



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十四届会议
2008年3月3日至7日，纽约

破产集团企业对待办法

秘书处的说明

一. 导言

1. 本说明借鉴了 A/CN.9/WG.V/WP.74 及 Add.1 和 2、A/CN.9/WG.V/WP.76 及 Add.1 和 2、A/CN.9/WG.V/WP.78 及 Add.1 中所载的材料、《贸易法委员会破产法立法指南》（《立法指南》）、《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）以及第五工作组（破产法）第三十一届会议、第三十二届会议和第三十三届会议工作报告（分别为 A/CN.9/618、A/CN.9/622 和 A/CN.9/643）。本说明修订了工作组第三十三届会议（2007 年 11 月 5 日至 9 日，维也纳）所讨论的建议，说明了修订的理由，并提出了其他一些问题供工作组审议。
2. 文中的建议有两个编号：圆括号内的是新编号；方括号内的是 A/CN.9/WG.V/WP.78 和 Add.1 号文件中所采用的原编号。
3. 如关于建议的说明所解释的，为《立法指南》未曾述及的那些议题（例如联合申请、程序协调和实质性合并）编写了目的条款。《立法指南》中的目的条款将继续与关于其他议题（例如撤销程序）的建议有关，在本说明中不再重复。
4. 建议对评注（在 A/CN.9/WG.V/WP.78 及其增编中作为总论出现的材料和在 A/CN.9/WG.V/WP.76 及其增编和 A/CN.9/WG.V/WP.74 及其增编中出现的导言性材料）加以修订和合并，供工作组在 2008 年举行的第三十五届会议审议。工作组似宜审议这项提议。

* 因要做最后协商，本文件提交较晚。



二. 术语表

A. 术语和解释

(a) “企业集团”：以资本或控制权的方式组合起来的两个或多个企业，可包括未组建为公司的企业。

(b) “企业”：任何从事经济活动的实体，不论其法律形式如何，包括以个人或家庭、作为合作伙伴或联合体从事经济活动的实体。¹

(c) “资本”：对于企业的捐助，包括资产和股本权益。²

(d) “控制权”：通常因在企业集团中居于战略地位而带来的权力，掌握此种权力的人能够直接或间接地支配被授予决策权的机关；略有控制权或影响力是不够的。还可依照对必要支配力作出规定的合同安排享有控制权。

(e) “程序协调”：协同管理针对属于同一企业集团的两个或多个成员[分别][各自]启动的破产程序。每个成员，包括其资产和负债，仍然分开，相互独立，从而维护各个企业的完整性。³

(f) “实质性合并”：[将一个企业集团两个或多个成员的资产和负债汇总在一起，为被实质性合并的成员的债权人形成单一破产财产。]⁴

(g) “母企业”：通过影响或选举其董事会而直接或间接控制另一家企业的管理和业务的企业。这个术语可以指本身并不生产货物或提供服务，但为拥有其他企业的股份（或直接拥有其他企业）而组建的企业。[取自 A/CN.9/WG.V/WP.74，第 1(c)段]

(h) “子企业”：由属于同一企业集团的另一企业拥有或控制的企业。子公司通常根据其所在国的法律注册。[取自 A/CN.9/WG.V/WP.74，第 1(d)段]

¹ 与《贸易法委员会破产法立法指南》所采用的做法相一致，这里注重的是实体从事的经济活动，能使实体名副其实地被称为“企业”。它将不包括消费者和根据《立法指南》建议 8 和建议 9 不受破产法管辖的其他实体。

² 股本权益将既包括信托单位，也包括合伙权益。

³ [取自 A/CN.9/WG.V/WP.78，第 2(f)段，第 2 页]程序协调旨在促进程序便利和提高成本效益，可能有助于就进行破产程序的集团成员的经营情况获得全面的信息；便利估算资产的价值和确定债权人和享有法律承认的权益的其他人；避免重复劳动。程序协调可以包括以下一些或所有内容：一个或几个法院之间的合作，或者在国内情形中，由单一法院来管理集团各成员所涉及的程序；指定单一破产管理人负责管理各个破产程序，或者当指定两个或多个破产管理人时，在他们相互间协调；联合听审和开会，包括债权人的联席会议；共同截止日期；发布通知的单一清单和协同发布通知；共同索赔程序；协同变卖资产；单一债权人委员会或者若干债权人委员会之间相互协调。

⁴ 实质性合并的结果通常是偿清集团内的负债和被合并实体间的任何资产所有权问题以及针对任何担保另一被合并实体债务的被合并实体提出的担保索赔。通常指定一名单一破产管理人，虽然这可能取决于下达命令时程序所处的阶段。

