联合国 A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2

大 会

Distr.: Limited
4 September 2008
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十五届会议
2008 年 11 月 17 日至 21 日，维也纳

破产法立法指南

第三部分：破产集团企业对待办法

秘书处的说明

目录

	段次	页次
五. 破产程序启动后的资产处理办法	1-44	2
A. 破产财产的保护和保全	2-9	2
B. 资产的使用和处分	10-12	3
C. 启动后融资	13-29	3
1. 由集团企业非破产成员提供启动后融资	16-19	4
2. 由集团企业破产成员提供启动后融资	20-29	5
D. 撤销程序	30-35	8
E. 排序居次	36-44	10
1. 相关人的债权	37-41	11
2. 股本处理办法	42-44	11

V.08-56445 (C) GZ 220908 220908

五. 破产程序启动后的资产处理办法

1. 《立法指南》详细讨论了启动破产程序对债务人及其资产产生影响的方式（见第二部分第一章）。总的来说，这些影响同样适用于针对集团企业的两个或多个成员启动的破产程序。下文论述了在涉及集团企业时可能在以下方面有所不同的某些影响：破产财产的保护和保全；启动后融资；撤销；排序居次；以及救济，包括实质性合并令。

A. 破产财产的保护和保全

2. 《立法指南》指出（见第二部分第二章，第 26 段），许多破产法均列入了保护破产财产价值的机制，不仅防止债权人在破产程序的某些或所有阶段采取通过法律救济强制执行其权利的行动，而且还中止对债务人已经采取的行动。《立法指南》中有关适用此种称作“中止”的机制的条文通常适用于对集团企业两个或多个成员的破产程序（见建议 39-51）。

3. 在集团企业破产情况下可能出现但在单一债务人情形下不会出现的一个问题是，将中止延伸适用于未进入破产程序的集团企业成员（破产法允许将集团企业的非破产成员纳入该程序的，将不会产生这一问题）。考虑到集团企业业务的相互关联性，该问题对集团企业可能具有特殊的意义。例如，在以交叉担保或交叉抵押的方式为集团企业安排融资的情况下，向一个成员提供的资金可能会影响到另一个成员的负债，而影响未进入破产程序的集团企业成员资产的行为，也可能影响到已被提起启动申请或者已经对其启动破产程序的集团企业成员的资产与负债或继续开展正常业务的能力。

4. 在许多情形下，可能会寻求延伸适用中止措施。例如为了以下目的：保护集团企业内部的一项担保，该担保依赖于提供此种担保的集团企业非破产成员的资产；阻止出贷人寻求对集团企业非破产成员强制执行协议，这种强制执行可能会影响到已被提起破产程序申请的成员的负债；阻止对非破产实体所掌握的对集团企业业务至关重要的资产强制执行担保权益，此处的集团企业业务包括已被提起破产程序申请的集团企业成员的业务。这类中止的延伸适用可能会影响到破产成员的经营和其债权人的利益，具体影响取决于非破产成员的性质及其在集团公司结构中所发挥的职能。举例来说，公司集团中从事贸易的成员的日常活动所受不利影响可能大于为持有某些资产或负债而设立的子公司。

5. 在某些法域中，无法下令对集团企业的非破产成员（未被纳入破产程序）实施与破产有关的救济，因为这样做可能会同产权保护发生抵触或引起宪法权利的问题。然而，在以下情况下仍有可能取得相同的效力：在某些情形下，例如在有集团企业内部担保时，法院可在对该集团企业其他成员启动破产程序的同时下令采取保护措施。这些措施可在法院认定合适的条件下由法院斟酌下达。

6. 可将这些措施列入《立法指南》建议 48 的范围之内，该建议规定法院除了在启动破产程序时可自动适用的任何救济（例如建议 46 所述的救济）外还可提

供其他救济。正如建议 48 的脚注所指出的，额外的救济将取决于具体法域可加以利用的各类措施以及可能适用于具体破产程序的措施。

7. 措施还可能是临时采用的措施。《立法指南》建议 39 述及临时措施，指明了“可在需要给予救济以保护和保全债务人资产价值或债权人权益的情况下，应债务人、债权人或第三方的请求，在提出启动破产程序的申请后到启动该程序之前这段时间”加以提供的各类救济。

