

豪诚智库

〈第十一期〉



成都豪诚企业智库集团有限公司

Chengdu hao cheng think-tank enterprise co., LTD

二〇一八年五月

CONTENTS

豪诚动态

- 一、集团公司刘艳、王双、覃万秋赴深圳参加第四届中国国际不良资产投资与危困企业重整论坛..... 1
- 二、公司被贵州省贵阳市中级人民法院指定为贵州肥矿光大能源有限公司管理人..... 3
- 三、公司苏爱萍、戴如春律师赴无锡市破产管理人协会学习交流房地产开发企业破产实务经验..... 6
- 四、贵州贵铝华光铝业有限责任公司破产清算案第一次债权人会议顺利召开7
- 五、豪诚智库集团四川方法律师事务所第一次全体会议顺利召开..... 8
- 9
- 六、集团董事长曹爱武、法律总顾问刘艳出席最高人民法院在川调研座谈会11

行业热点

- 一、全国首单破产管理人执业责任险花落东莞..... 12
- 二、关于执行案件移送破产审查的操作指引（试行）（深中法发〔2018〕4号）..... 15
- 三、关于执行移送破产案件管理人工作指引（试行）（深中法发〔2018〕5号）..... 30
- 四、《企业所得税优惠政策事项办理办法》修订..... 45
- 五、关于对营业账簿减免印花税的通知 财税〔2018〕50号..... 53
- 六、财政部 税务总局关于设备 器具扣除有关企业所得税政策的通知..... 54

法院信息

一、四川众益清算事务所有限公司被汶川县人民法院指定为汶川众友建材有限 责任公司管理人.....	55
二、四川明炬律师事务所被成都市青羊区人民法院指定为成都鑫新源科技有限 公司管理人.....	55
三、四川子贡会计师事务所有限公司被绵阳高新技术产业开发区人民法院指定 为四川祥尔电气有限责任公司管理人.....	56
四、四川宏远清算服务有限公司被盐亭县人民法院指定为盐亭县佰超利汽车塑 料配件有限公司管理人.....	56
五、四川众益联盟清算服务有限公司被德阳市中级人民法院指定为四川贵旺汽 车销售有限公司管理人.....	57
六、四川鼎天律师事务所被江油市人民法院指定为四川省江油市新华泰实业有 限责任公司管理人.....	58
七、四川中源会计师事务所有限公司被德阳市中级人民法院指定为什邡巴蜀金 河电力有限公司.....	58
八、四川西南不锈钢有限责任公司清算组被乐山市沙湾区人民法院指定为四川 西南不锈钢有限责任公司管理人.....	59

问题探索

一、破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构（上）.....	60
二、破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构（下）.....	73
三、浅析建设工程款优先受偿权制度在破产案件中的适用.....	87
四、法院对以物抵债协议效力的认定规则.....	93
五、企业破产清算时会计核算有“方”可循.....	104
六、李曙光：谈重整中债权交易的三个理论问题.....	112
七、谢在全：担保物权发展的新动向.....	115
八、贺小荣 王富博 杜军 破产管理人与重整制度的探索与完善.....	184

豪诚动态

一、集团公司刘艳、王双、覃万秋赴深圳参加第四届中国国际不良资产投资与危困企业重整论坛

发布时间：2018.4.23

集团公司刘艳、王双、覃万秋赴深圳 参加第四届中国国际不良资产 投资与危困企业重整论坛

2018年4月19日-20日，豪诚集团法律总顾问、四川方法律师事务所主任刘艳女士，集团业务管理中心总监、四川行和信投资管理咨询有限公司总经理王双先生，四川方法律师事务所合伙人律师覃万秋先生受邀参加了在深圳隆重召开的第四届中国国际不良资产投资与危困企业重整论坛。

本届论坛由通达金融培训中心、中国不良资产行业联盟主办，主题包括“不良资产处置与企业挽救市场的观察和思考”、“新周期、新环境下的特殊资产的跨界整合之道”、“市场化债转股的机遇及难点”、“危困企业妥善处置及破产重整分析”等多个议题。我公司刘艳主任等领导与会并参加了论坛圆桌对话，分享交流了关于“各区域地方AMC的投资优势及创新模式”、“中国特殊资产行业的处置及管理之道”等问题。

参加本次论坛的有各大银行资产管理部分管行长、地方政府投融资平台、保险机构、地方AMC、互联网处置平台、政府引导基金等境内外具有国际影响力的不良资产投资及危困企业重整的高端机构和专家学者，出席

本次会议的各界专业人士达 500 余人。

豪诚集团聚焦行业前沿，同不良资产行业投资与处置的新朋老友相聚深圳，参与研究讨论化解不良资产及救助危困企业的重要课题。随着地方不良资产管理公司的新设力度加大，不良资产市场的竞争正在加剧。“十三五”时期，我国不良资产处置的内外环境都发生了巨大变化，民营的处置机构正面临越来越多的机会。这一轮不良资产处置难度大、周期长，对此轮不良资产行业的新属性、新特征的新市场环境则需统一认知。该课题还需政府、监管及市场化机构多方力量共同努力与支持，我公司愿参与其中，为中国不良资产投资与危困企业救助贡献自己的力量。





二、公司被贵州省贵阳市中级人民法院指定为贵州肥矿光大能源有限公司管理人

发布时间：2018.5.9

公司被贵州省贵阳市中级人民法院指定为 贵州肥矿光大能源有限公司管理人

2018年5月8日，贵州省贵阳市中级人民法院裁定受理贵州肥矿光大能源有限公司破产清算一案，并于同日指定我公司担任贵州肥矿光大能源有限公司管理人。

贵州省贵阳市中级人民法院 决定书

(2018)黔01破申1号

2018年5月8日, 本院根据贵州肥矿能源有限公司的申请, 裁定受理贵州肥矿光大能源有限公司破产清算一案。本院在贵州省高级人民法院编制的本院辖区内社会中介机构管理人名册内, 依照《中华人民共和国企业破产法》第十三条及最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第十五条、第十六条、第二十条、第二十七条之规定, 指定四川豪诚企业清算事务所有限公司作为管理人。

管理人应当勤勉尽责, 忠实执行职务, 履行《中华人民共和国企业破产法》规定的管理人的各项职责, 向人民法院报告工作, 并接受债权人会议和债权人委员会的监督。管理人职责如下:

- (一) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料;
- (二) 调查债务人财产状况, 制作财产状况报告;
- (三) 决定债务人的内部管理事务;
- (四) 决定债务人的日常开支和其他必要开支;
- (五) 在第一次债权人会议召开前, 决定继续或者停止

债务人的营业；

（六）管理和处分债务人的财产；

（七）代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；

（八）提议召开债权人会议；

（九）本院认为管理人应当履行的其他职责。



三、公司苏爱萍、戴如春律师赴无锡市破产管理人协会学习交流房地产开发企业破产实务经验

发布时间：2018.5.9

公司苏爱萍、戴如春律师赴无锡市破产管理人协会 学习交流房地产开发企业破产实务经验

2018年5月5日至6日，公司苏爱萍、戴如春律师作为成都市破产管理人协会副会长单位代表，前往无锡市破产管理人协会交流学习房地产开发企业破产实务经验。

此次交流旨在学习无锡市破产管理人协会处理房地产开发企业破产案件的先进经验和做法，加强两地破产管理人之间的交流与沟通，从而进一步提升房地产开发企业破产管理工作的质效。

无锡市律师协会破产与清算专委会罗祖智主任、无锡和睿清算事务所有限公司总经理陈瑞及无锡昊天经济信息咨询有限公司总经理周涛接待了考察人员。双方就房地产开发企业破产实务中涉及到的房地产开发项目续建复工、建设工程价款优先权、以房抵债、投资人的市场化招募等热点问题进行了全方位的讨论和交流。

本次考察活动学习了无锡地区房地产开发企业破产实务的先进经验和做法，加强了两地的业务信息交流，使我们今后的工作思路更为清晰，对公司房地产企业破产管理工作起到了巨大的推动作用。



