联合国 A/CN.9/WG.V/WP.82

大 会

Distr.: Limited
1 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：破产集团企业的处理办法

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-2	2
二. 术语表	3	2
三. 集团企业：一般特征	4-41	3
A. 导言	4-8	3
B. 集团企业的性质	9-17	4
C. 通过集团企业开展业务的原因	18-27	6
D. 定义“集团企业” – 所有权和控制权	28-32	9
E. 对集团企业的管制	33-41	10

V.08-56332 (C) GP 150908 150908

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、A/CN.9/WG.V/WP. 80 及 Add.1 号文件中所载的材料、《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）第三十一届至第三十四届会议工作报告（分别为 A/CN.9/618、A/CN.9/622、A/CN.9/643 和 A/CN.9/647）。本说明包含对工作组第三十四届会议（2008 年 3 月 3 日至 7 日，纽约）讨论的建议所作的修订、在以往工作文件所载材料的基础上编写的评注草案以及工作组以往各届会议提出的评论意见和建议。

2. 下面的材料述及在处理破产集团企业方面的特有问题，并作为《立法指南》的第三部分提出。这些材料采用了《立法指南》第一和第二部分的结构，即首先是评注讨论相关的问题，然后是立法建议。集团企业的某一特定问题需要采取的方法可能与《立法指南》不同的，或者对破产集团企业的处理产生《立法指南》第一和第二部分所述以外的其他问题的，在本部分加以讨论。对集团企业各种问题的处理办法与第一和第二部分讨论的办法相同的，本部分不再重复。因此，除本部分另有说明外，指南第一和第二部分的建议适用于集团企业。工作组似宜审议如何编排这些材料。如果将其作为《立法指南》的第三部分，则需要对其内容和格式作适当的修改。例如，凡提及“《立法指南》”的地方均应删除，而应适当提及指南第一和第二部分的相关段落和建议。

二. 术语表

1. 关于术语的说明

3. 由于在不同的法域，术语的含义可能有着根本不同，因此本部分包含对下列补充术语的解释，以便为读者提供导向，并协助确保所述概念清晰，能够广为理解。此外还应参考《立法指南》术语表中关于术语的说明和有关术语和解释，因为它们可能与下文讨论的问题有关。

2. 术语和解释

(a) “集团企业”：以所有权或控制权的方式相互联系的两个或多个企业。

(b) “企业”：从事经济活动并可受破产法管辖的任何实体，不论其法律形式如何。[1]

(d) “控制权”：直接或间接决定企业的经营和财务政策的能力。

---

[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能使实体名副其实地被称为“企业”的经济活动。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。

(e) “程序协调”：协同管理针对集团企业成员启动的两个或两个以上破产程序。其中每个成员，包括其资产和负债，仍然分开，相互独立。[2]

(f) “实质性合并”：[将集团企业两个或两个以上成员的资产和负债合并在一起，形成单一破产财产。][3]

三. 集团企业：一般特征

A. 导言

4. 大多数法域承认“公司”的法律概念，即被赋予法人资格的实体，其法人资格区别于构成该实体的个人，无论是所有人、经理 ，还是职员。作为法人，公司能够享有某些法律上的权利，承担某些法律义务和责任，例如能够起诉和被起诉、持有和转移财产、签订合同和纳税。公司还有持久性，即无论公司人员在某一特定时间或随着时间的推移有何变化，公司都继续存在，股东可以转让股份，而不影响该实体作为法人存在。公司还可以实行有限责任制，投资者的赔偿责任仅限于其有意冒着风险投入企业的那部分数额，从而提供了确定性，鼓励投资。如果没有这一责任限制，投资者就会因参与的每一种商业经营而承担倾家荡产的风险。公司取得法人资格需经过法律程序，一旦成立，就要遵守对以这种方式成立的实体所适用的管理制度。这一法律一般不仅规定了成立公司的要求，还对成立公司的后果作了规定，如公司的权力和资格、公司成员的权利和义务，以及公司成员承担公司债务的限度。因此，可以认为公司形式有助于提高商业秩序的确定性，因为与公司发生交易的人知道可以信赖公司的法人资格以及与之相联系的权利、义务和责任。

