



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：破产企业集团对待办法

#### 秘书处的说明

#### 目录

	段次	页次
六. 救济 .....	1-41	3
A. 扩大负债范围 .....	4-9	3
B. 摊付令 .....	10-13	5
C. 实质性合并 .....	14-41	6
1. 导言 .....	14-20	6
2. 有利于合并的情形 .....	21-22	7
3. 获准申请人和申请时间 .....	23-26	8
4. 在合并方面的相竞利益 .....	27-33	8
5. 向债权人发送通知 .....	34-36	10
6. 实质性合并令的效力 .....	37-38	10
7. 对合并令的修改 .....	39	11



---

8. 部分实质性合并.....	40	11
9. 管辖法院.....	41	11
七. 参与方.....	42-47	14
A. 破产管理人的指定.....	42-47	14
1. 程序协调.....	42-44	14
2. 单一破产管理人的指定.....	45-46	14
3. 占有式债务人.....	47	15
八. 企业集团两个或多个成员的重整.....	48-55	16
1. 单一重整计划.....	49-53	16
2. 将集团非破产成员列入重整计划.....	54-55	17

## 六. 救济

1. 由于企业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，甚至必须与作为单一经济实体的整个企业集团打交道，而不是与其成员个别打交道。为理清资产的所有权和各种负债并确定集团各成员的债权人，可能需要进行复杂和耗资的法律调查。但是，由于遵循单独实体做法即意味着集团各成员只对自己的债权人负责，因此，如果已经对该集团一个或多个成员启动破产程序，则有必要理清其资产的所有权和负债。

2. 如果能够理清这种关系的话，遵循单独实体的原则有助于将债权人的求偿限制在集团特定成员的资产范围内。对于无法理清这种关系或出于其他具体原因而必须把集团视作单一企业的情形，有些法律提供了一些救济，允许搁置这种单一实体做法。从以往情况来看，制定这些救济办法就是为了纠正在涉及集团的某些具体情况下采用传统的单独实体做法所发现的效率低下和显失公平的问题。除了撤销集团企业内部交易或者为集团内部借贷作出从属安排外，这些救济办法可包括：扩大外部负债的范围，将负债分摊给集团非破产成员、高级行管人员和股东；摊付令；集中或实质性合并令。其中有些救济办法要求查明过失，而另外一些救济办法依赖于确定有关企业集团运作情况的某些事实。在有些情况下，尤其在涉及管理不善的情况下，其他一些救济办法可能更为合适，例如罢免犯有过失的董事并限制管理层对重整的参与。

3. 由于强迫集团的一个成员与偿债能力较弱的集团其他成员共有资产和分担债务可能造成不公平的情况，搁置单一实体做法的救济办法未获普遍采用，这种救济办法通常并不全面，所能适用的情形十分有限。凡扩大负债范围的补救办法均有可能涉及“捅破”或“揭开公司面纱”，因为通常躲在后面而不对企业活动承担责任的股东可能因此而要对某些活动承担责任。此处讨论的其他救济办法不涉及揭开公司面纱，但在有些情况下，从表面上看，此类办法可能会有类似的效果。

### A. 扩大负债范围

4. 有些法律规定，可以根据个案情况向各种债权人提供救济，扩大外部债务的负债范围，在某些情况下，还可将必须受破产程序管辖的集团成员的偿债责任延伸扩大至集团非破产成员和相关高级管理人员，但这必须取决于债权人与债务人的具体关系。

5. 许多法律承认，在有些情况下，可能会有不受公司实体有限责任约束的例外，可以要求集团的一个成员和有关的高级行政管理人员对集团另一个成员的债务和行为承担责任。有些法律采取了对相关情形加以严格限定的规范做法；也有一些法律采取了较为宽松的做法，允许法院享有根据具体准则对某一案件的具体情形作出评价的广泛权限。但无论属于哪一种情况，都必须根据受破产程序管辖的集团成员与集团相关成员在所有权和控制权方面的关系，决定

是否将负债责任延伸至破产实体以外。另一个值得考虑的相关因素是，有关的公司究竟如何对待须受破产程序管辖的成员的债权人。

6. 对扩大负债范围的情形说法不一，通常可归为以下几类，但应当指出的是，这几类情况并非在所有法律中都得到反映，而且可能部分重叠：

(a) 集团一名成员（或许为母公司）利用或滥用其对集团另一名成员的控制权，包括为了控股实体的利益而让一家持续亏损的子企业经营下去；

(b) 占有支配地位的股东进行欺诈，其中包括以欺诈性手段抽走子公司的资产或增加其负债，或者以对债权人进行欺诈作为子公司的经营目的；

(c) 将子公司作为母公司的代理人、受托人或合伙人；

(d) 集团或子公司的经营方式可能会使某些类别的债权人受到损害（例如，让集团某个成员的雇员承担负债）；

(e) 将某个企业人为地划整为零，分成几个实体，目的是把统一的实体隔开，使其免受潜在负债的影响；未照例将集团各成员当作独立的法律实体，包括无视子公司有限责任的做法或者把个人资产与公司资产混在一起；企业集团结构纯属伪装或幌子，例如，以公司的形式为手段，逃避法定义务或合同义务；