四、贵州贵铝华光铝业有限责任公司破产清算案第一次债权人会议顺利召开

发布时间：2018.5.10

贵州贵铝华光铝业有限责任公司破产清算案 第一次债权人会议顺利召开

2018年5月10日上午9点30分，贵州贵铝华光铝业有限责任公司破产清算案第一次债权人会议在贵阳市中级人民法院如期召开。根据会议现场统计，会议所有表决事项全部通过。



五、豪诚智库集团四川方法律师事务所第一次全体会议顺利召开

发布时间：2018.5.11

豪诚智库集团四川方法律师事务所
第一次全体会议顺利召开



2018 年 5 月 11 日上午，豪诚智库集团四川方法律师事务所全体成员在摩根中心 302 会议室举行第一次全体会议，集团各位领导列席会议，会议由律所主任刘艳主持。

集团领导曹爱武董事长首先对出席会议的各位领导及律师表示了热烈欢迎，然后宣读了律所任命通知，任命刘艳律师为四川方法律师事务所主任，全面主持律所工作，覃万秋律师为副主任，协助做好律所各项工作。

律所主任、副主任分别进行了述职报告，报告了律所已完成和正在完成的各项工作。并结合律所实际情况，明确了律所现阶段的主要业务为：破产业务、不良资产处置业务、庭外债务重组咨询业务三个板块。



会议期间，全体律师对律所的建设和发展提出意见和建议，并从自身实际情况出发，结合自身的优势，表达今后的发展方向和期许。总结来说，大家纷纷表示对律所充满了强烈期待，要用扎扎实实的工作态度和良好的精神面貌，积极参与到律所不断发展壮大的征程中，相信律所在不久的将来定会脱颖而出。

会议的最后，集团董事、清算事务所总经理周兵先生对会议进行了总结。他表示：“首先祝贺律所终于正式的和大家见面了，今天是个标志性的日子，祝福所有的律师在方法律所这个平台有所作为，感谢集团公司提供的平台，今后集团各公司将携手并进、资源共享；其次，他希望大家在日后的工作中能够放开思路、发散思维，鼓励大家不断学习、提升自己专业素质，通过全体人员的共同努力，打造一支充满活力、具备集体荣誉感的西南地区十分专业化的律师团队。”

六、集团董事长曹爱武、法律总顾问刘艳出席最高人民法院在川调研座谈会

发布时间：2018.5.18

集团董事长曹爱武、法律总顾问刘艳出席 最高人民法院在川调研座谈会



2018年5月10日，最高人民法院在四川省高级人民法院召开了关于适用企业破产法相关问题的调研座谈会。川内法院破产审判业务法官、高校学者和省内管理人代表受邀参加了座谈会。豪诚集团董事长曹爱武和法律总顾问刘艳作为四家管理人代表之一出席了会议，并现场发表了对调研问题的意见。

本次会议围绕现行企业破产法部分条款的适用问题及管理人制度的完善展开了为期一天的深入研讨。与会代表充分结合自身在破产领域的理论研究和实务经验发表了自己的观点和看法，并提出了具有建设性的意见和建议。

行业热点

一、全国首单破产管理人执业责任险花落东莞

全国首单破产管理人执业责任险花落东莞

文章来源：《中国网》2018 年 04 月 26 日刊

4 月 25 日下午，东莞第一法院与人保财险东莞分公司在东城法庭签署了《破产、清算案件保险服务框架合作协议》，今后企业破产管理人将被要求购买破产管理人执业责任险，以最大程度地保障债权人权益。



企业破产管理人是破产企业的“大管家”，在法院的指导和监督下，负责具体的破产财产管理和清算工作。其工作的好坏直接关系到众多债权人

的切身利益。为了更好地发挥管理人在破产案件中的作用，提高管理人民事责任承担能力，规避和分散管理人故意、过失行为给债权人、债务人、第三人造成损失的风险，东莞第一法院连续出台了《东莞市第一人民法院关于推进企业破产清算案件快速审理的工作指引》和《东莞市第一人民法院关于破产管理人接管、处置债务人货币财产的工作指引》，创新性地建议在破产审判中引入保险机制，明确要求有财产需要处置的破产管理人均应购买破产管理人执业责任险。

早在4月12日，在东莞市第一人民法院的指导下，东莞市旭宏五金有限公司、东莞天贵机电设备有限公司破产清算案的管理人分别与人保财险东莞分公司签订了全国首份《破产管理人执业责任险保险协议》，正式落实破产管理人执业责任保险机制。

“这是全国第一份管理人执业责任保险，可谓中国保险行业、人保公司的标志性事件人保东莞分公司副总经理黄健超说道。”



管理人执业责任险,是我院联合保险机构为破产审判改革所设立的又一制度性创新。”第一法院民三庭副庭长莫然说道。他解释为何要求破产管理人购买管理人执业责任险时,提及管理人执业责任险将有三方面的促进作用:

一是强化了对相关当事人权益的保护,管理人过失行为给债权人、债务人、第三人造成损失的,由保险机构按合同约定赔付;甚至发生管理人的雇员恶意转移破产企业财产的情况,保险机构在保留对相关人员进行追偿情况下先行赔付,通过保险赔付机制,最大限度保障债权人等相关当事人的权益;

二是完善了破产审判的风险保障体系,通过引入管理人执业责任保险,有效提高管理人民事赔偿能力,分散了管理人履职风险,对完善管理人履职管理和监督制度、减少破产审判风险具有重要意义;

三是可为打赢“基本解决执行难”这场攻坚战提供有力保障,引入管理人执业责任保险,能促进管理人更好地发挥其职能,加快案件处理进度,使“执转破”更好地发挥其制度优势和价值。

根据保险公司解释,破产管理人执业责任险指保险单载明的破产案件中,受人民法院指定的被保险人未依照企业破产相关法律规定勤勉尽责、忠实执行职务给债权人、债务人或者第三人造成损失,依法应承担的经济赔偿责任,保险人按照保险合同约定负责赔偿。

二、关于执行案件移送破产审查的操作指引（试行）（深中法发〔2018〕4号）

文章来源：深圳中院

深圳市中级人民法院文件

深中法发〔2018〕4号

深圳市中级人民法院

关于执行案件移送破产审查的操作指引（试行）

（2018年4月12日深圳市中级人民法院审判委员会民事执行专业委员会第1次会议通过）

为进一步促进执行案件移送破产审查工作的规范化，明确执行、立案、破产等相关部门的职责，加强协作，提升质效，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国企业破产法》、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》和广东省高级人民法院《关于执行案件移送破产审查的若干意见》等相关规定，结合司法实践，制定本指引。

（一）基本规定

第一条 被执行人住所地在本市的执行移送破产审查案件，由本院管辖。

经广东省高级人民法院批准，本院可以将一部分执行移送破产审查案件交由具备审理条件的基层法院审理。

本市两级法院执行部门负责执行移送破产审查案件的移送工作，立案部门负责执行移送破产审查案件的立案登记工作，破产审判部门负责执行移送破产审查案件的受理审查以及审理工作。

第二条 本市两级法院执行部门因执行案件移送破产审查需要与本院公司清算和破产审判庭协调的，可以报请本院执行局，由本院执行局与公司清算和破产审判庭共同协调解决。

基层法院之间因执行案件移送破产审查需要协调的，由双方先行协调解决，协调解决不了的，报请本院公司清算和破产审判庭协调解决。

本市法院与外地法院之间因执行案件移送破产审查需要协调的，报请共同上级法院协调解决。

（二）决定程序

第三条 执行立案时，被执行人是企业法人的，立案部门在向申请执行人送达《立案通知书》的同时应一并送达《执行案件移送破产审查确认书》，告知其执行案件移送破产审查的条件。申请执行人确认同意的，可以作为执行过程中执行部门移送破产审查的启动依据。

执行立案后，被执行人是企业法人的，执行部门在送达《执行通知书》的同时应一并送达《执行案件移送破产审查确认书》，告知其执行案件移送破产审查的条件。被执行人确认同意的，可以作为执行部门移送破产审查的启动依据。

