



大 会

Distr.: General
28 March 2019
Chinese
Original: Arabic/English/Spanish

联合国国际贸易法委员会
第五十二届会议
2019 年 7 月 8 日至 26 日，维也纳

审议破产法领域的问题

审定并通过企业集团破产示范法

关于第五工作组（破产法）第五十四届会议工作报告（[A/CN.9/966](#)）附件所载
企业集团破产示范法草案的评论意见汇编

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 评论意见汇编.....	2
A. 各国政府.....	2
1. 厄瓜多尔	2
2. 巴林	4
3. 瑞士	5
B. 政府间组织.....	6
1. 国际货币基金组织	6
C. 国际非政府组织	7
1. 欧洲法律研究院	7



一. 导言

1. 第五工作组（破产法）根据委员会赋予其就企业集团破产这一议题开展工作的任务授权¹，在若干届会议上努力就该议题制定一份立法草案。工作组第五十四届会议（2018 年 12 月 10 日至 14 日，维也纳）完成了这项工作，核准了该届会议报告所附的企业集团破产示范法草案案文，并请秘书处在该案文递交委员会 2019 年第五十二届会议审议之前，分发给成员国征求评论意见（A/CN.9/966 号文件，第 110 段）。
2. 2019 年 1 月，受邀出席工作组届会的各国政府和相关国际组织应邀就工作组第五十四届会议核准的企业集团破产示范法草案提交评论意见。
3. 本文件按时间顺序转载秘书处收到的关于示范法草案的评论意见，格式上作了改动。

二. 评论意见汇编

A. 各国政府

1. 厄瓜多尔

[原件：西班牙文]

[2019 年 2 月 26 日]

企业集团破产示范法草案适用于对企业集团内一个或多个成员启动了破产程序情况下的企业集团，论述这些破产程序的进行和管理，以及这些破产程序之间的跨国界合作。

— 任命一名集团代表

根据示范法草案第 2 条(e)项的定义，“‘集团代表’指被授权担任计划程序代表的人或机构，包括临时任命的人或机构”。

示范法草案第 9 条下的两款行文如下（加以下划线表示强调）：

我国法院与其他法院、破产管理人和任命的集团任何代表之间的合作和直接联系

1. 在第 1 条所述事项中，法院须最大限度地与其他法院、破产管理人和任命的集团任何代表开展合作，无论是直接合作，还是通过在我国任命的破产管理人或被任命按照法院指示行事的人开展合作。
2. 法院有权直接与其他法院、破产管理人或任命的集团任何代表进行联系，或直接请求其提供信息或协助。

¹ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 17 号》（A/69/17），第 155 段。

最后，示范法草案第 16 条行文如下（加以下划线表示强调）：

订立关于破产程序协调协议的权力

破产管理人和任命的集团任何代表可订立关于企业集团两个或多个成员破产程序的协调协议，包括可在制定一套集团破产解决方案期间订立此类协议。

这三项条款均提到任命一名集团代表，但没有指明负责任命该代表的机关。公司、证券和保险业监管局认为，正如示范法草案第 19 条第 1 款²的做法那样，上述条款应当列明该信息。如果不能列明，那么为使行文更加明确，监管局建议第 2、9 和 16 条列入交叉参引词语，提及第 19 条第 1 款。

— 集团破产解决方案与破产程序的区别

示范法草案第 2 条(f)项对集团破产解决方案的定义是：“为重整、变卖或清算企业集团一个或多个成员的一些或全部资产和业务而在计划程序中拟定的一项建议或成套建议，目的是为了保全、维护、变现或提升企业集团那些成员的总体合计价值”。示范法草案第 2 条(h)项称，破产程序指“依照与破产有关的法律实施的集体司法程序或行政程序，包括临时程序，在这一程序中，为达到重整或清算目的，企业集团成员作为债务人，其资产和事务由法院或其他主管机关监控或监督”。

公司、证券和保险业监管局建议示范法草案从范围上区分这两个概念。为此，集团破产解决方案可被定义为协助债务人履行义务、使其与债权人的关系正常化并保持债务人公司持续经营的程序，而破产程序则可被定义为旨在通过破产诉讼程序实现债务人资产变现以便偿付债务人债务的程序。如果作出了这种区分，那么似宜表明集团破产解决方案的最终目的是得以避免进行破产程序。因此，在为了制定和实施集团破产解决方案而启动计划程序时，不应同时启动或继续进行破产程序。委员会似宜考虑按照该思路，在示范法草案中加入一条具体条款。

应当指出，上述建议隐含在示范法草案第 20 条(f)项中。该条款涉及可为一项国内计划程序提供的救济，规定在需要保持制定或实施一套集团破产解决方案的可能性的限度内，主管法院除其他外，可“中止对参加计划程序的企业集团成员进行的任何破产程序”。第 22 条(c)项也规定了同样的救济，该条款涉及申请承认一项外国计划程序时可给予的临时救济。

— 企业集团公司董事信托责任的定义

虽然这一点尚未列入示范法草案，但工作组第五十四届会议（2018 年 12 月 10 日至 14 日，维也纳）工作报告指出：

² 该条款行文如下（加以下划线表示强调）：“**第 19 条. 集团代表的任命和寻求救济的权力**。1. 在符合第 2 条(g)项(一)和(二)所列要求的情况下，法院可任命一名集团代表。获得任命后，集团代表应寻求制定和实施一套集团破产解决方案。”

五. 企业集团董事的义务

112. 工作组商定对 [A/CN.9/WG.V/WP.153](#) 号文件作如下修改：……(g)在第 11 段中，将第一句改为如下内容：“董事在确定其任职所在的集团成员的最高利益问题时，可权衡和考虑各种利益。这些利益还可以包括集团其他成员或整个集团的利益，如果这些利益也符合其任职所在的集团成员的利益的话。”

