联合国 A/CN.9/WG.V/WP.70(Part I)

大会

Distr.: Limited
30 September 2003
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十届会议
2004 年 3 月 29 日至 4 月 2 日，纽约

破产法立法指南草案

目录

	段次	页次
导言	1-8	3
1. 指南的组织结构和范围	1-3	3
2. 术语表	4-8	3
A. 关于术语的说明	4-8	3
B. 术语和定义		4
第一部分		
确定有效和高效率的破产法的关键目标和结构	9-79	10
一. 导言	9-30	10
A. 有效和高效率的破产制度的关键目标	11-22	10
1. 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长	12	10
2. 资产价值最大化	13	11
3. 在清算和重组之间求得平衡	14	11
4. 确保对处境相近的债权人的公平待遇	15	11

V.03-88417 (C) GP 011203 021203

5. 规定及时、高效并公正地解决破产事务 16-17 12

6. 保全破产财产以便公平分配给债权人 18 12

7. 确保有一部鼓励收集和提供资料的有透明度和可预测的破产法 19-20 12

8. 承认原已存在的债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则 21 13

9. 建立跨国界破产的框架 22 13

B. 兼顾各项关键目标 23-27 13

C. 破产法的一般特征 28-30 14

二. 解决债务人的财务困难的机制 31-71 16

A. 自愿重组谈判 31-46 16

1. 必要的先决条件 34 16

2. 主要过程 35-45 17

(a) 启动谈判 36 17

(b) 对各方参与人的协调—指定一个领头的债权人和指导委员会 37 17

(c) 商定一个“暂停期” 38 18

(d) 聘用顾问 39 18

(e) 确保充足的现金流量和流动性 40-41 18

(f) 获取关于债务人的资料 42 18

(g) 对债权人的处理 43-45 18

3. 自愿重组和规则和准则 46 19

B. 破产程序 47-69 19

1. 重组程序 51-57 20

2. 快速重组程序 58-60 22

3. 清算 61-64 22

4. 破产法的结构 65-69 23

C. 行政过程 70-71 25

三. 体制框架 72-79 25

导言

1. 指南的组织结构和范围

1. 本指南的目的是为了协助建立一个高效和有效的法律框架，以解决债务人的财务困难。其目的是为了让国家机关和立法机构在制定新的法律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难的需要和与该财务困难有关的各当事方——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关切。本指南讨论了与制订有效和高效的破产法有关的一些核心问题，尽管各国的政策和立法做法多有不同，这些问题在许多法律制度中都得到确认。本指南侧重于依照破产法启动并进行的破产程序，着重强调了重组，但也讨论了债务人与债权人之间自愿进行不受破产法约束的重组谈判日趋增多的情形及其重要性。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。

2. 本指南不只提供了针对有效和高效的破产法的核心问题的单独一套示范解决办法，还协助读者评估现有的不同做法，并进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载有评论，其中确定了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。各章的第二部分载有一套推荐的立法原则。这些建议旨在协助建立高效和有效的破产法立法框架，使之反映破产法领域的现代发展和趋势。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列入的问题。鉴于有担保债权人对于破产程序至关重要以及破产法对有担保债权人的处理所涉及的政策考虑，还鼓励本指南的使用者考虑到《贸易法委员会担保交易立法指南》。

3. 本指南中的各条建议涉及必须在与破产具体有关的立法中加以解决的核心问题。它们并不涉及其他法律领域，但指南通篇都提到，这些法律领域对破产法的制订和根据破产法启动的破产程序都有影响。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机构设施、组织能力、专业技术知识和适当的人力财力资源。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。

2. 术语表

A. 关于术语的说明

4. 下列术语旨在向指南的读者提供指导。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论述的这些概念清楚明确和得到广泛理解。

指南中提及“法院”的含义

5. 指南设想，整个破产程序中都依赖法院的监督，法院可能有权启动破产程序、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，法院（因缺少资源或因缺乏经验）无法处理破产工作，或倾向于由行政机构进行监督（见第一部分第二章，E.机构框架）。鉴于这一过程的专业性质和第一部分第二章中所说明的协助机构在行政过程中所进行的工作，指南中使用这一术语，并不意味着此种机构一定被看作是法院。