8. 在《立法指南》的相关条文中可以找到为集团企业破产成员的有担保债权人和无担保债权人的利益而提供的保护。例如，建议 51 具体述及对有担保债权人加以保护的问题和免于在启动时适用中止措施的理由，并可延伸适用于集团企业非破产成员的有担保债权人。免于中止的其他理由可能与非破产成员的财务状况和中止措施对其日常运营以及可能对其偿付能力产生的持续影响有关。

9. 有担保债权人同时又为同一集团企业的另一个成员的，可能需要对保护问题采取另一种办法，尤其是在破产法允许合并相关人债权或规定其排序居次的情况下（见下文）。

B. 资产的使用和处分

10. 《立法指南》指出（见第二部分第二章，第 74 段），虽然作为一项普遍原则，可取的做法是破产法不对第三方的所有权或有担保债权人的权益作不适当的干预，但破产程序的进行常常要求继续使用或者处分（包括通过抵押）破产财产中的资产债务人占有的、债务人的经营中正在使用的资产，以便能够实现特定程序的目标。

11. 破产程序涉及集团企业两个或多个成员的，在程序终结以前使用集团企业中未进入破产程序的成员的资产支助已进入这些程序的破产成员的经营中业务，会出现各种问题。这些资产为集团企业已进入破产程序的一个成员所占有的，述及使用由第三方拥有并由债务人占有的资产的《立法指南》建议 54 即已足够。

12. 这些资产不为集团企业已进入破产程序的任何成员所掌握的，建议 54 通常不予适用。但在有些情况下，集团企业非破产成员将被纳入破产程序，并且关于集团企业重整计划的条文将涵盖这些资产。集团企业非破产成员未被纳入破产程序的，关键是能否使用这些资产来支助已进入破产程序的集团企业成员，若能使用这些资产的话，这类使用应遵守哪些条件。尤其在提供支助的成员随后破产的情况下，使用这类资产可能会造成撤销问题，并且还可能引起该成员债权人的担心。

C. 启动后融资

13. 《立法指南》承认，破产程序启动后债务人业务的继续经营是重整的关键，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。在不涉及启动后融资的法律中，具体涉及集团企业问题的法律即使有的话，也非常少。

14. 《立法指南》建议 63-68 旨在促进为债务人的业务继续经营或生存提供融资，为启动后融资的提供人提供适当保护，并为那些其权利可能因启动后融资的提供而受到影响的当事人提供适当保护。

15. 启动后融资对涉及集团企业的程序而言甚至比对单个程序更重要。如果没有任何可动用的资金，则重整破产集团企业或将其作为经营中企业全部或部分变卖几无希望可言，而这种失败所造成的经济影响比单一债务人情形下更大，尤其是对大集团企业而言。因此，主张对集团企业提供启动后融资的原因同单一债务人的情形相似，不过在集团企业情形下，所造成的一系列问题可能有别于单一债务人。这些问题可包括：在集团企业每个成员的利益与重整整个集团企业的所需之间取得平衡；由集团企业非破产成员提供启动后融资，尤其是在可能产生控制权问题的情形下，例如该非破产成员由集团企业破产母企业控制；基本发生在相关人（见术语表，(jj)段）之间的交易的处理办法；由已进入破产程序的集团企业成员提供融资；为集团企业若干成员指定单个破产管理人情况下，不同债务人在对所提供融资的需求问题上可能存在利益冲突；以及可否在破产程序中保持集团企业在破产开始之前的资金结构，尤其是如果该结构涉及将集团企业所有资产用作筹资抵押，而资金又是经具有财政职能的中央集团实体的渠道筹集的。

1. 由集团企业非破产成员提供启动后融资

16. 如上所述，在集团企业情形下与启动后融资有关的一个问题是，可否将集团企业非破产成员的资产用于（例如通过提供担保权益或担保）为破产成员争取外部融资或直接为非破产成员供资，如果可以的话，对《立法指南》中有关优先权和担保的建议将会产生什么样的影响。为确保自身财务稳定及继续经营，集团企业非破产成员可能十分关心母企业、集团企业其他成员或整个集团企业的财务稳定。可以让负债和重要资产都不多的特定目的实体等各类非破产实体参与提供担保或担保权益。

