



管理人筹备网络债权人会议实务要点.....	1
从债权人会议决议的撤销反观管理人在债权人会议筹备中履职风险点.....	6
浅谈破产程序中债权人委员会制度的作用和完善.....	11
简述破产财产分配相关问题.....	17
浅析破产程序中建设工程价款优先受偿权的认定.....	22
发包人破产时承包人如何主张工程质保金权利.....	29
破产法第十八条之理解与适用.....	33
“执转破”程序启动困境探究.....	37
就“破产债权审查之生效法律文书所确定的债权如何认定”引发的思考.....	45
管理人处理破产企业职工问题初探.....	49
疫情期间管理人履职困境及应对.....	53
无接触式破产管理工作探析——以四川某盐化有限公司破产清算案为例.....	60
最后的退路——试论股东能否申请公司破产.....	66
破产程序中有财产担保债权人权利保障路径.....	71
房地产重整案件中购房人合法权益保护问题.....	78
试议破产程序中共同偿还责任与连带清偿责任的区分.....	82
破产重整中处置未按期申报债权的三种模式.....	87
疫情背景下的破产重整制度对策——以预重整制度为视角.....	94
浅析“执转破”启动模式.....	101
就四川自由贸易试验区人民法院《预重整案件审理指引（试行）》引发的思考.....	106
承包人破产，实际施工人如何最大化争取权益？.....	110
破产重整中新融资债权保护法律问题研究.....	110
浅析以股权转让方式转让土地使用权涉及的刑事及税收法律风险.....	124
进击——妄论破产律师的三阶技能.....	128

管理人筹备网络债权人会议实务要点

杨浩月 发现律师事务所专职律师

破产程序中的债权人会议是债权人维护自身合法权益、了解破产企业的状况、监督管理人履行职责的重要机构，最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）第十一条，债权人会议的决议除了现场表决外，还可采用通信、网络投票等非现场方式进行表决。与之对应，召开债权人会议的方式亦有现场会议、网络会议、通讯会议等，近两年，越来越多的法院、管理人以网络会议方式召开债权人会议。因此，笔者基于现有的经验就实务中管理人应如何筹备网络会议与大家进行分享，供参考。

一、网络会议适用情形

债权人会议的召开方式一般需结合破产案件具体情况，综合考量债权结构、债权人数量、债权人分布位置、债权金额、社会稳定性及债权人的普遍情绪等情况。网络会议适用于债权人数量较多、分散各地且债权金额较小，债权人与破产企业之间矛盾尖锐、聚集易引发维稳事件，现场参会成本较高等情况。实践中，常适用网络方式召开债权人会议的有：大型国有企业、上市公司、生产制造类企业、房地产企业等重整、清算案。

二、网络会议启动程序

（一）管理人向法院汇报

人民法院指定管理人后，管理人进驻破产企业，并开始履行接管、调查等一系列管理人职责。管理人作为破产程序的推动者，在其对破产企业调查及分析的基础上，以书面报告或口头汇报方式向人民法院建议以何种形式召开第一次债权人会议，并说明理由和依据。

（二）法院公告

根据《中华人民共和国企业破产法》第十四条的规定，人民法院在受理破产申请之日起二十五日内通知已知债权人，并予以公告。公告包含第一次债权人会议的召开方式、召开时间及召开地点等。

（三）管理人向债权人会议汇报

一般来说，现场会议是债权人会议召开的常规方式。以网络等非现场方式召开债权人会议除第一次是破产受理法院以公告形式确认之外，之后以非现场方式召开债权人会议在程序上如何操作，法律尚无明确规定。实践中，一般由管理人在第一次债权人会议时，以报告形式向全体债权人汇报说明。

三、网络会议的筹备

网络会议筹备工作主要分为线上、线下两方面，线上主要由管理人协助网络服务公司推进各项工作；线下主要由管理人协调法院、债权人推进各项工作。管理人在整个网络会议的筹备中，既是统筹规划者，又是协调实操者。具体如下：

（一）对接网络服务公司

1. 联系网络公司，网络公司会根据参会（或列席）债权人会议的总人数向管理人报价，由管理人与之协商网络服务价格，并签订服务合同。

2. 管理人准备债权人信息表，包括参会（或列席）债权人名称、类型、组织机构代码/身份证号、联系方式等。为保障全体债权人能顺利参会，在债权人会议正式召开前，网络公司将根据管理人提供的债权人信息表，向全体债权人发出会议通知以及参会账号与密码。

3. 准备债权人会议须知及短信通知内容。

4. 与网络公司工作人员确认网络会议对应现场场地所需的设备及网络等要求，并确认短信通知时间、现场调试（测试）时间等。

（二）对接法院

1. 向合议庭提交第一次债权人会议筹划方案，向主审法官报告会议流程，并与之沟通会议议程、推荐的债权人会议主席人选、是否涉及表决事项、参会人员数量等，同时，与之确认参加现场会议的人员数量、名单等。

2. 与主审法官确认第一次债权人会议召开地点，并实地踩点，确认现场网络设备、音响设备、灯光等是否符合在线直播要求。

3. 与主审法官沟通现场安保措施及对应的维稳预案或应急预案，并与安保人员明确会议当天的职责、任务以及突发情况的处理方式及对接人等。

（三）对接债权人

1. 在债权人会议正式召开前，债权人将根据收到的账号与密码，通过全国企业破产重整信息网之网络会议平台进行试登陆，网络公司将统计并反馈的债权人试登陆信息。对于未参与试登陆的债权人，管理人将逐一与之联系，核对相关基本信息，并指导债权人完成试登陆，同时，由管理人补充（或更正）债权人信息表。

2. 解答债权人疑问，并指导协助其完成试登陆。

3. 通知债权人按时参加债权人会议，提前告知会议议程，若包含表决事项，还需向其耐心解释说明具体的操作规范及注意事项。

（四）布置会场与演练

1. 准备横幅、台签（审判长、审判员、书记员、管理人、法定代表人、债权人会议主席、职工代表、债权人代表等）、参会证（包括工作人员、债权人、列席人员等）、参会指示牌等。

2. 布置会场。

3. 由合议庭、管理人及网络会议工作人员就债权人会议的流程进行现场演练，并就可能存在的问题先行沟通。

（五）准备会议资料

一般来说，债权人会议文件包括程序性文件及实体性文件，其中，第一次债权人会议涉及的程序性文件包括会议议程、主持词、表决情况统计报告；实体性文件包括管理人阶段性工作报告、债权审查说明、债权表、财产管理方案、财产变价方案、管理人报酬收取方案等。第二次债权人会议涉及的程序性文件包括第二次债权人会议通知、会议议程、主持词、参会情况统计报告、表决情况统计报告等；实体性文件包括管理人工作报告、重整计划草案、重整计划草案说明、财产分配方案、补充债权表、债权人问题清单等。

（六）应对突发情况

1. 现场电源的持续性供应。由于网络会议是现场直播，管理人在筹备时需注意供电的持续性，是否存在临时停电的风险，备用发电机是否能正常使用。

2. 现场网络的稳定性。为避免突发断网情形，一般由管理人会提前准备流量卡。

3. 设置临时网络会议播放室。因参与现场会议的人数有限，针对部分无法参加现场会议，且年迈，不会操作电脑的债权人，管理人可设置临时网络会议播放室，方便其参会，了解项目进展或参与议案表决。

（七）完善会后事宜

1. 妥善保管债权人会议视频及参会、表决数据。债权人会议后，网络公司将会议视频刻盘并邮寄管理人保存，若涉及表决事项，主审法官将指定现场参会的债权人、管理人共同监票，并在表决情况统计报告中签字确认。

2. 对债权人线上所提问题，由于债权人会议时间限制，若部分债权人的提问未得到在线答复，管理人将在会后继续整理，并统一通过电话或短信方式进行解答说明。

（八）其他

目前，为方便债权人更好地参与债权人会议、了解项目进展及行使表决权等，在法院的监督指导下，管理人及网络公司不断优化和完善债权人网络会议的筹备工作，除了前述常规操作之外，有管理人建立管理人微信公众号，将登陆参会、资料下载、在线提问等一系列参与网络会议的具体操作步骤都撰写为文档，并发至微信公众号，由债权人随时查阅；另外，网络公司亦将操作流程制作成视频发至网络公司公众号，或由管理人发至债权人群，方便债权人随时查阅等等。

如今，债权人网络会议在实操中越来越普及化，究其原因，不仅在于网络会议的效果不逊色于现场会议，更是有效地降低了债权人的参会成本、维稳风险及保安费。

从债权人会议决议的撤销反观管理人在债权人会议筹备中履职风险点

马嘉 发现律师事务所合伙人律师

管理人协助人民法院办理破产案件，全程参与破产案件，是破产案件办理的主要推动者和参与者。纵观破产案件进程，程序的推进，都是以债权人会议表决通过议案作为程序进展过程中的阶段性成果文件。以成都地区为例，管理人作为债权人会议的筹备者，履职覆盖会议通知到决议起草、表决、结果公布等全过程，债权人会议议案能否顺利通过（强裁除外），关系到整个破产案件能否顺利办结、债权人能否顺利实现债权、破产企业能否有效重生或退出市场等，更关系到管理人履职安全性以及管理人报酬的取得。

今年公布实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第十二条对债权人申请撤销债权人会议决议的具体情形、申请方式、申请期限等作出了详细规定，具体为召开违反法定程序、表决违反法定程序、决议内容违法、决议超出债权人会议的职权范围。这是对《中华人民共和国企业破产法》（下称“破产法”）第六十四条第二款的进一步释明，使得债权人申请撤销债权人会议决议更具可操作性，同时为防止个别债权人抱团，通过债权人会议决议的方式损害其他债权人利益提供了更具实践性的救济指引，也从侧面对管理人 尽责履职应注意的风险点予以警示。本文从债权人会议决议撤销的角度，反观管理人筹备会议流程，梳理风险点，以期更好促进日常工作地推进和开展。

一、准确区分决议事项

债权人会议是由依法申报债权的债权人组成，以保障债权人共同利益为目的，为实现债权人的 破产程序参与权，讨论决定有关破产事宜，表达债权人意

志，协调债权人行为的破产议事机构。破产法中规定的债权人会议职责包括（一）核查债权；（二）申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；（三）监督管理人；（四）选任和更换债权人委员会成员；（五）决定继续或者停止债务人的营业；（六）通过重整计划；（七）通过和解协议；（八）通过债务人财产的管理方案；（九）通过破产财产的变价方案；（十）通过破产财产的分配方案；（十一）人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。实践中，债权人会议形成的决议往往会因个案差异超出法条列举的内容，所以管理人在日常债权人会议筹备中对历次会议议程及议案拟定中首先应当准确区别哪些议案可以上会表决，形成决议。

以核查债权为例，债权人会议核查债权是债权人会议职能之一，也是债权人能否有效参与破产程序、发表意见、确权及最终实现权利的基础之一。笔者通过检索，截至 2019 年 10 月 5 日，援引破产法第六十四条第二款的裁判文书共 26 件，其中绍兴市苍岩贸易有限公司与嵊州市锐轩贸易有限公司破产债权确认纠纷一案、二审程序中，对核查结果表述为决议，同样在实操中，债权人会议核查债权结论的形成或固定需要采取何种方式，也是存在诸多问题，常见以管理人在异议期内未收到异议为据，向法院申请裁定确认无异议债权。

笔者认为，债权是否真实、性质、金额、时效性等关键内容，既关系到债权人能否参与破产程序行使程序权利，又关系到债权人最终权益份额、表决权基础及比例等实体权利，且合同相对方之间对彼此债权债务关系履行情况最为清楚，而破产程序是基于保障全体债权人权益最大化的普遍相对公平角度，在某些特殊情况下无法兼顾绝对公平，债权人得以因此而对他人债权提出异议的权利，看似突破合同相对性原则，但不能通过多数决的形式，由多数人的一直否定少数人的真实实体权益。所以债权人会议核查债权结论不应以决议形式固定。

值得注意的是《最高人民法院关于企业破产法司法解释（三）理解与适用》

一书中，指出债权人会议核查债权不需要以会议的形式作出。这也给管理人履职的灵活性提供了参考依据，如在债权人人数多、债权情况复杂、债权审查耗时长，无法于第一次债权人会议前审查完成，后续召开非现场会议或网络债权人会议若出现耗时且费用较高时，债权人会议再次核查债权的形式将可能会出现更多简便快捷的操作。

二、会务筹备重在细节

破产案件，特别是债权人人数众多的破产案件，每召开一次债权人会议都耗时耗力，筹备起来非常辛苦，同时债权人参会也需相应成本。所以包括债权人在内，都希望每次会议可以更多地解决问题，顺利推进程序。故在会议决策内容上，管理人需要花费更多地时间和精力去分析、研究、论证、准备，同时会务筹备上的精力必然被分散，但会务筹备过程中，处处均体现司法解释三规定的4个撤销决议情形。笔者坚信，细节决定成败，结合司法解释三的规定，也印证了细节问题的重要性。以下笔者筛选部分筹备重点或容易忽略的问题予以说明。

（一）文件准备

会务预案，成都规范明确筹备债权人会议应当制定书面会务预案，且内容应当包括通知发送时间与方式、物资配备、人员配备、文件准备、咨询与查询安排、费用预算、维稳保障方案等。

1. 预案制定时间

根据破产法规定，召开债权人会议，管理人应当提前十五日通知已知的债权人。由此可知，会务预案的制定至少应当在通知债权人之前制定完成。考虑到管理人与法院、债权人会议主席的沟通时间成本，以及预留应急空间，管理人至少应在通知已知债权人前完成相应预案的制定。否则管理人将面临考评被扣分的窘境。

2. 会议议程的确定

会议议程包括含决议事项在内的一次债权人会议全部内容，制定议程是，相应决议事项也已确定，决议事项的内容是否符合法律规定、是否为债权人会议职权范围，管理人应着重核查，否则可能引起债权人依此申请撤销决议。

（二）通知

债权人会议通常包括参会人员与列席人员，在日常管理人通知范围中，可能忽略重要利害关系人的列席通知，如未申报债权但与债务人存在财产争议的利害关系人、股东等。以及管理人发出通知的时间、通知的内容、通知形式等等也都可能是造成债权人会议召开程序问题，可能债权人申请撤销决议的原因之一。

（三）统票、计票规则切实可操作、程序有序

首先，关于债权人会议决议表决规则，我国破产法规定的是人数、金额双重标准原则，同时，性质不同的债权人在个别表决事项中的表决权也不尽相同。故管理人在对债权性质确认、债权分组、计票规则等方面应着重核实。

其次，表决票的填写规则应秉承公平、公正的原则，统一、明确、切实可操作，并且向全体参会债权人公示。

故管理人应对实现反复核实表决环节工作及相应规则，以免影响表决程序，导致决议撤销等不利后果。

（四）非现场债权人会议特殊之处

随着全国企业破产重整案件信息网等网络平台、微信公众号等多平台的建设及日常通信方式的多样性、快捷性都给管理人工作带来了极大的便利、便捷，且在会务成本环节也可能更加可控，管理人越来越多的选择非现场会议方式筹备会议。据此，管理人在会务筹备时，不同方式召开债权人会议，将有相应差异，应

予以重视，以免出现程序瑕疵。

三、保障债权人知情权与参与权，做好疏导工作

自司法解释三施行以来半年有余，笔者通过大数据检索，截至 2019 年 10 月 6 日共检索到 2 篇裁判文书引用法条中适用了司法解释三第十二条，均为浙江省平湖市人民法院作出，2 个案件均系同一破产案件衍生的诉讼案件。两个案件裁判结果均为不予受理，理由为“根据司法解释三第十二条的规定，应当书面向法院提出申请，而非提起诉讼，故不予受理。”

司法解释三第十二条第三款规定：“债权人申请撤销债权人会议决议的，应当提出书面申请。债权人会议采取通信、网络投票等非现场方式进行表决的，债权人申请撤销的期限自债权人收到通知之日起算。”。明确了债权人撤销债权人会议决议的方式、撤销期限起算点问题。

前述案例形成的议案为非现场会议并由非现场表决方式形成的议案，司法解释三第十一条的规定，采取非现场方式进行表决的，管理人应当在债权人会议召开后的三日内，以信函、电子邮件、公告等方式将表决结果告知参与表决的债权人。结合案例内容及司法解释规定可知，会议召开形式与表决形式有所区别，某些情况下，二者会有不一致的情况（如召开现场会议，但通过非现场方式进行表决），而当前非现场会议及非现场表决方式适用率都很高，故管理人应严格区分法律规定的细小差异，以免造成不利结果，同时警示管理人应充分与债权人沟通，即是保障债权人知情权、参与权，又是管理人尽职履职的体现以及管理人价值的呈现。

浅谈破产程序中债权人委员会制度的作用和完善

张露心 发现律师事务所专职律师

前言：债权人委员会作为一项具有社会价值取向的制度，我国于 2006 年将其引入到了《企业破产法》中。债权人委员会，作为债权人会议和债权人利益的“代表人”和“代言人”，其在破产程序中扮演着至关重要的角色。但因我国现行《破产法》关于债权人委员会制度的规定内容较为模糊，且许多重要内容缺失，故而存在职权规定不明确、行使职权的法律效力及违反后果不明确、发挥作用的空间有限及缺乏工作保障机制等诸多不足或待完善之处，在一定程度上影响了其应有的作用。

一、债权人委员会的概念

根据我国《企业破产法》第六十七条第一款：“债权人会议可以决定设立债权人委员会。债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过九人。”的规定，可知“债权人委员会”不是破产程序中的必设机构，它是由债权人会议按照法定程序自由决定设立、代表债权人利益，监督破产程序进行的机构。

二、债权人委员会的作用

我国《企业破产法》第六十八条第一款规定：“债权人委员会行使下列职权：（一）监督债务人财产的管理和处分；（二）监督破产财产分配；（三）提议召开债权人会议；（四）债权人会议委托的其他职权。”

债权人委员会在行使前述职权的同时，也在破产程序中发挥如下积极的作用：

（一）体现债权人自治。根据我国《企业破产法》的规定，债权人委员会由债权人会议决定，同时也对债权人会议负责，因此，债权人委员会的设立正好彰显

了债权人的自由意志和自行管理的特性。

(二)缓和利益冲突。在破产程序中,充斥着各种利害关系人的利益纠缠和冲突,难以自行和解,需要一个有效的协商、调解机构或组织。基于此,设立债权人委员会正好能够添补该空缺,并且能够起到一定的促进协商和沟通桥梁的作用。

(三)维护债权人合法利益。在破产程序中,债权人是最为关键的角色,破产的目的也是为了保障债权人合法权益得到公平、公正的实现。然而,破产财产却并非由债权人自行掌控,而是由法院指定的管理人进行管理和处分,加之,管理人本身具有趋利性(获取管理人报酬),债权人难免担忧权益受损。因此,债权人委员会的设立,能够弥补债权人会议非常设这一缺点,起到日常监督管理人和助推破产程序顺利进行的作用。

(四)节约成本。因破产案件中的债权人人数普遍较多,每一次债权人会议的召开都需要花费大量的人力、物力和财力,这也是债权人会议为什么非常设性的一个理由。那么,通过设立有法定人数限制的债权人委员会,既可以有效实现监督,也可以降低成本。

(五)有利于破产程序的顺利进行。破产程序往往充满矛盾,而这些矛盾仅靠管理人的一己之力难以进行协调,凭借债权人委员会的特殊地位和优势,正好能够协助法院和管理人起到从中协调、化解矛盾的作用,从而助推破产程序的顺利进行。

三、债权人委员会的现状和不足

债权人委员会制度本身虽然是一个具有社会意义的良性制度,但其目前在实践中发挥的作用却很小,也没有受到债权人、管理人,甚至是法院的重视和认可。究其根本来说,笔者认为存在以下原因:

（一）债权人委员会的职权规定不明确

虽然我国《企业破产法》第六十八条第一款规定了债权人委员行使的职权，但该规定本身较为模糊，债权人委员会该如何行使监督权？其他职权又是什么职权？这些都没有作出详细解释和规定。在实践中，极易导致职权范围不明的问题，同时，也会让债权人委员会不知如何行使职权。

（二）债权人委员会行使职权的法律效力及违反后果不明确

我国《企业破产法》虽然规定了债权人委员会的职权及管理人实施重大财产处分时向债权人委员会的报告义务，但却没有规定债权人委员会行使职权的法律效力、拒绝配合债权人委员会行使职权的法律责任，以及债权人委员会不同意管理人处分财产时的阻断途径。就目前规定来看，管理人向债权人委员会的报告义务只是形式上的报告，即便债权人委员会有异议，也没有明确的途径表达，无法立即阻断，只能通过事后提出异议的方式提出。然而，有些行为一旦作出所带来的影响是不可逆转的，已经损害债权人权益，这也导致债权人的职权不能发挥出其应有的作用。

（三）债权人委员会发挥作用的空间有限

首先，在实践中，设立债权人委员会的破产案件本身数量偏少，该制度未受到足够的重视致使其发挥作用有限；其次，债权人委员会对于成员综合素质及随案情需要的专业能力本身要求本身偏高。但在选任制度不明的情况下，随意组成的债权人委员会也无法发挥其作用，特别是在重整程序中，在对债权人利益攸关的核心问题上，缺乏职权规定且能力不足的情况下，难以有效的作为债权人的代言人参与谈判或博弈。因此，这也走向了一个恶性循环，那就是即便设立了债权人委员会也不见其作用，管理人、法院乃至债权人越来越不重视和信任，直至破产案件中债权人委员会的身影越来越少。

(四) 缺乏工作保障机制

我国《企业破产法》对债权人委员会开展工作所发生的费用问题(食宿费、差旅费、文本费等)没有规定,目前在实务中,也存在诸多争议。但此类规定的缺失,可能导致降低债权人参与债权人委员会的积极性,也不利于债权人委员会发挥其应有职能和作用。

四、完善建议

笔者认为,目前债权人委员会在实践中表现出来的疲软现状最根本的原因还是在于现行规定不够明确和全面。因此,想要转变现状最直接的、最重要的举措就是通过立法完善。至于如何完善还需要立法部门结合当前大数据进行分析和权衡。在明确职权、法律后果的前提下,不妨尝试建立如下机制及制度:

(一) 明确债权人委员会设立条件, 建立成员选任制度

一方面,仍然是由债权人会议决定是否成立债权人委员会,但是可以设置一定的条件,当达到条件时不再是自主决定,而是应当设立(主要是针对一些债权人众多、案情复杂、社会影响大的案件),这可以在一定程度上解决实践中难见债权人委员会身影的问题,同时也促使债权人委员会发挥应有作用,并引导各主体重视该制度;另一方面,建立成员选任制度,不仅仅是看债权金额大小,而是根据案情通过设置标准和条件(如资格资质、优势、专业能力等)的方式,让真正具有能力的人来担任债权人委员会成员,才能真正发挥其作用。

(二) 赋予债权人委员会一定的处罚职能

这里的赋予一定的处罚职能其实就是上文中提到的违反后果和法律责任,赋予的目的在于确保债权人委员会职权的有效行使。我国《企业破产法》中规定了债权人委员会的职权及接收管理人报告的权利,但是却没有规定管理人或其他受监督主体拒绝接受监督或者履行报告义务的情况下,应当承担什么样的违反后果

和法律责任。因此，容易让管理人或其他受监督主体认为拒绝成本很低，即便在债权人委员会行使监督职能时仍旧我行我素，进而损害债权人的合法权益。至于如何设置，可以根据情节考虑给予警告、罚款等处罚，并可与管理人个案考评和年终考核挂钩。

（三）建立过错责任追究制度及成员更换制度

债权人委员会成员如存在故意、重大过失、不作为、不能履职、无能力履职等情形的，可由管理人、法院建议债权人会议或直接由债权人会议通过会议表决形式追究其责任并及时进行更换。选优弃劣，以此保证债务人委员会能够充分履行职能，发挥其设立的预期作用。

（四）建立成本报销的工作保障机制

债权人委员会的成员本身为债权人，在清偿率非 100%的情况下，债权人本身就是利益受损方。然而，债权人委员会在行使职权过程中不可避免的会产生相应的履职费用（如食宿费、差旅费、文本费等），报酬暂且不论（存在较大争议），如果不能解决这些基础成本费用，而由成员自行承担的话，那对被选任担任成员的债权人而言是雪上加霜，大大的打击了其履职热情。至于该费用属于什么费用及清偿顺序的问题，个人认为可以考虑将其认定为共益债务优先得到受偿，这样不仅能够提高的债权人委员会成员的履职积极性，同时也能够得到与设立债权人委员会这一机构匹配的工作成果和作用。

五、结语

通过以上的分析，笔者认为债权人委员会制度本身是一个具有社会意义的良性制度，但因其是从国外借鉴而来的“舶来品”制度，扎根时间不长，目前不论是在立法规定上，还是理论探讨上都较为薄弱，实践上也未受到重视。因此，急待国家立法部门对该制度进行完善和明确，以期尽快实现其应有的法律价值和作

用。

参考文献

- [1.]李大何，李永军：《论破产法上债权人委员会的地位》，海南大学学报人文社会科学版，2011年12月第29卷第6期
- [2]张长健：《破产法债权人委员会制度研究》，法论(西南政法大学研究生学报)，2015年1月31日
- [3]景炜：《试论债权人委员会制度及完善建议》，法制与社会，2018年2月15日。
- [4]许胜峰：《我国破产程序中债权人委员会制度的不足与完善》，中国政法大学学报，2018年9月10日
- [5]赵惠妙：《债权人会议及委员会的作用及限制》，民主与法制时报，2017年10月19日/第007版，法学院·理论

简述破产财产分配相关问题

吴娜 发现律师事务所专职律师

破产案件法律关系复杂，利益主体多元，从案件受理到终结时间周期长。管理人完成接管债务人企业、尽职调查、债权申报与审查、召开债权人会议、变价出售破产财产等工作，破产清算主体工作基本完结，才有条件和基础制作破产财产分配方案。依据法律规定，分配方案由管理人拟定，作为破产程序中的关键环节，分配方案的制定直接关系到全体债权人最实际的权益，本文基于破产财产分配的相关问题与大家分享，供参考。