6. 本着简明扼要的目的，指南同《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。

指南中提及“法律”的含义

7. 除非另有说明，指南中提及“法律”即指破产法。

解释规则

8. “或者（或）”的本意并不是排他；使用单数亦含复数；而“包括”的本意并不是详尽无遗；“可以”表示允许，“应当”表示指令；“诸如”和“例如”应与“包括”作同样解释。

B. 术语和定义

破产管理费债权或破产管理费	包括程序费用和开支在内的债权，例如破产代表和由破产代表雇用的专业人员的报酬，债务人继续经营的费用；适当行使破产代表的职能和权力所引起的债务，继续履行合同义务所引起的费用以及程序费用。
启动破产程序申请	主要可由债务人、债权人或政府机构提出的启动破产程序的申请。
［债务人的资产	债务人的财产、权利和利益，包括对财产的权利和利益，而不论该财产是否为债务人占用、是有形财产还是无形财产、是动产还是不动产，还包括债务人对设定担保权益的资产或对第三方所有的资产的权益。］

撤销规定	准许为了债权人或破产财产的集体利益而出于破产相关的原因据以取消，破产程序之前发生的交易或以其他方式认定此种交易无效的规定。
累赘资产	对于破产财产没有价值或价值极其轻微的资产，例如，保留资产需过度支出，从而超出资产变现收益，或产生过重的义务或付款责任，致使资产成为负担。
主要利益中心	债务人对其利益进行经常性管理，因此可由第三方查明的地点[1]。
债权	要求债务人偿付货币或资产的权利，这种权利可能以债务或合同为依据，可能已清算或未清算，已到期或未到期，有争议或无争议，附担保或无担保，可确定或未确定。
程序的启动	决定破产生效日期的事件或启动破产程序的司法判决——无论该判决是否为最终判决。
债权人委员会	依据破产法指定的代表机构，拥有咨商权以及破产法规定的其他权力。
债务人	其企业符合启动破产程序标准的自然人或法人。
解除债务	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。
处分	全部或部分转移或放弃一项资产或一项资产的权益的任何方式。
设押资产	债权人已就其取得担保权益的资产。
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]。
财产	见破产财产

[1] 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号《欧盟理事会条例》，陈述部分第 13 段。

[金融合同	系指涉及利率、商品、货币、股票、债券、指数或其他任何金融工具的任何现货交易、远期交易、期货交易、期权交易或互换交易、任何回购或证券借贷交易和在金融市场订立的与上述任何交易相类似的任何其他交易和上述交易的任何组合[《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约（2002 年）》，第5(k)条]]。
［政府当局	政府或政府部门，包括部门、机关、机构或它的其他代表。］
破产	债务人基本无力偿付到期债务，或债务人负债超过其资产价值。
破产财产	由破产代表控制或监督并受破产程序管辖的债务人的资产和权利。
破产程序	为重组或清算债务人的企业而依照破产法，进行的集体司法程序或行政程序。
破产代表	负责管理破产财产的个人或机构。
清算	依照破产法将债务人的资产集中并变现以供分配的程序。
[净额结算	净额结算的一种形式可以是非货币替代物(例如同一天应交割的证券或商品，称作交割式净额结算)的抵消(见“抵消”)，更为重要的形式是对方取消与债务人尚未结清的合同，然后将损益相互抵消(终止式净额结算)。]
[净额结算协议	双方或多方之间对以下一种或数种业务作出规定的协议： ㈠ 以债权更新或其他方式对同一天到期的同一币种付款进行净额交割； ㈡ 一方发生破产或其他违约情况时，按重置价值或公平市场价值终止所有未结交易，将这些金额按同一种货币折算，经相互对销算出一方应付给另一方的单一笔款额； ㈢ 根据两项或多项净额结算协议，按本定义第㈡项列明的方式算出的各笔款额相互抵消。[《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约（2002 年）》，第5(l)条]]。