17. 不过，将集团企业非破产成员的资产用作为破产成员获得融资的基础，可能会产生一系列的问题，特别是在非破产成员可能会破产或随后破产的情况下。虽然该非破产实体在商业运作中，有权根据公司法而不是破产法自行提供这类融资，但提供这类融资所造成的后果可以由破产法加以规范。例如，可能产生的一个问题是，如果集团企业非破产成员向该集团企业破产成员提供融资，则提供融资的成员是否有权享有《立法指南》建议 64 所规定的优先权；这类交易产生的债权是否由于发生在建议 184 规定的相关人之间而需要特殊处理；或者这类交易在提供该融资的成员随后破产情况下是否被视为特惠交易。根据有些法律，提供这类融资可构成该非破产实体对破产实体的资产转让，有损于非破产实体债权人和股东的利益，因此受到禁止。

18. 若在重整计划范围内处理这个问题，与集团企业非破产成员提供融资有关的许多困难也许就解决了，集团企业非破产成员以及融资提供者可以在合同基础上参加重整计划。不过，虽然有些情况下这种做法可能是恰当的，但在破产程序的任何早期阶段和商定一项计划之前，以及在作为经营中企业清算（这种情况下不制订重整计划）等情况下，都需要进行启动后融资。这就表明这种做法的适用范围有限。

19. 《立法指南》建议 63 规定了获得启动后融资的基础（即破产管理人认为获得启动后融资是债务人业务的继续经营或生存或保全、增加破产财产的价值的必要条件）以及如何批准启动后融资（由法院批准还是债权人批准）。这些要求对集团企业也适用，为避免产生疑问，可以明确说明，在集团企业情形下，建议 63 应被解释为适用于外部出贷人和集团企业非破产成员向已进入破产程序的集团企业成员提供启动后融资的情形。

2. 由集团企业破产成员提供启动后融资

20. 《立法指南》未直接涉及集团企业已进入破产程序的成员向另一个此类成员提供启动后融资的情况。对现有法律下产生的与破产实体借入和借出资金有关的一些困难可能需要加以进一步考虑，以促进在这种情况下提供启动后融资。例如，在有些破产法下，提供这类融资可能会产生融资提供人和获得融资的债务人的赔偿责任问题。如《立法指南》所指出的（见第二部分第二章，第 96 段），例如，有些破产法规定，出贷人在启动破产程序之前的时间内向破产债务人垫付资金的，可能要对其他债权人负债的增加承担责任，或该垫付资金将在随后的任何破产程序中作为特惠交易被撤销。在其他一些例子中，要求破产管理人借款，可能涉及还款的个人责任问题。

21. 虽然通常可以认为已进入破产程序的集团企业成员没有能力向另一个此类成员提供启动后融资，但有些情况下，这种提供不仅可能，而且可取，特别是当集团企业被视为一个整体时。如果提供这类融资对这两个成员的现有有担保债权人和无担保债权人的权利产生影响，则必须考虑到通过继续经营保全经营中企业的价值最终将使这些债权人受益的前景，平衡这种影响。此外，还必须在为了其他成员的利益而牺牲集团某个成员的利益和为所有成员取得更好的整体结果之间取得平衡。尽管这种平衡很难实现，但目标应当是为了长期收益而在短期内公平分摊此类启动后融资可能带来的危害，而不是为了其他成员的利益牺牲某个成员（及其债权人）的利益。

22. 为避免产生疑问，应当明确说明，在集团企业情况下，建议 63 应被解释为除了适用于上述情形外，还适用于已进入破产程序的集团企业成员向另一个此类成员提供启动后融资的情形。

(a) 利益冲突

23. 提供这类融资还产生了单一债务人情形下不会产生的与可能的利益损害和冲突有关的问题。例如，在为集团企业若干成员的破产程序指定单个破产管理

人的情况下，可能会产生利益冲突。例如，提供融资的成员的破产管理人可能也是获得融资的成员的破产管理人。可通过另外指定一名破产管理人来处理这种情况（如下文所讨论，见 A/CN.9/WP.82/Add.3，第 42-46 段），无论是为了解决这一具体冲突，还是更一般来讲，为了更好地实现集团企业不同成员债权人之间的利益平衡。

