



联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第三十一届会议

2006年12月11日至15日，维也纳

破产中公司集团的处理办法**秘书处的说明***

[一. 术语、二. 导言载于 A/CN.9/WG.5/WP.74]

目录

	段次	页次
三. 破产的开始：国内问题	1-54	2
A. 启动	4-12	2
B. 启动所产生的影响	13-19	4
C. 普通程序或特殊程序	20	6
D. 两个或多个集团成员的重组	21-23	6
E. 补救办法	24-51	6
F. 需考虑的问题：各国对破产中公司集团的处理办法	52-54	13

* 本文件因需要最后协商而迟交。



三. 破产的开始：国内问题

1. 通过订立交叉担保、赔偿和类似安排，公司集团可以在结构安排上尽量减少破产对公司集团的一个或多个成员造成的威胁。万一出现问题，母公司可以为了保护其在商界和金融界的声誉和信用而避免使其任何集团成员发生破产，包括提供额外资金并同意使集团内部的债权从属于其他外部负债。
2. 但是，如果发生了导致破产的财政困难，影响到集团的一个或多个成员，甚至影响到全部成员，公司集团的缜密结构因此而受到破坏，那么仅仅由于组成集团的每个成员被承认具有单独的法人资格和单独的法人活动就会产生种种问题。由于绝大多数的国内破产法和公司法都未对公司集团的有效清算或重组作出规定，即使可以在破产领域之外结合财务处理方法、监管问题和税务政策处理集团问题，没有其他立法授权或者没有可以对破产进行干预的司法裁量权，意味着每个实体都必须单独加以审查，必要时还必须进行单独破产管理。在某些情形下，例如当一家公司的商业活动受一家相关公司的领导或控制时，将集团内的公司作为单独的法人处理可能有失公正。例如，这种处理方法可能阻止利用一家公司的资金来偿还一家相关债务人公司的债务或负债（除非债务人公司是该相关公司的股东或债权人），即使这两家公司有着密切的关系，而且该相关公司可能参与了债务人公司的管理或者如同作为债务人公司的董事行事并造成其债务和负债。此外，当债务人公司属于某一公司集团时，可能不易理清任何特定案件的具体情况，从而无法确定某些债权人在业务上与集团中的哪个公司往来或者无法确定集团内各公司之间的财务关系。
3. 国内法中业已存的有关公司集团破产的规定主要着眼于可能适合整合破产财产的情形。所缺乏的是就如何考虑公司集团破产问题，特别是就是否以及在哪些情形下应当与不同于处理单个公司实体破产的方式来处理公司集团的问题提供更为全面的指导。

A. 启动

4. 启动破产程序应满足的标准是制定破产法的关键所在。作为破产程序的基础，这一标准有助于确定哪些债务人可以被纳入破产法的保护性和惩戒性机制，而且有助于确定哪些人可以申请启动程序，究竟是债务人、债权人还是其他当事人。《贸易法委员会破产法立法指南》¹指出，在可以利用的程序种类以及在可以利用这些程序的方便程度上，启动标准应当有透明度、有确定性和有灵活性。
5. 关于《立法指南》所提出的解决办法的适当性，应当从其适用于公司集团的情况加以审查。首先一个问题是应当适用什么样的破产标准以及在涉及公司集团的情况下这一标准将对哪些人适用。第二个问题是，在涉及某一集团的成

¹ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章B节，第20-21段。

员或者整个集团时哪些人可以申请启动破产程序以及作出这种确定的相关因素。

1. 启动标准

6. 许多破产法规定债务人必须是破产了（不论如何界定破产）才能启动破产程序。在此基础上，一般只能对公司集团中满足这一破产标准的成员启动破产程序。与公司集团的成员是否满足破产标准的问题相关的一个问题是应当如何处理各种负债，例如在交叉担保的情况下集团内部的债务和潜在负债问题。

7. 在有些情况下，例如，集团的结构呈现多种形态，涉及互不相关的企业和资产，集团的一个或多个成员的破产可能不会影响到其他成员或整个集团，对已经破产的成员可以单独加以管理。但是，在另一些情况下，一个公司成员的破产可能会导致其他成员或整个集团陷入财政困难，其原因就在于集团采用了一体化结构，相互依赖程度高，而且各个不同部分之间的资产和债务相互交错。在这种情况下，如果能够把集团作为一个整体来考虑，将有助于针对整个集团制定一种破产解决办法，如果集团中有更多的成员因为针对最早破产的成员启动的破产程序而受到影响的话，还可以避免在一段时期内分个启动破产程序。这种做法还可以避免在确定应当对公司体系内部的哪些债务人启动程序方面可能遇到的困难。