正常营业过程	与破产程序启动之前的企业经营一致的转让或交易。
并行原则	情形相似的债权人按其债权比例对待并按比例从破产财产的资产中受偿的原则。
利益方	债务人、破产代表、债权人、股东、债权人委员会、政府部门或其权利、义务受到破产程序影响的其他任何人。[2]
程序启动后的债权	程序启动后发生的作为或不作为所导致的债权。
优惠	破产债务人进行交易，使一债权人超出其比例份额获得债务人的资产或从中获利。
[优先权	系指一人优先于另一人的权利，并以适合此目的为限，包括确定该项权利是一项对人权还是一项对物权，是否属于一项对负债或其他义务的担保权，以及该项权利对相竞求偿人发生效力的任何必要条件是否得到满足[《贸易法委员会国际贸易应收款转让公约》，第 5 条]。]
[优先债权	在偿付普通无担保债权人之前用现有资产清偿的债权。]
[优先权规则	在债权人和股东权益当中分配财产的排序规则。]
[保护设押资产的价值	在破产程序中为维护担保权益的经济价值而采取的措施（在有些法域称为“充分保护”）。此种保护对下述情况可能特别有意义：附担保债权的价值大于设押资产的价值，或者即使设押资产的价值超出附担保债权的价值，但设押资产的价值在逐步减少，最终可能不足以清偿附担保债权。在破产程序中对有担保债权人适用中止或使用设押资产，可能影响这种价值的缩减。可以以支付现金、提供替代或额外担保或者以法院确定的其他必要保护手段来提供保护。如果设押资产的价值超出附担保债权的价值，并且不可能减少，可能就不需要保护。]

[2] 破产法或破产程序所影响的其利益轻微而且分散的人不在本定义涵盖的范围内。

[相关人	对债务人有控制力或者曾有控制力的人，包括一法律实体的董事或高级职员、此类法律实体的股东或成员、与债务人有关的法律实体的董事、高级职员或股东，包括此类人的任何亲属；相关人的“亲属”系指该相关人的配偶、父母、祖父母、子女、兄弟姐妹。]
[重组	采用各种手段恢复债务人企业的良好财务状况和活力并使之继续经营的过程，其中可包括免除债务、重订债期、债务/股权转换以及将企业整体（或部分）作为经营中企业出售。]
[重组计划	恢复债务人企业的良好财务状况和活力的计划。破产法可以规定该计划由各方当事人（债务人、债权人、破产代表）提交，并可以要求经必要人数的债权人批准重组计划之后由法院确认重组计划。重组计划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	可使供方能在收到货款之前保留货物所有权的供货合同安排。]
作为经营中企业出售	出售或转让企业的整体或大部分，而不是分开出售企业资产。
[附担保债权	用担保权益加以保护的债权，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权益或持有对某一特定资产的担保权益而对设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]。]
[担保权益	一方让与的使其承诺付款或履行义务的权利或利益。不论经由协议自愿确立还是依法非自愿确立，担保权益一般包括但不一定限于抵押、质押、非占有抵押（charge）和留置；比较：“证券”系指任何股票、债券或其他金融票据或资产（现金除外），或其中的任何权益。]

[抵消	甲方对乙方欠款的债权，用乙方对甲方欠款的债权“抵消”(轧平)。抵消可用于全部或部分冲抵一笔欠款的债权。]
[国有企业	[待拟]]
[程序的中止	为防止对债务人的资产、权利、义务或负债启动法律诉讼、行政诉讼或其他个人行动或为中断此种诉讼或行动而采取的措施，包括完善或强制执行任何担保权益；以及为防止针对破产财产的资产的执行、终止与债务人的合同以及对破产财产的任何资产或权利的转移、设押或其他处分而采取的措施。]
[超级优先权	可使有超级优先权的债权先于破产管理费债权得到清偿的优先权。]
[嫌疑期	撤销某些交易的参照期限。这种期限的计算通常溯及启动破产程序的申请日或启动日。]
[无担保债权人	任何不持有担保的债权人或任何不享有优先权的普通债权人。]
[无担保债务	无担保支持的债权总额。]
自愿重组谈判	不受破产法管辖并一般涉及债务人及其部分或全体债权人的谈判。

第一部分
确定有效和高效率的破产法的关键目标和结构

一. 导言

9. 对于债务人无力偿付到期债务和负债的情形，大多数法律制度都规定了一种法律机制，处理以债务人所有资产（有形资产或无形资产）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——首先是各方当事人，包括债务人、其所有权人和管理部门、持有不同程度的担保的债权人（包括税务机构和其他政府债权人）、雇员、债务担保人及货物和服务供应商，以及与破产法的制定有关的法律、商业和社会机构和惯例，包括破产法运作所需要的体制框架。一般而言，该机制不仅必须在这些利害攸关方的不同利益之间找到平衡，而且必须在这些利益和影响破产的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之间找到平衡。