(b) 启动后融资的优先权

24. 《立法指南》建议 64 指出，需要确定对启动后融资给予的优先权和这一优先权的程度，即优先于普通无担保债权人，包括那些具有行政优先权的债权人。虽然优先权通常是提供这类融资的重要鼓励手段，但集团企业情形下需要的鼓励手段与单一债权人情形下可能略有不同。提供融资的集团企业成员的特定利益可能更多地与整个集团（包括该成员）的破产结果有关，而不是与利润或短期收益方面的商业考虑有关。在这些情形下，可能需要考虑《立法指南》建议的优先权程度是否适当。有一种观点可能认为应当给予同样优先权，因为必须有鼓励提供融资的手段，而且这种优先权将为融资提供人的债权人提供更大的保护。另一种观点可能认为，由于交易的相关人性质和集团企业的特定情形（包括融资提供人在整个集团企业的破产程序结果方面的自身利益），应赋予排序较低的优先权，以保护所有债权人的利益，并在融资提供人的债权人和获得融资的集团企业成员债权人的利益之间取得平衡。无论采取哪种做法，破产法都应对这种贷款给予优先权，并规定该优先权的适当程度。

(c) 启动后融资的担保

25. 《立法指南》建议 65-67 述及为启动后融资设定担保的有关问题，并一般适用于集团企业情形。已进入破产程序的某个集团企业成员为偿付向另一个此类成员提供的启动后融资而设定的建议 65 中所述类型的担保权益，可能与外部出贷人和单一债务人之间同样的金融交易有所不同。在集团企业情形下，集团企业成员对自己未设保的资产设定担保，但并不直接从启动后融资中获益，而且可能会减少其债权人可用的资产组合的价值。不过，如果提供融资有助于找到处理整个集团企业破产的更好解决办法，而且如上所述，短期损害被债权人（包括该成员的债权人）的长期收益所抵消，该成员还是可以在集团企业情形下获得间接利益。获得融资的成员直接受益，但其债务的增加可能对其债权人不利，只不过从长期来说这些债权人应当也能获益。

26. 为了在融资提供人的债权人和获得融资的集团企业成员的债权人的利益之间取得平衡，可在建议 65 中提出一个要求，即债权人应同意设定这种担保权益，或者债权人受到的损害必须能由设定担保权所得的利益加以抵消。损害或利益问题与根据建议 63 确定启动后融资的必要性及其批准有关，因此该建议下的负责人也应负责确定损害。根据建议 63，该负责人可以是破产管理人，同时也可要求债权人或法院批准。

27. 鉴于可能迫切需要新融资来确保业务的继续经营，应将所需批准手续限制在最低限度内。《立法指南》（见第二部分第二章，第 105-106 段）讨论了有

关批准的各种考虑的优缺点，这些考虑也适用于集团企业情形。可以补充的一点是，由于要确定的问题在集团企业情形下更加复杂，涉及的当事人更多，相互关系也比较复杂，因此集团企业有关成员的破产管理人可能最适合对拟进行的融资安排所产生的影响进行评估，这在很大程度上与按照建议 63 他们最适合确定是否需要新融资相似。但是，如果认为法院或债权人的参与是可行的，则应当谨记的是，在需要与之协商的债权人数目庞大或者法院没有能力迅速作出决定时，可能会遇到迟延问题。

28. 建议 66 设想可以允许新融资上设定的担保权益取得相对于同一资产上现有担保权益的优先权，如果认为这样做可取，则该建议和建议 67 下适用的保障措施也适用于集团企业。

(d) 对偿付启动后融资的担保或其他保证

29. 集团企业一成员为确保向另一成员提供的新融资得到偿付而设定担保，这种情况在单一债务人情形下不会出现，因此《立法指南》没有论及。不过，由于这方面的考虑与上文讨论的设定担保权益方面的考虑相类似，因此应采取同样的办法，也就是要求债权人同意，或者确定所获得的利益将会抵消潜在损害。