(f) 实体资本投入不足，因而无法以足够的资本作为其经营的基础。公司组建之时资本可能已经不足，有可能是由于向股东退款或股东所提取的利润超过了应向其分配的利润而造成资本枯竭；

(g) 对企业集团的实际性质进行不实陈述，致使债权人相信他们的交易对象为单一企业，而并非集团的某个成员；

(h) 不当行为，对于因欺诈、违反义务或者造成重大伤害或环境损害的行为等其他不当行为而对某一实体造成的任何损失或伤害，可以要求包括集团另一成员在内的任何人提供赔偿；

(i) 违章经营，实体董事，包括影子董事都负有监督义务，例如，有义务根据某实体财务状况而监督其是否能继续适当经营，一旦该实体破产，就必须在规定期限内申请破产。在集团某个成员已经或有可能破产时，允许或指示其举债也将归入此类；及

(j) 未能遵守监管要求，例如未保持子公司的正常财务记录。

7. 一般而言，仅仅是母公司对子公司拥有控制权或支配权，或存在于企业集团内部的其他形式的经济高度融合，都不足以构成可以无视集团每个成员单独法律特性并揭开公司面纱的充足理由。

8. 在有些事例中，可以将负债责任延伸至母公司或对破产子公司拥有控制权的其他实体，负债责任可包括母公司或控股实体董事会成员（可称之为实际或影子董事）的个人负债责任。尽管实体的董事通常对该实体负有某些义务，但集团成员的董事可能必须在承担这些义务的同时，兼顾集团在商务和财务方面的总体利益。举例说，为了实现集团的总体利益，在某些情况下就必须牺牲个

别成员的利益。在确定控股实体董事是否必须对受破产程序管辖的受控实体的债务或行为承担个人责任时，应当考虑的某些相关因素包括：是否积极参与了受控实体的管理；破产实体管理层是否存在严重失职或欺诈行为；母公司管理层是否有可能违反照管和尽责义务或滥用管理权限；受控实体管理工作同该实体的破产是否有直接的关系。在某些法域，还可以追究董事的刑事责任。在这类情况下，扩大责任范围所遇到的主要困难之一是，如何提供相关行为的证据，以表明控股实体发挥了实际董事或影子董事的作用。

9. 还有一些法律规定，尤其在有关债务人是银行的情况下母实体以合同方式对子实体的债务承担责任，或通过自愿交叉担保承担这类责任。而其他一些法律规定，企业集团的融合形式多种多样，主要实体可以就融合完成前后的负债向融合后实体的债权人承担连带责任。

## B. 摊付令

10. 摊付令即为法院可以要求集团非破产成员提供一定的资金，以偿付须受破产程序管辖的集团其他成员的全部或部分债务。尽管摊付令在破产法下并不普遍适用，但有些法域已经采取或正在考虑采取这些措施。通常只有在清算程序中才能下达摊付令。

11. 关于下文所述的某些问题，可能不需要在破产法之中列入专门的规定，因为其他一些法律已经提供了救济，例如述及负债责任和不当经营的法律。

12. 根据允许摊付令的法律，如上文所述，既然需要协调与集团两个单独成员打交道的两类无担保债权人的利益，通常也就不会行使下达债务摊付令的权力。法院还往往认为，不应下达结果可能会威胁尚未被清算集团成员偿债能力的全面摊付令。不过可以下令以某些资产为限的部分摊付，例如偿付善意债务之后的余额。

13. 根据对摊付令作出规定的一项法律，法院在考虑是否下达命令时必须顾及某些具体情形。这些情形包括：集团相关成员究竟在多大程度上参与管理集团被清算成员的事务、集团相关成员对待被清算成员债权人的做法，尽管债权人依赖于集团成员之间的联系并非下达这种命令的充足理由；造成清算的情形与集团相关成员的行为究竟有多大的关系；在启动针对集团另一成员的清算程序之后集团非破产成员又将如何作为，尤其是如果该作为直接或间接影响须受破产程序管辖的集团成员债权人的话，例如在未履约方面以及法院认为合适的任何其他事项方面。<sup>1</sup>子公司承担人身伤害造成的巨大负债或母公司允许子公司虽然破产但仍继续运行的情形也还可以下达这种命令。

<sup>1</sup> 新西兰 1993 年公司法，第 271 (1)(a) 和 272 (1) 节。

## C. 实质性合并

### 1. 导言

14. 如上所述，在下令实程序协调的情况下，各债务人的资产和负债仍然各自分开，相互独立，债权人的实质权利不受影响。然而，在实质性合并的情况下，如果破产程序涉及同一集团企业两个或多个的成员，法院在适当情况下就可以不考虑集团企业每个成员的单独特性而将其资产和负债合并，视同由单一实体持有的资产和承担的负债。这种做法所产生的效果是，创设单一破产财产，对合并后集团成员的全部债权人普遍有利。对下达合并令的法定权力作出规定的法域并不多见，即便有这种救济办法，一般来说也不是广泛使用的。主要问题是，合并推翻了集团各成员各有其法律特性的原则，而通常就是使用这一原则来对企业集团作出结构性安排，以应对经营方面的各种考虑，服务于不同的目的，并且在税法、公司法和公司治理规则等方面发挥重要作用。如果法院照例同意实质性合并，企业结构灵活多变而产生的诸多好处便会所剩无几。