8. 这种处理方式给破产中公司集团的处理提出了一个关键问题，也就是说公司集团在经济上和组织结构的一体化达到了什么程度，更为重要的是，在出现破产时，对于一体化程度极高的公司集团的处理方式，应当在多大程度上不同于对各个成员保持高度独立性的集团的处理。举例来说，这种处理方式可能要求将破产程序的范围扩大，把那些未满足启动标准的集团成员也包括在内，这是因为，为了整个集团的更大利益，必须把它们也纳入这些程序。可能出现的一个相关问题是，法院是否应当享有自由裁量权，为了便利这些程序的共同管理而把针对不止一个破产集团成员的启动程序申请加以合并。下文将讨论共同管理问题。

2. 获准提出申请的人

9. 作为一般破产法问题，《立法指南》建议准许债权人和债务人申请启动破产程序。但是《指南》没有具体涉及对公司集团启动程序的问题²，因此需要考虑的问题包括母公司是否可以申请对其集团的一个或多个成员启动程序，是否允许一个成员申请对包括母公司在内的所有其他成员启动程序，以及为一个集团成员指定的破产代表能否提出涉及另一个成员的申请，例如，母公司的破产代表能否申请对一子公司启动程序？

10. 另外，从公共政策的任何要素来看，是否表明对监管机构（如证券机构或公司监管机构）可能的干预作出某种规定或许是一种妥当的做法？一个相关的问题是债权人申请启动程序。虽然可能没有任何理由说明可以偏离这种做法，

² 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章，第 20-79 段。

也就是说建议准许债权人在涉及公司集团的情况下申请启动清算和重组程序，但公司集团的结构本身可能使得债权人特别难以确定应与公司集团的哪一具体部分打交道，并提供满足启动标准所必需的证据。³在有些情况下，特别是在公司集团组织结构松散的情况下，确定某个债务人并非难事。但是，在一体化程度极高的情况下，特别是如果债权人以为和他打交道的集团是一个单一企业的话，答案可能并不那么明确。

11. 关于监管机构的干预，《立法指南》指出⁴，除了政府作为债权人启动破产程序的权利之外，有些国家还为政府或其他监管机构规定了基础更为广泛的其他权力，使其能够在政府当局不一定是债权人，但关闭企业被认为符合公共利益的情况下，利用破产制度关闭企业。在这种情况下，政府并不一定总要证明流动资金拮据，就能够终止那些已经进行某些活动的企业的经营，这些活动通常都是欺诈性或犯罪性活动，或者涉及严重违反规范义务，或者两者兼有。

《立法指南》建议，鉴于有可能在不涉及破产的情况下滥用此种权力，而且有可能对公共利益理由作出极为广泛的界定，规定此种权力只能在极为有限的情形下使用，而且只能在根据其他法律没有适当补救办法的情况下作为最后手段使用，将是极有必要的。这些有限的情形可以包括在可能无需证明破产的情况下配合某些法律（例如与洗钱或证券监管有关的法律）的执行使用破产方面的权力。《立法指南》的建议没有具体指明监管当局可以是被准许申请启动破产程序的当事方之一。⁵

12. 作为一般规则，破产法尊重公司集团每个成员的独立法律地位，因此每个破产的实体都必须单独提出启动破产程序的申请。但是也有一些有限的例外情形，允许在以下情况下将单个申请扩大到集团的其他成员，例如，所有相关方同意包括不止一个公司（南非）；公司之间存在着某种关系，这种关系虽然可以作出不同的界定，但都涉及相当程度的相互依赖性 or 控制；彼此都有对方的资产；集团的虚拟性质；不一定是从公司之间的法律关系（如控股公司与子公司的关系）中产生的统一特性或其他类似特点（南非、西班牙、法国、阿根廷、墨西哥、美国⁶）。这种共同管理（有时也称之为程序合并或管理合并）并不影响其中每个债权人的实质权利或每个成员对其债权人的赔偿责任。为每个公司指定同样的破产代表将有助于它们的共同管理。

B. 启动所产生的影响

13. 在《贸易法委员会破产法立法指南》（第二部分第一章）中，在论述从事商业活动的债务人时讨论了启动破产程序将在哪些方面对债务人及其资产产生

³ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章，第 37-41 段和第 48-53 段，有关债权人申请的论述。

⁴ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章，第 42 段。

⁵ 建议 14 规定：“破产法应当具体列明允许提出启动破产程序申请的当事人，其中应当包括债务人及其任何债权人。”

⁶ 美国：《破产规则》1015 条对共同管理作了明确规定。

影响。但是，《立法指南》没有对在涉及公司集团的一个或多个成员破产时这些影响可能或应当有哪些不同作出论述。在涉及公司集团时可能需要加以考虑的一些影响包括以下几点。

14. 首先是为每个集团成员指定同样破产代表的问题。虽然许多破产法都没有涉及这个问题，但在有些法域内这种做法已经形成一种惯例（包括澳大利亚、英国和德国）。在欧盟的某些跨国界破产案中也在一定程度上采取了这种做法（下文详细论述）。假如这种做法是可以做到的，那么将有利于促进协调解决有关集团成员的破产。作为一种防范可能冲突的办法，可以要求破产代表作出保证或服从某项行业规则或法定义务，以便在出现冲突时寻求法院的指导意见。假如无法指定同样的破产代表，那就有必要考虑破产代表可能还需要哪些其他权力才能促进不同程序的合并，其中包括：分享和披露信息；提出协调的重组计划并进行谈判（除非按下文所述有可能制定单一个集团计划）；使用撤销权，等等。一个相关的问题是，为母公司的破产程序指定的破产代表是否有权否决为子公司指定的破产代表的权力？