作为企业法人的被执行人下落不明，无法直接送达的，执行部门应在公告送达《执行通知书》时同时载明：“依照《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》第五百一十三条的规定，如你方不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，经申请执行人同意，本院将执行案件相关材料移送破产审查。”

第四条 被执行人为企业法人，经强制执行后符合法律规定应当终结本次执行程序的，执行部门应当在裁定终结本次执行程序前征询申请执行人、被执行人是否同意启动执行案件移送破产审查程序的意见。一方或双方当事人同意的，签署《执行案件移送破产审查申请书》；双方均不同意的，将该意见记录入卷。征询程序应当在终结本次执行程序前完成。

终结本次执行程序后，执行部门依照《最高人民法院关于严格规范终结本次执行程序的规定（试行）》第九条的规定对被执行人的财产完成查询，发现不符合恢复执行条件的，应当征询申请执行人、被执行人是否同意启动执行案件移送破产审查程序的意见。一方或双方当事人同意的，签署《执行案件移送破产审查申请书》；双方均不同意的，将该意见记录入卷。

第五条 被执行人为企业法人，经法院强制执行裁定终结本次执行程序后，申请执行人或被执行人主动申请执行案件移送破产审查的，可以向执行法院的立案部门递交《执行案件移送破产审查申请书》。立案

部门应于两日内登记立案，并于立案后三日内完成卷宗扫描、信息录入等工作，移送排期。

第六条 诉讼代理人代为签署《执行案件移送破产审查确认书》或《执行案件移送破产审查申请书》的，必须有申请执行人或被执行人的特别授权，授权委托书中必须记明“办理执行案件移送破产审查”的授权事项。

第七条 执行案件移送破产审查应同时符合下列条件：

- 1、被执行人为企业法人；
- 2、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向执行法院申请或经征询同意启动执行案件移送破产审查程序；
- 3、执行法院依职权采取查控措施，并对申请执行人提供的财产线索以及被执行人申报的财产核实、控制后，被执行人财产的处分价值明显不足以清偿全部债务；或者执行法院已依法裁定终结本次执行程序。

第八条 申请执行人或被执行人签署《执行案件移送破产审查确认书》或提交《执行案件移送破产审查申请书》的，执行法官应当自收到上述材料并完成全部已查明财产的控制措施之日起十五日内对案件是否符合移送条件进行审查。

第九条 经审查认为符合执行案件移送破产审查条件的，由执行法官提出决定移送的意见，依相关规定报请审批移送决定书。

第十条 执行法院作出移送决定后，执行法官应于五日内将《决定书》送达申请执行人和被执行人。

对于被执行人下落不明、无法直接送达的执行案件，执行法院已依据本指引第三条第三款规定在公告送达中告知被执行人相关移送破产审查内容，公告送达后决定移送破产审查的，无需再向被执行人送达《决定书》。

第十一条 执行法院作出移送决定后，执行法官应当中止对被执行人的执行程序，并于作出决定之日起十五日内书面通知已知执行法院中止对该被执行人的执行程序。

第十二条 对于被执行人的下列财产，执行法院决定移送后应当及时变价处置，但处置的价款不作分配：

- 1、季节性物品；
- 2、鲜活物品；
- 3、易腐败变质的物品；
- 4、保管费用过高的物品；
- 5、易损、易贬值的物品；
- 6、其他不宜长期保存的物品。

第十三条 经审查认为不符合执行案件移送破产审查条件的，执行法官应于五日内将不予移送的决定告知申请执行人或被执行人。申请执行人或被执行人对不予移送的决定有异议的，可依法向有管辖权的法院提出破产申请。

（三）移送程序

第十四条 执行法院或执行部门作出移送决定后，执行法官应于决定书发送执行当事人之日起十五日内向破产法院或破产审判部门移送材料，并在全国企业破产重整案件信息平台的执行移送破产系统录入相关移送信息和执行案件信息。

第十五条 执行法官应移送如下材料：

- 1、执行法院作出的移送《决定书》；
- 2、执行当事人签署的《执行案件移送破产审查确认书》或《执行案件移送破产审查申请书》；
- 3、被执行人财产情况的相关材料：
 - （1）财产查询表（移送前六个月内的“五查”表、“总对总”查询表）；
 - （2）财产的查封、扣押、冻结清单；
 - （3）财产的处分情况（评估、拍卖以及资金扣划材料）；
- 4、执行当事人主体资料、送达地址、联系方式、授权委托书；
- 5、执行依据、终结本次执行程序裁定书等法律文书；
- 6、需要移送的其他材料。

第十六条 执行法院或执行部门作出移送决定后，申请执行人或被执行人一方有异议的，可以书面向执行法院或执行部门提出，执行法院或执行部门应将异议材料和案件材料一并移送破产法院或破产审判部门处理。

案件材料移送后，申请执行人或被执行人一方有异议的，应直接向破产法院或破产审判部门提出。

第十七条 执行法院或执行部门作出移送决定后、破产法院或破产审判部门裁定受理前，申请执行人或被执行人可以请求撤回申请。

在案件移送前请求撤回的，可以向执行法院或执行部门提出，执行法院或执行部门应将撤回申请和案件材料一并移送破产法院或破产审判部门处理；在案件移送后请求撤回的，应直接向破产法院或破产审判部门提出。

第十八条 移送材料经形式审查符合移送条件的，立案部门应于两日内以“破申”作为案件类型代字编制案号登记立案，并于立案后三日内完成卷宗扫描、信息录入等工作，移送排期。

移送材料不完备或内容有误，不符合移送条件的，立案部门应要求执行法院或执行部门在十日内予以补齐或补正。逾期未补齐或补正的，不予登记立案，并将相关材料予以退回。

第十九条 审判管理部门或立案部门应于收到移送材料后两日内完成预排承办法官、合议庭成员及法官助理（书记员）。法官助理应于分案后次日内领取卷宗材料并移交承办法官。

第二十条 申请执行人或被执行人对执行案件移送破产审查决定提出的异议，由破产合议庭在审查立案时一并处理。

第二十一条 申请执行人或被申请执行人请求撤回申请的，是否准许，由破产合议庭裁定。准许撤回的，应当自裁定书作出之日起五日内送达相关执行当事人及执行法院。

第二十二条 执行移送破产审查案件的实质审查，由破产合议庭负责。实质审查一般采取书面审查，重大、疑难、复杂案件可以组织听证调查。

对于需要听证调查的，应于听证会召开三日前通知申请人、被申请人。申请人或被申请人无正当理由不参加听证的，不影响听证程序的进行。被申请人的股东、实际控制人等利害关系人申请参加听证的，一般应予准许。

第二十三条 合议庭经审查认为符合受理条件的，由承办法官或法官助理草拟受理裁定书，经合议庭成员签署后，报庭领导审核。

第二十四条 合议庭作出受理裁定的，法官助理应于五日内将裁定书送达申请人、被申请人，并送交执行法院或执行部门。

第二十五条 执行法院或执行部门收到受理裁定书后，应于七日内将已经扣划到账的银行存款、尚未分配的财产变价款、实际扣押的动产、有价证券等被执行人财产移交管理人。

第二十六条 符合下列情形之一的，不属于被执行人的财产，执行法院或执行部门不再移交：

- 1、已通过拍卖程序处置且成交裁定书已送达买受人的拍卖财产；
- 2、通过以物抵债偿还债务且抵债裁定书已送达债权人的抵债财产；

3、已完成转账、汇款、现金交付的执行款。

第二十七条 执行法院或执行部门决定移送后、管理人接管债务人财产前，执行法院或执行部门应当确保对债务人财产保全措施的连续性。

保全期限在破产审查期间届满的，执行法院或执行部门应依申请执行人的申请，负责办理续行保全手续。

第二十八条 合议庭经审查认为不符合受理条件的，由承办法官或法官助理草拟不予受理裁定书，交合议庭成员签署。

合议庭作出不予受理裁定的，法官助理应于五日内将裁定书送达申请人、被申请人。申请人对裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

