

论关联企业实质合并破产

徐阳光^{*}

摘要 实质合并是关联企业破产中的一项重要制度,其理论基础与公司法上的人格否认(刺破面纱)既有关联又有区分。在美国的判例法体系中,实质合并规则经历了萌芽和诞生、适用范围扩张到适用标准趋严的过程,人格混同虽然仍是主要的判断标准,但同时延伸到资产和负债分离的难度、债权人对债务人单一性或整体性人格的信赖等辅助性判断标准。我国关联企业破产中对实质合并有着较强的现实需求,但立法和司法解释尚未确立实质合并规则,实践中面临实质合并理论基础何在、实质合并动议由谁提起、法院根据何种标准判断、债权人的异议权如何得到保障等诸多问题,迫切需要在总结实践案例和借鉴域外经验的基础上构建符合我国国情的实质合并破产制度。

关键词 关联企业 实质合并 刺破面纱 有限责任

一、问题的提出:实质合并为何重要?

实质合并(Substantive Consolidation)是美国破产法官根据其衡平权限创造的一种适用于关联企业(企业集团)破产情形的公平救济措施(原则),其核心要义在于否认各关联公司的独立人格,消灭所有关联企业间的求偿要求,各成员的财产合并为一个整体以供全部关联企业的债权人公平清偿。《联合国贸易法委员会破产法立法指南》(以下简称《破产法立法指南》)第224条指出:实质合并是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;实质性合并令应当具备下列效力:一是被合

^{*} 中国人民大学法学院副教授。本文为司法部2015年度国家法治与法学理论研究一般项目“破产重整制度研究”(15SFB2025)的阶段性成果。本文的写作得到了中国人民大学法学院硕士研究生游思颖、魏凯等人的帮助,特此说明并致谢,文责由作者自负。

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,二是消灭列入合并令的集团成员间债权和债务,三是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。〔1〕

实质合并规则的产生是对传统公司法理论的一种挑战。长期以来,有限责任制度是公司法的基石,在商品经济漫长的发展过程中逐步确立起来的有限责任制度,不仅适应了社会化大生产条件下的商品经济对企业组织形式的客观要求,有效地实现了资本的联合与集中,降低了企业组织成本,更为公司制度的完善以及社会经济的发展起着重要的促进作用,也是公司之所以成为现代市场经济社会赖以存在的基础和迅猛发展的原动力的秘诀之所在。然而,实质合并规则打破了有限责任的教义,直接否认了关联企业各自的独立人格,是一种整体性的挑战。

不仅如此,实质合并规则还对公司法的人格否认制度(刺破法人面纱)提出了挑战。有限责任理论并非不可撼动,而是存在限度。法人人格否认制度就是一种有限责任制度的有限调适,允许在滥用人格的情况下刺破面纱、追索股东责任。但这种制度常见于个案中,并不构成公司人格整体性、终极性的消灭。背后的理论在于,有限责任制度(原理)是现代公司法之根基,而实质合并的效力正是对关联企业独立人格的整体性、终极性否认,因而该原则自产生以来就饱受批判。

然而,实质合并原则在关联企业破产中存在着客观的需求。随着社会经济的不断发展,当代大型企业多选择通过集团化运作的方式来降低内部交易成本、优化资源配置、提高经济效率,关联企业因而也已成为经济生活中广泛存在的现象,在经济发展中起到不可或缺的作用。关联企业最显著的特点在于,其法律层面上的独立地位与经济层面上的密切联系存在冲突,这种冲突导致的问题在企业日常经营管理中体现得并不明显,但当企业出现破产情形时,这种冲突的影响就会被放大,甚至导致破产法的公平价值、程序价值以及重整制度价值受到严重破坏。〔2〕因此,对关联企业破产应采用特别手段加以规制已成为共识,实质合并规则就是在人格否认制度、衡平居次(深石原则)和从属求偿原则之上发展起来的一项全新的制度。《破产法立法指南》第219条、第220条也指出,破产法应当尊重企业集团中各成员的独立法律身份,但法院可以在下列两种情况下针对企业集团中两个或多个成员下令进行实质合并:一是法院确信企业集团成员的资产和债务相互混合,以致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;二是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。〔3〕

〔1〕 UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*, United Nations, New York, 2012, pp. 72-73.

〔2〕 参见王欣新、周薇:“论中国关联企业合并破产重整制度之确立”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第52页。

〔3〕 UNCITRAL, *supra* note 1, pp.71-72.

在美国,实质合并规则仍只存在于判例法中,并未进入成文法体系。同样,中国的破产法也未确立该原则,但实践中出现了大量的关联企业实质合并破产案例,既包括破产清算的案例,也包括破产重整的案例。而且,中国现实中的关联企业治理结构欠规范,投资人(股东)利用关联企业逃废债务的现象较为严重,传统的破产规则难以有效应对。因此,本文旨在对采实质合并规则的美国的发展和我国实践进行分析,进而提出构建我国实质合并破产制度的具体建议,为关联企业(企业集团)破产问题的解决提供一种有效的路径。

二、实质合并的美国经验:先例与争议

实质合并是美国破产法院基于判例法创设的一项衡平法规则。^{〔4〕}因此,研究实质合并问题,首先应当关注美国破产法史上的标志性案件。

(一)实质合并规则的起源:Sampsell案(1941年)^{〔5〕}

实质合并最早起源于美国1941年的Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.案(简称Sampsell案)。1938年6月,自然人唐尼(Downey)与妻儿成立了壁纸和涂料公司(Wallpaper & Paint Company,简称Wallpaper公司),并将财产转移到该公司,成为该公司的独立资产。同年11月,唐尼破产。帝国纸业公司(Imperial Paper & Color Corporation,简称Imperial公司)知道Wallpaper公司是唐尼为逃避个人破产的债务而设立的,并为该公司提供贷款。后唐尼的破产管理人要求Wallpaper公司将转移的财产返还给唐尼个人,以偿还其个人的破产债务。地区法院的法官查明,唐尼转移财产设立Wallpaper公司的目的在于逃避债务,存在欺诈行为,Wallpaper公司由唐尼控制,仅剩虚假外壳。因此,一审法院判令Wallpaper公司破产清算,撤销唐尼不当转移财产的行为,将Wallpaper公司和唐尼合并破产。

在一审过程中,Imperial公司(Wallpaper公司的无担保债权人)认为其对于Wallpaper公司的财产具有优先受偿的权利,但地区法院一审否认了Imperial公司的优先受偿权利,Imperial公司不服,提出上诉。二审中,巡回法院支持了其优先受偿的请求。在终审中,联邦最高法院推翻了巡回法院的二审判决,支持了地区法院的观点,认为唐尼将财产转移的行为属于破

〔4〕 有美国学者认为,实质合并规则具有成文法的依据,因为《美国破产法》第105条赋予法官的“衡平权力”,为实现法律的公平正义,法官有自由裁量权,并经由判例衍生成为规则。但实际上,对于该规则是否能作为实质合并的法律基础在美国也是有着很大的争议与讨论。在In re Kmart Corp.案中,Easterbrook法官就否认了第105条作为实质合并法律基础的做法,认为“第105条的作用是为了让法院更好地实施某项法律制度,而非推翻或者凌驾于其上”。See In re Kmart Corp., 359 F.3d, 866, 871 (7th Cir. 2004).美国著名破产法学者道格拉斯评论指出:“不仅破产法没有规定实质合并规则,连或许可以成为实质合并规则的法律基础的破产法第105条也一次次被诸多法院所否决。”See Douglas G. Baird, “Substantive Consolidation Today”, 47 *Boston College Law Review*, 19(2005).

〔5〕 *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941).