一、破产财产的界定与构成

破产财产是全体债权人得以通过破产程序接受公平清偿的物质保证。从《企业破产法》第 30 条及 107 条的规定可以看出，破产财产应当是指宣告破产后至破产程序终结前属于债务人所有，并用来向破产债权人分配的用于清偿破产债权的财产。

《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第 64 条同时明确了破产财产的构成为“债务人在破产宣告时所有的或者经营管理的全部财产；债务人在破产宣告后至破产程序终结前取得的财产；应当由债务人行使的其他财产权利。”为了全体债权人利益最大化，实务中管理人在接管债务人后，应积极履职，本着破产财产价值最大化的原则对债务人财产进行保护和妥善管理，尽可能使其保值增值；积极行使撤销权、追回权、取回权，追收债务人财产；在变价中以尽可能高的价格出售并分配。

特别说明下列四种属于破产财产的情况：①根据最高人民法院答复函（[2017]最高法民他字第 72 号函）人民法院裁定受理破产申请时已经扣划到执行法院账

户但尚未支付给申请人执行的款项，仍属于债务人财产，人民法院裁定受理破产申请后，执行法院应当中止对该财产的执行；②对于设立了担保物权的财产，属于破产财产，但担保人可以优先行使；③对于债务人的出资人应缴纳而未缴纳的出资，属于破产财产，管理人应当依法请求出资人缴纳；④涉及非法集资类犯罪问题时，首先应把刑事案件的涉案财产与破产财产进行区分。对于应返还给刑事案件被害人的特定财产，不属于破产财产，应通过在刑事程序中退赔等方式返还给受害人；对于已无法区分或者无区分必要的财产，则应当纳入破产财产在破产程序中一并处理。

二、破产财产分配前的优先清偿及分配顺位

破产财产分配是指破产管理人在将破产财产变价后，依照法定的清偿顺序和案件实际情况决定的受偿比例向债权人进行清偿的程序。《企业破产法》明确破产财产分配前的优先清偿为“破产费用和共益债务”，对其偿付遵循“由债务人财产随时清偿”原则，当债务人财产不足时，遵循外部按先后，即先清偿破产费用，后共益费用；内部按比例清偿顺序执行。对优先清偿的理解至少应包括以下两个层面的含义：①已经发生的破产费用和共益债务，先于破产分配获得清偿；②尚未发生，但可能发生的破产费用和共益债务清偿，在破产分配前应由破产财产中提存。

根据《企业破产法》第 113 条之规定，破产分配顺位第一为劳动债权，第二为统筹社保债权及税收债权，第三顺位为普通破产债权。特别法有规定的除外，如《商业银行法》第 71 条规定，“商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息”。对于法律没有明确规定清偿顺序的债权，《全国法院破产审判工作会议纪要》第 28 条进行了原则性规定“按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。”

另外在实务中还有几个需要值得注意的情况：①由第三方垫付的职工债权，原则上应按照垫付的职工债权性质进行清偿；②破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算；③社保机构要求债务人缴纳的“应当划入职工个人账户的养老、医保”应属于第一顺位劳动债权；④税款滞纳金应作为普通债权清偿，对于破产案件受理后债务人欠缴的税款滞纳金，应遵守一般债权人破产受理停止计息的规则，不属于破产债权；⑤在破产清算程序中处置财产所产生的应由债务人承担的税款，可以归为破产费用中“变价和分配债务人财产的费用”，由债务人财产随时清偿；⑥破产案件受理费为破产费用，人民法院裁定受理破产申请的，此前债务人尚未支付的公司强制清算费用、未终结的执行程序中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，可以参照企业破产法关于破产费用的规定，由债务人财产随时清偿；此前债务人尚未支付的案件受理费、执行申请费，可以作为破产债权清偿。

三、破产财产分配方式

破产财产分配，一般有货币分配、实物分配、债权分配三种方式。法条规定破产财产的分配应当以货币分配方式进行，但是债权人会议另有决议的除外。如果破产财产能够得以全部变现，应以货币金钱的方式予以分配，但在实务中，有些企业存在应收账款未清收到位、固定资产难以变现、经过拍卖但流拍等情况，只能采用实物分配或债权分配的方式，《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第94条规定“列入破产财产的债权，可以进行债权分配。债权分配以便于债权人实现债权为原则。将人民法院已经确认的债权分配给债权人的，由清算组向债权人出具债权分配书，债权人可以凭债权分配书向债务人要求履行。债务人拒不履行的，债权人可以申请人民法院强制执行”。

另管理人应针对实际情况，对分配情况如一次分配或多次分配进行说明，包括每次分配的期限、措施、原因等等。

四、分配方案的内容

管理人应当及时拟定破产财产分配方案，提交债权人会议讨论。《企业破产法》第115条规定了破产财产分配方案应载明的事项，主要包括以下内容：

（一）可供分配的财产总额

优先拨付破产费用，不属于破产分配；可供分配的财产总额，有已变价的财产、尚未变价的财产和不需要变价的财产，管理人方案拟定时应分别说明。

（二）可受破产分配的财产请求权

方案中对不同顺位的财产请求权，应当分别列明，详细记载各项债权人的名称或者姓名、住所、请求权数额以及应受分配的比例和数额，

（三）实施破产财产分配的方法

包括破产财产分配的具体时间、地点、方式、措施、程序等。

五、其他问题

（一）分配方案的执行

经债权人会议通过的破产财产分配方案，由管理人将方案提请人民法院裁定认可。经人民法院裁定认可后，由管理人执行。破产财产分配方案应当公告，并依法以书面方式通知债权人。管理人按照破产财产分配方案实施多次分配的，应当公告本次分配的财产额和债权额。管理人实施最后分配的，应当在公告中指明，并载明规定事项。

（二）债权分配提存

根据法律规定，对于附生效条件或者解除条件的债权，管理人应当将其分配额提存；债权人未受领的破产财产分配额，管理人应当提存；对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将其债权份额按较高份额进行保留，待债权确认后依照

分配方案再行分配。

（三）追加分配

破产程序终结后两年内发现有依法应当追回的财产或者应当分配的其他财产的，债权人可以请求人民法院追加分配。追加分配以破产财产存在为前提，追加分配的财产数量不足以支付分配费用的，不再进行追加分配，由人民法院将其上交国库。破产财产的追加分配由人民法院负责，但追加分配涉及的财产变现和分配，管理人未终止执行职务的仍由管理人办理。

浅析破产程序中建设工程价款优先受偿权的认定

李花 发现律师事务所专职律师

近年来，全国主要城市房价持续上涨，房地产企业数量增多，后因宏观调控等因素的影响，部分房地产企业因资金链断裂等原因而陷入经营困境，进入司法破产程序。房地产企业破产涉及建筑施工企业、购房户、金融企业等多方复杂利益主体，其中建筑施工企业必然涉及优先受偿权问题。在发包人进入破产程序后，就建筑施工方而言，会出现很多主体向管理人申报债权，如签订建筑施工合同的相对方、挂靠方、分包方等。因此，管理人在审查确认该部分债权时，需特别注意享有建设工程价款优先受偿权（以下简称优先受偿权）的主体、范围、债权人享有的优先受偿权是否丧失等情形，以维护债权人、债务人、利害关系人等群体的合法权益。据此，笔者结合现有法律规定和相关理论学说，就破产程序中建设工程价款优先权的认定提出几点拙见，以供参考。

一、明确优先受偿权的定义和性质

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 286 条规定：发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。本条对优先受偿权进行了定义，即：“优先受偿权是指承包人对于建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利。”

对于优先受偿权的性质，理论界提出了不同的观点，主要的观点有：“留置权论”、“抵押权论”和“优先受偿权论”。笔者更赞成第三种观点即“优先受偿权论”。笔者认为，优先受偿权是一种法定的优先权，承包人在行使该权利时，

无须对建筑物进行实际占有，也无须办理登记。在发包人未按照约定支付工程款时，承包人即享有优先受偿权。

二、明确优先受偿权的行使主体和效力

（一）优先受偿权的行使主体

根据《合同法》第 286 条中对优先受偿权的定义可以得出，享有优先受偿权的主体为承包人，但该条并未明确承包人的范围。因此，最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称《建工司法解释（二）》）第 17 条规定：“与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建的价款就工程折价或拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持”，该条对承包人范围进行了界定，即“与发包人订立建设工程施工合同”的承包人才是行使优先受偿权的主体。

在实践中，建设施工方往往涉及分包、转包、挂靠等情形，除了承包人会向发包人主张工程款外，分包方、转包方、挂靠方亦可能向发包人主张工程款。因此，在发包人进入破产程序后，往往会出现各类实际施工人向管理人申报债权。据此，管理人在审查确认建设工程价款优先债权时，只能确认与债务人订立建设工程施工合同的债权人享有优先受偿权的主体，其他实际施工人享有的债权只能确认为普通债权。

优先受偿权的效力

如前所述，优先受偿权是一种法定优先权，其不同于留置权和抵押权。债务人进入破产程序后，其债权类型呈现多样化，会涉及到享有担保物权的债权人、购房户债权人、建设工程债权人、职工、税款等。在破产程序中，承包人在享有优先受偿权的前提下，优先受偿权的效力决定了其债权清偿顺序。根据最高人民法院《关于优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）第一条：“人民法院

在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”第二条“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”但第二条中对消费者购房的标准规定较为模糊化，而破产程序是一个概括执行程序，因此我们可结合最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够拍出的执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签定合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”的规定确定消费者购房的标准。综合前述规定，在破产程序中，优先受偿权的清偿顺序在前述规定的消费者购房户债权人之后，在担保物权债权人之前。

三、注意优先受偿权行使的条件、期限及范围

（一）优先受偿权行使条件

《建工司法解释（二）》第19条、20条就优先受偿权的行使条件作了明确规定，承包人行使优先受偿权，需满足两个必要的条件：1. 发包人欠付工程款；2. 工程质量合格。工程质量合格是发包人向承包人支付工程款的前提，在破产程序中，管理人在审查确认债务人欠付的工程款时，需注意在建工程的质量是否合格？在有条件的情况下，可聘请第三方质量鉴定机构对在建工程进行质量鉴定；若无条件对在建工程质量进行鉴定，在债务人或其他债权人未提出明确的证据证明该在建工程质量不合格外，管理人在尽到审慎核查义务的前提下可认定该在建工程质量合格。

（二）优先受偿权行使期限

优先受偿权是为保护承包人合法权益而设置的法定优先权，在建设工程施工合同纠纷中，对于保护承包人特别是其背后处于弱勢的农民工权益、维护社会稳定，具有重要意义，但是法律也不会保护权利上的睡眠者。因此，我国法律对优先受偿权的行使期限起算点和期限做了规定，并逐步完善，逾期不行使的，承包人将丧失该权利。

《批复》第四条对优先受偿权的行使期限规定为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。但在司法实践中，特别是破产案件中的“烂尾楼”工程频出，在管理人未决定继续履行合同的情况下，竣工之日永不会到来，选择“竣工之日”作为判断标准出现了很多争议。据此，《建工司法解释（二）》第二十二条将优先受偿权行使期限的起算点改为“自发包人应当给付建设工程价款之日起起算，时间为6个月”。该条规定更符合《合同法》第286条的规定，同时在事实上相对于竣工之日时间起算点后调，不仅更有操作性，也能够使优先权在实质上起到保护承包人权益的作用。

对于“应付价款之日”，可以确定双方当事人对付款时间有明确约定的，应当从其约定。但在履行合同中因某些原因致使双方协议变更付款时间的，承包人行使优先受偿权的起算点是否亦随之变更，笔者认为可以随之变更。但需要注意的是，若发包人根据合同约定已逾期支付工程款，后经双方协商确定了新的付款时间，此时承包人行使优先受偿权的起算点是否变更？笔者认为，优先受偿权的行使期限为6个月，该6个月属于除斥期间，不发生期间中断、中止或延长的问题。因此，在此种情况下，承包人在发包人逾期付款之日时已享有优先受偿权，承包人自发包人逾期付款之日起6个月内须向发包人明确主张优先受偿权，逾期的未主张的，将丧失该权利。

（三）优先受偿权行使范围

根据《建工司法解释（二）》第21条：“承包人建设工程价款优先受偿的

范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。”承包人享有的优先受偿权行使范围仅限于建设工程价款，不包括发包人逾期支付的利息、违约金、损害赔偿金。另，根据《合同法》第 286 条规定，建设工程不宜折价或拍卖的，不能单独折价或拍卖、参与主体工程融为一体的设备安装或装修装饰工程，或建设工程为第三人所有的，承包人均不享有优先受偿权；同时，承包人对建设工程享有优先受偿权的基础是该建设工程不属于违法建筑。

四、破产程序中优先受偿权认定的难点

发包人从因资金链断裂等原因致使无法按期支付工程款，自项目停工到进入破产程序往往会经历较长时间。在《建工司法解释（二）》实施前，承包人行使优先受偿权的起算点是根据《批复》第四条规定确定的。在发包人无法按期支付工程款时，承包人基于维护自身合法权益而停工，并通过直接催收、诉讼等方式追收工程款。但因此时无法确定竣工之日，承包人享有的优先受偿权的行使起算点亦无法确定。在发包人进入破产程序后，承包人向管理人申报债权，管理人对承包人享有的优先受偿权如何认定将成为一大难点。笔者认为，针对此类债权，参照最高人民法院发布的第 73 号指导案例《通州建总集团有限公司诉安徽天宇化工有限公司别除权纠纷案》，可根据不同情形判断承包人享有建设工程价款优先权的起算点：

1. 承包人通过诉讼方式追收工程款，在诉请中明确提出其享有优先受偿权，法院支持其优先受偿权的诉请，或法院以因工程未竣工而未支持承包人享有优先受偿权的。在发包人进入破产程序后，管理人对承包人享有的优先受偿权可予以确认。

2. 承包人通过诉讼方式追收工程款，在诉请中未提出其享有优先受偿权，而

提出解除双方签订的建设工程施工合同的。承包人行使优先受偿权的期限应自法院判决解除双方签订的建设工程施工合同之日起起算6个月，超过6个月未行使的，承包人将丧失其享有的优先受偿权，管理人可审查确认其债权为普通债权。

3. 承包人通过诉讼方式追收工程款，在诉请中未提出其享有优先受偿权，也未提出解除双方签订的建设工程施工合同的，或承包人直接向发包人追收工程款，而未向发包人主张优先受偿权的。在没有证据证明在工程停工后至法院受理破产申请前，双方签订的建设工程施工合同已经解除或终止履行的，也没有证据证明在法院受理破产申请后，破产管理人决定继续履行合同的，承包人行使建设工程价款优先受偿的期限应从建设工程施工合同解除之日起起算6个月。此处的合同解除之日应根据《中华人民共和国破产法》第十八条的规定确定。但需要注意的是，如果在项目停工后，发包人或承包人向对方发出解除、终止建设工程施工合同的通知，或双方均向对方发出解除、终止建设工程施工合同通知书，且确定对方已收到的情形下。笔者认为，承包人行使优先受偿权的期限应自解除合同通知书送达对方之日起起算6个月。同时，在此情形下，管理人还需注意的是，在承包人向管理人申报债权时，未明确提出其享有优先受偿权，管理人是否可以该承包人释明？笔者认为，管理人是不能向该承包人释明的。因管理人维护的是全体债权人、债务人、利害关系人等各方群体的合法权益，而非个别债权人合法权益，法律对权利上的睡眠者是不予保护的。

五、结语

我国法律确立优先受偿权制度的初衷是保护建筑工人的合法权益，但基于合同相对性原则，此项保护并不能直接指向建筑工人的工资权益，而是以保护承包人的建设工程价款债权为媒介，间接保护建筑工人的合法权益。因此，承包人在发包人未按期支付工程款时，应积极行使其享有的优先受偿权。同时，管理人在审查确认该类债权时，也需依照现有法律、法规规定，最大化的维护全体债权人、

债务人、利害关系人等各方群体的合法权益，以化解各方矛盾纠纷，维护社会稳定。

发包人破产时承包人如何主张工程质保金权利

杨浩月 发现律师事务所专职律师

在近年来大量出现的房地产企业、传统制造企业破产中，大量存在承包人主张建设工程款优先权或相关权利的情形。其中，承包人就建设工程虽未届满质保期但发包人现已破产要求偿付建设工程质量保证金（以下简称“工程质保金”）时，承包人该如何主张权利将因工程质保金形态的不同而有不同的处理方式，笔者将根据工程质保金不同形态而分别阐述，具体如下：

一、工程质保金主要两种形态

工程质保金一般是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。结合参与各类破产项目实践，及结合住房城乡建设部、工商总局印发的《建设工程施工合同》（示范文本），承包人提供工程质保金的方式一般有：（1）质量保证金保函；（2）相应比例的工程款；（3）双方约定的其他方式。

在破产实践过程中常见的工程质保金形态主要呈现为两种，一种是约定相应比例的应付工程款作为工程质保金（如工程价款的5%），二是直接以银行保函或现金方式作为工程质保金，该种即非属建设工程款一部分。

针对不同工程质保金形态，承包人或权利人将面临不同的权利主张与实现方式。

二、工程质保金在破产程序中如何主张权利

（一）形态一：工程质保金为相应比例的应付工程款时

1. 未届满缺陷责任期，承包人是否可以向管理人主张权利

根据《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“破产法”）第四十四条的规定，对债务人享有债权的债权人在法院裁定受理破产时，可依照破产法行使权利；根据破产法第四十六条第一款的规定，未到期债权在破产申请受理时视为到期。因而，虽然工程质保金尚未到相应的责任期限，但在发包人已经进入破产程序时，承包人可向管理人申报债权并主张偿付，相关案例如（2016）浙 01 民终 7187 号、（2017）渝 0105 民初 27002 号。

2. 承包人向管理人主张何种权利

在工程质保金为相应比例的应付工程款时，工程款的性质决定了工程质保金的性质，进而也影响承包人可以向管理人主张何种权利。首先，建设工程款的优先性是其相较于其他债权的独特优势，根据为《中华人民共和国合同法》第二百八十六条、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称“建设工程纠纷司法解释（二）”）第十七条、第十九条及第二十条以及《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称“最高院关于建设工程价款优先受偿的批复”）第一条的规定，承包人享有的建设工程价款可从该工程折价或者拍卖的价款中优先受偿，且该建设工程的优先受偿权优于抵押权或其他债权。其次，正基于建设工程款的优先性，承包人需在法定的除斥期间内行使该权利，

根据建设工程纠纷司法解释（二）第二十二条以及最高院关于建设工程价款优先受偿的批复第四条之规定，承包人应在建设工程竣工之日或建设工程合同约定的竣工之日起六个月内行使。

综上，笔者认为承包人在法定的期限内向发包人主张了建设工程优先权，且应付款项在建设工程优先权范围内时，承包人可就工程质保金向管理人主张建设工程优先权，否则工程质保金将因工程款丧失优先性而仅能被管理人认定为普通债权，相关案例如（2017）渝 0105 民初 27002 号、（2016）浙 01 民终 7187 号。

3. 未届满缺陷责任期是否涉及继续履行事宜

根据破产法第十八条的规定，法院受理破产申请后，管理人对破产申请前成立而双方均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。如何理解未履行完毕在实践中存在分歧，对承包人而言，建设工程合同履行完毕的行业惯常标准一般为建设工程竣工验收、已向发包人交付，且承包人已移交工程资料。而工程质保金对应的缺陷责任期，根据《建设工程质量保证金管理办法》第八条的规定，一般是从工程通过竣工验收之日起算。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，在承包人提交竣工验收报告 90 天后，工程自动进入缺陷责任期。

为此，笔者认为应分类进行处理：

（1）如建设工程已竣工验收并交付使用，且承包人已移交工程资料时，承包人因已履行完建设工程合同的主要义务而不再适用破产法第十八条的规定。此外，因工程质保金本为建设工程款的一部分，而承包人已履行完毕建设工程合同的主要义务，承包人可就工程质保金向管理人主张建设工程款债权。

（2）如建设工程烂尾未竣工验收，即承包人未履行完毕建设工程施工合同主要义务，此时管理人可根据破产法第十八条的规定，有权决定继续履行还是解除合同。如管理人决定继续履行，根据破产法第四十二条的规定，原建设工程合同约定工程价款将作为共益债务，而本为相应比例工程款的质保金亦按共益债务处理；如管理人解除合同，承包人可根据《中华人民共和国合同法》第九十七条及相关法律法规的规定，向管理人主张建设工程款（包含工程质保金）债权。

4. 缺陷责任的保证和实现

工程质保金系为保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现缺陷进行维修

的基金。根据建设工程纠纷司法解释（二）第八条第二款规定，发包人返还工程质保金后不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。因此，承包人的缺陷责任是法定义务，而工程质保金仅对建设工程出现缺陷责任时，发包人的权利是否能够得到及时保障产生影响。实践中，管理人可根据发包人适用的不同破产程序而设计不同的保障方案，如发包人处于破产清算程序，因发包人的主体资格将注销，则可通过延长对承包人的偿还期限来灵活处理。

（二）形态二：工程质保金为银行保函或现金时

1. 承包人向管理人主张何种权利

相关案根据破产法第三十八条的规定，法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可通过管理人取回。其中，工程质保金为银行保函时，因工程质保金系作为建设工程缺陷责任的担保，本不属于发包人的财产，承包人可向管理人主张取回；而工程质保金为货币现金时，因货币作为一般等价物，是否适用“占有即所有”原则在实践中争议较多，笔者认为“占有即所有”原则适用前提是货币为一种无所有者的种类物，而工程质保金系承包人所有，且以工程质保金的方式特定化后暂时转移给发包人占有的为建设工程的缺陷责任提供担保的货币，为此承包人并未因暂时转移占有而丧失对该货币享有的物上权益。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的解释（二）》第二条之规定，笔者认为工程质保金为现金时，承包人亦可向管理人主张取回，例如（2019）浙03民终3054号《民事判决书》。

2. 缺陷责任的保证和实现

正如上文所述，返还工程质保金后不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。管理人可根据债务人的实际情况设计返还承包人工程质保金的方案，并与之进行协商。

破产法第十八条之理解与适用

于诗佳 发现律师事务所专职律师

一、法律规定

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称破产法）第十八条规定：人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。

破产法第十八条赋予管理人单方解除权，旨在最大化增加可供债权人分配的财产，¹故该规定的正当性源于债权平等原则中的实质公平，目的在于公平保护全体债权人的利益而非个别债权人的利益。²

二、管理人对先前合同的审查

管理人在合同法所规定的解除权基础上，基于特别法的规定，享有对先前合同继续履行或者解除的选择权，可在破产领域优先适用，从保障合同相对人权益的角度，破产法第十八条对管理人先前合同的审查义务提出了要求：

第一，管理人仅对先前合同是否解除享有选择权，即要求合同成立于破产申请受理前，是否生效在所不论。

第二，该合同系双方均未履行完毕的合同。首先，合同义务包括主合同义务和附随义务，对于附随义务尚未履行完毕的合同，实践中仍有法院认为可属于“尚

1 董璐，破产程序中合同特别解除权之准用规则-以房地产企业破产为例。

2 徐根才，破产法实践指南，第 57 页。

未履行完毕”的合同。³其次，“尚未履行完毕”属于客观事实，若双方对此发生争议并最终经法院审理认定确属“尚未履行完毕”的，则仍应从破产申请受理之日起计算两个月的期限，而不应从法院生效文书作出之日起开始计算。最后，若合同属于一方已履行完毕的合同，则管理人不享有合同解除权，而应由当事人继续履行合同或通过债权申报程序实现债权。

第三，管理人应在破产申请受理之日起二个月内决定是否继续履行合同，若未在法定期间内以明确的方式通知对方当事人继续履行，则视为解除合同。

第四，根据破产法第 69 条规定，管理人选择继续履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同，应及时报告债委会或人民法院。

三、实践中常见争议点之辨析

（一）已成立但未生效的合同能否解除

对于已成立但未生效的合同是否能够解除，在实践中存在一些争议，但在学术方面，以崔建远教授为代表的对于未生效合同的解除持肯定说的一方，占据了主流的地位。在《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷若干问题的规定（一）》第五条和《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条也较为明确规定了已成立但未生效的外商投资企业股权转让合同和矿业权转让合同可在成立但未生效时适用合同解除制度。

因此，笔者认为只要合同成立于破产申请受理前，是否生效在所不论，管理人便享有继续履行或解除的选择权。

（二）“视为解除”的法律后果

需特别说明的是，视为解除合同不等于当然发生解除的法律效果。最高院在

3 刘文兰、陈刚等与蓬溪蓬发房地产开发有限公司普通破产债权确认纠纷一案民事判决书，(2018)川 0921 民初 216 号。

（2018）最高法民申 1646 号《刘平、大理漾濞雪山河发电有限公司股权转让纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》中，将“视为解除”解释为“视为管理人选择解除合同，但不当然产生合同解除的法律后果”。

这意味着，管理人自破产申请受理之日起两个月未通知相对人解除或继续履行合同的，合同关系即自动解除，无需以通知的方式予以明确或行使解除权，但这并不当然产生合同法第 97 条的关于解除的法律后果，当事人对已经履行的部分，若要求恢复原状、采取其他补救措施或要求赔偿损失的，仍需通过权利主张的方式才能实现，相应地，请求权的诉讼时效也从第一次主张时才开始起算。

（三）所有权保留合同之规则解读

破产法司法解释（二）第 34 条至第 38 条对管理人继续履行或解除所有权保留买卖合同的适用规则予以明晰，对其他类型的买卖合同亦有参考作用。

1. 出卖人破产

对于出卖人破产的，管理人决定继续履行合同的，买受人应按原买卖合同的约定履行其义务，即此时买受人的付款义务等并不会加速到期。若买受人未依约支付价款或履行完毕其他义务，或将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，管理人有权取回标的物。但是，买受人已经支付标的物总价款 75% 以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。结合买卖合同司法解释第 37 条，出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物的事由，仍可主张回赎。

对于出卖人破产的，管理人决定解除合同的，因标的物仍属债务人财产，管理人可要求买受人向其交付，以履行接管的职责。此时，因管理人行使解除权非以买受人违约为前提，故买受人不得以其不存在未依约支付价款或者履行完毕其他义务作为抗辩。但因买受人并无过错，其交付标的物后主张管理人退还已付款