B. 关于术语的说明

企业集团

1. 工作组第三十三届会议一致认为拟解释的术语应当是“企业集团”，且并不局限于国内情形或者某一种商务或商业活动。企业集团的国际方面，例如适用不同国家的立法或者在不同国家从事商务活动，可能需要在以后的某一个阶段作更多的解释。⁵

企业

2. 在工作组第三十三届会议上，有人指出，在解释企业时将包括信用等实体，根据某些国家的法律，这种实体可以成为企业集团的一个组成部分。工作组核准了解释的实质内容，但增加了一条脚注，说明不包括消费者和仅局限于根据《立法指南》建议 8 和 9 将受破产法管辖的实体。⁶这个限制原先包含在对术语“企业集团的成员”的解释之中，⁷但该术语现因不必要而已被删除。

资本

3. 工作组第三十三届会议一致认为，在可能构成企业资本的要素清单中应当增加“合伙权益”和“信用单位”。为了进一步完善这些概念，对解释作了修订，以便提及股本权益，用来既涵盖合伙权益，又涵盖信用单位。这一点在脚注中加以澄清。在某些文种中造成混乱的“投资”一词已经改为更加笼统的“捐助”。股本权益将包括股份、合伙权益和信用单位，而资产将包括现金和应收款。

4. 工作组似宜审议在第三十三届会议上提出的区分公司实体和非公司实体的建议是否应当在这条说明中落实。⁸

控制权

5. 工作组第三十三届会议一致认为需要进一步审议与关于“控制权”的解释有关的若干问题，包括控制权是否应当仅限于合同安排；经销和特许协议是否将包括在内；隐含的控制是否应当排除在外；是否打算将某些类别的、可能使有担保债权人处于控制地位的有担保交易包括在内。⁹工作组还似宜审议解释中是否需要“略有控制权或影响力是不够的”等字样。

⁵ 第五工作组（破产法）第三十三届会议工作报告，A/CN.9/643，第 123 段。

⁶ 同上，第 124 段。

⁷ 见 A/CN.9/WG.V/WP.78，第 2(e)和 8 段。

⁸ A/CN.9/643，第 125 段。

⁹ 同上，见第 13 和第 126 段。

企业集团的成员

6. 这个术语已被删除，提及受破产法管辖的实体的字样现在包含在术语“企业”之内。

程序协调

7. 根据工作组第三十三届会议上的审议情况对这条解释作了修订。¹⁰脚注明确表明程序协调既包括法院间的协调也包括破产管理人之间的协调。

实质性合并

8. 对“实质性合并”的解释是基于 A/CN.9/WG.V/WP.74 号文件术语表第 1(j) (二)段中所载的解释。它采用了程序协调那条解释的结构，并包含了一条脚注，列明这种命令的后果。

母企业和子企业

9. 这两个新增的术语取自 A/CN.9/WG.V/WP.74 号文件，并加以修订以便使它们与术语表中的其他术语相一致。

三. 破产的开始：国内问题

A. 申请和启动：联合申请

1. 立法条文的目的

[关于联合申请启动破产程序的条文的目的是：

(a) 便利有协调地审议对企业集团中两个或多个成员启动破产程序的申请；和

(b) 提高与启动破产程序相关的效率和减少费用。]

2. 立法条文的内容

联合申请启动破产程序

(1) 破产法可以具体规定可以针对《立法指南》所指的单一债务人申请启动破产程序，也可以针对企业集团中两个或多个成员联合申请启动破产程序。提出这种联合申请的可以是：

¹⁰ 同上，第 128 段。

(a) 企业集团中的两个或多个成员，条件是其中每个成员均须符合《立法指南》建议 15 中规定的启动标准；或

(b) 企业集团中两个或多个成员的债权人，条件是其中每个成员均须符合《立法指南》建议 16 中规定的启动标准。

3. 关于建议的说明

10. 关于联合申请启动的建议草案，作为申请和启动的一个方面，没有在《立法指南》中述及。为了更好地解释这些建议草案的目的，采用了《立法指南》的做法，引入了一条目的条款。工作组似宜审议这一条款拟载列的目的。

11. 建议(1)草案规定，可以（依照《立法指南》的建议）针对企业集团中的两个或多个成员各自申请启动破产程序，也可以针对若干成员提出联合申请。当依照《立法指南》的规定提出单独申请时，这些申请可以在同一时间提出，并指出有相同的目的，即有协调地审议针对集团中若干成员提出的启动程序申请。工作组似宜审议在建议草案中增加一句内容如此的句子是否有益，还是在评注中包含一条解释就足够了。