建议

立法条文的目的

关于集团企业启动后融资的条文的目的是：

(a) 促进获得融资以用于集团企业已进入破产程序的成员的业务继续经营或生存或用于保全或增加这些成员破产财产中资产的价值；

(b) 促进集团企业成员包括已进入破产程序的成员提供融资；

(c) 确保对启动后融资的提供人以及其权利可能因启动后融资而受到影响的当事人提供适当保护；

(d) 推动实现在集团企业所有成员中公平分配利益和损害的目标。

立法条文的内容

由已进入破产程序的集团企业成员提供启动后融资

10. 破产法应允许已进入破产程序的集团企业成员：

(a) 向同样已进入破产程序的集团企业其他成员提供启动后融资；

(b) 为向已进入破产程序的集团企业其他成员提供启动后融资而质押其资产；

(c) 为已进入破产程序的集团企业其他成员获得的启动后融资提供偿付担保或其他保证，

条件是，提供融资、质押资产或提供担保的集团企业成员的破产管理人确定，为了该成员业务的继续经营或生存，或者为了保全或增加该成员破产财产的价值，这种做法是有必要的。破产法可要求必须获得法院批准或必须征得提供融资、质押资产或提供担保的集团企业成员的债权人同意。

启动后融资的优先权

11. 破产法可具体规定，已进入破产程序的集团企业成员向同样已进入破产程序的另一成员提供的启动后融资享有何种优先权。破产法没有具体规定优先权的，应授权法院确定这一优先权。

启动后融资的担保

12. 破产法应当具体规定，已进入破产程序的企业集团成员也可以为偿付向另一个同样已进入破产程序的集团企业成员提供的启动后融资而设定《立法指南》建议 65 所述的那类担保权益，条件是债权人同意或者根据破产法可以确定，债权人受到的任何损害将由设定担保权益产生的利益抵消。[1]

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，已进入破产程序的企业集团成员可以为偿付另一个已进入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，条件是债权人同意或者根据破产法可以确定，债权人受到的任何损害将由提供偿付担保或其他保证所产生的利益抵消。

D. 撤销程序

30. 《立法指南》有关撤销的建议 87-99 通常将适用于集团企业交易的撤销，但在集团企业成员之间的交易上可能会有其他的考虑。或许要花大量时间和金钱来分清集团企业内部的层层交易，以确定究竟有哪些交易可能需要撤销。有些交易表面上看来属于直接当事人之间的特惠交易或价值被低估的交易，但如果放在一体化程度较高的集团企业这一更广的背景下来看就可能会有不同的考虑，因为在这种背景之下，交易的利弊可以在更大的范围内分散。这些交易所涉条款和条件可能有别于不相关的合同当事方按照通常商业条款而订立的相同合同，例如，为转移定价目的而订立的合同。[2]同样，如果根据正常的商业理由对其利弊加以分析的话，集团企业内部的某些合法交易在集团企业范围以外可能就不具备商业上的可行性。

---

[1] 《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设定担保权益。这些保障措施将适用于企业集团情形中担保权益的设定。

[2] 转移定价系指多部门机构内部对货物和服务的定价。生产部门的货物可能出售给销售部门，母公司的货物可能出售给国外的子公司。对转移价格的选择影响到总利润在公司各部门之间的分配情况。选择转移价格可能是有利的，可使账面上显示大部分利润来自低税国家。

31. 集团企业内部的交易可能属于以下种种情况：集团企业成员之间的交易；把子企业的利润上缴给母企业；集团企业成员之间的相互贷款，以支持集团企业中的借款成员继续其交易活动；集团企业成员之间的资产转移和担保；集团企业一个成员向集团企业相关成员的债权人付款；集团企业一个成员提供担保或抵押以支持外部当事人向集团企业另一个成员提供贷款；或其他种种交易。集团企业可能采取的做法是，为了整个集团企业的利益而将集团企业中所有可以动用的资金和资产用于商业上的最佳用途，而不是为其所属的集团企业成员谋利。这种做法可能包括将子企业的现金悉数提供给集团企业中负责融资的成员。尽管这种做法可能并不总是符合子企业的最佳利益，但有些法律允许独资子企业的董事在符合母企业最佳利益的前提下以这种方式行事。

32. 在集团企业情形下发生的某些交易可以被明确认定为属于《立法指南》建议 87 所提及的几类必须撤销的交易。但也有一些交易可能无法被明确认定为属于建议 87 的范围，因而可能会造成集团企业究竟在多大程度上是作为单一的企业运营或集团企业成员的资产和负债混合程度如何的问题，从而可能会影响到集团企业成员之间的交易以及集团企业成员和外部债权人之间交易的性质。有些交易可能不受撤销条文的规定管辖。举例说，有些破产法可能规定，对债务人本人的债权人的优先付款可予以撤销，但是对集团企业相关成员的债权人的优先付款则不得撤销，根据担保付款等情况除外。破产法应列入这些因素，作为在确定集团企业成员之间的某一特定交易是否根据建议 87 必须撤销时需要考虑的事项。