10. 大多数法律制度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，其形式并不总是使用统一的术语称谓，其中可能既有所谓的“正式”成分，也有所谓的“非正式”成分。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部分或全部债权人之间的自愿谈判。这些谈判形式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。此类自愿谈判虽不受破产法管辖，但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激励或说服作用（下文详述）。

A. 有效和高效率的破产制度的关键目标

11. 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维护的该社会法律价值观和社会价值观相辅相成，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。如果破产法确实希望实现一种不同于或根本偏离一般法的结果（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，这种结果必须是朝此方向作出认真考虑和采取自觉政策的产物。

1. 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长

12. 破产法和破产管理机构对于各国从国内金融体系与国际金融体系一体化的过程中获得利益并避免风险具有至关重要的作用。这些法律和机构应当促进有生存能力的企业的重组和破产企业的高效率的关闭和资产转移，应当促进企业开办和重组的融资的提供，并应当促进评估国内和国际信贷风险。以下破产法的

关键目标的执行，其总体目标就是为了为市场提供确定性并促进经济稳定和增长。

2. 资产价值最大化

13. 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，另一方面是作出长期努力，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。

3. 在清算和重组之间求得平衡

14. 价值最大化的首要目标与破产法在清算和重组之间求得平衡有着密切的联系。破产法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。破产法应包括债务人进行重组的可能性，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：相对于将企业拆散零散处分的做法，保全企业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。

4. 确保对处境相近的债权人的公平待遇

15. 公平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当同等待遇，其债权的受偿应依照其相对优先权和权益加以划分。公平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，比如损害赔偿的债权人（例如环境损害赔偿的债权人）这一点不那么能够作为一个决定因素。即使公平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，但公平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平待遇的政策，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。破产法可通过规定撤销有损于债权人公平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。

5. 规定及时、高效并公正地解决破产事务

16. 应当有条不紊、迅速并高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。及时高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。

17. 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，建立对破产程序进行监督和管理的适当结构（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。

6. 保全破产财产以便公平分配给债权人

18. 破产法应保全财产，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所有针对债务人的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企业加以出售。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，也有利于公平对待所有债权人。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。

7. 确保有一部鼓励收集和提供资料的有透明度和可预测的破产法

19. 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，并促进风险溢价较低的贷款和投资。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决定。破产法应尽量列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；税法；有关外汇、净额结算和抵消、债转股等的法律；甚至还包括家庭和婚姻法）。

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，负责对破产程序进行管理和监督者（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。

8. 承认原已存在的债权人的权利，就优先债权的排序确定明确的规则

21. 在破产程序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。制定原已存在的债权人和程序启动后的债权人的优先权排序明确规则，关系到能否为放款人提供可预测性，能否确保连贯一致地适用这些规则和对破产过程抱有信心，以及能否确保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。

9. 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。[3]

B. 兼顾各项关键目标

23. 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需作出的一些关键政策选择涉及界定破产法的总体目标（拯救陷入财务困难的企业、保护就业、保护债权人的权益、鼓励企业家阶层的发展）和在上文确定的各项具体目标之间取得应有的平衡。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。因此这类破产法可以对整个经济产生广泛的影响。

24. 任何破产法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，他们依法所享有的权利将会受到怎样的影响。这样做就使得债权人和股权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。指南各部分对这些问题进行了详细的讨论。

[3] 见第七章。

25. 由于各国的需要千差万别，各国的法律在诸如担保权益、[4]财产权和合同权利、救济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，因此在破产法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，但大多数破产法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在破产中承认和强制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程序的运作享有更多的控制权（有时称作“有利于债权人”的制度）。有些法律倾向于规定债务人对程序享有更多的控制权（称作“有利于债务人”的制度）。而另有一些法律寻求在两者之间取得平衡。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：为了提高作为经营中企业的一部分的债权人债权的价值而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对风险采取正确的态度提供强劲的动力；保护债务人的雇员等弱势群体免受企业破产的影响。[5]有些法律特别强调在破产中保护雇员和维护就业，而另一些法律则规定企业可以裁员，对雇员的保护甚少。

26. 但是，采取有利于重组的做法不应当给濒临绝境的企业建立一个安全的庇护所——对于无可救药的企业应尽可能迅速有效地进行清算。如果某些权益与其他权益相比可被视为不太优先，在破产法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，作为政策问题，如果决定破产中将员工债权排在有担保债权人和优先债权人的债权之后，那么可以利用保险安排来保护雇员的应享权利。