15. 虽然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，但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适当情形发挥了直接作用。这种做法表明，为便于交税和运营而普遍采用相互关联的公司结构已日渐得到司法承认。有利于下达合并令的情形为数极少，在这些情形下，往往籍由控制权或所有权而使集团成员高度融合，如果不花费大量时间和资源，便很难、甚至无法将集团不同成员的资产和负债分开并分别管理每个债务人的破产财产。

16. 通常在清算的背景下讨论合并问题。法律也只有在这种背景之下才准许下达合并令。但有些立法建议允许在各类重整下进行合并。在未有专门法规的法域中，凡合并令有助于集团企业重整的，清算和重组均可使用合并令。合并虽然通常需要法院下达命令，但也可以将相关利益人协商一致作为合并的依据。有些评论者称，对于涉及企业集团的案件，通常以协商一致方式进行合并，在这类情况下，如果提出正式申请，法院通常维持债权人对合并所持的异议。也可以使用重整计划的方式进行合并。有些法律允许提出计划，列入将债务人与集团其他成员予以合并的提议，而不论债务人破产与否，该计划可在得到债权人批准后加以实施。

17. 适于进行合并的情形为，由于集团各成员在企业结构、经营业务和财务上的联系，或由于集团多个成员生产过程及其产品中蕴含的知识产权等整个集团共有资产的价值，合并可能会给债权人带来更大的回报。似应进行合并的另一种情形是，集团各成员之间其实并未分离，之所以保持集团结构纯粹是为了蒙骗或欺诈。

18. 除了对推翻单独实体原则这一基本问题所持的关注外，对准许下达此种命令的主要担心是：强迫某一类债权人与集团偿债能力较弱的某一成员的债权人平分分担债务，可能对这一类债权人不公平；给债权人整体带来的节余或益处是否大于对个别债权人造成的间接损害。有些债权人可能依赖集团某一特定成员的单独资产进行交易，因此不得因其交易伙伴与集团另一个成员之间的关系

而拒绝向其全额偿付。还有一些债权人本来指望整个集团的资产都能用来偿债，因此限定其只能追偿集团某一成员的资产是不公平的。

19. 由于合并是把集团不同成员的资产集中在一起，因此不可能导致每个债权人的追偿额增加，不过还是可以使所有债权人的追偿额趋于相同，从而造成分配给有些债权人的追偿额增加了，而分配给另一些债权人的追偿额则减少了。此外，准许合并可能会使实力更强、规模更大的债权人得以利用那些本来就不应提供给他们资产；鼓励那些不同意此种命令的债权人寻求对合并令进行复审，从而使破产程序延长；并且损害了担保权益的确定性和可执行性（在这种情况下，集团内债权因合并而消灭，而对于这些债权拥有担保权益的债权人则会丧失其权利）。

20. 合并通常涉及须受破产程序管辖的集团成员，但在某些情形下，而且某些破产法也允许，便可以把合并的范围延伸至显然并未破产的成员，但条件是：该成员的事务与集团其他成员的事务密不可分以至于将其列入合并将有所助益，或进一步调查表明，由于资产混合或有关法律实体为虚假实体该成员已经实际破产。属于这种情况的，集团该非破产成员的债权人可能会有一些特别的关切，或许应采取一种有限度的做法，以确保合并令只适用于集团非破产成员的净股本，目的是保护这些债权人的权利。

## 2. 有利于合并的情形

21. 无论是在授权下达合并令的法律中，还是在法院参与制定合并令的情况下，都已经找到了一些与确定是否有必要进行实质性合并有关的要件。这些情况的症结都在于如何权衡考虑各种要件以作出公平的决定；在任何一个具体案件中，没有任何一个要件是必然存在的，而所有其他要件都不必存在。这些要件包括：集团是否有统一的财务报表；集团所有成员合用一个银行账户；集团成员之间利益和所有权的统一；对个别资产和负债进行分离的难度；集团不同成员分担间接费用以及管理、财务和其他相关费用；是否存在集团内贷款以及贷款是否有交叉担保；集团成员为图方便不遵守适当手续而彼此转移资产或调拨资金的情况究竟已经发展到何种地步；资本的充足情况；资产或经营业务的混合；共同的董事或高级行管人员的指定和董事会联合会议的举行；共同营业地；与债权人是否有欺诈交易；鼓励债权人将集团视为单一实体的做法，使债权人不清楚同其打交道的究竟是集团的哪些成员，或者使集团成员间的法律界限模糊不清；以及合并究竟是为便于重整，还是为了债权人的利益。