33. 针对集团企业可能需要考虑的一个问题是，撤销条文的目的究竟是为整个集团企业的利益保护集团企业内部的交易，还是考虑到集团企业成员之间的关系而对这类交易予以审查。集团企业成员之间的交易可能受破产法涉及相关人交易的条文管辖。《立法指南》将“相关人”界定为包括集团企业的成员，例如母企业、子企业、合伙人或对其启动破产程序的集团企业破产成员的附属企业或包括法人在内的当下控制或一直在控制债务人的人。根据破产法，较之于其他交易，必须对这些交易适用更为严格的撤销规则，尤其在嫌疑期的长短以及为了给撤销程序提供方便而作出推定以及举证责任的倒置等方面，并且不再要求债务人在交易时为破产人或在交易发生后成为破产人。建立一个更为严格的制度可能依据的理由是，这些当事人更有可能得到优先对待，并且常常最先知悉债务人何时的确遇到财政困难。

34. 建议 97 涉及为撤销某一特定交易而应证明的要件和对撤销的抗辩，可能应当考虑这些要件和抗辩如何适用于集团企业以及是否需要采取不同的做法。例如，在相关人交易举证责任上可以采取的一种做法是，规定凡在嫌疑期内进行某些类型交易的，即可视为存在或推定存在必要意图或恶意，交易的对应方负有反证责任。具体到集团企业，有些法律提出了一个可予以反驳的推定，即集团企业成员与该集团企业股东之间的某些交易将对债权人不利，因而可予以撤销。另一种做法是，如上所述，承认发生在集团企业内部的交易一般是合法的（尽管若发生在集团企业之外，则并非总具有商业可行性），尤其是发生在相关适用法的范围之内和集团企业有关成员的正常经营范围内的这类交易，但应当对其进行特别审查（在很大程度上与《立法指南》建议 184 对相关人提出的债权所建议的方法相同）。有些法律还允许对集团企业相关成员的债权予以特

别对待，根据集团企业内部的债务安排，集团企业相关成员的权利必须服从于或者在排序上次于破产成员外部债权人的权利。

35. 建议 93 对债权人经破产管理人同意或经法院许可启动撤销程序作了有限的规定。在集团企业情形下，集团的一体化程度可能会对债权人能否确定集团企业中与其交易的成员并因此提供启动破产程序所需的信息有重大影响。

建议

立法条文的目的

关于撤销的条文的目的是：

(a) 恢复破产财产的完整性并确保债权人的公正待遇；

(b) 确立明确的规则，规定在何种情形下，在破产程序启动前发生的、与债务人或债务人资产有关的某些交易，可被视为损害性的并因此可予以撤销，从而为第三方提供确定性；

(c) 能够启动程序，撤销这些交易；

(d) 便于向已撤销交易所涉人员追回资金或资产。

立法条文的内容

可撤销的交易

14. 破产法应当具体规定，在考虑是否应当撤销《立法指南》建议 87(a)、(b)或(c)中所述企业集团情形下相关人之间发生的那类交易时，法院可以顾及进行交易的企业集团的具体情形。这些情形可以包括：作为交易当事人的企业集团成员之间的一体化程度；交易的目的；以及交易是否给企业集团成员带来了好处，而非相关当事人之间通常并不彼此给予这种好处。

撤销的要件和抗辩

15. 破产法可具体规定《立法指南》建议 97 所述要件将以什么方式适用于针对企业集团两个或多个成员的破产程序中交易的撤销。[3]

E. 排序居次

36. 《立法指南》指出（见第二部分第五章，第 56 段），排序居次系指重新安排债权人在破产中的优先次序，与债权的效力或合法性无关。债权即便具有效力，但由于自愿安排或法院的命令而仍有可能居于次位。在破产中通常居次的

