



Distr.: General  
1 June 2010\*  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第四十三届会议  
2010年6月21日至7月9日，纽约

《贸易法委员会破产法立法指南》：关于破产企业集团对待办法的  
第三部分草案

各国政府和国际组织的评论意见汇编\*\*

目录

	段次	页次
二. 从国际组织收到的评论意见.....	1-30	2
A. 伦敦市法学会.....	1-30	2

\* 本文件迟交是因为收到得晚。

\*\* 应当指出，这些评论是在 A/CN.9/WG.V/WP.90 和增编的基础上编写的。A/CN.9/WG.V/WP.90 中的建议编号与后来的文件 A/CN.9/WG.V/WP.92 的建议编号略有不同，具体如下：前一份文件中建议 226-239 在修订版中编号为 225-238。



## 二. 从国际组织收到的评论意见

### A. 伦敦市法学会

.....

#### 1. 提交件的目的

1. 在本提交件中，我们对评注草案[载于 A/CN.9/WG.V/WP.92 和 Add.1]（“评注”）和《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分的建议（“建议草案”）的某些方面作了评论，因为这些方面：

(a) 违反普遍公认的保护债权人的基本原则；或者

(b) 可能不可行或不适当的复杂/易引起滥用。

2. 我们承认，各法域中法律制度的破产法存在着广泛差异。各法域往往被描述为不是着眼于债务人就是着眼于债权人，在制定示范破产法时不可能采用严格的“一刀切”做法。

3. 不过，某些原则应当得到普遍尊重，本提交件正是以此类原则为重点。我们未就贸易法委员会采取的一般研究过程/方法作出评论。

4. 第 2 部分提出了横跨所有建议的一般问题，第 3 部分及其后各部分则提出了具体问题。

#### 2. 综述

“企业集团”的性质和定义

5. 虽然许多法域并不承认“企业集团”，但许多国家有具体的法规对集团关系加以界定，为此提及控制权或影响力、资本参与、表决权、参与财务政策和决定的制定、决定董事会的组成等。

6. 建议草案在术语表（评注第 4 段）中载列了“企业集团”的定义：“以控制权或举足轻重的所有权而相互连接的两个或多个企业”。控制权的定义是：“直接或间接决定企业的经营和财务政策的能力”。

7. 这些定义的含义并不完全明确。虽然建议草案不应给“企业集团”下决定性的定义，但我们认为有益的做法是详尽无疑地列举“企业集团”要说存在就应具备的各项要素，以便限制建议草案的适用范围。

8. 例如，建议草案仅应在存在着如下要素中的一个或多个要素的情况下才适用：

(a) 法定控制权：一实体通过表决权、资本参与、决定董事会/理事机构、资产的所有权、合同安排等直接或间接控制或影响另一实体的能力；或者

(b) 事实上的控制权：一实体在无任何正式安排的情况下对另一实体的影响力。

### 3. 破产程序对有偿债能力的集团成员的影响

建议 199-201—联合申请启动破产程序（不是程序协调）

9. 虽然我们看到有的法域允许把濒临破产的集团成员包括在关于启动破产程序的申请中（根据《贸易法委员会立法指南》第二部分建议 15<sup>1</sup>），但是对于允许关于启动破产程序的申请将并不符合建议 15（评注第 12 段）中所述启动标准的集团成员包括在内的破产法，我们不予支持。

10. 我们认为这会有损于以下基本政策，即破产法既然是以保护和管理破产债务人的财产为目标，就应仅适用于处于困境的债务人，而不应适用于完全有偿债能力的债务人。

建议 39/48—对有偿债能力的集团成员适用中止？

11. 我们不支持将建议 39 和 48 解释为允许对有偿债能力的集团成员适用中止（即使将有担保债权人排除在外）（评注第 40 段）。这会粗暴的干涉债权人对该法律实体的权力。

12. 我们也不支持以下观点，即把一有偿债能力的集团成员的资产包括在另一成员的破产程序内可能是适宜的（评注第 54 段）。

### 4. 启动后融资

建议 211-216

13. 建议 211 使用了笼统的措词，以允许进入破产程序的企业集团成员(一)向集团中也进入破产程序的其他成员提供启动后融资和(二)在其资产上设置担保权益（或提供某种担保），以利于提供给企业集团另一成员的启动后融资。因此，笼统的措词可使集团内部融资和外部融资提供给一个集团成员，并为另一集团成员的资产提供担保。