的，可作共益债务处理。此时，买受人也不应将“标的物出卖、出质或者作出其他不当处分情形”作为抗辩，笔者以为其原因在于买受人此时并不占有标的物，管理人向其主张权利属对象错误，而应根据物权的追及效力，向实际占有或享有物权的当事人主张返还。

2. 买受人破产

对于买受人破产，管理人决定继续履行合同的，为避免因履行合同导致影响破产程序进程，则遵循“加速到期”之规则，即原买卖合同中约定的支付价款等义务的期限在破产申请受理时视为到期，管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务。管理人无正当理由未及时支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，基于出卖人仍享有标的物所有权，可向管理人主张取回标的物。但此时，买受人已支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。

对于买受人破产，管理人决定解除合同的，因标的物仍属出卖人财产，其有权向管理人主张取回标的物。出卖人取回标的物，管理人有权主张出卖人返还已支付价款。若取回的标的物价值明显减少给出卖人造成损失的，出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣后，将剩余部分返还给买受人；对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，可作共益债务处理。

“执转破”程序启动困境探究

邝习勤 发现律师事务所合伙人律师

“执转破”制度又称执行案件移送破产审查制度，是指法院在执行过程中发现被执行人符合破产原因的，通过程序，将被执行人移送破产审判部门审查，以启动破产程序来化解社会矛盾纠纷的法律制度，是我国现行破产法律体系之外启动破产程序的又一途径和渠道。该制度最早于2015年2月4日起实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民诉解释》”）中做出规定，正式确立了执转破规则。2017年1月20日最高人民法院下发《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》（以下简称“《指导意见》”），就执行程序与破产程序之间的转换衔接流程做出了具体规定，对通过“执转破”启动破产程序的渠道畅通起到了进一步推进作用。

然而，在司法实践中由于对《指导意见》的理解和适用不同、执行案件受理机构与破产审判机构之间的职能分工和协调问题、各个法院对适用“执转破”制度的态度和观念不同等诸多因素，导致“执转破”制度的应用和推广并未达到预期的效果。笔者作为多年专业从事破产业务的法律人，本着从现实操作应用的角度出发，尝试分析探讨“执转破”程序启动的困境和出路。

一、“执转破”的由来和现实意义

“执转破”其实并不是一个严格意义上的法律概念词汇，它只能是算是“执行案件移送破产审查制度”的一种简称。“执转破”制度架构了连接执行程序和破产程序的通道，是人民法院执行工作机制的有益创新。我们知道，司法是维护社会公平正义的最后一道防线，而执行则是诉讼程序的最后一道环节。长期以来，由于涉及诉讼群众切身利益，“执行难”不仅是困扰人民法院的突出问题，更是人民群众反映强烈、社会各界极为关注的热点问题。“执行难”的成因很多，有

社会层面的，有制度层面的，当然也有法院内部层面的，但也有一部分是案件自身的客观原因所致，那就是被执行人客观上确无可供执行的财产的案件而导致的“执行难”。在人民法院执行案件过程中，有相当一部分案件的被执行人完全丧失履行能力、经核查确无财产可供执行，客观上不具备执行条件，即使法院穷尽一切措施，也无法实际执行到位，这类案件，一般称之为“执行不能”案件。据测算，人民法院执行的民商事案件中，约有 18% 的案件是“执行不能”案件。这类案件所涉的法人债务，被执行企业债台高筑、濒临破产，甚至处于无人员、无财产、无办公场所的状态，这些“僵尸企业”在执行中形成大量“僵尸案件”。此类案件在以往都是以中止执行的方式处理，从程序上并不能按照结案对待，导致此类案件如滚雪球一般越积越多，成为人民法院执行工作中的沉重包袱。从 2009 年开始，各地法院逐渐探索适用终结本次执行程序制度处理“僵尸案件”。

2015 年 1 月 1 日正式施行的《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》中明确规定了“终结本次执行程序”这种结案方式。所谓终结本次执行程序，是指对确无财产可供执行或有财产但客观上不能处置的执行案件，法院终结该次执行程序并做内部结案处理，待发现被执行人财产后恢复执行的一项制度。执行案件按照终结本次执行程序方式结案，只是形式上的结案，并不是真正意义上的“案结事了”，执行案件终结本次执行程序结案后，该案件将转入人民法院后台未实际结案系统中，并持续对被执行人财产进行查控，发现被执行人财产后可以随时恢复强制执行。其实终结本次执行程序并没有从根本上解决执行不能的案件，终结本次执行程序的执行不能案件仍处于“未决”状态。对于执行不能案件，国外经验表明，可以通过完善系统的法人和自然人破产制度解决，但我国的自然人破产制度尚未建立，法人破产制度尚未引入执行程序，执行案件中大量“悬而未决”的企业法人执行不能案件，使得“执转破”应运而生。

《民诉解释》确立的执转破规则，建立了执行程序和企业法人破产的衔接制

度，从制度上打通了执行不能案件通过法院移送进入破产程序的通道，意义重大。从依法治国的角度看，开展执转破工作，是保护债权人和债务人合法权益，维护司法公正和司法公信力的需要，而破产法治思维的适用也是国家治理体系和治理能力提升的表现。从经济发展角度看，为中央提出的供给侧结构性改革提供充分的司法保障，是当前和今后一段时期人民法院服务经济社会发展大局的重要任务，大力推进“执转破”工作有序开展，推动破产工作的法治化、专业化、制度化，充分发挥破产制度在拯救生病企业、淘汰落后产能方面的重要功能，是人民法院贯彻中央供给侧结构性改革部署的重要举措。从破解“执行难”角度看，开展执转破工作，是人民法院遵循客观规律，完善司法工作机制，彻底化解“僵尸案件”的现实需要。

二、“执转破”程序的启动要件

《民诉解释》确立了“执转破”制度，但也仅作出了“执转破”原则性、概括性的规定，对“执转破”实际适用并没有作出具体操作规程，而《指导意见》则是对程序繁琐的执转破制度进行了细化和明确。从“执转破”程序启动的视野来看，“执转破”的启动条件是《指导意见》中的核心内容之一，《指导意见》明确了“执转破”程序启动必须同时满足的主体对象、意思表示及破产原因三方面的要件，三个要件缺一不可。

“执转破”的主体对象要件是指“执转破”所涉执行案件中被执行人的适用范围。《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《企业破产法》”）第二条明确规定我国目前的破产制度只限于企业法人适用，“执转破”也是破产制度的一种，其主体对象适用范围不可能出离企业法人这个范畴，因此《民诉解释》及《指导意见》均规定，“执转破”限于被执行人为企业法人的案件，意即自然人和企业法人以外的组织作为被执行人的案件不能适用“执转破”规则。

“执转破”的意思表示要件是指“执转破”应经过被执行人或者至少一个申

请执行人同意才能适用，这也与我国破产启动制度中的申请主义“一脉相承”。

“执转破”的破产原因要件是指，作为被执行人的债务人进入破产程序也必须符合《企业破产法》规定的“资不抵债”这种经营状态条件。

三、“执转破”程序启动面临的困境

因为我国对破产程序的启动采申请主义，一般来讲，非经利害关系人主动提出申请，人民法院不得依职权主动启动破产程序，这一原则在《指导意见》也得到了体现。要启动执行案件中的被执行人的破产程序，得申请执行人或被执行人提出申请。而在现实司法实践中，申请执行人及被执行人普遍缺乏启动破产程序的积极性，导致“执转破”程序的启动陷入当事人不申请，其他债权人无权申请，而法院又不能依职权提起的尴尬境地。此外，破产费用保障制度的缺失，也使得“执转破”程序启动困境“雪上加霜”。

（一）当事人及执行法院均缺乏启动“执转破”程序的动力

1、申请执行人不愿启动“执转破”程序。首先，能成为申请执行人，意即债权人已经取得执行依据，并且进入了执行程序，这时候也意味着申请执行人已经耗费了一定的精力和财力，虽然最终能否执行到位还存在风险，但所涉债权的实现毕竟有了国家强制力的背书保证，此时让申请执行人中止执行程序去申请被执行人破产，申请执行人肯定是持反对态度的。其次，在执行程序中，一般适用“先到先得”的分配原则，这与破产清算中按比例平均分配的原则大相径庭，被执行人的财产在破产清算程序会被“稀释”和“平均”，对此申请执行人也是持反对态度的。再次，从利益保护的角度来看，执行程序是为某个债权人服务的，是为了保护某个债权人的利益启动的，而“执转破”是为全部债权人服务的，是为了保护大多数债权人的利益启动的，申请执行人从“个人主义”的角度出发，拒绝其执行案件转破产也是无可厚非的。

2、被执行人不愿意启动“执转破”程序。首先，破产清算程序最终的法律后果是被破产主体归于消灭，被执行人面对“死亡”的态度一般来讲是持反对态度了。其次，破产清算程序要对债务人财产情况及经营情况进行全面审查，面对这种彻头彻尾的清查，被执行人一般也是恐惧和害怕的。再次，符合“执转破”破产条件的企业，很大一部分都是人去楼空，无财产可供执行，这类案件的被执行人很难取得其同意“执转破”的启动。

3、除执行案件申请执行人之外的其他债权人无权申请启动“执转破”程序。《民诉解释》第513条明确规定提起“执转破”启动申请的债权人范围仅限于“申请执行人”，而不含未获执行依据的债权人，包括正在诉讼中的债权人，只要未获得生效的法律文书，甚至已获得生效法律文书但尚未进入执行程序的债权人均被排除在“执转破”程序启动主体之外。

4、执行法院缺乏启动“执转破”的动力。《企业破产法》第十九条规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人的执行程序应当中止，《指导意见》中也有类似规定。我们知道，执行案件中止执行，执行法院不能报结案件，虽然《指导意见》也规定了，移送破产审查的执行案件，符合终结本次执行程序条件的，也可以同时裁定终结本次执行程序，但问题是符合“执转破”移送条件的执行案件不一定就符合终结本次执行程序的条件，也就是说，执行法院一旦启动“执转破”程序，那么所涉执行案件将长期处于中止执行的未结案状态，这会严重影响执行法院的执行结案率的考核，执行案件“执转破”后，并不能给执行法院带来结案上的“好处”，因此执行法院也缺乏启动“执转破”的动力。

（二）执行法院“半职权主义”不利于“执转破”的启动

根据《企业破产法》相关内容，可见我国对破产程序的启动坚持“意思自治”原则，《指导意见》也确立了非经当事人同意不得启动“执转破”程序的“半职权主义”原则。坚持破产程序启动的“意思自治”原则对于非执行案件的普通破

产案件来说也无可厚非，但对于“执转破”的启动来说无疑就是“难上加难”。正如前文所述，进入执行的案件，申请执行人及被执行人均缺乏启动“执转破”的动力，此时仍然坚持“执转破”的“意思自治”，将会大大降低“执转破”的适用率，而使“执转破”制度“形同虚设”。尽管《指导意见》也强调了法院主动“释明”和“征询意见”的义务，但终究难逃破产启动的“意思自治主义”的限制，根本上仍然无法破解“执转破”程序启动难题。

（三）破产审理费用难以保障

“执转破”案件中所涉被执行企业法人大多属于无财产可供执行的企业，甚至有很多被执行人企业在诉讼时期就形成“人去楼空”的局面。这类企业一旦进入破产程序，破产审理程序中产生的诉讼费用、财务审计、调查费用以及管理人报酬等费用，将面临无从支付的境地。《指导意见》就破产相关费用的负担和保障问题并未作出明确规定，执行案件一旦启动“执转破”，对于尚有可供执行财产的案件来说，相关破产费用可参照《企业破产法》相关规定从破产财产中优先支付，但对于无可供执行财产的案件来说，相关破产费用如何负担就成为了现实难题，难于逾越。司法实践中，此类案件将面临申请执行人不愿再额外负担破产费用，被执行人无力负担破产费用，管理人不能支付相关费用和获得相应报酬的现实窘境。

四、对“执转破”启动制度的展望

（一）“执转破”的启动应当采用“意思自治”与“职权主义”相结合的原则

我们认为，根据目前国情，“执转破”不能片面的采取当事人申请主义或者仅依职权主义，而应两者兼具，折中应用，即采取以当事人申请主义为主，职权主义为辅的原则，也可以说“执转破”的启动应当采用当事人“意思自治”与执

行法院“职权主义”相结合的原则。在执行程序中，申请执行人、被执行人均可以提出“执转破”申请，由执行法院审查决定，同时执行法院认为执行案件符合“执转破”条件的，可以不经征求当事人的同意，依职权决定启动“执转破”程序。采用折中主义，一方面可以充分保障申请执行人和被执行人是否启动“执转破”的意思自治权，另一方面也可由执行法院通过“职权主义”保护更多其他债权人的合法权益。有学者认为，赋予法院“执转破”启动的“职权主义”，将会导致法院滥用权力损害当事人的利益，但我们认为，执行程序本身就带有浓厚的“强制性”，而“执转破”程序本身就具有“强制清算”的意味，赋予执行法院启动“执转破”自主权，是符合执行法律强制性内涵要求的，并不违背执行法法理精神。因此，采取当事人申请主义为主，执行法院职权主义为辅的“执转破”启动程序，可以更好的解决司法实践中“执转破”仅依当事人申请主义模式而造成的程序启动难，适用率低的问题。

（二）应当赋予非申请执行人的债权人申请启动“执转破”权利

我国《企业破产法》第二条规定，债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。从法理上来说，债权人均有权对债务人提出破产清算的申请，执行案件中的申请执行人作为被执行人的债权人有权提出“执转破”申请，那么其他普通债权人同样也应当有权利对执行案件中的被执行人提出“执转破”申请。赋予非申请执行人的债权人申请启动“执转破”的权利，能有效遏制申请执行人通过执行程序仅清偿个别债务而导致损害其他债权人利益情况的发生，同时也提高执行案件“执转破”适用率。

（三）构建“执转破”案件资金保障制度

我们建议比照司法救助制度，从国家级层面构建推广“执转破”案件资金保障制度，尝试由政府、法院设立“执转破”案件专项资金，主要用于“执转破”案件中无财产可供执行案件或破产财产不足以支付破产费用的案件，保证专款专

用，促进和提高管理人和破产法院推进“执转破”案件的审理效率。司法实践中，有些地区法院已经做了有益的尝试，效果非常明显。笔者以深圳市中级人民法院为例，深圳市中级人民采取政府拨款加管理人报酬提取比例的方式成立破产费用援助基金，争取到深圳市政府每年政府专项拨款援助资金由 200 万增加到 500 万元，就有效的解决了“执转破”案件资金保障，这一经验值得推广。

五、结语

综上所述，我们认为，“执转破”制度的出台和应用，其意义是重大的，但因为受立法技术及现实国情制约，现行“执转破”制度很多不足，希望本文的建议观点能为“执转破”制度的改进和完善作出有益贡献。

就“破产债权审查之生效法律文书所确定的债权如何认定”引发的思考

李玉春 发现律师事务所专职律师

对破产管理人而言，破产债权申报审查过程中生效法律文书所确定的债权如何认定问题，最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）第十五条、最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）第七条和四川省高级人民法院关于审理破产案件若干问题的解答的四的债权申报与审查第二条已进行了相关规定。按照上述规定，管理人在第一次债权人会议资料之《债权审查原则及标准》中也通常会载明“生效判决书、裁定书、调解书及公证机关依法赋予强制执行效力的公证债权文书所确定的权利，管理人应当予以确认，但生效法律文书确有错误，或者有证据证明生效法律文书所确认的债权债务是虚构的，符合申请再审或者第三人撤销之诉的，管理人在取得相应证据后申请再审或者提起第三人撤销之诉”。但实务操作中，管理人在按照上述法律规定、原则及标准进行债权审查时，仍出现众多无法解决的情形。故本文就实务操作中已发现的部分情形进行如下梳理，以期能更好反思破产管理人工作。

一、借助生效法律文书实现虚假清偿的问题

部分破产企业（以下或称债务人）在进入破产程序前，为最大化挽救自身权益，实务操作中会与部分可控债权人恶意串通，通过虚假诉讼，如采取调解或债务人不出庭的方式，在进入破产程序前以生效法律文书的方式确定部分虚假债权债务关系。在债务人进入破产程序后，根据《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）第十五条和最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）第七条，管理人在缺乏其他证据的情形下，通常会按照生效法律文书所确定的债权对申报债权的性质和金额加以认定。故从该方面来

说，在破产清偿率不为零的情形下，生效法律文书所确认的债权将极有可能造成虚假清偿的情形。而上述情形在三无企业或债务人财务凭证遭到遗失或损毁中更甚。

针对上述情形，《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》第四条已对法院提出初步要求。此外2018年最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》也已将破产案件申报捏造债权的情形纳入了刑事审查范畴。但实践过程中，部分法院、破产管理人仍缺乏对该方面情形的关注。

笔者认为，伴随社会普法工作，破产业务的发展，债务人法律素养的不断提高，该部分的压力将面临增加的趋势。作为管理人，在增强相关方面意识的同时，须加强债务人权利义务告知和债权人依法申报债权的通知。此外全面履职，积极调取生效法律文书涉及全部卷宗，加强对生效法律文书背后证据链的全盘审查。若发现可能存在虚假申报情形时，积极采取再审或第三人撤销之诉或移送相关司法部门。

二、生效法律文书和债权清偿时间导致的个别清偿问题

笔者发现，若生效法律文书所确定的债权在进入破产前即已经由债务人进行清偿，那么在没有证据证明债务人和债权人有恶意串通损害其他债权人利益的情形下（注：恶意串通本身证据就较难收集），即便债务人对债权人的清偿发生在破产受理前六个月内，管理人也无法行使撤销权。鉴于该层面，将在事实上导致大量的个别清偿情形发生。如：丙方为破产清算企业，甲乙双方均为生效法律文书所确认的普通债权，债权申报金额为100万元。若甲方因与丙方关系密切在破产受理前六个月内便以生效法律文书拿到丙方的全部清偿款100万，乙方在破产受理前未能受偿。那么假设最终普通债权的清偿率为10%，丙方破产后，虽甲方在破产受理前六个月内获得了100%的清偿，但在管理人不予或无法撤销的情形下，

和甲方几乎一致的乙方，即便也穷尽所有合法的救济途径，也将仅仅因为未能在受理前拿到丙方的清偿款，而只能收回 10 万元的欠款即 10% 的清偿率。此外乙方还需要考虑破产程序所需的申报成本、时间成本等。以上情形，笔者认为将造成事实上的同类债权不同清偿的情况，一定程度上，也将影响同类债权公平清偿原则。此外若将上述情况再进一步延展到本文第一点，将不乏产生大量的债务人虚增债务、转移资产的行为。

笔者认为，作为管理人，现面对可能发生的事实上的个别清偿行为时，除了要高度注意，灵活借助全体债权人信息提供的渠道优势，全面获取可能的恶意串通线索，尽可能排除恶意串通行为外。还要坚持全面忠实的履行管理人职责，加深加强法院沟通，做好其他债权人的沟通交流告知工作。

三、生效法律文书所确认的债权无法认定的问题

2019 年 1 月，最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)生效，其第二十四条规定“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”。该解释出台前，针对实际施工人要求发包人、转包人或者违法分包人承担责任的，若发包人、转包人或者违法分包人失联，法院只能援引《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条，在生效的法律文书中载明：“转包人或违法分包人应支付实际施工人工程款，发包人在欠付转包人或违法分包人的工程价款范围内对实际施工人承担责任”，但发包人实际欠付转包人或违法分包人的具体金额却无法予以调查，不得而知。

此外实践中，作为发包人的破产企业濒临破产时，债权人与债务人之间的矛盾已全线升级，维稳问题不断爆发，从而导致众多债务人的建设工程材料和财务

资料已经遗失。故管理人在债务人破产后进入，虽全盘接管，尽职调查，资产清理，但也仍可能无法就承包人和发包人之间的工程结算情况进行到任何获取。那么发包人企业破产时，实际施工人以 2019 年 1 月前生效的法律文书来向管理人申报债权时应如何处理？

实务操作中，发包人企业破产，虽实际施工人(大部分涉及民工或包工头)手持生效法律文书前来申报债权，但管理人在全面忠实履职后若仍未获取到转包人或违法分包人与债务人之间的欠款情况的，可能只能视为债务人不欠付转包人或违法分包人价款，从而不予确认实际施工人债权。

笔者认为，上述情形由于涉及民工问题和最基本的生存权问题，还是需慎重处理。一方面要开展逐一安抚说明工作，和实际施工人保持积极沟通。若破产债权确认之诉尚起作用，要妥善指引实际施工人进行权益维权。另一方面要积极梳理材料就可能的结算线索进行跟进，如向派出所等机关就前期冲突调解材料进行调取。此外借助附院联动，加强对利害关系主体和可能知悉主体的询问工作，如发包人的原项目部经理、发包人的财务人员、发包人的股东、其他实际施工人、共同结算主体等。以最大化保护实际施工人的合法权益，维护司法权威。

以上为笔者在债权审查过程中就生效法律文书所确定的债权如何认定问题引发的部分思考，供大家讨论学习，愿共同反思推动破产管理人工作，为破产事业做出努力。

管理人处理破产企业职工问题初探

李镐伟 发现律师事务所实习生

摘要：保护破产企业职工权益，维护劳动债权，是我国企业破产法的特色之一，这同时也是“生存权大于债权”立法理念的体现。在办理企业破产案件的过程中，职工问题是管理人无法回避的重难点问题。由于目前我国社会保障体系尚不够完善，虽然法律法规对劳动债权给予了优先保护，但是在企业破产的情况下，尤其是破产清算情形下，企业财产尚不足以支付破产费用或共益债务，更何况处于较后顺位的职工债权。同时，由于职工债权一般涉及人数较多，如不能妥善处理，可能会引起社会不稳定因素。因此，管理人在处理破产企业职工问题时需要十分慎重，力争在不违反法律规定的情况下进行温和处理。本文笔者结合在实习过程中曾接触过的企业破产清算案件，就案件相关的职工问题及相应的解决思路进行探讨。

关键词：管理人、破产企业、职工保护

一、职工债权公示中的问题

根据《企业破产法》第四十八条之规定，职工债权不必申报，管理人调查后予以公示。管理人如何公示，法律法规并未作出明确要求。通常情况下，管理人一般选择在破产企业办公场所通过张贴纸质文件的形式进行公示。但笔者认为，该公示方案并不完善。如条件允许，尤其是存在企业员工分布地域较广或不经常在破产企业办公场所办公的情况下，应当考虑将职工债权和工资调整方案等采取有效方式（如短信、邮件等）通知各位员工，同时应告知其公示地点及管理人联系方式，并应留存通知依据，防止部分员工对其债权金额及调整方案不知情，导致其错失异议和诉讼时机，给管理人带来不必要的麻烦。

根据《企业破产法》第四十八条：职工对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起诉讼。如管理人对职工提

出的异议不予更正，则应当书面告知该职工，并注明其有权向受理破产的法院提起诉讼，而无需再走劳动仲裁的前置程序。同时，应告知其逾期不提起诉讼的法律后果。

二、职工债权无法得到清偿情况下的应对

根据《企业破产法》第一百一十三条规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第三条规定，对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。由此观之，职工债权已经被立法明确，位列担保物权和破产费用、共益债务之后。破产清算中，清偿完毕优先于职工债权的其他债权和费用后，破产财产所剩无几，职工债权基本无法得到清偿。在无政府援助资金的情况下，职工得知债权无法得到清偿后情绪容易激动，进而产生过激行为。

综上，笔者认为，管理人接管企业后，初步判断职工债权清偿率较低的情况下，应加强安保工作，清点并妥善保管企业现有有效资产，防止发生财物被盗现象。如破产企业尚有资金可供支配，管理人可以在法院许可的情况下，聘请部分职工配合工作，其劳动报酬应作为破产费用从破产财产中支出。在破产企业无未抵押财产且必要的情况下，根据受益原则，管理人可与担保权人协商，由其出资安装监控设施或聘请安保人员，有效保护企业财产。为防止职工担忧债权无法得到清偿而不配合管理人工作，管理人不宜过早、轻率地得出职工债权无法清偿的结论。

对情绪激动的员工，管理人应进行妥善引导，并告知其具体法律规定，做好解释工作，减少职工与管理人对峙情绪。同时，要告知职工不应采取过激手段，否则将带来严重法律后果。必要时，管理人可寻求当地公安机关协助，请求其指派民警每天到破产企业巡逻，防止意外事件发生。对个别行为极端的职工，管理人应果断报警，由公安机关进行处理，防止他人跟风效仿。此外，管理人在处理极端事件中，应注意言辞，杜绝与职工发生直接冲突。

除了上述种种之外，在处理破产企业职工问题上，也需要管理人在创新与公平中寻找平衡点。例如：（1）对生活困难的特困户或残疾人，管理人应积极协调街道或残联或工会等政府部门，为其争取部分福利，减少企业破产对其带来的伤害。（2）在不能提高职工债权清偿比例时，管理人可与社保和人力资源部门联系，为破产企业职工再就业提供帮助，减轻职工经济负担。此外，职工问题的妥善处理有利于破产程序的推进，有利于抵押债权的实现，故管理人也可与抵押权人协商，让其放弃部分优先债权额以清偿部分职工债权。

三、破产企业原实际经办人员的处理问题

破产企业原实际经办人员不宜过早解除劳动合同，法院裁定受理企业破产重整申请后，会留存未完成的商业行为，如应收款未挂账、合同未签订、外发商品清单不完整等待办案件或者其他熟悉企业实际情况的人员才能处理的事项，该等相关事务经办人员不宜过早解除劳动合同，否则可能导致相关事务无人得知，给管理人工作带来极大不便。笔者曾接触到的破产案件中，由于破产企业情况较为复杂且管理不够规范，管理人需要查询或了解的信息未能严格按照规范形成存档资料，仅有原实际经办人员对于相关信息了解较为清楚，但遗憾的是原实际经办人员因过早的解除了劳动合同，致使管理人在案件办理过程中遇到许多尴尬的难题。