5. 在国内和国际上，通过“集团企业”开展公司业务的现象越来越多。“集团企业”一词包含许多形形色色的以单一实体为基础的经济组织体，其工作定义可以笼统地描述为以某种形式（直接或间接的）控制权或所有权（见下文）联系在一起的两个或两个以上的公司。集团企业的大小和复杂程度有时并不明显，许多集团企业的公共形象是以单一的公司身份开展业务的统一组织。

6. 集团企业已经存在了一段时间。根据有些著述，集团企业是 19 世纪末 20 世纪初在一些国家经过内部扩大的过程产生的，在这一过程中，各公司控制了自己的财务、技术或商业力量。这些单一实体企业后来向外扩展，在法律或经济上控制了其他公司。起初，这些其他公司可能是在同一个市场中，但扩展最终还纳入了在相关领域经营的公司，后来又纳入了在不同的或无关的领域经营的公司，有的是产品不同，有的是地理位置不同，有的是产品和地理位置都不同。起码在某些法域中，有利于这种扩展的一个因素是，一个公司对另一个公司股份的所有权得到了合法化；而这种现象起初在英美法和大陆法体系中都是被禁止的。

---

[2] 见 A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1，第 18-21 段。

[3] 关于实质性合并的结果和对担保权益的处理办法，见建议 8 和 19。

7. 在上述扩展过程中，公司始终并继续保持着自己的独立法人资格，即使单独经营的公司如今可能只是小型私营企业的典型组织形式。今天，在新兴市场和发达市场中，集团企业已是无所不在，其共同的特征是，经营横跨许多往往没有联系的行业，常常是家族所有权与外部投资者不同程度的参与相结合。世界上最大的经济实体不仅包括国家，还包括相同数目的多国企业。庞大的跨国集团可能在全世界的国民生产总值中占有相当大的比例，而且其年增长率和年营业额超过了许多国家。

8. 虽然集团企业是现实存在的，但许多与公司有关的法律，特别是涉及对破产公司的处理的法律，所论及的都是单一公司实体。有些问题可按单一企业而不是单一公司实体来处理，许多国家的法官在遇到这样的问题时，在缺乏立法的情况下，逐渐形成了一些解决办法，以使所达到的结果更好地反映现代商务的经济现实。

B. 集团企业的性质

9. 集团企业的结构可以是简单的，也可以是极为复杂的，其中包括其完全或部分拥有的若干子公司、业务子公司、二级子公司、控股子公司、服务公司、隐名公司、交叉董事制、股本所有权等等。其中还可能有其他类型的实体，如特殊目的实体[4]、合营企业[5]、境外信托[6]和合伙企业。

10. 集团企业可以是等级结构或纵向结构的，连带各级母公司和受控公司，后者可能是子公司，也可能是其他类型的附属公司或关联公司，在生产、销售的不同阶段经营。集团企业的结构还可以是较为横向的，有许多兄弟集团成员，

---

[4] 特殊目的实体（SPE，又称为“特殊目的载体”或“不易破产的实体”）是为了实现小范围的或临时的目标而设立的，如购置特定资产和特定资产融资，主要是为了孤立金融风险或提高赋税效率。特殊目的实体一般都是几乎完全属母公司所有的子公司；某些法域要求由另一个投资者至少拥有 3%。一般来说，由于它的资产负债结构和法律地位，即使母公司破产，它的债务还是有保证的。设立特殊目的实体的公司不必将任何关联资产或债务列入自己的资产负债表，就可以达到自己的目的，因此这称为“表外账”。还可为竞争原因利用特殊目的实体，以确保由不受已有的特许协议影响的独立实体拥有新技术开发等知识产权。

[5] 合营企业往往是两个或两个以上当事方之间的合同安排或合伙关系，以便达到共同的经营目的。这种安排有时可能形成一个或多个法律实体，当事双方可能会投入股本，分享收益，分担开支，并分享企业控制权。这个企业可能只做一个特定的项目，也可能是持续的业务关系。合营企业在国际上应用广泛，因为一些国家要求外国公司与一个国内伙伴组成合营企业才能进入市场。这种要求的结果往往是技术和管理控制权转移到国内伙伴手中。组建合营企业可有助于分散成本和风险；增加获得资金的机会；形成规模经济和规模优势；便利获得新技术和新客户或使用革新管理做法。合营企业还有助于实现竞争目标和战略目标，如影响一个行业的结构演变；抢占竞争先机；创建更强的有竞争力的单位；便利技术和技能转让，以及便利多样化。

