



联合国国际贸易法委员会  
第五工作组（破产法）  
第三十四届会议  
2008年3月3日至7日，纽约

## 破产集团企业对待办法

### 秘书处的说明

## 二. 破产的开始：国内问题（续）

### D. 撤销程序

#### 1. 立法条文的内容

##### 可撤销的交易

(14) 破产法应当具体规定，在考虑是否应当撤销《立法指南》建议 87(a)、(b)或(c)中所述企业集团情形下相关人之间发生的那类交易时，法院可以顾及进行交易的企业集团的具体情形。这些情形可以包括：作为交易当事人的企业集团成员之间的一体化程度；交易的目的；以及交易是否给企业集团成员带来了好处，而非相关当事人之间通常并不彼此给予这种好处。

##### 撤销和抗辩的要件

(15) 破产法可以具体规定《立法指南》建议 97 所述要件将以什么方式适用于针对企业集团两个或多个成员的破产程序中的交易的撤销。<sup>1</sup>

\* 因要做最后协商，本文件提交较晚。

<sup>1</sup> 即为了撤销某一交易而应证明的要件、举证责任、对撤销要求的具体抗辩以及特殊推定的适用。



## 2. 关于建议的说明

1. 工作组第三十三届会议核准了建议(14)和(15)草案的实质内容，以作为进一步审议的基础，并建议建议(15)应当更明确地指出与《立法指南》建议 97 的联系。因此，在一条脚注中列出了建议 97 的要素。工作组似宜审议如此提及是否充分。

## E. 实质性合并

### 1. 立法条文的目的

[关于实质性合并的条文的目的：

- (a) 作为一项基本原则，确保尊重企业集团中各成员的单独法律身份；
- (b) 为实质性合并提供立法授权；和
- (c) 具体规定在哪些非常有限的情况下可以将实质性合并作为一种救济使用；和
- (d) 具体规定实质性合并应当依据的客观标准和程序以确保透明度。]

### 2. 立法条文的内容

#### 企业集团中的单独法律身份

(16) 破产法应当尊重企业集团中各成员的单独法律身份[，但建议 17 规定的除外]。

#### 实质性合并

(17) 破产法可以具体规定，法院可以在以下为数有限的情况下下令针对企业集团中两个或多个成员的破产程序同时进行，将这些程序视作是针对单一实体的程序[，将这些成员的资产和负债汇总在一起，形成单一破产财产]：

(a) 法院确信企业集团成员的资产相互混合，以至[无法分清各项资产的所有权][没有过度的费用或迟延就无法分清各项资产的所有权]；或

(b) 企业集团中两个或多个成员从事假冒、欺诈图谋或毫无正当商业用途的活动，而法院确信为取缔这种图谋或活动必须进行实质性合并；或

[(c) 法院确信企业集团呈现为一个单一企业，或者其行为方式促使第三方当事人[将其作为一个单一企业交往][相信他们在与一个单一企业交往][并且模糊了集团中各成员之间的法律界限]。]

### 3. 关于建议的说明

2. 为了更好地解释关于实质性合并的建议草案，采用了《立法指南》的做法，并引入了一条目的条款。工作组似宜审议这一条款拟载列的目的。

3. 工作组第三十三届会议核准了建议(16)草案的实质内容，<sup>2</sup>并指出它所反映的原则应当作为一条一般性规定加以适用。据此，与建议(17)草案的相互参照可能并不需要，因此将其置于方括号内供进一步审议。删除这一限定意味着这条建议草案可以成为这项工作一般性介绍的一部分。

4. 实质性合并是一个《立法指南》未曾涉及的议题。为了更好地解释关于实质性合并的建议草案，采用了《立法指南》的做法，并引入了一条目的条款。工作组似宜审议这一条款拟载列的目的。