以上是笔者结合实习过程中接触到的破产案件的实际问题，提出的粗浅认

识。在处理破产企业职工问题上，搭建破产法之外的特殊保障制度体系，明确专门管理机构的职责和权威，充分发挥劳动与社会保障法、民商法等相关实体法的主导作用，才能更有效地保障破产企业职工权益。只有职工债权依法全面的得到法律保障，管理人在处理破产企业职工问题时才能有法可依，减少不必要的纷争，推进破产案件的全面、顺利进行。

疫情期间管理人履职困境及应对

廖子瑜 发现律师事务所律师助理

新型冠状病毒来势汹汹，侵蚀人体健康，全国人民投身战“疫”。战“疫”期间人口流动减少、交通管制加强、经济活力下降，各行各业均受不同程度影响，破产管理人也不免遭遇履职困境。面对履职困境，破产管理人需及时调整工作方案，积极应战，迎难而上。

一、疫情期间管理人履职面临的困境

从接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料到提议召开债权人会议，从对债务人进行尽职调查到管理和处分债务人的财产，疫情期间管理人履职无不受到影响，现结合具体情况例说一二。

（一）日常履职工作受限

病毒爆发，专家呼吁居民少出门、不出门、出门戴口罩。国务院办公厅也于2020年1月27日发布关于延长2020年春节假期至2月2日的通知，以减少人员聚集，阻断疫情传播。在此背景下，管理人许多需与人来往进行的工作难以开展。

以J公司破产清算案中接收债权申报为例，该案债权申报方式为现场申报和邮寄申报两种。一方面，申报人现场申报债权受阻。J公司破产清算案现场申报债权地为S省M县，该案债权申报期限内适逢春节假期，又遇疫情蔓延。第一，M县所有单位推迟复工，入城道路管制严格，管理人暂时难入M县开展工作。第二，该案已知债权人中除个别为自然人外，绝大多数为企业法人。企业法人推迟复工，其债权申报材料的准备时间也随之延后，后期临近债权申报期限届满，企业法人现场申报债权难度较大。第三，J公司还有大量S省外已知债权人，疫情

之下国内交通管制加强，医疗及防护物资紧缺，现场申报债权可操作性降低。

另一方面，申报人邮寄申报材料送达滞后。第一，邮寄申报方式下，申报人与管理人缺乏面对面沟通，申报人即使通过电话、微信等方式咨询管理人相关事项，申报时难免仍有材料疏漏，不排除有多次补充邮寄的可能。而企业法人因疫情推迟复工，其整理证据材料时间延长，加之需补充邮寄，申报债权期限后期容易使管理人工作压力堆积，难以为债权审核预留充足时间。第二，新型冠状病毒传播力强、覆盖面广、潜伏期长，国内交通正在严格管控，快递需经检测消毒，进而物流速度变缓甚至停滞，送达时间延长，这同样给管理人接收债权和审核债权造成了一定压力。

（二）破产程序法定期间待延期

《企业破产法》中，部分破产程序有相应的法定期间。例如《企业破产法》第十八条规定了管理人决定待履行合同是否继续履行的期限、第六十二条规定了债权人会议召开的期限、第一百二十一条规定了破产程序终结后管理人注销破产企业的期限。疫情为推进破产程序带来不确定性，出于对债权人安全等多重因素的考虑，相应法定期间有待延期。管理人应以法条规定为依据，向法院请示相关法定期间延期。

目前，《企业破产法》中缺少相应法律条款作为请示延期的依据是管理人面临的困境。仍以J公司破产清算案为例，经M县人民法院公示，J公司债权人债权申报期间为2019年12月25日至2020年2月25日，第一次债权人会议召开时间为2020年3月10日。为遏制新型冠状病毒的传播，大部分已知债权人将原定为2月1日的上班时间延后至2月10日，且规定外地人员返回复工需经一段隔离期。鉴于J公司债权人数量众多、遍布全国各省市，为最大限度避免在此期间内因债权人申报债权及参加债权人会议的人员流动而引发疫情传播，同时为维护全体债权人的合法权益，管理人研讨请示M县人民法院将债权申报期间和第一

次债权人会议的召开时间延期。从管理人的立场来看，第一，需根据法律法规，结合政府文件、地方政策、疫情实际状况，识别此次疫情属于何种请示延期的事由；第二，根据所识别的事由类别，查找对应法条作为请示延期的依据。目前实务界就此次疫情是否属于不可抗力讨论热烈，而《企业破产法》及相关法律、司法解释中，并未明确此类疫情的出现是否属于不可抗力抑或是可以中止、中断法定期间的理由。《企业破产法》中缺少相应法律条款为支撑，是管理人请示法定期间延期面临的困境。

（三）破产清算和破产重整进程受影响

进入破产阶段的企业已经在市场生存空间内触底，抗风险能力低，疫情期间破产程序的进程容易受到影响。此次疫情使国内经济受到较大冲击，旅游、餐饮、电影等行业首当其冲，大部分企业的业务量有所下降，破产程序涉及到的企业法人可能都面临不同程度的困境。

破产清算程序中，意向竞买收购破产企业的主体有与管理人沟通交流的需求，了解破产企业的基本情况、资产价值及企业优势。如此疫情形势之下，意向竞买人调查债务人情况受限，确定竞买和编制具体方案时间可能推迟。除了医疗医药、电子游戏等行业，大多数行业受到不同程度的负面波及，出于对本企业正常运营的战略调整，意向竞买人存在放弃竞买的可能。

破产重整程序中，如果重整企业响应政策号召在疫情期间暂停执行重整计划且复工日期待定，在此期间将缺少可运转资金。但重整企业基本开支仍需支付，重整资金回笼将面临困境，进而会引发一系列具有不确定性的连锁反应。非常时期的破产清算和破产重整不免受到影响，管理人履职再添难题。

二、疫情期间管理人的应对措施

严峻的疫情形势不能动摇管理人悉心竭力地履职，非常时期凝聚集体智慧，

坚持探寻适宜的工作方法，方能守得云开见月明。

（一）变通履职方式，充分发挥互联网+之优势

《全国法院民商事审判工作会议纪要》在“关于破产纠纷案件的审理”部分中强调“要继续深入推进破产审判工作的市场化、法治化、专业化、信息化”，疫情后续发展难以预料，管理人利用互联网+履职既是避免破产事务久拖不决的方法，也是维护全体债权人利益的方式。

例如债权人通过管理人邮箱进行债权申报，后续也以网络会议形式召开债权人会议。第一，出于对防控新型冠状病毒的考虑，管理人应暂停现场申报债权和邮寄申报债权，及时与已知债权人取得有效沟通，鼓励其在法定申报期限内通过电子邮箱传送的形式完成申报，待情势好转，再通过现场或邮寄方式补充相关材料。第二，接洽可为网络债权人会议提供后台支撑的软件技术公司，形成网络债权人会议筹备方案向经办法院请示。对于债权人较多的破产案件，管理人筹备网络债权人会议时应当进行多次有效测试，模拟真实开会流程，确保会议现场视听实时传送，债权人能够及时跟进会议并查阅案件资料，行使表决权等合法权利。

（二）以法律规定为依据，请示相关程序事项延期

请示相关程序事项延期乃疫情所趋，结合法理及现实情况，此次疫情属于不可抗力。《民法总则》第一百八十条规定，不可抗力是指“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。第一，新型冠状病毒感染肺炎于2019年底2020年初爆发，在两个月内迅速传播。较之2003年的非典，新型冠状病毒感染肺炎的传播更具有广泛性和严重性，此次疫情是不能预见的。第二，专家判断该肺炎传播途径为人与人接触传播，适逢春运进行时，此次疫情扩散是不能避免的。第三，2020年1月20日，国家卫健委发布1号公告，将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、

控制措施，全国大多数地区启动疫情一级响应措施。2020年1月27日，国务院办公厅发布关于延长2020年春节假期至2月2日的通知。同日，全国多地发布延迟企业复工的通知，要求企业不早于2月9日24时复工，疫情严峻形势可见一斑，此次疫情实属不能克服的客观情况。实务中，2020年2月8日，成都市贸促会为企业因疫情不能按期履行合同提供不可抗力证明，帮助企业减免延期履约或不能履约的违约责任，为企业挽回受疫情影响造成的经济损失。目前，泉州市、东莞市等多地贸促会也为企业出具了疫情不可抗力事实证明书。

《企业破产法》中暂无不可抗力是延期、中止、中断法定期间原因之规定，管理人可根据《民事诉讼法》申请法定期间延期。《企业破产法》第四条规定：“破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定”。《民事诉讼法》第八十三条规定：“当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定”。此次疫情是不可抗力，属于该条规定的“不可抗拒的事由”。同时，结合2020年1月28日最高人民法院专题会议“对开庭等活动原则上推迟，该延期审理的案件依法延期审理，最大限度减少人员出行和聚集，切实维护诉讼参与人、来访群众、法院干警安全和健康”的指示，管理人可据此向法院请示债权人会议延期。

（三）履行防疫监督管理职责，积极配合政府和法院开展工作

新型冠状病毒爆发以来，各地各级政府、法院接连出台相关文件，管理人在非常时期履行好监管职责的同时，应积极配合有关部门落实相应措施。

一方面，对于破产清算的企业，无论企业性质如何，管理人都应拟制应急处置预案，以防不测。同时，要求债务人配合，切实做好疫情防护工作。例如厂区内按政府要求每日进行日常消毒防护、住宿区域准备好单独可控隔离使用区域、安排专人对所有工作人员进行早晚体温统计等。尽职责保护好破产企业人员安全和财产安全，将疫情影响降到最低，并且与意向竞买人保持联系，交流债务人情

况。

另一方面，对于破产重整的企业，管理人特别是医疗医药破产重整企业的管理人需监督好重整企业的各项工作，及时将相关情况向政府主管部门、人民法院汇报沟通。2020年2月3日，成都市某破产企业管理人就恢复生产经营向高新技术产业开发区法院提出申请，法院当天即批复同意该企业合作生产防护口罩。2020年1月27日，威海市经济技术开发区人民法院紧急许可破产重整中的威海鸿宇无纺布制品有限公司全线恢复生产，提供医用口罩、防护服等紧缺物资。目前，全国已有多家破产企业在法院和管理人指导监督下实施紧急举措。非常时期，面对医疗医药资源紧缺的情况，管理人应秉持特事特办、快速实现投产之原则，积极配合相关部门开展防疫工作。

同时，管理人还需密切关注相关法律法规、指导意见、地方政策等文件，根据文件指引完成履职工作。2020年2月5日，四川省人民政府办公厅公布《关于应对新型冠状病毒肺炎疫情缓解中小企业生产经营困难的政策措施》，通过减免税费等多重措施为企业减负。2020年2月6日，成都市人民政府也公布《有效应对疫情稳定经济运行20条政策措施》，精准施策助力企业渡过难关。2020年2月7日，四川省高级人民法院出台《关于充分发挥审判职能作用为打赢疫情防控阻击战提供有力司法保障的指导意见》，指导全省各级法院充分发挥法院审判职能作用。与此同时，其他省份的各级政府和法院也在积极作为，出台相应文件，提出有关对策。管理人应当主动配合，与之共克时艰。

三、结语

新型冠状病毒为管理人履职带来巨大的影响和挑战，相信各管理人内部都在群策群力，集思广益。如何在非常时期平衡债权人和债务人的合法利益，尽到管理人忠实勤勉的义务，推动破产事务继续进行，是当下管理人面临的难题。在探寻解决方案的同时，管理人要与债务人、债权人、法院继续加强沟通，注重非常

时期里沟通的及时性。疫情下被激发的管理人智慧和全新的破产工作思路，都会是此次困境中产生的财富。

山川异域，风月同天。戮力同心战胜病毒乃当务之急，情势如此，各行各业仍需继续开展工作，管理人依然要负重前行。愿樱花再绽之时，山川无恙，风月依旧。

无接触式破产管理工作探析——以四川某盐化有限公司破产清算案为例

马嘉 发现律师事务所合伙人律师

伴随庚子年而来的新型冠状病毒肺炎（COVID-19）疫情（下称“新冠疫情”或“疫情”），无疑为管理人履职带来了重大挑战，管理人必须认真思考在面对紧急状态情况下，如何同时兼顾破产案件办理效率与质量。本文以新冠疫情下四川某盐化有限公司（下称“某盐化公司”或“该盐化公司”）破产清算案件办理过程为例，梳理、总结管理人履职能级提升渠道与途径。

一、新冠疫情对破产案件带来的问题和困难

随着将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施[《中华人民共和国国家卫生健康委员会公告》2020年第1号，2020年1月20日发布]、经国务院批准延长2020年春节假期[《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》国办发明电（2020）1号，2020年1月26日发布]，四川省于2020年1月25日启动重大突发公共卫生事件一级响应，四川省应对新型冠状病毒感染肺炎疫情应急指挥部于2020年1月28日发布第2号公告[《四川省应对新型冠状病毒感染肺炎疫情应急指挥部公告》第2号，2020年1月28日发布]暂停各类群体性聚集活动等等。截至2020年1月29日，全国31个省区市均已启动重大突发公共卫生事件一级响应，举国上下全面实施联防联控。伴随疫情的发展，复工时间不确定，对管理人履职产生了确实的影响。

某盐化公司破产清算案于2019年12月17日指定管理人，疫情期间，恰好是一债会前的债权申报期间，管理人需要完成接管、尽调、通知已知债权人、接待申报债权、审查债权、制作债权表、资产负债清理等等为一债会的召开及破产

案件的顺利开展所需的大量工作。疫情爆发之前，管理人已经完成了接管、债权申报通知、现场尽调工作。笔者以该盐化公司破产清算案为例梳理主要疑难点。

首先，相较现场办公，协同性及效率均受一定程度影响。包括管理人团队内部协同办公，管理人与法院、债权人、债务人之间的双向或多向沟通交流全线上，耗时且可能出现重复引发误会。

其次，疫情管控期间，各类主体均存在无法取得书面资料的窘境，影响债权申报审查等案件办理程序的有序推进，包括债务人财产现场管理等都面临不便。

再次，疫情管控期间，交通出行不便加之各类管控措施，使线下债权人会议无法顺利召开。

二、案件办理应对思路和方式

新冠疫情加快了管理人实现“互联网+办公”的脚步。早在2016年，最高人民法院就发布了《企业破产案件破产管理人工作平台使用办法（试行）》，推进破产案件网络办理。新冠疫情期间，从最高院至各级法院都对疫情期间线上诉讼工作做出规范，管理人团队在办理案件时，必须就新冠疫情出现的新情况进行调整，不断探索线上/远程办公方式，提升办案能级。

（一）疫情之下管理人团队“互联网+办公”准备

《破产法》第二十五条规定了管理人履职的主要内容，破产案件的复杂性要求管理人必须进行团队配合，在管理人无法进行线下办公的当下，“互联网+办公”优势不断呈现。根据疫情情况和防控措施要求，做到全线上办公，在条件允许时，进行线上+线下的办公方式。

1. 针对团队办公，我们选取微信、腾讯会议、钉钉、alpha、zoom等具备文件存储或共享功能或多方视频会议软件。实现一人、一手机/电脑即可完成团队协作的远程在线办公模式。管理人团队在1月25日至2月21日期间，召开网络、

语音会议 20 余次，实现突发问题迅速响应，不因疫情降低效率。

2. 针对案件办理，可选渠道也非常多。案件办理全流程平台有全国企业破产重整案件信息网、钉钉（阿里破产管理平台）；部分功能支撑平台（如网络债权人会议）有腾讯“破产会议平台”等等，以及管理人与各程序主体间的电话、短信、微信、电子邮件进行资料电子化传递，最大限度避免人员流动、聚集，同时保障案件的高效推进。

（二）案件材料全面电子化备份管理

破产案件办理过程中，有大量纸质档案材料，如管理人接管的债务人的全部书面资料；管理人在破产案件办理过程中也会形成大量公告、通知、报告、函件等各类管理人文件；债权人的债权申报资料等等，管理人要进行保管或留存。传统存放和管理的方式无法实现随时查找与翻阅，更无法远程使用，笔者所在团队办理破产案件时，均要求将案件所有书面材料扫描/拍照后形成电子档案备份后再予以归档。此举一是方便管理人随时查阅所需材料，二是在扫描时可以将材料进行再次分类、分级，对已开展工作进行查缺补漏，三是保证资料的可持续阅读性（如年代久远的资料或热敏传真纸资料等）。电子化备份的传统，让我们在新冠疫情之下，从容面对，不影响工作进程与工作效率。

（三）债务人财产远程管理

在法院受理破产案件并指定管理人后，管理人进场后同步开展的就是接管工作，对债务人全部资产进行全面接管并管理人债务人财产。该盐化公司为生产型企业，生产线及厂区日常管理维护非常重要，管理人已在接管后聘请了专业人员进行看管，疫情期间管理人通过电话、微信、邮件等音视频或书面方式进行监督。必要时，也将采用远程监控设备对仓库等特定区域进行非现场管理，充分保障债务人财产安全的同时兼顾财产看管人员的安全防护。

（四）线上债权申报与邮寄申报相结合，展开远程债权审查

传统破产案件受理后，管理人会通过全国企业破产重整案件信息网平台、电话、短信、电子邮件以及书面材料邮寄任一或多种渠道向已知债权人告知案件受理情况以及债权申报渠道、方式、地点、联系人等等详细信息。在债权申报通知的过程中，管理人履职基本已完全实现远程与互联网等线上方式进行，疫情期间基本不影响通知信息的发布。

债权人在接到管理人通知后，更愿意到现场进行债权申报，可以全面了解破产案件办理。案件债权申报期内恰逢春节假期，且债权人遍布全国，春节前，仅部分债权人已经到管理人办公地进行债权申报，绝大部分债权人都准备过完假期后再进行债权申报。疫情之下，各地均有不同管控措施，我们兼顾各债权人使用方便性角度，采用微信、管理人指定电子邮箱与邮寄申报相结合的方式，先接收债权人电子资料，充分保障债权人主张权利渠道，以防债权人申报债权逾期，再通过邮件获取申报材料原件。债权人也充分配合管理人工作，在条件允许时，第一时间向管理人寄送相应材料。

管理人通过核查债权人发送的电子申报材料进行债权审查，召开内部网络核查会议远程债权审查，与债权人进行微信、电子邮件沟通补正等事宜，方便快捷。

（五）非现场债权人会议筹备

除全国企业破产重整案件信息网外，已经有非常多的网络债权人会议平台，日常案件办理中，网络债权人会议召开率已经非常高了，为提高债权人参会便捷度，通信表决等债权人会议召开方式也非常普遍。特别是在最高人民法院发布《关于企业破产法司法解释》（三）中对非现场表决方式的明确扩充与重申后，非现场表决方式已经成为了法院与时俱进优化破产案件审理的一个重要内容。该盐化公司破产清算案原定债权人会议召开方式为现场会议，受新冠疫情影响，我们第

一时间进行各大平台线上再次体验与对比，做好现场+线上会议准备。网络债权人会议筹备及召开全流程，已有非常多同仁进行研究与分享，本文不再赘述。

三、管理人应对紧急状态的执业能力的提升探索

正如野坂昭如在《萤火虫之墓》中写道的“谁知道明天和意外，哪一个先来”，管理人在履职过程中如何从容应对并妥善处置如紧急状态等突发重大事件，是必须具备并需不断提升的执业能力素养之一，正所谓居安思危。目前各级法院网上诉讼服务中心及智慧法庭建设已经支持远程办案，如北京[北京破产法庭发布《关于加强疫情防控期间破产管理人工作的指导意见》]、深圳[深圳破产法庭发布《关于疫情防控期间破产管理人的履职指南》]破产法庭也都陆续对疫情期间破产案件办理及管理人履职做出了具体指引，其中也凸显了互联网及远程办案的思路。笔者反思新冠疫情之下某盐化公司破产清算案办理过程，梳理以下履职技能增长点，拓展管理人履职方式，以提升管理人日常及应急状态下整体履职能效。

第一，互联网办案、远程协作常态化。

破产案件通常涉及跨区域、跨境进行资产负债整理，管理人团队也存在前台与后台的分工与协作，案件中各类主体间需要频繁沟通交流，管理人必须具备互联网及远程协作思维，切实运用到破产案件办理中来，提升案件办理效率，且也可以有效节约破产费用。

第二，建立危急处置体系。

管理人要具备个案识别能力，通盘建设办案方案，同时做好紧急情况预案，这是管理人履职能力中必备技能，增强危机处置观念和能力，才能处变不惊，从容应对。

第三，智能设备与电子档案管理已成为趋势。

电子档案管理的优势已在前一部分做出详述，不再赘述。管理人也应当顺应时代趋势，不但提升自身办案能力，当然远程办案过程中电子智能设备的使用，如各类智能摄像头、警报装置的配备，快捷高效，与安保人工费对比起来，节约很多，可能存在同时处置时效性不足的情况，无法及时处置突发事件，但可借助设备自身录像机存储功能及时固定证据，为事件的妥善解决提供不可或缺的支撑。

综上所述，在互联网+、区块链等网络科技技术迅猛发展的今天，线上、远程服务与执业都已经成为现实，管理人需要紧跟时代步伐，充分运用互联网优势、理性使用智能设备，开拓履职新渠道，提升履职能效，为法治化营商环境建设贡献力量。

最后的退路——试论股东能否申请公司破产

徐杰 发现律师事务所专职律师

前 言

股东，以股权形式对公司享有权利、承受义务，在公司兴盛时股权升值和享受分红；在公司落败时以其股权额度来承担责任。而一直令人困惑不解的是：如此重要的股东，在《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）中却所涉无多，特别是在能否申请公司破产上，业内大多也是持否定观点。难道股东仅能以清算（自行清算及强制清算）的形式来结束公司？破产程序与股东无缘？恰巧，近日的一个案例，似乎可以在这个问题上与诸君探讨。

一、案例介绍

近日，客户A公司咨询：其与B、C、D三家公司共同出资成立甲公司，后因经营不善、甲公司早于五年前已停止经营，人物不存。在两年前，甲公司被工商局吊销营业执照。至此，A公司便想履行股东责任，召集其他股东对甲公司清算，送别甲公司最后一程。然则，其他股东之中C、D两公司与甲公司已是一般光景，无法联系；B公司虽正常存续，但对甲公司早就弃之不顾，视若罔闻，不愿再涉及甲公司任何事务。经查，甲公司对外还有债务，但金额较小，债权人得知甲公司无任何财产之后，也不愿再继续追究。

经过几轮的折腾，A公司虽依旧想注销甲公司，但也有心无力，不愿投入过多的人力物力，便来咨询解脱之法。经过分析，我们认为，由A公司申请对甲公司破产清算，或为解决该问题之办法。

二、破产申请可行性分析

以股东名义申请公司破产，在实务案例中可能有，但我尚未找到公开案例。

《企业破产法》第七条¹对提起破产程序主体作了规定，其中第一款为债务人自我申请、第二款为债权人申请，对申请主体均明确限定。只第三款规定“依法负有清算责任的人”，虽未直接明确是股东，但也为股东作为申请人申请公司破产清算提供了可能的依据。

第七条第三款内容规定了两条件、一主体、一结论。现在逐一分析其条件及主体范围，并结合该案实际情况，看能否以A公司为主体，成功申请甲公司破产清算。

1. 条件一：企业法人已解散但未清算或者未清算完毕

《公司法》第一百八十条²规定的公司解散的五项事由，在公司解散后除开第三项有新主体承继无需清算外，都应当按照第一百八十三条³规定，由有限责任公司股东，股份有限公司董事或者股东大会确定的人员，在十五日内成立清算组，对公司进行清算。逾期不成立清算组的，债权人也可申请法院指定有关人员成立清算组。在此基础上，最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）（以下简称《公司法解释二》）第七条⁴规定了股东有权申请法

1 《企业破产法》第七条：债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

2 《公司法》第一百八十条：公司因下列原因解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。

3 《公司法》第一百八十三条：公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

4 《公司法解释二》第七条：公司应当依照公司法第一百八十三条的规定，在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始自行清算。有下列情形之一，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：（一）公司解散逾期不成立清算组进行清算的；（二）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（三）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。具有本条第二款所列情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。

院对公司进行清算。

结合甲公司的案例，现甲公司已被吊销营业执照，属于公司法规定的第一百八十条第（四）项规定的解散事由⁵，但甲公司至今仍未成立清算组对公司进行清算，甲公司的情况就属于条件一中“企业法人已解散但未清算”。

2. 条件二：资产不足以清偿债务

资不抵债，是《企业破产法》第二条⁶规定破产程序启动的必要条件，也是《公司法》第一百八十七条所规定的公司清算转为公司破产的分界线。此处亦涉及到《公司法》语境下的清算与《企业破产法》语境下的清算之区别。《公司法》中的清算以假设公司资产足以清偿债务为前提，在公司出现解散事由后，由公司自行清算或法院强制清算。若清算过程中发现资不抵债，即向法院申请转入破产清算；而《企业破产法》中的破产清算，是以公司不能清偿到期债务，资产不足以清偿债务为前提，有相应主体向法院申请公司破产。因此，无论公司是否解散以及清算，在公司出现资不抵债的情况后，其都将因相应主体的申请而进入破产程序。

而本案中，甲公司在已长期停止经营的情况下，已是无人员、无财产、无场地的“三无企业”，也无力清偿到期债务，实属“资产不足以清偿债务”。

3. 主体——依法负有清算责任的人

对于“负有清算责任的人”的理解与认定，是股东能否作为破产程序申请主体的关键。而现行《企业破产法》及其相关司法解释中并未明确界定，业内大部分同仁认为该负有清算责任的人即是清算组，此观点仍值得商榷。依据《公司法》

5 关于公司解散，我们认为在出现《公司法》第一百八十条规定事由后，公司即处于解散的状态，而非以公司对外宣告时才解散。

6 《企业破产法》第二条：企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

第一百八十四条⁷规定，清算组负有对公司的清算责任。但《企业破产法》第七条第三款中未将申请主体直接明确为清算组，即该负有清算责任的人与清算组并不完全匹配；同时，该款的条件一（企业法人已解散但未清算或者未清算完毕）中，若为企业法人已解散但未清算情形，则尚未组成清算组，此时“负有清算责任的人”即为清算组之外其他人。