27. 社会在不断变化之中，因此，破产法不可能一成不变，而是需要定期对其重新评价，这样才能确保破产法满足当前的社会需要。为了应对预计发生的社会变革，必须在了解国际最佳做法以及被移植到本国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和物力资源。

C. 破产法的一般特征

28. 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，其中有些问题关系到法律框架（当事方在实体法和程序法方面的权利和义务），有些问题则关系到（为执行这些权利和义务）所需要的体制框架。实质性问题在本指南第二部分中详细论述，其中包括：

---

[4] 近年来已采取步骤协调有关担保权益的法律，例如《联合国国际贸易应收款转让公约》(2001年)、《统法社移动设备国际权益公约》和贸易法委员会正在进行的制订担保交易立法指南的工作。

[5] 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，但它们对拟订破产制度十分重要，值得加以考虑。一方面，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，另一方面，研究结果似乎表明，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。

(a) 确定可以受破产程序管辖的债务人，包括那些可能需要适用特别破产制度的债务人；

(b) 确定何时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) 破产程序启动后应允许债务人对企业保留控制的程度，或者是否应将债务人撤职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，以何种方式在破产程序期间保全担保权益的经济价值；

(e) 破产代表对债务人在启动程序之前订立的债务人和对方尚未充分履行各自义务的合同的处理方式；

(f) 在启动破产程序后，抵消权或净额结算权可以强制执行或得到保护的程度；

(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进行排序；

(k) 执行重组计划；

(l) 分配清算收益；

(m) 在清算中解除债务人的债务或使债务人解体；

(n) 程序结束。

29. 除这些具体的主题领域之外，一个必须加以考虑的更为一般的问题是，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、限制采用抵消和净额结算办法的法律、限制债转股的法律以及可能影响到重组计划内容的外汇和外国投资管制法律（参见劳工合同和雇员，第二部分第二章，E 和第五章，B）；抵消和净额结算，第二部分，第……章 G 和 H；以及重组计划的内容，第二部分，第四章）。

30. 尽管本指南未对体制框架作任何详细论述，但以下将论及其中的一些问题。虽然有各种实质问题必须加以解决，但破产法是程序性很强的法律。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。如果在作出关键决策上破产法赋予机构基础设施相当的责任，那么就必须充分发展这一基础设施，使之足以履行必要的职能。

二. 解决债务人的财务困难的机制

A. 自愿重组谈判

31. 自愿重组谈判是若干年前由银行部门发展起来的，是破产法规定的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，这类谈判逐渐发展到众多的法域。不过，它们的使用情况不尽相同，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通过这类谈判进行的。在某种程度上，这种结果可能反映了存在着（或不存在）一种有时称之为“拯救文化”的东西，即参与者在何种程度上认为这类谈判可能成功，而不论在形式上是否缺乏破产法规定的某些程序特征，例如中止措施。

32. 自愿重组谈判的使用一般限于公司财务困难或破产情形，涉及对银行和融资机构拖欠的大笔债务。谈判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合同安排，而不论是否重新安排融资。这可以提供一种赋予破产制度灵活性的方式，因为它可以减少给司法系统造成的负担，便利债权人在按正式破产程序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而来的不良名声。这类谈判的使用虽然并不依据或依赖于破产法的规定，但其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[6]来提供制裁，这样才能使自愿谈判获得成功。除非债务人及其银行和金融债权人不失时机地携手行动自愿加入到谈判中，否则债务人或债权人就有可能援用破产法，其结果是有可能使债务人和债权人因拖延、费用和结局不理想而都受到损害。

33. 虽然不由破产法调整，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、公司法或商法或民事诉讼法管辖，或在有些情况下由相关的银行法规管辖。但是有些法域不允许在法院系统或破产法范围之外制定重组债务人及其债务的协议或安排。有些法律将这些与此类自愿重组谈判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自愿谈判的进行限于尚未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。

1. 必要的先决条件

34. 自愿重组谈判的有效性取决于一些严格定义的首要前提。这些前提可以包括：

(a) 对一些主要银行或金融机构债权人欠下大笔债务；

(b) 债务人目前无能力偿还该债务；

[6] 见下文第三章关于体制框架的论述。

(c) 对主张在债务人与融资机构之间以及在各融资机构之间谈判一项安排以解决债务人的财务困难的观点表示接受；

(d) 使用一些可以用来改变、重新安排或重组债务人的债务或债务人本身的较为复杂的再融资、担保和其他商业技术；

(e) 准许在谈判过程无法开始或破裂时迅速而有效地诉诸破产法；

(f) 前景显示，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) 债务人不需要减免贸易债务或正式破产的益处，例如自动中止，或有能力甩掉债务负担；