22. 虽然其中许多因素仍然有关，但有些法院已经着手重点审理为数有限的一些案件，特别是集团成员的事务是否高度混合以致为分清资产和负债就必须付出高昂的费用并耗费大量的时间，或集团成员是否从事欺诈或没有合理商业用途的商业活动。此处所谓欺诈，并非是指公司日常经营中发生的欺诈，而是指其活动根本没有合法的商业用途，这可能与创建公司的用意及其创建后从事的活动有关。这类欺诈的实例包括：债务人几乎将其所有资产转移至某个新设立的实体，或将所有资产转移至由其拥有的不同实体，目的是为了自己的利益而保全和保留这些资产，对其债权人进行阻挠、拖延和欺诈。欺诈活动还包括从

事虚假行为，这种行为所可能涉及的合同是：既未表示合同双方当事人的真实意图，也对双方当事人毫无效力，或对双方当事人产生的效力不同于合同所表述的效力，虚假合同即为此类合同。

### 3. 获准申请人和申请时间

23. 破产法应当述及究竟谁可以申请并在何时申请实质性合并的问题。关于获准申请人，似应遵行《立法指南》关于获准申请破产程序当事人的建议 14 所采取的做法。具体到集团的情况，申请人可包括集团成员或集团任何成员的债权人。此外，适宜允许集团任何成员的破产管理人提出申请，因为在许多情况下，破产管理人或者被指定管理集团成员的管理人拥有关于集团成员的最为完备的信息，因此，最有条件对实质性合并是否妥当或是否可取作出评价。

24. 虽然在有些国家，法院可以自行下令进行实质性合并，但由于这类命令将会产生严重影响，因此，必须保证程序公正，让有关当事人有机会发表意见或对此类命令提出异议。有鉴于此，法院不应当享有自行行事的权限。应当指出的是，《立法指南》通常并不允许法院对如此重要的破产事项自行行事。

25. 由于在启动破产程序之时，支持实质性合并的因素并不一定很明显或很确定，因此，破产法应当对实质性合并的申请时间采取灵活做法。既可以在申请启动破产程序之时同时提出申请，也可以在提出启动申请以后的任何时间内提出合并申请。但是在实务中，对破产程序实施管理的国家会就申请实质性合并的可能性作出限定，尤其对实施重整计划作出限定。在程序启动之后下令进行实质性合并的，某些问题可能已经解决，例如，债权主张的提交和受理，或者已经就集团个别成员作出决定并采取行动。合并令应当对正在进行的各类不同程序进行合并，保全既有权利。举例说，针对集团某个成员而提出的债权主张，如果已获受理，便应视同对合并后破产财产提出的债权主张而予以受理。

26. 对于让集团更多成员加入既有实质性合并的问题，可以适用相同的做法。随着管理的进行，应当让集团更多成员加入的理由就会变得显而易见，但必须符合对这些成员下达初步命令的依据。如果经债权人同意下达合并令，或如果向债权人提供对拟议合并表示异议的机会，在程序稍后阶段让集团另一名成员加入就可能使最初商定的或已通知债权人的资产集合有所改变。在这种情况下，应当让债权人再有一次机会对增列其他成员进入合并程序表示同意或异议。在对债权人进行部分分配以后下令进行实质性合并的，或许就应当提出一条财产混同规则。这样就可确保，其对集团某个成员的债权主张获得部分分配的债权人，只要向同类其他债权人支付的款项少于该债权人已经获得的部分分配额，该债权人就不得在合并程序中因相同债权获得偿付。

### 4. 在合并方面的相竞利益

27. 除了集团不同成员债权人的相竞利益外，在合并方面必须考虑到各类利益相关人的相竞利益：特别是债权人与股东之间的利益；集团不同成员的股东的

利益，特别是仅为集团部分成员的股东的利益；合并后集团不同成员的有担保债权人和优先债权人的利益。

**(a) 所有权人和股权持有人**

28. 许多破产法均通过了以下一般性规则，即债权人的权利大于所有权人和股权持有人的权利，在分配的优先权次序上，所有权人和股权持有人的排位在所有其他债权之后。这通常会导致所有权人和股权持有人无法得到分配。具体到企业集团，资产很多而负债很少的集团某些成员的股东可能会得到回报，而资产较少但负债较多的集团其他成员的债权人可能得不到回报。如果在合并中把股东排在无担保债权人之后的一般性做法延伸适用于整个集团，就能够在集团任何成员的股东得到分配以前先行支付所有债权人。

**(b) 有担保债权人**

29. 《立法指南》对有担保债权人在破产程序中的地位作了论述，其采取的做法是，作为一条一般原则，应当承认有效担保权益的效力和优先权，在破产程序中保全担保资产的经济价值。这一做法还将适用于在企业集团背景下对待有担保债权人。《立法指南》还承认，破产法仍然可以在有适当保障的情况下为落实企业政策与经济政策而变更有担保债权人的权利。（见第二部分第二章第59段）。

