范围以内，但对拟订破产制度十分重要，值得加以考虑。即使在被归类为对债权人有利的制度中，重组的成功率差别也很大，研究结果似表明，相对于对债务人有利的制度，对债权人有利的制度造成重组成功的数目较少或不太成功这一假设并不一定符合事实。

17. 但是采取有利于重组的做法不一定会给濒临绝境的企业建立一个安全的庇护所——应尽可能迅速有效地对无可救药的企业进行清算。如果某些权益与其他权益相比可被视为不太优先，在破产制度以外建立机制比试图在破产制度下涉及这些权益可能更易于解决问题。例如，如果破产法将雇员的债权列为优先度低于有担保债权人和优先债权人的债权，那么可动用保险安排来保护雇员应享有的权利（见第二部分，第……章）。

18. 由于社会在不断变化之中，因此，破产法不可能是一成不变的，而是需要定期对其加以重新审视，以确保破产法能够满足目前社会的需要。为了应对所意识到的社会变革，必须在了解国际最佳做法以及被移植到国家破产制度中的那些做法的基础上作出判断，同时考虑到破产制度的现实情况以及现有的人力资源和物质资源。

C. 破产制度的一般特征

19.[24] 拟订有效和高效率的破产法需要考虑到关系到法律框架（当事方在实体法和程序法方面的权利和义务）以及（为执行这些权利和义务）所需的体制框架的一系列共同的问题。实质性问题在本指南第二部分第[……]章中详细论述，其中包括：

(a) 确定可以受破产程序管辖的债务人，包括可能要求有特别破产制度的债务人；

(b) 确定什么时候可以启动破产程序以及可以启动哪类破产程序，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当事人不同而有所区别；

(c) 破产程序一旦启动后应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（在本指南中称为破产代表）监督并管理债务人，以及在这方面对清算和重组作出的区分；

(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。在对有担保债权人适用保全措施的情况下，在破产程序期间保全担保权益经济价值的方式；

(e) 破产代表对债务人在启动程序之前订立而尚未充分履行的合同的处理方式；

(f) 启动破产程序后的抵销权或净额结算权中止范围；

(g) 破产代表动用或处分破产财产的资产的方式；

(h) 破产代表可在多大程度上撤销有可能导致债权人权益受损的某些类型的交易；

(i) 对于重组的情形，编写重组计划并对重组计划的内容实施任何可能的限制，计划的编写人以及批准和执行计划所必需的条件；

(j) 为分配清算收益而对债权人的排序作出的评定；

(k) 执行重组计划，分配清算收益，解除债务人的债务或使债务人解体，以及程序的结束。

20.[25] 除这些具体的主题领域之外，必须加以考虑的一个更为一般的问题是，破产法与其他实体法的关系，以及破产法能否有效地修改这些法律。相关的法律可包括向雇员提供某些保护的劳工法、限制实行抵销和净额结算的法律、限制债转股的法律以及可能影响到重组计划内容的外汇管制和外国投资管制法律（参见劳工合同和雇员[第二部分，第……章]；抵销和净额结算[第二部分，第……章]；以及重组计划的内容[第二部分，第……章]）。

21. 尽管本指南未对体制框架作任何详细论述，但第二部分第……章触及其中的一些问题。虽然有各种实质问题必须加以解决，但破产法的程序性很强。拟定程序规则对确定在各参与方之间尤其在决策方面如何分配角色起着关键作用。只要在作出关键决策上破产法赋予机构基础设施相当的责任，那么充分发展这一基础设施使其足以完成所需的职能便至关重要。

二. 破产程序的类型

22.[26] 大多数破产制度通常都采用两种主要的破产程序——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，在有些情况下是非正式成分和正式成分兼而有之的程序）。

23.[26] 对这两种程序传统上作出的区分或区别在某种程度上是人为的，并且可能不必要地造成非此即彼的极端化和缺乏灵活性。例如，对于那些并非理所当然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结果。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增加破产财产价值的一种特定方式，例如有的法律规定进行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”一词只是指一种非传统式的清算方法（即不是直接而是零散地变卖资产），用这种方法尽量从破产财产中取得最大的价值。同样，重组可能要求变卖债务人企业中相当大一部分或[27]考虑最终对企业进行清算，或将企业变卖，售给一家新的公司，并解散现有债务人。