[6] 境外信托是根据境外法域的法律设立的传统信托安排，在性质和作用上与境内信托相似，其中涉及为某人或某类人的利益将资产转给受托人管理。境外信托可能是为了纳税原因或为了保护资产而设立的。实际上，如果转出资产的人本国法域的破产法实施起来撤销了对境外信托的转账和为欺骗债权人而进行的交易，这类信托的效用可能是很有限的。

往往有高度的交叉所有权，在生产、销售的同一个层面上经营。它们从事的业务可以是在相关的领域，也可以是在各种互不相关的领域。据说，在世界的某些区域，如欧洲，横向结构的集团比较常见，而在另一些区域，如美国和日本，纵向结构的集团比较常见。

11. 关于集团企业的研究文献清楚地表明，这些集团可能以不同类型的联合为基础，如银行关系、连锁董事会、业主联盟、信息共享、合营企业、卡特尔。研究还表明，集团企业结构随公司治理制度的不同而不同。在有些国家，其组织形式是纵向或横向的，并且跨行业发展。它们一般包括一家银行、一个母公司或控股公司[7]（称作“母公司”）或贸易公司，以及各种各样的制造公司。相比之下，在另一些国家，这些集团通常由一个家族或少数几个家族控制，为统一的纵向结构，或者与国家而非特定的家族有紧密的联系。

12. 集团企业内财务和决策的自主程度可能有很大差别。在一些集团中，各成员可能是活跃的贸易实体，对自己的业务目标、活动和财务负有首要责任。在另一些集团中，战略决策和预算决定可能是集中作出的，集团各成员作为一个较大企业的各个部门开展业务，在这种凝聚型经济单位内部几乎没有独立的自由决定权。母公司可能实行严格控制，通过集团的集中财务运作向集团成员分配股本和借贷资本，决定其经营和财务政策、确定业绩目标、挑选主管及其他关键人员，并对其活动进行持续监督。集团的权力可能集中在最高的母公司或集团链上略低一些的公司手中，母公司拥有集团的关键股份，但没有任何直接的生产或管理职责。最为庞大的集团可能有自己的银行，并履行资本市场的主要职能。集团融资可能涉及母公司和子公司之间的集团内贷款，包括母公司的借出和借入以及设定交叉担保。[8]集团内贷款可能是周转资金，也可能是未偿付的短期债务，如未支付的股息或与集团内交易有关的信贷；可能须支付利息，也可能无须支付利息。

13. 在一些国家，家族关系在集团企业中起着重要的联系作用，例如，可能有这样的情况：较为重要的家族成员和与家族成员关系密切的合作伙伴担任集团母公司董事会的董事，这个董事会的董事又分别担任集团各成员的董事，这样就形成了连锁交叉的董事网，使这个家族能够保持对集团的控制。例如，印度一家大集团的组织结构图显示了母公司和其他 45 个集团成员之间相互担任董事职务的复杂网络。

---

[7] 控股公司或母公司是直接或间接拥有另一公司足够表决权的股份，因而可通过影响或选举其董事会而控制管理和业务的公司。这一术语可以指本身并不生产货物或提供服务但目的是拥有其他公司股份（或直接拥有其他公司）的公司。

[8] 在许多国家，集团企业筹集资金的一个主要办法是交叉担保融资，集团内每个公司都为其他公司的业绩作担保。在有些法域中，在清算时执行交叉担保债权是有难度的，因而这些债权有时被驳回。在一个法域中，交叉担保的作用可以是对加入交叉担保安排的公司免于进行会计或审计，从而有可能减轻公司的管理负担。有了交叉担保协定后，加入该协定的公司集团在许多方面就如同一个单一的法律实体，如果加入协定的一个或几个公司在交叉担保仍然有效时破产，该协定便作为一种自愿供款或集资形式发挥作用。这种安排的一个好处是，债权人和潜在债权人可以把重点集中在这些实体所具有的集合地位上，而不是集中在加入协定的独资子公司各自的财务报表上。

14. 在一些国家，集团企业与政府和政府政策关系密切，例如那些影响信贷和外币使用以及竞争的政策，大大影响了集团的发展。同样也有一些实例表明，政府制定了针对集团企业经营的政策，取消了某种类型的优惠待遇，如获得资金的机会。