30. 在合并方面可能出现的问题包括：在下达合并令时是否可以将对集团一个成员的某些或所有资产的担保权益延伸至包括集团另一个成员的资产，或是否应将该担保权益限定于有担保债权人所最初依赖的已经界定的集合资产；担保不足的有担保债权人能否作为无担保债权人对集合资产主张债权；以及内部有担保债权人（即债权人同时又是集团成员）能否得到不同于外部有担保债权人的对待。在这方面，似有必要考虑针对特定资产担保权益和所有破产财产担保权益而制定不同的解决办法。允许在合并时把有担保债权人的担保权益延伸适用于合并资产，可能会以牺牲其他债权人为代价来提高该债权人的地位。

31. 针对外部有担保债权人的一种解决办法是将其排除在合并进程之外，从而实现部分合并。对于依赖集团内部担保等集团成员独特性的个别有担保债权人必须给予特别的考虑。重整需要担保资产的，可能会有一种不同的解决办法，例如允许法院对合并令作出调整以便具体顾及这类资产或者要求取得受影响的有担保债权人的同意。有担保债权人可以在合并之后交出其担保权益，然后就应由所有被合并实体偿付有关债务。

32. 还必须考虑到内部有担保债权人的利益。有些法律规定，这些内部担保权益可予以消灭，从而使债权人享有无担保债权，或者可以更改这些权益或将其置于从属地位。

(c) 优先债权人

33. 在对待优先债权人方面存在类似的问题。一如其他无担保债权人，在实务中，优先债权人既可能获益于集团资产的集合，也可能因此而受损。以单一实体原则为依据确定雇员福利或税赋等优先权的，则会产生如何在整个集团内对待这类优先权的问题，尤其是如果这些优先权互为影响的话。举例说，如果予以合并，资产多而负债少的集团成员的雇员就可能会与所处境遇相反的雇员，即资产少而负债多的集团成员的雇员产生竞争关系。尽管优先债权人通常会获得以牺牲非优先无担保债权人为代价的较好结果，但不同类别的这些优先有担保债权人可能也不得不调整由于其所处的优先地位而对单一实体的资产所持的任何期望。

5. 向债权人发送通知

34. 在发送通知方面，实质性合并申请，如同《立法指南》下的程序启动申请，必须遵守相同的要求。如果与程序启动申请同时提出，按照建议 19，只有债权人的申请需要通知相关债务人。集团成员在申请启动之时同时提出的申请，按照《立法指南》建议 22 和 23，就不必通知债权人，根据这两项建议，破产程序启动申请不必通知相关实体的债权人。

35. 合并对债权人的权利可能产生的影响表明，按照建议 138，受影响的债权人应当有权接到启动时下达的合并令通知并有权提出异议。需要考虑的一个问题是，单纯表示异议是否足以阻止合并。举例说，如果持异议的债权人因合并而较之于其他债权人处境严重不利，则不妨向这些债权人提供远远大于其他无担保债权人的回报，从而偏离平等分配的严格政策。也可以把订有某几类合同的具体几类债权人排除在外，例如，以独立商业条件与集团企业中身份明确的成员订立有限追索权项目融资安排之类的合同。

36. 债权人在程序启动后提出申请的，似宜将申请通知发送给拟合并实体的破产管理人。应当以国内法所确定的方式及时有效地发送通知。

6. 实质性合并令的效力

37. 破产法应当确定实质性合并令的效力，其中包括：建立单一合并后破产财产；消灭集团内债权；对拟合并集团各成员主张的债权应视同对合并后破产财产主张的债权；应承认对集团各成员确定的优先次序即为对合并破产财产确定的优先次序；并将为合并后集团的所有成员统一召开一次债权人会议。关于《立法指南》建议 152(b)所述的清算价值，在实质性合并中，该清算价值应当为合并后实体的清算价值，而不是实质性合并前各成员的清算价值。

38. 在程序启动后下令进行实质性合并的，或在不同时段将集团成员补充列入实质性合并的，就必须考虑究竟选用哪一天来计算嫌疑期的起始日，目的是给放贷人和其他第三人提供确定性。个别破产程序启动申请与实质性合并令之间的间隔时间越长，该问题就越加重要。为撤销目的而选用实质性合并令之日来

计算嫌疑期可能会给对集团个别成员提出破产程序申请之日后或对其启动破产程序之日后至实质性合并日期前达成的交易造成问题。一种做法是，根据《立法指南》建议 89 计算这一日期。另一种做法是，参照最早申请启动的日期或对拟合并集团成员最早启动破产程序的日期来确定共同的日期。无论属于哪一种情况，为确保透明度和可预测性，都应在破产法中指明这一日期。

## 7. 对合并令的修改

39. 尽管考虑到实质性合并令所具备的实质性效力，并不一定能够或应当修改这一命令。但在有些情况下，随着情况的变化或更多信息的获得，应当对最初的命令加以修改。任何此类修改都不得违反以下先决条件，即依照最初的命令而采取的任何行动或作出的任何决定都不应受到修改令的影响。

## 8. 部分实质性合并

40. 有些法律对可称作“部分实质性合并”的合并作了规定，所谓部分实质性合并，即为把某些资产或债权排除在外的有限度的实质性合并令。举例说，可以将合并限定于相互混合的资产和负债，而将所有权明晰的资产排除在外。另一种做法是，如果债权人会因此而受到不公平的损害，便将某些资产排除在实质性合并之外。

