



联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第三十二届会议
2007年5月14日至18日，纽约

破产集团公司对待办法

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 术语表	2-3	2
二. 背景情况	4	2
三. 破产的开始：国内问题	5-61	3
A. 程序的启动	5-30	3
1. 启动标准	5-8	3
2. 获准提出申请的人	9-19	3
3. 申请和启动通知	20-30	6
B. 启动破产程序时对资产的处理	31-61	8
1. 联合管理和对破产管理人的指定	32-40	8
2. 中止的适用	41-49	10
3. 对资产的使用和处分	50-53	11
4. 启动后融资	54-61	12



1. 本说明借鉴了 A/CN.9/WG.V/WP.74 及 Add.1 和 2 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》）和第五工作组（破产法）第三十一届会议工作报告（A/CN.9/618）。编写本说明依据这样的原则：关于集团公司的的工作是对《立法指南》的补充，因此，包括评注和建议在内将采用《立法指南》的格式。关于各条建议，也列入一些解释性说明，但仅供工作组参考。

一. 术语表

2. 已将有关集团公司的术语表列入 A/CN.9/WG.V/WP.74。工作组似宜认真研究为了对术语表进行修订按照《立法指南》所载术语表的行文措词对 A/CN.9/WG.V/WP.74 中术语表所载的具体术语究竟作如何解释最为合适的问题。

3. 可列入以下补充用语：

(a) 国内集团公司

指(a)[通过共同持股或交叉持股而联合在一起或通过包括控制能力在内的控制权而结合起来][通过资本或控制手段，包括控制能力而结合在一起]；以及(b)以协调方式组织并开展其业务的若干企业，包括未必组建为公司的企业。控制能力包括以合同安排为基础的集团公司。

(b) 国际集团公司

指(a)不论是通过组建公司、实施经济活动、放置资产还是按照某些其他标准均受不同国家的法律管辖；(b)[通过共同持股或交叉持股而联合在一起或通过包括控制能力在内的控制权而结合在一起][通过资本或控制手段，包括控制能力而结合在一起]；以及(c)以协调方式组织并开展其业务的若干企业，包括未必组建为公司的企业。

二. 背景情况

4. A/CN.9/WG.V/WP.74 号文件中所载背景材料就集团公司的性质、通过集团公司开展业务的原因、“集团公司”的定义和对集团公司的管理作了论述，工作组似宜认真研究是否应对这些材料加以拓展，以便反映以不同法域的实务为基础的更多的补充材料并将此作为在集团公司方面拟开展的工作的背景情况一章的基础。

三. 破产的开始：国内问题

A. 程序的启动

1. 启动标准

[参考文件：《立法指南》：第二部分，第一章，第 20-79 段和建议 14-29]

5. 启动破产程序应满足的标准是制定破产法的关键所在。作为破产程序的基础，这一标准有助于确定哪些债务人可以被纳入破产法的保护性和惩戒性机制，而且有助于确定哪些人可以申请启动程序，而不论申请人究竟是债务人、债权人还是其他当事人。这还将影响到究竟能够对债务人发动哪几类程序。

6. 《立法指南》比较详细地论述了与启动破产程序有关的问题¹。一般来说，已经确定的适用于针对单个债务人的启动程序上的考虑将适用于集团公司债务人，但下文提出了其他一些问题。

7. 许多破产法均规定债务人破产（而不论破产的定义如何）是启动破产程序的必要条件。作为一般规则，破产法还尊重集团公司每位成员享有独立的法律地位，因此，符合破产标准的集团公司的每位成员必须单独提出启动破产程序的申请。为此，与确定集团公司中哪一位成员符合破产标准有关的问题，是如何处理在交叉担保的情况下集团内部的债务和潜在负债等各种负债问题。