#### 实质性合并

5. 根据工作组第三十三届会议作出的决定<sup>3</sup>对建议(17)草案作了修订。有人建议建议草案的前导句应当确认实质性合并的结果是涉及单一破产财产的单一破产程序，据此，在前导句以及在术语表关于实质性合并的解释中载列了这样的字样。评注中可以对实质性合并作进一步解释。

#### 资产的混合

6. (a)段适用于集团各成员间资产的混合，但不具体规定这些成员必须在进行破产程序。因此，根据工作组会议上所提的建议，混合的资产可以涉及破产成员，也可以涉及非破产成员以及表面上看来没有破产的成员。<sup>4</sup>

7. 为了分清各项资产的所有权，提出了一些有关标准的备选案文。在要求将混合资产作为实质性合并的基础的法域，法院采取了不同的做法来处理资产的分离要难到什么程度实质性合并才算正当合理这个问题。有些法院要求必须无法分离，或者采用了一项与费用有关的标准。例如，清理的费用将威胁到债权人的任何收回；清理工作费用昂贵，将耗费财产的资产；或者费用将昂贵得承担不起。

8. “无法分清”这项标准可能很难证明，也许不可行。虽然这种分清可能需要花费相当数量的资源（例如全部现有资产）、进行长期的法律诉讼和所有当事人面临相当的不确定性，但它也许并非“无法”。不过，这样一个结果将违背破产的主要目标，包括尽最大可能保持资产的价值。实际上，面临“无法”标准的法院可以采取这样一种做法，即将这项标准解释为是指“无法在没有过度的费用和迟延的情况下完成”，使法院能够衡量费用和延迟情况，以确定破

<sup>2</sup> A/CN.9/643，第 62 段。

<sup>3</sup> 同上，第 63-75 段。

<sup>4</sup> 同上，第 65 段。

产财产和债权人的最佳利益是什么。因此，“无法分清”这项标准的另一种说法可能是不能在没有过度费用或迟延的情况下分清各个所有权。相关的标准和所涉及的实际问题，例如举证责任，可以在评注中进一步讨论。工作组似宜审议应当采取什么做法。

9. 工作组似宜在资产的混合方面审议的另一个问题涉及到所有权问题。虽然在启动破产程序时有可能确定资产的实际所有权，但关键问题可能是企业集团各成员间转换和转让资产时其方式是否忽视了成员的单独法律存在，从而粉碎了该成员的债权人放贷时所抱有的合理预期。在这些情况下确定所有权可能涉及到理清错综复杂的集团内交易。为此理由，工作组似宜审议就(a)段而言将所有权说成是“正当的”或“公平的”所有权是否可取。

#### **假冒、欺诈图谋和毫无合法商业目的的活动**

10. (b)段的重点是集团成员使用三种特定类型的活动——假冒、欺诈图谋和毫无合法商业目的的活动。为此，它着重的是集团成员进行这种活动的事实，将既包括为进行这种图谋和活动而设立和使用的实体，也包括为了合法目的而建立但后来被用来进行这些图谋和活动的实体。工作组第三十三届会议一致认为，虽然更具体地界定这里所考虑的欺诈也许是可取的，但很难做到，因此应当保留目前的做法供进一步审议。<sup>5</sup>

11. 除了进行特定的图谋和活动外，(b)段草案要求能够确信为了取缔这三种类型的活动，必须对有关实体进行实质性合并；如果存在着其他纠正办法能达到同样效果，一般应当加以采用。如果(b)段所提及的活动涉及到(a)段范围内的资产的混合，可以根据(a)段命令进行实质性合并。

#### **集团对外呈现为一个单一实体**

12. (c)段纳入了原先在 A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1 建议[18]草案中所反映的观点，重点是企业集团的行为向债权人提供了一个欺骗性的一体外表，使债权人相信他们在与一个单一的实体交往，而不是在与一个集团中不同的成员交往。工作组似宜审议这种行为是否应当仅限于欺诈行为，还是可以包括由于不胜任或管理不善等原因而传递了相同的一体外表的情形。