## 9. 管辖法院

41. 上文讨论的有关联合申请和程序协调的问题（见 A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1，第 15-16 段及第 23-24 段）也将适用于实质性合并。

## 建议

### 立法条文的目

关于实质性合并的条文的目的是：

- (a) 作为一项基本原则，确保尊重企业集团各成员的单独法律身份；
- (b) 为实质性合并提供立法授权；
- (c) 列明可以将实质性合并用作救济的为数极少的一些情形；及
- (d) 列明实质性合并应当依据的以确保透明度和可预测性为目的的客观准则和程序。

## 立法条文的内容

### 企业集团的单独法律身份

16. 破产法应当尊重企业集团各成员的单独法律身份，该一般原则的例外情况应局限于建议 17 所述的理由。

### 实质性合并

17. 破产法应具体规定，法院可在以下情况下下达对企业集团两个或多个成员的破产程序进行实质性合并：

(a) 法院深信，企业集团成员的资产或负债高度混合，以致若无过多的费用或迟延便无法分清各资产的所有权和负债责任；或

(b) 企业集团两个或多个成员从事欺诈图谋或从事毫无正当商业用途的活动，而法院深信，为取缔这种图谋或活动而必须进行实质性合并。

### 实质性合并申请

18. 破产法应具体规定：

(a) 实质性合并申请获准人，可以包括是企业集团成员、企业集团任何成员的破产管理人或这类集团任何成员的债权人；

(b) 可以在申请对企业集团两个或多个成员启动破产程序之时或其后任何时间申请实质性合并。

### 实质性合并令的效力

19. 破产法应具体规定，实质性合并令应当具备以下效力：

(a) 消灭列入合并令的集团成员间债权和债务；

(b) 将列入合并令的对集团成员的债权视同对所有合并后破产财产的债权；

(c) 实质性合并应当承认在各个破产程序中确定的优先次序[而不论实质性合并所具备的效力]；及

(d) 可以为合并后集团的所有成员举行统一的债权人会议。

### 实质性合并对待担保权益的做法

20. 破产法应当尊重对企业集团受制于实质性合并令的成员的资产持有担保权益的债权人的权利和优先权，除非：

- (a) 附担保债务完全由企业集团成员所有，而且由实质性合并令加以消灭；或
- (b) 法院认定担保系经由债权人参与的欺诈获得；或
- (c) 提供担保的交易可以根据《立法指南》建议 88 予以撤消。

#### 部分实质性合并

21. 破产法可具体规定，法院可以将规定的资产或债权排除在实质性合并令之外。

#### 对实质性合并嫌疑期的计算

22. 破产法应当具体规定，实质性合并令下达时应当从哪一天开始计算与撤销《立法指南》建议 87 所述各类交易有关的嫌疑期。

(a) 凡在启动破产程序的同时下达实质性合并令的，追溯计算嫌疑期的具体起始日期应当根据《立法指南》建议 89 确定；

(b) 在启动破产程序之后下达实质性合并令的，对实质性合并范围内的这类集团成员追溯计算涉嫌期的具体起始日期可以是：

- (一) 对列入实质性合并令的企业集团每个成员各设一个日期，或是根据《立法指南》建议 89 而针对集团每个成员的破产程序设定申请日期或启动日期；或
- (二) 适用于列入实质性合并令的企业集团所有成员的一个共同日期，即针对这些集团成员而最早申请或最早启动破产程序的日期。

#### 实质性合并令的修改

23. 破产法应当具体规定，法院可以修改实质性合并令，包括部分实质性合并令，条件是修改令不得影响根据实质性合并令已经采取的任何行动或作出的任何决定。

#### 管辖法院

24. 破产法应指明，就对企业集团适用《立法指南》建议 13 而言，“对启动和进行破产程序，包括对这些程序中所出现的事项”一语包括了实质性合并申请与实质性合并令。

#### 通知

25. 破产法应当确定以下方面的要求：申请通知，实质性合并令通知，实质性合并令更改或终止通知，包括通知接收方、发送通知负责方和通知内容。

## 七. 参与方

### A. 破产管理人的指定

#### 1. 程序协调

42. 《立法指南》讨论了与破产管理人的指派和作用有关的一些问题，建议 115-125 通常适用于集团情况。对集团成员启动多个程序的，下达或不下达程序协调令均可。不论属于哪一种情况，如果破产法列入与《示范法》第 27 条措词类似的具体条文，推动协调并指明协调方式，就可有助于这些程序的协调。在协调管理针对集团不同成员的程序的不同法院方面，或在协调就这些程序所指派的的不同破产管理人方面，均可采取这种做法。指派破产管理人的，就应将其在《立法指南》下承担的义务延伸至包括：分享和披露信息；核准和实施有关破产管理人权力分工和职责分配的协议；在使用和处分资产方面开展合作；提出并商谈协调一致的重整计划（除非按下文所述有可能制定集团单一重整计划）；协调行使撤销权；争取启动后融资；协调债权的提出和承认并在债权人之间分配债权。破产法还可述及如何及时解决已指定的不同破产管理人之间发生纠纷的问题。

