



大会

Distr.: Limited
10 February 2010
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十八届会议
2010年4月19日至23日，纽约

《贸易法委员会破产法立法指南》

第三部分：破产企业集团对待办法

- 一. 企业集团的一般特征
- 二. 处理企业集团的破产：国内问题

秘书处的说明

1. 本说明载列《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分的评注和建议草案。评注和建议是原载于 A/CN.9/WG.V/WP.90 和 Add.1 号文件的案文的修订本，根据第五工作组 2009 年 11 月第三十七届会议工作报告（A/CN.9/686）作了修订。
2. A/CN.9/WG.V/WP.92 述及企业集团国内对待办法，而 A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 则述及国际对待办法。A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 供工作组参考和考虑。该文件载有一些解释性说明，旨在解释对建议草案所作的修订，为讨论提供便利并提出供工作组考虑的问题；无意将 A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 的内容作为《立法指南》第三部分案文的组成部分。



《贸易法委员会破产法立法指南》

第三部分：破产企业集团对待办法

目录

	段次	页次
第三部分导言	1-2	3
第三部分目的	3	3
术语表	4	3
一、 企业集团的一般特征	1-39	4
A. 导言	1-5	4
B. 企业集团的性质	6-16	5
C. 通过企业集团开展业务的原因	17-25	8
D. 定义“企业集团”——所有权和控制权	26-30	10
E. 对企业集团的监管	31-39	11
二、 处理企业集团破产问题：国内问题	1-152	13
A. 导言	1-4	13
B. 申请和启动	5-37	13
C. 破产程序启动后的资产处理办法	38-91	22
D. 救济	92-137	35
E. 参与方	138-145	48
F. 企业集团两个或多个成员的重整	146-152	51

第三部分

破产企业集团对待办法

第三部分导言

1. 第三部分重点论述破产企业集团对待办法。某一特定问题因为影响企业集团而需要采取不同于第二部分所采取办法的，或者对破产企业集团的处理产生第二部分所述以外问题的，在本部分处理。在企业集团情形下对问题的处理办法与第二部分所述办法相同的，本部分不再重复。因此，除本部分另有说明外，第二部分的实质内容也适用于企业集团。

2. 第一章论述企业集团的一般特征。第二章述及国内情形下集团成员破产问题，并提出一些建议，以针对集团情形下产生的额外问题补充第二部分的建议。第三章借鉴《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》），述及企业集团跨国界破产问题，与单个集团成员的跨国界破产程序有关，但不述及与位于不同国家的集团不同成员破产有关的问题，并以《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》（《实践指南》）为基础。

第三部分目的

3. 本部分的目的是在国内和跨国界情形中允许在企业集团的范围内处理企业集团一个或多个成员的破产程序，以处理涉及企业集团的破产案件的特别问题，并为整个企业集团及其债权人实现更好、更加有效的结果，特别是：

- (a) 为了促进建议 1 的关键目标；
- (b) 在建议 5 的情况下，更加有效地处理涉及企业集团成员的跨国界破产案例。

术语表

4. 新增的下列术语是专门针对企业集团的，应结合上述主术语表所载术语和解释来理解。

- (a) “企业集团”：以控制权或举足轻重的所有权而相互联结的两个或多个企业；
- (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
- (c) “控制权”：直接或间接决定企业的经营和财务政策的能力；

¹ 与针对单个债务人所采用的做法相一致，本部分注重的是实体所从事的能使其名副其实地被称为“企业”的经济活动。无意将根据建议 8 和建议 9 不受破产法管辖的消费者和其他专业性实体（例如银行和保险公司）包括在内（见上文建议 9 的脚注 6）。这类债务人破产所产生的特殊问题没有在《立法指南》中专门述及（见上文，第二部分，第一章，第 1-11 段）。

(d) “程序协调”：协同管理针对企业集团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

(e) “实质性合并”：将企业集团两个或两个以上成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分对待。³

一. 企业集团的一般特征

A. 导言

1. 多数法域承认“公司”的法律概念，即具有法人资格的实体，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项商业冒险活动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，就要遵守适用于以这种方式成立的实体的管理制度。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事务秩序的确定性，因为与公司发生交易的人知道可以信赖公司的法人资格及其附带的权利、义务和责任。

2. 不管是在国内还是在国际上，通过“企业集团”开展公司业务的情况越来越多。“企业集团”一词包含形形色色以单一实体为基础的经济组织，作为工作上的一个定义，可以松散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）相联系的两个或两个以上的法律实体（集团成员）。企业集团的大小和复杂程度有时并不明显，在公众印象中，许多企业是以单一公司身份开展业务的统一组织。

3. 企业集团已经存在了一段时间。根据有些著述，企业集团是 19 世纪末 20 世纪初在一些国家经过内部扩张过程产生的，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大，在法律或经济上控制了其他公司。起初，这些其他公司可能同属一个市场，但扩大过程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或无关领域经营的公司，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，有利于这种扩大的一个因素是，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。

4. 在上述扩大过程中，公司保持并持续保持着自己的独立法人资格，即使单个公司如今可能只是小型私营企业的典型组织形式。在新兴市场和发达市场

² 评注详细解释了程序协调的概念，见下文第 22-25 段。

³ 关于实质性合并的结果和对担保权益的处理办法，见下文建议 224-225 和评注第二章，第 129-133 段。

中，企业集团已是无所不在，其共同特征是，业务横跨许多有时是毫不相关的行业，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，还包括相同数目的跨国企业集团。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，而且其年增长率和营业额超过了许多国家。

5. 虽然企业集团是现实存在的，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，涉及的都是单一公司实体。有些问题按单一企业而不是单一公司实体来处理可能比较好，⁴许多国家的法官和破产管理人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，以便达到的结果更准确地反映现代商务的经济现实。

B. 企业集团的性质

6. 企业集团的结构可以简单，也可以高度繁杂，其中涉及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、休眠公司、交叉董事制、股本所有权等等。其中还可能还有其他类型的实体，如特殊目的实体、⁵合营企业、⁶境外信托⁷收入信托⁸和合伙企业。

⁴ 下文对区别作进一步讨论，见 E，第 31-39 段。

⁵ 特殊目的实体（SPE，又称为“特殊目的载体”或“不易破产的实体”）是为了实现狭窄或临时目标而设立的，如购置特定资产和特定资产融资，主要是为了隔离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，以确保由不受已有特许协议影响的独立实体拥有新技术开发等知识产权。

⁶ 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。合营企业在国际上广泛应用，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采用新颖的管理做法。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，以及便利多元化。

⁷ 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。

⁸ 收入信托是持有创收资产的投资信托。也可以指某些资产或业务的法律实体、资本结构或所有权载体。其股票或信托股在证券交易所交易，通过每月或每季度的分配将收入转给投资者或持股人。

7. 企业集团可能具有等级结构或纵向结构，形成母公司和受控公司的层层级别，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，业务涉及生产或销售过程的不同阶段。纵向一体化通常发生在一个单独的产业，例如将部分或所有从原料来源至最终产品销售的一整序列的作业结合在一起。可以通过收购供应商、批发商和零售商而作为一种战略加以实行，以增强控制和可靠性。当一个公司通常以行使购买力的方式获得对供应商或分销商的强大控制时，也可能形成这种局面。一个经常引述的纵向一体化实例是石油工业，大型集团进行勘探和原油开采、运输和提炼，以及燃料的零售分销和出售。

8. 企业集团的结构还可以是横向的，有许多兄弟集团成员，它们往往有高度的交叉所有权，业务涉及特定过程的同一个层面。例如，在图书出版业，出版商可能收购其他同行，以扩大其编辑人员和作者队伍，或提高其竞争力；或例如在媒体行业，一个集团可能拥有多种媒体宣传形式，传播同样或类似的内容。横向一体化一般涉及对单独一个生产阶段或一个产业的控制，使集团能够利用规模经济，但横向一体化的集团也可能在相关领域，或多种互不相关的领域开展业务。据说，横向结构的集团在世界的某些区域如欧洲比较常见，而纵向结构的集团在另一些区域如美国和日本比较常见。另外，纵向一体化可能在制造业比较常见，横向一体化则在市场营销业比较常见。

9. 关于企业集团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、交叉董事会、所有者联盟、信息共享、合营企业、卡特尔。研究还表明，企业集团结构随公司治理制度的不同而不同。在有些国家，这些集团可能是纵向或横向组织的，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⁹（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，统一采用纵向结构，或者与国家而非特定的家族有紧密的联系。多元化程度也有很大不同，一些集团有大量的集团内交易，另一些则没有。¹⁰

10. 企业集团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

⁹ 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。

¹⁰ 一些研究表明，例如智利的集团的多元化程度高于南韩的集团，菲律宾的集团的纵向融合程度高于印度的集团，其对金融业务的参与程度远高于泰国的集团。见 T.Khanna 和 Y.Yafeh, 《新兴市场的企业集团：典范还是寄生虫？》《经济文献杂志》，第六十五卷（2007年6月），第331-372页。

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。¹¹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。

11. 在一些国家，家族关系在企业集团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。¹²

12. 在一些国家，企业集团与政府和政府政策关系密切，例如影响信贷和外币使用以及竞争的政策，这种状况大大影响了集团的发展。同样，也有一些实例表明，政府制定了针对企业集团经营的政策，取消了某种类型的优惠待遇，如获得资金的机会。

13. 许多企业集团的结构显示了组织安排的规模和潜在的复杂性。企业集团可能由众多层次的不同公司组成，这些公司或多或少受上面一个或几个层次的控制，¹³有时涉及数百家不同公司，甚至数千家公司。

14. 例如，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 家子公司的最大集团，因为这项任务根本无法完成。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，所调查的集团似乎没有一个有自己的完整结构图。¹⁴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

¹¹ 在许多国家，企业集团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履约作担保。在有些法域中，在清算时执行交叉担保债权是有难度的，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重点注意这些实体的综合状况，而不是重点注意加入协定的独资子公司各自的财务报表。

¹² 见 Khanna 和 Yafeh，注 10。

¹³ 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；一个企业集团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。在另一些国家，这类数字要高得多。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。

¹⁴ Hadden，《公司集团内部》，1984 年《国际法律社会学杂志》，12，第 271-286 页，重点第 273 页。

图有好几页，需要高倍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，其中的子孙集团结构的复杂程度相当于许多国内企业集团。

15. 判断一个集团一体化的程度，可以参照若干要素，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，子公司是依赖企业集团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融合的程度）；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，以及产品保证的提供）；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、监管者和投资者的报告中将集团各公司的活动称为集团业务的程度）。

16. 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对集团业务管理方式起决定作用。虽然集团每个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. 通过企业集团开展业务的原因

17. 企业集团的形成、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，以及作为商业活动基础的法律框架（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企业集团产生影响。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。

18. 通过企业集团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，并获得最大的经济收益。一个公司可以收购另一个公司，以便扩大并增强市场实力，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、商誉和公众形象。公司扩大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，由于合理调整和清算多余子公司使得行政费用减少，集团可能继续存在并扩增。

19. 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，并允许外部投资者购买其中的少数股权。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特定成员，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。将特定资产拨入为此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，可确保贷款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。集团结构可以使企业的部分出售变得简单，因为将集团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。集团的形成也可能是偶然因为作为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。

20. 如果受监管要求约束的公司是彼此独立的集团成员，可能比较容易满足这些要求。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缘上的要求，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、所组建实体的义务和破产集团的对待办法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，而与否通过集团结构组建一个企业的关系或许不是很密切。由于各个法域的法律差异，这些问题可能会变得复杂得多。

21. 采用复杂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。纳税负担常常被作为企业集团形成和随后发展的原因，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和减轻由于对集团每个成员单独征税而造成的纳税负担。¹⁵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；以及旨在打击逃税的措施。例如，公司付给驻在国持股公司的股息可以免税，如果各公司因实质性所有权而联系在一起，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处理，并有合并账目，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冲抵，集团各成员的利润和亏损也可以合并计算。

22. 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企业集团内部的资产和负债分布。各国规定的公司税率不同，而且在一些国家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），使这些国家可能比其他税率高而且少有或没有例外情况的国家更有吸引力。不过，税务当局可能有权重新审查旨在将利润归放在低税区的划拨定价体系。