第二十九条 合议庭裁定受理后，发现不符合受理条件或属于法律规定不予受理情形的，应当裁定驳回破产申请。

合议庭作出驳回申请裁定的，法官助理应于五日内将裁定书送达申请人、被申请人。申请人对裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

第三十条 不予受理或驳回申请的裁定作出后，申请人超过上诉期未提起上诉的，法官助理应当在裁定生效后七日内将裁定书送交执行法院或执行部门，并将案件材料附相关函件一并退回，执行法院或执行部门应当恢复对被执行人的执行。

裁定驳回申请的案件，管理人应在裁定生效后七日内将接管的被执行人财产移交执行法院或执行部门。

第三十一条 执行案件移送破产审查实行一次移送原则。破产法院或破产审判部门作出不予受理或驳回申请裁定后，执行法院和其他已知执行法院均不得重复启动执行案件移送破产审查程序。但申请执行人或被执行人可以直接向有管辖权的法院提出破产申请。

第三十二条 执行移送破产审查案件的立案审查期限为三十日。合议庭应当自“破申”号案件立案之日起三十日内作出是否受理的裁定。听证调查、材料补正等期间不计入该审查期间。

（四）审理程序

第三十三条 裁定受理的执行移送破产审查案件，法官助理应在三日内将案件材料移交立案部门。立案部门应于两日内以“破”作为案件类型代字编制案号登记立案，并于立案后三日内完成卷宗扫描、信息录入等工作，移送排期。

第三十四条 审判管理部门或立案部门应于收到立案部门移送的材料后两日内完成预排承办法官、合议庭成员及法官助理（书记员）。法官助理应自分案后次日内领取卷宗材料并移交承办法官审查。

第三十五条 下列执行移送破产审查案件，应适用简易程序审理：

- 1、债务人不属于国有企业，且财产容易变现的；
- 2、债务人的主要财产、账册、重要文件等灭失，或者债务人人员下落不明，未发现存在巨额财产下落不明情形的；
- 3、债权债务关系简单，不存在重大隐患的。

第三十六条 合议庭决定受理执行移送破产审查案件，应依照本指引第三十五条的规定对案件是否适用简易程序、管理人的选定级别等事项一并评议。

第三十七条 合议庭决定受理的执行移送破产审查案件，法官助理应按照议定的管理人级别及时填写《选定破产案件管理人移送表》，经审判长审批后报本院审判管理部门，由审判管理部门摇珠选定破产案件管理人。

第三十八条 执行移送破产审查案件受理后，法官助理应在七日内完成下列事项：

- 1、制作破产案件受理公告，并在全国企业破产重整案件信息网上发布；
- 2、制作告知合议庭成员组成通知书、告知债务人义务通知书，送达申请人、被申请人；
- 3、制作刻制公章函、指定管理人决定书，送达管理人；
- 4、制作中止诉讼及执行通知书，送达相关法院；
- 5、制作申报债权通知书；
- 6、决定适用简易程序审理的，应制作适用简易程序决定书，送达申请人、被申请人、管理人；
- 7、向市场监督管理部门送达受理破产申请裁定书；
- 8、合议庭认为需要办理的其他事项。

第三十九条 执行移送破产审查案件的债权申报期限一般应确定为三十日，自发布受理破产申请公告之日起计算。

第四十条 执行移送破产审查案件决定适用简易程序审理的，合议庭应当自“破”号案件立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长审理期限的，经庭领导批准，可以延长三个月。

第四十一条 在审理过程中，发现案情复杂不宜适用简易程序的，合议庭应及时裁定转为普通程序，报庭领导审批。

第四十二条 案件在本院审理的，合议庭可以依管理人申请裁定解除本市两级法院对债务人财产采取的保全措施。采取保全措施的单位是其他法院或其他部门的，合议庭应及时向相关单位发出书面通知、函件等，协调要求其解除保全措施。

案件在基层法院审理的，合议庭可以依管理人申请裁定解除该基层法院以及本市其他基层法院对债务人财产采取的保全措施；采取财产保全措施的单位系其他法院或其他部门的，合议庭应及时向相关单位发出书面通知、函件等，协调要求其解除保全措施。

第四十三条 管理人申请财产保全，合议庭应及时评议决定，情况紧急的，应当在四十八小时内作出裁定并立即执行。

第四十四条 采取保全措施后，合议庭应于十日内制作查封、扣押、冻结财产通知书并送达管理人。

通知书应列明查封、扣押、冻结的财产清单、查封期限及扣押物品地点，同时应告知管理人保全期限届满后需续行保全的，应于期限届满前二十日向法院书面提出申请。

第四十五条 合议庭可沿用执行案件中的财产查询结果。但查询时间截至案件裁定受理之日已超过六个月以上的，应依管理人的申请重新查询。

第四十六条 合议庭可沿用执行案件中的财产评估报告。评估报告已超过有效期，但超过时间不足一年的，合议庭可依管理人申请，同意由原评估公司出具补充报告或作出说明。评估报告超过有效期一年以上的，管理人需重新申请评估。

第四十七条 合议庭可沿用执行案件中的财产拍卖、变卖结果，按以下情形处理：

1、财产拍卖流拍、变卖不成的，或者暂缓、中止拍卖、变卖的，由管理人接管拍卖、变卖的财产后继续组织拍卖、变卖；

2、财产拍卖、变卖成交后，成交裁定书尚未送达买受人的，由管理人接管拍卖、变卖的财产后办理后续交付手续；

3、财产拍卖、变卖成交后，成交裁定书已送达买受人的，由管理人接管拍卖、变卖的执行款。

第四十八条 执行案件中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用符合以下条件的，可以参照破产费用的规定，从债务人财产中随时清偿：

1、因管理、变价债务人财产发生，且该财产或财产的变价款已由管理人接管；

2、原则上不超过破产申请受理前一年。

第四十九条 破产申请受理后，管理人持受理裁定书及指定管理人决定书前往执行法院或执行部门申请查阅相关卷宗材料、办理财产移交等事宜的，执行法院或执行部门应当予以协助，并在收到申请之日起三日内予以办理。

第五十条 有下列情形之一的，法官助理应当在裁定作出之日起五日内将相关法律文书送交执行法院或执行部门，执行法院或执行部门应当裁定终结对该被执行人的执行程序：

- 1、裁定宣告破产的；
- 2、裁定批准重整计划并终止重整程序的；
- 3、裁定认可和解协议并终止和解程序的。

第五十一条 管理人依法提请终结破产程序的，合议庭应当自收到申请之日起五日内作出决定。决定终结破产程序的，由承办法官或法官助理草拟终结裁定书，经合议庭成员签署后，报庭领导审核。裁定终结的，应当予以公告。

（五）附则

第五十二条 本指引下列用语的含义：

1、执行法院，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》中的用语，是指作出执行案件移送破产审查决定的法院；

2、已知执行法院，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》中的用语，与执行法院相对应，是指其他受理该被执行人关联执行案件的法院。

3、破产法院，即最高人民法院《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》中的受移送法院，与执行法院相对应，是指对执行移送破产审查案件有管辖权的法院。

第五十三条 本市法院将执行案件移送外地法院破产审查的，或外地法院将执行案件移送本市法院进行破产审查的，参照本指引执行。

第五十四条 本指引未作规定的，适用法律、法规、司法解释以及上级法院或本院的有关规定。

第五十五条 本指引自公布之日起施行。

第五十六条 本指引由本院审判委员会负责解释。

附：执行移送破产审查案件相关文书样式（略）

（一）执行法院制作

- 1、执行案件移送破产审查确认书
- 2、执行案件移送破产审查申请书
- 3、决定书
- 4、执行案件移送破产审查情况说明

（二）破产法院制作

- 5、民事裁定书（债权人申请用）

- 6、民事裁定书（债务人申请用）
- 7、公告（受理破产申请用）
- 8、决定书（指定管理人用）
- 9、决定书（决定适用简易程序用）
- 10、通知书（告知合议庭成员组成人员用）
- 11、通知书（通知中止诉讼及执行用）
- 12、通知书（告知债务人义务通知用）
- 13、通知书（通知已知债权人申报债权用）
- 14、刻制公章函