15. 许多集团企业的结构显示了组织安排的规模和潜在的复杂性。1997 年在澳大利亚对 500 强上市公司进行的一项调查表明，这些公司中有 89%控制着另外的公司；上市公司的市场资本总额越高，控制的公司数目可能就越多（市场资本总额最高的公司平均控制 72 家公司，市场资本总额最低的公司平均控制 9 家公司）；有 90%的受控公司完全属控股公司所有；一个集团企业纵向附属等级的数目从 1 到 11 不等，总体平均数为 3 到 4 个。[9]在另一些国家，这类数字要高得多。根据一些总部设在英国的大型跨国集团 1979 年的账目和报告进行的一项研究不得不放弃其中两个分别拥有 1,200 和 800 个子公司的最大集团，因为这项研究任务根本无法完成。研究人员注意到，集团中几乎没有人清楚了解集团内所有成员之间的确切法律关系，所调查的集团中似乎没有一个有自己的完整结构图。同样，香港一些房地产集团，如 20 多年前倒闭的佳宁集团，其集团结构图有好几页，需要高级放大镜才能把子公司一一找出来。汽车配件供应商辉门集团的集团结构图放大到能看到所有子公司的名称时，占满一间小办公室的一整面墙。另一个汽车集团柯林斯爱克曼的集团结构图印成了一本书，其中的二级子集团结构的复杂程度相当于许多国内集团企业。

16. 从若干要素上可以判断一个集团一体化的程度，这些要素可包括集团的经济组织（如行政结构是集中安排的，还是保持各成员的独立性，子公司是依赖集团企业供资还是依赖贷款担保，人事事务是否集中管理，母公司对政策、经营和预算作出关键决定的限度，以及集团业务纵向或横向结合的程度）；集团如何对销售进行管理（如集团内销售和购买的重要性、共同商标、标识和广告方案的使用，以及对产品提供的保证）；以及集团的公众形象（如集团表现为单一企业的程度，以及在对外报告，例如对股东、监管人和投资人的报告中将集团各公司的活动称为集团业务的程度）。

17. 一个集团由若干独立的法律实体组成，这一法律结构不一定能决定集团管理业务的方式。虽然每个集团成员都是一个单独的实体，但管理可能是按产品系列分部门安排的，子公司可能有一个或多个产品系列，因而分属不同的部门管理。在某些情况下，对独资子公司的管理就像对母公司分支部门的管理一样。

C. 通过集团企业开展业务的原因

18. 集团企业的形成、运作和发展是由多种因素决定的，从法律和经济因素到社会、文化、体制和其他准则，不一而足。国家领导、继承习俗、亲属关系结构（包括代际因素）、种族关系和国民观念，以及支持商业活动的法律框架（如合同执行的有效程度）和制度框架的发达程度，都可能在不同环境中对集

[9] 列示于公司和证券顾问委员会《公司集团最后报告》中，2000 年（澳大利亚），第 1.2 段。

团企业产生影响。一些研究表明，集团结构可以弥补不发达的制度，因而会对交易成本有利。

19. 通过集团企业结构开展业务的好处可包括，使集团能够将其各项活动分为不同类型的业务，每种业务由集团中一个单独的公司经营，从而有助于降低商业风险，或获得最大的经济收益。一个公司可以收购另一个公司，以便扩大并增强在市场上的实力，同时维持所收购的公司，并将该公司作为单独的实体经营下去，以利用它的公司品牌、商誉和公共形象。扩展的目的可能是获得新技能、技术技能或管理技能。集团成立后，由于对多余子公司进行合理化和清算所花费的行政费用，集团可能继续存在并扩增。

20. 集团结构可以使集团能够仅为它的一部分业务吸引资金，又不失去总体控制权，办法是用这一部分业务组成单独的子公司，并允许外部投资者收购其中的少数股权。集团结构可以使集团通过将环境责任和消费者责任等高风险局限于集团中特定的成员，从而降低法律责任风险，这样就使集团其余的资产免受潜在责任的影响。将特定资产拨入为了这一目的而成立的单独成员，有利于为债务或项目融资提供更有力的担保，可确保出贷人对新成员的全部或大部分资产有第一优先权。还可以在集团中单独组建一个成员，承担特定的项目并利用其自有资产或业务收取费用，从而获得补充资金，也可能需要为获得政府许可证或特许证而组建这样一个成员。集团结构可以简化企业的部分出售，因为将集团中一个成员的股份转让给收购人而非出售分散的资产可能比较方便，有时还能省税。集团也可能是在下述情况下偶然形成的：一个公司收购了另一个公司，而后者可能是另外一些公司的母公司。