15. 其次是处理潜在冲突（例如因集团成员的交叉担保、集团内部债务、以及集团某个成员的不当行为影响到另一成员而可能产生的冲突）应当采取的方式。

16. 第三，在准许管理层继续留任（无论是否置于监督之下）的法域内，是否有必要针对公司集团的情形作出任何进一步规定或特殊规定。

17. 第四，就涉及单个债务人的情形的中止或暂停措施适用于涉及公司集团的情形的问题作出规定是否妥当。

18. 第五，程序一旦启动，对受影响集团成员的资产的使用和处分应当适用的规定，以及是否需要制定任何专门规定，特别是有关现金使用的规定。

19. 第六，是否有必要就公司集团（或其中两个或多个成员）启动后融资的问题作出专门规定。对于在国际环境下运作的公司集团来说，这个问题尤其重要（A/CN.9/WG.5/WP.74/Add.2 中作了论述）。《立法指南》承认，破产程序启动后债务人企业的继续经营是重组的关键，而如果企业作为经营中企业拍卖的话，在一定程度上也是清算的关键。为了保持其经营活动，债务人必须有获得资金的渠道，这样才能够继续为获得关键的货物和服务支付费用，包括劳务成本、保险、租金、合同的保持和其他营运费用以及与保持资产价值有关的各种费用。但是，《指南》指出，许多法域要么限制在破产中提供新的资金，要么不具体涉及注入新的资金或者在破产中偿还这些资金的优先顺序问题。《立法指南》⁷列入了一些旨在促进为债务人的企业继续经营或生存而提供资金的建议，从而为启动后资金的提供人提供了适当保护，而且也为那些其权利可能因启动后资金的提供而受到影响的当事人提供了适当保护。

⁷ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第二章 D 节，第 94 段，建议 63 之前各项立法条文的“目的”。第二章 D 节载于 A/CN.9/582/Add.5 号文件。

C. 普通程序或特殊程序

20. 许多破产法都作为解决债务人财务困难的机制提供了清算和重组这两种手段。就公司集团而言，这些机制是否足以满足公司集团破产的特殊需要？或者说是否有必要对这些机制作出调整使之适合这些特殊需要？除此之外，这些机制是否提供了采用特别适合公司集团的其他补救办法或救济办法的可能性？

D. 两个或多个集团成员的重组

21. 在对两个或多个集团成员启动破产程序的情况下，无论这些程序是否可以合并管理，都面临着一个能否通过单一重组计划对这些债务人进行重组的问题。如果这一行动方针是可行的，那么为了处理一些根本问题可能还需对《立法指南》⁸重组一章中所详细论述的条文作出哪些修正或者加以补充，这些事项包括：哪些当事人有资格提出计划或者参与提出计划；计划的性质和内容；计划的有关保障措施；债权人举行有关计划的会议以及债权人会议的进行；债权人的求偿要求；债权人种类的划分；债权人的表决和计划的批准；对批准计划提出异议（或者取得必要的确认）；计划的执行，等等。

22. 单一重组计划必须考虑到不同组别债权人的不同利益。而且在计划的批准上还必须在不同组别债权人的权利之间求得适当平衡，确保某一子公司的债权人提出异议并不意味着整个计划不能实施，但同时也必须提供《立法指南》建议 125 中所列入的类似保障措施。这些保障措施可以包括，在重组计划下得到的收益，相当于或大于债权人在清算中可能得到的收益，而且相对于公司其他成员的债权人的地位，这种收益是公平的。

23. 这些问题一般都放在破产法中处理，但也有人指出，有些法域从实际操作考虑把某些集团成员的启动程序申请合并起来管理，通过谈判通常都将达成协商一致的重组计划，把不同实体有效地作为一个整体来处理，不过，法院从未正式审议过实质合并问题（美国）。

E. 补救办法

24. 上文指出，由于公司集团的性质及其运作方式，在集团成员之间可能存在着复杂的金融交易网，债权人可能必须与不同的成员，甚至与作为单独经济实体的整个集团打交道，而不是与个别成员打交道。理清资产的所有关系和各种负债，查明集团每个成员的债权人，可能需要花费不少钱进行复杂的法律调查。但是，由于遵循单独实体做法，每个实体的债权人一般来说必然指望某一实体偿还其债务，而且如果已经对该集团的一个或多个成员启动破产程序，通常还有必要理清某个破产实体的产权关系和负债情况。