产欺诈,Imperial 公司对于 Wallpaper 公司的债权没有担保,同时,Imperial 公司对于唐尼的欺诈转移财产知情,因此不享有优先受偿的权利。

笔者认为,从实质合并规则的起源和司法实践来看,Sampsell 案具有以下两个方面的开创性意义:

首先,该案开创了实质合并破产的适用,并确认了地区法院拥有判决实质合并的权力。在此之前,美国司法史上并无实质合并的先例,当然,有一个相关的案例总是被提及,那就是 1940 年的 *Fish v. East* 案。*Fish v. East* 案之所以受关注,一是因为法院在该案中归纳出了认定企业具有关联关系的判断标准,对于之后的案件在何种情况下可以使用实质合并具有重要的意义;二是因为法院认为,该案中的一家子公司仅仅是其母公司的工具,不可视为独立的法律个体,并且依据破产取回程序,判令子公司将财产交给母公司的破产管理人。^{〔6〕}当然,*Fish v. East* 案中,由于子公司沦为母公司的部门工具,没有独立债权人,因而此行为并没有造成母、子公司债权人利益冲突。“合并”(consolidation)一词并没有在本案中提到,并且由于确认子公司的债权人享有优先受偿权,真正意义上的“实质合并”并没有产生,如之后的实质合并判决所言,“真正的合并”(true consolidation)只有在涉及母子公司公平受偿的取舍时才具有价值。^{〔7〕}因此,Sampsell 案应是美国司法史上的第一个真正合并破产的案例,虽然合并的法律依据是普通法上的欺诈交易规制规则,但已达到了 Wallpaper 公司和唐尼合并破产清算的目的。更为重要的是,该案虽然经过了巡回法院和联邦最高法院的上诉审和终审程序,有争议的只是债权的优先受偿问题,地区法院一审确定的实质合并效力并未改变,事实上确立了地区法院的实质合并裁判权。

其次,该案对实质合并后的债权清偿顺位问题进行了有益的司法探索。在 Sampsell 案中,法院事实上确认:在实质合并破产程序中,各债权人按照破产法享有相应的受偿顺位,并明确了非善意的关联方的无担保债权人在合并破产中不享有优先受偿权,一般债权人如需优先受偿,则承担举证责任。实质合并破产案件中,合并之后的债权(包括担保债权、优先债权和普通债权)清偿顺位处理是极为重要也极为复杂的问题。自此之后,司法实践和破产法理论与实务界十分重视实质合并破产后的权益相竞和冲突处理的问题,至今已形成了较为完整的处理方案。如《破产法立法指南》第 226 条建议,“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”,同时也对所有权人、股权持有人、有担保债权人、优先债权人等各方利益相竞冲突的问题作了分析,具有很好的参考价值。^{〔8〕}

〔6〕 *Fish v. East*, 114 F.2d 177 (10th Cir. 1940).

〔7〕 *In re Owens Corning*, 419 F. 3d. (Bankr. Ct. Del.2005).

〔8〕 UNCITRAL, *supra* note 1, p.73.

(二) 实质合并规则的确立: Chemical 案(1966年)^{〔9〕}

虽然前述 *Sampsell* 案具有开创意义,但直至 1966 年,美国破产程序中的实质合并仍然依据的是普通法的规则(如欺诈交易的规制规则),而不是特定的破产法规则。1966 年的 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kneel* 案(简称 *Chemical* 案)最大的历史贡献在于,它将实质合并规则发展成了破产法的一项基本制度。^{〔10〕}

在 *Chemical* 案中, *Manuel Kulukundis* 是一家船业巨头,掌控着八家公司,这几家公司一同破产并经重整后未果,终由纽约南区破产法院接管破产清算。政府作为该案的主要债权人,认为这几家关联公司资产大量混同,在经济层面构成了同一实体,遂提出几家关联公司合并破产的动议。*Chemical* 公司是其中一家关联公司(*Seatrade* 公司)的担保债权人,对此项动议持反对意见,因为 *Seatrade* 公司的债权清偿率高于其他公司,如果进行合并破产,将损害 *Seatrade* 公司债权人的利益。

纽约南区法院在调查各关联公司资金转移、借贷记录后,认为存在滥用公司独立人格的情况,因此支持政府的合并提议。*Chemical* 公司不服,上诉至第二巡回法院。二审法院认为需要严格限制实质合并的适用,因为这会不可避免地损害信赖债务人法人格独立的个体。但在部分情况下,即使相关企业的关联关系可以区分,但是要耗费大量时间与金钱,达到本末倒置的程度,则可以适用实质合并进行破产。

本案的突破之处在于较以往的案例扩大了实质合并的适用情况,法院在此案中提出一项新的标准涉及混乱的资产转移、交易记录等区分的难易程度。“当严格区分各个公司的界限难度达到令人绝望的程度,且为此花费的时间成本巨大到足以损害债权人利益时,将关联企业各成员视为一个整体可以最大程度地接近正义。”^{〔11〕}*Chemical* 案确立的实质合并适用规则主导了 20 世纪 70 年代美国破产法院的司法实践。

(三) 实质合并的七要素标准: *Vecco* 案(1980)^{〔12〕}

1980 年的 *Vecco* 建筑公司破产案被认为是开创宽松自由的实质合并破产条件的案件之一。在此之前,虽然实质合并案例时有发生,但由于欠缺详细的适用标准,因此适用范围不广,案件数量不多,只有更加开放和宽松的适用条件才能使得实质合并真正成为一项规则。基于此,法院在 *Vecco* 案中归纳了七条实质合并的适用标准:第一,确定企业的独立财产和负债的难易程度;第二,企业间的债务报表是否有合并;第三,以合并为单一实体方式运营的盈利能力;第四,资产和营业的混同情况;第五,不同公司所有者结构和利益的同一性;第六,具有公司内部间的债务担保;第七,是否具有不符合章程规定的资产转移。

〔9〕 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kneel*, 369 F.2d 845(2d Cir.1966).

〔10〕 *Baird*, supra note 4, p.16.

〔11〕 *Supra* note 9, pp. 845, 847.

〔12〕 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 Bankr. (Bankr.E.D.Va.1980).

在上述七要素中,最为重要的是“确定企业的独立财产和负债的难易程度”,该要素作为实质合并适用时的判断标准,已经超越了刺破法人面纱制度中的人格混同,也不属于欺诈性财产转让的范畴,而是基于破产法效率理念和保护债权人的要求所发展起来的独立认定标准。正如法院在判决中所言:“尽管许多实质合并判决的考量可以得出公司人格否认的结论,但这并非必然的结果。当一个集团内部的相互经济关系达到令人绝望的模糊程度,并且试图将这些经济关系区分开来所花费的必需时间和成本十分巨大以至于将损害到用以清偿所有债权人的净资产之时,则不需要考虑任何刺破公司面纱的问题。”

自 Vecco 案开始,实质合并的适用标准趋向于宽松,七要素被之后的数十个实质合并案例所引用,但也因此引发了热烈的讨论和强烈的反对,因为实质合并的适用标准越是宽松,就越是和现代公司法学者坚守的公司制度的基石——法人人格独立——背道而驰。

(四)实质合并的三要素标准:Auto—Train 案(1987 年)^[13]

1987 年的 Auto—Train 案将关注点放在举证责任方面。原告 Auto—Train 公司向法院申请破产后,又申请将自己的子公司(Railway 公司)与本公司进行实质合并破产。Auto—Train 公司的诉求得到了一审法院的认可,但在上诉中被驳回。哥伦比亚上诉法院在判决中给出了实质合并适用的三要素:一是实质合并的申请主体需举证证明待合并的各个实体间存在“实质身份关系”;二是申请人还必须证明实质合并可以避免某些损害或者带来某些好处;三是如果部分债权人反对实质合并则必须举证证明“他们在交易时,所依据的是单个公司的信用,且他们会因为实质合并而受到不公正的待遇”。本案中,Railway 公司债权人证明其是基于对 Railway 公司独立人格的信赖进行的交易,如果将 Railway 公司与 Auto—Train 公司合并破产,会损害 Railway 公司债权人的利益。此外,Railway 公司的债务与 Auto—Train 公司的债务的区分成本不高,因此,上诉法院驳回了实质合并破产的申请。

Auto—Train 案最大的意义在于,法院将债权人当初与债务人交易时是否依据单个公司的信用作为实质合并适用的要件之一,实际上限制了实质合并规则的适用范围,对后续判例产生了深远的影响。

(五)实质合并适用标准的趋严:Augie/Restivo 案(1988 年)^[14]

1988 年的 Augie/Restivo 一案较为复杂。Augie 公司和 Restivo 公司为两家烘焙公司。Restivo 公司购买 Augie 公司一半股份但不涉及资产转移。此时,Union 公司是 Augie 公司的债权人,对 Augie 公司有一笔 240 万美元的担保债权,Augie 公司当前的资产价值是 253 万美元。完成上述股份购买行为之后,双方公司经营趋同化,Restivo 公司改名为 Augie/Restivo 公司,并接管两家公司的经营。此时,MHTC 公司是 Restivo 公司的债权人,享有一笔 279 万美元的债权,包含 Augie 公司的土地抵押。一年半后,Augie/Restivo 公司宣布破产。纽约东

[13] In re Auto—Train Corp,810 F.2d (D.C.Cir.1987).