8. 在处理破产集团公司上的第二个关键问题是集团公司经济和组织一体化的程度如何以及这种程度的一体化究竟会如何影响对破产集团公司的处理，尤其是对于高度一体化的集团公司的处理方式应当在多大程度上不同于对各个成员高度独立的集团公司的处理。在有些情况下，例如，集团公司的结构呈现多种形态，涉及互不相关的企业和资产，集团公司的一个或多个成员的破产可能不会影响到其他成员或整个集团公司，对已经破产的成员可以单独加以管理。但是，在另一些情况下，一个集团成员的破产可能会导致其他成员或整个集团陷入财政困难，其原因就在于集团公司采用了一体化结构，相互高度依赖，而且各个不同部分之间的资产和债务相互交错。

2. 获准提出申请的人

9. 作为一般破产法问题，《立法指南》建议准许债权人和债务人申请启动破产程序，同时对清算和重组不作区分。建议 14 规定：

“14. 破产法应当具体列明允许提出启动破产程序申请的当事人，其中应当包括债务人及其任何债权人。”²

¹ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分，第一章。

² 这将包括作为债务人的债权人的政府机关。

(a) 债务人申请

10. 不论集团公司的一体化程度如何，破产法均可允许集团公司的若干破产成员共同申请启动破产程序或允许在这些成员满足启动标准（以这些成员已经破产或可能破产为依据，其中即将破产系启动标准的一个组成部分）的情况下合并已经提出的申请。

11. 可允许的这类情况必须在《立法指南》建议 15 的范围以内，该建议规定：

“债务人申请

15. 破产法应当具体规定，如果债务人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债务人提出的申请而启动：

- (a) 债务人目前或者将来基本无力偿还到期债务；
- (b) 债务人的负债超过其资产的价值。³”

12. 建议 15 对清算和重组未作区分，仅提及破产程序。在联合申请的语境下，建议 15 可能更加适用于重组，因为重组取得成功的关键在于在联合破产程序中述及一体化程度密切的集团公司成员的财务状况，并且视可能采用编拟统一重组计划的方法（见下文）。该建议还适用于以下情况的清算，即有助于对共同处理资产的程序实施管理的情况，例如破产成员一体化程度密切或可以将集团公司的某些单位作为经营中企业加以变卖的情况。

(b) 关于集团公司中非破产成员的申请

13. 集团公司一体化程度密切的，破产法还可准许此种申请把不符合启动标准的集团公司成员列入在内，因为将其列入这些程序符合整个集团公司的利益。这类申请既可由母公司替集团公司的子公司成员提出，也可由任何成员替包括母公司在内的其他成员提出。确认把集团公司其他成员列入在内系影响到母公司的程序取得成功的必要条件的，还可以考虑准许被指定的破产管理人提出母公司破产的申请。这种做法可能有助于编拟全面的重组计划，同时述及集团公司的非破产成员和破产成员。它还可能有助于针对整个集团公司制定一种破产解决办法，如果集团公司中有更多的成员因为针对最早破产的成员启动的破产程序而受到影响的话，则还可以避免在一段时期内分个启动破产程序。

14. 与确定一体化必要程度相关的因素可能包括：公司之间存在着某种关系，这种关系虽然可以作出不同的界定，但都涉及相当程度的相互依赖性 or 控制；彼此都有对方的资产；集团公司的虚拟性质；身份的统一性；依赖于管理和财政支助或其他不一定是从公司之间的法律关系（例如母公司与子公司之间的关系）中产生的类似因素。

³ 这一建议和关于债权人申请的建议的目的是允许立法者在单一或双重标准的基础上制定灵活启动标准。如果破产法采用单一标准，依据应当是债务人无力偿还到期债务（停止付款标准），而不是资产负债表标准。如果破产法采用两种标准（停止支付标准和资产负债表标准），只要满足其中一项标准的要求就可启动。

15. 集团公司所有相关成员均同意把一名或多名其他成员，不论破产与否均予以列入的，或包括债权人在内的所有相关当事人均表示同意的，还可准许联合申请启动程序。破产法还可认真研究在启动针对集团公司其他成员的破产程序时未参与的集团公司成员如果以后受到这些程序的影响或如果确定其加入对整个集团公司有利的则其是否可以加入这些程序的问题。