24.[27] 出于这些考虑，对于严格的传统清算过程和狭义上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。由于重组概念可涵盖各种安排，破产法宜采取的做法是，不做硬性规定，支持相对于清算债务人而言最终结果将可为债权人带来更多价值的种种安排。

25.[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，另一方面也侧重于重组程序。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，似可拟定一部破产

法，其中既纳入传统正式程序的成分，又能最大程度地保持灵活性和便于在非正式程序最有效时采用非正式程序。

A. 清算

26.[29] 所谓“清算”这种程序由破产法管理，一般规定由公共机构（通常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形式，然后再按比例把资产变卖后的收益分给债权人。资产的变卖可以是以零散的方式进行，也可以是按生产单位划分来变卖企业，或作为经营中企业整体变卖。这些程序的结果通常是作为商业性法律实体的债务人解散或消失。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）。

27.[30] 清算程序往往在其概念、接受性和适用方面接近于具有“普遍性”，通常按下述方式进行：

(a) 由债务人或债权人向法院或其他主管机构提出申请；

(b) 作出清算债务人的命令或判决；

(c) 指定一名独立人士进行和管理清算工作；

(d) 关闭债务人的业务活动；

(e) 终止所有权人和管理部门的权力以及雇员的雇用；

(f) 零散变卖或作为经营中企业整体变卖债务人的资产；

(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) 债务人是公司或其他某种法人形式的，解散债务人；债务人是个人时，债务解除。

28.[31] 清算过程在法律和经济上都有一些根据。广而言之，可以说，商业企业在市场经济中没有竞争力就应当出局。丧失竞争力的企业，其主要识别标志是符合破产检验标准之一，即无能力偿还其到期债务，或资不抵债。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，对地位相同的债权人一视同仁，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

强制执行其个人权利，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。

29.[32] 以一种有秩序和比较有预见性的机制执行债权人的权利，还可为债权人在作出放款决定时提供一定程度的可预见性，以及从更广的意义上来说，通过便利提供信贷和发展金融市场促进经济中所有参与方的利益。这并不是说破产制度的作用应是作为执行个别债权人权利的一种手段，尽管这两类程序之间存在着明显而重要的关系。个别执行债权人权利的程序，其效率和有效性将意味着债权人不必被迫而为此目的动用破产程序，这特别是因为破产程序一般要求有充分的证明，费用高昂，程序复杂，从而不适宜如此运用。然而，有效的破产程序将可确保当债务执行机制失效时债权人将有最后追偿的途径，对拒不偿债的债务人来说，这可作为一种有效的鞭策，促使其偿付特定的债权人。

B. 重组

30.[33] 清算的替代程序是一种旨在挽救企业而不是变卖其资产并将其终止的过程。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，有各种不同的名称，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（即使在有些情况下可能包括缩减经营范围，作为经营中企业出售给另一家公司，或最终加以清算）。

1. 正式重组程序

31.[34] 如上所述，重组程序可能涵盖在破产法中，或是一种非正式程序，或是一种正式和非正式成分二者兼有的程序。把正式重组程序包括在破产法中的根据之一是，并非所有在竞争市场上难以站稳或遭遇严重财务困难的债务人都必须清算；一个债务人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，如果能够证明把债务人的基本业务同其他组成部分继续保持在一起更有价值（而且通过推断，从长期来看对债权人更有利）的话，就应该这样做。重组程序的目的是给予债务人一定的喘息空间，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，只有当债务人业务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，重组并不意味着所有利益持有人都必须受到完全的保护，或其财务或商业状态恢复到未发生破产前的水平。也不意味着债务人将完全恢复或如数清偿债权人的债权，或破产债务人的所有权人和管理部门将继续维持和保持其各自的地位。管理部门可能终结和改换，股东的股本可能贬值到一文不值，雇员可能被裁决，供应方的一个市场来源可能就此消失。不过，一

般而言，重组肯定意味着不论所商定的重组计划、方案或安排采取何种形式，债权人最终都将获得超过债务人清算所能分配的价值。

32. 其他一些因素也支持采用重组方式，其中包括现代经济大大减少了通过清算实现债务人资产价值最大化的程度。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。另外，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债务人的雇员。

33.[35] 重组程序可以采用一些各不相同的形式，其中可包括关于债务的简单协议（称作和解协议），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，债务人重新具有清偿力并能继续经营。这些形式还可包括一种复杂的重组计划，根据这种计划可以对债务进行结构调整（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。