为此，监管局主张，委员会不妨说明，主要为了保障股东的利益，企业集团公司董事的行动方式应当促进他们所代表的公司取得成功；而且在这样做时，他们似宜考虑到不同利益攸关方的立场，例如企业集团其他公司成员的立场。据此，当公司股东和集团其他成员之间产生利益冲突时，董事应当以股东的最大利益为重，这些股东的利益优先于其他利益攸关方的利益。

2. 巴林

[原件：阿拉伯文]

[2019 年 3 月 14 日]

……

为响应贸易法委员会请成员国提交有关企业集团破产示范法草案评论意见的呼吁，经济发展委员会法律部高兴地提出以下意见。

首先，关于示范法草案第 2 条所载企业集团的定义：

第 2 条(b)项把企业集团定义为“通过控制权或大比重的所有权而相互关联的两个或多个企业”。这一定义，特别是“控制权”和“大比重的所有权”这两个词会产生某些异议，可能导致以不同的方式界定和适用这一术语，从而不利于开展国际贸易。

因此，我们建议应更准确地界定“企业集团”，以避免对该术语的适用或理解出现差异。定义应包括子公司和母公司的概念。若由于母公司持有某一企业一半以上的资本，或者由于母公司有权或拥有的股份额足以控制决策或董事会组成或任命董事，从而直接或间接控制该企业，则该企业应被视为子公司。

其次，第 12 条第 1 款称，一国任命的集团代表须在行使其职能时并在法院的监督下，与外国法院和企业集团[其他]成员的[外国][破产]管理人开展尽可能最大限度的合作，以便利制定和实施一套集团破产解决方案。

根据该段的措辞，合作的目的是为了“便利制定和实施一套集团破产解决方案”。更为可取的做法是扩大目的范围，以公平和有效的方式处理跨国界破产管理等问题，从而保护所有债权人的利益；合作保护受破产影响的企业集团成员的业务和资产总体合计价值；合作拯救陷入财务困境的企业集团；以及示范法草案所载其他目的。

第三，第 17 条第 1 和第 2 款规定，主要利益中心位于另一国家的企业集团成员，可参加破产程序，以便促进合作与协调，包括制定和实施一套集团破产解决方案。

我们建议第 17 条应列入一项规定，即企业集团成员有权获得关于破产程序的信息，条件是该企业集团成员将其参加破产程序的意愿通知破产程序所在国的主管法院。这一规定将确保破产程序的有效性，并确保企业集团成员有权参与其中。

第四，第 19 条涉及可为一项计划程序提供的救济，规定了法院应集团代表的请求可准予的救济措施，例如中止对企业集团该成员资产的执行措施，暂停其所有资产的转让权以及中止启动或中止继续进行个别诉讼等。我们建议在该条中新增一款，使中止或暂停还附带时间期限，以便在根据第 19 条中止或暂停任何操作程序或诉讼程序时，考虑到根据法律或协议规定必须进行该项操作程序或诉讼程序的时限。如果一国法律要求在一定期限内提起诉讼，但债权人因实行的中止而无法做到这一点，那么不应仅对诉讼适用中止，也应对时限的计算适用中止。该条款可拟订如下：

本条所载暂停令禁止某人对债务人或破产财产提起诉讼，而适用的法律或协议规定必须在一定时限内提起这类诉讼的，在暂停令生效期间，应自动暂停计算提起该诉讼的时限。

3. 瑞士

[原件：英文]

[2019 年 3 月 15 日]

第五工作组报告（[A/CN.9/966](#)）第 76 段引述了某一代表团对“把第 29 至 31 条草案列为补充条款”的关切，这一关切“是想询问将条文列作补充条款的目的和理由”。瑞士代表团欢迎第五工作组采取的将示范法草案分为“核心”条款和“补充”条款的做法，同时也承认任何要求解释为何选择这一做法的请求都具有合理性。根据这一请求，报告回顾了“工作组前几届会议对同一问题的讨论”。报告还正确地指出，“指南草案第 25、26、205 和 206 段解释了对第 29 至 31 条采取这种做法的原因”。

我国代表团认为，从解释性报告的上下文来看，这些解释是充分而必不可少的，不过，若能提供补充资料介绍“核心”条款和“补充”条款的背景，或许会对委员会有所帮助，这些补充资料不一定要列入指南。我国代表团自该项目开始之初便参与其中，据我方回忆，公司的主要利益中心是对公司（甚至是作为集团成员的公司）启动和进行破产程序的主要（和唯一）标准，对于偏离这一原则的条款，各方从根本上一度未曾取得共识。至少在我国代表团看来，“补充”条款当前载列的提议允许破例不遵守主要利益中心原则，即便结合集团破产的情况而言，这也是不合理的。

我国代表团认为，有关破产诉讼地的法律不确定性，以及因此导致的与破产诉讼地法有关的不确定性，会损害集团成员不牵涉破产时的合同和财务关系，与这种损害相比，破产管理中的管辖法域灵活性可能带来的益处得不偿失。包括瑞士代表团在内的多个代表团认为，这些保留不一定会妨碍对管辖权标准采取更灵活的办法，特别是在这种灵活性被认为有助于更有效管理破产的情况下。允许一些国家坚持其基本原则（即只执行“核心”条款），同时不排除其他国家实施替代方法（“补充”条款），这种办法是做出妥协的初衷，使得示范法采用了当前这种“核心”条款