因此，“负有清算责任的人”的范围是包含但不限于清算组，特别是在清算组成立之前，应当另有其人。结合《公司法》第一百八十三条规定，组成清算组的成员应当是有限责任公司的股东、股份有限公司的董事、股东大会及股东大会确定的人员。因此，在清算组成立前，上述人员应当属于“依法负有清算责任的人”。

此外，在成立清算组之后，负有清算责任的人是否仅为清算组，而排斥《公司法》第一百八十三条规定的相应人员？在《公司法解释二》第七条规定的“清算组故意拖延清算”情形，导致清算组成立但清算未完毕。此时清算组已怠于履行清算职责，依据该第七条第三款规定，股东可以申请法院指定清算组进行清算，该条既是赋予股东救济权利，也是股东继续履行其义务。因此，在清算组成立之后，股东仍对公司负有清算。

因此，A公司作为甲公司股东，依法负有清算责任。符合《企业破产法》第七条第三款对主体的规定。

7 《公司法》第一百八十四条：清算组在清算期间行使下列职权：

- （一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- （二）通知、公告债权人；
- （三）处理与清算有关的公司未了结的业务；
- （四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；
- （五）清理债权、债务；
- （六）处理公司清偿债务后的剩余财产；
- （七）代表公司参与民事诉讼活动。

4. 结论——向人民法院申请破产清算

综上，在甲公司被吊销营业执照而解散后，一直未组成清算组进行清算，且现已不具备组成清算组可能；在确定资产不足以清偿债务后，A公司作为其股东，为依法负有清算责任的人，应当向法院申请破产清算。

三、结语

股东能否申请公司破产清算，其关键在于主体资格的认定，现有案例中适用《企业破产法》第七条第三款的，更多是以清算组名义申请公司破产清算。“依法负有清算责任的人”尚未有明确的主体范围限定，而本文中对其主体范围的认定，在无明确法律依据的情况下，亦有扩大解释之嫌。所以，对于该条款的普适性，尚需进一步论证。

在企业进入破产程序后，债权人的权益已不可避免的遭受损害。因此，《企业破产法》偏重于保护债权人利益，限制或忽略债务人及其股东的权益，这本无可厚非。但是对无过错的股东，便显得不公平。同时，现实中类似于甲公司的情况并不少见。在我国持续优化营商环境、大力出清僵尸企业的背景下，对《企业破产法》相关条文的理解与适用也应破除僵化，以其《企业破产法》能发挥更大的作用。

破产程序中有财产担保债权人权利保障路径

李花 发现律师事务所专职律师

大力“破”除无效供给，处置僵尸企业，推动化解产能过剩已经成为深化供给侧结构性改革的重要抓手之一，全国各地、各部门制定出一系列与“破”有关政策法规，指导政府、司法机关、企业等主体开展市场出清工作，让僵尸企业依法有序地退出市场。在此时代背景下，越来越多的已处于资不抵债的企业选择进入破产程序，实现“重生”或彻底走向“消亡”。破产程序是一个概括执行程序，是债权人实现其权利的最终路径，因此，在债务人进入破产程序后，债权人如何依法维护和实现自身权益将成为其考虑的重点。本文从有财产担保债权人视角出发，就有财产担保债权人在债务人进入破产程序后如何维护和实现自身合法权益，提出几点拙见，以供参考。

一、积极申报债权，依法确定自身合法权益

债务人进入破产程序后，破产企业债权人最多的困惑在于其享有的债权怎么办？是否还能得到清偿？向谁主张债权等等。依据《中华人民共和国企业破产法》（以下称《企业破产法》）第四十四条规定，就有财产担保债权人而言，在债务人进入破产程序后，有财产担保债权人依法维护自身合法权益所采取的首要措施是在法定的债权申报期限内向管理人申报债权。就申报债权而言，有财产担保债权人应注意如下事项：

（一）在法定的债权申报期限内申报债权

《企业破产法》规定¹，债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管

¹ 《中华人民共和国企业破产法》第四十四条 人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。

第四十五条 人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于三十日，最长不得超过三个月。

理人申报债权，债权申报期限自人民法院发布受理破产申请之日起计算，最短不得少于三十日，最长不得超过三个月。实践中，人民法院受理破产申请后会作出公告文书，载明已受理债务人破产的事实、债权人向管理人申报债权的截止日期、第一次债权人会议召开的的时间和地点等等内容。有财产担保债权人可在全国企业破产重整案件信息网（首选）、人民法院报、省级刊报等平台上查询到公告内容。此外，人民法院指定管理人后，管理人会对债务人已知债权人进行梳理，并通知已知债权人申报债权。因此，有财产担保债权人应定期关注债务人的经营状态，一旦发现债务人进入破产程序，或在接到管理人通知申报债权时，及时准备债权申报材料，在债权申报截止日前向管理人申报债权。

对于未在法定的债权申报期限内申报债权的债权人，《企业破产法》也为其规定了救济方式²，债权人可以在破产财产最后分配前补充申报。但此时债权人需要承担一定的不利后果：1. 如若补充申报时破产财产已经进行了分配，那此前已经分配的债权清偿数额，补充申报的债权人不享有分配权；2. 补充申报债权人还需承担管理人为审查和确认补充申报债权的费用；3. 未申报债权前，债权人不得依照《企业破产法》规定的程序行使权利。因此，有财产担保债权人在法定的债权申报期限内申报债权是维护自身合法权益的首要措施。

（二）按照“谁主张、谁举证”原则提交债权申报材料，明确申报债权所涉各项内容

实践中，管理人为便于债权人申报债权、统计债权申报数据和管理债权申报材料等等，一般会制作统一的债权申报文书，如债权申报通知书及填写须知、债权申报表等等。有财产担保债权人在收到管理人送达的债权申报材料后，需仔细

第四十八条 债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管理人申报债权。

2 《中华人民共和国企业破产法》第五十六条 在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。债权人未依照本法规定申报债权的，不得依照本法规定的程序行使权利。

阅读各项内容，严格按照管理人要求的格式填写，如有疑问之处，应及时与管理人联系询问；同时，管理人在破产程序中处于中立地位，并不是债权人或债务人的代理人，因此有财产担保债权人需要按照“谁主张、谁举证”的原则，严格按照证据规则准备债权申报材料 and 证据材料。有财产担保债权人在申报债权时，需明确申报债权所涉本金、利息、违约金等金额，并注明利息、违约金等的计算依据、计算方式和标准；同时声明优先债权的债权性质，注明担保财产的名称、担保的债权金额等，并附相关的抵押/质押权利凭证。这有利于有财产担保债权人维护自身合法权益，避免出现因未明确提出优先权主张而被视为默示放弃，同时也有利于管理人高效地开展债权审查工作，及时出具债权初审意见，避免因反复补正而拖延债权审查确认进程。

二、参加债权人会议，依法行使表决权，维护自身合法权益

在破产程序中，债权人会议是全体债权人参加破产程序进行权利自治的临时机构，行使决议职能和监督职能，是债权人利益的“代言人”。《企业破产法》规定，依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。就有财产担保债权人，除对通过和解协议和破产财产分配方案没有表决权外，对破产程序中的其他事项均可依据债权人会议的职权行使权利，而债权人会议采取的是多数决模式，其形成的决议对于全体债权人均有约束力。因此债权人在破产程序中需要从维护自身合法权益和快速推进破产工作整体进程的角度出发，行使好表决权。

一般情况下，债权人会议所议事项包括：管理人报告其执行职务的工作情况、管理人报酬方案、提请债权人会议核查债权、债务人财产管理方案、债权人会议议事规则、重整程序中《重整计划草案》、清算程序中《债务人财产处置方案和《破产财产分配方案》、和解程序中《和解协议》等等。同时，管理人也会根据破产案件的实际情况，提请债权人会议审议表决某些特殊事项，如应收账款追收

方案、债权人委员会是否设立等等。对于有财产担保债权人来说，参会时需要重点关注的事项有：

1. 管理人提请核查的债权表中载明的己方债权金额、债权性质、担保财产等事项是否有误。如有异议，则依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第八条之规定，及时向管理人提出书面异议，并准备好提起债权确认之诉的诉状和证据材料等，确保在管理人调整后仍不服或管理人不予解释或调整的情况下，能在债权人会议核查结束后十五日内向破产受理法院提起债权确认之诉。

2. 《债务人财产管理方案》中，管理人对于己方享有的担保财产的管理，是否有导致财产贬值、损害财产价值的情形等。

3. 如若是破产重整程序，则需重点关注《重整计划草案》的可执行性和可操作性，己方债权的清偿比例、清偿方式、清偿期限，重整投资人的投资数额、投资方式和期限，重整计划的执行和监督等情形；同时注意各债权组的清偿方式、清偿比例、清偿期限，《重整计划草案》对己方债权的清偿安排是否公平合理等等。

4. 如若是破产清算程序，则需重点关注《债务人财产处置方案》中对债务人财产的处置特别是对担保财产的处置方式是否合法，是否有损担保财产的价值等等，同时关注《评估报告》对债务人财产特别是担保财产的评估结果。

5. 虽然有财产担保债权人对《和解协议》和《破产财产分配方案》无表决权，但有财产担保债权人亦应重点关注。在破产和解程序中关注《和解协议》对己方合法权益是否有损害，是否对其在人民法院裁定和解协议后影响其行使担保物权。在破产清算程序中，需要重点关注《破产财产分配方案》的债权分配方式和分配数额是否损害己方合法权益。

6. 对于个案中管理人提请债权人会议审议、表决的特殊事项，有财产担保债权人需重点关注此方案是否会损害己方合法权益。

对于债权人对债权人会议的决议有异议的救济途径，《企业破产法》第六十四条第二款明确规定，债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起十五日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。因此，有财产担保债权人还需注意此条规定的十五日时效问题。

三、依法恢复行使己方享有的担保权，以确保自身合法权益最大化

对于有财产担保债权人而已，债务人进入破产程序后，对其有利亦有弊。一方面，会拖延己方已享有的担保权利得以实现的时间；另一方面，因债务人破产，管理人招募到竞买人或重整投资人，可能会使债务人财产价值达到最大化，从而提高己方债权清偿率。在破产重整程序中，为使破产企业能够涅槃重生，实现债权人、股东以及相关利害关系人多赢的局面，一般需要企业以其全部或部分资产作为物质基础，而实践中，破产企业的资产大多都已被设立担保，据此，《企业破产法》对有财产担保债权人在破产重整程序中行使担保权作出了限制性规定。

《企业破产法》第七十五条规定，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。据此，有财产担保债权人在重整程序中需特别留意己方担保权是否达到恢复行使的条件，如若达到，则需及时向破产受理法院提出申请。结合 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 112 条的精神，有财产担保债权人恢复行使担保物权需考虑两个因素：

1. 担保物是否是重整所必须。如若担保物不是重整所必需，则管理人或自行管理人的债务人应当及时对担保物进行拍卖或变价，所得价款在支付拍卖、变卖费用后优先清偿担保物权人。此种情形下，如若管理人或自行管理人的债务人未及时对担保物进行拍卖、变卖，有财产担保权人应及时与管理人沟通，如若管理人一直拖延，则应直接向人民法院申请恢复行使担保物权。但考虑担保物是否是重整所必须的主体是管理人或者自行管理的债务人，实践中，尚未对此标准有明确规定的法律依据，因此实务操作中会出现争议。

2. 担保物是否有损坏或者价值明显减少的可能。如若担保物是重整所必需，而又出现了对担保物有损坏或价值明显减少的可能，有财产担保债权人应及时向破产受理法院申请恢复行使担保物权。此时，有财产担保债权人负有举证证明“担保物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害担保权人的权利”这一事实。据此，有财产担保债权人应随时掌握了解担保财产的现状，管理人对担保财产的管理情况，《重整计划草案》中对担保财产的处置方式等等。如若发现担保物有损坏或明显价值减少的可能，足以危害己方权利，可要求管理人提供与减少价值相应担保或补偿，如若管理人未提供担保或补偿，则及时向人民法院申请恢复行使担保物权。

四、加强与管理人沟通，依法监督、督促管理人推进破产工作的开展

破产程序中，债权人有权对管理人的工作进行监督，有财产担保债权人应加强与管理人沟通，了解破产工作的推进情况，在管理人怠于履职时，督促管理人开展各项工作或者提出更换管理人的申请，以维护自身合法权益不受损害。在重整程序中，有财产担保债权人可督促管理人积极监督重整计划的执行，以便其能按照重整计划获得清偿利益；在破产清算程序中，有财产担保债权人可督促管理人在能依法处置债务人财产时，及时对债务人财产进行处置，确保其债权能得到

及时清偿。

破产程序是债权人实现其合法权益的最后保障，因此，有财产担保债权人应及时掌握债务人经营状况，在债务人进入破产程序后，依法依规行使己方享有的权利，以最大化维护和实现自身合法权益。

房地产重整案件中购房人合法权益保护问题

杨浩月 发现律师事务所专职律师

近年来，经济下行加之新冠疫情的影响，房地产行业现金流吃紧，众多小型房地产开发企业因资金链断裂而陷入债务危机，拖欠工程款，在建项目烂尾，社会矛盾激化。在房地产重整案涉及的各类债权人中，购房人属其中人数众多、矛盾最为突出的一类，下面，笔者将从“物”和“债”这两个维度来阐释房地产重整案件中，如何保障购房人的合法权益。

一、继续履行商品房买卖合同

从物这一维度来说，保护购房人的合法权益主要涉及开发商（破产企业）与购房人之间的商品房买卖合同是否继续履行问题，即购房人是否能继续要求取得房屋产权并能将其所购房屋划出债务人财产范围。

根据《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“破产法”）第十八条规定，“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行。”

就开发商与购房人之间的商品房买卖合同，在司法实践中，商品房买卖合同的履行状态多种多样，如开发商开发的房地产项目在竣工验收并交付前烂尾了，在这种情况下，有的购房人已支付了全部购房款，并办理了备案登记；有的购房人虽已支付了全部购房款，但未办理备案登记；有的购房人仅支付了部分购房款，但已办理了备案登记；有的购房人虽已支付了部分购房款，但未办理备案登记等。

不管商品房买卖合同的履行状态如何，如购房人所购房屋具有较大升值空间，则对于购房人而言，继续与开发商履行商品房买卖合同，并取得房屋产权是

对其合法权利的择优保障。但商品房买卖合同所处的履行阶段，也将对购房人的合法权利造成不同影响。情况一：如购房人已履行完毕了商品房买卖合同（如已支付全部房款并履行了附随义务等），此时，管理人不可再依据破产法第十八条规定，决定解除或继续履行商品房买卖合同，而购房人所购房屋也应划出债务人财产的范围；情况二：如购房人未履行完毕商品房买卖合同（如仅支付了部分购房款等），且所购房屋未完成交付，此时，管理人可结合破产案件的实际情况，依据破产法第十八条的规定，决定解除或继续履行商品房买卖合同。如管理人决定继续履行商品房买卖合同，对应购房人应及时根据原商品房买卖合同的约定向管理人补充履行未履行义务（如补缴购房款等），完成购房人一方的商品房买卖合同之义务履行，并积极监督与配合管理人推进重整工作；如管理人决定解除合同，则需要从债这一维度继续阐释购房人合法权益的保护问题，具体详见下文。

二、购房款债权的超级优先性

从债这一维度来说，保护购房人的合法权益主要涉及购房人享有的购房款债权是否具备超级优先性，是否能够优先于其他性质的债权受偿。

（一）破产债权的一般受偿顺序

根据《中华人民共和国合同法》（以下简称“合同法”）第九十七条的规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。开发商与购房人解除商品房买卖合同后，双方因此产生了债权债务关系，在破产程序中，便形成了购房款债权。

根据破产法的相关规定，破产债权一般分为有财产担保债权、职工债权、税款债权和普通债权，而不同的破产债权因其债权性质不同而致其受偿顺序也不同，一般来说，有财产担保债权就破产企业的特定财产优先受偿，职工债权优先

于税款债权受偿，税款债权优先于普通债权受偿。举个例子，比如 A 公司破产了，经管理人清理，A 公司剩余资产价值共计 100 元，其中，价值 50 元的资产抵押给了 B 银行。A 公司欠 B 银行 50 元，欠职工 20 元，欠税务局 20 元，欠其他普通债权人 100 元。那么 A 公司的资产应该怎么分配呢？首先，应该是价值 50 元的抵押物先偿还给 B 银行，剩余 50 元先支付欠付的职工薪酬 20 元，再支付欠缴的税款 20 元，最后剩余 10 元由所有普通债权人分配，由于普通债权的总额为 100 元，那么普通债权的清偿率为 10%。

（二）购房款债权超级优先性的法律依据及适用条件

根据合同法第二百八十六条规定，“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”“二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称“九民纪要”），“根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条、第2条的规定，交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，故抵押权人申请执行登记在房地产开发企业名下但已销售给消费者的商品房，消费者提出执行异议的，人民法院依法予以支持。”

综上，结合各部门法的相关规定，购房款债权、建设工程款债权属特殊的破产债权，其中，购房款债权在一定条件下具有超级优先性。因此，房地产重整案中的破产债权清偿顺序如下：满足一定条件的购房款债权优先于建设工程款债权受偿；建设工程款债权优先于有财产担保债权受偿；有财产担保债权就特定财产优先于职工债权受偿；职工债权优先于税款债权受偿；税款债权优先于普通债权受偿。在司法实践中，具备超级优先性的购房款债权需满足的条件可参照九民纪要第 125 条的规定，即，第一，需是在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；第二，所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；第三已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。当然，可参考并不等于须完全照搬，管理人可根据房地产破产企业的实际情况调整相关的标准。

（三）不具备超级优先性的购房款债权的保障

对于不在管理人决定继续履行商品房买卖合同范围内，且不享有购房款债权超级优先性的购房人，其与开发商解除商品房买卖合同后，对应的购房款债权属于普通债权，该债权与其他普通债权在同一顺位上进行受偿。在司法实践中，这一结果往往让此类购房款债权人难以接受，因此，一方面，需要管理人、甚至法院投入大量的时间和精力细心、耐心地对相关购房人进行疏导与解释；另一方面，在条件允许的情况下，结合不同房地产重整案的实际情况，探求寻找切实可行的解决方案，如投资人在今后的房屋销售过程中，是否能对此类购房人给予一定程度上的优惠等。

试议破产程序中共同偿还责任与连带清偿责任的区分

邝习勤 发现律师事务所合伙人律师

借款合同之债是管理人审查破产债权中常见的债权种类之一，借款合同关系中又存在共同借款、连带保证担保责任等诸多法律关系。由于现行法律、法规未能涵盖所有实务问题，就共同借款及连带保证担保责任法律关系项下的偿还责任的区分存在分歧，对破产债权的审查及相关债权人主张债权的方式等形成一定影响。笔者近日在承办一起破产清算案件中，遇见如下一起案例：

A 和 B 作为共同借款人，向银行贷款 1 亿元，贷款期限为一年，利息按月支付，贷款到期一次性还本；C、D、E 为 B 的关联公司，为上述贷款承担连带保证责任，并与银行签署了保证

合同；A 以其土地使用权及地上建筑物、生产设备为上述贷款提供抵押担保，其中土地使用权已取得使用权证并办理了抵押登记，地上房产未取得房屋所有权证，生产设备的抵押未在工商局查询到抵押登记的信息，上述抵押均与银行签署了抵押担保合同；C 以其土地使用权为上述贷款提供抵押担保，并办理了抵押登记，与银行签署了抵押担保合同，C 的土地使用权已取得土地使用权证，土地上的房产未取得房屋所有权证；A 于 2019 年 12 月被法院裁定受理破产，受理破产时上述贷款的借款期限尚未届满，银行向 A 的管理人申报了债权，并主张相应的抵押优先权；A 进入破产程序后，银行为保持系统内该笔贷款的正常，与共同借款人 B 达成延期还款协议。

上述案例中涉及诸多法律问题，如：A 和 B 是否是实质意义上的共同借款人？管理人应如何认定银行申报的债权？银行主张抵押权的依据是否充分？银行与 B 达成延期还款协议会造成什么样的法律后果等。由此，引发笔者思考，在破产程序中管理人应如何认定共同借款债权，债权人应如何主张其共同借款债

权呢？现结合以上案例，试作如下分析。

一、 共同偿还责任与连带清偿责任

顾名思义，共同借款项下的偿还责任可以理解为“共同偿还责任”。我国现行相关法律、法规中没有关于“共同偿还责任”概念的直接规定，从民事主体行为目的来考量，多个民事主体之所以愿意共同偿还债务，是因为该债务系多个具有特殊关联关系的民事主体共同所为，但我国现行法律制度中，关于多数人之债并无“共同偿还责任”一说，而相类似的规范也只有夫妻共同债务的规定。《中华人民共和国婚姻法》第四十条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”从而提出了“共同偿还”这个概念，而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十五条规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。”据此，有学者便认为共同偿还责任就是连带清偿责任，在审判实践中，裁断者亦将共同借款人所应承担的责任表述为连带清偿责任。从责任的最终落实结果来看，共同偿还责任与连带清偿责任都会产生义务人最终向债权人承担部分或全部给付责任的法律后果，但两种责任却是完全不同的法律概念。现实应用中，因为两种责任产生的后果可能大为相似，导致两种概念的混淆。出于对债权人利益最大化保护的倾向性思维，裁断者往往会将共同借款人应当负担的共同偿还责任推定为连带清偿责任进行处断。笔者认为，将共同借款人本应承担的共同偿还责任当然的推定为连带清偿责任，有肆意加重共同借款人责任之嫌，而且也与法治理念相悖。《中华人民共和国民法通则》（本文以下简称《民法通则》）第八十七条规定，共同债务人要承担连带责任，须有“依照法律的规定或者当事人的约定”的前提条件，而《中华人民共和国民法总则》第一百七十

八条也明确规定“连带责任，由法律规定或者当事人约定。”也就是说，共同借款人要承担连带清偿责任，必须要有法律的规定或者当事人的约定，意即法律禁止推定成立连带责任。

本案例借款合同中，B公司作为A公司的股东，二者存在关联关系，均作为独立民事主体并以自己的名义与银行签订借款合同，银行与A、B公司之间形成了借款合同权利、义务关系，银行系借款合同之债权人，A、B公司则构成形式意义上的“共同借款人”，而所借款项均由A公司使用，那么B公司应当向银行承担共同偿还责任还是连带清偿责任？笔者认为，从该借款合同的形式来看，B公司应当向银行承担共同偿还责任而非连带清偿责任。原因主要在于，连带责任须依法律规定或当事人约定，共同借款人承担连带清偿责任本就没有直接的法律依据予以支持，而该借款合同中也未见B公司承担连带清偿责任的约定，可见，B公司应当向银行承担共同偿还责任而非连带清偿责任。虽然在债权的实现过程中，共同偿还责任与连带清偿责任最终会“殊途同归”，都会导致B公司承担同等额度的清偿责任，但区分二者的概念却对之后出现的A公司破产程序具有现实意义。

二、区分共同偿还责任与连带清偿责任对破产程序中债权申报的影响

在破产程序中，债权人既可以向管理人申报债权，也可以同时向连带责任保证人主张债权，也就是说申报债权并不能阻却债权人向负有连带责任的保证人主张债权实现，这也是破产程序认可的通行做法。那么，债权人在申报债权的同时，能否同时向未进入破产程序的共同借款人主张债权呢？在这里，我们就能感受到区分共同偿还责任与连带清偿责任在破产程序中的价值所在。在本案例借款合同中，A、B公司作为共同借款人，其中A公司进入破产程序，银行作为债权人一方面向A公司管理人申报债权，同时又向B公司主张同一债权是否具有合法性

呢？笔者认为，A、B 公司构成借款合同中的共同借款人，B 公司对银行应当承担共同偿还责任而非连带（保证）清偿责任，在法律没有明文规定的情况下，银行一方面向 A 公司管理人申报债权，同时又向 B 公司主张同一债权并没有法律依据予以支持。我们知道，本案例借款合同中的款项实际为 A 公司所用，银行之所以更愿意将 B 公司列为共同借款人而非连带责任保证人，无非就是想降低贷款回收风险，但银行方面却忽略了共同偿还责任和连带（保证）清偿责任的区分对破产程序潜在的影响。一般情况下，对于债权人来讲，共同偿还责任的安全性是高于连带（保证）清偿责任的，但在破产程序介入的情况下，尤其是在本案例的特殊情形下，共同偿还责任

反而给债权人带来了风险点。假设 B 公司并非 A 公司的共同借款人，而是连带责任的保证人，

那么银行作为债权人一方面向 A 公司管理人申报债权，同时又向 B 公司主张连带责任以实现债

权则具有了当然的合法性。

三、区分共同偿还责任与连带清偿责任的现实意义

对于破产管理人来说，在债权审核认定程序中正确区分共同偿还责任与连带清偿责任具有现实意义，这也是管理人审慎义务所使然。一般来讲，承担共同偿还责任的共同债务人之间不存在追偿的后续法律关系，而承担连带清偿责任的债务人之间则存在追偿法律关系。正如本案例借款合同中的 A、B 公司之间，假如在 A 公司进入破产程序后，银行向 B 公司主张债权，B 公司履行了部分或全部债务，那么 B 公司能否向 A 公司行使追偿权呢？如果能行使追偿权，那么是否有法律依据予以支持呢？如果不能行使追偿权，那么 A、B 公司作为关联公司，是否又构成

了财产混同呢？假如 B 公司承担的连带清偿责任，那么这些问题都可以找到法律依据，进而找到答案，假如 B 公司仅承担共同清偿责任，那么以上问题仍需我们认真加以分析，或者需要从立法层面才能找寻到答案。由此可见，正确区分共同偿还责任与连带清偿责任对于管理人确实具有重大意义。

对债权人来说，正确区分债务人应当承担共同偿还责任还是连带清偿责任同样具有现实意义。从本案例分析中就可以看出，有共同借款人的借款合同法律关系中，其中一个共同借款人进入破产程序，而另一个共同借款人仅承担共同偿还责任而非连带（保证）清偿责任的前提下，债权人既申报债权同时又向另一共同借款人主张实现债权存在现实的法律障碍。债权人应当以此为鉴，完善类似借款合同，防患于未然，以实现己方利益保护的最大化。