[14] In re Augie/Restivo Baking Co.,860 F2d.(2d Cir. 1988).

部地区破产法院按重整计划将 Augie/Restivo 公司和 Augie 公司进行实质合并。Union 公司反对合并,因为此时 Union 公司对 Augie 公司享有 300 万的无担保债权,如果合并破产,将严重损害其公司利益,因此,Union 公司上诉至第二巡回法院。

本案的突破之处在于给实质合并创设了新的适用标准,其地位在实质合并发展史上非常重要。第二巡回法院在总结以往的适用实质合并的破产案件后,得出了两条标准:一是债权人与债务人交易时是将各关联实体视为同一实体,还是基于对方的独立法人地位进行的交易(债权人在交易时对债务人的预判十分重要,如果债权人并没有认识到债务人与其他实体间的关联关系,实质合并破产将严重损害此类债权人的利益);二是各关联方的债务是否严重混同,以至于合并破产能够使得所有债权人获益。法院认为,本案中,Union 公司是基于 Augie 公司的独立人格而进行的借贷,MHTC 公司亦是如此。如果将 Augie/Restivo 公司与 Augie 公司合并破产,必然损害 Union 公司和 MHTC 公司的利益,不能适用标准一进行实质合并。并且,在该案中,Augie/Restivo 公司与 Augie 公司虽有债权债务、财产、人员等混同情形,但还可以进行区分,并未达到人格高度混同的程度。因此,法院认为这些情形不能作为实质合并的理由,据此,第二巡回法院驳回了实质合并破产的请求。

(六)实质合并适用的新标准:Owens Corning 案(2005 年)^[15]

在 Owens Corning 案中,Credit Suisse First Boston 公司作为银行集团的代理,于 1997 年贷款 20 亿美元给母公司(Owens Corning)及其部分子公司,Owens Corning 的其他子公司对此项债权进行担保,双方签订合同并约定 Owens Corning 公司需与子公司保持独立性。2000 年,Owens Corning 及其旗下的 17 个全资子公司向特拉华州法院申请破产,债务人和部分无担保债权人提出了 Owens Corning 公司及其子公司(包括三家尚未破产的子公司)整体实质合并破产的动议。特拉华州法院支持了实质合并的动议,其认为可以实质合并的理由如下:一是该案中的母公司(Owens Corning)及其全资子公司之间具有实质身份关系;二是所有的子公司被同一委员会控制;三是子公司的董事和高管没有商业计划和商业谈判;四是子公司的设立是为了方便母公司经营,尤其是为了避税等原因;五是所有子公司的资金和基金都由母公司控制;六是将各个实体公司的资产分开十分困难;七是许多单个成员间在债务上都有交叉担保关系。以上种种原因导致子公司难以与母公司分离破产。

银行不服上述判决,上诉至第三巡回法院。第三巡回法院认为,在判断是否适用实质合并时,法院往往要考虑很多因素,以往案件中确立的标准与程度并不完全统一,每个案件的法官有自己的衡量标准。很多以前的案件确立的人格混同的判断标准是不合理的,有很多不重要的判断因素,法官只是将这些因素简单的累加就认为达到标准并使用此规则,而无视或忽略了

[15] Supra note 7.

此项原则使用的目的,实质合并应该限制使用。

基于上述认识,第三巡回法院认为,在衡量是否适用实质合并规则时,需要特别注意:第一,法院以尊重公司人格独立为基础限制责任的突破,仅在紧迫条件下诉求于衡平权力进行实质合并;第二,适用实质合并来救济债权人受到的损害,该损害必须是因为债务人或者其控制公司的关联交易行为所带来的,由于债权人的错误行为导致的损害由破产法的其他条款进行救济(比如欺诈转移、衡平居次原则);第三,“合并破产可以带来更多利益”不能成为适用实质合并的充分条件;第四,实质合并会损害部分债权人的利益,其应当在严苛的条件下谨慎适用,当且仅当破产法规定的其他救济措施不能很好地保障债权人公平受偿时,实质合并才可以作为债权人救济的最后手段适用;第五,实质合并只能用于防御性救济,易言之,在关联公司严重混同的情况下,不能以此作为损害部分债权人权利的攻击性手段。

法院在充分考虑上述情形之后,认为实质合并破产必须满足以下两种情形之一:①在破产申请之前,这些债务人企业如此无视企业独立人格以至于他们的债权人必须要打破企业间的界限,将他们视为一个实体;②破产程序启动后发现,债务人企业的财产和责任混同十分严重以至于将他们分开会花费巨大成本并损害所有债权人的利益。此外,在判断是否符合实质合并标准时,实质合并的申请者必须证明:第一,债权人在与债务人企业成员交易时相信对方各成员企业是一个不可分割的整体;第二,债权人事实上合理地相信了这种不可分割的状态。^[16]实质合并的反对者可以通过证明他们的权利因实质合并而会受到不良影响。据此,法院认为,本案中,银行并没有将 Owens Corning 及其子公司视为同一实体,而且,实质合并并没有使得各债权人获得更多利益。2005年8月15日,美国联邦法院第三巡回法庭推翻了特拉华州地方法院关于将 Owens Corning 及其关联公司实质合并破产的判决。

Owens Corning 案是第三巡回法庭自 1978 年破产法实施以来首次对实质合并表态,现已成为美国破产法中的标志性案件,原因在于,法院在该案中梳理和评述了之前相关案例中适用的实质合并标准,并在此基础上得出了本案的具体适用标准。该案确立的适用标准被认为是破产从业者在运用作为最后救济手段的实质合并规则时必须牢记的标准,在美国学界也得到了高度评价,甚至有学者认为,在 Owens Corning 案之前,实质合并的适用标准是“从一个混沌不清的过去走向一个更加混沌的现在”,没有人能够清晰地回答这个问题。^[17]

[16] 值得注意的是,美国法院将实质合并规则中的债权人依赖(Creditor Reliance)标准限定适用在基于合同产生的债权人,而侵权之债和法定之债是排除在外的,因为这些债权人之所以成为债权人 not 依赖任何其他因素。

[17] Sabin Willett, “The Doctrine of Robin Hood — A Note on Substantive Consolidation”, 3 *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 101(2005).

三、实质合并的中国实践:文本与个案

(一)立法文本与法理分析

通过上述案例的评述,不难看出,美国的实质合并规则虽然经历了适用标准的多次变化和调适,但究其理论根源,本质上仍是脱胎于公司法中的“刺破面纱”理论。我国《公司法》第20条第3款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”有学者认为,“这是在成文法中最明确地规定公司法人格否认(揭开公司面纱)的立法例”。^{〔18〕}亦有学者指出:“寥寥几十字,就将英美判例法上发展了几十年的一项判例制度以成文法的方式引入,不能不说是一个创举。但是,自从公司法实施以来,该规定究竟应如何适用,依然没有一个能被人们普遍认可的标准。”^{〔19〕}