23. 诸如设立分支机构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

¹⁵ “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。

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、存货估价办法和国外税抵扣额的差异；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）利用仅为某些运作方式提供的优惠待遇。

24. 决算要求对企业集团的结构也起到了部分决定作用。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。

25. 通过企业集团开展业务的种种好处可能有许多都是虚无的幻想。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；给集团审计员的告慰函，¹⁶以及主要债权人特别是银行机构倾向于确保获得任何集团最上级成员承付的赔偿。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企业集团的会计部分。

D. 定义“企业集团”——所有权和控制权

26. 虽然在立法和法院判决中都日益承认企业集团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企业集团的存在，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监管问题，而是将有关监管问题包含在关于税收、公司会计、竞争与合并或其他问题的立法中；涉及企业集团破产处理的立法很少见。此外，对确实涉及企业集团各个方面的立法所进行的分析表明，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。

27. 许多立法避免给出“企业集团”一词的具体定义，但有几个常用的概念用以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企业集团，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企业集团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能力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能力或影响力。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能力和承认企业

¹⁶ 告慰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。

集团的各种经济现实来更好地实现。

28. 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，例如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。规定比例较低的法律一般是考虑到种种其他因素，如下文讨论的作为控制能力指标的因素。在一些案例中，根据百分比可对所有权作出可反驳的推定，而百分比比较高时则可作出结论性推定。

29. 关于企业集团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（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。

30. 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；与职工有关的资料。

E. 对企业集团的监管

31. 对企业集团的监管一般按下述两种办法其中之一，在某些情况下两种办法同时并用：独立实体办法（这是传统办法，也是最为普遍的办法）和单一企业办法。

32. 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。

33. 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），也无论其参与企业集团活动的情况如何。它的负债是自己的债务，一般不能抽调集团的资产¹⁷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企业集团的成员一般对集团的债务没有责任，因而潜在亏损不能超过通过购买股份投入集团成员的数额，这与合伙或独资企业不同。

¹⁷ 关于实质性合并的讨论，见第三部分，第二章，第 105-137 段。

34. 相比之下，单一企业办法所依据的是企业集团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，或主导的集团成员的利益，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。

35. 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形成了单一企业办法。

36. 不能严格适用独立实体办法的一些情形可包括：一公司或任何受控实体并入企业集团账目；相关人交易（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（集团成员一般不得获取任何控股成员的股份或接受以控股成员股份建立的担保，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）。

37. 一些国家已将可作为单一企业进行经营的企业集团分为不同的类型，以便增强对债权人和少数股东的保护。在其中一个国家，¹⁸涉及上市公司的企业集团结构分为以下三类：(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。

38. 有一个国家¹⁹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实质性合并令或集中令。

39. 在另一个国家，²⁰影响到企业集团的商业管制法越来越多地应用单一企业原则，以确保不可能借企业集团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

¹⁸ 德国。

¹⁹ 新西兰。

²⁰ 美国。

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顺序，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。

二. 处理企业集团破产问题：国内问题

A. 导言

1. 为尽量减少破产对集团一个或多个成员造成的威胁，可以对企业集团的结构作出实施交叉担保、赔偿和类似的安排。如果遇到问题，母公司或具有控制权的集团成员可以通过追加资金并同意将集团内债权排在外部负债之后的方式来寻求避免集团其他成员破产，目的是保护其在商界和金融界的声誉与信用。

2. 但是，如果发生了导致破产的财政困难，影响到集团的一个或多个成员，甚至影响到所有成员，公司集团的缜密结构因此而受到破坏，那么只是承认集团的每个组成成员各有其法人人格，均为单独的法人实体，也会带来各种问题。因此，如上所述，绝大多数国内破产法和公司法均未述及企业集团破产问题，即使也许在破产领域之外在涉及会计处理办法、监管问题和税务问题时论及了集团问题，但如果没有相反的立法授权，也没有对破产加以干预的司法裁量权，也就必须对各实体进行单独审查，必要时还必须进行单独的破产管理。在集团各成员企业活动高度集中等某些情形下，这种做法不一定总能为单个债务人或整个集团的业务带来最佳实效，除非能够密切协调对集团所有成员平行进行的破产程序。

3. 国内法关于企业集团破产的既有规定主要着眼于似宜合并破产财产的各种情形，但缺乏更为全面的指导，未就如何通盘处理企业集团破产问题，尤其未就是否应当并且在哪些情况下应当采取不同于单个公司实体的做法来对待企业集团作出指导。

4. 关于如何对待破产企业集团，第二个主要问题是，集团经济和组织方面的集中程度如何，而这又会怎样影响对待破产集团的做法，特别是对待高度集中的集团，与对待各个成员保留高度独立性的集团，究竟应当有多大的区别。在集团结构不一，各个企业和各类资产互不关联等某些情况下，集团一个或多个成员的破产可能不致影响其他成员或整个集团，因此就能对破产成员进行单独管理。但在其他情形下，集团一个成员的破产可能会给其他成员或整个集团造成财务困境，其原因是，集团的组织结构集中，各部分之间相互依赖性很高，而资产和债务又相互关联。在这些情况下，集团一个或多个成员的破产必然会导致所有成员的破产（“多米诺骨牌效应”），参照整个集团的情况或协同考虑多个成员的情况来判断是否濒临破产都不无益处。

B. 申请和启动

5. 上文第二部分第一章和第二章论述申请和启动破产程序的一般考虑。由于这些章节同样适用于企业集团各个成员，应将这些章节与下述企业集团特有的

额外问题一并考虑。

1. 联合申请启动

(a) 背景

6. 作为一般规则，破产法尊重企业集团每个成员的独立法律地位，对于每个成员，都需要分别提出破产程序启动申请。另外，破产法必须涵盖每个成员（见建议 10）。而且每个成员都必须符合破产程序启动标准（见建议 15 和 16）。一些法律规定允许有限的例外，若为以下情况则允许将单一申请延及集团其他成员：所有相关当事方都同意将集团一个以上成员列入在内；集团一个成员的破产可能会影响集团其他成员；申请所涉及的各当事方经济上一体化紧密难分，例如资产相互掺合，或者控制权或所有权达到了一定的程度；或将集团视作单一实体具有特殊的法律意义，尤其对重整计划而言。

7. 有关破产程序申请和启动的建议对作为企业集团成员的债务人和作为个别商业企业的债务人同样适用。建议 15 和 16 确定了债务人和债权人申请启动破产程序的标准，构成为企业集团中符合这些标准的每个成员提出申请的依据。²¹具体到企业集团，母公司或具有控制权的集团成员的破产可能会影响到子公司或被控制成员的财务稳定，或一些成员的破产可能会对其他成员的偿付能力产生不利影响，从而造成整个集团濒临破产。在破产集团成员提出破产申请时，集团其他成员无法支付或一般将无能力支付到期债务的，这种情形适用建议 15 的规定。

(b) 联合申请的目的

8. 允许符合启动标准的企业集团成员提出启动破产程序联合申请，有可能提高效率 and 降低成本，便利法院协调审理这些申请，同时又不影响这些集团每个成员的独立身份，也未消除每个成员分别符合适用的启动标准的必要性。这样做还提醒法院注意到集团的存在，特别是如果申请附有证明集团存在和集团相关成员之间关系的资料的话，而如果后来在该联合申请基础上启动了破产程序，这样做的好处是可以为集团的每个破产成员确定一个共同的启动日期。这一共同日期可使遵守时限得到简化，方便为撤销目的计算嫌疑期。

9. 如果法律允许而且根据具体情况可行的话，这种联合申请既可以是就符合启动标准的企业集团所有成员提出的单一申请，也可以是同时就这些成员中的每个成员提出的并行申请。如果集团各个成员所处的国内法域不同，具有管辖权的法院不同（如下文所述），或案件其他情形，如必须协调数目众多的程序，表明单独申请不实用，可能就应当采取后一种做法。在这两种情况下，破产法均似宜有利于法院根据集团有关情况协同考虑针对企业集团个别成员的启动标准是否得到满足。

²¹ 在债务人提出申请的情况下，建议 15 包括濒临破产。

(c) 联合申请与程序协调的区分

10. 应当把提出启动破产程序联合申请与提出下文所述的程序协调申请区分开来。允许联合申请的目的是，为兼顾启动方面的各种考虑提供方便并有可能减少费用。根据联合申请而启动多个程序也应有助于协调这些程序；无论是启动日期，还是参照该日期经计算得出的任何其他日期，例如嫌疑期相关日期，对每个成员而言都是相同的。允许联合申请，目的并不是想要预先判定，如果启动此类程序的话应当如何管理这些程序，尤其是这些程序是否将服从程序协调。因此，破产法似宜不将联合申请规定为程序协调的一个先决条件。不过联合申请启动可能包括下文所述的程序协调申请，而且可能有助于法院就程序协调问题作出裁定。

(d) 将集团非破产成员列入联合申请

11. 针对集团情况通常讨论的一个问题是，是否能够把集团非破产成员列入针对集团破产成员破产程序的申请，如果可以列入的话，又将在什么情况下列入。如上所述，如果集团一名成员看起来并没有破产，但经过进一步调查又发现该成员已濒临破产，那么对于把该成员列入申请的问题，则将适用建议 15。

12. 如果问题不是濒临破产问题，集团成员显然具有偿付能力，可以采取不同的做法。集团高度集中的，破产法可基于将不符合启动标准的集团成员列入破产程序符合整个集团公司利益的理由，准许启动申请把这类成员列入在内。与确定必要集中程度相关的因素可能包括：集团成员之间的关系，对这种关系虽说法不一，但都涉及到相当程度的相互依赖性或控制性；资产混杂不清；身份同一，依赖于管理层和财政支助或不一定由集团成员间法律关系（例如母公司与子公司间的关系）而产生的其他类似因素。可能适宜将集团非破产成员列入联合申请的另一种情况是“集团”的存在是虚拟的。例如，当进行集团活动如同其涉及单一实体，而集团的存在纯属该单一实体活动的门面时，就可能发生这种情况。当成员间相互关联，实际上只有一个资产基础，集团成员之间不作法律上的区分，而管理层和债权人也将各不同的实体视作一个整体时，也会发生这种情况。

13. 这种做法可能有助于制订针对整个集团的破产解决办法，避免当集团中更多成员受到对最早破产成员启动的破产程序影响时以后零星地启动程序。这样做还可能有助于编拟全面的重整计划，涵盖集团非破产成员和破产成员的资产。

14. 列入集团非破产成员所造成的问题之一是，破产法通常只适用于被确认为符合启动破产程序标准的那些实体。而集团非破产成员也可能在自愿基础上涵盖在重组计划中，但该成员的董事会或管理层（根据适用的法律）必须作出应当参与这一计划的商业决定（见下文第 152 段）。

15. 根据一些破产法，集团所有相关成员均同意把其他一个或多个成员列入在内，而不论其破产与否，或含债权人在内的所有相关当事人均表示同意的，也可以允许提出程序启动的联合申请。但一般情况是，在此种情形下获得所有债权人的同意可能最终被证明是非常困难的，而且可能耗费漫长的时间。破产法还可考虑，在启动对集团其他成员的破产程序时尚未涉及的集团成员如果随后

受到这些程序的不利影响，或如果判定让其加入这些程序符合整个集团的利益，则是否可以让这些成员随后加入此类程序。

(e) 获准提出联合申请者

16. 按照建议 14 采取的做法，破产法可允许符合破产法启动标准的企业集团两个或多个成员提出联合申请（见第二部分，第一章，第 32-53 段）。集团任何成员的债权人也可对该集团成员提出破产申请。允许非某一集团成员的债权人对该集团成员提出申请将不符合建议 14 的启动标准。

(f) 管辖法院

17. 对企业集团两个或多个成员提出启动破产程序的联合申请，如果这些成员不在同一地点，而不同的法院可能拥有对集团个别成员的管辖权，因而有权审理申请，便可能会引起管辖权问题，即便在一国以内。例如，一集团在国内范围经营，该国破产事项由不同地点的法院管辖，或者可以在不同法院提出启动申请，就会出现上述情况。有些法律可能允许由一个法院处理启动联合申请，该法院将拥有对列入申请内的集团个别成员的管辖权。