本文中引用的案例涉及的法律关系较多，篇幅所限无法逐一剖析，笔者仅从共同偿还责任

本文中引用的案例涉及的法律关系较多，篇幅所限无法逐一剖析，笔者仅从共同偿还责任与连带清偿责任的区分角度提出拙见，仅代表个人观点，欢迎交流指正。

破产重整中处置未按期申报债权的三种模式

李林硕 发现律师事务所律师助理

一、问题的提出

破产重整被誉为破产程序现代化的标志，2006年我国首次将其作为独立的程序之一，和破产和解、破产清算并列设定于修订后的《企业破产法》之中，弥补了旧法的缺失。十多年来，大批危困企业因此得以维持自身的营运价值，进而走上复兴之路；无数债权人、股东、供应商、职工乃至社区的利益也获得了比之破产清算更充分的保障。随着实践的推进，一些立法和理论问题逐步显现，如何处置未按期申报债权就是一例。一方面，学界对此关注不多，有的学者仅停留在“提出问题”的层面而没有作更深入的思考；另一方面，实务界对此各自采取了权宜性的应对手段，但并不能从根本上弥合多方利益的冲突。例如，在2012年ST宏盛破产重整案件中，提请表决的重整计划草案为未按期申报债权预留了8000万元偿债资金。对此，债权人要求债务人进行解释说明，而债务人无法给出圆满答复，因为支持该做法的直接法律依据本就不存在。

在处置未按期申报债权的问题上，各国形成了三种制度模式，这三种模式又无一例外地体现在我国立法的不同阶段：一是绝对严格模式；二是绝对宽松模式；三是相对折中模式。所谓“绝对严格模式”，是指债权人一旦未按期申报债权，即直接丧失实体权利的做法；“绝对宽松模式”，是指无条件允许此类债权人进行补充申报，并赋予其和按期申报债权同等处置待遇的做法；“相对折中模式”，是指为补充申报债权设置承认条件，尤其是对债权人存在故意或重大过错的情形予以区分。无论是绝对严格模式还是相对折中模式，都可被归纳为广义的“债务人本位模式”，也就是倾向于尊重重整企业的正常运转和重整程序的有序执行；相比而言，绝对宽松模式则为债权人利益提供了时间上更具延展性的实现途径，符合破产法的传统价值取向。应当确定的是，我国立法过去曾在以上三种模式间

做出了不同的取舍，而未来必然会以其中之一作为制度设计的最终选择。

二、绝对严格模式

区分不同的立法选择属于何种模式，标准在于其为未按期申报债权的受偿设置了什么样的障碍和条件。在采绝对严格模式的立法条例中，有的一律不允许此类债权受偿，有的要求债权人承担较重的举证责任，有的则对受偿条件作了非常狭窄的限定，相当于将破产重整程序中债权补充申报的期间规定为破产重整程序执行完毕之前。如《美国联邦破产程序规则》第 3003 条（c）（2）规定，未被债务人表列的或有疑义的债权人必须举证，否则在破产财产分配程序中将被不认可。《法国商法典》第 L. 622 - 26 条第 1 款规定：“在规定期间内未申报的债权人，将无权获得破产财产的分配，除非该债权人未按期申报并非由于自身原因，或是源于债务人在根据《法国商法典》第 L. 622 - 6 条制作破产债权表时有意遗漏，特派法官对债权人的失权予以撤销。”而根据《法国商法典》第 L. 631 - 14 条第 1 款，该规则也适用于破产重整程序。而且，这种未按期申报债权不仅在破产重整计划执行期间“不得对抗债务人”，“在该计划执行完毕后（债务人已经履行了计划中的承诺或法院确定的条件）”也“不得对抗债务人”。我国台湾地区“公司法”第 311 条第 1 项亦持非常严格之立场：“公司重整完成后……已申报之债权未受清偿部分，除依重整计划处理，移转重整后之公司承受者外，其请求权消灭；未申报之债权亦同”。换言之，未按期申报债权在破产重整完成后，其请求权归于消灭，不得再依之前的法律关系来主张。

这种模式也一度体现在我国 1986 年版本的《企业破产法》中。其中规定：“……逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。”修法后，尽管破产重整程序对债权人宽缓明显，但破产清算程序的补充申报期间依然是“破产财产最后分配前”，对晚于此时再申报的将不予受理。破产清算程序中，破产财产最后分配后，再申报的债权将无财产可供清偿；同时，管理人和债权人委员会在破产终结后均

履职完毕而解散，完全为补充申报债权人一方的利益再行组织成本太高，相关人员并无为其提供单独服务的动机和依据，以经济分析视之也不具可行性与正当性。

在破产重整的背景下，绝对严格模式也具备充足的制度空间。第一，有利于尽早稳定法律关系。重整程序的自治性要求债务人、债权人不能像清算程序一样仅仅停留在被动地接受管理人主导，还要更多地主动制定经营策略、寻求融资和恰当处分财产，要求可能的投资人基于准确的信息披露对重整企业建立准确的判断，要求司法机关更有力地把握当事人协商结果和社会效益的平衡。无论是将申报的期限确定为重整计划执行完毕还是整个程序中的某个其他节点，一个具体的期间都能够尽快使法律关系确定下来，帮助当事人形成合理的预期，既有助于破产程序的高效进展，也便于凝聚各方共识。质言之，是有助于重整计划不但能被债权人会议通过，能被法院批准，还能得到实质执行。第二，如果不采取绝对严格的限制，破产重整程序终结后被迫再度启动，因此而产生的巨大的费用开支和维护极少数债权人的利益不成匹配，造成资源浪费的同时，也和破产法之“社会本位”的价值取向南辕北辙。

然而，从法理上讲，债权人未在债权申报期间申报债权，并不构成其丧失实体权利的充分条件。而在我国经济、政治和司法制度的现实下，对债权人行权提出较高的要求似乎还并不具有合适的土壤。经济上，合法债权无法得到清偿可能带来扩大效应，如造成债权人的资金链断裂、经营危机甚至对相关产业形成负面影响；政治上，企业破产制度本身就的保障社会稳定作为目的之一，畸形的债权债务关系显然应尽力消除；而在司法制度层面，“案多人少”已经成为近年来各级法院要面对的普遍问题，新一轮司法改革推行的法官额制和终身责任制似乎又迫使入额法官在个案上投入更多的精力。此消彼长间，也很难要求法院对破产案件的每个程序都进行非常细致的审查，间接增加了债权人由于非自身原因而未

能及时申报的可能性。倘若立法一味地将管理人、债务人乃至法院出现过失的潜在风险交于债权人全部承担，甚至对没有过错的债权人施加惩罚，显然不能令人信服。

三、绝对宽松模式

自新《企业破产法》颁布以来，绝对宽松模式就始终是我国破产重整程序在处置未按期申报债权问题上做出的路径选择，而这在世界各国破产法中尚属孤例。新《企业破产法》第92条第2款规定，“债权人未依照本法规定申报债权的，在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。”其含义是：对于未依照本法规定申报债权的债权人，不允许其在重整计划执行期间行使权利；同时，为了保证其实体权利不因此丧失，赋予债权人在重整计划执行完毕后按照同类债权的条件获得清偿的权利。如果说绝对严格模式完全弃未按期申报的债权人的利益于不顾的话，那么绝对宽松模式就是维护此类债权人获得受偿不受任何因素的阻碍，包括正当理由、举证责任、债权人会议或法院的批准、重整企业异议等。事实上，只要此类债权人等到重整计划执行完毕，便无需经历此前破产程序的各种阶段，就能取得和其他债权人完全相同的地位与待遇。

绝对宽松模式对相关债权人极端的维护，造成了理论上的诸多矛盾和漏洞。笔者甚至认为，即便放眼整部《企业破产法》，第92条第2款都是最应该被修订的条款之一。因为本条虽然问题明显，但修订成本并不高，也不会对破产重整程序中各方既有的行为习惯产生较大的影响。

第一，绝对宽松模式与基础性法理相悖。寻找该模式的理论基础，很有可能是对“违反申报期间不应遭受实体权利丧失”这一原则的坚持陷入了绝对化的误区。对其不加条件的适用，已经违反了“责任与过错成比例”的一般性法理，在私法语境下也不符合最基础的公平性要求。参照我国民法关于诉讼时效和除斥期

间的规定，违反期间必然会带来法律上的不利后果，要么是胜诉权的丧失，要么是实体请求权的消灭。退一万步讲，即便立法拒绝将不按期申报债权一概视为过错情形，也应当对其进行原因或者期限上的区分。

第二，绝对宽松模式不符合破产法的立法目的和基本原则。随着市场经济理念的不断发展现代社会视破产为一种正常的经济和社会现象，破产法的立法目的已经从单一的满足债权人偿债需求扩大到对债务人的同情、救济和对其正当利益的保护，其中就包括对重整企业未来发展权的充分尊重。实践中，清偿补充申报债权的资金原则上应来源于重整企业后续经营所得而不得提前预留，往往会加重债务人重新开始营业的难度，从而降低重整成功的可能，这种为债权人利益而牺牲债务人权益的做法已经偏离了破产法的立法初衷。同时，绝对宽松模式也不符合破产免责原则，还会间接损害债务人主动启动破产程序的动力。

第三，绝对宽松模式的漏洞为债权人“预留”了明显的利用空间。在不预留偿债资金的前提下，绝对宽松模式几乎必然导致债权人恶意补充申报。通过事先隐瞒债权，债权人故意降低正常申报债权的数额，从而提高破产重整计划中对普通破产债权的清偿比例；在重整计划执行完毕后，再要求债务人按照较高比例对补充申报债权进行清偿。不但是债务人要被迫从后续的经营资金中进行提取、还债，其他债权人也可能因此承受不利的后果。尤其在“债转股”背景下，无论对未按期申报的债权人采取何种补偿方式，都不免让全体债权人遭受损失。也就是说，此处出现了“无过错方补偿过错方”的谬论，假如补充申报债权数额过高，甚至会导致重整程序中各方的所有努力前功尽弃。

第四，绝对宽松模式缺乏对投资人的保护，损害投资积极性。投资人是破产重整程序中重要的推动方，通过大笔资金、先进技术或其他要素的注入，帮助危困企业重新得以周转运营，调整经营范围，淘汰落后产能。可以说，在相当一部分的破产重整案件中，对投资人的招募、审查和选择都是债务人、管理人和法院

工作的重中之重。投资人通过信息的准确披露形成对重整企业投资价值的认识，而在重整计划执行完毕后进行的补充申报将大大破坏投资人先期形成的预期，造成投资收益缩水，既不利于投资人的资金安全，也损害了公平价值。正是由于这种高度不确定的风险的存在，让更多意向投资人望而却步，进而影响我国企业破产制度良性发展，造成极其负面的社会效应。

四、相对折中模式

有赖于对原因、期限的限制和对具体情节的考查，结合配套的制度设计，相对折中模式期望在多方利益中维系平衡。例如，《德国破产法》第 177 条规定，对于未按期申报的债权也应当进行审查，但管理人或其他债权人对此提出异议的，或是在审查期日之后才申报的，破产法院应当指定一个特别审查期日，或命令以书面程序进行审查，费用由迟延人负担。我国也曾一度有过选择相对折中模式的倾向，对旧《企业破产法》绝对严格模式的立场进行了适度的调整。2002 年最高法出台的《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第 24 条规定：“……有《民事诉讼法》第 76 条规定情形的（不可抗拒的事由或者其他正当理由），在破产财产分配前可向清算组申报债权。”在破产清算程序中，对于类似问题的处置也采用了类似的原则：债权人不论何种原因逾期申报债权均可补充申报，只不过要承担增加的费用以及承受破产财产先行被分配的风险。这种风险可能涉及到大额财产损失，比之绝对宽松模式下近乎“零风险”的设计明显强化了对债权人的约束。

相对折中模式并不否认重整程序中任何一方既有的或潜在的利益，显然也无意为某一方强化不必要的风险，而是倾向于发挥法院利益无涉之特征，根据具体情形作出居中裁判，带有一定实体法色彩。精密的制度设计往往导致更充裕的实施空间：例如，引入实质性的中立司法权威，缓和多方利益冲突，促进有利于成功重整的要素充分涌流。不患寡而患不均，相对折中模式的核心要义便是尽可能

拉近债务人（投资人）和债权人的风险收益比，并将其控制在可预期的范围之内。又如，通过风险的设置，可以倒逼债权人关注自己的权利，简化不必要的救济程序。受制于自然环境、交通条件和其他因素的影响，破产程序中债权申报、召开债权人会议等重大事项的通知不能只依赖管理人的工作，还需要发挥债权人自身的权利意识，主动了解、询问而不是一味的被动接受。再如，针对当前司法资源不够充分的现实，一定的条件和门槛设置能够先期过滤一部分争议性不强或本就带有恶意的诉求，从而保证有限的资源得以高效的应用。

笔者认为，结合相对折中模式，对未按期申报的债权应当区别不同情形，给予不同的对待方式，既不可一概作失权处理，也不能为恶意行为大开方便之门。申言之，未来立法可以引入其他部门法中经常使用的根据过错确定责任比例的方式，引入“重大过错”和“恶意”作为考量逾期申报行为的关键要素。即当债权人因故意或重大过失未按期申报债权的，将丧失分配请求权；当债权人因不可抗力或其他正当事由逾期申报的，其权利不受影响；当债权人因一般过失而逾期申报的，可以按照比同类债权更低的条件获得清偿。但无论属于何种情形，是否应当获得清偿、应当在何幅度获得清偿等问题都必须由法院居中裁判予以明确。同时，鉴于目前管理人大多采用个别送达的方式通知债权人申报债权，也可以将债权人逾期申报债权的推定为具有重大过错，受此推定的债权人若想推翻该推定，必须承担相应的证明责任。此外，对补充申报债权的审查和确认引发的额外费用问题，也可以适用同样的判断标准和处理办法。这样的规定既可以制裁和威慑恶意不按期申报的债权人，对有普通过错的逾期申报债权人予以相应的惩罚，又似可保持必要的弹性，对非因自身过错而延误申报的债权人提供应有的理解和关怀。

疫情背景下的破产重整制度对策——以预重整制度为视角

李林硕 发现律师事务所律师助理

摘要：为利益各方提供时间宽限、扩大协商空间是破产重整制度应对疫情冲击的主要思路。近年来在各地逐步开展的预重整制度为此提供了有益的思路和优化方向。正确认识预重整在后疫情时代的特殊价值，在理论和实务工作中不断充实框架细节，有利于帮助更多危困企业完成自救，重获生机。

关键词：破产重整、预重整

一、问题的提出

破产重整制度的设计初衷是通过各方利害当事人的协商，整顿债务人生产经营秩序、清理理顺债权债务关系，使其摆脱财务困境进而得以继续生存。近年来，学界与实务界对《企业破产法》相关制度优化的探索广泛开展，本次疫情带来的一系列问题也为此提供了新的契机。尤其是一些尚未得到实践验证的理论设想，若能有效应对新情况、新挑战，无疑将为我国未来破产法修订提供极具说服力的智慧支持。

受到疫情冲击，一些抗风险能力弱、财务健康水平低、经营隐患突出的企业首当其冲，出现严重的经营困难乃至已经无以为继，需要通过破产重整程序寻求一线生机。然而，至今全国各地经济活动和司法工作尚未完全恢复，疫情的负面影响短期内无法消除，硬性规范和不利条件之间的突出矛盾让破产重整制度在一些地方遭遇运转困境。

例如，随着国内外政治和经济环境提供稳定投资预期的难度逐渐加大，投资人接盘的信心不足和意向减弱将成为一些企业重整的主要障碍。疫情爆发之前正在接洽的投资人可能由于自身深陷经营难题而被迫离场，已经谈妥的投资人也可能要求重新确定投资条件、投资方式和投资内容。实践中，大部分投资人的谈判都要经历漫长的拉锯，往往最终在重整计划九个月期限内的末期方能确定。如果

在此基础上再附加额外的时间投入，很有可能导致重整计划无法按时提交，造成企业被迫转入清算，多方利益因此受损。另外，重整程序耗费时间的拉长，也让经济成本不断增加，提高重整难度。因此，为了尽可能避免出现此类不良结果，有必要寻求其他方案提供补充。

二、预重整制度的比较优势

在我国，预重整制度已经不仅仅属于域外经验，以最高院《全国法院破产审判工作会议纪要》为代表，中央和各地政府与人民法院如温州、深圳、成都天府新区等均已结合本地实际，发布了指导意见和实务指引。2016年中国第二重型机械集团与二重集团（德阳）重型装备股份有限公司重整案等多起采用预重整的案例也取得了良好效果，2018年北京理工中兴科技股份有限公司破产重整案还入选了当年最高法发布的全国十大破产重整典型案例。相比于传统破产重整制度，预重整具有明显的比较优势：

第一，预重整制度有助于降低时间成本。尽管学界对预重整程序通常花费的时间认识不一，但自上世纪80年代至今的大量实务案例确实证明企业能够在提出重整申请和重整计划后的较短时间内脱离破产状态并恢复正常经营。由于预重整程序要求债务人在正式提出重整申请前预先完成债权整理、信息披露、多方磋商、重整计划的提出与表决等多项本应在重整程序内完成的工作，债务人和债权人得以在更多环节保有不受硬性制度过多干涉的自治空间。进入到重整程序后，只需由法院主持听证并裁定批准或驳回重整计划。在美国特拉华州的 Harvest Foods 案中，自重整申请提出到重整计划批准仅耗时 16 天。相比之下，传统破产重整程序的运转往往旷日持久，动辄 2-3 年乃至更长的工作时间带来的不确定性一方面加重了各利益方的忧虑，也在对新形势、新情况的不断适应和修正中浪费人力物力、空置生产资源。在疫情背景下，帮助已经遭遇极大损失的破产企业尽快恢复正常经营通常被作为突出的工作要点。尤其在不稳定的市场环境下，法

院与管理人未必具有足够的专业素养做出有针对性的纾困选择，应当以债务人为核心，在完成必要的债务重组与重整辅助性工作后，“让市场回归市场”。

第二，预重整制度有助于降低经济成本。程序时长的压缩是经济成本降低的直接原因。在传统破产重整程序中，诉讼费用、高昂的管理人报酬、会计师审计费、维持债权人委员会和债权人会议正常运行的必要开销等破产费用从破产财产中优先支付。随着程序拖延日久，这类损失越高。1997年的一项研究表明，类似的直接损失占公司破产前总资产价值的3.93%，也有学者的统计结果为2.8%。相比之下，采用预重整程序的比例仅为1.85%。同时，由于长时间不能恢复正常秩序，加之“破产”对企业声誉、市场形象和盈利预期的直接影响，绝大多数重整企业都不得不面临客户、雇员、商业资源、生产资料与合作机会的流失和贬值。这种间接损失无法通过详尽的数字统计予以呈现，却对企业生存与重整质量的负面效应不可估量。

第三，预重整程序达成的重整计划往往兼备更高质量和现实执行意义，尊重充分意思自治，回归破产法价值。相比于传统破产重整制度，预重整的一大创新就是通过将融资环节前置程序之外，免除了债务人被迫转为清算的压力，为其提供了更平等的协商地位。即使自行融资不成功，债务人仍可在重整程序中寻求管理人、法院乃至政府相关部门的协助，获得多一次重生机会。疫情防控期间的全面经济停摆导致人们在后疫情时代具有更强的储蓄倾向，把财产握在手里以应对类似的黑天鹅事件，把重整企业的生死过多寄托在短时间内融资活动的成败风险太大，不宜作为特殊时期的优先选择。再者，对于破产财产价值高、涉及债权人数量多、范围广、关系复杂、容易滋生群体性事件的企业破产案件，破产管理人需要承担大量精细、容错率低的工作，有时确实无法多头兼顾，按破产法第七十九条之规定在至多九个月内高质量完成重整计划，影响企业重整前景。也正是对这一问题的自发解决，部分债权人、债务人主动引入重整程序前的庭外协商，

以期提升重整效率。而预重整制度借助法院，对庭外协商的单一意思自治提供了规制和固定成果的制度保障，防止债权人在重整计划通过后任意反悔造成程序回转或试图以小部分人钳制大部分人阻碍程序推进，有助于达致二者的有机统一。事实上，破产法的制度设计本就以市场调节和司法干预之结合为主旨，既要照顾到尽可能多债权人的合法权益得以实现，又要克服潜在的“瓶颈”问题与表决短板，兼顾少数异议债权人在法律框架内的行权能力和清偿利益不受侵害，在效率和公平间维持基本的平衡。

三、对策与进路

（一）推动预重整规范和指引的制定工作

迄今为止，预重整制度尚未在我国《企业破产法》及相关法律法规、司法解释中有所呈现，但近年来这一情况有所转变。2018年最高院《全国法院破产审判工作会议纪要》提出探索推行庭外重组与庭内重整制度的衔接。在企业进入重整程序之前，可以先由债权人与债务人、出资人等利害关系人通过庭外商业谈判，拟定重组方案。重整程序启动后，可以重组方案为依据拟定重整计划草案提交人民法院依法审查批准。2019年3月，深圳中院发布《审理企业重整案件的工作指引（试行）》，其中以专章共15条对预重整的标准、时长、管理人职责、信息披露标准等予以详细规定。2019年7月，国家发改委等十三部委联合印发《加快完善市场主体退出制度改革方案》，明确提出“研究建立预重整制度，实现庭外重组制度、预重整制度与破产重整制度的有效衔接，强化庭外重组的公信力和约束力，明确预重整的法律地位和制度内容。”2020年5月，四川天府新区成都法院发布《预重整案件审理指引（试行）》，全文共18条，基本完成了对预重整制度的初步构建。

尽管如此，在尚未正式载入《企业破产法》的情况下，预重整制度的地位仍不能得到广泛承认。已经发布相关规范的多为基层和中级人民法院，辐射范围有

限，不能为更多企业提供足够稳定的支持。近年来，破产法制法修法工作进展不多，短期内取得关键突破的可能性不大。因此，为了及时帮助在疫情中遭到严重打击的各类企业走出难关，可以先通过法规、规章、政府文件、工作指引等方式展开探索，尤其是省一级政府和人民法院应当率先垂范试点，聚点成面，避免个别地级市或区县单打独斗。一方面缓解燃眉之急，另一方面积累实务经验，不断试错，为建立系统完整的预重整制度体系和修订《企业破产法》提供先行智慧。

（二）继续探索完善预重整制度

应当承认，我国预重整制度仍处于初创阶段，框架内有大量细节问题亟待填补，以下作部分列举：

第一，管理人在预重整程序中应当承担的角色需要明确。在传统破产重整程序中，绝大多数专业性工作由管理人完成。而在预重整中，也需要管理人承担除接管债务人以外的《企业破产法》第 25 条规定的一系列职责，尤其是债务人财产调查、辅助各方进行信息披露、促成偿债方案的共识形成、完成协议表决等等。换言之，对于债权人和债务人意思自治的强调必然导致管理人角色在预重整程序中的弱化。但弱化不等于离场，专门的具有担任管理人资格的中介机构仍然不可或缺。实务中，有的法院通过“预立案”的方式指定管理人，有的则由债务人和债权人共同聘请，并在程序衔接时向法院推荐该机构正式担任管理人。因此，管理人应当跟上形势，不断提升自身专业水平，熟悉预重整程序的特点和主要内容，顺利完成各项工作。

第二，协商阶段达成的协议成果的保护措施需要细化。预重整制度的核心在于基于多方意思自治达成的协议或初步偿债方案顺利转化为重整计划，从而节约时间成本和经济成本。这导致了两个结果：首先，重整程序不可能回转到预重整程序；其次，必须有措施专门应对潜在的部分债权人或债务人反言风险，损失当事人时效利益、浪费疫情时期本就十分紧张的司法资源。目前，对反言的防范主

要依赖债权人之间的道德感、行业自律与企业信用的“软约束”，制度化的“防小人”措施尚未形成。对此，未来可以加入类似美国破产法中的“禁止反言”条款，一方面要求债权人服从协议效力，另一方面保护引入的重整资金能够优先受偿。此外，也可以通过诉讼或人民调解确认协议效力。在极端情况下，还可以由法院强行批准固定协议成果。

第三，对债务人在协商阶段的止损方案需要探讨。协商阶段不属于重整程序，债务人在享受权利的同时也无法受到如解除保全、停止计息、执行中止、管理人全面参与诉讼等措施的保护，往往由此导致债务规模扩大，重整难度加大。如果在此阶段获得外部资金支持，新注入资金理论上也应优先用于抵偿既有债务，间接损害融资安全。为了尽可能维护债务人财产和债权人最大限度受偿，可以在扩大债权人委员会规模的同时，以集体工作规则约束个别债权人的诉讼和执行。当确有个别债权人针对债务人主要或关键资产申请强制执行时，此时资产保护优于降低程序成本，应当直接向执行法院申请移送破产审查，启动重整程序。

（三）结合府院联动，提供必要运行保障

破产案件离不开政府和法院的支持与帮助，对适用预重整程序的案件也是如此，需要在项目竣工验收、复工、税收、投资者招募、职工安置等诸多环节争取政策支持，提高成功可能。后疫情时代的重整对调动更大范围的政治、商业资源的需求更为突出，也对府院联动机制法治化提出了更高的要求。目前，各地多组织有关部门负责人员参加的联席会议作为定期解决破产企业问题的主要方式。在未来，可以探索在各级市场监督管理局下成立专门负责企业破产工作的领导小组或二级部门，将参与破产工作的人员、工作制度、工作流程、工作分工固定化，帮助债权人与债务人形成企业重整前景的稳定预期。疫情期间，政府和法院应当引导破产管理业务从业者和已经出现破产原因的企业负责人紧跟政策步伐，将最新的金融、税收和产业政策与破产预重整相结合，充分发挥府院联动的制度优势，