三、关于执行移送破产案件管理人工作指引（试行）（深中法发〔2018〕5号）

文章来源：深圳中院

发

深圳市中级人民法院文件 深中法发〔2018〕5号

深圳市中级人民法院

关于执行移送破产案件管理人工作指引

（2018年4月12日深圳市中级人民法院审判委员会民事执行专业委员会第1次会议通过）

（一）一般规定

第一条 为规范执行移送破产案件管理人工作，引导管理人依法公正高效履行职责，保障执行移送破产案件快速审理，根据《中华人民共和国企业破产法》、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》和广东省高级人民法院《关于执行案件移送破产审查的若干意见》等相关规定，结合破产审判实践，制定本指引。

第二条 管理人应当勤勉、谨慎、忠实、高效履行职责，自觉接受法院及债权人会议监督。

管理人违反勤勉尽责、忠实执行职务义务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，应依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三条 管理人应当提高工作效率，遵守办案期限，降低破产成本。

适用简易程序的执行移送破产案件，管理人应于“破”号案件立案之日起三个月内完成案件审理的各项工作，确保程序终结。因特殊情况需要延长期限的，经法院批准，可以延长三个月。

管理人认为案情复杂不宜适用简易程序的，应申请法院裁定转为普通程序。转为普通程序后，简易程序中已经完成的事项继续有效。

（二）前期工作

第四条 管理人应当根据执行移送破产案件实际需要组建工作团队，配置工作人员。管理人应于摇珠选定次日将工作团队成员名单、负责人、联系地址、联系电话和债权申报地址书面告知法院。管理人团队成员调整的，应当及时说明原因并报法院备案。

第五条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起十个工作日内制定工作计划表，并报法院备案。

第六条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内持受理破产申请裁定书、指定管理人决定书、刻制印章函等向公安机关申请刻制管理人印章。管理人印章交法院封样备案后启用。

第七条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内持受理破产申请裁定书、指定管理人决定书、加盖有管理人公章及承办法官印鉴的银行印鉴卡向银行申请开立管理人账户，并按照管理人《财务收支管理制度》进行管理和使用。

管理人发现债务人无财产，无开立账户必要的，可以暂不申请开立管理人账户。

第八条 管理人应当根据工作进展情况，及时提交阶段性工作报告，向法院报告接管情况、财产调查、债权审核、债权人会议、财产处置、财产分配等工作情况。

（三）调查与接管

第九条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起两个工作日内，在全国企业破产重整案件信息网发布受理破产案件公告，并打印显示发布成功网页交法院存档。公告发布之日至债权申报期限截止日不得少于三十日。

受理公告应列明受理情况、管理人指定情况、债权申报期限及申报地址，同时列明股东、实际控制人、董事、理事等法律、法规规定的清算义务人配合清算的义务和不配合清算应当承担的法律责任。

适用普通程序审理的执行移送破产案件应在受理公告中同时列明第一次债权人会议召开的时间及地点。

第十条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内，查询债务人工商内档资料，包括基本信息、对外投资信息、验资报告、银行账户信息以及股东、董事、监事、高级管理人员身份信息等信息。

第十一条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内，通过全国法院被执行人信息查询平台、深圳法院网上诉讼服务平台等公开渠道全面查询债务人涉及的诉讼、执行及仲裁情况，制作债务人诉讼、仲裁及执行情况清单。必要时应查阅案卷材料。

第十二条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起十个工作日内了解债务人缴纳税款、社会保险金、住房公积金等情况，并通知相关机构申报债权。

第十三条 执行程序已查明债务人银行存款、房产、车辆、股权、证券、支付宝账户等的，管理人可不再重复调查。但截至破产申请受理之日，查询结果超过六个月的，管理人需重新申请调查。

管理人应当调查债务人持有商标、专利、著作权、域名等财产性权利状况。利害关系人在破产程序中提供债务人新的财产线索的，管理人应当调查。

第十四条 管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内，前往债务人住所地查看，并联系债务人股东、法定代表人、财务管理人员、董事、监事、高级管理人员或其他工作人员，确定接管时间，开展接管工作。

管理人未能接管到债务人的企业法人营业执照正副本、公章的，应及时刊登遗失声明。

第十五条 管理人应及时接管债务人财产。对执行程序中扣划至执行法院的银行存款、尚未分配的财产变价款、实际扣押的动产、有价证券等财产，管理人应当于查明之日起五个工作日内持受理破产申请裁定书、指定管理人决定书等法律文书与执行法院办理上述财产的交接工作。需要协调的，管理人应及时提出申请。

第十六条 管理人应当及时将债务人名下的银行存款划转至管理人账户，必要时可向法院申请扣划。

银行存款已被采取保全措施的，管理人应申请解除保全措施并将款项扣划至管理人账户。

第十七条 管理人接管机器设备和其他动产时，应当做好财产清点工作。根据接管现状制作移交清单、接管笔录，必要时应制作现场照片、视频资料等。移交清单应列明财产的名称、规格、特征、质量、数量。移交人、接收人、仓储保管人和债务人有关人员应在移交清单、接管笔录上签字确认。

第十八条 对债务人名下车辆，管理人应核实登记车辆状态并予以实际控制。

管理人未能实际控制债务人名下车辆的，应及时申请破产法院采取查封措施，但车辆登记显示已强制注销的除外。车辆有被盗、被抢等嫌疑的，应及时向公安机关报案并将报警回执提交法院备案。

第十九条 债务人下落不明的，管理人应当在债务人住所地张贴受理破产案件公告并拍照存档。如债务人住所地已由第三方使用、不宜张贴受理破产案件公告的，可以不张贴，但应现场拍照存档。

第二十条 债务人下落不明，且无法联系其股东、实际控制人、董事、理事等法律、法规规定的清算义务人的，管理人应当自收到指定管理人决定书之日起五个工作日内向公安机关等部门查询上述人员人口档案信息、联系方式等，并及时通知其配合清算。

第二十一条 管理人应当调查出资人出资情况，发现出资人未履行或者未完全履行出资义务的，管理人应当通知该出资人缴纳。管理人追缴出资不受出资期限的限制。

第二十二条 管理人以诉讼方式追缴出资的，应当评估追缴出资的诉讼成本。管理人认为应当全额追缴并愿意垫付诉讼费用的，可以直接提起诉讼；管理人认为追缴成本过高，应以已知债权额为限进行追缴的，并拟定追缴方案提交债权人会议表决。

第二十三条 管理人经评估认为没有必要追缴出资人出资的，或无人垫付诉讼费用的，应当将有关情况提交债权人会议表决。债权人会议同意管理人放弃追缴的，可不予追缴。

没有债权人申报债权的，应报告法院。

第二十四条 管理人应当查明执行程序产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，符合下列条件的，可以参照破产费用处理：

- 1、该执行费用系因管理、变价债务人财产发生，且该财产或财产变价款已由管理人接管；
- 2、该执行费用原则上不超过破产申请受理前一年内。

第二十五条 管理人决定债务人财产的保管开支时，应遵循谨慎、合法、合理、必要的原则，厉行节约、保证安全，降低保管成本。

已签订的保管或租赁合同，约定的保管费用或租赁费用不高于市场指导价的，管理人可以决定继续履行；约定的保管费用或租赁费用明显高于市场指导价的，管理人可决定解除后，重新签订。

（四）权利申报与审核

第二十六条 执行移送破产案件的债权申报期限为三十日，自受理破产案件公告发布之日起计算。管理人应当自收到指定管理人决定书之日起十个工作日内通知已知债权人申报债权。

第二十七条 管理人应当对所有申报的债权登记造册，准确记载申报人的姓名或单位、代理人、申报债权额、债权性质、担保情况、证据材料、联系方式等事项，以及受领破产分配款的债权人账户信息。同一债权人申报多笔债权的，应当分别登记。