13. 在考虑(c)段是否得到满足时相关的因素可以包括：集团一般如何通过广告、销售和通信联系来推介自己的公共形象；财务安排，例如集团的几个成员向集团的另一成员支付发票或者集团的一个成员向集团的几个成员支付发票；集团成员间具有共同的董事和公司秘书；所有成员使用单一银行账户；将集团一个成员的债权人当作集团其他成员的债权人或者更笼统地当作集团的债权人对待，使债权人失去了与特定债务人的联系；在雇员待遇方面的混乱，特别是在雇佣实体的身份方面。虽然其中许多因素在企业集团中是经常发生的，但只

<sup>5</sup> 同上，第 67 段。

有在有限的情况下，当债权人凭合理的正当谨慎不可能确定他们所交往的实体时，这些因素才成了实质性合并的理由。

14. 在工作组第三十三届会议上有人建议，可能需要对(c)段所指的为行为的发生时间作某些澄清，因为行为可能会随着时间和针对不同的债权人而改变。<sup>6</sup>工作组似宜审议对这个问题是否需要作进一步讨论，是否应当在评注中加以处理。

15. 为了澄清实质性合并的后果，工作组似宜审议是否需要增加一条内容如此的建议。例如，该建议可以指出，实质性合并令产生一个单一的合并实体；清偿其集团中一个或多个成员应当支付给集团中其他任何一个或多个成员的每笔债务；或者清偿集团中一个或多个成员对集团中任何其他一个或多个成员的每项债权等等。

#### 4. 关于实质性合并的增补建议

##### (a) 立法条文的内容

###### 部分实质性合并

[(18) 破产法可以具体规定，法院可以将特定资产和债权排除在实质性合并令范围之外[可以发布部分实质性合并令，将特定资产或债权排除在合并资产的范围之外]。]

###### 实质性合并的申请

[(19) 破产法应当具体规定允许哪些人提出实质性合并申请，其中应当包括企业集团任一成员的破产管理人或集团任一成员的债权人。]

###### 债权人会议

[(20) 破产法应当具体规定，债权人第一次会议应当在破产程序启动后的某一规定时间内召开并且已经命令实质性合并的，[企业集团中要作实质性合并的成员的所有债权人]可以只召开一次债权人会议。]

###### 实质性合并中嫌疑期的计算

[(21) 破产法应当具体规定，实质性合并令下达时应当从哪一天开始计算与撤销《立法指南》建议 87 所述类型的交易有关的嫌疑期。

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

<sup>6</sup> 同上，第 76 段。

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

- (一) 适用于实质性合并范围内企业集团所有成员的一个共同日期，即对这些企业成员申请或启动破产程序的日期中最早的日期；或
- (二) 实质性合并范围内企业集团每个成员一个单一日期，即根据《立法指南》建议 89 针对集团每个成员申请或启动破产程序的日期。]

#### 实质性合并令的修改

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

#### 实质性合并中担保权益的处理

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

- (a) 所欠有担保债务仅发生在企业集团的成员之间，经实质性合并已予抵消；
- (b) 法院认定担保系经由欺诈获得。]

#### (b) 关于建议的说明

16. 工作组第三十三届会议一致认为应当增补几条建议草案供今后审议。<sup>7</sup>

#### 部分实质性合并

17. 建议(18)草案述及这样一种可能性，即可以下达部分实质性合并令，将某些资产或债权排除在拟汇总的资产范围之外。与建议(17)草案相一致，建议(18)草案在破产法可以规定什么和法院是否能够下达部分实质性合并令方面是任选性的。例如，有担保债权人凭借被抵押资产或者所有权不清而令人怀疑的资产来支持他们债权的，部分实质性合并令可以将他们排除在外。对于集团中的非破产成员，实质性合并令可以仅包括这些非破产成员的（任何）净股本，从而使他们的债权人不受影响。命令成为局部令的方式可以在评注中解释。