公司法的人格否认制度能否扩展到破产程序之中并成为实质合并的理论基础呢?不同领域的学者观点不一。商法学者朱慈蕴教授认为,公司法的人格独立和股东的有限责任始终是公司法律制度的基石,具有不可动摇的地位,而通过揭开公司面纱的适用,也仅仅是修复公司法人独立人格和股东有限责任之墙上的破损之洞,并不是要将这座坚固的大厦摧毁,因此,绝不允许滥用这一规则。进一步而言,公司的法人人格被否认,是从实体法的角度将该公司和股东视为同一体,而且仅在本次案件中适用。司法实践中应当防止在执行阶段直接将公司判决的既判力及执行力扩张至股东。^{〔20〕}据此理论,人格否认制度无法适用到具有概括执行属性甚至意味着独立人格消灭的破产程序之中。民法学者李永军教授也持类似观点,认为:“一般法人人格否认,不是一般地消灭或者否定法人的存在,而是在个案中,视公司的独立人格及股东的有限责任于不顾,将分割法人与其股东责任的法律面纱揭开,将法人的责任直接归于股东,是对股东有限责任的绝对贯彻所带来的不公平的矫正”,“因此,人格否认理论只能在正常情况下适用而不能在《破产法》上对所有关联交易企业一起适用”。李永军教授也同样提到了有限责任之墙比喻:“公司人格被否认,意味着在某种情形下由公司形式所竖起来的有限责任之墙上被钻了一个孔,但对于被钻孔以外的所有其他目的而言,这堵墙依然矗立着”。^{〔21〕}

在破产法领域,理论与实务界对实质合并原则持较为宽容的立场。破产法学者王欣新教授认为,实质合并是基于公平原则,为公平清偿同时破产的各关联企业债权人而产生的法律原则,在关联企业经济一体化的趋势下,实质合并可以提高企业破产与重整案件的司法效率,使资源有效整合,给企业重整或营业整体出售带来价值提升与操作便利,不仅可以降低成本,实

〔18〕 王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第48页。

〔19〕 朱慈蕴:“公司法人格否认:从法条跃入实践”,《清华法学》2007年第2期,第111页。

〔20〕 同上注,第112页。

〔21〕 李永军、李大何:“重整程序开始的条件及司法审查——对‘合并重整’的质疑”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第51—52页。

现破产案件的经济效率,也可以更有力地保障企业挽救获得成功,确立“实质合并”原则在处理关联企业破产时能够实现公平与效率的双赢。我国《公司法》确立了“揭开公司面纱”原则,不再存在制度移植问题,需要解决的是如何将《公司法》中高度抽象、概括的条文具体化,以保障其在破产案件中的可操作性,避免出现司法上的不统一。^{〔22〕} 类似的观点也见诸于实务专家的研究文献之中。^{〔23〕}

不同观点的争论可以让我们更清醒地认识实质合并规则的正当性与合法性。笔者认为,实质合并规则不能与公司法中的人格否认(刺破面纱)理论划等号。实质合并是在关联企业日益发展壮大的现实中诞生的破产法规则,其正当性应可从大量案件处理的效果中得到佐证,但从理论上分析,传统的公司法中的刺破法人面纱或称人格否认理论难以作为实质合并的理论根基。从美国的判例法发展过程可知,实质合并其实是独立于刺破面纱理论之外的全新的破产法理论,在是否应当允许实质合并的判断标准上,也不局限于人格混同这一客观事实,还可以基于管理人利益标准、成本效益标准进行抉择。而且,人格否认理论缘于对股东连带责任的追索,即便在承认反向人格否认的理论背景下,也限于母子公司之间的追索,而实质合并规则不限于此,且更多地出现在关联企业(未必是母子公司)之间的合并处理中。因此,实质合并与人格否认(刺破面纱)存在相似之处,但区别也是十分明显。事实上,美国的判例规则演进过程也很好地诠释了两者的联系与区别,毋宁认为,实质合并更像披着人格否认外衣之独立性规则。

需要注意的是,实质合并规则是解决关联企业破产难题的对策之一,但并非唯一。《破产法立法指南》指出,公司集团破产的特别救济措施包括:①集团内部撤销权;②排序居次,是指在企业集团的情况下,与债务人拥有关联关系的债权人或者债务人的股东拥有的债权可能会被置于其他债权人的后位清偿的情况;③债务责任的延伸,即在破产的情况下,如何刺破公司面纱,将债务人的债务责任延伸到其他集团成员之上的情形,但并不采取实质合并破产;④推付令,即法院可以下达命令,要求集团非破产成员提供一定的资金,以偿付进入破产程序的集团其他成员的全部或部分债务;⑤实质合并。^{〔24〕} 然而,在这五种救济措施中,实质合并问题最为复杂也最受关注,因此,我国的破产立法和司法中应对此给予充分的关注。

(二)司法文本与立场转变

1. 最高人民法院的司法文本分析

在《企业破产法(试行)》(1986年)实施的时代,最高人民法院的司法解释是排斥关联企业实质合并破产的,例如,《关于审理企业破产案件若干问题的规定》(2002年)第76条规定,“债

〔22〕 参见王欣新、蔡文斌:“论关联企业破产之规制”,《政治与法律》2008年第9期,第33页;王欣新:“关联企业的实质合并破产程序”,《人民司法·应用》2016年第28期,第5—6页。

〔23〕 参见郁琳:“关联企业破产整体重整的规制”,《人民司法·应用》2016年第28期,第12—13页。

〔24〕 UNCITRAL, supra note 1, pp.55—60.

务人设立的分支机构和没有法人资格的全资机构的财产,应当一并纳入破产程序进行清理”。换言之,有法人资格的企业主体是不能一并纳入破产程序进行清理的。第79条进一步规定:“债务人开办的全资企业,以及由其参股、控股的企业不能清偿到期债务,需要进行破产还债的,应当另行提出破产申请。”由此可见,当时的司法解释贯彻的是独立法人单独破产的原则。

但是,在司法个案批复中,也出现过人格否认进而合并处理的情形。例如,哈尔滨百货采购供应站(简称百货供应站)在负债累累的情况下,抽出其绝大部分注册资金开办哈尔滨康安批发市场,之后申请破产。对于这种严重侵害债权人利益的行为,最高人民法院在《关于哈尔滨百货采购供应站申请破产一案的复函》中认为,虽然该行为未发生在法院受理破产案件前六个月内,但其目的是为了逃避债务,故原则上应根据《民法通则》第58条第1款的规定追回,作为破产财产统一分配,但在具体处理方式上:“可采取整体转让康安批发市场或以债权人的债权作为股份,依照我国公司法的规定,组成规范化的公司,以避免康安批发市场与百货供应站同时倒闭。如上述两种具体处理方式均不可行,则可将康安批发市场的现有全部财产及其债务纳入百货供应站破产清偿范围之内。”又如,最高人民法院在《关于山东南极洲集团股份有限公司破产案件审理涉及企业分立问题如何处理的答复》中指出:“企业分立后,新分出的企业被宣告破产,并不必然导致原企业的破产。如原企业对其依法应当承担的新分企业的债务无力清偿,原企业可以根据其自身的债权人的申请进入破产程序。如企业分立被人民法院依法认定为属于以逃债为目的的,原企业可以与新分企业一并破产,以最大限度保护债权人的利益。”

在《企业破产法》(2006年)实施的时代,最高人民法院未曾在司法解释中对关联企业合并破产问题作出规定,但有关人士认为,“有的法院……通过审慎适用关联企业实质合并破产制度,将各个破产企业的资产和债务合并,按照统一的债权额比例清偿所有债权人,实现了对关联企业所有债权人的实质上的公平对待,取得了良好的社会效果”,建议各级人民法院“积极探索关联企业合并破产问题,在充分尊重法人独立责任和股东有限责任的基础上,对于关联企业成员法人人格存在高度混同、区分各自财产将耗费高额成本、明显利用关联关系损害债权人利益等情形,可以合并处理相关企业的资产”。^[25]

2012年10月,最高人民法院民二庭召开企业破产法相关司法解释讨论会,就《关于适用实体合并规则审理关联企业破产清算案件的若干规定》(征求意见稿)等文件草案在司法解释小组内部进行讨论,其中,关联企业合并破产司法解释是在我国关联企业不断发展,关联企业破产案件逐渐增多的情况下,为确保人民法院正确审理关联企业破产案件,以解决破产程序中如何处理关联企业间的债权债务,公平保护关联企业债权人的整体利益等问题而制定。该文件草稿拟规定:“关联企业不当利用企业控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员及其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致企业利益转移的其他关系,造成关联企业成员之间法人人格高度混同,损害债权人利益的,人民法院可以适用关联企业实体合并破产规