第二十八条 管理人应按照《破产案件债权审核认定指引》审查债权，就债权是否成立、债权性质、债权数额、担保情况等形成书面结论，并书面通知申报人。

第二十九条 职工债权经生效法律文书确认的，管理人应按生效法律文书审查认定。

职工债权未经生效法律文书确认的，管理人应当根据债务人财务资料、人事资料、考勤记录等证据材料审查认定。

职工债权未经生效法律文书确认且债务人下落不明或管理人没有接管到债务人财务账册、文件资料的，管理人可根据职工申报的相关资料，结合劳动监察机构、社会保险管理机构和住房公积金管理机构的记载情况审查认定。

管理人应制作职工债权清单予以公示。

第三十条 适用简易程序审理的执行移送破产案件，管理人应当在债权申报期限届满之日起五个工作日内完成债权审查和债权表编制工作。

第三十一条 债权人会议以书面方式核查债权的，管理人应当制作核查意见表并附相应的核查说明，核查说明内容包括：核查方式、核查范围、核查期限、异议程序及反馈核查意见的形式。

第三十二条 经债权人、债务人核查无异议的债权，管理人应当自核查期限届满之日起三个工作日内申请裁定确认。申请书应当载明债权申报审查情况和债权核查情况。

第三十三条 未向管理人申报债权直接提起诉讼的，管理人应通知债权人及时申报债权并引导债权人通过破产程序主张权利。债权人据此申报债权的，管理人应及时作出审查结论。

（五）通知送达

第三十四条 采取特快专递方式寄送函件的，管理人应当在快递单上注明寄送文件名称，并保留寄件凭证、收件人签收回执或退回凭证。

邮件未签收的，管理人应申请司法送达。

第三十五条 经受送达人同意，管理人可以采用传真、电子邮件、微信号等能够确认其收悉的简便方式送达相关文书，但民事裁定书除外。

（六）债权人会议

第三十六条 适用简易程序审理的执行移送破产案件，债权人会议一般以书面方式召开。

第三十七条 适用简易程序审理的执行移送破产案件，管理人应当在债权申报期限届满之日起七个工作日内以书面方式召开第一次债权人会议。管理人需于会议召开两个工作日前将会议资料送达债权人、债务人，并报法院备案。

第三十八条 适用简易程序审理的执行移送破产案件，不设立债权人委员会。以书面形式召开债权人会议的，不指定债权人会议主席。

第三十九条 管理人书面提交第一次债权人会议的文件应当包括下列内容：

- 1、管理人阶段性工作报告；
- 2、债务人财产调查状况报告；
- 3、债权审核报告及债权表、债权核查意见表；
- 4、债务人财产管理方案、破产财产变价方案；
- 5、债权人会议议事规则、表决方案；
- 6、管理人报酬方案；
- 7、其他应当说明的内容。

第四十条 采取书面形式表决的，应在表决票上告知债权人：对表决事项有异议的，应在表决期内书面提出；未在规定期限内提交表决意见的，视为同意。

第四十一条 适用简易程序审理的执行移送破产案件，表决期限和债权核查期限一般不超过五日，期限自债权人会议召开之日起计算。

第四十二条 债权人、债务人对债权表记载的债权有异议的，应在债权核查期限内书面提出。管理人应当对有异议的债权进行复核，并书面通知异议人复核结论。经复核后仍有异议的，管理人应当书面告知异议人有权自收到审查结论之日起十五日内提起诉讼，并将案件受理情况反馈给管理人。逾期不起诉的，管理人可以按无异议处理。

第四十三条 经债权人会议表决未通过债务人财产管理方案及破产财产变价方案的，或经债权人会议二次表决仍未通过破产财产分配方案的，管理人应当自表决结果确定之日起三个工作日内申请法院裁定。

第四十四条 除职工债权以外，无其他债权人申报债权的，不再组织召开债权人会议。涉重大事项的，管理人应当及时提出意见报法院决定。

（七）申请宣告破产工作

第四十五条 管理人应根据审计结论决定是否提请宣告债务人破产。管理人应在提请宣告破产的申请书中列明债务人基本情况、资产情况、负债情况以及审计结果等。

无财务账册或财务账册缺失，无法审计的，管理人应在完成债权审查、财产调查后形成财产调查报告，申请裁定宣告债务人破产。申请书应当列明债务人基本情况、资产情况、负债情况等。

第四十六条 管理人收到宣告债务人破产的裁定及公告后，应当于三个工作日之内协助法院将裁定书送达债务人，同时通知已知债权人并公告。

（八）财产变价及分配

第四十七条 裁定宣告债务人破产后，管理人应当及时按照破产财产变价方案处置破产财产。

以拍卖方式处置破产财产的，应当采用网络拍卖方式，但法律、行政法规和司法解释规定必须通过其他途径处置，或者不宜采用网络拍卖方式处置的除外。

第四十八条 第一次债权人会议召开前，季节性、鲜活、易腐败变质、易损易贬值以及其他不宜长期保存的物品或者保管费用过高的物品等需在第一次债权人会议前处置的，管理人应当报法院同意后及时处置。

第四十九条 管理人认为银行账户内存款金额过少，不足以支付处置成本的，可以拟定放弃处置方案，提交债权人会议表决。

第五十条 管理人应当根据车辆实际情况提出处置方案。车辆登记状态显示正常的，应当及时拟定变价方案，提交债权人会议表决。车辆登记显示已强制注销，且管理人评估已无处分价值的，可以拟定放弃处置方案，提交债权人会议表决。

第五十一条 经管理人调查评估，认为财产已无处分价值，管理人可拟定放弃处置方案，并征询债权人的意见。

经管理人调查评估，认为财产价值较低或资料不全无法评估的，可酌情确定起拍价，并征询债权人意见。

第五十二条 管理人可沿用执行案件中的财产评估报告。评估报告超过有效期，超过时间不足一年的，经法院同意后，管理人可要求原评估

机构出具补充报告或作出说明。评估报告超过有效期一年以上的，需重新申请评估。

第五十三条 破产财产系深圳市完全产权房，管理人可以通过深圳市房地产评估发展中心“房地产评估价格查询系统”进行市价查询，并将查询结果截屏存档。查询结果应作为首次拍卖的起拍价。

第五十四条 执行过程中已启动财产拍卖、变卖的，应按以下情形处理：

1、财产拍卖过程中流拍、变卖不成的，或者暂缓、中止拍卖、变卖的，管理人接管拍卖、变卖财产后可以采用之前的拍卖保留价、变卖价继续组织拍卖、变卖；

2、财产拍卖、变卖成交后，成交裁定书尚未送达买受人的，管理人应接管拍卖、变卖的财产及执行款。接管后，管理人应依据执行程序中拍卖、变卖结果出具成交确认书并办理交付手续；

3、成交裁定书已送达买受人的，管理人应接管拍卖、变卖的执行款。

第五十五条 破产财产变价完毕后，管理人应于三个工作日内拟定破产财产分配方案报法院审查，并提交债权人会议表决。债权人会议表决通过后，管理人应于次日内申请法院裁定确认破产财产分配方案。

第五十六条 破产财产分配方案经法院裁定后，管理人应于收到裁定书之日起三个工作日内执行。

（九）终结程序

第五十七条 破产宣告前，有下列情形之一的，管理人应于三个工作日内提请法院裁定终结破产程序：

- 1、第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；
- 2、债务人已清偿全部到期债务的。

第五十八条 破产财产最后分配完毕后，管理人应于两个工作日内向法院提交清算工作报告，并申请终结破产程序。

第五十九条 经过法院“五查”及管理人调查，有下列情形之一的，管理人应当提请法院裁定宣告债务人破产并终结破产程序：

- 1、未发现债务人有可供分配的财产；
- 2、虽有少量财产但不足以支付破产费用且无利害关系人垫付的；
- 3、利害关系人垫付费用的不足以支付破产费用的。

第六十条 破产财产分配方案经法院裁定确认，且主要财产已分配完毕，但因客观原因尚未完成个别事项的，管理人可以申请法院裁定终结破产程序。

第六十一条 因债务人下落不明，未接管到财务账册、文件资料的，经管理人调查，债务人确无财产可供分配的，应及时提请法院裁定宣告债务人破产并终结破产程序。申请书中应列明无法清算或无法全面清算的原因。