⁸ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第四章。

25. 在能够理清这种关系的情况下，遵循单独实体的原则有助于将债权人的求偿限制在破产实体的资产的范围内。如果无法理清这种关系或者有必要将集团作为一个单独企业来对待，某些法律还提供了一些补救办法，允许在规定的情况下不采用这种单一实体做法。制定这些补救办法，一向是为了克服在某些特殊情况下采用传统的单独实体做法可能存在的低效率和有失公允的问题。例如，这些补救办法包括把外部负债的责任范围扩大，分摊给集团中其他有偿债能力的成员以及高级行管人员和股东；摊付令；集中或（实质性）合并令；⁹撤销集团内部交易；或者为集团内部借贷作出从属安排。由于强迫一类债权人与偿债能力较差的另一实体的债权人并行分担债务可能给前者造成不公平，这些补救办法并非普遍采用，一般来说不是全面采用的，只是在有限情形下适用。这些包括扩大责任范围的补救办法可能涉及“捅破”或“揭开公司面纱”问题，因为通常躲在后面不对公司活动承担责任的股东可能要因此而对某些活动承担责任。此处讨论的其他补救办法不涉及这些问题，但在有些情况下似乎起着相似的作用。

1. 扩大责任范围

26. 把外部债务的责任，以及在某些情况下把丧失偿债能力的集团成员的责任范围扩大到有偿债能力的集团成员及相关的高级行管人员，是个别债权人可以在个案基础上采用的补救办法，但取决于该债权人与债务人的关系状况。

27. 许多法律承认，在有些情况下，有限责任可以有例外，相关公司和相关行管人员可以被要求对某个集团成员的债务和行为承担责任。有些法律采取一种更为规范性的做法，对这些情形作了严格的限制；有些法律则采取一种更具有扩延性的做法，在根据具体准则评价某一特定案件的情形时给予法院更广泛的裁量权。但是，无论是哪种情况，要把责任扩大到破产实体以外，所依据的必须是破产集团成员与相关集团成员在产权和控制权方面的关系。可能还有另一个相关因素，那就是相关公司如何对待破产公司的债权人。

28. 虽然对于在哪些情形下可以扩大责任范围会有不同的说法，但这方面的实例一般分为以下几大类，不过应当注意的是，并非所有法律都一一反映了这些种类，在一定程度上法律可能互相重叠：

- (一) 集团某一成员（可能是某公司）利用或滥用其对于集团另一成员的控制权，包括为了控股公司的利益而在亏损状态下继续经营某一子公司（阿根廷、澳大利亚、南非、法国、巴西）；
- (二) 占有支配地位的股东的欺诈行为，其中可能包括以欺诈方式抽取子公司的资产或增加其负债（法国），或者以欺诈债权人作为目的管理子公司的事务（列支敦士登）；
- (三) 作为母公司的代理人、受托人或合伙人经营子公司（澳大利亚、联合王国）；

⁹ 见 A/CN.9/WG.5/WP.74 所载术语。

(四) 对集团或子公司事务的管理可能导致某些类别的债权人受到歧视（例如，给某个集团成员的雇员造成负债）（波兰）；

(五) 将一个整体企业人为地分割成若干实体，以便使其中的单个实体不受潜在负债的牵连；未能按照程序将集团成员作为单独法律实体对待，包括无视子公司的有限责任（美国）或混淆个人财产和公司资产；公司集团结构纯属伪装或幌子（联合王国、法国），例如，利用公司形式作为规避法定义务或合同义务的手段；

(六) 公司的资本投入不足，使公司没有充足的资本基础进行经营（美国）。这种情况有可能在组建公司时发生，也可能由于向股东退款或者股东提取的利润超过分配额，造成资本枯竭；

(七) 在公司集团的真实性上造假，致使债权人相信其是与单一企业打交道，而不是与集团的某一成员打交道；

(八) 不当行为，对于因欺诈、违反义务或其他滥用职权的行为给公司造成的任何损失或损害，包括造成重大伤害或环境破坏的行为，可以要求任何人（包括另一集团成员）进行赔偿（美国，联合王国）；

(九) 违章经营，公司的董事（包括影子董事）¹⁰负有监督义务，例如，根据公司的财务状况公司能否适当地继续经营，公司一旦破产要求他们在一定期限内申请破产（法国、联合王国、俄罗斯联邦）。允许或指示某一集团成员在其无偿债能力时或可能无偿债能力时举债，这种行为也将归入此类；

(十) 未能遵守规章制度，例如未保持子公司的正常财务记录（法国）。

29. 一般来说即使母公司对子公司拥有控制权或支配权或者在公司集团内部存在其他形式的紧密经济一体化关系，也不能仅仅以此作为充分理由，证明可以不考虑每个集团成员的单独法人资格和捅破公司的面纱。