(c) 债权人申请

16. 尽管如上所述，《立法指南》建议 14 主张允许债权人和债务人申请启动破产程序，而对清算和重组不加区分，但该建议还注意到，一些法律只允许债务人申请重组。虽然可能没有任何理由说明可以偏离这种做法，从建议准许债权人在涉及集团公司的情况下申请启动清算和重组程序的一般做法的角度来看，集团公司的结构可能会给债权人造成特殊的困难⁴。在有些情况下，特别是在集团公司组织结构松散的情况下，确定某个债务人并非难事。但是，在一体化程度很高的情况下，特别是债权人以为和他打交道的集团公司是一个单一企业的话，则情况可能并不那么明确。由债权人来确定与其打交道的集团公司的具体部分或特定的债务人并提供达到启动标准的必要证据则更为困难。出于同样的原因，破产法要求在提出申请时必须确定对特定债务人来说究竟是清算程序还是重组程序更为合适的，债权人可能难以作出这类确定。

17. 即使集团公司的某些成员没有包括在根据建议 15 提出的债务人申请之内，其随后仍有可能成为根据建议 16 提出的债权人申请的对象，其中可包括系破产集团公司成员债权人的集团公司成员。建议 16 规定：

“债权人申请

16. 破产法应当具体规定，如果债权人可以证明下列任何一项条件，破产程序可以根据该债权人提出的申请而启动：

- (a) 债务人目前基本无力偿还到期债务；
- (b) 债务人的负债超过其资产的价值。”

(d) 政府机关或监管机关的申请

18. 《立法指南》论述了政府机关或其他监督机关有权申请启动破产程序的问题，所得出的结论是，只有在某些十分有限的情况下才能拥有这种权力，而且只能在其他法律没有适当的补救措施情况下作为最后手段使用（见第二部分，第一章，第 42-44 段）。《立法指南》概述了这些情形以及将这种权力的使用限定于申请清算的可取性。

19. 同样的考虑适用于政府机关或监管机关申请启动针对集团公司两个或两个以上成员的破产程序。

⁴ 有关对适用于债权人的情况的讨论，见《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章，第 37-41 段和第 48-53 段。

3. 申请和启动通知

(a) 债务人申请：给债权人的通知

20. 由于在未征得参与共同管理的集团公司每个成员的债权人同意的情况下不得变更其权利，破产法应列入要求向参与破产程序的所有成员的债权人发出联合程序启动通知的规定（由集团公司一个或一个以上成员提出申请）。尤其在集团公司一体化程度很高并且未列入破产程序的成员的破产可能会受到这些程序影响的情况下，似应要求向集团公司所有成员的债权人发出通知。《立法指南》建议 24 和 25 述及经债务人申请启动破产程序的通知的条文，并且应当对集团公司同样适用。对破产问题或联合管理持有异议的债权人可以在程序启动之后提出异议。

21. 在根据《立法指南》提供的信息中可以补充有关联合管理的影响的其他信息，尤其是影响到债权人的信息。这种信息对于已列入破产程序的集团公司任何非破产成员的债权人尤为重要。

(b) 债权人申请：给债务人的通知

22. 同样，涉及启动债权人申请的《立法指南》建议 19 应适用于集团公司，要求向集团公司中被列入申请的成员发出启动申请通知，使他们有机会提出异议。还可以考虑是否应当向集团公司中虽未列入申请但仍有可能受到破产程序影响的成员发出通知。

建议

破产程序的启动：集团公司

(1) 破产法可允许符合《立法指南》建议 15 中启动标准的集团公司两个或两个以上成员提出启动[破产][重组]程序的联合申请。

(2) 破产法可允许集团公司两个或两个以上成员提出启动[破产][重组]程序的联合申请，但前提条件是其中一个成员符合《立法指南》建议 15 中的启动标准。

(3) 破产法可在以下任一情况下允许将符合建议 15 中启动标准的集团公司[一个或多个成员][母公司]提出的启动[破产][重组]程序的申请延伸至列入不符合该标准的集团公司一个或多个[成员][子公司]：