18. 这种做法虽然可取，但问题终究是，国内法是否允许以这类方式对待涉及属于不同法域或法院管辖的不同债务人（尽管属于同一集团的成员）的联合申请。在一些国家，不同法院中的程序可以转移或合并到一个法院。在此种情形下，确定哪个法院最适合处理这类申请可能涉及各种标准。例如，可以是有权管理涉及母公司或具有控制权的集团成员的破产程序的法院，如果申请中包括该成员的话。在国内环境中也可以选用其他标准来确立一个法院的主要管辖权，如集团各成员的负债规模或集团控制权中心。集团不同成员的债权人也可能在不同的地方，这就会造成代表权问题以及债权人委员会以何处作为其开会或组成地点的问题。

19. 当申请所涉及的集团成员处于国内不同法域时，究竟哪一个法院为审议启动破产程序联合申请的管辖法院，对于这个问题，虽然可以由破产法以外的其他法律处理，但应当遵照建议 13 的做法行事。这就要求破产法指明或在条文中提及确立法院对这类申请的管辖权的法律。采取这种做法应当向所有相关当事人说明究竟以何种方式在何地提出这类申请。在不止一个法院可能对集团个别成员拥有管辖权的情况下，这将具有特别重要性。

20. 在破产法允许联合申请的情况下，例如，如果由同一个法院同时审查对同一个企业集团若干成员的程序启动标准，便可能节省费用。因此，在联合申请时，与申请和启动破产程序相关的应缴费用和其他相关的程序问题可能值得作重新考虑（见第二部分，第一章，第 76-78 段）。

(g) 申请通知

21. 上文关于破产程序启动申请通知的建议适用于联合申请（见第二部分，第

一章，第 64-67 段)。应当把债权人的联合申请通知根据建议 19(a)为申请所涉及的集团成员。集团成员提出联合申请的，根据建议 22，在以该申请为基础启动相关程序之后才需要向债权人和其他利益方发出通知。

建议 199-201

立法条文的目的

关于联合申请²²启动针对企业集团两个或多个成员的破产程序的条文，目的是：

- (a) 推动协同审议针对这些企业集团成员的破产程序启动申请；
- (b) 允许法院获取有助于确定是否应当下令启动针对这些集团成员的破产程序的企业集团信息；
- (c) 增进效率和减少费用；
- (d) 为法院提供机制，²³用以评估对这些破产程序进行程序协调是否适当。

立法条文的内容

联合申请启动破产程序（第 8 段）

199. 破产法可具体规定，可以联合申请启动针对企业集团两个或多个成员的破产程序，这些成员均须符合所适用的启动标准。²⁴

获准申请人（第 16 段）

200. 破产法根据建议 199 规定联合申请的，破产法应具体规定，提出联合申请的可以是：

- (a) 企业集团中均符合建议 15 的适用启动标准的两个或多个成员；或
- (b) 符合建议 16 的启动标准并为联合申请中拟列入的集团每个成员的共同债权人。

管辖法院（第 17-19 段）

201. 就建议 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

²² 联合申请启动不影响申请中所包括的集团每个成员各自的法律身份；每个成员仍然是彼此分开、相互独立的。

²³ 联合申请不是程序协调的前提条件，但可以为法院考虑是否应当下达程序协调令提供便利。

²⁴ 见上文述及债务人申请启动的建议 15 以及述及债权人申请启动的建议 16。

项”一语包括了联合申请启动针对企业集团两个或多个成员的破产程序。²⁵

2. 程序协调

(a) 程序协调的目的

22. 程序协调以促进程序的便利并提高成本效益为目的，可能不仅有助于获取须受破产程序管辖的集团成员经营状况的全面信息，而且也可协助估算资产价值，确定债权人和所享权益得到法律承认的其他人；避免重复劳动。程序协调是指协同进行和管理针对企业集团两个或多个成员启动的、可能涉及不止一个法院的破产程序，但在实践中这种协调的程度可能各不相同。程序协调所涉企业集团各成员的资产和负债虽属协同管理，但仍然各自分开，相互独立，因而集团个别成员的完整性和独立特征以及债权人的实质权利均得以保全。因此，程序协调的影响局限于程序管理方面，而不触及实质性问题。程序协调令的范围一般由处理各案件的法院确定。

23. 可以使用各种方式简化多个程序，包括下达程序协调令；推动信息共享以更为全面地评估各个债务人的情况；合并听审工作和会议，包括债权人联合会议；为发送通知和协调通知发送工作而编撰一份债权人和其他相关当事人清单；确定共同截止日期；商定主张债权的联合程序并协调变现和变卖资产；协调撤销诉讼程序；举行统一的债权人会议或在各债权人委员会之间进行协调。为协助简化程序，还可指派单一或同一破产管理人负责破产程序，或者在指派两名或多名破产管理人的情况下，确保在破产管理人之间进行协调（见下文第139-140段）。也可以由两家或多家法院展开合作，或在国内法允许的情况下，在同一个法院对集团各成员的程序实施管理。

24. 在涉及两个或多个法院的情况下，它们之间的合作可以包括，例如协同审理工作，包括联合审理以及共享和披露信息。如上文针对跨国界合作所述（见第三章，第38-40段），协同审理在同一时间将有关利益相关者聚集在一起，讨论和解决未决问题或潜在冲突，从而避免谈判久拖不决而导致耽搁时间，因而能够大大提高涉及企业集团各成员的并行破产程序的效率。这类审理一般是由两个或多个法院同时进行了审理，提供同时通信，以便各当事人至少可以听到最好是看到每个法院的程序。在国内范围内这类审理可能相对容易组织，因为一般不涉及跨国界情形下可能有的不同语言、时区、法律、程序和司法传统所造成的困难。不过，与在国际情形下一样，进行这类审查可能需要例如就不同法院如何处理文件和资料提交事宜使用共同程序并达成一致意见。

25. 在考虑是否应当对某一个案件进行程序协调时，有各种相关因素值得考虑，例如，证明集团的存在的信息，确定集团成员之间的关系，包括与申请所涉各成员在集团中所处地位，尤其如果其中一名成员为享有控制权的成员或母

²⁵ 建议 13 规定：破产法应当明确指出对启动和进行破产程序，包括对这些程序中所出现的事项拥有管辖权的法院（或提到成立该法院的相关法律）。评注讨论了可用于确定管辖法院的各项标准，见上文第18段。

公司的话。虽然在允许债权人申请程序协调的时候要求提供这类细节可能很繁琐，但申请的实质内容是，债务人属于同一集团的成员，程序协调将有利于破产程序的进行和管理。因此，法院在确定是否应启动程序以及是否应下令进行程序协调时，需要对这种关系深信不疑。

(b) 债权人的参与

26. 关于债权人的参与问题，集团不同成员的债权人的利益可能会有所不同，不可能做到仅仅由一个委员会来代表这些利益，但也并不尽然。程序协调涉及到集团许多成员的，为每个成员的债权人各设一个委员会，费用可能过于昂贵，而且程序管理的效率也不高。为此原因，有些国家的法院可斟酌决定，在适当情况下将不会为每一个单独的实体分别设立一个债权人委员会。因此，总的原则是，破产法似宜允许在适当情况下统一设立一个债权人委员会。

(c) 申请时间

27. 程序协调带来的益处既可能在提出启动申请之时就体现出来，也可能在程序启动后产生。因此，破产法对申请程序协调的时间应采取灵活态度。可以在申请启动程序的同时提出申请，也可以在随后的任何时间提出申请。不过，由于程序协调的目的是协调多项程序的管理，在程序较晚阶段下达命令的可行性将受到限制，因为事实上这样做已用处不大。换言之，在程序接近完成时寻求协调程序可能已没有什么益处。同样，集团其他成员的破产时间将决定它们是否可被添入现有的程序协调令。

28. 破产法可以采取的做法是规定对于申请程序协调的时限，以提供一定程度的确定性。如同考虑确定时限的必要性时通常遇到的情况那样，即必须对确定时限的益处与不灵活处理的潜在弊端和确保时限得到适当遵守的必要性加以权衡比较（见第二部分，第一章，第 60 段）。

(d) 获准申请人

29. 应当尽可能广泛地提供程序协调的便利，应当赋予法院考虑对各种程序进行协调是否有利于程序的管理的自由裁量权。法院可以考虑是否自行下令进行程序协调，特别是处理的情况为法院断定程序协调将符合企业集团的最佳利益，但获得授权的当事方又不提出程序协调申请时。法院也可以根据获得授权的当事方提出的申请下达程序协调令，这些当事方例如包括进入破产程序的集团成员、成员的破产管理人（通常拥有最相关信息而可提出这类申请）或债权人。

30. 在债权人情况下，有关申请启动破产程序的资格限制（建议 200(b)）不一定适用。如果程序协调申请在申请启动之时提出，则启动问题应当与程序协调问题分开处理，因为满足每个问题所要求的标准一般将会不同。一旦程序已经启动，如果程序协调将有利于破产程序的进行和管理，就没有理由将申请程序协调者的资格局限于受协调的集团成员的债权人；下达程序协调令的决定不应以提出申请的债权人的地位为条件。

(e) 管辖法院

31. 程序协调还可能造成上文所述的有关联合申请启动的管辖权问题（见上文第 17-19 段），即不同的国内法院对须受破产程序管辖的企业集团各个成员享有管辖权。凡存在这些问题的法域，通常都应参照各国国内程序法作出决断。有些国家可能会合并不同法院进行的程序或转交一家法院审理，例如，对涉及集团母公司的破产程序有权实施管理的管辖法院。一国可以选用许多不同的标准来确定本国某个法院的主要管辖权，这些标准包括提出申请的优先权、负债规模或控制权中心。将各种程序统归或转交一家法院审理的关键要素是，在转交之前由相关法院进行沟通。集团不同成员的债权人也可能在不同的地方，这就会造成代表权问题以及债权人委员会将何处作为其开会或组成地点的问题。

32. 虽然这些问题可以由破产法以外的其他法律处理，但正如上文就联合申请所指出的（见第 19 段），应当遵循建议 13 的做法。这就要求破产法指明对程序协调申请有管辖权的法院或在条文中提及确定对这类事项有管辖权的法院的相关法律。

(f) 有关程序协调的通知

33. 程序协调申请可能须遵守与程序启动申请同样的发送通知要求（见建议 19、22-24 和第二部分，第一章，第 64-68 段）。按照建议 19，如果与程序启动申请同时提出，只有债权人提出的程序协调申请，才要求必须向相关债务人发送通知。

34. 按照建议 23-24，集团成员在该时提出的申请，将不要求通知债权人，而是可以在程序启动通知中列入相关信息，如该命令的内容或内含。

35. 在程序启动后提出程序协调申请的，可能应当向债权人发出通知，尽管程序协调并不影响其实质权利。如果出现以下情况，提供通知可能尤为重要：如上所述，法律规定在不同法域启动的案件统一转交一个法院或由一个法院统一管理，这种转交可能会影响债权人相关程序中涉及程序的内容，例如债权人委员会的开会地点或申报债权的地点。

36. 可以采取集体通知的方式满足向所有债权人发送通知的要求，比如说，如果国内法律允许，可在某一法律出版物上刊登通知，并且在适用的情况下，例如债权人人数众多（见第二部分，第一章，第 69-70 段）。除了上述关于发送程序启动通知的建议（建议 25 和第二部分，第一章，第 71 段）所要求的信息外，程序协调令通知还可列入协调令条款和关于协同举行审理和会审及关于启动后融资安排等信息。

(g) 更改或终止程序协调令

37. 程序协调的目的是增进管理上的便利并提高成本效率，因此，破产法可列入与更改或推翻程序协调令有关的条文，以适应情况的变化。在协同重组未获成功和对各成员应当分别清算等情况下，或许就应采取这种做法。尽管很少需

要推翻命令，但应当允许有推翻的可能性，因为最初的命令无意影响实质性权利。作为一项保障措施，破产法可以规定，可以推翻或更改命令，但不得损害由最初命令所产生的既得权利和利益。