30. 在有些实例中，偿债责任可以扩大到对破产子公司有控制权的母公司或其他公司，如果是这种情况，那么这种责任可以包括母公司或控股公司董事会成员的个人赔偿责任（可以把他们说成是事实上的董事或影子董事）。一个公司的董事一般来说对这个公司负有一定义务，而一个集团公司的董事所面临的问题则可能是在考虑到集团的总体商业和金融利益的情况下兼顾这些义务。举例来说，为了实现集团的整体利益，在某些情况下可能要求牺牲个别成员的利益。在确定控股公司是否对破产的受控公司的债务或行为承担个人责任时，可能需考虑的某些因素包括：是否积极参与了受控实体的管理；破产公司的管理层是否存在着严重的失职或欺诈行为；母公司的管理层是否有可能违反了照管和尽责义务，或者是否有可能滥用了管理权；受控实体的管理与其破产之间是否存在着直接关系。在有些法律中也有可能追究董事的刑事责任。在这种情况下，扩大责任范围所面临的主要难题之一是提供相关行为的证据，以表明控股公司发挥了事实上的董事或影子董事的作用。

¹⁰ 影子董事或事实上的董事：见 A/CN.9/WG.V/WP.74 中的术语。

31. 也有的法律要求母公司以合同方式对子公司的债务承担责任，特别是如果所涉及的债权人是银行（比利时、荷兰）或自愿交叉担保人（澳大利亚）的话。而根据其他一些法律，在对公司集团的各种组合形式作出规定的情况下（德国、葡萄牙），主公司有可能对关联公司的债权人承担连带责任，这种责任可以是正式组合之前，也可以是正式组合之后产生的责任。

2. 摊付令

32. 破产中，另一种可能的补救办法是下达债务摊付令，也就是说，法院可以要求某一有偿债能力的公司提供一定的资金，以偿付其他正在被清算的集团公司的全部或部分债务。新西兰把债务摊付令这种做法写入了 1980 年的《公司法》。¹¹根据其规定，公司应当是所界定的“关联”公司。¹²根据这一定义，关联公司不一定是被清算的集团成员的最终控股公司。新西兰的法律准许被清算公司的清算人、债权人或股东提出债务摊付令申请，不过分摊款必须付给清算人，而不是申请人。

33. 新西兰的法律还规定，在下达摊付令时，法院必须考虑到某些规定的情形。这些情形包括：关联公司参与被清算公司的管理的程度；关联公司对被清算公司的债权人做法，但债权人依赖于公司之间存在某种关系并不是下达此种命令的充足理由；造成清算的情形在多大程度上与关联公司的行为有关；法院认为的任何其他此种事项。¹³

34. 由于需要对与两个单独公司打交道的两类无担保债权人的利益加以调和，考虑到所涉及的问题，通常并不行使下达债务摊付令的权力。另外，法院往往持这样的观点，如果下达一项全面摊付令会威胁到尚未被清算的关联公司的偿债能力，那么这样的债务摊付令也许并不妥当。但是，如果有偿债能力的公司在其关联公司开始清算之后所采取的做法间接或直接地影响到该关联公司的债权人，例如涉及不能履约，那么可能就要考虑到这个有偿债能力公司的做法。

3. 实质性合并或集中

35. 另一类补救办法是实质性合并或集中（后者在本说明中即指合并）。如上所述，在实行共同管理的情况下，债务人的资产和负债仍然是分开的，有区别的，债权人的实质权利并没有受到影响。然而，如果是合并，在涉及同一集团成员的破产案中，则准许法院在适当情况下不考虑集团成员的单独特性，可以把它们的资产和负债合并起来，作为单一个实体持有的资产和承担的负债来处

¹¹ 《新西兰公司法》，第 271-272 节。

¹² 1993 年《公司法》，第 2(3)节，其中对界定必要的关系提出的参照标准是控制/从属关系；公司一半以上的股份由其他公司、其他公司的成员或者与其他公司相关的公司直接或间接拥有；公司业务实施方式使之无法被分割开；或者破产公司和关联公司都与第三家公司存在着这些所界定的关系中的一种。

¹³ 《新西兰公司法》，第 272(1)节。

理。这种做法所产生的效果是，为所有被合并实体的全部债权人的总体利益建立了单一破产财产。合并范围可以扩大，适用于同属一个集团的有偿债能力的公司以及某些个人，例如有控股权的股东。

36. 对下达此种法院令作出规定的法域并不多见，即使是有这种规定的地方，一般来说也不是广泛使用的。只有少数几个法域对下达合并令的法定权利作了规定。¹⁴由于没有对可以下达此种命令的情形提供直接的法定授权或规定标准，某些法域的法院对使用这些命令和界定准许下达此种命令的情形发挥了直接作用。同下达债务摊付令的情形一样，准许下达合并令的情形也是极为有限的，往往限于公司集团成员的一体化程度极高，而且难以、甚至无法将不同实体的资产和负债分开的情形。