21. 如果受审慎监管要求或法律要求约束的公司是彼此独立的集团成员，在这种情况下可能比较容易满足这些管制要求。就跨国集团而论，如果集团希望在特定的国家经营业务，这些国家的国内法律可能要求通过独立的子公司经营当地业务（有时须满足当地的最低股本要求）或强加其他要求或限制，例如与就业和劳工法规有关的要求或限制。海外扩展已经使用了不涉及股本的安排，原因诸如地方阻碍参股、对外国投资经营加以管制的程度和这些类型的安排在成本上的相对优势。对于跨国集团来说，另一个有关因素可能是地理上的要求，如需要通过在一个特定地点设立的子公司获得原材料或销售产品。一个越来越重要的有关因素是关于初次组建公司的费用和简便程度、公司的责任和集团的破产处理等问题的当地法律的重要性，这个因素与集团结构各个部分应设在何处关系密切，而与是否通过集团结构组建一个企业这个问题的关系或许不是很密切。由于不同法域中法律的差异，这些问题可能会变得复杂得多。

22. 复杂的集团结构的其他主要驱动因素包括财务因素及其对集团内部资金流动的影响。人们常常认为，纳税负担是集团企业形成和随后取得发展的原因，而且许多法律制度历来重视关联实体的经济统一性。对各个实体分别征税可能是根本的原则，但可以加以修正，以实现基本的目的，如保护政府的税收利益并减轻由于对集团中每个成员单独征税而造成的税收负担。[10]将母公司和子公司之间的联系考虑在内的措施包括对集团内部股息免税；集团减税；以及旨在打

[10] “国际投资和跨国企业—母公司及其子公司的责任”，经合组织，1979 年。

击逃税的措施。例如，对公司付给公司内股东的股息可以免税，如果各公司是以实质性的所有权相联系的，对集团内部的股息也可以免税。为子公司的基础利润缴纳的国外税和直接对股息征收的国外税可以从税额中扣除。如果关联公司可以作为单一的财务单位来处理，并有联合账目，则可适用集团减税。一个子公司的亏损可由另一个子公司的收入或利润冲抵，集团各成员之间也可以分担亏损。

23. 由于财务因素的重要性，集团间的定价政策和国家税率与政策往往决定了集团企业内部对资产和负债的分配情况。各法域规定的公司税率不同，而且在一些法域可适用某些例外情况（如对制造活动的利润或金融服务收入降低税率），使这些法域可能比其他税率高而且少有或没有例外情况的法域更有吸引力。不过，税务当局可能有权重新审查划拨定价体系，目的是查出在低税地的利润。

24. 诸如设立分支部门还是子公司之类的选择还可能受到财务法规的影响，例如，可通过向母公司偿还贷款的方式将一个境外子公司的利润调回而不必付税，或者，只要母公司拥有境外子公司一定百分比的股份资本（5-20%），调回境外子公司的利润也可以免税；为收购子公司所借款项的利息可从利润中扣除，而且，如前所述，各个子公司的利润和亏损可以在统一报税时互相抵销。商务活动也由两个或两个以上的公司分工，以便充分利用税收优惠、对税收优惠额的限制条件或累进税率。其他原因可能包括：利用不同会计办法、纳税年度、折旧办法、存货估价办法和境外税抵扣额的差异；将各项活动分开进行，这些活动如果归入单一的应税实体，可能在财务上不利；在某些活动中（如预期的或潜在的销售、合并、清算或家族内馈赠或遗产）利用仅为某些操作方式提供的优惠待遇。

25. 决算要求对集团企业的结构也起到了一部分决定作用。在一些法域中可能会产生某些办法，如“仅为代理”的子公司，来管理业务的某些方面，由于该子公司仅为母公司的代理，有关资产全归母公司所有，因而母公司可免于提交该子公司的详细交易账目。

26. 通过集团企业开展业务的种种好处可能有许多都是不切实际的。防止巨大损失的保护措施可能因为下述因素而失效：集团融资协议；集团内贸易；交叉担保；给集团审计员的支持函[11]，以及主要债权人，特别是银行家为确保得到任何集团中顶层成员单位的赔偿而采取的意向。