[3] 即为了撤销某一交易而应证明的要件、举证责任、对撤销要求的具体抗辩以及特殊推定的适用。

两类债权是与债务人有关的人的债权和债务人的所有权人及股权持有人的债权。

1. 相关人的债权

37. 在集团企业情形下，相关人债权的排序居次可能意味着在集团企业内部安排下集团企业成员的权利可能将次于已进入破产程序的集团企业成员外部债权人的权利。

38. 如上所述，《立法指南》中使用的“相关人”这一用语将包括集团企业的成员。但仅仅是与债务人有着特别关系，包括在集团企业情形下系同一个集团企业另一名成员的事实，并不足以在所有情况下都证明有必要特别对待债权人的债权。在某些情况下，这些债权将是完全透明的，应当将其与非相关人的债权人的类似债权同等对待；在其他情况下，这些债权可能会引起怀疑，值得给予特别的关注。破产法可能需要列入一种机制，确定必须对债权倍加关注的几类行为或情形。如上文所述，类似的考虑将适用于集团企业成员之间交易的撤销。

39. 《立法指南》指出了可能必须对相关人的债权加以特别对待的若干种情形（例如，债务人的资本严重不足以及有自我交易证据的情形）。在涉及集团企业时，还可能包括其他考虑：在母企业与受控子企业之间的关系上，母企业参与子企业的管理情况；母企业是否寻求操纵集团企业内部的交易，以牺牲外部债权人为代价为自己谋利；母企业是否有危害债权人和受控集团成员股东的其他不公平行为。根据某些法律，如果有这些情况就可能会使母企业的债权在排序上次于非相关无担保债权人的债权或者甚至次于受控企业占少数股权的股东的债权。

40. 有些法律列入了处理集团企业内部交易的其他办法，例如允许根据集团企业内部的贷款安排而借款的集团企业成员所欠债务自动排在该借款成员外部债权人的权利之后；准许法院对集团企业内部的财务安排进行审查，以确定是否能够把给予集团企业成员的特定资金视作注入股本，而不是视作贷款，在这种情况下，法律规定注入股本排序次于债权人的债权（关于对股本的处理办法，见下文）；并允许集团企业内部的债权自愿排在外部债权人的债权之后。

41. 在集团企业情形下排序居次可能产生的实际结果是，减少或实际消灭对以下集团企业成员的任何偿付：如果有担保和无担保外部债权人的债权较之于可用于分配的资金数目很大，该成员的债权在排序上居次。在某些情况下，这可能会威胁到排序居次的集团企业成员的生存，不仅对其本人的债权人不利，还对其股东不利，在重整情况下，甚至对整个集团不利。采用将这些债权排序居次的政策，可能会影响集团内部的借贷。

2. 股本处理办法

42. 《立法指南》指出（见第二部分第五章，第 76 段），许多破产法对以下两种债权作了区分，一种是所有权人或股东向债务人提供贷款而产生的债权，另

一种是由于其对债务人拥有所有权权益而产生的债权。对于股本利益引起的债权，许多破产法采取的一般规则是，在优先权居上的所有其他债权得到全部偿付之前（包括程序启动后应计利息的债权），所有权人和股东无权得到资产收益的分配。因此，这些当事人将很难因其对债务人享有的权益而得到任何分配。如果给予分配，一般是按照公司法和公司章程中指明的股份排序给予分配。然而，债务债权，例如涉及贷款的债权，并不总是居于次位。

43. 具体述及集团企业情形下股本债权排序居次安排的破产法不多。有一项破产法确实允许法院审查集团企业内部的财务安排，以确定向已进入破产程序的集团企业成员提供的某些资金是否应当作为注入的股本处理，而不是作为集团企业内部的贷款处理，从而能够将其排在债权人的债权之后。在下述情况下这些资金可能会被视作股本：注入资金前的债务股本很高，注入资金后使这一比例下降；实收股份资本不足；外部债权人不可能在相同的情况下提供贷款；贷款的条件不合理并且没有理由期望偿款。

44. 《立法指南》在债权和优先权的处理范围内讨论了排序居次安排，但并不建议按照破产法将任何特定类型的债权置于排序居次地位，而只是简单地指出排序居次的债权将排在普通无担保债权人的债权之后（建议 189）。

[A/CN.9/WG.V/WP.82 介绍了集团企业；Add.1 述及破产程序的申请和启动（联合申请和程序协调）；Add.3 述及救济（扩大责任范围、摊付令和实质性合并）、参与方（单个破产管理人）和重组计划；Add.4 述及国际问题]