37. 除了与推翻单独实体原则这一基本问题相关的问题之外，准许下达此种命令的主要问题还包括，强迫某一类债权人与另一个偿债能力较差的实体的债权人平行分担债务，可能对这一类债权人不公平；给债权人整体带来节余或益处，是否比对个别债权人造成间接损害更重要。另一个问题是，准许合并会在多大程度上使实力更强、规模更大的债权人利用那些不是提供给他们和本来就不应提供给他们资产。其他考虑还包括，下达合并令有可能促使那些不同意此种命令的债权人要求对合并令进行复审，从而延长破产程序；以及有可能对法定担保的确定性和可预见性造成损害。公司之间的债权因合并而消失，而对于这些债权拥有担保权的债权人则会丧失其权利。诸如此类的种种问题导致某些著述者建议，只有在债权人同意的情况下，或者如果债权人不同意只有在法院严格控制的情况下，才能准许进行合并。¹⁵

38. 在法院参与制定合并令的区域中，已经确定了一些据认为与确定是否有必要使用实质性合并方法有关的因素。无论是哪种情况，所面临的问题都是对各种因素加以平衡；没有任何单一种因素是必然存在的，而所有其他因素都不必存在。这些因素包括：是否有统一的财务报表；各种利益和所有权关系在不同实体之间的统一；对个别资产和负债进行分离的难度；在不同实体之间分担间接费用以及管理、财务和其他相关费用；是否存在实体对实体的贷款以及贷款上是否有交叉担保；从一个实体向另一个实体转让资产或转移资金在多大程度上没有遵守适当手续；资本是否充足；资产或经营业务的混合；共同的董事或高级行管人员；共同营业地；与债权人是否有欺诈交易；以及合并是否有利于重组或是否符合债权人的利益。种种这些因素固然都是有关的，但有些法院已经开始特别侧重于其中的两个因素，即：债权人是否把各实体作为单一经济单位来打交道，而且在提供信贷时并不依赖于各实体的单独特性；各实体的业务互相交织，因此合并对于所有债权人有利。

39. 有些法域并没有对合并做法规定任何具体的法律授权（澳大利亚），但可以通过在法律中对下述等方面作出规定来便利自愿合并，例如，集团交叉担保

¹⁴ 见 1980 年《新西兰公司法》，第 272 节。

¹⁵ Peter, H. 所著：Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How? In Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, 第 206 页。

安排、偿债安排计划、以及债权人与正在被清算或即将被清算的公司之间的偿债安排。法院还可以在合意基础上下达合并令（加拿大）。在美国最近一起涉及母公司申请合并的案件中，由于子公司的财务状况好得多，子公司的债权人对合并提出反对意见。根据后来商定的解决办法，那些提出异议的子公司的债权人得到保证，允许他们得到的偿还额大大高于母公司的其他无担保债权人，¹⁶从而偏离了平分破产财产的严格政策。在其他法域中，也发现有可能在合并令的实施上对并行原则作此种例外处理。¹⁷

40. 在准许下达合并令的法域中，实际下达的命令比较少。在新西兰的主要案件中，¹⁸法院注意到公司集团的混合管理办法包括各集团公司举行董事会联席会议；集团所有公司使用单一个银行账户；以及采取随意使用任何集团公司以便于实施各种企业经营的政策。除了这些做法之外，管理层还鼓励债权人将公司集团作为一个单独实体对待，从而在债权人当中造成混乱，使其无法确定在同哪个实体打交道，因此模糊了集团各公司之间的法律界线。法院还认为，鉴于采用这些安排，每个集团公司的资金流动影响到其他公司。另一个因素是，如果不下达合并令，那么确定各种集团内部债务状况的唯一途径就是启动单独的法律程序，这样一来必然增加清算的费用和时间，从而消耗本来可以偿付给债权人的资金。

41. 新西兰的法院还考虑到债权人和股东的相竞利益，认为在破产中债权人的权利比股东的权利更重要，因此支持下达合并令。此外，如果不下达合并令，某些公司集团成员的股东就会在损害其他集团成员的债权人的情况下获得补偿。对集团中不同公司的股东的相竞利益也要给予考虑，特别是对那些只是其中某些公司的股东的利益给予考虑。

42. 对于有担保债权人和无担保债权人的相竞利益也要给予考虑，特别是有担保债权人的权利是否不受此种合并令影响的问题。《破产法立法指南》论述了有担保债权人在破产程序中的地位问题，并采取了这样的做法：虽然作为一般原则应当承认担保权的效力和优先权而且应当在破产程序中保全设保资产的经济价值，但破产法可以对有担保债权人的权利作出修正，以便在有适当保障的情况下实行商业和经济政策。¹⁹