12. 修订后的建议对破产法的内容采取了任选做法（破产法“可以”具体规定），在联合申请所可能涵盖的程序类型方面也采用了《立法指南》较笼统的做法，即提及启动“破产”程序，而不是“重组”程序。

13. (a)段明确指出，作为联合申请主体的每个集团成员都必须符合有关的启动标准。根据建议 15(a)，当是债务人申请时，这个标准包括临近破产。工作组第三十三届会议指出，对集团情形下的临近破产可能会有其他考虑，这些考虑应当在评注中讨论。¹¹

14. (b)段允许债权人提出启动程序的联合申请，但将这种申请局限于集团成员中债权人对其有债权的那些成员；债权人不能将集团中的其他成员列入联合申请。

15. 在工作组第三十三届会议上有人建议应当要求联合申请载列存在着这样一个集团以及申请所涉每个成员在集团中的地位的事实，当其中一名成员是控制实体或母公司时尤其如此。¹²工作组似宜审议是否应当列入一条内容如此的建议。

16. 如工作组第三十三届会议所商定的，述及在提出联合申请时发送通知的建议草案(2)已被删除。¹³结果，这种申请的通知应当依照《立法指南》第二部分第一章的建议发送。

¹¹ 同上，第 34 段。

¹² 同上，第 18 段。

¹³ 同上，第 23-24 段。

B. 程序协调

1. 立法条文的目的

[关于程序协调的条文的目的:

(a) 为了债权人和债务人的利益而便利程序的协调,同时尊重每个集团成员的单独法律身份;和

(b) 促进程序上的便利,提高成本效益,避免重复劳动。]

2. 立法条文的内容

申请程序协调的时间安排

(2) [4] 破产法应当具体规定,程序协调申请可以在依照《立法指南》建议 15 或 16 提出启动破产程序申请时提出,也可以在随后的任何时间提出。

两个或多个破产程序的程序协调

(3) 破产法应当具体规定,法院可以根据建议(2)所述的申请裁定,为了程序目的应当有协调地管理针对两个或多个企业集团成员提出的破产程序。¹⁴

被允许申请程序协调的当事人

(4) [5] 破产法应当具体规定申请程序协调的可以是:

(a) 企业集团中已经申请或在进行破产程序的成员;

[(b) 企业集团中进行破产程序的成员的破产管理人;]或

(c) 企业集团成员的债权人[该债权人已经对该成员提出启动破产程序申请或者该成员在进行破产程序。]

同时举行的听审

(5) [6] 破产法应当具体规定法院可以就程序协调申请举行同时听审。

程序协调通知

(6) [7] 破产法应当具体规定,法院下令对破产程序进行程序协调的,应当向列入程序协调的企业集团成员的所有债权人发送命令通知。

¹⁴ 当拟协调的程序在不同法院进行时,应由国内法来确定应当由哪个法院来审议该项申请。还应由国内法来确定法院在启动对破产程序进行程序协调方面可能享有的权力。

程序协调通知的内容

(7) [8] 破产法应当具体规定，除了《立法指南》建议 25 所详述的信息外，程序协调令通知应当列入与债权人有关的程序协调工作信息。

程序协调的修改或终止

[(8) 破产法应当具体规定，法院可以修改或者终止程序协调令，条件是修改或终止令不得影响根据程序协调令已经采取的任何行动或作出的任何决定。]

3. 关于建议的说明

17. 程序协调是《立法指南》未述及的一个议题。为了更好地解释关于程序协调的建议草案的目的，采用了《立法指南》的做法，引入了一条目的条款。工作组似宜审议这一条款中拟载列的目的。

申请程序协调的时间安排

18. 工作组第三十三届会议核准了建议(2)草案（原建议(4)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78）的实质内容。¹⁵对这条建议作了修订，以便澄清程序协调申请可以在申请启动的同时也可以在其后任何时间提出。

两个或多个破产程序的程序协调

19. 建议(3)草案规定，法院可以以建议(4)草案规定的当事人所提出的申请为基础斟酌下达程序协调令。

20. 当涉及两个或多个集团成员的破产程序在不同法院进行（在国内情形下），则应由本地法律来确定对破产程序和协调申请的司法管辖问题。还应当由国内法来确定法院在启动对破产程序进行程序协调方面可能享有的权力。这两个问题包含在建议(3)草案的脚注中。

21. 为了便利司法协调，评注可以指出一些与确定应当由哪个法院来协调程序的标准。这些标准可以包括：提起启动破产程序的申请的优先次序；破产集团成员的债务大小或资产价值；或者企业集团控制中心的位置。例如，有一个国家规定，这种法院应当是有资格审理经参阅最近的资产负债表确定资产最多的当事人的破产程序的法院。