(a) [申请延伸适用的成员][集团公司的所有成员][拟列入的集团公司成员的债权人][所有相关当事人]同意；或

(b) 法院确定拟列入申请的集团公司成员受破产母公司控制；集团公司中这些成员的资产无法分开；集团公司中非破产成员的事务与集团公司其他成员的事务高度混合，因此将集团公司非破产成员列入重组程序将会有所助益；或债权人将集团公司作为一个统一的单位来对待。

(4) 破产法可允许符合《立法指南》建议 15 启动标准的集团公司的母公司确定应根据建议(1)列入[破产][重组]程序启动联合申请的集团公司的其他成员。

债务人申请：给债权人的通知

(5) 破产法应当具体规定，对集团公司两个或两个以上成员启动联合破产程序的，启动通知应发给[程序启动所针对的集团公司成员]的所有债权人[集团公司的所有成员，包括非破产成员]。

(6) 破产法应当具体规定，除建议 25 载明的信息外，破产程序通知应当列入与债权人特别有关的实施联合管理的信息。

债权人申请：给债务人的通知

(7) 破产法应当具体规定，由债权人提出针对集团公司两个或两个以上成员的破产程序启动申请的，申请通知应发给所有[列入申请的集团公司的成员][集团公司的所有成员]。

联合管理

(8) 破产法可允许联合管理[在同一法院]针对相同集团公司成员的两个或两个以上的未定[破产][重组]程序。

有关建议的说明

23. 建议(1)-(4)述及对集团公司两个或两个以上成员启动破产程序的联合申请问题。

24. 建议(1)意在述及由集团公司符合《立法指南》建议 15 启动标准的所有成员提出的联合申请。

25. 建议(2)意在述及集团公司的若干成员提出的联合申请，但条件是其中一个成员符合建议 15 的启动标准。这将使非破产成员得以被列入启动申请，同时不对被列入的任何条件作具体规定。

26. 建议(3)采取了不同的做法，允许在满足某些条件的情况下将集团公司某些成员提出的申请延伸至列入其他成员。所草拟的标题反映了两种备选做法：第一种备选做法是由符合建议 15 启动标准的任何成员提出的申请可延伸适用至不符合建议 15 的任何成员；第二种备选做法是可将符合启动标准的母公司提出的申请延伸至列入不符合该标准的子公司。这些条件包括在(a)项中经相关当事人同意而加以延伸适用的备选做法，包括拟列入的集团公司成员；集团公司的所有成员；拟列入的集团公司成员的债权人；和所有相关当事人，其中将包括债权人（而不论是拟列入的集团公司成员还是集团公司的所有成员）以及集团公司的成员。(b)项规定了以控制权和一体化为依据的条件。

27. 建议(4)允许由集团公司的破产母公司来确定根据建议(1)究竟应该把集团公司中哪些其他成员列入破产程序启动申请。

28. 建议(1)-(4)中的各项建议均列入了与拟启动程序有关的备选做法：涉及《立法指南》建议 15 所列入的一般的破产，或只涉及以这些建议可能更适用于集团公司重组为基础的重组。

29. 建议(5)-(7)严格遵照《立法指南》建议 19 和 22 述及有关债权人申请的程序启动申请通知和有关债务人申请的启动通知；这些建议根据究竟由债务人还是债权人提出启动申请来确定通知发出时间上的区别。

30. 建议(8)述及在已经对集团公司两个或两个以上成员启动破产程序的情况下对这些程序实施联合管理的可能性。

B. 启动破产程序时对资产的处理

[参考文件：《立法指南》：第二部分，第二章，第 1-215 段，及建议 35-107；第三章，第 35-74 段和建议 115-125]