#### 实质性合并的申请

18. 建议(19)草案反映了工作组第三十三届会议就哪些人能够获得允许申请实质性合并所达成的一致意见。<sup>8</sup>会上还讨论了可以提出申请的时间问题，并确定了

---

<sup>7</sup> 同上，第 81、93、108 段。

一些问题。<sup>9</sup>特别是，有人指出，虽然应当有充分的灵活性以便随着时间的推移能将集团的其他成员增加进去，但一旦破产程序进入了某一阶段，例如重整计划已获批准或者部分分配已经进行，则将难以增加其他成员。工作组似宜审议是否需要再立一条建议，还是这些问题应当在评注中述及。

### 债权人会议

19. 建议(20)草案反映了《立法指南》关于启动程序后召开债权人会议的建议128。建议草案规定，实质性合并范围内的集团成员的所有债权人可以只召开一次会议。只召开一次会议的主要目的将是节省时间和费用。如果需要债权人表决，破产法可以具体规定债权人在合并会议上通过的决议可视作为是由实质性合并范围内的每个集团成员的债权人通过的。

### 实质性合并中嫌疑期的计算

20. 工作组第三十三届会议注意到，实质性合并令下达时在撤销和计算嫌疑期方面可能会出现一定的难题。<sup>10</sup>如果实质性合并令是在针对那些拟实质性合并的集团成员的破产程序启动的同时下达的，《立法指南》建议 89 就足够了。然而，如果实质性合并令是在破产程序启动后下达而且有更多的集团成员在不同的时间加入到实质性合并的范围之内，就可能出现难题，当程序的申请或启动时间与下达合并令的时间相隔较长时尤其如此。另据指出，如果选择下达实质性合并令的日期作为计算嫌疑期的有关日期，则在这一日期与破产程序申请或启动日之间由集团成员自己或相互作用成的交易就可能产生问题，给债权人和出贷人带来不确定性。按要求编写了建议(21)草案供工作组进一步审议。

### 实质性合并令的修改

21. 建议(22)草案反映了工作组第三十三届会议上的一次意见，即实质性合并令可以修改。<sup>11</sup>建议草案专门提及部分实质性合并令。建议没有指出这种修改的理由，但在评注中可以解释当情况发生变化、在实质性合并之后又有了关于债务人的新信息或者在下达实质性合并令时没有实质性信息等，这种修改可能是恰当的。方括号中的字样与上文（见 A/CN.9/WG.V/WP.80）关于程序协调的建议(8)中的相同，以便确保遵照实质性合并令采取的行动和作出的决定将不受对这项命令的修改的影响。

---

<sup>8</sup> 同上，第 82 段。

<sup>9</sup> 同上，第 84 段。

<sup>10</sup> 同上，第 89-93 段。

<sup>11</sup> 同上，第 88 段。

## 实质性合并中担保权益的处理

22. 工作组第三十三届会议一致认为，承认和尊重担保权益应当是实质性合并中的一项关键原则。虽然也指出在为数有限的一些情况下该原则可能会有一些例外。<sup>12</sup>建议(23)草案确立了这项一般原则和工作组讨论过的两个可能的例外。

## 实质性合并通知的提供

23. 工作组第三十三届会议讨论了提供实质性合并申请的通知的问题，但没有得出结论。<sup>13</sup>工作组似宜确认《立法指南》建议 19(a)、22 和 23 对这个目的来说已经足够，或者是否可以按照上文（见 A/CN.9/WG.V/WP.80）关于程序协调的建议(6)草案的思路列入一条建议草案。根据《立法指南》的建议，集团成员受债权人申请实质性合并影响的，将向其发送申请通知，而利益方将在法院经集团成员破产管理人的申请下达实质性合并令时得到通知。

24. 上文（见 A/CN.9/WG.V/WP.80）建议(7)草案述及在关于程序协调令的通知中除了《立法指南》建议 25 所规定的内容之外还应当列入什么信息。对实质性合并令似宜采取类似的做法，以确保债权人和其他利益方获悉实质性合并令的要旨。工作组似宜审议在关于实质性合并的建议中是否应当列入一条与上文建议(7)相类似的建议。