¹⁵ A/CN.9/643，第 26 段。

被允许申请程序协调的当事人

22. 根据工作组第三十三届会议的审议情况，¹⁶建议(4)草案（原建议(5)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78）确定了可以申请程序协调的当事人，包括：已经申请启动程序的集团成员或者已经在进行程序的集团成员；集团成员的破产管理人；已经进行破产程序的成员的债权人或者一成员的债权人，而该债权人已经对该成员提出启动破产程序申请。可以假定，程序协调申请将包括提出申请的集团成员或者申请人为其破产管理人或债权人的集团成员。

同时举行的听审

23. 建议(5)草案（原建议(6)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78）的目的是通过授权进行同时听审来简化对在不同法院进行的程序提出的程序协调申请的审议。应当由国内法来确定哪个法院将有资格来进行或协调同时听审。

程序协调通知

24. 已经根据工作组第三十三届会议的决定¹⁷对建议(6)草案（原建议(7)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78）作了修改。评注可以提及《立法指南》的有关决定，¹⁸指出关于发送通知的要求可以通过采用集体通知的做法来满足，例如在正式的官方报刊上、特定的法律出版物上或者在商报或广泛发行的报纸上公布。

25. 建议(6)草案现行案文仅仅提及发送程序协调令通知。工作组似宜审议发送通知的范围是否应当扩大到程序协调申请。当在申请启动破产程序的同时提出程序协调申请时，通知问题可能会引起一些与《立法指南》关于发送申请启动破产程序通知的建议有关的问题。这些建议规定，债权人申请启动破产程序的通知应当送达债务人（建议 19），但债务人启动破产程序的申请通知不要求送达债权人。如果在这种情况下要求将申请程序协调通知送达债权人就有可能与《立法指南》中对申请启动程序通知的做法不相一致。

26. 然而，当程序协调申请是在破产程序启动后提出时，工作组似宜审议向程序协调申请可能涉及的那些成员的所有债权人都发送通知是否适宜。

程序协调通知的内容

27. 建议(7)草案（原建议(8)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78）提及的与债权人有关的其他信息可以包括关于听审的协调、债权的提起和处理、融资安排等的信息。工作组似宜在忆及《立法指南》建议 25 的情况下审议建议中是否可以列入关于这种信息的更加具体的实例。

¹⁶ 同上，第 27-28 段。

¹⁷ 同上，第 30-31 段。

¹⁸ 例如，第二部分第一章，第 69-70 段。

程序协调的修改或终止

28. 工作组第三十三届会议一致认为应当载列一条关于修改或撤销程序协调令的建议草案，¹⁹这一意见在建议(8)草案中得到了反映。建议中没有将撤销作为一种选择加以列入，依据是事实很可能会证明使集团的各个成员恢复到他们在命令下达时所处的地位不仅是不可能的，而且当它涉及到要推翻在管理破产程序中已经采取的可能对债权人和其他有关当事人有潜在影响的行动时也是不可取的。当一项命令被修改或终止时，根据这项命令已经采取的行动应当得到尊重，而不应当被修改或终止令所推翻或改变。在评注中可以讨论进行修改或终止的正当理由，例如命令下达以来情况发生了变化。