31. 《立法指南》就启动破产程序如何影响到债务人及其资产作了详细论述⁵。总的来说，这些影响同样适用于针对集团公司两名或两名以上成员启动破产程序。下文论述了在涉及集团公司时可能在以下方面有所不同的某些影响：对集团公司成员破产财产的管理；破产管理人的指定；中止的适用；对资产的使用和处分；启动后融资；撤销；排序退后；救济，包括摊付令和合并令。

1. 联合管理和对破产管理人的指定

32. 联合申请将会导致对列入破产程序的集团公司成员的破产财产进行联合管理（有时也称作程序性或行政性合并），但不应影响这些债务人之中各个债务人的实质性权利或每个成员对其债权人所负的债务。为节省时间和费用，可联合实施某些程序，例如举行受到破产管理的集团公司两个或两个以上成员的债权人会议。应当认真研究是否需要取得所有受影响的债权人同意的问题。集团公司每个成员将就与该成员相关的问题分别举行表决。

33. 为便利对不同资产进行联合管理可指定一位破产管理人。此种指定将确保协调管理集团公司各个成员，减少相关费用，并便于收集有关整个集团公司的信息。

34. 尽管许多破产法未涉及该问题，但在有些法域，已经形成根据集团公司的情况指定单一破产管理人的惯例。某些跨国界破产案件在一定程度上采取了这种做法（下文详细论述）。

35. 指定单一破产管理人负责管理涉及金融和商业关系复杂的多个债务人和不同组别债权人的集团公司的，可能会在交叉担保、集团公司内部债务或集团

⁵ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第二章。

公司的一个成员对一个成员行为不当等方面发生冲突。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或服从某项行业规则或法定义务，以便在出现冲突时寻求法院的指导意见。此外，破产法可以规定必须指定一名破产管理人，对冲突所涉其他一个或多个债务人实施管理。《立法指南》建议 116 和 117 中所载的披露义务可能与集团公司情形下发生的冲突情况有关。

36. 如果无法指定一名破产管理人或如果由于明显的冲突而必须指定一名以上的破产管理人，为便利协调不同的程序，除《立法指南》所规定的（建议 111、116-117、120）适用于破产管理人的义务外，破产法可对其他义务作出具体规定。这些义务可包括：分享和披露信息；在使用和处分资产上开展合作；提出协调的重组计划并进行谈判（除非按下文所述有可能制定一个集团公司计划）；协调使用撤销权；争取启动后融资；以及协调债权的提出和承认。

37. 破产法还可述及及时解决所指定的不同破产管理人之间的纠纷。似可认真研究以下问题，即在涉及集团公司时，如果指定不同破产管理人分管母公司和不同的子公司，则指定管理母公司的破产管理人是否负有协调其他破产管理人的额外职责或是否享有解决纠纷或冲突的额外权限。

建议

单一破产管理人的指定

(9) 破产法应具体规定，联合管理针对集团公司两个或两个以上成员的破产程序的，可指定一名破产管理人实施该联合管理。

(10) 破产法应列入一些措施，解决在最初只指定一名破产管理人的情况下实施联合管理可能会产生的利益冲突。这类措施可包括指定另外一名破产管理人。

一名以上破产管理人的指定

(11) 破产法应具体规定，对集团公司两个或两个以上成员启动破产程序并指定一名以上破产管理人的，破产管理人应进行最大限度的合作，便利协调对程序的管理。

关于建议的说明

38. 建议(9)允许指定一名破产管理人，负责联合管理针对集团公司两个或两个以上成员的破产程序。

39. 除了《立法指南》建议 116 和 117 外，建议(10)述及在联合管理方面可能出现的冲突问题，并提出了可化解这一冲突的一种方式。上文第 35 段的评述提及可列入建议中的其他可能的手段。

40. 建议(11)述及在联合管理指定一名以上破产管理人的情形下便利协调破产程序的极端重要性。该建议使用了《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 25 和 26