建议 202-210

立法条文的目的

关于对企业集团两个或多个成员的破产程序进行程序协调的条文，目的是：

(a) 推动协调这些破产程序的管理工作，同时尊重集团每个成员的独立法律身份；及

(b) 促进成本效率和对债权人更良好的回报。

立法条文的内容

两个或多个破产程序的程序协调

202. 破产法应具体规定，为了程序目的，可对企业集团两个或多个成员的破产程序的管理工作加以协调。

203. 破产法应当具体规定，法院²⁶可在建议 206 规定的获准申请人请求下或者自行下令进行程序协调。

204. 程序协调可包括诸如指定单个或相同破产管理人；法院之间的合作，包括协调审案工作；破产管理人之间的合作，包括信息共享和协调谈判；联合发送通知；协调申报和证实债权的程序；以及协调撤销诉讼程序。程序协调的范围与程度应当由法院具体规定。

申请程序协调

—申请的时间

205. 破产法应当具体规定，程序协调申请既可在申请启动破产程序的同时提出，也可在其后任何时间提出。²⁷

—获准申请人

206. 破产法应当具体规定，提出程序协调申请的可以是：

²⁶ 协调可能涉及有权管辖集团不同成员的不同法院，也可能涉及有权管辖同一集团各成员的若干不同破产程序的单独一个法院。因此，程序协调令可能需要不止一个法院采取行动。

²⁷ 讨论了在破产程序晚期下达程序协调令的可能性，见上文第 27 段。

(a) 破产程序的启动申请所针对的企业集团成员或者进入破产程序的企业集团成员；

(b) 企业集团成员的破产管理人；或

(c) 破产程序的启动申请所针对的企业集团某一成员的债权人，²⁸或进入破产程序的企业集团某一成员的债权人。

协同审议申请

207. 破产法应当具体规定，法院²⁹可以采取适当步骤，与任何其他管辖法院协同审议对企业集团两个或多个成员的破产程序进行程序协调的申请。这些步骤可包括，例如协同程序、协同审理及共享和披露信息。

程序协调令的更改或终止

208. 破产法应具体规定，程序协调令可更改或终止，但条件是已经依照程序协调令采取的任何行动或作出的任何决定均不因更改或终止而受到影响。如下达程序协调令涉及不止一个法院，这些法院可采取适当步骤，协调对程序协调的更改或终止。

管辖法院

209. 就建议 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”一语包括了对企业集团两个或多个成员的破产程序进行程序协调的申请和程序协调令。³⁰

程序协调通知

210. 破产法应当确定对于程序协调申请和程序协调令及其更改或终止等方面发出通知时的要求，其中包括程序协调令的范围与程度；通知接收方；发送通知负责方；以及通知的内容。

C. 破产程序启动后的资产处理办法

38. 上文第二部分第二章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。总的来说，这些影响同样适用于对企业集团的两个或多个成员启动的破产程序。下文论述了在涉及企业集团时可能在以下方面有所不同的某些影

²⁸ 寻求对集团所有成员的程序协调的债权人不必非是集团所有成员的债权人才有资格提出程序协调申请。

²⁹ 见上文建议 203，注 26。

³⁰ 可用于确定管辖法院的标准在评注中讨论，见上文第 18 段。

响：破产财产的保护和保全；启动后融资；资产的使用和处分；撤销；排序居次；以及救济，包括实质性合并令。

1. 破产财产的保护和保全

(a) 对集团非破产成员适用中止

39. 如上文所述（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。有关适用此种称作“中止”的机制的建议通常适用于针对企业集团两个或多个成员的破产程序（见建议 39-51）。

40. 在企业集团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企业集团成员（破产法允许将企业集团的非破产成员纳入该程序的，将不会产生这一问题）。考虑到企业集团业务的相互关联性，该问题对企业集团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企业集团安排融资的情况下，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企业集团成员资产的行为，也可能影响到已被提起启动申请或者已经被启动破产程序的企业集团成员的资产与负债或继续开展正常业务的能力。

41. 在许多情形下，可能会寻求延伸适用中止措施，以将非破产成员包括在内。例如为了以下目的：保护一项集团内部担保，该担保依赖于提供此种担保的企业集团非破产成员的资产；阻止出借人寻求对集团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另一成员的负债；阻止对非破产成员所掌握的对集团业务至关重要的资产强制执行担保权益，此处的集团业务包括已被提起破产程序申请的集团成员的业务。在这类情况下，中止的延伸适用可能会影响到非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结构中所发挥的职能。举例来说，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集团成员。

42. 在某些国家，无法下令对集团的非破产成员（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公司章程规定权利上的问题。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，例如在有集团内部担保时，法院可在对该企业集团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。

43. 可将这些措施列入建议 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（如建议 46 所述）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。

44. 措施还可能是临时采用的措施。建议 39 述及临时措施，指明了“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”可以提供的各类救济。

45. 在上述相关建议中还可以找到为企业集团非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。

46. 有担保债权人与债务人属于同一企业集团的成员的，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实质性合并相关人债权或使其排序居次的情况下（见下文第 84-88 段）。

(b) 申请后融资

47. 第二部分第二章有关启动后融资的讨论承认，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，在一定程序上也是清算的关键。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、合同的维持和其他日常运作费用，以及与保持资产价值有关的各种费用。

48. 在提出破产程序启动申请之后和这些程序启动之前，也会出现融资需要（称作申请后融资）。若企业集团一成员破产，并提出启动破产程序的申请，该申请经常引发对现有贷款协议的违约事件，从而使出贷人有权不再继续根据这些协议提供资金。如果破产法并未规定提出申请即自动启动破产程序，在提出申请和启动破产程序之间可能往往需要几个月的时间，在此期间，法院必须就被提起申请的债务人是否达到启动程序的法定标准作出独立评价。但是，如果在作此判断的同时集团成员要作为经营中企业继续运作，就必须能够继续开展业务、向员工付款、向供应商付款并继续开展日常活动。在此临时期间，有资金还是缺乏资金，可能决定或在很大程度上影响重整最终是否是一个可行的选择，或是否将需要进行清算。在集团破产成员的业务与集团其他成员的业务紧密相关的情况下，其能否保持经营可能影响其他这些成员的清偿能力，并视其在集团层次结构中的地位而定，最终影响整个集团的清偿能力。

49. 如上所述（第二部分，第二章，第 96 段），在破产法并无授权或无明确规定的情况下，启动破产程序之前这段时间的融资也可能引发一些问题，其中涉及撤销权的适用以及出贷人和债务人的赔偿责任。例如，有些破产法规定，出贷人在启动破产程序之前这段时间向破产债务人先期支付资金的，可能要对其其他债权人负债的增加承担责任，或该笔先期支付款将在随后的任何破产程序中作为特惠交易被撤销。

50. 破产法中如果有一个条款授权在提出申请之后和程序启动之前这段时间获得资金，将是提供必要的授权，使任何现有或新的出贷人得到提供额外资金供这段时间使用所必需的保证和激励。

51. 如上文所述（见第 44 段），建议 39 允许法院在破产程序启动之前下令采取

临时措施，以保全债务人的资产。由于这类措施可以包括授权申请后融资，因此提供这类融资应当被视为建议 39 所涉事项的范围之内。

2. 资产的使用和处分

52. 上文指出（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）破产财产中的资产和债务人占有的在债务人经营中正在使用的资产，以便能够实现特定程序的目标。

53. 破产程序涉及企业集团两个或多个成员的，在程序终结以前使用企业集团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。这些资产由企业集团已进入破产程序的一个成员所占有时，建议 54 即已足够，该建议述及使用由第三方拥有并由债务人占有的资产。

54. 这些资产不为企业集团已进入破产程序的任何成员所掌握时，建议 54 通常不予适用。但在有些情况下，占有这些资产的企业集团非破产成员被纳入破产程序，或者关于企业集团重整计划的条文应当涵盖这些资产（关于将集团非破产成员纳入重整计划的讨论，见下文，第 152 段）。企业集团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企业集团成员，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。

3. 启动后融资

(a) 启动后融资的必要性

55. 上文第二部分第二章有关启动后融资的讨论（见第 94-95 段）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，还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。在涉及启动后融资的法律中，具体涉及企业集团问题的法律即使有的话，也是少之又少。

56. 启动后融资对涉及企业集团的程序而言甚至比对单个破产程序更重要。如果没有任何可动用的资金，则重整破产企业集团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，尤其是对大集团而言。因此，主张对企业集团提供启动后融资的原因同单一债务人的情形相似，不过在企业集团情形下，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：在企业集团每个成员的利益与重整整个集团的所需之间取得平衡；由集团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企业集团破产母公司控制）；如何处理发生在属于实质相关人（见术语表，(jj)段）的集团成员之间的交易；由已进入破产程序的集团成员提供融资；以及是否值得在破产程序中保持集团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所有资产用作筹资抵押，而资金又是经具有财务职能的中央集团实体的渠道筹集的。

57. 在集团情形下使用启动后融资将涉及考虑不仅对接受融资的集团成员而且对提供融资的集团成员该项融资是否得当以及其带来的影响，或以担保权益或担保方式便利该项融资的提供。如果这一考虑涉及不止一个破产管理人，则他们之间的协调和协商一致将十分重要。如果只指定了一个破产管理人管理集团若干个成员，那么将需要考虑和处理与启动后融资相关的潜在利益冲突。

(b) 集团情形下启动后融资的来源

58. 如上文第二部分第二章所述（见第 99 段），启动后融资的来源可能很有限。在企业集团情形下，这种来源可能包括集团外部和内部的来源，而内部来源可能既包括集团非破产成员，也包括集团中已经进入破产程序的成员。虽然有些有助于提供启动后融资的因素对内部和外部出借人是相同的，但内部出借人若是重整的组成部分，它们可能有自身生存的额外动力。

(一) 由集团非破产成员提供启动后融资

59. 如上所述，在企业集团情形下与启动后融资有关的一个问题是，可否将集团非破产成员的资产例如用作提供担保权益或担保的基础，以此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，集团非破产成员可能十分关心母公司、集团其他成员或整个集团的财务稳定，特别是在它与破产成员一体化程度较高或日常业务活动依赖于破产成员的情况下。例如，这种情况通常发生在纵向一体化的制造业集团。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以各种方式参与集团其他成员的破产救济，如为集团破产成员获取新融资提供担保或担保权益。

60. 不过，以此方式使用集团非破产成员的资产，特别是在非破产成员可能也会破产或随后破产的情况下，可能会产生一系列的问题。虽然该非破产实体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最终可能由破产法加以规范。例如，可能产生如下问题：如果集团非破产成员向该集团破产成员提供融资，则提供融资的成员是否有权享有建议 64 所规定的优先权；这类交易产生的债权是否由于其发生在建议 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并因而须加以撤销。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。

61. 若在重整计划范围内处理这个问题，与集团非破产成员提供融资有关的一

些困难也许就解决了，集团非破产成员以及外部融资提供人可以在合同基础上参加重整计划。虽然有些情况下这种做法是恰当的，但在破产程序的任何早期阶段，对启动后融资的要求即表明这种做法的适用范围可能很有限。例如在重整程序中，一般将要求有这种融资才可以商定和批准一项重整计划。如将企业作为经营中企业出售，将无重整计划，但仍可能需要有融资用以在出售前维持经营。

(二) 由集团破产成员提供启动后融资

62. 《指南》其他地方未直接涉及集团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。对现有法律下与破产实体借入和借出资金有关的一些一般性禁令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。当出贷人和借款人不仅已经破产并进入破产程序，而且同属一个企业集团的成员时，这类禁令的政策理由就可能十分明显。在集团一个破产成员的破产管理人寻求促进向集团另一破产成员提供启动后融资而集团另一破产成员的破产管理人寻求获得该项启动后融资时，集团情形也可能引起与破产管理人的责任和义务有关的问题。在这类情况下，破产法似宜处理提供和接受启动后融资的双方。

63. 虽然通常可以认为已进入破产程序的集团成员没有能力向另一个此类成员提供启动后融资或为启动后融资提供支持，但有些情况下（尽管这种情况可能很有限），这种提供不仅可能，而且可取，特别是当企业集团的利益被视为一个整体时。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，则应当使这种影响与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相互平衡。此外，还应当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。尽管这种平衡可能很难实现，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产生的危害，而不是为了启动后融资所涉其他人的利益牺牲某个成员（及其债权人）的利益。

(c) 处理集团范围内启动后融资的提供和接受

64. 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，并确保为启动后融资的提供人以及为那些其权利可能因启动后融资的提供而受到影响的的其他当事人提供适当保护。在企业集团情形下，这些建议将适用于由集团外部的出贷人和集团内非破产成员向进入破产程序的集团成员提供启动后融资。