和“补充”条款结构。这一理念最终为总体上达成妥协以继续开展项目工作奠定了基础，并最终使示范法草案呈现为当前的形式。

总之，虽然可以讨论是否有必要为“核心”条款单独拟定标题，但我国代表团认为，作为示范法一个绝对必要的组成部分，应将建议 30-32 保留在“补充条款”（或“任择条款”）标题下，并且上文提及的段落（第 25、26、205 和 206 段）不作改动，原样保留在解释性报告中。

B. 政府间组织

1. 国际货币基金组织（货币基金组织）

[原件：英文]

[2019 年 3 月 15 日]

我们就第五工作组在企业集团法示范法草案方面所做的出色工作向贸易法委员会表示祝贺。企业集团破产是一个复杂的法律领域，对国际贸易和全球经济有着重要影响。鉴于企业集团是当今进行国际商业活动普遍使用的公司结构，当前明确需要制定框架，以便最大限度地促进对同一集团下多个企业产生影响的、不同破产程序之间的合作。灵活的合作安排有助于找到可实现最高效经济成果的全集团解决方案，同时可帮助保持就业，维持企业价值和金融稳定。但是，只有存在一个有利的立法框架，为企业集团破产带来的众多挑战提供技术解决办法，合作机制才能成功。贸易法委员会通过拟订本《示范法》草案满足了这一需要。

本《示范法》草案立足于贸易法委员会针对企业集团破产问题制定的内容广泛的指南（《立法指南》，第三部分，2010 年），并对这些建议作出了更加具体的规定，为此将这些建议纳入一个有序的法定框架内，该框架对考虑在这一领域进行改革的国家裨益良多。我们了解到，第五工作组就《示范法》草案条款展开了广泛讨论，这些条款和《颁布指南》所载评论意见的水准很高，反映出各成员和秘书处为编写本案文所做的出色工作。

在这一进程的后期，我们想要祝贺贸易法委员会即将完成这一项目。我们仅有以下技术性意见，供贸易法委员会审议：

- **《示范法》草案的标题：**拟议标题为《企业集团破产示范法》。据我们了解，“企业集团破产”这种一般性提法是基于这样一个事实，即《示范法》草案的一些条款（特别是第 3 章的一些条款）也可适用于国内企业集团。但《示范法》草案显然侧重于跨国界破产问题，序言部分甚至言明：“本法的目的是提供[有效的]机制，处理涉及企业集团成员跨国界破产的案件[……]”。贸易法委员会不妨重新审议《示范法》草案的标题；或者统一某些条款的内容，以避免在《示范法》草案的范围问题上造成任何混淆。

- **企业集团的定义（第 2 条(b)项）：**《示范法》草案采用了《立法指南》载列的企业集团定义。根据第 2 条(b)项，“企业集团指通过控制权或大比重的所有权而相互关联的两个或多个企业”。控制权的定义也沿用了《立法指南》给出的定义（“控制权指可以直接或间接决定某一企业经营和财务政策的能力”）。

这些定义反映了工作组在拟订《立法指南》期间进行的讨论：但是，法律文本对其所载定义的精确性和明确性有着不同的标准，《示范法》草案中的企业集团采用了通用概念，可能会产生不确定性并引发诉讼。企业集团的定义以公认的控制权为基础，但同时提出了“大比重的所有权”这一开放式替代概念，《示范法》草案并未对这一概念加以界定，对此可能会出现各种大相径庭的解释，从而产生相互矛盾的结果。

由于企业集团的定义往往与国内法的其他领域（破产法，但也涉及公司法、会计法，甚至税法或劳动法）相关联，各国最好使企业集团的定义与自身在国内立法中已经使用的概念保持一致，在《示范法》草案中把这一定义放在方括号内，并在《颁布指南》中提供咨询意见，说明需要在修改《示范法》草案的立法中纳入企业集团的定义及其后果，或者需要提及国内法中已有的现行定义。

-企业集团成员破产时外国债权的处理（第 27 和 29 条）。《示范法》草案纳入了相关规则，这些规则符合一些国家为便利破产程序和保护外国债权人而制定的惯例（所谓的“合成破产程序”）。例如，如果承诺在颁布国已经启动的破产程序中给予债权人同等待遇，债权人可不要求在国外启动破产程序。撇开这些规定的技术层面不谈，关键问题是，这些规定对拥有多个营业所的个别企业破产来说，似乎比对于企业集团成员企业更为重要（《颁布指南》第 190 和 196 段的陈述至少在部分程度上承认了这一点）。因此，问题就变成了为什么这些规定只适用于企业集团成员破产，而不适用于个别企业的破产（例如，对比《欧洲破产条例》第 36 条对这一问题的处理）。

相反，1997 年的《跨国界破产示范法》纳入了一条多重程序同时进行时的偿付规则（第 32 条，即所谓的“财产合并规则”），该规则应当得到适用，并可加以调整，以便适应某一集团下属企业破产时出现的情形。例如，当企业集团破产时，债权人常常对该集团的母公司或子公司持有债权，而这些债权是由集团其他成员担保。因此，协调偿付极其重要，并应将其适用范围扩大至可用于集团下属若干企业破产的情形。

在现阶段，《颁布指南》可考虑提及把《示范法》草案第 27 条和第 29 条的范围扩大至适用于单一企业破产，正如 1997 年的《示范法》所规定的那样；该指南还可考虑提及将 1997 年《示范法》第 32 条的范围扩大至适用于企业集团破产。

C. 国际非政府组织

1. 欧洲法律研究院

[原件：英文]

[2019 年 3 月 18 日]

本报告（《报告》）载有对联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）第五工作组（破产法）编写的企业集团破产示范法草案（《示范法》）个别条款的意见，以及对企业集团破产示范法草案颁布指南（《指南》）某些条款的意见。我们的意见基于对下列文件的分析：