条的措词“进行最大限度的合作”。如评述第 36 段所述，可以使用示例的方式将这种合作可能包括的内容和实现这种合作的方式列入建议。

2. 中止的适用

41. 《立法指南》注意到⁶，许多破产法均列入了保护破产财产价值的机制，不仅采取防止债权人在破产程序的某些或所有阶段通过法律救济强制执行其权利的行动，而且还可中止对债务人已经采取的行动。《立法指南》中称作“中止”的有关适用该机制的条文通常适用于对集团公司两名或两名以上成员的破产程序（见建议 39-51）。

42. 在集团公司破产方面可能出现的一个问题是将中止延伸适用于不受破产程序管辖的非破产成员（如上文所述，破产法允许将集团公司的一名非破产成员列入该程序的，将不会产生这一问题）。为保护集团内部的保证依赖于提供此种保证的集团公司非破产成员的资产，为了保护这种保证，可能需要有此类延伸适用。这类中止的延伸适用可能会影响到破产成员的经营和其债权人的利益，具体影响取决于非破产成员的性质及其在集团公司结构中所发挥的职能。举例来说，公司集团中从事贸易的成员的日常活动所受不利影响可能大于为持有某些资产或负债而设立的子公司。

43. 在某些法域中，无法下令对集团公司的非破产成员（未列入破产程序）实施与破产有关的救济，因为这样做可能会同产权保护发生抵触或引起宪法权利的问题。然而在以下情况下仍有可能取得相同的效力：在某些情况下，例如在有集团公司内部保证时，法院可在启动对该集团公司其他成员的破产程序的同时下令采取临时性措施。这些措施可在法院认定合适的某些条件下由法院斟酌下达。

44. 可将这些措施列在《立法指南》建议 48 的范围之内，该建议规定法院除了在启动破产程序时可自动适用的任何救济（例如建议 46 所述的救济）外还可提供其他救济。正如建议 48 的脚注所指出的，额外的救济将取决于具体法域可加以利用的各类措施以及可能适用于具体破产程序的措施。

45. 在《立法指南》的相关条文中可以找到对集团公司破产成员的有担保债权人和无担保债权人利益的保护；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启动时适用中止措施的理由，并且可延伸适用于集团公司破产成员的有担保债权人。免于中止的其他理由可能与破产成员的财务状况和中止对其日常运营及可能对其破产产生的持续影响。

46. 有担保债权人为相同集团公司的另一个成员的，可能需要对保护问题采取另一种做法，尤其是破产法允许合并相关人债权或规定其排序居次的（见下文）。

⁶ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第二章，第 26 段。

建议

(12) 法律应具体规定，对集团公司两个或两个以上成员启动破产程序的，法院可在需要给予救济以保护和保全不受破产程序管辖的集团公司一个成员资产价值的情况下，应[集团公司的一个成员][破产管理人]的请求给予救济。

该救济可包括：

- (a) 中止涉及不受破产程序管辖的集团公司成员的资产、权利、债务或负债的个别诉讼或程序的启动或继续；
- (b) 中止针对不受破产程序管辖的集团公司成员资产的执行或其他强制执行；
- (c) 暂停对应方终止与不受破产程序管辖的集团公司成员的任何合同的权利；
- (d) 中止对不受破产程序管辖的集团公司成员的任何资产进行转让、抵押或其他处分权利。

关于建议的说明

47. 工作组第三十一届会议一致认为，中止的效力不应自动延伸适用于集团公司的非破产成员，但在有些情况下，如果符合某些条件法院可斟酌延伸适用⁷。

48. 建议(12)根据《立法指南》建议 39 概述了在这类情形下可能适用的各类措施。工作组似宜对适合提供这类救济的具体情形和可能必须遵守的任何条件加以认真研究。

49. 工作组还注意到⁸，《立法指南》建议 51 述及免于破产程序启动时适用的措施，因此，在针对不受破产程序管辖的集团公司的一成员下达中止令时将不只是对有担保债权人适用。鉴于建议 51 的背景情况，工作组似宜认真研究免于适用建议(12)所述中止的理由及其对有担保债权人和无担保债权人的适用问题。