65. 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之必要条件）以及如何批准启动后融资（由法院批准还是债权人批准）。这些要求对企业集团也适用，为避免产生疑问，建议 63 应被解释为包括已进入破产程序的集团成员向外部出贷人和同一集团内非破产成员获取启动后融资的情形。建议 63 没有述及的是已进入破产程序的集团成员直接向也已进入破产程序的集团另一成员提供启动后融资或以担保权益或担保方式为启动后融资提供便利或集团破产成员接

受此类融资的情形。

66. 与建议 63 的要求相平行，并处理提供融资的集团成员情形，似宜要求提供该项融资的集团成员的破产管理人确定，提供启动后融资是受资的集团成员业务继续经营或生存或保全或增强其财产价值的必要前提。另一项要求可能是，对提供融资的集团成员的债权人造成的任何损害都必须由设定担保权益将要带来的利益加以抵销。

67. 与建议 63 相一致，破产法还可要求法院批准或提供融资的集团成员的债权人同意启动后融资。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。上文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情形（见第二部分，第二章，第 105-106 段）。可以补充的一点是，由于要确定的问题在集团情形下更加复杂，涉及的当事方更多，相互关系也比较复杂，因此集团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。

(d) 利益冲突

68. 集团情形下提供融资产生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，在平衡整个企业集团的利益与启动后融资出资人和接受人可能不同的利益时，就可能会产生利益冲突。在指定了单独一个或同一个破产管理人管理集团若干成员的破产程序情况下，可能产生特别的担忧。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，将需要分别评估每一成员的利益，以及整个集团的利益。破产法可以几种方式处理这种情况，如按建议 63 所示，要求法院或债权人批准启动后融资，或再指定一名或几名破产管理人，以确保集团不同成员的债权人的利益得到保护（见下文，第 144 段）。这种指定可以是临时所需，为了解决这一具体冲突，也可以是更广泛而言，涉及整个程序持续期。

69. 还有一个问题是，作为整个企业集团财务安排的一部分，是否要求集团破产成员为所提供非破产成员的融资给予担保，作为集团日常财务安排的一部分。由于提供担保有可能构成对集团破产成员资产的处分，这个问题可能受述及该问题的各项建议处理（见建议 52-62）。

(e) 启动后融资的优先权

70. 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级别，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，并适用于集团情形下外部出资人向集团成员提供启动后融资的情况。在这种情况下，给予优先权仍旧是提供这类融资的重要鼓励手段。但是，在集团另一成员向已进入破产程序的集团成员提供启动后融资的情形下，所需要的鼓励手段可能略有不同。

71. 提供融资的集团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。特别是在集团成员业务之间高度一体化或相互依赖的情况下。在这些情形下，可能需要考虑建议 64 所给予的优先权级别是否适当。有一种观点可能认为，这一级别的优先权为提供融资给予了适当的鼓励，并对融资提供人的债权人给予了适当的保护，无论该融资提供人是集团之外还是集团之内的。另一种观点可能认为，因为这种交易在集团情形下涉及相关人，所以似宜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，破产法都似宜对这种贷款给予优先权，并规定该优先权的适当级别。

(f) 启动后融资的担保

72. 建议 65-67 述及为启动后融资设定担保的有关问题，并一般适用于企业集团情形。已进入破产程序的集团成员可以为了担保其获得的供自己使用的启动后融资的目的而设定建议 65 所述类型的担保权益。这种情形为建议 65-67 所明确涵盖。已进入破产程序的集团成员也可以为了担保向另一个集团成员提供的启动后融资得到偿还的目的而设定建议 65 所述类型的担保权益。在后一种情形中，集团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。

73. 建议 66 设想可以允许新融资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。

(g) 对偿付启动后融资的担保或其他保证

74. 集团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《指南》其他地方没有论及。不过，由于这方面的考虑与上文讨论的设定和获得担保权益方面的考虑相类似，因此应在设定和获得担保权益的集团成员的破产管理人所作判断和可能的法院批准或债权人同意方面采取同样的办法。

建议 211-216

立法条文的目的

关于企业集团情形下启动后融资的条文，目的是：

- (a) 促进企业集团已进入破产程序的成员获得融资以用于其业务继续经营

或生存或用于保全或增加其资产的价值；

(b) 促进企业集团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和接受人以及其权利可能因启动后融资而受到影响的当事方提供适当保护；

(d) 推动实现在企业集团所有相关成员中公平分配利益和损害的目标。

立法条文的内容

已进入破产程序的集团成员向也已进入破产程序的集团另一成员
提供的启动后融资

211. 破产法应允许已进入破产程序的企业集团成员：

(a) 向企业集团中也已进入破产程序的其他成员提供启动后融资；

(b) 在其资产上设置担保权益，为向也已进入破产程序的企业集团另一成员提供启动后融资作保；

(c) 为提供给也已进入破产程序的企业集团另一成员的启动后融资提供偿付担保或其他保证。

212. 破产法应具体规定，在提供融资、设置担保权益或提供担保或其他保证的集团成员的破产管理人认定的下列情况下，可根据建议 211 提供启动后融资：

(a) 为该企业集团成员业务的继续经营或生存所需要，或为保全该企业集团成员资产或增加其价值所需要；

(b) 对于该集团成员债权人的任何损害可[将]从提供融资、设置担保权益或提供担保或其他保证中获取的利益所抵消。

213. 破产法可要求法院授权或债权人同意根据建议 211 和 212 提供融资、设置担保权益或提供担保或其他保证。

已进入破产程序的集团成员从也已进入破产程序的集团另一成员
获得的启动后融资

214. 破产法应当具体规定，根据建议 63，如果企业集团中已进入破产程序的接受融资成员的破产管理人认定，获得启动后融资为集团中该成员业务的继续经营或生存所需要，或为保全或增加其资产价值所需要，该成员可以获得也已进入破产程序的集团另一成员提供的启动后融资。破产法可要求法院授权或债权人同意该成员获得该启动后融资。

启动后融资的优先权

215. 破产法应具体规定对于企业集团中已进入破产程序的一成员向也已进入破产程序的另一成员提供的启动后融资所适用的优先权。

启动后融资担保

216. 破产法应具体规定，建议 65、66 和 67 适用于根据建议 211(b)设置担保权益。

4. 撤销程序

(a) 企业集团交易的性质

75. 有关撤销的建议 87-99 通常适用于企业集团交易的撤销，但由于集团的结构和集团成员相互之间可能具有的不同关系，集团成员之间的交易可能适用其他考虑。分清集团内部相互交织的各层交易，以确定其中究竟哪些可能需要撤销，或许需要投入大量时间和金钱。如上所述（第二部分，第二章，第 155 段），根据案件的具体情形，撤销程序的关联费用必须与追回资产的可能性和对破产财产的总体利益两相权衡。有些交易表面上看来属于直接当事方之间的特惠交易或价值被低估的交易，但如果放在企业集团这一更广的背景下来看就可能会有不同的考虑，因为在这种情况下交易的利弊可能分摊得更广泛。这些交易，例如为调拨价格而订立的合同，³¹ 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类似合同。同样，如果根据正常的商业理由对利弊加以分析的话，企业集团内部的某些合法交易在企业集团范围以外可能就不具备商业上的可行性。

76. 企业集团内部的交易可能体现为种种不同的活动，其中可能包括：集团成员之间的交易；把集团一个成员的利润上缴给具有控制权的集团成员；集团成员之间相互贷款，以支持借款成员继续其交易活动；集团成员之间的资产转移和担保；集团一个成员向集团相关成员的债权人付款；或集团一个成员提供担保或抵押以支持外部出借人向集团另一成员提供贷款。集团可能采取的做法是，为了整个集团的利益而将集团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成员谋取利益或福利。这种做法可能包括将集团一些成员的现金悉数提供给集团中负责融资的成员。尽管这种做法可能并不总是符合集团单个成员的最佳利益，但有些法律允许集团独资拥有的所属成员的董事在符合集团控制权成员的最佳利益前提下以这种方式行事。

(b) 企业集团情形下的撤销标准

77. 针对企业集团可能需要考虑的一个问题是有关撤销条文的目的。该目的可以是基于集团内交易属于正常的“日常经营过程”商业交易而为了整个集团的利益保护这类交易，也可以是规定这类交易须接受特殊审查，并且由于作为集

³¹ 调拨价格系指多部门机构或企业集团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。对调拨价格的选择影响到总利润在集团各部分之间的分配情况。选择调拨价格可能是有利的，可使账面上显示大部分利润是在低税率国家创造的。

团成员的交易当事方之间的关系以及破产法适用于相关人交易的规定而更有可能撤销。“相关人”定义为包括企业集团的成员，例如已被启动破产程序的集团破产成员的母公司、子公司、合伙人或附属企业或包括法人在内的当前控制或一直在控制债务人的人（术语表，(jj)段）。

78. 某些情况下，建立一个更为严格的制度可能是有理由的，根据是相关人更有可能得到优待，并且因为他们常常最先知悉集团特定成员何时遇到财政困难，所以他们也有更大的机会利用这种状况。例如，资产可能从处于困境的集团成员转移到集团其他成员处，以使这些资产在集团中继续使用，避免其陷入任何破产程序。另外，集团成员可能拥有共同的股东和董事控制集团成员之间的交易或有能力作出业务和财务政策决定。相对于不相关当事方之间发生的交易，这种情况可能使集团内交易更容易遭遇撤销。但是，仅仅存在企业集团这一事实并不始终提供充分理由而将如上所述的（第二部分，第五章，第 48 段）集团内所有交易视作应予撤销的相关人之间的交易。

79. 因此，虽然在集团情形下发生的某些交易可以被明确认定为属于建议 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该建议的范围，因而可能需要加以仔细审查，以确定相关的利弊实际归于何处。这些交易可能会造成集团究竟在多大程度上是作为单一的企业运营或集团成员的资产和负债或活动混合程度如何的问题，从而可能会影响到成员之间的交易以及成员与外部债权人之间交易的性质。有些交易属于集团内部交易可能是因为这些交易不能以其他方式进行，或者这些交易是集团的结构所决定的。举例说，在有些情况下，只能从集团内部得到融资，与涉及外部出借人的交易相比，没有理由对这类交易采取更严格的态度。同样，如上所述，集团可能涉及集中管理现金流和现金转移，在不存在集团的情况下是不可能出现这种情况的。在上述启动后融资方面的集团内担保情形下，提供担保的成员可能并没有从所提供的融资中获得直接利益，而是获得间接利益，因为在集团活动中它们可能必须依靠借款实体（如在制造业中，后者作为组件的供应方，或知识产权的提供方），或出于其他一些与集团相关的原因。在考虑这类集团内交易时，法院似宜能够将集团情形纳入考虑，并考虑如上所述的种种因素。

80. 集团内发生的交易也有一些可能不受撤销条文的规定管辖。举例说，有些破产法规定，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。由于这些原因，破产法应当考虑到集团情形下的这类问题，并纳入与集团有关的因素，作为在确定集团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。

81. 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如何适用于集团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。例如，有些法律提出了一个可予以反驳的推定，即集团成员与该企业集团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，承认发生在集团内部的交易一般是合法的（尽管若发生在集团之外，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有关成员

的正常经营范围内的这类交易。但应当对这类交易进行特别审查（在很大程度上与建议 184 对相关人提出的债权所建议的方法相同），一些法律采取的做法还允许集团内部债务安排下的集团相关成员的权利服从于或者在排序上次于破产成员外部债权人的权利。

82. 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。在集团情形下，或许似宜保持同样的做法，即使在实践中这样做可能证明实属不易。集团的一体化程度可能会对债权人能否确定集团中与其交易的成员从而提供启动破产程序所需的信息有重大影响。

建议 217-218

立法条文的目的

关于企业集团成员之间的撤销的条文，目的是除建议 87-89 所述考虑因素之外，规定破产法可允许法院考虑到交易发生在企业集团情形下，并确定法院可予考虑的具体情况。

立法条文的内容

可撤销的交易

217. 破产法应当具体规定，在考虑是否应当撤销建议 87(a)、(b)或(c)中所述企业集团成员之间或企业集团成员与其他相关人之间发生的那类交易时，法院可以顾及发生交易时的情形。这些情形可以包括：交易当事方之间的关系；作为交易当事方的企业集团成员之间的一体化程度；交易的目的；交易是否有利于集团的整体运作；以及交易是否给企业集团成员或其他相关人带来了好处，而这种好处在不相关的当事方之间通常是不彼此给予的。