43. 给不同程序指定若干破产管理人的，破产法可允许其中一名管理人，例如母公司的管理人在协调有关集团成员的程序方面发挥主导作用，尽管这类主导作用可能反映了企业集团的经济现实，但应当保证所有破产管理人在法律面前一律平等。还应根据适用法律尽可能自愿在一名破产管理人的领导下进行协调。

44. 在某些法域，享有协调破产程序主要权限的是法院，而不是破产管理人。破产法订有这类规定的，而且由不同法院参与管理集团不同成员相关程序的，程序协调条文也就应适用于法院，而且法院应当享有《示范法》第 27 条所规定的类似权限。

#### 2. 单一破产管理人的指定

45. 指定单一破产管理人可能有助于协调多个程序。在实务中，可以指定一名破产管理人来管理多个程序，或者根据程序要求，必须对拟协调的各种程序指定相同的破产管理人。此种指定应确保协调管理集团各个成员、减少相关费用并为收集整个集团的信息提供便利。虽然许多破产法未论及该问题，但在有些法域，针对集团的情形指定单一破产管理人已成惯例。有些跨国界破产案件也在一定限度内做到了这一点。

46. 在指定单一破产管理人对有多个债务人、财务和商业关系复杂并且存在不同组别债权人的集团企业实施管理的情况下，在交叉担保、集团内债务、启动后融资或集团一成员对另一成员行为不当等方面均有可能发生冲突。作为一种防范可能冲突的办法，可以要求破产管理人作出保证、服从某项行业规则或履行寻求法院提供指导的法定义务。此外，破产法可规定指定一名或多名破产管

理人来管理有冲突的实体。《立法指南》建议 116 和 117 中所载的披露义务可能与集团情形下发生的冲突情况有关。

### 3. 占有式债务人

47. 破产法允许债务人继续占有企业并且未指定任何破产管理人的，就特别需要考虑如何确定多个程序的协调方式，适用于破产管理人的义务，包括上文所述的附加义务，又将在多大程度上适用于占有式债务人（见《立法指南》，第二部分，第三章，第 16-18 段）。占有式债务人履行破产管理人职能的，还必须考虑，破产法允许指定单一破产管理人或允许由其中某个破产管理人在程序协调方面发挥主导作用的条文又将如何适用于占有式债务人。

#### 建议

##### 立法条文的目地

关于企业集团情形中破产管理人的条文的目的是：

- (a) 便利协调针对企业集团两个或多个成员而启动的破产程序；和
- (b) 鼓励在指定两个或多个破产管理人方面进行合作，以期避免重复劳动、便利收集关于整个企业集团的财务和商务信息并减少费用。

##### 立法条文的内容

###### 单一破产管理人的指定

26. 破产法应当具体规定，法院认定最有利于管理企业集团两个或多个成员的破产财产的，可以指定[单一][相同]破产管理人。

###### 利益冲突

27. 破产法应当列明仅指定一名破产管理人负责管理针对企业集团两个或多个成员的破产程序而可能造成利益冲突时的处理措施。这类措施可包括指定一名或多名额外破产管理人。

###### 集团情形下两名或多名破产管理人之间的合作

28. 破产法可以具体规定，对企业集团两个或多个成员启动破产程序的，为这些程序指定的破产管理人应当尽最大可能相互合作。<sup>2</sup>

<sup>2</sup> 除了在破产法中对合作和协调作出规定外，法院一般可以指出为此目的在程序管理过程中拟采取的措施。

两名或多名破产管理人在程序协调方面的合作

29. 破产法应当具体规定，在须进行程序协调的破产程序中指定多名破产管理人的，破产管理人应当尽最大可能相互合作。

合作形式

30. 在法律允许的范围内，采取任何适当的手段尽最大可能展开合作，其中包括：

(a) 分享和披露信息；

(b) 核准或实施有关破产管理人之间权力分工和责任分配的协议，包括由一名破产管理人发挥协调或主导作用；

(c) 在提出和商谈重整计划方面开展协调；和

(d) 在管理和监督须受破产程序管辖的集团成员的事务方面，包括在管理和监督企业延续所需日常经营方面展开协调；其中包括启动后融资；保障资产；使用和处分资产；行使撤销权；提出并核准债权；在债权人之间分配债权。

## 八. 企业集团两个或多个成员的重整

48. 《立法指南》建议 139-159 述及与重整计划的编拟、提出、内容、核准和实施有关的具体问题。一般来说，这些建议将在企业集团的背景下予以适用，但仍应当考虑，针对企业集团的特殊情况，是否需要提出更多的建议或对现行建议适用情况作出进一步的解释。

### 1. 单一重整计划

49. 对集团企业两个或多个成员启动重整程序的，不论是否可以对这些程序进行程序协调，都存在《立法指南》未予述及的一个问题，即能否通过单一重整计划对债务人进行重整的问题，而单一重整计划可节省整个集团企业破产程序的费用，确保以协调一致的方式解决集团的财政困难并设法使债权人的价值最大化。有些破产法允许经谈判达成单一重整计划。某些法律规定，只有对各种程序进行程序协调或加以实质性合并方有可能采取这种做法。而另外一些法律则规定，通常只有在自愿进行程序协调的情况下方有可能采取这种做法。