14. 我们可将启动后融资的理由视为理论上理所当然的事。在联合王国，这一问题引起许多辩论。不过，强有力的舆论认为，在联合王国的经验中，实际上没有必要在破产法中对申请后或启动后融资（无论是对个人债务人或企业集团的此类融资）作出具体规定，破产法也不应允许进行启动后融资来取得对其他债务的优先权。

<sup>1</sup> 建议 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：

- (一) 债务人目前或者将来全然无力偿还到期债务；
- (二) 债务人的负债超过其资产的价值。”

15. 在联合王国的经验中，如果一公司/集团的业务基本良好，出借人就会已提供必要的流动资金以使该公司/集团公司能够继续作为经营中企业经营。

16. 我们认为，如果出借人没有准备在未取得优先权（见建议 64）或优先于其他债务的担保排序的情况下提供必要的融资，这就有可能反映出经营状况，并可能造成虚假的延长会最终倒闭的公司的寿命。

17. 我们不支持以下观点，即一有偿债能力的集团成员应能够为提供给另一有偿债能力的集团成员的启动后融资提供担保或准担保（第 72 段）。担保提供者从而会减少其无担保债权人可用的资产组合的价值，而且更难以看到可能从提供担保中产生的对其债权人的任何实际好处。

18. 我们还注意到最近在美国对债务人占管式融资安排的合法性提出了疑问（*Clyde Bergemann* 股份有限公司诉 *Babcock & Wilcox* 公司（关于 *Babcock & Wilcox* 公司一案，250 F.3d 955 (5th Circuit 2001)）。在该案中，一家银行向集团各成员（债务人）提供了债务人占管式融资，以第一留置权和针对每一债务人的财产的超级优先债权作保，不仅涉及每一债务人所借贷的请求后所有数额，而且涉及所有其他债务人根据协议借贷的所有数额。这意味着所有债务人占管式债务人交叉担保彼此的债务。一名债权人对此提出异议，因为其辩称债务人之间的交叉担保会造成债务人事实上的实质性合并，而实质性合并的必要条件并未得到满足。第五巡回上诉法院驳回了这一论点。不过，有一种令人信服的论点<sup>2</sup>认为，债务人占管式债务人的财产被部分地实质性合并，而且债务人占管式融资银行有效地向一家无区别的大型公司集团提供了借贷，拥有对该集团所有资产的全部追索权，而不问该集团内哪一特定债务人实际借贷了资金。因此，可以争辩说此种事实上的实质性合并损害独立法律身份的基本原则。

## 5. 实质性合并

### 建议 219-231

19. 虽然我们承认在某些非常有限的情形下，实质性合并可能是一种有用的手段，但我们促请建议草案将实质性合并可用性的条件限制在非常有限的情形内。

20. 人们往往误认为实质性合并是美国广泛使用的一种手段。事实上，实质性合并受到严格限制，事实上美国破产法院下达实质性合并令的权力已在关于 *NM* 控股有限责任公司一案<sup>3</sup>中受到质疑。这一美国理论的现代阐述载于美国第三巡回法院<sup>4</sup>、第二巡回法院<sup>5</sup>和哥伦比亚特区巡回法院<sup>6</sup>的上诉法院的判决意见书中。各巡回法院的判决意见书虽然使用的措词均略有不同，但都有两个基本组

<sup>2</sup> 《破产法文书》，2001 年 8 月 1 日。

<sup>3</sup> 407 B.R. 232。

<sup>4</sup> *Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205-09 (3d Cir.2005)。

<sup>5</sup> 关于 *Augie/Restivo* 银行有限公司一案，860 F.2d 515, 518 (2d Circ. 1988)。

<sup>6</sup> 关于 *Auto-Train* 股份有限公司一案，810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987)。

成部分：(一)各实体的资产和负债如此“杂乱”、“纠缠”，或者各实体之间存在着此种“实质性身份特征”从而会“妨碍债权人对其做分别对待”；以及(二)债权人将各实体视为一个实体/单个经济单位或做此对待，而债权人在这点上并不依赖其单独身份特征，也就是说会依赖其共同身份特征（注意，那些遵循 *Auto-Train* 公司权力模式的法院仅会在债权人实际依赖实体单独性的情况下下令合并）。如果上诉法院没有任何控制权，该法院往往会依赖一系列因素/要素来确立实质性合并。

21. 此外，在美国，实质性合并来自破产法院的股权管辖权，这些问题是逐案自由裁量确定的。我们认为，对以罗马法律制度为基础的国家来说，由于这些法律制度中没有公平管辖权的概念，而且其中法院不习惯于采取此种自由裁量做法，因此，如果建议草案不将其适用范围明确限制在非常有限的情形内，实质性合并就可能被误用。