34.[36] 尽管重组过程不如清算过程那样具有普遍性，并可能不依循此种通用的形式进行，但仍有一些关键或基本的因素可以确定：

(a) 债务人服从重组过程（无论是自愿还是在债权人申请的基础上），而这一过程可能涉及也可能不涉及司法控制或监督；

(b) 在一段有限时间内自动和强制性中止或暂停针对债务人资产并影响全体债权人的诉讼和程序；

(c) 债务人继续开展业务，可由现有的管理层、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、股东和债务人本身的方式；

(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/确认已通过的计划；

(g) 实施计划。

35.[37] 重组带来的益处日益受到承认，许多破产法都包括关于正式重组程序的规定。相对于某种形式的非正式过程，对于在多大程度上依靠正式的重组程序实现重组目标，各国的做法不尽相同。普遍承认清算程序的存在可以便利债务人的重组，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（通过鼓励债权人和债务人达成适当的协议）。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。

36.[37] 不过，债务人遇到的财务困难的程度、债务人业务安排的复杂性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和不必启动正式程序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。[38]因为庭外重组需要取得债权人的一致意见。正式的重组程序有助于实现理想的目标，这些程序可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。

2. 非正式重组程序[有待与 A/CN.9/WP.63/Add.12 第 363-366 段相协调]

37.[39] 非正式过程是若干年前由银行部门发展起来的，作为正式重组程序的一种替代办法。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。不过，这种过程的应用情况不尽相同——在一些法域，据报告很少加以采用，而在其他法域，据报告大多数重组都是以非正式形式进行的。在某种程度上，这种结果可能反映了存在着（或不存在）有时所称作的一种“拯救文化”——参与者在一定程度上将非正式过程视为可能成功，而不论其在形式上缺乏破产法规定下的程序的若干特征，例如延期偿债，以及债权人之间需要取得一致共识才能达成一项非正式协议。

38.[39] 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债务人的重组达成协议，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，便利债权人在按正式制度通常不可能做到的情况下更早地采取积极主动的对策，并避免通常伴随着破产所附带而来的声名狼藉。非正式过程虽然并不依据或依赖于破产法的规定，但却依赖所存在的和可利用的正式破产框架来提供制裁，这样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，其结果是有可能使债务人和债权人都受到损害，造成拖延、费用和所不希望看到的结局。

39. 虽然不由破产法管理，但许多法律制度都设想债务人可以与其一部分债权人订立协议或安排，这些协议或安排可由例如合同法、公司或商业法或民事程序法管辖，或在有些情况下由相关的银行条例管辖。但是有些法域不允许在法院系统或破产法范围之外进行重组，或将这些与此类非正式重组相关的步骤视作足以由法院宣布破产的条件。同样，有些法域因为对债务人规定了义务，要求他们在某个特定的破产事件后一定时间内正式启动破产程序，所以这些法域将这类非正式程序的进行限定于当没有满足关于启动程序的正式条件的情形之下。（然而，建议这些法域内的银行和其他债权人务必经常使用各种方法实现对债务人某种形式的重组。）

(a) 必要的先决条件

40. 非正式重组的有效性取决于一系列定义完善的首要前提。这些前提可以包括：

(a) 欠下一些主要银行或金融机构债权人大笔债务；

(b) 债务人目前无能力偿还该债务；

(c) 赞同地认为，负债法人与融资机构之间以及还有融资机构本身之间似宜谈判一项安排，以解决负债法人的财务困难；

(d) 使用一些可以使用的较为复杂的再融资、担保和其他商业手段，改变、重新安排或调整债务人的债务或债务人本身；

(e) 认可如果谈判过程不能开始或半途中断，可以迅速而有效地诉诸破产法；

(f) 通过谈判过程为当事各方带来的好处可能比直接和立即诉诸于破产法更大（其中部分原因是因为谈判各方可以控制结果，谈判过程的费用较低，可以迅速完成，不会造成债务人业务的中断）；