50. 如果破产法允许编拟并核准针对集团多个成员的单一重整计划，就必须考虑对集团情况适用《立法指南》有关单一债务人重整的若干规定，特别是以下相关内容：协同编拟重整计划，包括有资格提出计划或者参与提出计划的当事人；计划的性质和内容及其相关文件；就计划召集并举行债权人会议；债权分类和债权人的类别；债权人表决和计划的核准，尤其在集团成员互为债权人并

因而为“相关人”的情况下；可适用的保障措施；对核准计划提出的异议（或确认必须加以核准的情况）；以及计划的实施。

51. 在实务中，单一重整计划这一概念指的是，在各个程序中，必须针对计划所涉集团成员编拟和核准相同或类似的重整计划。必须与根据单一债务人计划所适用的表决要求进行表决的集团各成员债权人一起，针对各成员逐一考虑核准这类计划；不应考虑以集团为基础加以核准，也不应允许多数成员的多数债权人强迫核准针对所有成员的计划。在编拟计划并争取计划得到核准的过程中，应当考虑到由集团所有成员核准该计划的必要性，因此就需要述及从这类核准中所获好处和获得核准所需信息。《立法指南》关于计划内容及相关披露说明的建议 143 和 144 将述及这些问题。针对集团情况可予以披露的更多相关细节包括了与集团经营及其运作有关的细节。

52. 单一重整计划必须考虑到不同组别债权人的不同利益。包括在某些情况下似应向集团不同成员的债权人提供有差别的回报率。必须就计划的核准而在不同组别债权人的权利之间求得适当平衡，而且还应在集团单一成员债权人之间和集团不同成员的债权人之间求得适当多数。为计算可对集团适用的多数，将考虑到这样一点：如果债权人对集团不同成员的债权相同，而这些债权的优先次序有别，则在表决时将如何计算这些债权人的票数。集团若干成员中的一个成员拒绝接受计划是否会影响整个集团核准这一计划以及这类拒绝可能产生的后果，这一点或许也需给予一定的考虑。为此既可采取以核准单一债务人重整计划所适用的规定为依据的做法，也可采取为便利集团核准事宜而专门设定不同多数要求的做法。还可以列入与《立法指南》建议 152 类似的保障措施，同时要求该计划在集团不同成员的债权人之间保持公平。

53. 具体到集团的情况，相关人将包括现在或已经处于对债务人、债务人的母公司、子公司或附属公司享有控制地位的人。《立法指南》讨论了相关人在核准计划方面的表决情况（见第二部分，第四章，第 46 段），并指出，尽管有些破产法以各种方式限制相关人的表决能力，但多数破产法均未专门述及这一问题。《立法指南》建议对相关人的表决权不作限制，但如果破产法列入这类限制的，集团成员只是将债权人划入相关人的类别或者非相关人的债权人为数极为有限等情况便会造成一些困难。

## 2. 将集团非破产成员列入重整计划

54. 非破产实体不受破产法管辖，不属于破产程序的一部分，因此，法院通常不得下令将非破产实体列入重整计划，尽管如此，但在有些情况下，似应将其列入重整计划，这种做法事实上也很普通。为帮助对企业集团其他成员进行重整，可在自愿的基础上将非破产实体列入重整计划。集团非破产成员参与重整计划的决定，属于该成员所作的一个普通商业决定，非经可适用的公司法要求而不一定需要债权人表示同意。关于列入集团非破产成员的计划所附披露声明，在披露与该非破产集团有关的信息方面必须谨慎行事。

55. 破产法还可列入一些条文，述及未核准《立法指南》建议 158 所涉重整计划而造成的后果。举例说，法律可规定，计划未获核准所造成的后果是转而对

集团所有破产成员进行清算。如果采用征得非破产成员同意而将其列入重整计划的做法，则可能需要拟定特别条文，防止从这种清算中不当得利。

## 建议

### 立法条文的目 的

企业集团背景下重整计划相关条文的目的是：

(a) 在不违反破产法的情况下为协同拯救企业集团成员的经营提供方便，从而保全就业机会，并在适当情况下保护投资；

(b) 在针对企业集团两个或多个成员的破产程序中，协助谈判和核准单一重整计划。

### 立法条文的内容

#### 重整计划

31. 产法应允许在针对企业集团两个或多个成员的破产程序中核准单一重整计划。

32. 产法应规定，不受破产程序管辖的企业集团成员可参与为受破产程序管辖的企业集团两个或多个成员而提出的重整计划。本段的规定不影响该成员股东或债权人的权利。

[A/CN.9/WG.V/WP.82 对企业集团作了介绍；Add.1 述及破产程序的申请和启动（联合申请与程序协调）；Add.2 述及破产程序启动时的资产对待办法（保护和保全破产财产及资产的使用和处分,启动后融资），撤销和从属安排；Add.4 述及国际方面的问题。]