(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。

2. 主要过程

35. 自愿重组谈判如要达到效果，需要遵循一系列不同的步骤和采用一系列技巧。现对这一过程中的主要要素讨论如下。

(a) 启动谈判

36. 自愿谈判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谈判(因为不可能由法律或调解人来启动、实行或协助这个谈判)。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，也可能对这种集体谈判没有什么兴趣。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，鼓励启动和开展这类谈判。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，提供一个讨论场所是至关重要的，以便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。

(b) 对各方参与人的协调—指定一个领头的债权人和指导委员会

37. 自愿谈判可能需要将所有关键成员包括在内；一般来说，可能受到自愿重组协议影响的放款人群体，有时还包括关键的债权人成员，对这一谈判至关重要。为了更好地协调谈判，通常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所有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。

(c) 商定一个“暂停期”

38. 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。这一协议一般需要持续一段时间，通常不太长，除非在某种具体情况下这样做不合适。

(d) 聘用顾问

39. 在自愿重组中，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介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、重组、管理和运营计划，这些对谈判的成败至关重要。

(e) 确保充足的现金流量和流动性

40. 债务人如果成为可能需要进行自愿重组谈判的对象，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，则可能难以保证在谈判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，对这类持续放贷给予某种形式的优先(见第二部分，第二章，D)，但法律的适用范围一般不及于自愿谈判达成的协议。

41. 然而，参与自愿谈判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，如果重组谈判成功，新贷款将得到偿还。但是，如果谈判失败，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。

(f) 获取关于债务人的资料

42. 为了对债务人的财务状况进行正确的评估和向有关的债权人提出建议，获取关于债务人的完整、准确的资料至关重要。需要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，但是除非这些资料已经可以公开得到，否则可能需要视作机密。

(g) 对债权人的处理

43. 债权人利益的复杂性通常对自愿谈判构成关键的问题。只有当前景显示可以通过这些谈判取得更好的结果，或正式破产程序的威胁将限制债权人争取其

个别的权利时，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谈判。

44. 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谈判，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所需的商业专门知识或意愿，所以让他们参加反而会降低效率。虽然属于这些类别的债权人经常可能被排除在谈判之外，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)对企业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。

45. 在自愿重组协议中，贸易债权人和小债权人通常都能获得全额偿付。虽然这意味着待遇不平等，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，在本指南中称作快速重组程序——见第二部分，第四章，B)。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，在这种情况下是不可能实现这种结果的。

3. 自愿重组的规则和准则

46. 为协助进行自愿重组谈判，特别是就复杂的国内企业而言，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”，这种办法因英格兰银行发给各商业银行的无约束力准则而得名。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。通过暂停期和从属协定促进临时融资，同时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提供融资达成集体意见。其他国家的中央银行也制定了类似的准则。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《多债权人庭外解决总体办法原则》。这些原则旨在指导不同类别的债权人如何在一些共同商定的规则基础上开展工作，从而加快自愿重组谈判和增加成功的前景。

B. 破产程序

47. 大多数破产法通常都采用两种主要的破产程序——重组和清算。

48. 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(即直接而零散地出售或变现资产)，用这种方法尽量从破产财产中取得最大的价值。为了实现这种出售或变现，破产法可能需要加入一点灵活性，这在法律中一般是没有的，一般的法律将清算界定为尽快出售资产，而且仅仅是为此目的才允许企业继续经营。举例来说，有些法律实际上规定破产代表有权对债务人的资产进行相比清算来说更有利的出售或变现。同样，重组可能要求出售债务人企业中相当大一部分或考虑最终对企业进行清算，或将企业出售给一家新的公司，并解散现有债务人。

49. 出于这些考虑，破产法宜在狭义的单一种类的重组和严格的传统清算之间提供更多的选择。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。

50. 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重组程序，另一方面也侧重于清算程序。但是，采用这种办法并不是要表明特别看重某种程序，也并不表明对如何把各种不同的程序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的各参与方取得最佳结果而不是注重严格界定的程序类型的办法。为此，可制订一部破产法，以能够带来最大程度的灵活性的方式纳入传统的正式程序的成分。