3. 对资产的使用和处分

50. 《立法指南》注意到⁹，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者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的企业正在使用的由债务人占有的资产，以便保证具体程序的目标得以实现。

⁷ 第五工作组（破产法）第三十一届会议工作报告，A/CN.9/618，第 31 段。

⁸ 同上，第 30 段。

⁹ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第二章，第 74 段。

51. 破产程序涉及集团公司两个或两个以上成员的，在使用同一集团公司非破产成员的资产在程序终结以前支助破产成员经营中业务方面会出现各种问题。这些资产为集团公司一个破产成员占有的，述及使用由第三方当事人拥有并由债务人占有的资产的《立法指南》建议 54 即可管辖。建议 54 的内容为：

“第三方拥有的资产的使用

54. 破产法应当规定，破产管理人可以使用由第三方拥有并由债务人占有的资产，但需满足规定的条件，其中包括：

- (a) 将保护第三方的权益不受资产价值缩减的影响；
- (b) 继续履行合同而发生的合同项下的费用和使用资产而发生的费用将作为破产管理费用偿付。”

52. 这些资产不为集团公司任何破产成员所掌握的，建议 54 通常将不予适用。但在有些情况下将把集团公司非破产成员列入破产程序并且集团公司重组计划的条文将涵盖这些资产。集团公司非破产成员未列入破产程序的，则关键是能否使用这些资产来支助集团公司破产成员，若能使用这些资产的话，则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的问题，并且还可能引起非破产成员的债权人的担心。

53. 工作组似宜认真研究在哪些情况下可以将集团公司中不受破产程序管辖的非破产成员的资产用于支助同一集团公司破产成员的重组。

4. 启动后融资

54. 《立法指南》¹⁰承认，破产程序启动后债务人企业的继续经营是重组的关键，而要将企业作为经营中企业拍卖的话，则其继续经营在一定程度上也是清算的关键。为了保持其经营活动，债务人必须有获得资金的渠道，这样才能够继续为获得关键的货物和服务支付费用，包括劳务成本、保险、租金、合同的保持和其他营运费用以及与保持资产价值有关的各种费用。但是，《指南》指出，许多法域要么限制在破产中提供新的资金，要么不具体涉及注入新的资金或者在破产中偿还这些资金的优先顺序问题。这些法律中具体涉及集团公司方面问题的法律很少。

55. 《立法指南》列入了旨在促进为债务人的企业继续经营或生存而提供资金的建议 63-68，从而为启动后资金的提供人提供了适当保护，而且也为那些其权利可能因启动后资金的提供而受到影响的当事人提供了适当保护。

56. 正如《立法指南》所注意到的，启动后融资对个别程序虽很重要，不过对有关集团公司的程序则更为重要；如果没有任何可动用的资金，破产集团的重组则几无希望可言。在集团公司背景下与启动后融资有关的问题之一是可否将集团非破产成员的资产用于为破产成员争取外部融资或直接为非破产成员供

¹⁰ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第二章 D 节，第 94 段。建议 63 之前各项立法条文的目的。

资，如果可以的话，则这种做法对《立法指南》中有关优先权和担保的建议将会产生什么样的影响。举例说，向其破产的母公司提供资金的非破产子公司是否有权享有建议 64 规定的优先权，或是否应当将该交易作为集团公司内部贷款而适用从属安排？如果集团所有成员均受破产程序管辖，则通常应该可以使用集团公司的资产来筹集资金；《立法指南》的建议应述及该问题。不过有与会者提出的将非破产成员的资产用来为破产成员供资或用作筹集外部资金的依据的建议有可能招致非议。如上所述，破产法一般不允许有这种做法，但是在某些情况下，如果非破产成员的债权人同意的话，提供这类资金亦无不可。