## F. 破产管理人

### 1. 立法条文的目的

[关于企业集团情形中破产管理人的条文的目的:]

(a) 便利协调针对企业集团中两个或多个成员启动的破产程序；和

(b) 鼓励当指定两个或多个破产管理人时进行合作，以期避免重复劳动、便利收集关于整个企业集团财政和商业事务的信息和减少费用。]

### 2. 立法条文的内容

#### 单一破产管理人的指定

(24)[19] 破产法应当具体规定，法院认定[这最有利于管理企业集团两个或多个成员的破产财产的，]可以指定单一破产管理人。

---

<sup>12</sup> 同上，第 80 段。

<sup>13</sup> 同上，第 85 段。

## 利益冲突

(25)[20] 破产法应当具体规定在仅指定一名破产管理人情形下企业集团中两个或多个成员的财产间可能出现利益冲突时的处理措施。这种措词可以包括[为存在利益冲突的每一项财产]指定一名或多名额外破产管理人。

## 集团情形下两名或多名破产管理人之间的合作

(26)[21] 破产法可以具体规定，对企业集团中两个或多个成员启动破产程序的，为这些程序指定的破产管理人应当尽最大可能相互合作。<sup>14</sup>

## 两名或多名破产管理人在程序协调中的合作

(27)[22] 破产法应当具体规定，在须进行程序协调的破产程序中指定多名破产管理人的，破产管理人应当尽最大可能相互合作。

## 合作的形式

(28)[23] 可以在法律允许的范围内，采取任何适当的手段尽最大可能相互合作，其中包括：

- (a) 分享和披露信息；
- (b) 核准或实施有关破产管理人之间权力分工和责任分配的协议，包括由一名破产管理人起协调或主导作用；
- (c) 在提出和商谈重整计划方面开展协调；和
- (d) 在管理和监督债务人事务及其继续经营方面展开协调，其中包括启动后融资；保障资产；使用和处分资产；行使撤销权；提出并核准债权；在债权人之间分配债权。

### 3. 关于建议的说明

25. 为了更好地解释关于指定单一破产管理人以及协调针对同一企业集团中多个成员启动的多重程序的可取性的建议草案，采用了《立法指南》的做法，引入了目的条款。工作组似宜审议这一条款拟载列的目的。

26. 根据工作组第三十三届会议上提出的要求，<sup>15</sup>对建议(24)草案（原建议[19]草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）作了修改。它并不局限于下达程序协调令的

<sup>14</sup> 除了在破产法中对合作和协调作出规定外，法院一般可以指出为此目的在程序管理过程中拟采取的措施。

<sup>15</sup> A/CN.9/643，第 96-97 段。

情形，而是指法院认定指定单一破产管理人最有利于管理有关破产财产的情形。

27. 建议(25)草案（原建议[20]草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）已作修改，使之与建议(24)草案相一致，不再局限于仅在程序协调情况下产生的利益冲突。工作组第三十三届会议核准了建议(25)草案的实质内容。<sup>16</sup>

28. 建议(26)草案（原建议[21]草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）已作修改，以考虑到工作组第三十三届会议上有人表示的关切。<sup>17</sup>鉴于不同的法域无论对一般情况下还是对程序协调的特定情况下破产管理人之间的合作采取不同的做法，建议草案采用了“破产法可以”这种任选做法。这条建议的目的是鼓励合作，提高效率和成本效益，为集团的破产成员和其他有关当事人找到最佳的解决办法。建议(26)和(27)草案（原建议[22]草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）最后的词语已经删除，以免与程序协调的概念相混淆。建议(26)草案适用于针对企业集团中两个或多个成员的任何破产程序情形，而建议(27)草案专门针对程序协调。