1. 第五工作组（破产法）第五十四届会议（2018 年 12 月 10 日至 14 日，维也纳）工作报告附件所载企业集团破产示范法草案³；
2. 企业集团破产：示范法草案（载于 [A/CN.9/WG.V/WP.161](#) 号文件）颁布指南，2018 年 9 月 20 日⁴。

评注的顺序按《示范法》和《指南》中的条款编号顺序，并不代表或表明本报告对《示范法》或《指南》所提出的特定评注或修正的重要性。

第 2 条(g)项. 定义（“计划程序”）

1. “计划程序”是全球企业重组和破产界的一个新术语。《示范法》引入这一术语的用意是为集团破产解决方案提供便利。据我们了解，第五工作组在若干次会议上对计划程序的定义和运作方式进行了广泛讨论。《指南》第 41 段解释称，计划程序是对企业集团某一成员启动的主要程序。我们对此想提出两个问题：1. 主要程序和计划程序两者存在何种性质的关系，即这两个程序是重合的，还是各自独立的（有区别的）？；2. 《欧洲破产条例》（《欧洲破产条例》新编）⁵提出的并根据这一欧盟制度启用的集团协调程序是否得到《示范法》的承认？

为了处理这些问题，有两种备选方法：

备选方法 1. 集团协调程序包含在计划程序的定义范围内。

为了使“计划程序”的概念与《欧洲破产条例》新编规定的“集团协调程序”的概念相一致，并确保后者在《示范法》中得到承认，《示范法》需要对“计划程序”作出更加灵活的定义。特别是，《示范法》及其《指南》应允许这一“计划程序”出自主要程序和非主要程序中的法院裁决。这种办法反映了这样一个事实，即根据《欧洲破产条例》新编，集团协调程序是一项有别于主要/非主要（次要）破产程序的单独程序，其中包括任命集团协调人，该协调人独立于企业集团成员的破产管理人行事。

按照这一办法，第 2 条(g)项还需要涵盖法院决定在针对企业集团成员的非主要程序中启动计划程序的情况（目前，第 2 条(g)项(一)至(三)仅提及主要程序）。这并不需要删除第 2 条(g)项第二句对第(一)至(三)的提及，但意味着如同下文所建议的，还需要在案文中增提非主要程序。我们了解到，相应规定已经拟定成文，以应对设想在主要程序中展开计划程序的情况。但我们确信，《示范法》还应涵盖法院在次要（非主要）程序中启动的集团协调程序。为避免产生任何疑问，还可在《指南》中列入相应的说明，确认《欧洲破产条例》新编规定的集团协调程序可被承认为计划程序，前提是这些程序必须符合《示范法》第 2 条(g)项(一)至(三)的标准。

³ 为避免混淆，2018 年 12 月 20 日公布了企业集团破产示范法草案案文（见 [A/CN.9/966](#) 号文件的附件），取代 2018 年 9 月 18 日公布的草案（[A/CN.9/WG.V/WP.161](#) 号文件）。

⁴ 据我们了解，《指南》尚未根据最新版的《示范法》进行更新。但在解读《示范法》条款时，我们把《指南》当作说明加以参照，并就如何改进该指南提出了一些建议，若第五工作组已经商定做出这些改进则可予忽略。

⁵ 欧洲议会和欧盟理事会 2015 年 5 月 20 日关于破产程序的《第 2015/848 号条例（欧盟）》（新编）。

我们认为，第 2 条(g)项最好列在一项单独条款中（从第 2 条“定义”中移除），原因至少有两点。第一点，第 2 条(g)项超出了定义的界限，主要涉及启动计划程序（标准）。第二点原因在于第 2 条(g)项自身的复杂性。似宜将计划程序的相关规则，包括启动程序的先决条件，放在一套新条款或新章节中（见下文建议 7）。

从第一种方法得出以下建议：

建议 1.1

- 将第 2 条(g)项移至第 19 条下，或者把计划程序的相关规则，包括启动程序的先决条件，放在一组新条款或新章节中（见下文建议 7）。
- 将第 2 条(g)项第二句改写如下：

“关于(g)项(一)至(三)的要求，法院也可承认对企业集团成员的主要程序或非主要程序拥有管辖权的法院所批准实施的任一程序为计划程序，目的是制定本法所指的集团破产解决方案。”

备选方法 2. 对《示范法》涵盖的各程序加以区分

如上所述，《示范法》没有明确阐述计划程序的性质及其与根据《欧洲破产条例》新编启动的集团协调程序之间是否兼容。根据上文所述备选方法 1，我们建议对“计划程序”作广义解释，以期涵盖旨在达成集团破产解决方案的各类程序。

备选方法 2 是另一种方案，其所依托的理念是从结构上区分旨在制定对全集团具有约束力/无约束力的计划的程序（计划程序）和包括协调程序在内的协调文书（可能促使也可能不会促使拟定上述计划）。因此，集团协调程序将属于协调程序中的分类，是根据《示范法》可以承认的。

从第二种方法引申出以下建议：

建议 1.2. 对《示范法》涵盖的各程序加以区分，并在《示范法》的单独条款中列出有关计划程序和协调程序的新规则。

第 4 条. 颁布国的管辖权

2. 第 4 条旨在说明《示范法》的范围。该条款规定，企业集团成员在颁布国拥有其主要利益中心的，《示范法》不会限制该国法院对企业集团该成员的管辖权。为了促进和推动达成集团破产解决方案，似宜强调《示范法》并不限制颁布国法院的管辖权，只要企业集团若干成员中的每一成员主要利益中心都位于颁布国法院的管辖区内，那么该法院即可对这些成员联合启动破产程序。