27. 为了避免造成疑问，需要解释的是，从会计角度上说，集团结构是没有必要的—统一的分支部门也好，子公司组成的集团也好，对会计来说都一样。银行、商业和法律部门或许常常不喜欢集团企业的会计部分。在向新的国际财务报告准则过渡期间，产生误解的机会会有所增加，许多集团的合并办法也从重视交易实质转为要求法律形式重于实质。安然、世界通信和其他倒闭事件正是

[11] 支持函一般由母公司提供，用以说服另一个实体与一个子公司进行交易。其中可包括各类保证，但都不能等同于担保，可能包括保证继续持股或对子公司的其他财务承诺；利用其影响力确保该子公司履行基本合同所规定的义务；或确认其已知道与该子公司的合同，但不明确表示会为基本义务承担任何责任。

因为“表外”核算结构才有可能发生，人们普遍承认，使财务报表清晰明了是必要的。

D. 定义“集团企业” – 所有权和控制权

28. 虽然在立法和法院判决中都日益承认了集团企业的存在和集团各成员之间关系的重要性，但却没有一套连贯一致的规则综合地对这些关系直接加以管辖。一些法域的立法承认集团企业的存在，但可能没有通过商业立法或公司立法具体处理对这类集团的管制问题，而是包含在关于税收、公司会计、竞争与合并或其他问题的立法中；涉及集团企业破产处理的立法很少见。此外，对确实涉及集团企业各个方面的立法所进行的分析显示，对与集团有关的各种问题采取的办法多种多样，不仅在各法域之间存在差异，同一法域的不同立法相比也有所不同。这样，对于集团的构成要素可以为了不同目的适用不同的检验办法，虽然可能存在共同的要素，而且这些检验办法使用一个特定的概念，如“控制权”，但如上所述，定义取决于立法的目的，因而可宽可窄。

29. 许多立法避免给出“集团企业”一词的具体定义，有几个常用的概念来确定公司之间的何种关系足以使它们为某种特定目的而构成集团企业，如分摊负债、会计目的、税收等目的。在不同国家的立法和许多关于集团企业的法院判决中都有这些概念，其中一般包括直接或间接的所有权和控制权或影响力的各个方面，但在一些案例中只考虑直接的所有权或控制权或影响力。对这两种概念的选择经常反映出对需要确定性还是灵活性的权衡，确定性可通过规定某一特定程度的所有权来实现，灵活性则可通过参照控制权和承认集团企业的各种经济现实来更好地实现。

30. 一些案例参照公司之间形式上的关系来考虑所有权，如母公司与子公司之间关系的构成要素。可以参照一个形式标准来确定这种关系，即直接或间接持有特定百分比的资本或表决权。这些百分比的实例从 5%到 80%以上不等。规定的比例较低一般是考虑到种种其他因素，如下文讨论的因素，将其作为控制权的指标。在一些案例中，根据百分比可对所有权作出可反驳的推定，而百分比较高时则可作出结论性推定。

31. 关于集团企业构成要素的其他案例采取了较为实用的办法，侧重于控制权、控制性影响或决定性影响的各个方面（在本说明中称为控制权），“控制权”常常是一个固定的术语。控制权的主要因素包括直接或间接的实际控制权或控制能力、财务与经营政策和决策。如果定义包括控制能力，通常考虑的是被动的潜在控制能力，而不是侧重于主动行使的控制权。可通过对资产的所有权来获得控制权，也可以通过赋予控制方控制能力的权利或合同。重要的不是各实体之间关系的严格法律形式，如母子公司关系，而是这一关系的实质。

32. 诸多因素可以表明存在着一个实体对另一个实体的控制，其中可包括：能够支配另一个实体的董事会或理事机构的组成；能够指定或罢免另一个实体的所有或大多数董事或理事机构成员；能够控制另一个实体的董事会或理事机构会议上的多数投票；在另一个实体的大会上可能投出的选票中能够占多数，或能够控制其中多数投票，无论这种资格是靠股份还是靠期权获得的。对上述因

素的考虑可能涉及以下资料：集团成员的注册文件；成员股权的详细资料；关于成员实质性战略决定的资料；内部和外部管理协议；银行账户及其管理的详细信息和经授权的签字人；职工的有关资料。

E. 对集团企业的管制

33. 对集团企业的管制一般以下述两种办法之一为基础，在某些情况下以这两种办法相结合为基础：独立实体办法（这是传统办法，也是最为普遍的）和单一企业办法。

34. 独立实体办法所依据的是几个基本原则，其中首要的原则是集团中每个公司的独立法人资格。所依据的另外一个原则是集团中每个公司的股东的有限责任，以及集团每个独立实体的董事对该实体的责任。