第六十二条 管理人应当自破产程序终结之日起十日内，持下列材料向市场监督管理部门申请办理注销登记：

- 1、企业注销登记申请书（原件）；
- 2、经办人身份证明（复印件1份，验原件）；
- 3、企业法人营业执照正本和全部副本（原件）或者遗失登报证明（原件）；
- 4、设有分支机构的须提交分支机构注销登记证明（复印件1份，验原件）；
- 5、申请材料无法加盖公章的须提交公安机关公章缴销证明（复印件1份，验原件）或公章遗失登报证明（原件1份）；
- 6、指定管理人决定书、宣告破产裁定书、终结破产程序裁定书（原件）；
- 7、其他。

第六十三条 管理人应于注销登记办理完毕次日终止执行职务，但存在诉讼或者仲裁未决情况的除外。

（十）附则

第六十四条 本指引未涉及的情形，适用本院《破产案件管理人工作规范》、《破产案件审理规程》以及《破产案件管理人援助资金管理和使用办法》等有关规定办理。

第六十五条 本指引由本院审判委员会解释。

第六十六条 本指引自公布之日起施行。

四、《企业所得税优惠政策事项办理办法》修订

文章来源：国家税务总局

国家税务总局

关于发布修订后的《企业所得税优惠政策事项办理办法》的公告

国家税务总局公告 2018 年第 23 号

为优化税收环境，有效落实企业所得税各项优惠政策，根据《国家税务总局关于进一步深化税务系统“放管服”改革 优化税收环境的若干意见》（税总发〔2017〕101 号）有关精神，现将修订后的《企业所得税优惠政策事项办理办法》予以发布。

特此公告。

国家税务总局

2018 年 4 月 25 日

企业所得税优惠政策事项办理办法

第一条 为落实国务院简政放权、放管结合、优化服务要求，规范企业所得税优惠政策事项（以下简称“优惠事项”）办理，根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称“企业所得税法”）及其实施条例、《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称“税收征管法”）及其实施细则，制定本办法。

第二条 本办法所称优惠事项是指企业所得税法规定的优惠事项，以及国务院和民族自治地方根据企业所得税法授权制定的企业所得税优惠事项。包括免税收入、减计收入、加计扣除、加速折旧、所得减免、抵扣应纳税所得额、减低税率、税额抵免等。

第三条 优惠事项的名称、政策概述、主要政策依据、主要留存备查资料、享受优惠时间、后续管理要求等，见本公告附件《企业所得税优惠事项管理目录（2017年版）》（以下简称《目录》）。

《目录》由税务总局编制、更新。

第四条 企业享受优惠事项采取“自行判别、申报享受、相关资料留存备查”的办理方式。企业应当根据经营情况以及相关税收规定自行判断是否符合优惠事项规定的条件，符合条件的可以按照《目录》列示的时间自行计算减免税额，并通过填报企业所得税纳税申报表享受税收优惠。同时，按照本办法的规定归集和留存相关资料备查。

第五条 本办法所称留存备查资料是指与企业享受优惠事项有关的合同、协议、凭证、证书、文件、账册、说明等资料。留存备查资料分为主要留存备查资料和其他留存备查资料两类。主要留存备查资料由企业按照《目录》列示的资料清单准备，其他留存备查资料由企业根据享受优惠事项情况自行补充准备。

第六条 企业享受优惠事项的，应当在完成年度汇算清缴后，将留存备查资料归集齐全并整理完成，以备税务机关核查。

第七条 企业同时享受多项优惠事项或者享受的优惠事项按照规定分项目进行核算的，应当按照优惠事项或者项目分别归集留存备查资料。

第八条 设有非法人分支机构的居民企业以及实行汇总纳税的非居民企业机构、场所享受优惠事项的，由居民企业的总机构以及汇总纳税的主要机构、场所负责统一归集并留存备查资料。分支机构以及被汇总纳税的非居民企业机构、场所按照规定可独立享受优惠事项的，由分支机构以及被汇总纳税的非居民企业机构、场所负责归集并留存备查资料，同时分支机构以及被汇总纳税的非居民企业机构、场所应在当完成年度汇算清缴后将留存的备查资料清单送总机构以及汇总纳税的主要机构、场所汇总。

第九条 企业对优惠事项留存备查资料的真实性、合法性承担法律责任。

第十条 企业留存备查资料应从企业享受优惠事项当年的企业所得税汇算清缴期结束次日起保留 10 年。

第十一条 税务机关应当严格按照本办法规定的方式管理优惠事项，严禁擅自改变优惠事项的管理方式。

第十二条 企业享受优惠事项后，税务机关将适时开展后续管理。在后续管理时，企业应当根据税务机关管理服务的需要，按照规定的期限和方式提供留存备查资料，以证实享受优惠事项符合条件。其中，享受集成电路生产企业、集成电路设计企业、软件企业、国家规划布局内的重点软件企业和集成电路设计企业等优惠事项的企业，应当在完成年度

汇算清缴后，按照《目录》“后续管理要求”项目中列示的清单向税务机关提交资料。

第十三条 企业享受优惠事项后发现其不符合优惠事项规定条件的，应当依法及时自行调整并补缴税款及滞纳金。

第十四条 企业未能按照税务机关要求提供留存备查资料，或者提供的留存备查资料与实际生产经营情况、财务核算情况、相关技术领域、产业、目录、资格证书等不符，无法证实符合优惠事项规定条件的，或者存在弄虚作假情况的，税务机关将依法追缴其已享受的企业所得税优惠，并按照税收征管法等相关规定处理。

第十五条 本办法适用于 2017 年度企业所得税汇算清缴及以后年度企业所得税优惠事项办理工作。《国家税务总局关于发布〈企业所得税优惠政策事项办理办法〉的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 76 号）同时废止。

解读

关于《国家税务总局关于发布修订后的〈企业所得税优惠政策事项办理办法〉的公告》的解读

为贯彻落实税务系统“放管服”改革，优化税收环境，有效落实企业所得税各项优惠政策，税务总局于近期修订并重新发布了《企业所得税优惠政策事项办理办法》（以下简称《办法》）。现解读如下：

（一）修订背景

2015 年，税务总局根据“放管服”改革要求，发布了《企业所得税优惠政策事项办理办法》（国家税务总局公告 2015 年第 76 号发布），全面取消对企业所得税优惠事项的审批管理，一律实行备案管理。该办法通过简化办税流程、精简涉税资料、统一管理要求，为企业能够及时、精准享受到所得税优惠政策创造了条件、提供了便利。为了深入贯彻落实党中央、国务院关于优化营商环境和推进“放管服”改革的系列部署，进一步优化税收环境，税务总局对该办法进行了修订，并重新发布。

（二）主要变化

1、简化优惠事项办理方式

根据《办法》规定，企业所得税优惠事项全部采用“自行判别、申报享受、相关资料留存备查”的办理方式。企业在年度纳税申报及享受优惠事项前无需再履行备案手续、报送《企业所得税优惠事项备案表》《汇总纳税企业分支机构已备案优惠事项清单》和享受优惠所需要的相关资料，原备案资料全部作为留存备查资料，保留在企业，以备税务机关后续核查时根据需要提供。

2、更新《企业所得税优惠事项管理目录》内容

根据企业所得税优惠政策调整情况，对《企业所得税优惠事项备案管理目录（2015 年版）》进行了修订，编制了《企业所得税优惠事项管理目录（2017 年版）》（以下简称《目录》）。一是统一了优惠事项的项目名称，实现了优惠事项名称在《目录》《减免税政策代码目录》《中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A 类，2017 年版）》等不同

文件中的统一，方便企业查询和使用。二是对优惠事项进行了调整和补充，同时对政策概述、主要政策依据等内容进行了完善，对主要留存备查资料进行了细化。三是增加了“后续管理要求”项目，明确了优惠事项后续管理的有关要求。