《欧洲破产条例》新编引言第 53 条和欧洲法律研究院文书《破产法中的拯救企业问题》（欧洲法律研究院报告）⁶所载建议 9.05 也包含了类似规则。

建议 2. 在《示范法》第 4 条中加入以下条款：“本法的任何规定都无意限制颁布国法院的管辖权，只要企业集团若干成员中的每一成员主要利益中心都位于颁布国法院的管辖区内，那么该法院即可对这些成员联合启动破产程序。”

第 2 章. 合作与协调

3. 有关合作与协调的《示范法》第 2 章包含了第 9 至第 18 条。我们坚信，针对企业集团不同成员启动的程序之间开展有效合作与协调，是促进有效管理跨国界破产和迅速采用集团破产解决方案的关键。近年来涌现了多项旨在改善国际破产相关合作与沟通的倡议。《指南》第 66 段认可了为协助在破产案件中进行跨国界合作与协调而拟定的国际准则。该段以司法破产网络制定的准则（《司法破产网络准则》）为例进行了介绍，该准则讨论了与第 2 章情形相关的诸多问题。显然，《司法破产网络准则》主要适用于‘英美法系’的法域。我们认为，为了使《指南》的内容更加翔实和平衡，应提及其他准则和倡议。我们认为以下文书尤其值得一提：《欧洲跨国界破产交流与合作准则》（2007 年；将于 2019 年完成修订）、美国法学会与国际破产协会联合制定的《适用于跨国界案件法院间交流的准则》（2012 年修订版）和《欧盟跨国界破产法院间合作原则和准则》（2014 年）。

建议 3. 除《司法破产网络准则》外，在《指南》中增提《欧洲跨国界破产交流与合作准则》（2007 年；将于 2019 年完成修订）、美国法学会与国际破产协会联合制定的《适用于跨国界案件法院间交流的准则》（2012 年）和《欧盟跨国界破产法院间合作原则和准则》（2014 年）。

第 17 条. 任命单独一个或同一个破产管理人

4. 《示范法》第 17 条规定，针对企业集团下属的不同成员，可以任命单独一个或同一个破产管理人⁷。我们建议对此加以补充说明，指出这种任命应当符合适用于各项相关程序的规则，特别是要符合关于破产管理人资格和执照的所有要求和关于利益冲突的规则。尽管《指南》第 97 和 102 段作了类似说明，但把这些说明加入主要案文中似乎是合理的，因为对企业集团而言，任命同一个破产管理人可能会产生极为紧迫的问题（例如实际存在或看似存在的利益冲突）。类似的限制见载于《欧洲破产条例》新编引言第 50 条和《欧盟跨国界破产法院间合作原则和准则》原则 17（适用于法院指定的中间人）。

建议 4. 在《示范法》第 17 条中加入以下条款：“这种任命应当符合适用于各项相关程序的规则，特别是要符合关于破产管理人资格和执照的所有要求和关于利益冲突的规则。”

⁶ Bob Wessels 和 Stephan Madaus, 《欧洲法律研究院文书——破产法中的拯救企业问题》（2017 年 9 月 6 日）。可查阅 <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/insolvency/> and at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3032309>。

⁷ 根据《指南》第 101 段，破产管理人也可以是留任债务人。

第 18 条. 企业集团成员参加在我国启动的破产程序

5. 《示范法》第 18 条涉及企业集团成员参加在颁布国启动的破产程序。但是，第 18 条所指的是哪种类型的程序还存在不确定性，即指的是主要破产程序（《示范法》第 2 条(j)项）、非主要程序（《示范法》第 2 条(k)项）还是计划程序（《示范法》第 2 条(g)项）。《指南》第 43 段仅述及“计划程序”，但第 103 至第 111 段似乎只提到《示范法》第 2 条(j)项和第 2 条(k)项定义的主要程序和非主要程序。对《示范法》第 18 条的字面理解支持后一种解释。但如果确实如此，那么企业集团成员参加计划程序的权利问题没有述及。

建议 5. 明确《示范法》第 18 条适用于主要程序、非主要程序和计划程序。或者，如下文所建议的（见建议 7），可以在其他一项或多项条款或新章节中单独处理有关进行和参加计划程序的权利问题。

第 18 条. 企业集团成员参加在我国启动的破产程序

6. 《示范法》第 18 条规定，企业集团成员拥有参加针对企业集团另一成员启动的破产程序的权利。一旦针对后者的破产程序启动，前者即被赋予这项权利（“启动了破产程序的”，见第 18 条第 1 款）。我们认为，这项权利应当扩大至涵盖破产程序启动之前的时期，彼时针对集团成员的破产申请仍在待决期间。这种延伸时限的做法可提高协调各种破产程序并最终实现集团破产解决方案的机率。否则，不同的程序可能最终目标各异（例如，清算或重整）。以《欧洲破产条例》新编为例，这就是为什么该条例授权（责成）在涉及企业集团某一成员的破产程序中获任命的破产从业人员，与正在审理关于同一企业集团另一成员的程序启动请求的任一法院进行合作与交流（见《欧洲破产条例》新编第 58 条）。我们认为，延伸参加权的时限以涵盖破产程序启动请求的待决期，这种做法有助于协调针对企业集团不同成员启动的各程序。

建议 6. 延长企业集团成员能够参加集团另一成员破产程序的时限，向前延伸至自针对后者提出破产申请之时起，即在对其的破产程序启动之前。企业集团成员可能需要表明其正当理由后，方可以这种方式参加程序。