[25] 奚晓明:“当前审理企业破产案件需要注意的几个问题”,《法律适用》2012年第1期,第4—5页。

则审理案件。”^{〔26〕}虽然该文件至今未能审议通过,但透过这些资讯,可知最高司法机关在实质合并问题上已发生态度上的转变,只是仍需理论界更为深入的研究和司法实践中更为有益的探索来推动。

2. 地方法院的司法文本分析

各地法院对关联企业实质合并破产认识不一。有的地方法院持明确否定的态度,如青海省高级人民法院《关于规范审理企业破产案件的实施意见》(2003年8月21日)第5条规定,申请企业破产时,严禁以任何理由将具有独立法人资格的关联企业或下属企业及其财产列入破产范围连带破产,破产案件必须是“一企一案”,不允许搞“多企一案”。但也有地方法院明确承认合并破产可以作为独立法人单独破产原则之例外。如《北京市高级人民法院企业破产案件审理规程》(2013年7月22日)第7条规定:“关联企业不当利用关联关系,导致关联企业成员之间法人人格高度混同,损害债权人公平受偿利益的,关联企业成员、关联企业成员的债权人、关联企业成员的清算义务人、已经进入破产程序的关联企业成员的管理人,可以向人民法院提出对关联企业进行合并破产的申请。”再如广东省高级人民法院《关于全省部分法院破产审判业务座谈会纪要》粤高法(2012)255号指出:“各级法院应当积极探索关联企业合并破产问题,在充分尊重法人人格独立和股东有限责任的基础上,对于关联企业成员存在法人人格、财产高度混同、利用关联关系损害债权人利益等情形的,可依据管理人或债权人的申请采取关联企业合并破产方式。”

浙江是破产案件数量最多的省份,其对实质合并持谨慎适用的态度。浙江省高级人民法院《关于审理涉财务风险企业债务纠纷案件若干问题指导意见(2009年)》第14条规定:

涉财务风险企业明显利用关联关系损害其他债权人利益的,可以尝试通过审慎适用关联企业实质合并破产制度,具体可通过审查各关联企业是否存在混同的财务报表、关联企业间资产和流动资产的合并程度、关联企业间的利益统一性和所有权关系等因素,评估合并破产重整是否有利于增加企业重整成功的可能性,确定是否采用合并破产重整措施。采取关联企业实质合并破产重整的,重整计划草案可结合关联债权衡平居次的法理,平衡关联企业破产时各方利益的冲突。

该意见强调谨慎适用实质合并,并建议引入衡平居次的规则。浙江省高级人民法院民事审判第二庭撰写的《2014年浙江法院企业破产审判报告》再次表达了对实质合并破产的态度:

当前,《企业破产法》对于合并破产问题没有规定,相关司法解释还在制定过程中,但审判实践对于这一问题规范的需求却极为迫切。合并破产的形式和实质要件如何把握、程序如何推进、法院的审查标准、对于合并破产异议债权人的保护等问题,亟需得到解答。与合并破产相关的另一个重要问题是债务人企业资产与实际控制人个人资产合并处置的

〔26〕 参见“民二庭召开企业破产法相关司法解释讨论会”,载最高人民法院网,<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-4606.html>,最后访问日期:2016年12月4日。

问题,目前这方面明确的法律规定也是阙如的。^[27]

从上述司法文件中可知,司法政策对实质合并的适用态度从坚决不允许到谨慎适用,发生了较大的转变,已经体现了司法态度的转变和司法实践的努力。但从最高法院到地方各级法院,均未就实质合并问题制定过详细的规则,因此,实质合并在中国仍属于摸索和积累经验的阶段。笔者认为,这种谨慎或曰保守的态度是有必要的,对比美国的破产法院,最初首创实质合并也只是限于不正当的财产转移损害债权人利益的情形,之后才慢慢发展出关联企业间财产混同以致区分耗费代价过高等情形也可以适用实质合并的标准。

(三)司法个案与经验总结

自我国《企业破产法》(2006年)实施以来,关联企业合并破产的做法已不罕见,目前已有数十件裁定合并重整或合并清算的关联企业破产案例,其中绝大多数案件为合并重整。通过对现有的关联企业实体合并案例进行分析可以得知,“关联企业人格混同”依旧是我国法院裁定实质合并的核心理由。为了较好地呈现实质合并在我国的标准,笔者在此重点分析6个代表性的实质合并案例。

第一,在闽发证券合并清算案中,法院依法裁定闽发证券与四家关联公司合并清算的理由就在于“人格混同”。该案中,法院认为,四家关联公司虽然为形式上的独立法人,但根据事实分析,四家关联公司实际上是闽发证券开展违规经营活动的工具,不具备独立的法人人格,不具备分别进行破产清算的法律基础。具体理由包括:“四家关联公司由闽发证券出资设立,与闽发证券在管理上和资产上严重混同,无独立的公司法人人格,是闽发证券逃避监管,违法违规开展账外经营的工具,应当与闽发证券一并破产,合并清算。”^[28]有专家指出,在“人格混同”认定的问题上,财产混同虽是判定合并破产的主要标准,但在“财产混同”之外,“名义混同”和“责任混同”也应被视为“人格混同”的情形之一。^[29]不难看出,在该案中,法院裁定实质合并的主要理由就是人格严重混同,而判断人格混同的关键在于法人意志独立及法人财产独立两方面。

第二,在纵横集团合并重整案件中,法院在审理中发现六家公司实际由同一公司控制,各关联公司人格高度混同,主要表现为:财务混同;高管人员内部机构和经营场所混同;经营决策受制于集团公司,各关联公司无自主决策权和管理自由;资产混同,难以区分单个公司的财产

[27] 浙江省高级人民法院民事审判第二庭:“2014年浙江法院企业破产审判报告”,载王欣新、郑志斌主编:《破产法论坛》(第十一辑),法律出版社2016年版,第57页。

[28] 参见“闽发证券有限责任公司与北京辰达科技投资有限公司、上海元盛投资管理有限公司、上海全盛投资发展有限公司、深圳市天纪和源实业发展有限公司合并破产清算案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2013年第11期,第30页。

[29] 参见刘敏、梁闽海:“企业破产清算案件中的审判实务问题——以闽发证券有限公司破产清算案为视角”,《法律适用》2013年第7期,第78页。

和负债；浙江纵横集团有限公司的关联公司资本显著不足；集团公司关联公司之间存在贷款担保关系。基于纵横集团“1+5”公司法人人格高度混同，为公平清理债权债务，保护债权人的合法权益，经管理人的申请，法院裁定实施合并重整。^{〔30〕} 本案中，虽然法院作出实质合并裁定的理由仍然是基于公司人格的混同，但也考虑到了公司间互相担保关系的严重以及上述因素对公平清理债权债务的影响，具有较好的示范意义。

第三，在中江系企业合并重整案中，法院认为，当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。该案中，浙江中江控股有限公司等30家“中江系”企业均为俞中江实际控制的关联公司，其在公司运营、人事、财务尤其是资金等表征公司法人人格的要素方面具有高度混同情形，导致关联公司的各自财产无法明确区分、界限模糊，构成人格混同。30家关联企业均进入破产程序后，全体债权人利益极有可能遭遇极大的损害，在关联公司各自财产无法明确区分的情形下，仍因关联公司各自的独立登记形式而分别进行破产程序显然违反破产法“公平清理债权债务”的立法宗旨。即使少部分债权人在个别企业破产程序中的债务清偿方面具有一定有利可能，但该种利益的获得因与“中江系”企业不当利益分配之结果难以分辨，难谓正当。据此，法院认为，案涉浙江中江控股有限公司等30家“中江系”企业因具有人格高度混同情形而导致关联公司各自财产无法明确区分，在破产程序中应当视为一个法律主体，一并合并重整。^{〔31〕} 本案是关联企业实质合并重整的代表性案例，法院主要是基于公司存在财产方面的“严重人格混同”而作出裁定，同时也考虑到了采取单独清偿会对债权人的利益构成损害。