35. 一个公司的独立法人资格一般指该公司有自己的权利和义务，无论其控制者或所有者是什么人（即无论另一个公司对它有全部还是部分所有权），也无论其参与集团企业活动的情况如何。它的负债是自己的债务，一般不能抽调集团的资产来偿付这些债务。与外界订立的合同不会自动牵涉到母公司或集团的其他成员，母公司在确定自己的利润时不能把集团其他公司未分配的利润考虑在内。公司的有限责任系指集团企业的成员对集团的债务没有责任，因而这些成员的潜在亏损不能超过他们通过购买股份投入公司的数额，这与合伙或独资企业不同。

36. 相比之下，单一企业办法所依据的是集团企业各成员的经济一体化，把集团作为单一的经济单位，集团的经营是为了增进整个集团的利益，或主导的法人团体的利益，而不是单独的成员的利益。可以在集团内互相借贷，利用集团的财务安排来抵销集团中每个成员的借贷余额；可允许集团各成员亏损经营或投资不足，以此作为集团整体财务结构和战略的一部分。资产和负债可以不同方式在集团各成员之间转移；可以根本上的优惠条件进行集团内部贷款、担保或其他财务安排。

37. 许多国家实行独立实体办法，但有些国家承认有的例外情况不能严格适用这一办法，还有一些国家已经通过立法或法院对某些情况采用了单一企业办法。

38. 不能严格适用独立实体办法的情形可包括：一公司或任何受控实体并入集团企业账目；关联方交易（上市公司不得将任何金钱利益，包括集团内贷款、担保、赔偿、债务豁免或资产转让，给予与之有关的公司，除非该交易得到股东的核准，或无须经股东核准）；交叉持股（集团成员一般不得收购任何控股成员的股份或接受对控股成员股份的担保，也不可向任何受控成员发行或转让股份）；破产交易（母公司应该对子公司的破产情况有所察觉，否则可能须对该子公司破产时欠下的债务负责）。

39. 一些国家已将可作为单一企业进行经营的集团企业分为不同的类型，以便增强对债权人和少数股东的保护。在其中一个国家，上市公司的集团企业结构

分为以下 3 类：(a)一体化集团；(b)合同集团；(c)事实集团，对其适用的是针对公司治理和责任的一整套协调的单一企业原则：

(a) 在一体化集团中，母公司拥有子公司特定比例的股份，集团依据母公司特定比例的股东的投票来核准子公司完全一体化问题。由于母公司对子公司的负债负有连带责任，因而母公司将对子公司有绝对的管理权；

(b) 合同集团的成立方式是，两个公司各出特定比例的股东订立合同，赋予一个公司（母公司）管理另一个公司的权利，条件是管理符合母公司或整个集团的利益。给予母公司控制权可使少数股东和债权人得到更好的保护；

(c) 在事实集团中，一个公司对另一个公司有直接或间接的支配权。虽然未经任何正式安排，但母公司必须有系统地参与受控公司的事务。

40. 有一个国家在公司立法中采用了单一企业原则，母公司全部或部分所有的子公司的董事可以为母公司而非子公司的利益办事；对简化集团合并程序作了规定；立法还允许发出摊付令和集中令。

41. 在另一个国家，影响到集团企业的商业管制法越来越多地应用单一企业原则，以确保不可能借集团企业来损害或躲避具体商业立法所依据的政策。法院推动了这一发展，有选择地采用了单一企业概念，以便落实立法的根本政策。这一概念已经应用于破产法，以撤销特定的集团内交易，支持集团内担保，并在有限的情况下达成实质性合并。法院还有权在清算集团一实体时改变债权的优先次序，办法是将集团内对该实体的贷款作为股本而非债务进行处理，或将集团内对该实体的贷款列于外部债权人的债权之后。

[A/CN.9/WG.82/Add.1 讨论破产程序的申请和启动（联合申请和程序协调）；Add.2 讨论破产程序启动后的资产处理办法（破产财产的保护和保全、资产的使用和处分、启动后融资）、撤销和排序居次；Add.3 讨论救济办法（扩大责任范围、摊付令和实质性合并）、参与方（单一破产管理人）和重组计划；Add.4 讨论国际问题。