43. 个别债权人也会因法院把被清算公司相互之间的任何费用、担保或集团内部其他担保权作无效处理而受到影响。在 *Re Dalhoff* 案中，新西兰法院裁定，如果一项集团内部担保取决于保留被清算的集团公司的单独特性，则外部债权

¹⁶ WorldCom and MCI—Skeel, D. A., “Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., in *Challenges of Insolvency Law in the 21st Century*”, 著者 H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, 第 232。

¹⁷ 澳大利亚法律改革委员会，第 45 号报告，一般破产调查，1988 年，第 846 段。

¹⁸ *Re Dalhoff and King Holdings Ltd* (1991) 5 NZCLC 66,959。

¹⁹ 《贸易法委员会立法指南》附件一列明了指南中论及破产程序中有担保债权人处理办法的章节。

人不能强制执行这一集团内部担保；除非法院认为该债权人应当对其他债权人保留某种优先权，否则该债权人将被作为无担保债权人对待。²⁰

44. 合并令还会对税收产生影响，举例来说，税收规则取决于能否确定在将财产分配给债权人之后股东是否有任何特定的回报来源（澳大利亚）。

4. 部分实质性合并或集中

45. 在有些准许合并的法域（新西兰）中，法院可以下达有限命令，对某些无担保债权人的债权作例外处理，在保证公平的情况下，从被清算公司中选出一家公司用其特定资产对这些无担保债权人给予清偿。部分合并可以通过以下方式进行：在有担保债权人已经依赖于单一实体原则的基础上，只对无担保债权人适用合并令；扩大合并令的范围，只适用于有偿债能力的集团公司的资产净额，从而不影响那些有偿债能力实体的债权人；要求母公司只对无偿债能力集团成员的资产负净额承担责任，从而不影响这些成员的资产；将合并的范围限定于那些被混合的资产和负债，而把那些所有权关系明确的资产排除在外。²¹

5. 撤销

46. 正如《贸易法委员会破产法立法指南》所指出，²²许多破产法都载有从某一特定日期（例如破产程序申请或启动之日）开始，在一规定期限（通常称为可撤销期）内具有追溯效力的规定，其目的在于推翻破产债务人过去作为当事一方参加的交易或涉及对债务人资产具有某种效力的以往交易，这些效力包括减少了债务人的资产净值或者破坏了同等级债权人之间平等分配的原则。通常适用这些规定的各类交易包括：旨在挫败、阻碍或耽误债权人的交易；压价交易；特权交易；与关联人的交易。《立法指南》列出了在证明撤销要求的主观要件上存在的种种困难，例如债务人订立交易时的意图以及对应方主观上是否知情。在涉及公司集团时，这样的因素更加难以证明。

47. 在公司集团的一个或数个成员破产时，都涉及这些规定以及适用这些规则的各类交易。在这种情况下，它们可能影响到集团内部的财务交易，例如贷款、资产转让和保证，以及向外部放款人提供的第三方抵押或保证等。在有些法域（澳大利亚）中，一公司对一关联公司债权人的付款以及某一集团公司为担保外部当事人的贷款而向另一集团公司提供的保证或抵押，在进行这些交易所造成的损害大于给保证人或抵押权人带来的好处时，都是可以被撤销的。如果涉及以下情况，有些集团内部的交易也是可以被撤销的：一个集团公司的董事违反托管义务，而另一个集团公司实际知悉或被推定知悉这一事实，例如，一个公司在被清算之前提供了贷款、转让了资产或提供了第三方抵押，而没有从中得到任何直接或间接的好处。

²⁰ 见注 18。

²¹ H. Peter，注 16，第 208 页。

²² 《贸易法委员会立法指南》第二部分，第二章，F 节，第 150 段。

48. 关于这些类型的交易需要考虑的问题是，如何在公司集团破产的情况下处理这些交易。例如，如果撤销规定在债务人是单独法人实体的情况下适用，那么在涉及公司集团时，这种撤销规定是否应当适用？还是说是否有必要作出更为广泛的规定，把这些不同类型的交易包括在内？另外对集团交易适用什么样的标准，是不是母公司从交易中得到好处，而在正常情况下无关联的企业实体之间不会给予这种好处？

6. 从属安排

49. 在有些情况下，如果不宜采取合并办法，还可以考虑诸如从属安排等其他一些补救办法。一个例子是，内幕人士（一般为控股股东或与该股东有关的人士）的行事方式表明，他们不应取得相对于善意行事的外部债权人的优先权。