《示范法》若干处都对计划程序做出了规定

7. 我们认为，《示范法》没有明确说明计划程序的启动、范围和效力。应当解决这一问题，同时铭记这一程序在《示范法》框架内的重要性（核心地位）。有关这类程序的规则散列在《示范法》中（第 2 条(g)项、第 18 条（有待商榷）、第 19 条第 3 款、第 20 条等等），如上所述，有时并不确定某一特定规则是涉及“常规”破产程序还是计划程序。有关启动计划程序的规则（第 2 条(g)项）和承认此类程序的规则（第 4 章）明确设想了计划程序和主要/非主要程序之间的区别。我们认为应增加一组条款，列在《示范法》第 19 条之前，用来描述计划程序的启动、性质、范围和效力，这么做会清晰地呈现总体情况，从而提高透明度，并使不同国家对《示范法》的适用更具可预测性和一致性。在现有第 3 章之前增加一个单独的章节，专门处理与启动和进行计划程序有关的问题，这也是一个不错的方案。

建议 7. 在现有第 3 章之前增加一组条款或（最好）一个单独的章节，集中概述与计划程序的启动、参加、范围和效力有关的规则。新章节的标题可以拟定为“在我国启动和进行计划程序”。本章可包括以下条款：

(a) 关于启动计划程序的管辖权（《示范法》现有第 2 条(g)项和《指南》第 42 段）；

(b) 参加计划程序的自愿性质和选择加入原则（第 18 条，《指南》第 43 段）；

(c) 企业集团非破产成员参加计划程序（《指南》第 43 段）；

(d) 相关规则，规定具有启动计划程序管辖权的法院不应拒绝启动这一程序，除非启动计划程序不利于有效管理与企业集团不同成员有关的破产程序，或者启动此类程序有损企业集团任一参加成员的债权人的利益⁸。

第 19 条. 集团代表的任命和寻求救济的权力

8. 第 3 章当前的标题（“在我国进行的计划程序中可以得到的救济”）没有准确反映本章的内容。例如，《示范法》第 19 条提到可任命一名集团代表，这并不能被视为一项救济。有鉴于此，并且为了避免任何可能的混淆，我们建议可按照上文建议 7，把第 19 条从现有第 3 章中挪到“在我国启动和进行计划程序”这一新章节中，或者挪至第 2 章，接在第 18 条之后。

建议 8. 可按照建议 7，把第 19 条从第 3 章中挪到“在我国启动和进行计划程序”这一新章节中，或者挪至第 2 章，接在第 18 条之后。

第 19 条. 集团代表的任命和寻求救济的权力

9. 《指南》第 38 和 115 段称，为主要破产程序任命的破产管理人在之后可以担任集团代表。这并不是可取的做法，因为在我们看来，职责重合（例如企业集团一名成员的破产管理人和整个或部分企业集团的集团代表）会增加混乱，并且可能损及参加程序的企业集团成员对此人的信任。《指南》也承认，破产管理人在主要程序方面承担的任务与集团代表在计划程序方面承担的任务可能各不相同（见第 116 段）⁹。为确保集团代表的独立性和公正性，主张职责分离是非常必要的¹⁰。以《欧洲破产条例》新编为例，正是出于这个原因，该条例第 71 条第 2 款规定：“协调员不得是被任命代表集团任何成员行事的破产清盘人之一，也不得与集团成员、其债

⁸ 《示范法》纳入(d)点时，应对拒绝启动计划程序的理由加以限制，从而提高使用此类程序的可能性。同时保留使用计划程序的灵活性。

⁹ 破产管理人和集团代表在各自职能和所追求目标上的区别可从《示范法》第 22 条第 1 款(e)项中找到依据，这一条款把易腐资产的管理和变现工作首先委托给（当地）破产管理人，只有在这一方案不可行的情况下，方可委托集团代表执行这项任务。正如《指南》所解释的，这类任务委托给集团代表“可能引起关切，因为该地位并不代表任何特定的[破产]财产，如果集团代表的行动酿成了损失，那么并不存在什么资产可对此提供某种保护”（见第 152 段）。

¹⁰ 合并两种职责可能也会使法院在确保集团代表的公正性和独立性方面的立场变得复杂。

权人和被任命代表集团任何成员行事的破产清盘人存在利益冲突。”¹¹我们主张在《示范法》中加入类似规定，可将其作为现有规则的一种备选方案（补充）。

建议 9. 给出备选方案，使颁布国可在《示范法》第 19 条中纳入以下规定：“集团代表不得是被任命代表企业集团任何成员行事的破产清盘人之一，也不得与企业集团成员、其债权人和被任命代表企业集团任何成员行事的破产清盘人存在利益冲突。”

《指南》第 41 段：计划程序的数量

10. 《示范法》没有说明可针对一个企业集团启动多少项计划程序，也没有提示在针对同一企业集团并且同时覆盖若干个法域时，启动多项计划程序应遵守怎样的优先顺序。《指南》第 41 段在这方面作了说明：“这并不是说在涉及一个企业集团的破产中只能有一项计划程序。”计划程序可以不止一个，而且没有规则来规范它们之间的关系，我们认为这样可能会降低这些程序的效用，尤其是如果几项计划程序相互重叠并且雷同，更是如此。为了减轻这种情况造成的负面影响，《指南》可以作出说明：在已经启动一项计划程序的情况下，可针对同一企业集团启动另一项计划程序，条件是启动新程序是有效的或另有其他正当理由。例如，企业集团的复杂性及其覆盖的地域范围可能会使启动若干项计划程序具有效力（例如，覆盖美利坚合众国/加拿大的计划程序、覆盖欧洲、中东和非洲地区的计划程序等）。

建议 10. 在《示范法》第 2 条(g)项或新章节（见上文建议 7）或《指南》第 41 段中加入一条说明：“在已经针对某一企业集团启动了一项计划程序的情况下，可针对同一企业集团启动另一项计划程序，条件是启动新程序是有效的或另有其他正当理由。证明后者的责任由请求启动新计划程序的企业集团成员承担。”