第四，在华伦集团合并清算案中，管理人基于关联企业内部存在资产和业务混同、人员和机构混同、财务混同的情形，提出了合并破产重整的请求。法院经审查认为，五家关联企业在实际经营中，因资产和业务混同、人员和机构混同、财务混同，致使公司法人人格不独立。管理人在对华伦集团进行审计和资产评估中，华伦集团与其他五家企业之间的往来款余额高达5.98亿元，致使华伦集团的财务账目不能客观真实地反映其债权债务关系，资产清理工作无法正常开展。按照公司自治原则，华伦集团及合并的公司对于合并事项均达成合意，签署了合并协议并提出了合并方案，债权人委员会讨论通过后形成合并决议，同时华伦集团管理人在第二次债权人会议通报了上述公司合并的方案，债权人在规定时间内均未提出异议。基于此，法院认为，为客观、公正地反映关联公司之间因资金往来而形成的债权债务，统一处置六家公司的资产和负债，促进华伦集团破产重整案件清产核资工作能顺利进行，推进破产重整进程，以最大限度地公平、公正地保护债权

〔30〕 参见陶蛟龙、史和新：“关联公司合并破产重整若干法律问题研究——以纵横集团“1+5”公司合并重整案为视角”，《政治与法律》2012年第2期，第27页。

〔31〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭商破字1-3号民事裁定书。

人的合法权益,华伦集团管理人提出的申请符合华伦集团破产重整的要求,且该要求不违反法律及行政法规的强制性规定,并且可以依法保护债权人的合法权益,故对该申请予以确认。^{〔32〕} 该案中,法院的出发点是基于公司人格严重混同,并综合考虑了资产清理的难度,在裁定之前听取了债权人的意见。

第五,在中汉卓信合并重整案中,管理人基于以下原因提出合并重整:十三家被申请人系中汉集团实际控制,无独立法人意志;十三家申请人与中汉集团之间在经营场所、组织机构、财务、资产等方面高度混同、难以区分,法人人格高度混同,符合合并条件;合并重整有利于债权人利益维护。法院经审查认为,中汉集团与医药公司等十三家公司在实际经营中,因资产和业务混同、人员和机构混同、财务混同,致使公司法人人格不独立,存在人格高度混同的情形,如对上述企业单独进行破产处置,不能客观真实地反映其资产负债情况,会直接影响资产清理工作的正常开展。为促进中汉集团重整案件的顺利进行,统一处置中汉集团及上述十三家关联企业的资产和负债,公平对待债权人,中汉集团管理人提出的申请符合中汉集团破产重整的要求,且该要求不违反法律及行政法规的强制性规定,并且可以依法保护债权人的合法权益,故对该申请予以确认许可。^{〔33〕} 在此案中,除以人格混同作为基本出发点外,法院还考虑到了债权利益的保护以及司法效率等因素。

第六,在怡华系企业合并重整案中,法院关注的焦点也是关联企业之间是否存在严重混同,并将公司人格的混同作为实质合并规则的适用前提,“在破产程序中运用实质合并规则的前提必须是关联企业人格混同非常严重,不仅关联企业之间资产、债务分离花费的时间、人力无法估算,而且由于合同、财务资料等揭示企业生产经营过程的记载匮乏,事实上已无法通过法务及审计、评估工作还原资产和负债的真实情况”,“认定两个或两个以上公司人格混同必须同时具备两个要件:公司财产不独立,公司意志不独立”。^{〔34〕}

基于上述案例分析,在我国现阶段的司法实践中,对于关联企业适用实质合并的司法裁定标准单一,主要是围绕判断是否存在“公司法人人格混同”展开,但也有个别法院同时考虑到了“债权人期待利益”“司法效率与经济效率”等标准。实际上,实质合并破产规则最大的制度价值就在于通过对企业集团之间关联关系的特殊处理,使得关系复杂而成本高昂的资产、债务分离程序得以被避免,司法效率和经济效率得以提高,债权人的信赖利益、清偿利益得到最大限度的保障。因此,实质合并的制度价值决定了“企业人格高度混同”只应是适用实质合并破产的形式标准,实质标准应在于判断进行实质合并破产是

〔32〕 参见浙江省富阳市人民法院(2009)杭富商破字2-3号民事裁定书。

〔33〕 参见浙江省富阳市人民法院(2013)杭富商破字1-1号民事裁定书。

〔34〕 孔维瑛:“实质合并规则的理解和运用”,《人民司法·应用》2016年第28期,第18页。

否有利于挽救企业或保障债权人的公平清偿利益和信赖利益,以及是否有利于司法效率与经济效率的提高。

四、实质合并的制度构建:实体与程序

(一)实质合并的实体标准

对于关联企业实质合并破产,首先要解决在何种情况下可以进行实质合并的问题,此即实质合并破产的实体判断标准问题。从美国的判例演进来看,在早期,法院并非根据破产法上的特定和具体的标准做出实质合并的裁判,而更多体现为对其他法律规则的借鉴,裁判标准的体系性不强。在中期,随着经济的不断发展,关联企业合并破产的案例也逐步增多,法院在司法案例中提出了一系列关于实质合并的判断标准,这些标准不仅是基于公司人格混同而展开,还涉及到了债权人信赖利益保护、资产分离难度、关联公司间行为的违法性等标准。这些标准的出现,呈现了关联企业合并破产适用标准逐步放宽的趋势,但这也引发了关联企业合并破产的适用是否违背公司法上法人人格独立原则的争论。在近期,随着关联企业合并破产案例的增多,争议也接踵而至,核心争点在于实质合并原则的宽泛适用是否构成对公司法上的人格独立原则的背弃。鉴于此,较新的司法判例(如 Owens Corning 案)对这一原则进行了反思,实质合并破产的实体判断标准转而趋严。这种早期先借鉴其他制度解决问题,中期逐步放宽标准、探索新的适用条件,后期再对整体适用思路加以反思的发展模式,是美国实质合并规则发展的特点。

中国的公司法、破产法及其司法解释并未明确实质合并规则,加之理论界和实务界对实质合并态度不一,即便在支持实质合并的观点中,也分化为谨慎和开放等多元学说,而在微观裁判标准选择上,司法个案中所适用的裁判理由虽也开始关注成本效益层面的分析,但最重要的标准仍然是“公司人格严重混同”。因此,设计实质合并破产的实体规则,既要关注宏观层面的思路选择,也要面对微观层面的标准判断。

1. 实质合并适用的宏观思路

持谨慎(保守)态度的学者认为,应坚持“谨慎适用原则”“例外适用规则”“权利用尽规则”。例如,有学者指出,实质合并原则的适用是对公司法人独立人格的否定,而公司的独立性是公司法的核心原则,除特殊情形外应得到尊重,“法院在涉及关联企业的破产问题时,应当引导申请人优先适用其他规制不当关联关系的救济手段,只有在独立清算或重整将使部分企业处于无法清理状态且显失公平时,实质合并才能作为必要的处理手段加以使用”。^[35]亦有学者认为,实质合并规则“应坚持个案适用的谨慎原则、严格限定适用条件、明确适用程序,并应采取

[35] 王欣新、周薇:“关联企业的合并破产重整启动研究”,《政法论坛》2011年第6期,第75页。

措施防止该制度的滥用”。^{〔36〕}更有学者反对关联企业的实质合并破产模式。^{〔37〕}持开放态度的学者则认为,实质合并规则有利于解决关联企业破产的复杂问题,法律和司法解释应赋予法院更大的自由裁量权,使法院可以充分考虑个案的特殊性,并作出更具有针对性的裁定。

笔者对实质合并破产持相对开放的态度,建议赋予法院在此问题上足够的自由裁量权,使其能够灵活应对实际案例中的各种情况。实质合并的真正目的在于针对性的解决关联企业破产带来的种种难题,从而保障债权债务的公平清理,保护债权人的合法权益,提高司法效率与经济效益。因此,当只有采用实质合并才能达到上述目的,或者采用实质合并与其他方式均可达到上述目的但实质合并的效果更好时,应允许适用实质合并规则。当然,赋予法院实质合并司法裁量权的同时也要建立约束机制,具体而言,应建立法院、债权人会议、破产管理人等各方主体在实质合并问题上的沟通、协调、制约机制。例如,在破产程序中,管理人应发挥其在核查债务、分离资产等方面的积极作用,并借助审计机构的审计报告,为法院作出正确、合理的裁定提供积极意见;法院在作出实质合并的判决前,也应充分听取各方当事人的意见,尽可能实现各方利益的平衡,但最终决定权归属于法院,属于司法裁判权的范畴。为此,笔者建议通过立法或者司法解释尽快确立关于实质合并破产的系统规则,为司法实践提供裁判指引。