50. 有些法律对关联公司的债务从属于外部债权人的债务作了规定（西班牙、德国、美国）。根据某个法域（法国）的公司法，法院可以审查集团内部的财务安排，以确定向一个集团公司提供的某些资金应当作为注入的股本来处理（因此可以从属于债权人的债权），还是应当作为集团内部的贷款处理，换句话说，被清算的集团成员根据任何集团内部贷款安排所欠的债务，是否应当从属于该集团成员的外部债权人的权利。举例来说，如果母公司是被清算的一被控股公司的有担保债权人，则母公司可以使其债权从属于该被控股公司的无关联无担保债权人、甚至是少数股东的债权，但需考虑到下述方面的因素：被控股公司的资本化程度；母公司对被控股公司管理的参与；母公司是否曾试图在有利于自己而损害外部债权人的情况下操纵集团内部交易；母公司是否在其他方面有不公平的做法，造成对被控股公司债权人和股东的损害。

51. 有一个法域（联合王国）没有对准许从属安排作出法律规定，在有限情形下，法院可以根据不当得利原则²³将集团内部债权人的优先权置于无担保外部债权人的权利之后。在另一个法域（澳大利亚），集团中的债权人公司可以在自愿基础上同意使其债权从属于外部债权人的债权。²⁴

F. 需考虑的问题：各国对破产中公司集团的处理办法

52. 上述讨论表明了破产中公司集团处理办法所涉及的种种问题，这些问题都在管辖国内破产的法律中论及；显然，主要关注的问题是，在哪些情形下可以在已经启动破产程序时重新考虑单独公司实体的做法。对于有些问题，法律却很少作出具体规定，例如对公司集团的一个或多个成员启动这些程序的问题以及此种启动的效力问题。因此，虽然由此得出的结论可能是公司破产法在涉及

²³ 有一项法律原则规定，一人未经个人努力在另一人付出代价的情况下获得钱财，即使这笔钱财不是通过非法方式获得的，收到钱财的人仍应将钱财退还合法所有人。如果遭受损失的当事人提起诉讼，大多数法院都会下令退还钱财。

²⁴ 澳大利亚：《公司法》，s563C。

单个公司时处理这些问题的方式也适合处理公司集团的一个或多个成员的破产，但还是建议注意情况并非总是如此。

53. 工作组还应考虑，根据以下列出的各种可能性，今后关于破产中公司集团处理办法的问题可以进行哪些工作。在考虑这些可能性时，工作组似应作出以下暂定假设：提出任何提议或建议的目的并不是要干扰大量存在而且日趋复杂的公司集团结构，也不是要干扰与公司集团进行的大量商业交易或造成这方面的不确定性（通常不考虑是否针对集团或集团内部可能的破产制定了法规）。应当避免出现的一种前景或可能性是，由于进行关于公司集团的工作而迫使公司集团寻找“安全港”避难。

54. 工作组似应审议以下问题：

- (a) 今后工作的范围，特别是如何为此目的界定“公司集团”一词；
- (b) 在公司集团的一个或多个成员破产时对破产程序的使用，这方面的审议可以包括以下几点：
 - (一) 在哪些情形下适合对公司集团的全部或部分成员启动程序以及应当适用的启动标准，特别是对集团中可能未满足这一标准，但由于其他原因而应包括在程序中的成员应当适用的标准；
 - (二) 负责提出启动申请的人；
 - (三) 启动的效力以及它们应当在多大程度上不同于《贸易法委员会立法指南》所论及的效力，例如，对使用和处分资产的效力；
- (c) 在针对公司集团的破产程序中有哪些救济办法可以使用，其中包括：
 - (一) 程序方面的救济，例如，能否为每个破产集团成员指定同样的破产代表，或者在多大程度上可以对破产财产进行共同管理；
 - (二) 实质问题上的救济，例如，在多大程度上可以对公司集团中有偿债能力的成员使用正式救济、保护和补救措施；对单独实体的有限责任保护在多大程度上可以免除；公司集团的两个或多个成员在多大程度上可以对其中一个成员的外部债务承担责任；可以在多大程度上促进使用集团公司资产和负债的实质性合并办法、债务摊付令以及债权从属安排；
 - (三) 适合公司集团情形的其他救济形式；
- (d) 在涉及公司集团的情况下法院与破产代表之间的合作，特别是在为集团不同成员指定不同破产代表的情况下；
- (e) 特别涉及公司集团并因此可能需要制定专门规定的其他问题，例如：
 - (一) 在集团的母公司破产时指定的破产代表的权利以及这种破产代表在多大程度上可以主导将由（破产的）子公司提起的诉讼；
 - (二) 关于在涉及公司集团时提供启动后融资的问题，是否需要在《贸易法委员会破产法立法指南》的建议之外另作规定；

(三) 《贸易法委员会破产法立法指南》关于撤销规定的建议应当在多大程度上适用于公司集团，以及是否有必要拟订更为广泛的规定，把不同种类的交易包括进去，包括集团成员之间的交易；

(四) 对于公司集团准许管理层留任的情形，在多大程度上需要制定专门规定；

(五) 关于公司集团的重组，特别是关于重组计划的谈判、核准和执行，是否需要在《贸易法委员会破产法立法指南》的建议之外另作规定。

[四. 国际问题载于 A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2]