第 20 条：可为一项计划程序提供的救济

11. 《示范法》第 20 条涉及可向在颁布国进行的一项计划程序提供的救济。在不同类型的救济中，该条列出了“中止启动或中止继续进行对企业集团该成员资产、权利、义务或负债的个别诉讼或个别程序”（《示范法》第 20 条第 1 款(c)项）。我们认为，对这一救济的表述过于宽泛，以至于可同时涵盖企业集团成员提起的诉讼（例如，成员针对其第三方债务人提起的诉讼）以及针对企业集团成员提起的诉讼，而且并未考虑诉讼是处在审理阶段，还是尚未开始。我们未发现有足够令人信服的论据来限制前者，特别是在启动破产程序时诉讼已在审理中这种情况下，更是如此。这种干扰可能会打乱当事方的预期，并导致就同一事项重新提起诉讼，从而造成费用增加。换言之，对有序和公平进行跨国界破产而言，造成这种混乱可能是不必要的。《指南》似乎承认实施仲裁程序自动中止的实际意义有限，而自动中止仲裁程序可能受另一项法律（仲裁法）的规限（见第 125 段）。破产程序对于待决诉讼或仲裁程序的效力局限性也见载于《欧洲破产条例》新编第 18 条。

¹¹ 德国关于集团协调程序的规则也提到了协调方须具备独立性，其中规定获任命的协调管理人（*Verfahrenskoordinator*）必须独立于所有被任命的破产管理人、债务人（破产公司集团实体）和公司集团实体的债权人。见《德国破产法》，第 269 条 e 项。

建议 11. 我们建议《示范法》第 20 条第 1 款(c)项的行文如下：“中止启动或中止继续进行针对企业集团该成员有关其资产、权利、义务或负债的个别诉讼或个别程序。”¹²

第 28 条. 对于外国债权待遇的承诺：非主要程序

12. 《示范法》第 28 条引入了“合成”程序的概念。该条款规定，对于企业集团成员的债权人可在另一国非主要程序中提出的债权，可在颁布国启动的主要程序中按照该债权在该项非主要程序中将被给予的待遇处理。这种做法是以在主要程序中作出的并经法院在这些程序中批准的承诺（许诺）为基础。由此而来，非主要程序得以避免（排除）。其理由在于，该规定的最终目的是为了便利集中处理企业集团破产案件中的债权（《指南》第 194 段）。

可以指出，“合成”程序选项分别适用于企业集团每个成员。换言之，第 28 条所指的主要程序和非主要程序（后者得以避免）涉及一个并且是同一个法律实体，而不是几个法律实体。这并不损害“合成”程序在集团情形下的效用。但是有必要了解一点，即合成程序的概念分别适用于企业集团各个成员。在这方面，最好对《指南》第 24 段的说明加以修订，该说明如下：“第 5 章允许位于一个法域（非主要法域）的企业集团一个成员的债权在另一法域对集团另一成员进行的主要程序中按照适用于这些债权的法律处理”。

建议 12. 修订《指南》第 24 段，强调《示范法》第 28 条提及的承诺适用于企业集团同一成员的债权。

第 28 条. 对于外国债权待遇的承诺：非主要程序

13. 《示范法》第 28 条规定，作出承诺后可以保证以下一点：对于可在非主要程序中提出的债权，可在主要程序中按照该债权在该项非主要程序中将被给予的待遇处理，而无需实际启动这项非主要程序。条款案文没有清楚说明“按照[……]待遇处理”的含义。《指南》第 196 段举例如下：“可以在一个国家的非主要程序中提出的、并且与受颁布国主要程序管辖的集团成员有关的债权，可以在该主要程序中根据适用于该债权的法律予以处理。”

我们认为，为确定第 28 条意义上的“待遇”而提及有关债权的法律是令人遗憾的做法。原则上当事各方¹³可自由选择适用于债权的法律，而且这类法律本身可能与债务人、债权人、以及主要或非主要破产诉讼地毫无关联。此外，适用几十种甚至几百种不同的法律（取决于债权的数量，重要的是，《示范法》并没有限制或以其它方式规范这些法律的适用）可能既不经济也不现实。相反，我们建议，在“合成”（得以避免启动的）程序中，有关债权人待遇的指导性法律应当是关于潜在（得以避免启动的）非主要程序的国内法（得以免用的次级破产诉讼地法）。《欧洲破产条例》新编第 36 条第 1 款也采用了同样的办法。对任一管辖破产程序中受影响债务的外国法律而言，只有在（得以免用的）次级破产诉讼地法要求适用该外国法律

¹² 该条建议同样适用于《示范法》第 22 条第 1 款(d)项和第 24 条第 1 款(e)项。

¹³ 然而，债权和担保权的可执行性可能受制于国内（强制性）法律，这些法律有时包含国际公约。

的情况下，或者如果管辖债务的法律要求对当地债务重组程序进行任何修正的情况下（例如英国的吉布斯规则），这些外国法律才具有相关性。

可能会产生一个问题，根据避免启动的非主要程序的适用法律而可提供的待遇，应该在多大程度上约束对那些本可在这种非主要程序中提出债权的债权人实行的分配安排。《示范法》第 28 条和《指南》第 194-201 段都没有给出明确的答案。在这方面，我们认为第 28 条应当明确规定，主要破产程序的破产管理人可（根据《示范法》第 28 条第 1 款(a)项，单独或与集团代表共同）针对位于可能启动非主要破产程序的国家内的资产作出承诺。因此，在分配这些资产或资产变现产生的收益时，她/他将遵守被避免启动的非主要程序当地国内法所载关于分配和优先权的规定。这种做法符合非主要破产程序的地域范围，也见于《欧洲破产条例》新编第 36 条第 1 款。