2. 实质合并适用的微观标准

从微观层面考察,尽管我国司法实践中对是否适用实质合并规则的评判标准仍集中于“公司人格混同”之上,但理论界对于实质合并判断标准却有多元化的声音。有学者曾提出“另一个自我标准”“利益平衡标准”以及“资产分离难度标准”三位一体的评判体系,并提出“不仅要考虑行为要件,还要补充结果要件,即关联企业滥用关联关系的行为必须给债权人造成了公平清偿利益的损害”,且应“保持适用标准的开放性”。^{〔38〕}另有学者指出,仅设定“法人人格高度混同”这一条件是不够完整的,没有涵盖适用实质合并的所有情形,应当将“非法或不当的利益转移或分配”或“人格高度混同”的存在与否作为实体评判的核心要素。其中“不当利益转移或分配”是从结果来评估对债权人偿债是否公平,进而评判是否适用实质合并,“人格高度混同且无法分离”则是从行为自身来印证各关联企业成员的法人人格非独立性,从而直接适用实质合并。^{〔39〕}除上述标准外,“债权人的期待”也常被提及,美国 Augie/Restivo 案中首次出现过这种判断标准。我国有学者认为:“账户与资产的混合是应适用实质合并原则的重要标准,但债

〔36〕 张少丽:“关联企业实质合并破产制度研究”,《重庆第二师范学院学报》2014年第4期,第22页。

〔37〕 有学者认为,如果法院欲否认公司法人人格,必须先提起独立的民事诉讼,而不是在《破产法》中通过裁定的方式就能否认三家公司的独立主体资格。法院在某个企业开始重整程序时,不能发现该企业与其他企业有关联交易就强迫其他企业也一起搞合并重整,而是应按照连带债务人的规则处理。参见李永军等,见前注〔21〕,第52页。

〔38〕 王欣新等,见前注〔35〕,第76—77页。

〔39〕 参见朱黎:“论实质合并破产规则的统一适用——兼对最高人民法院司法解释征求意见稿的思考”,《政治与法律》2014年第3期,第158—160页。

权人的合理期待则非关键的行为要件。”〔40〕

对于关联企业应否实质合并,应是综合性的判断结果,如公司是否高度混同、资产和负债的分离是否需耗费大量的成本与时间、债权人是否有同整个集团进行交易的合理期待、合并破产是否有利于保护全体债权人的利益等都是需要考虑的因素。法院在作出具体判断时,应在充分考虑各方面因素的前提下,分析采取实质合并是否有利于全体债权人的公平清偿、是否有利于企业的挽救或是否有利于实现破产法的公平价值、程序价值,并在此基础上作出裁定。为此,笔者对实质合并的微观标准提出如下建议:

首先,法院应重点关注关联企业之间的混同情形。借鉴美国的判例经验,笔者认为,以下因素应予重点考察:①关联企业之间是否存在合并财务报表的情形;②各关联企业之间在利益和所有权方面的一致性;③关联企业之间的相互担保情形;④分离和识别每个企业的资产和责任的难度;⑤资产在关联企业之间的非正常转移情况;⑥资产的混合程度;⑦董事和高级职员的交叉任职情况或者母公司不时派驻人员到子公司董事会的情况;⑧普通雇员的交叉情形;⑨聘用的长期服务的律师和代理人的交叉情形;⑩子公司与母公司之间的交易业务情况;⑪各成员企业是否无视子公司作为独立公司的法律要求;⑫母公司对子公司施加的合同义务(协议控制)情形;⑬各关联企业成员在日常开支、管理费用、财务费用和其他相关费用方面的共担情形;⑭各关联企业成员之间的应收和应付账款的独立情况;⑮关联企业之间是否存在综合的现金管理系统;⑯母公司是否给子公司的员工支付薪水;⑰母公司是否有过将子公司作为其下部门或分支机构的情形;⑱母公司及其附属公司、子公司是否使用共同的办公地址;⑲子公司股票的出售程序是否独立于母公司;⑳子公司是否资产(资金)严重不足;㉑母公司是否拥有子公司的全部或者绝大部分股本;㉒母公司是否负担子公司的经费;㉓母公司是否与子公司另行约定认购子公司的全部股本进而导致其并入母公司;㉔子公司除了与母公司的交易外再无其他实质性业务或者除了母公司输送的利益外再无其他资产;㉕子公司的董事或高级职员并非为了子公司的利益独立行动而是听从于母公司的指令;㉖子公司作为法律独立实体的要求并未得到遵从。〔41〕以上因素并非是每个实质合并的裁判都须满足的条件,但可作为法院司法裁判时的重要指引。

其次,法院在决定是否实质合并时,除须关注企业内部是否存在高度混同的情形之外,还应当关注对关联企业进行实质合并是否有利于实现破产程序的价值,是否有利于充分保障债权人的合法权益,是否有利于提高破产程序的经济效率与司法效率(程序便利)等辅助性标准。需要注意的是,虽然这些标准也在美国的破产案例中得到了不同程度的运用,但鉴于实质合并属于衡平法上的救济手段,美国法院必须进行利益的平衡,尤

〔40〕 参见王欣新等,同前注〔22〕,第34页。

〔41〕 See *Fish v. East*, 114 F.2d 177, 191 (10th Cir. 1940); *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 Bankr. 407, 410 (Bankr.E.D.Va.1980); *In re Food Fair*, 10 Bankr. 123, 127 (Bankr. S.D.N.Y. 1981); etc.

其注意避免因实质合并造成过度的利益伤害,因此,即便在少数案件中确有适用程序便利等辅助标准的情形,也是建立在确保债权人利益得到公平对待的基础之上。也正因为如此,确立了较为严格的微观判断标准的 Owens Corning 案成为了美国最近的标志性案例。此种判断标准上的谨慎选择,值得我们借鉴。

(二)实质合并的程序规则

1.实质合并程序的启动模式

根据企业关联程度以及案件进展方式的不同,关联企业实质合并程序的启动模式也会有所区别。归纳而言,实质合并程序的启动模式包括以下几类:第一,关联企业先各自单独进入破产程序,再进行合并。这种情形是指各关联企业分别或同时进入破产程序后,基于其相互之间的关联关系,经由特定程序实现关联企业之间的合并破产。第二,部分企业先进入破产程序,其他关联企业由法院裁定并入破产程序。这种类型在实践中较为少见,此种模式下,其他关联企业自身可能并不具备破产原因,但正是由于关联企业内部人格高度混同,为公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,由法院裁定将其他企业一并纳入破产程序,进行合并破产。第三,关联企业先行合并,再一并进入破产程序。这种模式是指法院在受理案件之前,先对关联企业是否符合实质合并的条件进行审查,若符合合并条件,则由法院裁定将所有关联企业实质合并破产。

在上述三种模式中,最有效率的是第三种模式,即法院对所有关联企业先行审查,若其符合实质合并的要件,则将其作为一个整体进行合并破产,并由管理人统一进行资产核实、债权登记等。这种模式对法院的初步审查要求较高,适用于公司混同情形严重、易于判断是否需要合并破产的关联企业。这种模式遇到的难题是:

在破产程序外进行的关联企业实质合并,要遵循公司法的规则,法院需要先做出对各关联企业揭开公司面纱实质合并的判决,才能将实质合并的效力延续至破产程序。但在公司法上做出企业实质合并裁判的法律依据是什么、应遵循何种程序、如何保障各方当事人的诉讼权利、能否适用上诉程序等,还有待进一步深入研究解决。^[42]