1. 重组程序

51. 解决债务人的财务困难的一个办法是通过重组挽救一家公司，不成功的话，则挽救其业务。这种过程可能采取若干形式之一，在概念、可接受性和适用方面比清算程序更为纷杂。为简洁起见，本指南取“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)。

52. 并非所有在竞争激烈的市场上地位动摇的债务人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，只要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)。重组程序的目的是给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过度借债的负担中缓过来，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，只要债务人的企业继续经营产生的价值会增加债权价值，债权人更愿意采用这种方式。但是，重组并不意味着所有利益方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时的水平。也不意味着债务人将完全恢复或债权人得到全额清偿，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。管理部门可能被解职和替换，股东的股本可能贬值到分文不值，雇员可能被裁减，供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清算债务人所能分得的价值。

53. 其他支持采用重组方式的因素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，保存人材和商业关系是财产的基本要素，不可能通过清算得到。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顾及的，举例来说，重组程序可以保护陷入困境的债务人的雇员。

54. 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，例如，根据这种计划可以对债务进行重组(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；可以出售非核心资产；关闭不赢利的业务活动；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。

55. 在破产法中，尽管重组可能不如清算那样有详细规定，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) 债务人服从重组程序(无论是自己申请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行动和程序；

(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。

56. 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。相对于某种形式的自愿谈判，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。无论如何，普遍的认识是，破产法中清算的存在有助于债务人的重组，因为可以鼓励债权人和债务人通过重组计划达成适当的协议。

57. 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，如果涉及的是单一家银行，那么债务人就有可能在不涉及贸易债权人和不必启动破产法所规定的程序的情况下

通过与这家银行谈判一项自愿重组协议解决其困难。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，因为自愿重组协议需要取得各参与方的一致意见。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。在有些情况下，破产法规定的程序效果很好，正是因为这些程序由破产法规范，而在另一些情况下，自愿谈判取得成功，则是因为没有法律来规范。

2. 快速重组程序

58. 有些国家采用了所谓的“破产前”或“事先组合成套的”程序(指南中称为“快速重组程序”)，这种程序实际上是自愿重组谈判和破产法规定的重组程序的结合。举例来说，有一部破产法允许事先启动程序以获得法院正式批准经自愿谈判达成并在程序启动前经债权人表决核准的重组计划。这种程序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自愿谈判的重组计划获得批准的手段。这一过程使自愿谈判过程中获得的对重组计划的批准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。

59. 另有一部破产法规定，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，债务人不得为清偿现有债务(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。

60. 这些种类的程序在第二部分第四章 B 中作更加详细的讨论。

3. 清算

61. 所谓“清算”这种程序由破产法调整，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)掌管债务人的资产，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出售或变现后的收益分给债权人。尽管破产法一般要求以零散的方式尽快出售或变现资产，但是有些破产法允许清算包括按生产单位出售企业，或将其作为经营中企业出售；而按照另一些法律只有在重组中才允许这么做。清算的结果通常是作为商业性法人的债务人解体或消失。

62. 各种清算程序往往在其概念、可接受性和适用方面非常相似，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) 下达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) 如果债务人的企业不能作为经营中企业出售，则关闭债务人的业务活动；并终止所有权人和管理层的权力以及雇员的雇用；

(e) 以零散方式或作为经营中企业出售或变现债务人的资产；

(f) 裁决债权人的债权；

(g) (根据某种优先安排)将现有资金分配给债权人；

(h) 债务人是公司或某种其他法人形式的，债务人解体；债务人是自然人的，债务解除。

63. 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，会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，以此避免那些虽然个别债权人认为符合其自身的最大利益，但从根本上来说则会导致全体债权人遭受价值损失的行动。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对债务人强制执行其个人权利的能力，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以将其分配给债权人。

64. 以一种有秩序和比较有预见性的机制执行债权人的集体权利，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。这并不是说破产法的作用应是作为执行个别债权人权利的一种手段，尽管执行和破产机制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。

4. 破产法的结构

65. 在促成选择其中一种过程的程序结构上，做法大相径庭。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。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。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。

66. 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，在启动重组或清算时，经常无法对企业的财务生存能力作出最后评价。这种做法的一些弊端是可能在清算与重组之间造成对二者不必要的非此即彼的选择，并且可能造成拖延，增加费用和效率低下，特别是在重组失败等情况下，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的转换，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。