22. 我们认为，债权人的对物权不应受到实质性合并的影响这一点非常重要。人们普遍接受以下看法，即对物权/所有权权利是不可侵犯的权利，是法律制度应当努力加以维护的。我们认为建议 225 中目前的除外规定应作更为严格的界定。建议 225 中目前的措词“应尽可能得到尊重”应当改写，以表明实质性合并应当永不影响对物权，但不包括(a)-(c)分段中所述的情况，因为这些情况似乎是合理的除外情况。

23. 因此，我们希望只有当实质性合并是实现集团破产得到有意义的解决的唯一手段的限制性情形下才可采用。不过，我们认为这不应受债权人或集团个别成员的意见的激发。实质性合并的影响如此深远，使得我们认为，只有能够评估破产程序对公司和其他集团成员的影响的破产事务高级职员应当有权申请进行实质性合并，而且这应当与债权人提出异议的权利相结合。在某些情形下，使大多数债权人有权申请实质性合并也是适宜的。

24. 我们还注意到，目前建议草案并未处理实质性合并的某些其他潜在负面后果。例如，实质性合并不应用于规避债务人在实质性合并之前可享有的辩护或权利。这一问题是在美国密西西比北区破产法院关于英格兰汽车公司、快乐之日汽车股份有限公司和英格兰控股股份有限公司，债务人一案<sup>7</sup>中提出的，在该案中，一家母公司的一出贷人争辩说，其欠各子公司的债务（由存款引起）应与其提供给母公司的贷款相抵销。如果不进行实质性合并，该出贷人就无法要求抵销，因为债务人公司不同于其所欠负债的债权人公司，因此所必要的相互关系并不存在。出贷人争辩说，当发生实质性合并时债务就具有相互性，因为实质性合并具有汇集各单独实体的资产和负债的效力。不过，法院驳回了这一论点，理由是这会意味着实质性合并通过破坏在实质性合并令生效之前就已存在的辩护和权利而具有追溯效力。

25. 因此，这一草案应强调对实质性合并做有目的的解释，并确保其不会导致某些债权人取得对他人的不公平优势。这一基本原则体现在第 6 巡回法院的

---

<sup>7</sup> 2010 WL 220152 (Bkrtcy.N.D.Miss.)。

第一国立 *Barnesville* 银行诉 *Rafoth* 一案<sup>8</sup>中对实质性合并的以下描述中：

“在以下情形下采用实质性合并：债务人的相互关系模糊不清，无法确认，而理清这些相互关系所需的时间和费用非常之多，从而对于为任何合并案件中的所有债权人变现任何净资产造成威胁，因此法院关于合并的判决暗示以下结论，即合并在保护大多数无担保债权人的任何追索得以可能实现方面的实际必要性远远超过对任何特定债权人的预期伤害”。

26. 我们认识到，在某些法域，有一种实质性合并原则规定，如果确定存在着适当的情形，破产法院可以合并不同实体的资产和负债，途径是为破产程序之目的合并其资产和负债并将其视为一个合并实体。

27. 根据英国破产法的一般原则，英国法院无权为清算或管理诸多实体之一而将一实体的资产和负债视为另一实体的资产和负债，无论是否以适用公平原则为基础。

28. 一公司的清算人根据《破产法》附表 4 的规定拥有在法院的支持下同该公司的债权人达成和解协议或作出安排的一般权力。有一个先例是，一集团内的若干公司（其中每个公司都启动了破产程序）与各自的债权人达成了受到法院支持的和解协议或安排，有效地合并了两家公司的事务，在这些清算中并为这些清算之目的创建了集合资产和负债。不过，这并不为一清算中公司的事务与非清算中公司的事务进行合并提供任何先例。我们认为，无论如何法院都不太可能支持任何此类和解协议或安排，除非所涉各公司的事务相互交织和混淆不清，以致无法确定哪些资产和负债应归属于哪个公司或哪些债权人，而此种安排明显有利于两家公司的债权人。

## 6. 跨国界问题

29. 关于企业集团的跨国界破产制度，所作的讨论似乎围绕着程序协调问题，我们对此予以支持。最近的全球破产实例表明，程序协调不仅有用，而且是破产法的一个必要方面。在实践中，程序协调是通过对进入破产程序的不同公司任命同一管理人而实现的（例如在 *MG Rover* 公司、*Eurotunnel* 公司等案件中）。

30. 我们注意到，集团的主要利益中心未得到界定，但我们认为这是不必要的，因为程序协调是按每个实体的情况而与破产程序相关的。

<sup>8</sup> 974 F.2d 712, 720 (6th Cir. 1992)。