(g) 债务人不需要贸易上债务的减免或享受由正式破产带来的益处，例如自动中止措施，或可以放弃沉重的债务；

(h) 在债务人的法域和外国债权人的法域中，重组都可以享受有利的或中性的税收待遇。

(b) 主要过程

41. 非正式重组过程如要达到效果，需要遵循一系列不同的步骤和采用一系列技法。现对这一过程中的主要要素讨论如下。

㈠ 启动重组过程

42. 非正式重组过程主要是将债务人与债权人或至少与主要债权人汇聚在一起，他们当中必须有一人或多人启动这一过程（因为不可能由法律或调解人来启动、实行或协助这个过程）。债务人可能不愿意启动与债权人或至少与其所有债权人进行的对话，而债权人则因为担心其本身的地位，也可能对这种集体的过程没有什么兴趣。正是在这种时刻，可以借用个别债权人补救措施或正式破产程序的存在和效率，鼓励启动和开展非正式过程。不情愿参加的债务人可能会发现自己需要面对个别债务或担保权的执行行动，或甚至是破产程序，而这些将是债务人无法获胜或拖延的。与此同时，债权人也会发现自己需要面对正式的破产程序，这些程序有效地阻止他们执行其个别权利，而且这一过程可能也不是收回其债务的最佳办法。因此，建立一个论坛，让债务人和债权人可以汇聚在一起探讨和谈判一项可以解决债务人困难的安排，就对这种过程来说至关重要。

㈡ 协调参与者—指定一个领头的债权人和指导委员会

43. 重组过程应将所有关键成员包括在内；一般来说，可能受到重组影响的放款人群体，有时还包括关键的债权人成员，对这一过程至关重要。为了更好地

协调谈判，应指定一个主要债权人牵头、组织和管理过程的进行。这个债权人一般向代表债权人的一个委员会（指导委员会）报告，并可以提供协助和作为关于债务人建议的传达者。

㈢ 商定一个“静止状态”

44. 为了让企业继续运营和确保有足够的时间获取和评估关于债务人的资料，以及拟定和评定解决债务人财务困难的建议，可能需要达成一项合同协议，暂停债务人和主要债权人的不利行动。这一协议一般需要保持一段通常不太长的特定时间，除非在某种具体情况下这样做不合适。

㈣ 聘用顾问

45. 在非正式重组中，几乎没有不聘用各学科（例如法律、会计、金融和商业管理、市场营销等方面）独立专家和顾问的。虽然可以说，他们的参与将会带来不必要的费用和侵入债务人和债权人的事务，并使之丧失控制权，但一般都需要确保提供经独立核实的资料，以及由专业人员制定的有关再融资、结构调整、管理和运营计划，这些对重组过程的成败至关重要。

㈤ 确保充足的现金流量和流动性

46. 债务人如果成为可能需要进行非正式重组的对象，通常都将需要继续获得既有信贷额度或提供新的信贷。由原有的有担保债权人提供信贷可能并不构成问题。但如果没有这种信贷，需要新的信贷，则可能难以保证在发生重组失败的情况下新的信贷最终得以偿还。虽然这个问题可以在破产法中解决，对这类维持经营的放贷给予某种形式的优先（见第二部分，第六章，B 节），但在非正式过程中，法律的适用范围一般不及于这种安排。

47. 然而，参与尝试重组的债权人可以在其当中商定，如果他们当中一人或多人提供进一步的信贷，其他人将把自己的债权排序推后，以便新的信贷可以在其他人债权之前得以偿还。这样，在这些债权人之间，将有一项合同协议，如果重组成功，新贷款将得到偿还。但是，如果重组失败，对债务人实行清算，那么留给提供了新信贷的债权人的就可能是无担保债权（除非提供了担保），该债权人可能与其他无担保债权人一起仅获得部分偿还款。

㈥ 获取关于债务人的完整、准确资料

48. 能够对债务人的财务状况进行正确的评价和向有关的债权人提出任何建议，这一点至关重要。应向所有相关的债权人提供关于债务人资产、负债和业务经营情况的资料，但是除非这些已经可以公开得到，否则可能需要视作机密。

㈦ 对债权人的处理

49. 债权人利益的复杂性通常对非正式过程构成关键的问题。只有当前景光明，可以通过非正式过程取得更好的结果，或正式破产程序的威胁将限制债权人争取其个别的权利，才有可能顾及各种不同的利益，劝服那些已经启动对债务人追款或执行行动的债权人参加非正式的重组过程。

50. 但是，在许多情况下，将不可能（也确实不必要）让每一个债权人都参加非正式重组过程，这是因为他们人数众多，利益各有不同，或者是因为有些债权人的债权额微不足道，或他们不具备有效参加非正式重组过程所需的商业专门知识或意愿，所以让他们参加会降低效率。虽然属于这些类别的债权人通常可能被排除在过程之外，但对他们不可以忽略，因为他们（作为基本货物或服务的供应商，或作为债务人生产过程重要部分的参与者）对业务的继续运营可能至为重要，而且也没有规则可以迫使这些债权人接受大多数债权人的决定。