撤销的要件和抗辩

218. 破产法应当具体规定，建议 97 所述要件将以何种方式适用于在企业集团情形下撤销交易。³²

5. 排序居次

83. 上文指出（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案件中的优先顺序，与债权的有效性或合法性无关。债权即便有效，但由于债权人之间的自愿安排或法院的命令而仍有可能居于次位，前者例如某个债权人同意其债权排序居于另一债权人之后，后者则例如由于债权人或债务人的相关人行为不当的结果所致，在此种情况下，其债权可能被退居所有其他

³² 即为了撤销某一交易而应证明的要件、举证责任、对提出撤销的具体抗辩以及特殊推定的适用。

债权人的债权之后。在破产中通常居次的两类债权是债务人的相关人的债权和债务人的所有权人及股权持有人的债权，这两类情况都适用于企业集团的情形。

(a) 相关人的债权

84. 在集团情形下，相关人债权的排序居次可能意味着在企业集团内部安排下企业集团成员的权利可能将服从于已进入破产程序的企业集团成员的外部债权人的权利。

85. 如所解释的那样，“相关人”这一用语将包括企业集团的成员。但仅仅是与债务人有着特别关系，包括在企业集团情形下同属一个企业集团的成员的事实，并不足以在所有情况下都证明有必要对债权人的债权予以特别对待，尤其是因为这样做可能继而造成该债权人的债权人处于不利地位。在某些情况下，这些债权将是完全透明的，应当将其与作为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，确定必须对债权给予额外关注的几类行为或情形。如上文所述，类似的考虑将适用于企业集团成员之间交易的撤销。

86. 第二部分第五章第 48 段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），这些情形一般将适用于企业集团。其他考虑可能包括，在集团控制权成员与受控成员之间：控制权成员参与该集团成员的管理；控制权成员是否寻求操纵集团内交易，以牺牲外部债权人作为代价为自己谋利；控制权成员是否有危害债权人和受控集团成员债权人和股东的其他不公平行为。不公平行为的实例包括强压实行过分的管理或咨询费或分红政策旨在剥夺受控成员的资金。根据某些法律，如果有这些情况就可能会使控制权成员的债权在排序上次于非相关无担保债权人的债权，或者甚至次于受控集团成员少数股东的债权。

87. 有些法律列入了处理企业集团内部交易的其他办法，例如允许根据企业集团内部的贷款安排而借款的企业集团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；准许法院对企业集团内部的财务安排进行审查，以确定是否能够把给予企业集团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）；并允许集团内部的债权自愿排在外部债权人的债权之后。

88. 在企业集团情形下排序居次可能产生的实际结果是，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，对债权在排序上居次的集团成员的偿付就可能被减少或被实际消灭。在某些情况下，这可能会威胁到排序居次的集团成员的生存，不仅对该成员本身的债权人不利，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，还可能会影响集团内部的借贷。

(b) 股本处理办法

89. 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（见上文第二部分，第五章，第 76 段）。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），企业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。

90. 具体述及企业集团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内部的财务安排，以确定向已进入破产程序的企业集团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为股本：注入资金前的债务股本比率很高，注入资金后使这一比率下降；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还。

91. 上文在债权和优先权的处理的范围内讨论了排序居次安排，但《指南》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）。³³

D. 救济

92. 由于企业集团的性质及其运作方式，集团成员之间可能存在着复杂的金融交易网，债权人可能是在与不同的成员，甚至与作为单一经济实体的整个企业集团打交道，而不是与个别成员打交道。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，如果已经对该集团两个或多个成员启动破产程序，则有必要理清资产和负债的归属。

93. 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追偿限制在其作为债权人所关联的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。除了撤销企业集团内部交易或者使集团内部借贷排序居次外，这些救济办法可包括：将外部债务责任延及集团非破产成员、高级管理人员和股东；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，采用其他一些救济办法可能更

³³ 另见《贸易法委员会担保交易立法指南》。

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。

94. 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。凡延伸债务责任的救济办法均有可能涉及“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。下文讨论的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。

1. 债务责任的延伸

95. 有些法律规定，可以根据个案情况向个别债权人提供以下救济，即已进入破产程序的集团成员所负外部债务以及某些情况下其行为的责任范围延伸至集团非破产成员和相关高级管理人员，但这种救济取决于该债权人与债务人的具体关系。

96. 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管理人员对集团另一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，赋予法院根据具体准则对某一案件的具体情形作出评价的广泛自由裁量权。但无论属于哪一种情况，都必须根据集团破产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集团破产成员以外。另一个相关因素是，有关的集团成员究竟如何对待已进入破产程序的成员的债权人。

97. 对可以延伸债务责任的情形有各种不同的界定，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) 集团成员（或许为母公司）利用或滥用其对集团另一成员的控制权，包括为了集团控制权成员的利益而让该集团另一成员持续亏损经营；
- (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集团成员的资产或增加其负债，或者以对债权人进行欺诈作为该集团成员的经营目的；
- (c) 将集团成员作为母公司或集团控制权成员的代理人、受托人或合伙人；
- (d) 集团或集团成员的经营方式可能会使某些类别的债权人受到损害（例如，让集团某个成员的受雇人员承担负债）；
- (e) 将单个企业人为地划整为零，分成几个不同的实体，目的是把单一企业隔开，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，包括无视集团成员的有限责任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) 实体的资本投入不足，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，也有可能是由于向股东退款或股东所提取款项超过了可分配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集团成员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，集团成员的董事包括影子董事有义务监督例如根据该集团成员的财务状况其能否继续适当经营，一旦该成员破产，就必须在规定期限内申请破产。在集团成员有可能或已经破产时，允许或指示其举债将归入此类；及

(j) 未能遵守监管要求，例如未保持子公司或受控集团成员的正常财务记录。

98. 一般而言，仅仅是集团某个成员对集团另一成员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，都不应视为可以无视集团每个成员的单独法律人格并揭开公司面纱的充足理由。

99. 在有些事例中，可以将负债责任延伸至集团控制权成员，负债责任包括集团控制权成员的董事会成员（可称之为实际或影子董事）的个人负债责任。尽管各集团成员的董事通常对该集团成员负有某些义务，但他们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，在某些情况下必须牺牲个别成员的利益。在确定集团控制权成员的董事是否必须对已进入破产程序的受控集团成员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集团成员的管理；集团破产成员的管理层是否存在严重失职或欺诈行为；集团控制权成员的管理层是否有可能违反照管和尽责义务或滥用管理权限；受控集团成员的管理工作同该成员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，以表明集团控制权成员发挥了实际董事或影子董事的作用。

100. 还有一些法律规定，尤其在有关债权人是银行的情况下集团控制权成员或母公司以合同方式对受控集团成员或子公司的债务承担责任，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，集团主要成员可以就融合正式完成前后的负债对被融合集团成员的债权人承担连带责任。

2. 摊付令

101. 摊付令为法院下达的命令，法院可在其中要求集团非破产成员提供一定的资金，以偿付已进入破产程序的集团其他成员的全部或部分债务，特别是在集团

非破产成员对集团破产成员的作为不当时。此种不当行为例如可包括以不当价格将集团濒危成员的资产转往集团另一成员，或集团一个成员享用集团濒危成员积累的税务便利，使濒危成员的债权人在随后的破产程序中获得的清偿付款减少。允许这种不当行为发生而不采取补救行动可能对集团破产成员的债权人造成损害后果，并为非破产成员的股东带来意外收获。

102. 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采取这些措施。但是，摊付令旨在解决的一些问题可能并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。

103. 在决定是否下达摊付令时，最常见的困难是集团非破产成员的股东和无担保债权人与集团破产成员的无担保债权人之间的利益平衡，特别是在摊付令可能影响前者的偿债能力情况下。集团非破产成员的债权人可能争辩说，他们与该成员交易时，依赖的是该成员单独的资产，所以不得因为集团该非破产成员与集团其他成员的关系以及对这些成员的行为而使他们的债权得不到充分的偿付。难以协调这些不同的利益即意味着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未进入破产程序的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令，例如偿付善意债务之后的余额。

104. 根据允许摊付令的法律，法院在考虑是否下达命令时必须顾及某些具体情形。这些情形涉及集团非破产成员与进入破产程序的成员之间的关系，其中包括：集团非破产成员究竟在多大程度上参与管理集团破产成员的事务；集团非破产成员对待破产成员债权人的做法，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；造成破产程序的情形在多大程度上归因于集团非破产成员的行为；在启动对集团破产成员的破产程序之后集团非破产成员的行为，尤其是如果该行为直接或间接影响集团该成员的债权人的话，例如因为没有对集团破产成员履约；以及法院认为合适的任何其他事项。³⁴例如，在有些情况下，子公司或集团受控成员须承担人身伤害方面的巨大负债，或母公司或集团控制权成员允许子公司或集团受控成员虽然破产但仍继续运行，此时也可以下达这种命令。

3. 实质性合并

(a) 导言

105. 如上所述，在下令实行程序协调的情况下，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。另一方面，在实质性合并的情况下，如果破产程序涉及同一企业集团两个或多个成员，法院在适当情况下可以不考虑企业集团每个成员的独立身份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。这些资产因而被视作单一财产的组成部分，对

³⁴ 新西兰 1993 年《公司法》第 271 (1)(a)条和第 272 (1)条。

合并后集团成员的全部债权人普遍有利。对下实质性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，也须遵守严格的证据规则，而且也不是广泛使用的。主要问题是，合并推翻了集团各成员各有其独立法律身份的原则，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受到减损。

106. 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。尽管这种做法可能表明，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，但有利于下达合并令的情形为数极少，其中包括籍由控制权或所有权集团成员的业务和事务高度一体化，因而如不投入大量时间和资源，便很难甚至无法将集团不同成员的资产和负债分开，从而查明例如资产的所有权和集团每一成员的债权人，而投入大量时间和资源将最终损害所有债权人。

107. 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，凡合并令例如有助于企业集团重整的，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，以协商一致方式进行合并通常发生在涉及企业集团的案件中，并经常发生在如果提出正式申请，法院通常支持债权人对合并所持的异议的情形中。也可以使用重整计划的方式进行实质性合并。有些法律允许提出计划，在计划中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，该计划如得到债权人必要票数的批准即可加以实施。

108. 适于进行合并的情形为集团成员之间其实并未分离，保持集团结构纯粹是为了蒙骗或欺诈。一些法域中使用的另一个理由是，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，实质性合并可能会给债权人带来更大的回报。

109. 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行分担债务，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或独立法人身份进行交易，因此不得因为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依赖整个集团的资产，因此限定其只能向集团某一成员的资产追偿是不公平的。

110. 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，而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，而拥有以这些债权作保的担保权益的债权人则会丧失其权利）。

111. 合并通常涉及已进入破产程序的集团成员，但在某些情形下，而且某些破产法也允许，可以把合并的范围延伸至表面上并未破产的成员。发生这种情况的实情是：如果进一步调查表明，由于资产混合或该法律实体为虚假实体或涉嫌欺诈图谋，该成员实际已经破产，则将其列入合并将有所助益，不将其包括在合并中不现实。如列入集团非破产成员，该集团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，尽管在混合或欺诈情况下这样做比较困难。

(b) 有利于合并的情形

112. 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，都已查明了与确定是否有必要进行实质性合并有关的一些要件。在每一种情况下，问题要害都在于如何权衡考虑各种要件以作出公正和公平的决定；任何一个要件都不一定是结论性的，特定案件中不一定存在所有要件。这些要件包括：集团有合并财务报表；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；存在集团内贷款以及贷款的交叉担保；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程度；资本的充足情况；资产或经营业务的混合；指定共同的董事或高级管理人员和举行董事会联合会议；共同营业地；与债权人的欺诈交易；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。