67. 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，可对违背债权人意愿进行重组的延续时间规定最长期限。

68. 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，如果重组不大可能获得成功，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；以及债务人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，第四章)。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。

69. 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。[7]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。只有对债务人的财务状况进行评估并对重组是否确实可行作出判定后，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。简便统一的程序，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，从而增加重组的成功机会。但是，这种方法的一个缺陷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的企业和债务人的资产价值带来后果。无论破产法在清算和重组之间如何安排，都应当确保债务

[7] 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。

人一旦进入破产程序后，不对其未来作出某种最终的决定，债务人就不能从中退出。

C. 行政过程

70. 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制订了破产过程的半正式“梯层”形式，以对付银行部门系统性金融问题。这些过程都是按类似的方式发展起来的。首先，每种过程都有一个协助机构来鼓励并在一定程度上协调和管理这个过程，以便为其发展提供必要的鼓励和动力。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”，这个对一家或多家银行欠债的负债法人可以参与这一过程。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，负债法人要想根据这一过程谈判达成重组，首先需同意适用这些规则。第三，对这些过程的不同部分规定了时间限制，在有些情况下可将原则协议交给有关的法院来决定是否根据破产法启动重组程序。另外，某个法域建立了权力极为广泛的专门机构，可以由其从银行及金融部门接手不良贷款，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。

71. 由于这些过程较为复杂，涉及制定特殊规则和条例，而且这些过程处理的是系统破产这种的特殊情形，所以不在本指南中作讨论。

三. 体制框架

72. 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机构改革，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机构能力的办法超出本指南的范围，但也可以提出一些一般性意见。

73. 在大多数法域，破产进程由司法当局掌控，常常是通过商事法院或具有一般管辖权的法院进行，或者少数通过专门的破产法院进行。有时法官只具有有关破产事务的专门知识并只对破产事务负责，而在其他情况下破产事务只是诸多更广泛的司法责任之一。在一些法域，非司法或准司法机构履行在其他法域由法院发挥的作用。

74. 在制订破产法时，似宜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时期加以限制或者通过债权人和破产代表等其他程序参与者发挥作用加以制约。如果破产法要求法官迅速处理棘手的破产问题(常常涉及商业和企业问题)，而且司法机构的能力无论由于其规模、法院系

统内普遍缺乏资源还是由于缺乏关于破产中可能遇到的各种问题的具体知识和经验而受到限制，这一点就显得尤为重要。

75. 为了限制法院发挥的作用，破产法可以规定，例如，除出现争议的情况外，破产代表有权不必经过法院干预而就各种问题作出决定，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作保资产，出售主要资产，启动撤消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代表。还可授权债权人向破产代表提供咨询意见或批准破产代表的某些决定，如批准出售重要资产或取得启动后融资，而不必要求法院干预，但在出现争议的情况下除外。破产法可以具体规定需要得到法院批准的程序，如为得到启动后融资而提供优先于原已存在的有担保债权人的权利的优先权排序。

76. 对破产案中涉及的常常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。

77. 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。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，自由裁量的办法也可能对法院造成负担。例如，在破产法规定由法院确认重组计划的情况下，不宜让法院对计划的可行性或可取性进行复杂的经济上的评价，而是应将其审议范围限制在批准过程和其他特定的问题上。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。这一做法符合破产制度关于透明度和可预测性的一般目标。

78. 法律基础设施是否完备，尤其是法院是否拥有可用于处理破产案的资源，会对破产案的处理效率以及破产程序所需的时间产生重要影响。这可能是在决定破产法是否应当对程序某些方面的进行规定时限的一个重要考虑因素。如果法院基础设施无力及时满足向其提出的要求，无法保证各方遵守时限并迅速推进破产过程，那么在破产法中加入这样的条款就不会实现有效和高效的破产制度的目标。程序规则对于案件的进行也会产生重要的作用，制订完备的规则将有助于法院和处理破产案的专业人员根据债务人的经济状况作出有效和有序的反应，从而最大限度地减少那些可能导致债务人资产价值降低和损害破产程序(不论清算还是重组程序)成功前景的延误。这种规则还有助于实现一定程度的可预测性和案件处理的一致性。

79. 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，无论他们是破产代表、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。似宜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。破产代表可能就是一个例子。