29. 建议(28)草案（原建议[23]草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）已作修改，以便使破产管理人可使用的合作形式受制于适用的国内法，承认其中所列的某些合作形式可能受法律的规范，因此破产管理人之间的协议不能予以处分。(b)段作了修订，以便根据工作组第三十三届会议上提出的一项建议<sup>18</sup>包括这样一个可能性，即为企业集团成员指定的破产管理人可以相互商定他们中的一名破产管理人应当起主导或协调作用。

## G. 重整

### 1. 立法条文的内容

#### 重整计划

(29) [24(a)] 除《立法指南》建议 139-159 外，破产法应当允许[企业集团中进行破产程序的每个成员的债权人][在对企业集团两个或多个成员的破产程序中]核准单一重整计划[涵盖企业集团中的所有有关成员]。

(30) [24(b)] 破产法可以规定，企业集团中不进行破产程序的成员可以参加为同一企业集团中进行破产程序的两个或多个成员提议的重整计划。本款[不影响][不减损]该成员的股东或债权人[根据适用的公司规则]享有的权利。

<sup>16</sup> 同上，第 99 段。

<sup>17</sup> 同上，第 101-104 段。

<sup>18</sup> 同上，第 103 段。

## 2. 关于建议的说明

30. 建议(29)草案（原建议[24](a)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）已作修订，以便澄清工作组第三十三届会议上提出的问题<sup>19</sup>并在方括号内列入了工作组似宜审议的可能增添或备选的案文。在上一届会议上有人指出，单一计划（意指相同的或类似的计划）将在与该计划所涉企业成员的每个程序中提出，每个成员的债权人将根据适用于各个债务人的表决要求各自就是否予以核准进行表决。不提议以集团为基础由债权人按在整个集团的分类进行表决来核准该计划。计划编写和征求核准的过程应当考虑到有所有有关成员予以核准的可取性和从这种核准中可获得的好处。这些问题已经在《立法指南》建议 143-144（关于计划和所附披露说明的内容）中加以述及。披露说明中拟列入的其他细节可以涉及集团的运作和集团本身的活动情况，以及企业集团中任何非破产成员参加重整的信息。

31. 建议(30)草案（原建议[24](b)草案，A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1）已作修订，以便澄清破产法在集团中非破产成员参加集团中破产成员重整计划时的作用。工作组指出，集团中非破产成员参加重整计划的决定是该实体根据适用的法律作出的一项正常的商业决定；它不是一项应由该实体的债权人同意（除非适用法律如此要求）或者由破产法规范的事项。非破产实体的参与可以包括为重整提供融资或资产或者与破产实体合并根据重整计划形成一个新的实体等，而计划的详细内容，包括对非破产实体的债权人的影响，应当在有关的披露说明中载列。建议的最后一句旨在确保非破产实体参与重整计划不减损该非破产成员的债权人或股东的权利。工作组似宜审议这种债权人和股东的权利是应当仅限于适用的公司规则所规定的权利，还是应当较笼统的提及这些权利。

32. 工作组似宜审议是否应当增补一条建议，具体规定在企业集团情形下对《立法指南》建议 143 条所述的披露说明可能要求的其他信息。

## H. 拟由工作组进一步审议的问题

33. 工作组似宜记得，工作组第三十三届会议决定在未来的会议上进一步审议两个问题：申请后融资和合同对待办法。<sup>20</sup>

34. 关于申请后融资，工作组似宜审议是否可以增加一条建议，使企业集团的成员能够在满足一定条件的情况下在申请破产程序之后而启动破产程序之前寻求和获得融资。这些条件可以包括：债务人能够表明没有这种融资他将无法继续运作；出借人收到了申请启动破产程序的通知但是仍然同意申请后贷款的条件；法院认定申请后融资的条件是必要的、公平的和符合债权人的最佳利益的。

<sup>19</sup> 同上，第 113-117 段。

<sup>20</sup> 同上，分别为第 49-51 段和 52-54 段。