建议 13. 修订《示范法》第 28 条，加入以下款项：

- (一) 针对位于可能启动非主要破产程序的国家内的企业集团成员资产作出承诺；在这种情况下
- (二) 对这些资产或资产变现产生的收益进行分配时，应遵守如果启动非主要程序的话当地国内法关于债权人将可享有的分配待遇和优先权的规定。

第 29 条. 我国法院对于第 28 条下所作承诺的处理权力

14. 《示范法》第 29 条涉及颁布国法院对于来自另一国所作承诺的处理权力。根据该条款，法院可核准所在地设在中国的债权人的债权在外国主要程序中可获得的待遇。“所在地设在中国的债权人的债权”这一表述的含义可能会引起混淆。这可以指：1. 债权所在地，2. 提起债权的债权人所在地。在第一种情形中，确定债权所在地可能难度很大，特别是考虑到《示范法》并没有针对该事项作出任何规定，而且处理这一问题的国际私法规则短期内在全球范围取得一致是不可预见的。对第二种情形来说，第 28 条完全没有提及债权人所在地，而是提到了可在非主要程序中提起的所有债权，没有考虑持有此类债权的债权人处于何地。另外，限制第 29 条的适用范围，例如仅限适用于当地债权人，这种做法可能违反同等原则。

建议 14. 为了使第 29 条与第 28 条保持一致，第 29 条可改为：

“[……]我国的法院可以：

- (a) 核准企业集团成员的债权人可在我国提起的债权将在外国主要程序
- 中获得的待遇；”

第 30 条. 对于外国债权待遇的承诺：主要程序

15. 《示范法》第 30 条放在补充条款中（B 部分）。其中主要阐释第 28 条的概念和机制，并规定可以在非主要程序中作出承诺，以避免启动主要程序或其他非主要程序。但是，《指南》第 207 段造成了混淆，该段称，这一条款允许在颁布国进行的程序中处理债权，“无论该程序是主要程序[我们加以下划线以作强调；报告员]还

是非主要程序。”我们认为，如果承诺是在进行主要程序中作出的，那么应该适用第 28 条，而不是第 30 条，正如所援引的《指南》规定叙述的那样。

另外两项意见与《指南》第 207 和 208 段有关。首先，第 207 段提到“处理外国债权”。鉴于《示范法》没有界定“外国债权”，使用这一术语可能会产生不确定性。此外，第 30 条并没有区分“当地”债权和“外国”债权。其次，第 208 段称，B 部分提到的承诺“可以由颁布国以外另一国任命的破产管理人作出[……]，也可以由颁布国计划程序中任命的集团代表作出。”我们认为，只有颁布国（即“核准承诺”的国家）任命的破产管理人（单独或与集团代表共同）方可作出这一承诺。这是因为作出一项承诺有赖于某一特定破产财产为此提供支持，只有这一财产的破产管理人方可代表该财产，并应被授权作出这一承诺（尽管须经法院确认或核准）¹⁴。

建议 15. 明确区分第 28 条和第 30 条的范围和适用，并避免就可作出承诺的人产生混淆，第 30 条可起草如下[黑体部分为新增内容]：

“为尽可能减少启动主要程序，或为便利处理债权人可在另一国的破产程序中另外提出的债权，**我国任命的企业集团成员的破产管理人**可以承诺在我国给予这些债权其在该另一国的破产程序中原本将可得到的待遇，我国法院可以核准该项待遇。**如果集团代表由我国任命（除非集团代表和破产管理人同为一人），那么承诺应由我国任命的破产管理人和上述集团代表共同作出。**”¹⁵

16. 《示范法》第 31 条与第 29 条内容相近，区别只是第 31 条规定可中止或谢绝启动的程序是主要破产程序。因此，有关修改第 29 条的建议大体也适用于《示范法》第 31 条。

建议 16. 为了使第 31 条与第 30 条保持一致，第 31 条可改为：

“来自正在进行破产程序的另一国的破产管理人已作出（如果已任命集团代表，则与该集团代表共同作出）第 30 条下所述承诺的，我国的法院可以：

(a) 核准企业集团成员的债权人可在我国提起的债权将在外国非主要程序中所获得的待遇；”

17. 《示范法》第 32 条载有两项规则。该条第 1 款规定了在承认外国计划程序时可提供的“额外救济”。特别是，法院可中止或谢绝启动破产程序。我们认为，《示范法》第 24 条已经规定了可提供这一救济。例如，第 24 条第 1 款(d)项允许法院中止对企业集团成员进行的任何破产程序。第 24 条第 1 款(i)项规定也可提供任何其他救济。

第 32 条第 2 款规定了集团破产解决方案的核准方式。《指南》第 214 段称，该方式有别于第 26 条所述的情况。其实不一定如此，因为第 26 条相当灵活，并且提到了“根据我国法律规定的任何核准和确认”。该表述非常宽泛，足以涵盖第 32 条

¹⁴ 类似的论证见《指南》第 197 段。

¹⁵ 为了使《示范法》第 30 条与第 28 条第 1 款(a)项保持一致，共同批准是必须的。此外，我们认为，仅仅由集团代表批准是不够的，因为她/他可能不负责管理可为该项承诺提供支持的破产财产。

第 2 款所指的法院直接核准的情况。可在第 26 条中加入法院有权在计划程序没有得到初步承认的情况下准予第 24 条所述救济这一内容。

建议 17. 将第 32 条从《示范法》中去除。如有必要，可对第 24 条和第 26 条进行修正，纳入相关行文，照搬《示范法》第 32 条提出的条文。