为企业重整工作保驾护航。

参考文献

- [1]张婷、胡利玲：《预重整制度理论与实践》，法律出版社 2020 年版。
- [2]联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》（中文版），2006 年纽约。
- [3]王佐发：《预重整制度的法律经济分析》，载《政法论坛》2009 年第 2 期。
- [4]潘光林、方飞潮、叶飞：《预重整制度的价值分析及温州实践——以温州吉尔达鞋业有限公司预重整案为视角》，载《法律适用》2019 年第 12 期。
- [5]胡利玲：《困境企业拯救的法律机制研究——制度改进的视角》，中国政法大学出版社 2009 年版。
- [6][美]查尔斯·J.泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社 2017 年版。

浅析“执转破”启动模式

廖子瑜 发现律师事务所律师助理

执行案件移送破产审查（以下简称“执转破”）是人民法院为适应经济新常态，破解“执行难”，推动破产审判业务发展，在司法工作机制上的创新应用。

“执转破”工作开展至今，理论界与实务界讨论热烈。从可搜寻文献来看，不少学者对“执转破”析毫剖厘，以学术理论为基底提出规制路径。同时，不乏许多法官特别是沿海发达地区法官提炼审判经验，对“执转破”实务难点贡献解决思路。

一、意思表示要件之探讨——是否引入依职权启动模式

从各地法官统计的数据来看，目前“执转破”实践结果都不算差强人意，追本溯源“执转破”启动面临困境。而启动困境里讨论最为集中的，是“执转破”的意思表示要件。《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》）第2条第2款规定，“执转破”启动条件之一是“被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查”，即申请主义启动模式。

关于是否应引入依职权启动模式，王欣新（2014）、郭蓉（2016）、徐阳光（2016）等人持肯定观点：依职权对已丧失清偿能力的企业法人启动破产程序，不会影响其他当事人包括债务人的合法权益；构建法院依职权启动执行破产程序，作为当事人申请主义原则的有益补充，是完善和落实执行转破产制度的可行路径；依职权启动模式对清理“僵尸企业”、去除过剩产能具有重要的意义，这也是建立和完善执行退出机制、解决“执行难”的客观需要。沈德咏（2015）等人则持否定观点：破产法是典型的商法，规定法院依职权启动破产程序不符合私法自治和私权处分原则；从现行《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破

产法》)规定看,破产程序的启动采取申请主义,以当事人具有启动破产程序的意愿为前提,确立强制性移送破产制度,缺乏法律依据。王富博(2017)综合前述肯定观点与否定观点,对《指导意见》第2条第2款立意做出了解释:《破产法》兼具司法属性与社会法属性,在“僵尸企业”层出不穷、市场主体退出机制失灵的情况下,国家公权力适当介入和调整破产程序的启动,作为申请主义的补充,具有必要性和正当性;但引入以职权启动模式涉及对《破产法》的突破问题,有违合法性原则;以司法解释或司法政策形式突破现行法律规定有所不妥,故不同意采用职权主义。

不过自《指导意见》生效以来,理论界和实务界对引入依职权启动模式的呼声依旧很高,并纷纷提出优化“执转破”启动模式的方案。赵泽君(2017)、林洋(2017)统计相关案件数据,得出《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)以当事人同意为启动条件,实质造成“执转破”程序适用率低的实践的结论;依职权启动模式具有合理性,采用职权主义下的职权移送主义,增加执行法院职权启动“执转破”程序,废除《民诉解释》第516条中的倒逼机制,并在职权移送主义启动框架下重塑规则。丁海湖(2017)、田飞(2017)综合解读《民诉解释》《指导意见》《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行规定》),指出当前“执转破”操作模式本质上是当事人申请主义,但具有一定职权主义色彩;原则上执行不能时,若当事人不同意移送的,法院可以依职权移送,这种移送应当被视为一种执行措施,赋予当事人异议权。刘旭东(2019)认为引入职权主义作为申请主义的补充,令国家公权力得以有条件地介入到执破衔接的过程中具备合理性与实践必要性;不过二者的并存极易发生职权主义侵蚀申请主义的不良现象,最高人民法院可以进一步通过司法解释或其他方式明确上述问题的解决路径;执行法院需应严格按《指导意见》征询当事人意见,当事人反对移送而依

职权启动的，应赋予当事人异议权作为抗衡职权主义的措施。

二、域外“执转破”启动模式示例

前述作者论证观点时或多或少提及域外相关立法与机制，域外各地因社会背景与法制发展差异，“执转破”启动模式不尽相同，现例说一二。第一，台湾地区《台湾破产法》第60条规定：在民事诉讼程序或民事执行程序进行中，法院查悉债务人不能清偿债务时，得依职权宣告债务人破产。台湾地区对“执转破”规定较明确，是典型的依职权启动模式。王欣新（2015）对此评价为：台湾是完全市场经济体制地区，可见即使完全市场经济条件下也有可能需要依职权解决破产案件启动的问题。大陆地区“执转破”启动思路应是建立主导制度，在适当情况下法院依职权启动破产程序。第二，德国《破产法》第13条规定：破产程序仅经申请而开始。德国“执转破”是典型的申请主义启动模式，法院不能依职权启动。同时，德国《破产法》中对当事人权利保护较为细致，例如：破产启动裁定作出后，债务人可以通过启动立即抗告来撤销；如果债权人提出启动申请，应听取债务人意见。第三，美国《美国联邦破产法典》规定破产程序仅以当事人申请开始，不允许法院或其他机构依职权发动。美国“执转破”只能由债务人申请启动，债务人向破产法庭提出破产申请便可启动自愿破产程序。同时，美国较早设立专门的破产法院，由专门的破产法官负责破产案件，以保障审理机构的专业性。

域外“执转破”启动模式及配套机制，精华的移植要考虑在我国的生存土壤。从经济社会背景来看，当前社会主义市场经济体制改革深化、法治化营商环境优化，我国坚持一元的当事人申请主义或依职权启动都是厚此薄彼。从法制发展来看，比较大陆法系与英美法系，最有利于我们移植且能使制度发挥最大功效的应该是大陆法系的有益实践。例如德国“执转破”启动过程重视对当事人的权利救济，若当事人不同意移送破产审查的，法院可以依职权移送，同时赋予当事人异

议权和听证权等权利，这未尝不是“执转破”启动模式优化的路径。

三、我国一元“执转破”启动模式待修正

回归我国“执转破”启动模式的讨论，从应对“执转破”启动困境的诉求出发，引入依职权启动模式具有必要性。一方面，具有申请启动“执转破”资格的主体各怀症结。《指导意见》第2条第2款规定，具有申请启动资格的主体为申请执行人与被执行人。从申请执行人的角度来看，第一，多数申请执行人以朴素的一般人观念认为，“破产”意味被执行人“死亡”，“理性经济人”选择继续执行以追求利益最大化；第二，即使申请执行人经法院询问后理解破产审判内涵，破产为一次性公平清偿，执行则是无限期个别清偿，选择前者可能使受偿比率降低，故申请执行人缺乏申请启动“执转破”之动力。从被执行人的角度来看，也是以朴素的一般人观念为视角，“破产”势必影响企业法人社会形象，加之对接管财产等担忧，被执行人不会轻易同意启动“执转破”。另一方面，“执转破”的目的不仅在于解决个别企业同其债权人之间的债务关系，从长远以及社会效益的层面上来看，“执转破”的创设也是为解破解“执行难”，推动破产业务审判，化解产能过剩，实现市场的优胜劣汰与良性发展。因此，肯定观点认为以依职权启动模式作为申请主义模式的有益补充，源于制度设计和理论实践的双重需要。从可搜寻文献内容来看，支持肯定说的人也是占据多数。

同时，否定观点的理由也不容忽视。引入依职权启动模式不能突破合法性原则，如此，对“执转破”启动模式的修改应与其他法律问题一同在法律框架下进行全面全盘设计。前述为优化“执转破”启动模式提出的方案，有的建议废除《民诉解释》中的倒逼机制，有的提倡完善当事人权利救济，有的希冀最高法通过司法解释等路径进一步解决，均是推动“执转破”启动的一个侧面。学者的意见不一定成为推动“执转破”启动的标尺，但一定是对制度整体进行改革的重要参考。目前，《破产法》正在筹备修改，立法治理僵尸企业是一大方向，理论界与实务

界的有益经验能为“执转破”解决启动难题助力。

参考文献

- [1]王欣新.破产与执行程序的合理衔接与转换[A].王欣新,郑志斌.破产法论坛(第九辑)[C].北京:法律出版社,2015.
- [2]韩蓉,徐阳光.执行不能转破产之问题与对策研究[A].王欣新,郑志斌.破产法论坛(第十二辑)[C].北京:法律出版社,2016,313.
- [3]沈德咏.最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(下)[M].北京:人民法院出版社,2015:1364.
- [4]王富博.《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》的理解与适用[J].人民司法(应用),2017(10):44-52.
- [5]赵泽君,林洋.“执转破”程序启动模式的分解与重塑[J].政法论丛,2018(03):63-73.
- [6]丁海湖,田飞.“执转破”操作模式及相关实务问题研究[J].法律适用,2017(11):27-33.
- [7]刘旭东.执破衔接视阈下“执转破”要点透视及规范进路[J].河北法学,2019,37(04):172-184.
- [8]吴传颐.比较破产法[M].北京:商务印书馆,2013:159.
- [9]王欣新.破产与执行程序的合理衔接与转换[A].王欣新,郑志斌.破产法论坛(第九辑)[C].北京:法律出版社,2015.
- [10]廖丽环.洛克同意论对执转破程序启动要件的端视与修正[J].南海法学,2017,1(05):24-34.
- [11][德]莱因哈德·波克.德国破产法导论(第6版)[M].王艳柯译,北京:北京大学出版社,2014:62.

就四川自由贸易试验区人民法院《预重整案件审理指引（试行）》引发的思考

李玉春 发现律师事务所专职律师

为充分发挥破产重整制度，完善庭外重组和庭内重整的衔接机制，2020年5月，四川自由贸易试验区人民法院发布《预重整案件审理指引（试行）》（以下简称“指引”）。该指引作为四川省法院系统第一个对预重整制度进行细化规定的规范性文件，分别对预重整程序的启动、临时管理人的指定、预重整期间的保全等进行了相关规定。故值此机会，笔者特站在法律服务中介机构的角度，就该指引的部分内容撰写下文，以供大家探讨。

一、该指引扩充了债务人申请破产重整的方式

根据《中华人民共和国企业破产法》和《全国法院破产审判工作会议纪要》，除程序转换和执行转破产案件外，传统的债务人申请破产重整主要包括下面三个步骤。第一，债务人递交破产重整申请材料：包括但不限于向法院提交破产重整申请书、主体证明文件、股东会决议、债权清册、债务清册、职工安置预案、重整可行性分析方案、审计报告、评估报告（部分法院要求提交）等。第二，法院举行听证：按照相关规定，对于债权债务关系复杂、债务规模较大，或涉及上市公司重整的案件，法院可以组织申请人和被申请人进行听证。但实务操作中，因破产重整社会代价大，成本高，法院一般会举行听证程序。第三，法院依法审理后决定是否受理：法院在接受债务人破产重整的申请后，会根据债务人实际资产状况、技术工艺、生产销售、行业前景等，对债务人的重整价值和挽救可能性进行认定，并作出是否受理破产重整的裁定。

但根据本指引第二条、第十二条的规定，若债务人书面承诺接受临时管理人调查监督，履行预重整义务，法院即可以决定对债务人进行预重整，后再根据临

时管理人在预重整期间作出的分析意见，决定是否受理破产重整申请。相关规定意味着间接的扩充了债务人申请破产重整的方式，即债务人想通过自身启动破产重整程序的，除传统的债务人直接申请外，还可以通过预重整转重整的方式。和传统的债务人直接申请相比，预重整转重整也具有自己独有的优势，如一定程度上可以简化重整申请材料，节约前期费用（如审计或评估费用）。同时，对受理法院而言，也可将重整价值的认定放到预重整阶段，降低前期审理难度，缩短前期审理时限。

站在法律服务中介机构的角度，该指引扩充了债务人申请破产重整的方式，实务操作中，综合债务人时限要求、前期资料提交难度、法院受理难度、资金周转难度、投资人沟通情况等，可灵活采取以预重整转重整的方式代替债务人直接申请进入破产重整。但值得注意的是，因法院决定债务人进入预重整的时限尚无明文规定，且该指引本身存在地域限制，在其他法院对预重整转重整的态度并不明朗的情况下，实务操作过程中，以预重整转重整的方式能否直接实行还具有较大浮动空间。

二、该指引改变了传统的管理人指定方式

根据《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》，人民法院一般是通过轮候、抽签、摇号等随机方式公开指定管理人。但该指引第三条规定，若债务人、主要债权人、重整投资人协商一致，可选择已编入破产管理人名册的机构担任临时管理人，在破产重整申请受理后，法院可指定该临时管理人作为破产重整案件的管理人。上述规定意味着该指引改变了传统的管理人指定方式（即轮候、抽签、摇号），增加了预重整期间临时管理人可直接担任后期管理人的规定。

站在法律服务中介机构的角度，伴随着该指引的出台，前些年备受争议的“在破产申请受理前为企业提供预重整等专项顾问服务的中介机构，在企业进入破产

程序后，是否与破产案件有利害关系而不得担任管理人”终于有了明确答案，即为债务人提供预重整服务的中介机构不视为后期管理人选定的限制条件。故实务操作中，法律服务中介机构在为债务人、债权人或者投资人提供前期破产筹划服务时，可根据资产负债的实际体量，资产受限情况，债权人清偿比例，案件难易程度，管理人报酬等据实决定是否要通过前期破产筹划业务扩展后期管理人业务，以获取更高额的管理人报酬。

三、该指引对必要的担保费用如何认定和处理暂不明确

该指引第八条规定，预重整期间，对于可能因利害关系人的行为或其他原因影响破产重整程序依法进行的，法院可依临时管理人、债务人、债权人申请，裁定对债务人的全部或者部分财产采取保全措施。债权人申请保全的，法院可要求其提供担保。实务操作中，因临时管理人、债务人申请法院保全并不存在直接的经济对价，故在此不议。但针对债权人申请保全的情形，因可能存在担保，那么因申请保全产生的必要担保费用后续应如何认定和处理呢？该指引并未明确。

综合现有法律框架，实务操作中不排除后续会出现以下三种情形：第一，债权人将必要担保费用当做破产申请受理前产生的费用依法向管理人申报，后管理人作为普通债权予以确认，但因破产程序本身的特殊性，上述费用最终的实际回收率存在不确定性。第二，因债权人提供担保是为保全债务人的全部或者部分财产，以确保破产重整程序的依法进行，实际代表的是全体债权人利益，故参照“入库规则”，作为共益债务随时支付。第三，相关费用在预重整方案中通过各方预重整参与人予以协商确认，后按照预重整方案载明的内容认定其金额和性质。

站在法律服务中介机构的角度，因预重整的设置意义是为保护债权人、债务人、重整投资人等的合法权益，若上述费用，各方预重整参与人无异议且达成了预重整方案，并在进入破产重整程序后形成重整计划草案，那么就此处理。若债

务人最终进入破产清算程序，那么后续为避免管理人履职风险，在债权人依法申报债权后，可将必要的担保费用作为普通债权予以确认。

除上述内容外，该指引还对预重整参与人的保密义务、重整案件管理人的衔接、临时管理人的报酬等进行了规定，但因篇幅限制，本文不再深入讨论。以上内容，供大家学习探讨。

承包人破产，实际施工人如何最大化争取权益？

于诗佳 发现律师事务所专职律师

承包人进入破产程序后，其主要偿债来源是应收工程款，不仅包括自行施工产生的工程款，还涉及转包、违法分包和实际施工人借用资质产生的工程款。承包人的破产财产将直接决定其债权人的清偿率，但后者是否属于破产财产，管理人与实际施工人争议巨大，司法实践处理各异。

一、关于转包、违法分包和实际施工人借用资质产生的工程款是否为承包人破产财产的司法观点

（一）一种观点认为，在承包人破产的情形下，应严格遵循合同相对性，从而限制实际施工人主张权益。管理人清收后，该部分款项纳入承包人的破产财产，由全体债权人公平受偿，实际施工人只能以普通债权人的身份申报债权参与受偿，否则构成承包人对债权人的个别清偿。

案例：（2016）苏 1281 民初 1727 号【转包】

案情简介：2013 年 4 月 15 日，淮安金帝亚机械制造有限公司（以下简称金帝亚公司）与江苏新兴建设工程有限公司（以下简称新兴公司）淮安分公司签订建设工程施工合同一份，约定金帝亚公司将该公司室外道路及给排水工程发包给新兴公司淮安分公司。合同签订后当日，新兴公司淮安分公司将上述工程转包给陈中兴，双方签订经济责任承包合同一份，约定收取管理费 3%。新兴公司已申请破产重整，陈中兴起诉要求支付工程款。

裁判理由：根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条的规定，发包方应当在未付工程款范围内承担责任。但该规定应当理解为总包单位未进入破产清算的情形，在此情况下，发包方不论

是否向实际施工人履行工程款给付义务均不侵害总包单位或其他人的合法权益。但总包单位进入破产程序后，根据《中华人民共和国企业破产法》第十六条的规定，债务人不能向任何个别债权人单独清偿债务，发包方与总包单位签订有施工合同的，发包方欠付的工程款应当认定为总包单位的债权，由管理人予以清收，总包单位与实际施工人之间的债务应当由实际施工人依法申报债权。如果仍然适用上述司法解释的规定，则变相将属于总包单位的债权向个别债权人单独清偿，侵害了其他债权人的合法权益，也不符合法律的规定。

裁判结果：判决驳回实际施工人要求发包人支付欠付工程款的诉讼请求。

（二）另一种观点认为实际施工人向发包人主张工程款的请求权是司法解释基于保护农民工合法权益作出的特别规定，不受承包人破产的限制。

案例：（2020）苏09民终1490号【挂靠】

案情简介：2013年5月，江苏世纪新城投资控股集团有限公司（以下简称新城公司）作为发包人与承包人江苏盐城二建集团有限公司（以下简称二建公司）签订《建设工程施工合同》，约定由二建公司进行世纪花园小区地下室等工程的施工。2015年12月21日，二建公司与陈汉忠签订《确认书》一份，双方确认二建公司承建由新城公司发包的世纪花园小区工程，该工程的投资与施工均为陈汉忠个人，其为实际施工人，双方仅为挂靠关系。2018年9月26日，人民法院受理对二建公司的破产清算申请。就新城公司应支付的工程款是否属于破产财产，陈汉忠认为不属于破产财产，不应纳入破产清算的范围。而二建公司管理人认为上述财产属于破产财产，应按照法律规定进行处置，而不能将该工程款向实际施工人单独清偿。

裁判理由：新城公司在项目开工后，明知陈汉忠挂靠二建公司实际承建案涉工程，未采取其他积极措施予以制止，说明发包人对陈汉忠实际施工行为明知且

放任，故参照《中华人民共和国合同法》第四百零二条，认定案涉《建设工程施工合同》直接约束新城公司与陈汉忠。实际施工人陈汉忠起诉发包人新城公司主张工程价款，符合法律规定。二建公司对案涉工程款并不享有实体上的权利，该公司认为案涉工程款应列入破产财产、发包人不能直接向实际施工人直接支付的理由于法无据，不予采信。

裁判结果：判决发包人新城公司向实际施工人陈汉忠支付欠付工程款。

案例：（2019）苏 01 民终 10467 号【转包】

案情简介：2017 年 9 月 29 日，南京江星园置业有限公司（以下简称江星园公司）作为发包人与南京王者之风建筑装饰股份有限公司（以下简称王者之风公司）《分包合同协议书》，约定王者之风公司承建南京市江心洲 NO. 2015G06 地块项目住宅外立面工程。王者之风公司与邵长德签订《装饰工程内部承包责任协议》，约定邵长德为项目住宅外立面工程项目的负责人，并对项目施工采取内部承包的方式进行管理。王者之风公司进入破产程序后，邵长德向江星园公司主张欠付的工程款。

裁判理由：因邵长德不具备承包资质，其与王者之风公司系非法转包关系，邵长德为案涉工程的实际施工人，有权突破合同相对性直接向发包人主张相应工程款，其向发包人即江星园公司主张权利，符合法律规定。王者之风公司认为涉案工程款系其破产财产、邵长德无权越过王者之风公司向江星园公司主张缺乏法律依据，不予采信。

裁判结果：判决发包人江星园公司向实际施工人邵长德支付欠付工程款。

案例：（2018）浙 01 民终 6721 号【违法分包】

案情简介：2011 年 11 月 20 日，杭州市萧山区人民政府蜀山街道办事处（以下简称蜀山街道办）与浙江得力建设工程有限公司（以下简称得力公司）签订建

设工程协议一份,约定蜀山街道办将蜀山街道湖山社区城乡一体化安置小区工程北区发包给得力公司承建。2012年7月10日,汪完治与得力公司签订协议书一份,约定汪完治承包北区工程外墙架、安全防护棚等施工。2016年7月21日,人民法院受理得力公司的破产清算申请。汪完治向人民法院提起诉讼要求支付工程款。

裁判理由:蜀山街道办就案涉总工程尚有部分工程款未向得力公司支付,汪完治作为实际施工人,要求蜀山街道办在未付工程款范围内直接向其承担付款责任,符合《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定,该司法解释之所以规定实际施工人向发包人主张工程款的权利,其目的即在于实际施工人的合同相对方出现破产、履行不能等严重影响实际施工人权利实现的情形下,对于实际施工人权益予以特别保护,汪完治的诉讼请求符合法律规定,系合理诉求,故予以支持。

裁判结果:判决发包人蜀山街道向实际施工人汪完治支付欠付工程款。

(三) 小结

根据笔者检索的前述案例,不论是在转包、违法分包或发包人知晓的挂靠情形下,大部分人民法院均认为实际施工人有权向发包人主张,该权利不受承包人破产的限制。仅有个别法院认为实际施工人所主张的工程款属于承包人的破产财产,应由全体债权人公平受偿,否则构成承包人对债权人的个别清偿。此时,实际施工人只能以普通债权人的身份申报债权。

二、实际施工人如何最大化争取权益

(一) 欠付工程款是否当然为承包人的破产财产

承包人根据与发包人签订的建设工程施工合同,享有请求发包人支付欠付工程款的债权,但此时承包人仅享有合同履行请求权,实际施工人首先应明确该部

分款项尚不属于其破产财产。

（二）转包、违法分包模式下实际施工人的权利是否应受限

在转包、违法分包承包人和实际施工人均有权主张欠付工程款时，有管理人认为从公平正义的角度，实际施工人的权利因承包人破产而受限。笔者认为该观点有待斟酌，理由在于：

第一，建工司法解释（一）第二十六条和建工司法解释（二）第二十四条明确，在转包、违法分包时，实际施工人有权向发包人主张欠付工程款，该规定制定的背景就在于转包人和违法分包人在取得自身利润后，往往对发包人是否支付或是否按时工程款并不关注，为保护处于弱势地位的农民工而专门规定。故最高人民法院民一庭强调在承包人资信状态恶化、破产、法人主体资格消灭、超过诉讼时效等情形下，应当赋予实际施工人以诉权，拓展其权益保护的渠道。那么在承包人破产时，实际施工人向发包人主张权利恰好符合前述规定的适用条件。

第二，建设工程的价值中有相当部分本来就是实际施工人劳务的物化，是其财产利益。如果允许承包人未对建设工程作任何创造性付出，却能以破产优先之名限制实际施工人的权利，不仅会导致司法解释给予实际施工人特别保护的目的在于落空，反而有损实质正义。故相较转包人或违法分包人凭借一份其并未实际履行的合同而言，笔者认为实际施工人有更充分的工程款取得依据，其权益应优于承包人得到保障，更合乎情理。

第三，从另一个角度看，如果将工程款纳入债务人财产，而实际施工人只能作为普通债权人参与分配，那么在增加债务人财产的同时也增加了债权人数量和债权数额，不一定有利于清偿率的提升。同时，实际施工人背后是大量农民工，这样处理反而可能引起更大的群体性纠纷，给破产案件的审理造成严重障碍，以至引发不同利益集团之间的激烈冲突，管理人亦应慎重考虑。

（三）挂靠模式下的实际施工人主张权利的依据

在挂靠情形下，实际施工人能否直接向发包人主张权利一直在实务中争议颇多。在建工司法解释（一）理解与适用中，最高人民法院认为借用资质的挂靠人也属于实际施工人，可以突破合同性相对性起诉发包人。但在建工司法解释（二）理解与适用中明确建工司法解释（一）第二十六条和建工司法解释（二）第二十四条不适用于借用资质的实际施工人。但最高院同时指出，借用资质的实际施工人即使不能依据前述规定主张权益，但因其为真实缔约人，在发包人知悉的情形，其与发包人之间就建设工程施工合同之标的产生了实质性法律关系，案涉建设工程施工合同虽然无效，不产生合同效力，但能产生合同法上的效力。即在建设工程质量合格的情况下，实际施工人有权根据合同法第 58 条向发包人主张工程价款。因此，在挂靠模式下，发包人支付工程款的对象本就应当是实际施工人，承包人对案涉工程款不享有实体上的权利，更不应纳入其破产财产的范畴。

（四）实际施工人主张权利的注意事项

第一，建工司法解释（一）第二十六条和建工司法解释（二）第二十四条虽赋予转包、违法分包模式下实际施工人突破合同相对性向发包人提起诉讼的权利，但该规定并没有排除或限制承包人向发包人主张工程款的权利。因此，在承包人破产且实际施工人知悉发包人存在欠付的情形下，笔者建议实际施工人尽快向人民法院提起诉讼，并申请保全发包人的应付工程款，否则一旦破产管理人通过清收收回发包人欠付的工程款，该款项便成为承包人的破产财产，实际施工人此时将难以主张该部分权益。

第二，转包、违法分包模式下实际施工人不应将其请求发包人支付欠付工程款的权利理解为代位权。因为根据破产法司法解释（二）第二十一条，在承包人破产后，代位权适用入库规则，实际施工人若以此为由主张权益，可能会导致其追回的财产被归入破产财产而无法单独受偿。