51. 在非正式重组中，贸易上的债权人和小债权人通常都能获得全额偿付。虽然这意味着不公平待遇，但对于一些大债权人来说，这在商业上可能是合情合理的。另一种做法是取得主要债权人对重组计划的同意，然后将此计划作为有其他债权人参加的、法院监督下的正式重组过程的基础（有时称作“事先组合的”计划——见第二部分，第五章，B 节）。这样，这一计划即可对其他债权人具有约束力。没有一套有效的正式破产制度，这种结果是不可能实现的。

(c) 非正式重组的规则和准则

52.[43] 为协助进行非正式重组，特别是就复杂的多国企业而言，为解决上述种种问题，一些组织拟定了无约束力的原则和准则。一种这样的办法称作“伦敦办法”，其名称是跟随英格兰银行发给各商业银行的无约束力准则而来的。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。其他国家的中央银行也制定了类似的准则。[A/CN.9/WP.63/Add.12, 第 365 段]在这一领域开展工作的一个国际组织是破产专业人员国际联合会，该组织制定了《多方债权人解决方案总体办法原则》。这些原则旨在指导各不同的债权人群体如何在一些共同商定的规则基础上开展工作，从而加快非正式过程和增加成功的前景。

3. 兼有非正式和正式成分的重组过程

53.[47] 有些国家采用了所谓的“破产前”或“事先组合成套的”程序，这种程序实际上是非正式重组过程和正式重组程序的结合。举例来说，根据一种破产法，已事先颁布了条例，允许法院正式批准经非正式协商达成并在正式程序启动前经债权人表决核准的重组计划。这种过程旨在尽量减少正式重组程序引起的费用和延误，同时提供一种即使在未获得债权人一致支持的情况下也可以

使非正式协商的重组计划获得批准的手段。这一过程使非正式协商过程中进行的工作可用于实现将对所有债权人都具有约束力的重组，而同时又向受到影响的债权人提供破产法的保护。

54.[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，可以请求法院对所有债权人实行中止执行令。中止期间，债务人不得为清偿原先的债权（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，为债务人提供最多两年的宽限期。

55. 这些种类的程序在第二部分第五章 B 节作更加详细的讨论。

C. 行政过程

56.[44] 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特别机构，可以由其从银行及金融部门接获不良贷款，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。

57. 因为这些过程较为复杂，涉及制定特殊规则和条例，并且因为这些过程处理的是全系统运作困难的特别情形，所以在本指南中不作任何详细讨论。

D. 破产制度的结构

58.[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过程的程序结构上，做法却大相径庭。有些破产法规定了一种单一而灵活的破产程序，实行一项单一的启动要求，视案件的具体情况而定，可以在清算或重组中任选一种。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。

59.[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，要实现的目标也不同。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。

60.[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将采用哪种程序。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。这种做法的其中一些弊端是可能在清算与重组之间造成二者不必要程度的非此即彼，并且可能造成拖延，增加费用和效率低下，特别是例如重组若是失败，还要求重新另行申请进行清算的情形。这种效率低下可在某种程度上加以克服，这就是通过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，并包括实行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……]。

61.[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机制，允许在程序早期阶段或后期当确定重组不太可能或无法成功时可将重组转为清算。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。

62.[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，但它们一般依次执行，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，应当对企业实行重组，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，视法律规定的情形而定，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。这些情形可能包括债务人无力支付申请后到期的债务；重组计划未能获得债权人或法院的批准；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（见第二部分，第……章）。尽管重组程序经常可以转换为清算程序，但多数破产制度规定，一旦重组已经转换为清算，则不允许再转回至重组。

63.[57] 由于难以从一开始就确定是对债务人实行清算还是实行重组，有些国家修订了破产法，用“单一”程序取代分开的程序。[2]根据“单一”法，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实行重组还是清算。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是程序上简单、灵活和可能具有成本效率。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务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。但是，这种程序的一个缺点则可能是在决定启动程序和决定应采用哪种程序这个过程中发生拖延，以及这种拖延可能对债务人企业和债务人资产价值带来的后果。

[2] 如果选择的是单一制度，将需要对破产法的各项核心要素作一些更改。这些更改列于附件…。

64. 无论破产法在清算和重组之间如何安排，都应当确保债务人一旦进入破产制度后，若对其未来没有某种最终的决定，其将不能就此退出。