113. 虽然其中许多因素仍然有关，但有些法院已经将重点放在有限的几个因素上，特别是集团成员的事务是否高度混合以至为分清资产和负债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法商业目的的活动。关于第一条理由，所要求的混合程度很难量化，不同法院有不同描述，有的称涉及的混合程度使得没有希望或实际上不可能分开；有的称涉及的混合程度使分清集团成员的相互关系和资产的所有权所需的时间和费用与结果不相称；所需的时间和费用非常多以致危及债权人任何净资产的变现；在有关成员之间分配资产和负债实质上是随心所欲，没有实际的经济意义。法院在作出决定认为特定案件中的混合程度使得有理由进行实质性合并时，审查了各种因素，包括集团成员运营方式和相互关系，其中包括管理和财务事项方面的关系；集团各成员的记录保持是否充分；是否遵守适当的公司手续；各成员之间调拨资金和资产的方式；以及有关集团运营的其他类似因素。

114. 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

没有正当的商业目的，这可能与创建公司的用意及其创建后从事的活动有关（见上文第 97(e)段）。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其自身拥有的不同实体，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；设局假冒³⁵或庞氏骗局³⁶和此类其他欺诈计划。

(c) 实质性合并的申请

(一) 获准申请人

115. 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，似应遵行关于获准申请启动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，似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。

116. 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，必须按照建议 137-138，保证程序公正和公平，让利益关系方有机会发表意见并对这类命令提出异议。有鉴于此，似宜对实质性合并与程序上合并加以区分，采取的做法为法院不对实质性合并自行行事。

(二) 申请的时间

117. 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，破产法应当对时间问题采取灵活做法，既允许在申请启动破产程序之时同时提出申请，也允许此后的任何时间内提出申请。但是，应当指出，在实践中，启动后申请实质性合并的可能性因为程序管理的状况而受到限制，特别是实施重整计划等的状况。某些关键问题可能已经解决，例如，资产的变卖或处分，或债权的申报和认定，或者已经就集团个别成员作出决定并采取行动，给合并部分管理的程序造成实际困难。在这种情况下，合并令应当考虑到管理状况，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，对集团某个成员的债权，如果已获认定，便可视同已获认定的对合并后破产财产的债权。

118. 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。随着企业集团各成员管理的进行，应当让集团更多成员加入的理由就会变得显而易见，因为这些成员也满足最初下达合并令的理由。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成员加入就可能会使最初商定的或已通知债权人的资产集合有所改

³⁵ 设局假冒可能涉及订立的合同既未表示当事双方的真实意图，也对当事双方毫无效力，或对当事双方产生的效力不同于合同所表述的效力，也即虚假合同。

³⁶ 一种欺诈性投资操作，利用投资人自己的资金或后来投资者支付的资金而不是赚取的利润支付各投资者的投资收益。

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，或许应当提出一条财产混同规则。这样将有助于确保凡债权人其对集团某个成员的债权已获得部分分配者，只要是向同类其他债权人支付的款项按比例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。

(d) 在合并方面的相竞利益

119. 除了集团不同成员的债权人的相竞利益外，在合并方面必须考虑到其他利益相关人的利益：包括债权人相对于股东的利益；集团不同成员的股东的利益，特别是仅为集团部分成员而不是其他成员的股东的利益；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。

(一) 所有权人和股权持有人

120. 许多破产法均采纳以下一般性规则，即债权人的权利大于所有权人和股权持有人的权利，在分配的优先权顺序上，所有权人和股权持有人的排序在所有其他债权之后（见第二部分，第五章，第 76 段）。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。如果把股东排在无担保债权人之后的一般性做法在合并中延伸适用于集团所有被合并成员，就能够在其中任何集团成员的股东得到分配以前先行支付这些集团成员的所有债权人。

(二) 有担保债权人

121. 《立法指南》通篇涉及有担保债权人在破产程序中的地位（有关参考材料见附件一），其采取的做法是，作为一般原则，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。这一做法也将适用于在企业集团背景下对待有担保债权人。还承认破产法仍然可能在有适当保障的情况下为落实经营政策与经济政策而影响有担保债权人的权利（见第二部分，第二章，第 59 段）。

122. 在实质性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成员的资产，或是否应将该担保权益限定于有担保债权人最初所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）是否应当在处理上不同于外部有担保债权人。债务人整个破产财产上的担保权益一般在破产程序启动时即已确定，将该权益延伸以包括集团被合并的所有成员的集合财产的问题应当不会发生。因为实质性合并令而允许延伸或扩展任何有担保债权人的担保权益，将会以牺牲其他债权人为代价而提高该债权人的地位，等同于不当得益或意外之财，一般来说是不可取的。这一点也可适用于雇员债权。

123. 针对如何对待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。对于依赖集团内部担保等集团成员独立身份的个别有担保债权人也许需要给予特别的考虑。如果集团相关成员受合并令管辖，其个别身份消失，则不可能强制执行担保。这可能导致有担保债权人被作为无担保债权人对待，除非法律允许在实质性合并中将其视作拥有相对于其他债权人的某种优先权。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让出其担保权益，从而由所有被合并实体偿付有关债务。

124. 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使其排序居次。

(三) 优先债权人

125. 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，则需要考虑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处境相反的雇员，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较好结果，以牺牲非优先无担保债权人为代价，但不同类别的这些优先有担保债权人可能不得不调整由于其优先地位而对单一实体的资产所持的任何期望。如果资产混合在一起以至不可能确定谁拥有哪些资产，可能就很难对优先权加以量化并确定有多少资产可用以结算每项优先债权。因此，尽管在债务人被实质性合并情况下根据破产法确定的对每个债务人的优先权应当得到承认，但有时是不可能赋予这些优先权充分效力的。

(e) 向债权人发送通知

126. 在发送通知方面，实质性合并申请可能必须遵守与程序启动申请相同的要求。³⁷如果与程序启动申请同时提出，按照建议 19，只有债权人的实质性合并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，按照建议 22 和 23，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。

127. 实质性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。在这种情况下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

³⁷ 见第二部分，第一章，第 64-71 段和建议 19(a)、22-25。

把订有某几类合同的具体几类债权人排除在外，例如，以正常商业条件与企业集团中身份明确的成员订立的有限追索权项目融资安排。

128. 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。

(f) 实质性合并令的效力

129. 破产法应当确定实质性合并令的效力，其中可能包括：将集团被合并成员的资产和负债如同单一破产财产的组成部分对待；消灭集团内债权；对拟合并集团各成员的债权如同对合并后破产财产的债权对待；以及承认对集团个别成员而确定的优先权即为对合并破产财产确定的优先权（尽可能而为，上文已说明有关困难）。集团内债权通常在合并时消失，理由是由于债权和偿付义务属于同一破产财产，或由同一破产财产所欠，债权和偿付义务实际上相互抵销了。

撤销涉及进入合并的集团成员的交易

130. 集团成员已作合并的，力求撤销集团合并成员之间的交易将有实际困难，因为所要追回的资产和追回后将并入的破产财产将被作为同一整体的合并破产财产的一部分对待。但是，根据通常的撤销规则，包括在下达合并令情况下关于计算嫌疑期的任何规则，集团合并成员与集团其他成员或外部当事方之间的交易将须撤销。如果可撤销这些交易，追回资产或其价值，所追回的资产或价值将充入合并后的破产财产。

嫌疑期的计算

131. 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，必须考虑究竟选用哪一天来计算为撤销而用的嫌疑期的起始日（见第二部分，第二章，第 188-191 段和建议 89），目的是给贷人和其他第三人提供确定性。个别破产程序申请或启动与实质性合并令之间的间隔时间越长，该问题就越为重要。选用实质性合并令之日来计算为撤销而用的嫌疑期，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，根据建议 89 计算这一日期。这种做法的结果可能是对受合并令管辖的集团每一成员适用不同的日期，这在实际执行上可能非常麻烦。另一种做法是，参照对拟合并集团成员最早提出启动申请的日期或最早启动破产程序的日期来确定一个共同的日期。无论属于哪一种情况，为确保透明度和可预见性，都应在破产法中具体规定这一日期。

重整

132. 关于实质性合并对重整的影响，建议 152(b)所指的清算价值将为合并后破产财产的清算价值，而不是实质性合并前各成员的清算价值。实质性合并令也

可能将债权人合并起来为合并后集团成员的重整计划进行表决。随着程序的启动，要求实质性合并令之后举行债权人会议的情况下，集团合并成员的全体债权人都有资格参加。

对担保的处理

133. 涉及集团成员的担保可能受到实质性合并令的若干方面影响。担保可能是集团内一个成员向另一个成员提供的。这两个成员都受实质性合并令管辖，或提供担保的成员可能不受该命令管辖。在第一种情况下，担保和任何相关联的债权将作为集团内债权被消灭。第二种情况可由破产法关于相关人交易的规定处理（见第二部分，第五章，第 48 段）。担保也可能是由外部的担保人向集团中进入实质性合并的成员提供的。除非破产法中专门规定，这种情况将按国内法处理，国内法可能限制已根据担保提供了融资的担保人的债权。担保还可能由集团中一个成员向外部贷人提供的，目的是为了另一个成员可以获得融资，而现在集团这两个成员共同进入合并。如上所述，在强制执行担保依赖于集团成员独立身份的情况下，外部贷人很可能被作为无担保债权人对待，除非担保法允许他们被视作保留相对于集团合并成员的其他债权人的某种优先权。

(g) 对实质性合并令的修改

134. 尽管实质性合并令并不一定能够或应当修改，但考虑到这种命令所具备的实质性效力，在有些情况下，情况的变化或获得的更多信息表明应当对最初的命令加以修改。任何此类修改都应受限于一个先决条件，即依照最初的命令而产生的任何既得权利或利益都不应受到修改令的不公正影响。这些权利或利益，无论根据法院还是根据破产管理人的决定产生的，可能涉及变卖资产和向集团成员提供融资。

(h) 排除在实质性合并令之外的情况

135. 有些法律对所谓部分或有限实质性合并令作了规定，所谓部分或有限实质性合并令，亦即是把某些资产或债权排除在外的实质性合并令。

136. 一般来说，这类排除极为少见，因为有利于实质性合并的假设是关于混合或欺诈图谋的要求得到满足。但是，可能有理当排除的情形。这些情形可能包括某些特定资产的所有权易于识别，或集团合并成员的部分经营活动因不涉及欺诈图谋而可分离开来。与被排除的资产相关联的债权将随附该资产。合并也可以例如限定于无担保债权人，从而将外部有担保债权人排除在外，后者可随意执行其担保权益（除非这些担保权益取决于拟合并集团成员的独立身份）。另一种做法是，如果债权人受到不公平的损害，便将某些资产排除在实质性合并之外，虽然在混合或欺诈情况下这种理由可能并无意义。

(i) 管辖法院

137. 上文讨论的有关联合申请和程序协调的问题也将适用于下达实质性合并令的管辖法院（见上文第 17-19 段和建议 209）。

建议 219-232

立法条文的目的

关于实质性合并的条文，目的是：

(a) 为实质性合并提供立法授权，同时尊重企业集团中各成员的独立法律身份这一基本原则；

(b) 具体规定在哪些非常有限的情况下可以援用实质性合并救济以确保透明度和可预见性；

(c) 具体规定实质性合并令的效力，包括如何对待担保权益。

立法条文的内容

独立法律身份原则的例外情况

219. 破产法应当尊重企业集团中各成员的独立法律身份。这一一般原则的例外情况应当仅限于建议 220 所列的理由。

可进行实质性合并的情形

220. 破产法可以具体规定，如果建议 223 所规定的获准申请人提出请求，法院可以仅在下列几种有限情况下针对企业集团中两个或多个成员下令进行实质性合并：

(a) 法院确信企业集团成员的资产和债务相互混合，以至没有过度的费用或迟延就无法分清资产所有权和债务责任；或

(b) 法院确信企业集团成员从事欺诈图谋或毫无正当商业目的的活动，为取缔这种图谋或活动必须进行实质性合并。

排除在实质性合并之外的情况

221. 在破产法规定根据建议 220 实行实质性合并的情况下，破产法应当允许法院将特定的资产和债权排除在实质性合并令之外，并具体指明这些排除所适用的条件[下令实行这些排除的可能情形]。

申请实质性合并

— 申请的时间

222. 破产法应具体规定，可以在申请对企业集团成员启动破产程序的同时或其

后任何时间申请实质性合并。³⁸

—获准申请人

223. 破产法应具体规定，获准提出实质性合并申请的人可以包括企业集团成员、这类企业集团任何成员的债权人或破产管理人。

实质性合并令的效力

224. 破产法应具体规定，实质性合并令应当具备下列效力：³⁹

- (a) 被合并集团成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分处理；
- (b) 消灭列入合并令的集团成员间债权和债务；
- (c) 对列入合并令的集团成员的债权[如同]对单一的破产财产的债权处理。