第三，在发包人明知的情形下，挂靠模式下实际施工人可直接向发包人主张工程款。除最高院提出的权利主张依据外，上文所提及的（2020）苏 09 民终 1490 号的裁判思路也可供实际施工人参考，即在建设工程质量合格的前提下，虽从形式上看挂靠模式下存在两个合同关系，但在发包人知晓并认可时，实际施工人以承包人的名义与发包人签订合同，可参照适用合同法第 402 条显明委托的规则，建设工程施工合同实际约束发包人和实际施工人，那么实际施工人也有权向发包人主张欠付工程款。

三、结语

人民法院受理承包人破产案件越来越多，因建筑市场不规范和社会信用机制的缺失，转包、违法分包、借用资质目前仍然成为建筑业普遍经营模式，但我国破产法及相关法律法规在如何处理承包人破产程序中的疑难问题尚有待完善。根据本文梳理，笔者认为，发包人欠付工程款尚不属于承包人的破产财产，转包、违法分包模式下的实际施工人和承包人均有权向发包人主张，但此时实际施工人的权益应优先于承包人；而在发包人明知的挂靠模式下，承包人无权主张工程款，实际施工人应直接、尽快向发包人主张权益。

破产重整中新融资债权保护法律问题研究

周思宇 发现律师事务所实习律师

一、引言

破产重整制度是我国《企业破产法》中确立的一种重建型债务清理制度。¹当企业发生债务危机,符合破产条件或可能破产,无力偿债但有希望复苏的情况下,债权人或债务人可以分别或共同向人民法院提出破产重整的书面申请。破产重整是对困境企业的积极拯救。进入破产重整的企业获得一定程度的喘息空间,债权人不得继续催逼债务,债务人可以在重整期间自行管理财产和营业事务、债权人对债务人特定财产享有的担保权可以暂停行使、出资人不得请求投资收益分配。我国《破产法》第七十五条规定:“在重整期间,债务人或者管理人为继续营业而借款的,可以为该借款设定担保。”该条规定了我国的破产融资制度。2019年3月28日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《破产法规定三》)第二条规定:“破产申请受理后,经债权人会议决议通过,或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可,管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供借款的债权人主张参照企业破产法第四十二条第四项的规定优先于普通破产债权清偿的,人民法院应予支持,但其主张优先于此前已就债务人特定财产享有担保的债权清偿的,人民法院不予支持。管理人或者自行管理的债务人可以为前述借款设定抵押担保,抵押物在破产申请受理前已为其他债权人设定抵押的,债权人主张按照物权法第一百九十九条规定的顺序清偿,人民法院应予支持。”该条对我国破产融资制度中新融资债权人的债权受偿顺序作了更为详细的规定。

二、新融资债权应优先保护的依据

¹ 王卫国:《论重整制度》,《法学研究》1996年第1期,第85页。

（一）新融资债权属于共益债务

首先，“从企业破产法的章节编排来看，不仅总则单独成章，破产费用与共益债务的规定亦和破产清算、重整、和解等内容并列为章出现。”²企业破产法第七条规定：“债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。”即表明重整、和解和破产清算程序皆适用企业破产法分则的相关规定，那么虽然企业破产法第八章中没有明确规定共益债务，也应当认为没有特殊情况下，共益债务同样适用于重整程序。

第二，企业破产法第四十二条系关于共益债务范围的规定中，部分情形仅在重整程序中产生，如债务人依照企业破产法的规定履行合同所产生的债务。这是因为在破产程序中，只有在重整情形下债务人才能经法院批准在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。³同时，企业破产法第四十二条第四款规定：“为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务”为共益债务。此种情形发生在重整程序中的一种形式即为企业为重整而进行融资，所以新融资债权属于企业破产法规定的共益债务。

根据《企业破产法》第四十三条规定：“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。”而“随时清偿即具有优先效力之意。”⁴结合《破产法规定三》第二条可以得出，新融资债权的清偿顺序优于普通债权，但债权人主张担保权的，新融资债权不得优先于担保权。

（二）强化对新债权的保护有助于提高融资可能性

重整债权按其是否设定担保及有无优先受偿效力，可分为担保重整债权、优先重整债权和无担保重整债权三类。在重整程序中，一旦重整企业的资金不足支

2 李震东：《重整中的新融资债务属于破产程序中的共益债务》，《人民司法》2014年第24期，第44页。

3 李震东：《重整中的新融资债务属于破产程序中的共益债务》，《人民司法》2014年第24期，第44页。

4 胡余嘉、覃灵：《破产程序中担保财产清偿破产费用和共益债务的原理和路径》，《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2018年第4期，第97页。

付重整债权的清偿额，甚至其所有资产的拍卖价额也小于或等于清偿额时，要完成重整债权的清偿就必须进行融资。

除了重整债权外，重整企业还需对共益债务进行清偿，共益债务包括：生产原料费用、维持日常办公费用、支付职工报酬并缴纳社会保险以及支付营销费用等。清偿共益债务不仅是维持企业继续运营的必要条件，同时企业破产法也规定共益债务由债务人随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或共益债务的，按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。法院应当自收到请求之日起 15 日内裁定终结破产程序，并予以公告。

由此可见，重整程序的启动和推进都需要大量的现金，重整企业的继续营业也需要大量的资金，所以融资是企业重整的第一要务。但融资对于运营状态尚佳的企业都非易事，那么对于财务状况严重困难的困境企业来说更非易事。新出借人提供资金的目的是希望企业重整成功后为自己带来收益，没有人愿意承担企业重整失败的风险。因此，只有强化对新融资债权的保障才能使得失信困境企业提高获得新融资的可能性。

三、重整程序中的 DIP 融资优先权制度

（一）DIP 融资优先权制度概述

DIP 融资优先权制度起源于美国，DIP 即“占有中的债务人”，DIP 重整融资主要是指重整程序启动后，由债务人申请，经法院批准，债务人能够直接从其外部获得的额外融通资金。该重整融资在美国破产法学界被称为 DIP 融资 (DIP financing)。

美国的 DIP 融资制度主要是通过设置融资优先权制度来构建的。融资优先权被分为三个层次：第一，如果债务人有能力以非担保债权形式融资，那就没必要

经过法院授权，其新的债权的法律地位相当于破产费用，在可能到来的破产清算中，能够得到优先于普通债权的清偿。第二，如果债务人未能以上述方式融资，那么法院可以授权于 DIP 融资者在破产费用中享有首要优先权；或者法院可以授权给予其债权设定担保的机会。第三，如果债务人原有的财产都已经设置了担保，那么法院可授权 DIP 融资者在已经设置担保的财产上再设定担保并获得优先权。

最高层次的担保权俗称“超级优先权”，由于这种优先权极有可能对现有的担保债权人的利益造成损害，所以在美国的适用中必须符合充分保护原则。主要方式有：（1）向担保债权人定期支付定金，其数额相当于债权人担保物价值上的减少额；（2）提供追加担保或在其他财产上设定担保权益；（3）如果日后发现提供的此种充分保护并不充分，例如提供保证的人无清偿能力，对于因此遭受的损失给以债权人以共益费用的请求权地位。⁵

（二）美国 DIP 融资优先权制度对我国企业重整中债权人保护的借鉴意义

为了帮助困境企业提高获得融资可能性以维持正常经营，鼓励新出资人出资，我国《企业破产法》为新融资债权提供了更高级别的优先权。我国《企业破产法》第七十五条第二款：“在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。”第九十三条规定，人民法院经管理人或者利害关系人请求裁定终止重整计划的执行并宣告债务人破产的，为重整计划的执行提供的担保继续有效。综合上述两条规定可知，“一旦在重整过程中为融资而设定了担保，就算该重整公司最后被迫清算，这个新担保债权也是有效的。”⁶但这两个条文都限制了在企业进入重整程序之前业已存在的老担保债权人的权利。

《企业破产法》第四十三条第一款规定破产费用和共益债务应由债务人财产随时清偿，但该条款规定的债务人财产是否包含债务人所有的已经设定担保的财

5 参见 Darla. How to Finance a Debtor in Possession. 6 Com. Lending. 1990-1991. (5): 23-28.

6 冯峰：《DIP 融资制度相关问题研究》，《经济研究导刊》2013 年第 24 期，第 159 页。

产,新融资债权属于共益债务,那么新融资债权能否由已经设定担保的财产优先清偿呢?

针对这一问题存在两种观点。持否定说的学者认为,《企业破产法》第四十三条第一款规定的“由债务人财产随时清偿”,指的是以债务人的无担保财产进行清偿;担保财产以及债务人无处分权的其他财产,不得用于本条规定的清偿。理由是根据《企业破产法》第一百零九条,对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。担保权人的优先受偿权不仅优先于普通债权,也优先于破产费用和共益债务,据此解释《企业破产法》第四十三条第一款,则不能得出可以由担保财产来清偿破产费用和共益债务的结论。并且根据《最高人民法院执行〈关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定〉的通知》(以下简称《通知》)第六条第(三)项规定,对于企业破产案件中因按照正常清偿顺序无法实现的破产费用、共益债务以及职工的其他权益不得优先于担保物权人受偿。《破产法规定(二)》第三条第二款规定,对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分,在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。据此,持否定观点的学者认为债务人所有且已经设定担保的财产不能优先清偿共益债务。

笔者认为,针对新融资债权能否由已经设定担保的财产优先清偿这一问题,肯定观点更加符合重整程序的立法精神,更能维护公平合理的重整秩序。首先,获得新融资是决定重整程序是否能够顺利进行的关键环节,倘若债务人所有的全部财产都设定了担保,那么根据否定说的观点,新融资债权将无法获得清偿,如此一来,困境企业将没有机会获得新融资以维持经营。其次,如果破产费用和共益债务是专为担保财产而产生的,由担保财产优先清偿破产费用和共益债务具有相当合理性。“因为担保财产而发生的各项事务,其受益人通常为担保物权人,因此所产生的费用由担保财产清偿,符合“谁受益谁负担”的基本法理。简言之,

这些是属于应该由担保财产支付的费用,不存在损害担保物权之说。”⁷因此,笔者认为新融资债权可以由债务人所有的已经设定担保的财产优先清偿,但在实务中,新融资债权不能由债务人所有的已经设定担保的全部财产进行清偿,应根据法官的裁量进行部分清偿。

所以,对于有复苏希望的困境企业,给予新融资债权人更高级别的优先权是合理的,但同时也不能忽视对老债权人权利的保护,需要在二者之间寻求一个利益平衡点。因此,我国可以借鉴美国美国破产法第 364 条确立贷款等级体系,将贷款按照优先权从低到高分不同等级以防止债务人随意设定担保优先权,只有在按照低等级优先权无法获得贷款时,才可以经法院的同意给予贷款者更高级别的优先权。其次通过其他措施弥补老担保债权人的损失,例如可将新的贷款首先用于归还融资前的旧贷款,或者规定当重整企业在重整过程中实现盈利时,该盈利优先用于老担保债权人的清偿。

四、结语

在破产重整制度产生前,破产程序始终是围绕着保护债权人的利益开展的,直到 2007 年 6 月 1 日我国《企业破产法》中正式确立了破产重整制度,保护债务人利益成为更重要的目标,《企业破产法》才由清算法发展为企业拯救法。虽然从表面上来看,破产重整程序在某些方面限制了债权人的权利,但从实质上分析,有复苏希望的困境企业一旦重整成功,也就避免了进入清算程序,这样不仅债权人的权利不会受到损失甚至得到增加,社会经济秩序也得到了维护和稳定。也即通过适当限制债权人的权利来保证债权人的权利完整以及社会经济秩序的稳定。

决定困境企业是否能够重整成功的一个关键环节是其新融资。从法律角度分

⁷ 胡余嘉、覃灵:《破产程序中担保财产清偿破产费用和共益债务的原理和路径》,《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2018 年第 4 期,第 100 页。

析，新融资属于共益债务，应当由企业财产随时清偿；从企业运营的角度分析，新融资是企业能够维持运营并清偿债务的决定性因素，因此为了提高获得新融资的可能性，必须赋予新融资债权更高级别的优先权。尽管对于新融资债权是否能用债务人所有的已经设定担保的财产优先清偿，学界尚有争议，但不可否认的是，我国应当借鉴美国破产法中的贷款等级体系，既要赋予新融资债权更高级别的优先权，也要注意保护已存在的债权人的权利，争取在二者之间寻找利益平衡点。

浅析以股权转让方式转让土地使用权涉及的刑事及税收法律风险

王迪 发现律师事务所实习律师

近年来，我国的土地市场火热，土地增值效应明显，而我国对房地增值额采用超率累进的高税率征收土地增值税，同时存在着增值税、契税、印花税等交易税费；并且土地过户也面临着严格规划和行政审查，交易的金钱成本和时间成本巨大。实务中，通常采取以股权转让方式完成对土地使用权和房屋建筑物所有权的交割，既名为股权交易，实为土地使用权买卖。

以股权交易方式完成房地交割，是否涉嫌规避国家相关法律法规、损害国家的法定税收权益，在个别情况下是否会给当事人带来刑事责任值得我们进行深入探讨。

一、以股权转让方式买卖土地使用权是否涉嫌“非法转让、倒卖土地使用权罪”

“非法转让、倒卖土地使用权罪”要求当事人主观以牟利为目的，客观上实施了转让土地使用权的行为，且该行为违反了我国的土地管理法规。毋庸置疑，大多数股权转让形式包装的土地使用权转让行为是为了获得利益，因此应当重点考察此类股权转让行为是否实质性违反了我国的土地管理法规。笔者经过检索因股权转让方式买卖土地使用权而启动刑事程序的案例发现，被提起公诉的当事人基本都符合土地“倒爷”的特征——既在当事人不具备开发能力和开发意愿的情况下，利用自身关系和影响力，通过正式或者非正式的方式获取土地开发权益进而转让，获得土地增值利益。

例：当事人 A 通过与政府签订土地整理合同并获得 1 号地块土地使用权的优先购买权；A 在并没有土地整理意愿的情况下，与由 B 公司垫资合资成立公司 C，

最终由 C 公司进行土地整理并获得 1 号地块土地使用权，而 A 则通过转让合资公司 C 的股权给 B 而获得了土地相关收益。检察机关认为，A 转让股权的行为，系以合法形式掩盖非法目的，违反了国家土地管理相关法规（大多数涉及《城市房地产管理法》第 39 条），通过倒卖土地使用权牟取巨大经济利益，损害了国家的利益。周光权(2014)认为，股东转让股权并不影响土地使用权的所属主体的变更，不产生物权流转；转让股权属于公司法相关规定，而土地使用权是与知识产权类似归企业拥有的“非货币资产”，因此以转让股权方式转让土地使用权并不会违反国家相关法律法规。在民事审判已经认可“股权转让的目的是转让土地使用权”的转让合同合法有效，内容和形式都不违反法律法规强制性规定的前提下，将民事上合法的行为在为刑法上的犯罪处理，将违反法秩序的统一性¹。夏克勤进一步认为，为了保护市场交易主体和国家相关产业，根据刑法谦抑性的原则，应当缩小解释“土地使用权转让”为土地权属的变更，而不应当扩大解释为获取一切土地相关利益²。

一方面，通过刑法的威慑力处罚倒卖土地行为，有助于打击政府官员与“倒爷”的利益输送链条，打击炒买土地行为，维护土地市场交易秩序。在我国地少人多，特别是城市土地资源稀缺的现状下，有着积极的现实意义。另一方面，如果刑法轻易“透过形式看实质”，“刑事实质刺破民商事外观”，则不利于市场经济法治化建设水平的提高，更不利于维护市场经济主体的信心，促进经济繁荣发展。市场主体在经济行为过程中依照法律规定进行的经济活动，应当受到法律保护，对于“钻法律漏洞”、法律规定尚不具体明确的情况下应当更多通过行政、经济手段去约束，而慎用“刑法”³⁴。

1 周光权：《非法倒卖转让土地使用权罪研究》，《法学论坛》2014 年第 5 期，第 25 页。

2 夏克勤，郭嘉：《供给侧改革背景下以股权转让方式实现土地使用权流转行为之法律规制》，《法律适用》2017 年第 9 期，第 79 页。

3 潘军锋等：《国有土地使用权合同案件审判疑难问题研究》，《法律适用》2017 年第 12 期，第 74 页。

二、以股权转让方式买卖土地使用权是否应当用税收法规

以股权方式转让土地使用权,仅有股权出售方主要需要按照差额计税方法承担企业所得税或个人所得税,企业所得税税率 25%且税收优惠较多,筹划空间大;个人所得税按照“财产转让所得”20%的税率计税。相比而言,直接转让土地使用权则可能涉及以下税费:1.可选择 9%税率全额征收(可抵进项税),或 5%的税率差额征收,或按 3%征收率全额征收增值税;2.按照 3—5%的税率,全额征收契税(买方承担);3.按照 30—60%的税率,差额超率累进征收土地增值额;4.按照 25%的税率,按税法计征出售方企业所得税。

例:A企业以1亿元购买土地使用权A,一年后以2亿元的价格出售给C。通过股权交易的方式,A企业的全资股东B承担的企业所得税(B为法人且不考虑可抵扣费用或亏损)2500万元,或个人所得税2000万元(B为个人)。若通过土地使用权过户方式,A企业需要承担近500万的增值税、城建税及附加,3275万的土地增值税,1430万的企业所得税;C需要承担600万的契税,交易的合计税负为5700万。可以看出,通过土地使用权的直接过户要承担的税负远高于股权过户。

据笔者了解,现在市场上房地产开发企业转让项目都通过股权转让的方式,除了巨大的避税功能外,股权转让方式也可以规避政府对相关项目用地主体的要求和限制,避开了繁重的政府审批流程。

我国土地增税暂行条例规定,转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物(以下简称转让房地产)并取得收入的单位和个人,为土地增值税的纳税义务人。此处的“转让”是否应当参照上述论述按照缩小解释的方式,还是应当扩大解释为因土地的实质转让获得的一切利益。

4 吴加明:《“以股权转让方式转让土地使用权”行为的司法认定》,《政治与法律》2018年第12期,第51页。

2000年国家税务总局在深圳市能源集团有限公司和深圳能源投资股份有限公司一次性共同转让深圳能源（钦州）实业有限公司100%的股权一案的批复中明确了“以股权形式表现的资产主要是土地使用权、地上建筑物及附着物，对此应按土地增值税的规定征税”⁵。笔者认为此规定符合交易的实质，应当突破形式外观，深入交易实质进行税务核查。在财务会计上，一个重要的基础理念是“实质重于形式”，即所有涉及财务处理的交易应该按照交易发生的实质进行会计处理，此规定类似于公司法上的“刺破公司面纱”或“公司法人人格否认”制度。例如公司发行永续债或优先股，需要考虑具体的法律条款，按照该权益或债务工具的实质进行会计分类，即优先股虽然名义上是股权，但是由于公司无法决定是否派息等，则可能被划归为公司债务；而如果公司有能力和能力决定永续债的派息和偿还，则可能被划分为公司的权益。又如一项买卖合同，如果是融资性售后回购，则在会计上应当确认为合同负债。与之对应，法律上对于签订借款合同的同时签订买卖合同的，通常按照双方的真实意思表示，即借款合同来认定。

因此，对于股权交易方式买卖土地使用权的情形，除了税法明确规定不征税的情形外，笔者认为应当穿透交易的实质，按照土地使用权交易来征收各类税费。这样处理的好处在于1. 维护和保障了国家税收；2. 抑制土地市场投机交易，打击炒地行为，用税收手段调节经济行为；3. 对以土地使用权过户的纳税人更加公平（目前个人转让房地产需要负担契税、增值税、个税、土地增值税（免征）等）。具体到破产实务中，如果不进行穿透税务审查，同样存在着资产单独拍卖和以股权方式拍卖所承担的税负差异。特别地，在母公司破产，拍卖其所有的子公司股权中如果没有做到税收征收的穿透审查，可能会造成国家税收债权的减损。

5 何其昭：《转让股权征收土地增值税政策的可行性评价》，《税务研究》2015年第11期，第100页。

进击——妄论破产律师的三阶技能

徐杰 发现律师事务所专职律师

在国家大力推进供给侧结构性改革，不断优化法治化营商环境的大背景下，近些年来全国各地也都在大力完善健全市场化破产机制。而作为破产程序中的重要参与者，破产律师也逐步从律师行业中脱颖而出，成为律师群体中的新的专业化分支。

破产律师是指在破产程序中，从事破产法律事务相关工作的律师。在破产程序前，可以作为企业的破产法律顾问，为困境企业量身定制破产筹划，协助困境企业向法院申请破产重整或清算，助力困境企业涅槃重生或是顺利退市；也可以作为困境企业预重整的管理人，为困境企业清理债务，引入投资，为困境企业最终的重整成功奠定基础。在破产程序中，破产律师更多地是作为破产企业的管理人，在接受法院指定后，全盘负责破产程序中有关破产企业的事务，审核债权、处置资产，直至完成债权分配，实现破产企业注销或企业的重整成功、和解成功；也有作为债权人的代理人参与破产程序，代为申报债权，替债权人监督管理人工作，维护债权人权益；还有成为投资人的法律顾问，对破产企业和资产进行法律尽职调查，对投资方案和投资协议出具法律意见，为破产程序中的投资安全保驾护航。

虽然以上破产律师角色不同，工作各异，但都会参与破产程序中各个环节，助力破产案件的顺利完结，也为我国市场化破产机制的完善、法治化营商环境的优化、供给侧结构性改革的推进贡献着自己的一份力。

而作为一名从业伊始便从事破产业务的菜鸟律师，私底下将自己未来的前行道路划分为三重阶段，在此浅谈妄论，文中各处如有差误，唯望诸看官调笑之后，能不吝赐教。

（因管理人是破产案件中主要事务的承担者，也是案件进程的重要推动者，后文中的举例说明将主要以管理人角色为主来展开论述。）

一、初阶——专业扎实的破产律师

从事破产法律事务的律师，除应具备基本的律师专业素养外，还要尤为体现出在“破产”方面的专业性。对《企业破产法》及其相关司法解释、会议纪要的内容不仅要谙熟于心，更要学以致用，这也是破产律师的专业基础。在此基础上，就能清楚地知道破产案件清算、重整、和解三重类型的划分，各类型之间的转换条件及程序；了解管理人、债权人、债务人各自的角色定位和权利义务。

拥有扎实专业基础的破产律师，已经具备了办理破产案件的能力，可以清楚地辨析破产程序中各个阶段、可以按照文书模板起草破产案件中管理人的各类法律文书、也可以制作方案、筹备召开债权人会议、完成破产各项工作，最终实现破产案件的顺利结案。

但能办案并不意味着办好案，履行各项管理人职责，顺利推进破产程序而不犯错仅是对破产律师的基本要求，这也是各行各业对于其入门者最普遍且最基本的要求。在此之上，随着办案数量的积累，破产律师的执业经验也会愈发丰富，则初阶破产律师或许会逐步进化到下一阶段——进阶破产律师。

二、进阶——触类旁通的破产律师

顾名思义，进阶，是初阶的百尺竿头更进一步，进阶破产律师，是初阶破产律师在办案量积累到一定阶段后的进化，相较于初阶破产律师，进阶破产律师体现为一种广度（或宽度）。即除具备更加娴熟的办案经验及技巧、更加精深的破产法专业知识外，还得触类旁通的涉及到与破产相关的其他学科或专业。如绝大部分破产案件中均会涉及到的财务审计、资产评估等专业；又如因个案差异而需要掌握到的建筑、金融、税务等学科。对这部分学科或专业，无需我们的破产律

师做到像破产知识一般的精通熟识，这些破产相关的学科或专业，可以通过有目的地去学习掌握，也可在不断的办案过程中逐步了解。要能实现辅助办案，便是进阶破产律师的标志了。

作为进阶破产律师，便能很好的办理破产案件，更为专业和丰富的破产专业知识自不必多说，其他辅助知识能实现其更好的与审计机构、评估机构等就其审计、评估工作的沟通，推进破产各项工作顺利开展；能在制定破产财产处置方案、重整计划草案时，更加切合破产企业实际，做到资产的最优化处置；甚至于制订出创造性方案，实现破产案件中的经典案例。

然而，进阶破产律师也就止步于此了，出色的完成各项破产工作，圆满的完成破产结案，是进阶破产律师的标志，但这不过是在破产案件实现量的积累后自然而然能达到的结果，是仅限于破产案件之中，仅是个性的量之积累，尚未达到共性的质的突破。若想有所突破，实现从量变到质变，则需要摆脱个案的束缚，升华到破产制度构建的“顶层设计”。这个阶段，我们称其为进阶破产律师的蜕化——高阶破产律师。

三、高阶——形而上的破产律师

高阶，相较于进阶来说，是那欲穷千里目，再上的一层楼。高阶破产律师，对初阶、进阶的破产律师而言，是一种深度（或高度）的差异。高阶破产律师，已经跳脱于破产个案之外，即在破产案件的实践中形而上的得出“真知”，是一种经验积累到理论升华的转变。

破产法律法规的背后，暗含着破产制度框架。初阶与进阶的破产律师，便是在此制度框架中“循规蹈矩”，按照法条规定的程序和职责，去推进破产各项工作，即便在实务遇见法条的缺漏或悖逆，也仅是皓首穷经的去寻找补充规定或同类案例，在寻得“权威”支撑后，方才放心大胆地去解决问题。

但对高阶破产律师而言，已不再是简单办理破产案件，是能用思辨思维去审视破产程序及破产法律法规。前者，可以从破产案件的办理中总结类案办理经验，形成并完善破产案件办理指引，以供同行借鉴学习；后者，能在法律适用过程中发现法条缺陷、制度漏洞，并寻求修改完善之道，提出可行的修改完善意见。是个案底层实践到制度顶层设计的进击。

以上，仅是个人遐想，并不具备任何权威背书。然者，在破产实践过程中，却也发现了许多破产法条规定已不适用破产案件实际的情况，即当前破产法律界的主要矛盾，是已颁布施行十三余年的《企业破产法》，不能满足现方兴未艾的破产案件办理需求。《企业破产法》的修订以及破产法律制度的重新构建势在必行，而破产律师作为破产程序中的重要参与者，甚至是主要执行者，绝不应仅定位于初阶、进阶的破产法律事务执事。却也要守望穹顶，共谋破产法律制度之革新。