C. 启动后融资

1. 立法条文的内容

吸引和授权启动后融资

(9) 破产法应当以《立法指南》建议 63 所述理由为依据，在对企业集团成员进行的破产程序中为获得启动后融资提供便利和动力。

(10) 破产法应当具体规定，根据《立法指南》建议 64-68，凡进行破产程序的企业集团成员均可以获得启动后融资。

启动后融资的优先权

(11) 破产法应当具体规定，《立法指南》建议 64 述及的启动后融资的优先权应当也适用于向进行破产程序的企业集团成员提供的启动后融资。

对启动后融资的担保

(12) 破产法应当具体规定，进行破产程序的企业集团成员也可以为偿付向该集团另一成员提供的启动后融资而提供《立法指南》建议 65 所述的担保权益。²⁰

对偿付启动后融资的担保或其他保证

(13) 破产法应当具体规定，进行破产程序的企业集团成员可以为另一个进行破产程序的企业集团成员所获得的启动后融资提供担保或其他保证，条件是：

¹⁹ A/CN.9/643，第 33 段。

²⁰ 《立法指南》建议 66-67 规定了一些保障措施，适用于为获得启动后融资而提供担保权益。这些保障措施将适用于企业集团情形中的担保权益提供。

(a) 设保人的破产管理人[确信][确定]设保人的债权人将不[将不太可能]受偿付担保或其他保证的有害影响，并同意这种偿付担保或其他保证的提供；或

(b) 对设保人享有管辖权的法院[确信][确定]设保人的债权人将不[将不太可能]受偿付担保或其他保证的有害影响。

2. 关于建议的说明

29. 工作组第三十三届会议注意到建议(9)-(11)草案重复了《立法指南》建议的关键内容，并作为一个起草事项讨论了如何将现行的工作与《立法指南》整合起来。²¹这些建议草案现加以保留，待就草拟方法作进一步讨论。工作组核准了建议(9)-(11)草案的实质内容，一致认为应当采用《立法指南》对在破产程序中提供启动后融资所采取的做法。

30. 由于建议(9)和(10)草案具有一般性，基本上述及《立法指南》中关于启动后融资的那些建议，工作组似宜审议是否可以将它们加以合并，从而用一条建议草案笼统地述及在企业集团情形下可以根据《立法指南》建议 63-68 提供启动后融资。

启动后融资的优先权

31. 建议(11)草案以《立法指南》建议 64 为基础，其文字与其他建议草案的格式保持了一致。

对启动后融资的担保

32. 建议(12)草案的基础是《立法指南》建议 65。它允许进行破产程序的集团成员为偿付支付给同样进行破产程序的另一集团成员的启动后融资提供担保权益。在工作组第三十三届会议上有人指出，虽然非破产实体提供融资可能对其债权人造成损害，但此事不属于破产法事项，而是公司管理法的事项，可能需要股东或董事批准。但是还有与会者认为，即便这是公司法问题，但拟定一项规则可能有助于确保集团情形中非破产实体可以提供启动后融资，因为在有些国家，如没有此项规则，这种借贷可能属于越权行为。²²

33. 工作组讨论了可能适用于根据建议(12)草案提供担保权益的保障措施，这些保障措施可能雷同于建议(13)草案中规定的措施。不过，《立法指南》建议 66 和 67 规定了适用于提供担保权益的保障措施。其中包括现有有担保债权人的同意和有担保债权人不同意时法院的同意。因此，工作组似宜审议建议 66 和 67 中规定的保障措施在企业集团情形下是否已经足够，还是还需要建议(13)草案(a)段中规定的其他保障措施。如果要增加其他条件，工作组似宜考虑在评注中列入一条关于增添这些条件的必要性的解释。

²¹ A/CN.9/643，第 37 段。

²² 同上，第 39 段。

对偿付启动后融资的担保或其他保证

34. 建议(13)草案述及了一个《立法指南》没有直接涵盖的情形，即进行破产程序的集团成员为向另一个进行破产程序的集团成员支付启动后融资提供支付担保或其他保证。由于《立法指南》建议 66 和 67 所提供的保障措施没有直接涵盖这种情形，故增加了(a)和(b)段。对这两段作了修订，以便考虑到工作组第三十三届会议对破产管理人和法院须满足的条件讨论情况。²³工作组似宜审议在方括号内的所载的备选案文。有人在第三十三届会议上指出，当为若干集团成员的破产程序只指定了单一破产管理人时，在(a)段的要求方面有可能产生冲突。²⁴这种冲突应当由下文的建议(25)草案来处理。

35. (a)和(b)段目前是作为两者择一的案文草拟的。虽然工作组核准了这种做法，但会上承认评注中可以指出按国家的要求也可以两者兼备。²⁵

36. 在工作组第三十三届会议上，有人建议可以添加一项要求，述及提供融资的根本原因或者指明可以对提供融资进行指导的标准。²⁶《立法指南》关于启动后融资建议的目的条款和建议 63 都提供了启动后融资的根本原因，其中包括如果确定获得启动后融资对于债务人企业的继续经营或生存或者对于保全债务人破产财产的价值是必要的，则可以由破产管理人获得启动后融资。由于根据建议(9)和(10)草案这条目的条款和建议在企业集团情形下也将适用，²⁷因此，视工作组就将现有案文与《立法指南》整合所作的决定，也许不必在建议(13)草案中增添这种条款。

37. 还有人建议将建议(12)和(13)草案加以合并，²⁸但未获采纳，理由是建议(12)草案直接以《立法指南》建议 65 为基础，而建议(13)草案引入了一种《立法指南》未曾述及的在集团情形下获得启动后融资的手段。

²³ 同上，第 44-48 段。

²⁴ 同上，第 44 段。

²⁵ 同上，第 46 段。

²⁶ 同上，第 47 段。

²⁷ 同上。

²⁸ 同上，第 48 段。