实质性合并对担保权益的处理

225. 破产法应当具体规定，在列入实质性合并令的企业集团成员的资产上持有担保权益的债权人的权利和优先权，在实质性合并中应尽可能得到尊重，除非：

- (a) 附担保债务完全是企业集团成员之间的债务，因实质性合并令而消灭；
- (b) 认定担保权益系由债权人参与的欺诈获得；或
- (c) 设定担保权益的交易可以根据建议 87、88 和 217 予以撤销。

实质性合并对优先次序的承认

226. 破产法应具体规定，实质性合并应当尽可能承认在实质性合并令下达之前根据破产法确立的适用于企业集团单个成员的优先次序。

债权人会议

227. 破产法应具体规定，如果法律要求在实质性合并令下达后举行债权人会议，则被合并的集团所有成员的债权人均有资格参加。

实质性合并时嫌疑期的计算

228. (1) 破产法应具体规定，实质性合并令下达后，与撤销建议 87 所述交易类型有关的嫌疑期应当从哪一天开始计算。

- (2) 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

³⁸ 评注讨论了在破产程序后期下令进行实质性合并的可能性问题，见上文第 117-118 段。

³⁹ 建议 225 述及了对担保权益的效力。

起始日期应当根据建议 89 确定。

(3) 在启动破产程序之后下达实质性合并令的，追溯计算嫌疑期的具体起始日期可以是：

(a) 对企业集团中列入实质性合并令的每个成员各设一个日期，即根据建议 89 的规定，设定为集团每个成员破产程序的申请日期或启动日期；或

(b) 适用于企业集团中列入实质性合并令的所有成员的一个共同日期，即这些集团成员破产程序最早的申请日期或启动日期。

实质性合并令的更改

229. 破产法应具体规定，实质性合并令可以更改，条件是更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。⁴⁰

管辖法院

230. 就建议 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，其中包括对实质性合并令的更改。⁴¹

实质性合并的通知

231. 破产法应确定对于实质性合并令申请和实质性合并令及其更改等方面发出通知时的要求，包括[合并令的范围和程度；]通知接收方；发送通知负责方；以及通知的内容。

E. 参与方

1. 破产管理人的指定

138. 破产管理人的指定和作用已在上文讨论（见第二部分，第三章，第 36-74 段）。所讨论的问题连同建议 115-125 一般将适用于企业集团的情形。

(a) 程序协调

139. 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，但不论属于哪一种情况，如果破产法列入与《示范法》第 27 条措词类似的推动协调并指明协调方式的具体条文，可有助于这些程序的协调。在管理针对集团不同成员的程序的不同法院之间，以及在这些程序指定的不同破产管理人之间，包括临时

⁴⁰ 使用“更改”这一术语含义上无意包括实质性合并令的终止。

⁴¹ 评注讨论了可用于确定管辖法院的各项标准，见上文第 18 段。

指定的管理人，⁴²进行协调可以采取这种做法。在集团情形下，破产管理人的义务，尤其是建议 111、116-117 和 120，可以延伸至包括各方面的协调，其中包括：共享和披露信息；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，提出并商谈协同重整计划（除非按下文所述制定集团单一的重整计划），行使撤销权，获取启动后融资，申报和认定债权，以及向债权人进行分配。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争议的问题。

140. 就涉及集团成员的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在协调这些程序方面发挥主导作用。例如，若母公司或集团控制权成员已进入破产程序，该管理人可以是母公司或集团控制权成员的管理人。尽管这类主导作用可能反映了企业集团的经济现实或结构，但应当保证所有破产管理人在法律面前一律平等。也可以根据适用法律尽可能在自愿的基础上在一名破产管理人的领导下进行协调。虽然有这类合作和协调安排，但每个破产管理人仍将始终负责遵守其被指定为破产管理人时所在法域的法律对其规定的各项义务。

141. 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。

(b) 单一或同一破产管理人的指定

142. 指定单一或同一破产管理人管理已经破产的集团不同成员也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，或者根据程序要求和所涉及的法院数目，必须对拟协调的每个程序指定相同的破产管理人。尽管对集团每个成员的管理仍然相互分离（如在程序协调中那样），但此种指定可有助于确保协调管理集团各个成员，减少相关费用和延误，并为收集整个集团的信息提供便利。关于后一点，在如何对待信息方面需要小心谨慎，特别要确保与各个集团成员有关的保密要求得到遵守。虽然许多破产法未论及指定单一破产管理人问题，但在有些法域，在集团情形中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，即不同法域指定来自同一国际公司的破产管理人。⁴³

143. 在决定是否应指定单一或同一破产管理人时，需要考虑到集团的性质，包括各成员一体化的程度及其业务结构。另外，凡被指定担任该职能的人最好还应具备如上所述（第二部分，第三章，第 39 段）的适当经验和知识，而且在指定前，应对该知识和经验作仔细审查，以确保其适合有关的集团成员。只有在符合破产程序的利益时，才指定单一或同一破产管理人来管理集团两个或多个成员。

144. 在指定单一或同一破产管理人对财务和商业关系复杂并且存在不同组别债

⁴² 术语表解释“破产管理人”包括临时指定的破产管理人。

⁴³ 见《贸易法委员会实践指南》，第三章，第 10(j)段。

权人的集团的若干成员实施管理的情况下，中立性和独立性有可能受到损失。例如，在交叉担保、集团内债权和债务、启动后融资、债权申报和认定或集团一成员对另一成员行为不当等方面均有可能发生利益冲突。建议 116 和 117 所载披露潜在或现有利益冲突的义务将与集团情形有关。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。这种指定可能涉及特定方面的冲突，所作指定限于解决这种冲突，也可能涉及更广的范围，涵盖整个程序期间。

(c) 占管式债务人

145. 破产法允许债务人继续占管企业并且未指定任何破产管理人的，可能需要予以特别考虑，以确定多个程序的协调方式和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管式债务人（见第二部分，第三章，第 16-18 段）。占管式债务人履行破产管理人职能的，还应当考虑，破产法允许指定单一或同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管式债务人。

建议 232-236

立法条文的目的

关于在企业集团情形中指定破产管理人的条文，目的是：

- (a) 允许指定单一或同一破产管理人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；及
- (b) 鼓励在指定两个或多个破产管理人的情况下进行合作，以期避免重复工作，便利收集关于整个企业集团的财务和业务信息并减少费用。

立法条文的内容

指定单一或同一破产管理人

232. 破产法应具体规定，若认定最有利于管理企业集团两个或多个成员的破产程序，便可指定单一或同一破产管理人管理这些程序。⁴⁴

利益冲突

233. 破产法应当列明指定单一或同一破产管理人负责管理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。

⁴⁴ 虽然建议 118 述及破产管理人的挑选和指定问题，但并未建议由任何特定当局指定，而是将此问题留给破产法决定。对企业集团的情形适用同样的方法。

两名或多名破产管理人之间的合作

234. 破产法可以具体规定，若指定了不同的破产管理人管理企业集团两个或多个成员的破产程序，则这些破产管理人应当尽最大可能相互合作。⁴⁵

两名或多名破产管理人在程序协调方面的合作

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

合作形式[尽最大可能展开合作]

236. 破产法应具体规定，破产管理人[应][可]采取任何适当的手段尽最大可能展开合作，其中包括：

(a) 在做好适当安排保护机密信息的前提下，共享和披露关于已进入破产程序的企业集团成员的信息；

(b) 核准或实施有关破产管理人之间责任分配的协议，包括由一名破产管理人发挥协调作用；

(c) 在以下方面展开协调：管理和监督已进入破产程序的集团成员的事务，包括企业的延续所需的日常经营；启动后融资；保障资产安全；使用和处分资产；行使撤销权；[与债权人联系以及债权人会议；]债权申报和认定，包括集团内债权；对债权人的分配；

(d) [在提出和商谈重整计划方面开展协调][提出和商谈协同的重整计划]。

F. 企业集团两个或多个成员的重整

146. 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背景下予以适用。

1. 协同重整计划

147. 对企业集团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》其他地方未述及的一个问题，即能否通过涉及若干成员的单一重整计划或通过对每个程序大体上类似的协调一致计划对债务人进行重整的问题。这类计划有可能节省整个企业集团破产程序的费用，确保以协调一致的方式解决集团的财政困难并为债权人实现价值的最大化。有些破产法允许经谈判达成单一重整计划。但按照某些法律规定，只有对各种程序进行程序协调或加以实质性合并才有可能采取这种做法。而另外一些法律则规

⁴⁵ 除了破产法中关于合作与协调的条文，法院通常可指明在程序管理过程中为此目的须采取的措施。

定，通常只有在可以自愿进行程序协调的情况下才有可能采取这种做法。

148. 在实务中，单一重整计划或协调一致的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。将针对各成员逐一考虑核准这类计划，由集团各成员的债权人按照单一债务人计划所适用的表决要求进行表决；不应考虑以集团为基础整体核准，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，因此需要述及从这样核准中所获的益处和获得这样核准所需的信息。关于计划内容及随附的披露说明的建议 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与集团经营、集团成员间的关系、计划所涉每个成员在集团中的地位以及集团运作有关的细节。

149. 这类重整计划必须考虑到不同组别债权人的不同利益。包括考虑在某些情况下宜向集团不同成员的债权人提供不同回报率的可能性。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，还包括应当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。如同债权人表决和核准一项计划一样，还需要考虑债权分类和债权人类别，尤其是集团成员互为债权人因而是“相关人”的情况下。为计算集团情形下适用的多数，将需要考虑如果债权人对集团不同成员的债权额相同，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。一种做法是以核准单一债务人重整计划所适用的规定为依据，另一种做法是为便利集团核准事宜而专门设定不同的多数要求。还可以列入与建议 152 所述措施类似的保障措施，同时要求该计划在集团不同成员的债权人之间保持公平。

150. 在集团情形下，相关人包括当前处于或一直处于对债务人或其母公司、子公司或附属公司享有控制地位的人（见术语表，(jj)）。上文讨论了相关人在核准计划方面的表决事宜（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。但应当注意到，破产法列入这类限制的，在一些集团其中某个成员只有相关人这一类别的债权人或者非相关人的债权人人数极为有限这种情况下，这类限制便会造成困难。

151. 破产法还可列入一些条文，述及未核准建议 158 所述重整计划而导致的后果。举例说，一项法律规定，计划未获核准的后果是转而对集团所有破产成员进行清算。如果非破产成员经同意参加重整计划，则可能需要拟定特别条文，防止这种清算产生的不当得利或损害。

2. 将集团非破产成员列入重整计划

152. 上文第 11-15 段讨论了将集团非破产成员列入程序启动申请的可能性。指出一个表面上有偿债能力的成员经过进一步调查可能符合濒临破产的启动标准，因而属于建议 15 所涵盖列入程序启动的情形。在一些成员破产几乎不可避免导

致其他成员破产的企业集团中，这种情况可能并非罕见。但是，按照破产法，如果不存在濒临破产的问题，集团非破产成员一般不可以参加同一集团已进入破产程序的其他成员的重整计划。但是，有些情况下，在自愿基础上，非破产成员不同程度地参与重整计划可能既适当又可行。事实上，这种集团非破产成员的参与在实践中并不少见。集团非破产成员可由此帮助集团其他成员的重整，并在计划获得核准并在需要确认的情况下获得确认之后而依据合同受该计划的约束。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，除非可适用的公司法要求，否则不必征得债权人同意。关于计划内包括集团非破产成员的，在涉及随附计划的披露声明时，披露与该集团非破产成员及其经营业务有关的信息必须谨慎为之。

建议 237-238

立法条文的目的

关于企业集团情形下重整计划的条文，目的是：

- (a) 在不违反破产法的情况下为协同重整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) 在企业集团两个或多个成员的破产程序中，促进谈判和提出协同重整计划。

立法条文的内容

重整计划

237. 破产法应允许在企业集团两个或多个成员的破产程序中提出协同重整计划。

238. 破产法应具体规定，企业集团中未进入破产程序的成员可自愿参加对已进入破产程序的两个或多个成员提出的重整计划。