因此,实践中,最常见且最稳妥的模式仍然是各关联企业分别进入破产程序后再进行合并。在这种模式之下,管理人对企业进行清产核资、债权登记,能够更准确地判定企业集团是否需要合并破产。此种模式适用于实质合并司法判断难度较大的关联企业破产案件。此外,在上述第二种模式中,法院裁定将尚未进入破产程序的关联企业纳入破产程序进行合并破产,有法院依职权启动破产程序的嫌疑。但是,这种模式的存在也有其合理之处,因为对于未进入破产程序的关联企业而言,企业本身及其债权人、出资人可能都不愿意企业进入破产程序并与其他关联企业合并破产,在沟通无效的前提下,仍可考虑保留法院依职权裁定将其他关联企业并入破产程序的权力,美国的判例中也有过类似的情形,只是囿于我国目前破产程序的启动采

[42] 王欣新,见前注[22],第7页。

取申请主义的立法原则,这种模式容易遭受质疑,但未来立法修改中可以考虑作出修改。

2. 实质合并的裁定程序

当“适格主体”^{〔43〕}提出实质合并的申请时,法院对该项申请的批准应经过何种程序?是否需要以债权人会议的同意为前提条件?笔者认为,法院在作出是否实质合并的裁定前,除需认真判断是否存在适用实质合并的条件之外,还应当尽可能地争取各方主体的意见,以更好地平衡各方利益,但作出实质合并的决定并非必须以全部关联企业债权人会议的同意为前提,原因在于:

首先,公司法上的人格混同认定和否认人格的决定归属于司法裁判权的范畴,同理,判断是否存在实质合并的适用情形以及是否同意实质合并,均应属于司法裁判的事项。如果以债权人会议表决通过为前提,无疑等于间接将司法决定权转交由债权人会议来决定,不符合破产法关于司法权与债权人会议职权划分的原理。

其次,关联企业之间常常存在着资产混同、互相担保以及利益的非市场化输送等问题,各关联企业的债权人必然存在“苦乐不均”的状态,如果要求所有关联企业的债权人都同意实质合并,则程序难以推进,反而会不合理地妨碍案件的进程。例如,在“中江系”合并重整案中,对于30家关联企业在运营、人事、财务等方面的高度混同情形,管理人以征询函、座谈会等形式向全体申报债权人予以披露并就是否合并重整问题征求相关意见,最终仍有部分债权人因为合并后其清偿比例降低而反对合并重整,但法院仍然裁定批准合并重整。^{〔44〕}这种做法虽然看似损害了小部分债权人的利益,但却在最大程度上保全了大多数债权人的利益,符合司法裁判权行使的原理。

3. 异议债权人的保护

关联企业实质合并破产必然会因为各成员企业债权清偿率的改变而无法获得全部债权人的同意,由于其对债权人影响重大,为了防止权力滥用,在法院依职权作出合并破产的裁定时,异议债权人的利益应当受到保护。^{〔45〕}实质合并破产的制度价值本就在于保护债权人的清偿利益,防止其利益受到企业不规范经营行为的不当损害,因此,为寻求债权人之间的利益平衡,实质合并破产制度应对异议债权人给予必要的救济渠道和合理的损失补偿,具体而言,可从以下两方面做制度设计:

一方面,赋予债权人以异议权。我国《企业破产法》第12条规定,法院裁定不受理破产申请的,或者受理破产申请后至破产宣告前因发现债务人不具备破产原因而裁定驳回申请的,申

〔43〕 一般认为,实质合并破产程序的申请人包括债权人、债务人即各关联企业,在关联企业已启动破产程序的情况下,管理人可以作为申请人。清算义务人实际享有并行使申请权的情况甚少,而出资人不宜享有申请权。王欣新,见前注〔22〕,第7—8页。

〔44〕 见前注〔31〕。

〔45〕 参见田信、李尊:“关联企业实质合并探析”,载王欣新、尹正友主编:《破产法论坛(第八辑)》,法律出版社2013年版,第368页。

请人可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。参照这一标准,当异议债权人对于实质合并的裁定有异议时,应在十天之内向上一级法院起诉请求救济。从美国的司法实践来看,实质合并的裁判结果都是可以上诉的,而且经常出现上级法院推翻下级法院判决的结果,体现了程序法的救济理念。

另一方面,赋予异议债权人利益补偿权。破产程序的进行实际上就是将特定利益在特定群体之间平均分配的哲学,当异议债权人的利益相对其他债权人不当受损时,则应当考虑对其进行合理补偿,但这种补偿并非要将其利益补足,否则就违背了破产法公平清偿的立法精神。笔者建议,管理人在破产程序中做好信息公开工作,公示每一债权人在实质合并之下与单独清偿之下的债权清偿率,并在此基础上由管理人与债权人以及债权人彼此之间展开协商,法院进行必要的司法引导,对于在实质合并后利益受损突出的债权人进行适度补偿,以争取其对实质合并破产程序的支持,真正实现各方利益的协调。

4. 实质合并的司法管辖

我国《企业破产法》第3条规定:“破产案件由债务人住所地人民法院管辖。”但在关联企业破产案件中,通常涉及多家企业,且这些企业未必均在同一辖区注册,由此引发了实质合并破产中的司法管辖权问题。笔者建议在确定关联企业破产的管辖法院时遵循以下规则:

第一,以控制企业所在地审理为原则,以便利法院审理为补充。这一原则适用于以下两种启动模式:一是关联企业各自进入破产程序再申请实质合并;二是关联企业先行合并再整体进入破产程序。对于大多数企业集团而言,其集团的资产、账务、管理人员、债权债务的中心都集中于控制企业,选取控制企业所在地法院有利于破产程序的开展。然而,现实中也存在资产等不集中于控制企业,而是分散于各地的情形。此时,需要采取变通做法,以保证破产程序的顺利开展。因此,建议在立法时考虑例外情形,以灵活应对不同情况下的破产审判。

第二,坚持“先入为主”原则。^[46]当关联企业中的一家企业先进入破产程序,其他企业之后进入破产程序或被裁定并入破产程序时,为避免司法资源的浪费,一般应由已受理该破产案件的法院负责管辖,除特殊情形外(如确实不利于合并破产程序的进行),不应再向其他法院转移。

第三,当不同法院之间发生管辖权争议时,应依照我国《民事诉讼法》第37条第2款的规定解决,即由争议双方协商解决,无法通过协商解决的,应报请共同的上级法院指定管辖。

五、结 语

在企业集团化运作趋势日益强化的时代背景下,关联企业实质合并有着非常强烈的现实需求,但因涉及到公司法与破产法的交叉问题,对传统公司法理论产生了较大的冲击,理论上

[46] 参见王欣新等,见前注[35],第79页。

的争论需要我们认真对待。从司法实践来看,域内外的实质合并案例具有共同的发展轨迹,都是在判例中逐步发展实质合并的适用标准,都未进入到成文法的规则体系,但本文的研究试图表明,在中国确立关联企业实质合并破产制度并作出系统性的规则设计是十分必要的,联合国国际贸易法委员会的《破产法立法指南》也力图为各国破产立法提供实质合并的示范文本。虽然本文尽可能地对实质合并的司法案例和制度构建问题作出较为全面的分析,但囿于能力和篇幅,仍留有实质合并程序启动后的担保权、优先权、撤销权等问题的处理以及否决实质合并动议后的关联关系处理等问题未做分析,希望本文的探索能够引发大家的关注和进一步的探讨,为关联企业实质合并制度的构建贡献智慧。

Abstract: Substantive consolidation is an important system in dealing with cases of affiliated enterprises bankruptcy. Its theoretical foundation is related but different from the doctrine of piercing corporate veil in corporate law. In the U.S. case law, since its birth, the application of substantive consolidation experienced a change from expansion to restriction. Although disregarding legal personality remains as the principal standard, some supplementary standards are also being weighed, such as the difficulty of distinguishing assets from liabilities, the reliance of creditors on the separate legal personality of the debtors and so on. In China, currently there is a strong demand for substantive consolidation in dealing with affiliated enterprises bankruptcy in practice. Nevertheless, the relevant rules have not been established either by legislation or by judicial interpretation. There are a number of issues need to be solved, such as the jurisprudential ground of substantive consolidation, which party should be entitled to file the motion, what standard that the courts should rely on and how to protect the rights of dissenting creditors. There is an urgent call of establishing a substantive consolidation system that is based on overseas experience and China's practice.

Key Words: Affiliated Enterprises; Substantive Consolidation; Piercing Corporate Veil; Limited Liability

(责任编辑:许德风)