57. 除了下文所列的建议外，《立法指南》中的建议 68 将适用于把重组程序改为清算的情形。

建议

吸引和授权对集团公司的启动后融资

(13) 破产法应具体规定，集团公司或集团公司的任何成员都可在下文建议 15-18 所述的情形和标准之下获得启动后融资。

(14) 破产法应在破产管理人认为获得启动后融资对于[集团公司[或其任何成员]]的继续经营或生存或对于保全或增加集团公司一个或一个以上成员破产财产的价值有必要的情况下，为[集团公司破产管理人][集团公司任何成员的破产管理人]获得启动后融资提供便利或动力。破产法可要求由法院授权或经受到影响的集团公司任何成员的债权人同意为下文建议 18 和 19 所列明的集团公司[或集团公司的任何成员]提供启动后融资。

集团公司启动后融资的偿付担保或其他保证

(15) 破产法应具体规定，[系债务人的][集团公司]的一个成员可就集团公司另一成员获得的启动后融资的偿付提供担保或其他保证，只要法院确定：

(a) 债务人——担保人的[破产财产]从这类启动后融资中获得的益处将与启动后融资获得者获得的益处相当；或

(b) 债务人——担保人的[债权人][破产管理人]同意为偿付资金提供担保或其他保证；或

(c) 债务人——担保人的债权人不会因这类偿付担保或其他保证而遭受经济上的损失。

集团公司启动后融资的优先权

(16) 破产法应确定对于提供给[集团公司][或集团公司的成员]的启动后融资的优先权，至少应确保对启动后融资提供者的偿付优先于集团公司各个成员的普通无担保债权人，包括那些拥有破产管理费优先权的无担保债权人。

对集团公司启动后融资的担保

(17) 破产法应规定集团公司的一个成员能够就向集团公司[或集团公司的成员]提供的启动后融资的偿付设定担保权益，包括在未抵押资产（含启动后获得的资产）上设定的担保权益或在这类集团公司成员的破产财产中已抵押资产上设定的次级或较低优先的担保权益。

(18) 法律¹¹应规定，除非[集团公司受到影响的各个成员]破产管理人征得现有担保债权人的同意或者遵循建议 19 中所载程序，否则，为了使集团公司[任何其他成员]获得启动后融资而以集团公司任何成员破产财产中的资产提供的担保权益并不比任何以该资产提供的现有担保权益优先。

(19) 破产法应规定，即使任何现有担保债权人不同意[向启动后融资提供高于其担保权益的优先权]，法院仍可批准设定优先于先前存在的担保权益的担保权益，但要满足特定条件，其中包括：

- (a) 给予现有担保债权人向法院申诉的机会；
- (b) 可以证明集团公司无法[以任何其他方式][以更为有利的条款和条件]获得融资；以及
- (c) 现有担保债权人的利益将得到保护。

关于建议的说明

58. 除建议(15)外，这些建议均以《立法指南》建议 63-67 为依据。

59. 建议(13)和(14)存在一定的重叠。建议(13)具体要求破产法列入促成提供启动后融资的条文并指明了可适用的情形和条件。建议(14)以《立法指南》建议 63 为依据，并且可以普遍适用，侧重于为启动后融资提供动力的可取性并述及同意问题；该建议未明确提及就启动后融资拟订法律规定的必要性。

60. 建议(15)述及集团公司的一个成员为便于另一个成员使用而获取启动后融资的情形，并允许前者在符合某些条件的前提下为偿付启动后融资提供担保。该建议由于列入了“[系债务人的]”一语而造成在提供担保的集团公司成员可以是不受破产程序管辖的集团公司一个成员的问题上未有定论。

61. 按照其行文措词，这些建议未解决以下问题：(一)合并管理集团公司成员的破产财产；(二)为整个集团公司指定一名破产管理人；(三)将集团公司非破产成员纳入与集团公司其他破产成员相关的破产程序。

[三之续。破产的开始：国内问题载于 A/CN.9/WP.76/Add.1；四. 国际问题载于 A/CN.9/WP.76/Add.2]

¹¹ 本条规则可能载于破产法以外的法律，如果属于这种情况的话，破产法应当对该规定的有无加以注明。