3、强化留存备查资料管理

留存备查资料是指与企业享受优惠事项有关的合同、协议、凭证、证书、文件、账册、说明等资料，用于证实企业是否符合相关优惠事项规定的条件。由于企业情况不同，留存备查资料难以全部列示，因此《办法》将留存备查资料分为主要留存备查资料和其他留存备查资料。企业应当按照《目录》列示的清单归集和整理主要留存备查资料，其他留存备查资料则由企业根据享受优惠事项的情况自行归集，以助于税务机关在后续管理时能够做出准确判断。

由于我国企业所得税实行法人所得税制，因此跨地区经营汇总纳税企业享受优惠事项的，应当由总机构负责统一归集并留存相关备查资料，但是分支机构按照规定可以独立享受优惠事项的，则由分支机构负责归集并留存相关备查资料。如：设在西部地区的鼓励类产业企业减按15%的税率征收企业所得税优惠事项，当设在西部地区的分支机构符合条件而享受优惠事项的，由该分支机构负责归集并留存相关备查资料，并同时将其留存备查资料的清单提供总机构汇总。

留存备查资料是企业自行判断是否符合相关优惠事项规定条件的直接依据，企业应当在年度纳税申报前全面归集、整理并认真研判。在本

企业完成汇算清缴后，留存备查资料应当归集和整理完毕，以备税务机关核查。如：企业享受《目录》第1项优惠事项，并在2018年4月30日完成2017年度企业所得税纳税申报和缴纳税款，其应在4月30日同步将第1项优惠事项的留存备查资料归集和整理完毕。分支机构以及被汇总纳税的非居民企业机构、场所按照规定可独立享受优惠事项的，完成汇算清缴后，除需要将留存备查资料应当归集和整理完毕外，还需将留存的备查资料清单报送总机构汇总。如：企业设在西部地区的分支机构享受《目录》第63项优惠事项，该分支机构在2018年4月30日完成2017年度企业所得税纳税申报和缴纳税款，其应在4月30日同步将第63项优惠事项的留存备查资料归集和整理完毕，并将备查资料清单报送总机构汇总。

4、重申企业的权利义务和法律责任

企业依法享有享受税收优惠的权利，也有依法按时如实申报、接受监督和检查的义务。《办法》所称企业包括居民企业和在中国境内设立机构、场所的非居民企业。

《办法》实施后，企业可以根据经营情况自行判断是否符合相关优惠事项规定的条件，在符合条件的情况下，企业可以自行按照《目录》中列示的“享受优惠时间”自预缴申报时开始享受或者在年度纳税申报时享受优惠事项。

在享受优惠事项后，企业有义务提供留存备查资料，并对留存备查资料的真实性与合法性负责。如果企业未能按照税务机关的要求提供留

存备查资料，或者提供的留储备查资料与实际生产经营情况、财务核算情况、相关技术领域、产业、目录、资格证书等不符不能证实其符合优惠事项规定的条件的，或者存在弄虚作假情况的，税务机关将依法追缴其已享受的企业所得税优惠。

5、对后续管理提出要求

为加强管理，《办法》规定税务机关将对企业享受优惠事项开展后续管理，企业应当予以配合并按照税务机关规定的期限和方式提供留储备查资料。其中，按照《财政部 国家税务总局 发展改革委 工业和信息化部关于软件和集成电路产业企业所得税优惠政策有关问题的通知》（财税〔2016〕49号）的有关规定，享受《目录》第30至31项、第45至53项、第56至57项软件和集成电路产业优惠事项的，企业应当在汇算清缴后按照《目录》“后续管理要求”项目中列示的资料清单向税务部门提交资料，提交资料时间不得超过本年度汇算清缴期。如：企业享受《目录》第45项优惠事项，在2018年4月30日完成2017年度企业所得税纳税申报和缴纳税款，其应在4月30日同步将留储备查资料归集和整理完毕，并在2018年5月31日前按照第45项优惠事项“后续管理要求”项目中列示的资料清单向税务机关提交相关资料。

其他优惠事项的核查，由各省税务机关（含计划单列市税务机关）按照统一安排，开展后续管理等。

（三）实施时间

《办法》适用于 2017 年度汇算清缴及以后年度优惠事项办理工作。企业在进行 2017 年度企业所得税汇算清缴时，如果享受税收优惠事项的，无需再办理备案手续。

五、关于对营业账簿减免印花税的通知 财税〔2018〕50 号

发布时间：2018.5.7

文章来源：国家税务总局

关于对营业账簿减免印花税的通知 财税〔2018〕50 号

各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局）、国家税务局、地方税务局，新疆生产建设兵团财政局：

为减轻企业负担，鼓励投资创业，现就减免营业账簿印花税有关事项通知如下：

自 2018 年 5 月 1 日起，对按万分之五税率贴花的资金账簿减半征收印花税，对按件贴花五元的其他账簿免征印花税。
请遵照执行。

财政部 税务总局

2018 年 5 月 3 日

六、财政部 税务总局关于设备 器具扣除有关企业所得税政策的通知

发布时间：2018.5.11

财政部 税务总局关于设备 器具扣除有关企业所得税政策的通知

财税〔2018〕54号

各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局）、国家税务局、地方税务局，新疆生产建设兵团财政局：

为引导企业加大设备、器具投资力度，现就有关企业所得税政策通知如下：

（一）企业在2018年1月1日至2020年12月31日期间新购进的设备、器具，单位价值不超过500万元的，允许一次性计入当期成本费用在计算应纳税所得额时扣除，不再分年度计算折旧；单位价值超过500万元的，仍按企业所得税法实施条例、《财政部 国家税务总局关于完善固定资产加速折旧企业所得税政策的通知》（财税〔2014〕75号）、《财政部 国家税务总局关于进一步完善固定资产加速折旧企业所得税政策的通知》（财税〔2015〕106号）等相关规定执行。

（二）本通知所称设备、器具，是指除房屋、建筑物以外的固定资产。

财政部 税务总局

法院信息

一、四川众益清算事务所有限公司被汶川县人民法院指定为汶川众友建材有限责任公司管理人

公告

本院根据汶川众友建材有限责任公司清算的申请于 2018 年 3 月 28 日裁定受理汶川众友建材有限责任公司破产清算一案，并于 2018 年 3 月 28 日指定四川众益清算事务所有限公司为汶川众友建材有限责任公司管理人。

[四川]汶川县人民法院

2018 年 04 月 20 日在人民法院报刊登

二、四川明炬律师事务所被成都市青羊区人民法院指定为成都鑫新源科技有限公司管理人

公告

本院根据成都大（上海）化工有限公司的申请裁定受理成都鑫新源科技有限公司（简称鑫新源公司）破产清算一案，并指定四川明炬律师事务所为鑫新源公司管理人。

[四川]成都市青羊区人民法院
2018 年 04 月 22 日在人民法院报刊登

三、四川子贡会计师事务所有限公司被绵阳高新技术产业开发区人民法院指定为四川祥尔电气有限责任公司管理人

公告

本院根据绵阳新兴融资担保有限责任公司的申请于 2018 年 2 月 8 日裁定受理四川祥尔电气有限责任公司破产清算一案,并于同日指定四川子贡会计师事务所有限公司担任四川祥尔电气有限责任公司的管理人。

[四川]绵阳高新技术产业开发区人民法院
2018 年 04 月 22 日在人民法院报刊登

四、四川宏远清算服务有限公司被盐亭县人民法院指定为盐亭县佰超利汽车塑料配件有限公司管理人

公告

本院已裁定受理申请人李维成等六人申请盐亭县佰超利汽车塑料配

件有限公司破产清算一案，指定四川宏远清算服务有限公司担任盐亭县佰超利汽车塑料配件有限公司管理人。

[四川]盐亭县人民法院

2018 年 04 月 25 日在人民法院报刊登

五、四川众益联盟清算服务有限公司被德阳市中级人民法院指定为四川贵旺汽车销售有限公司管理人

德破指字第 3 号机构选择

结果公示

2018 年 04 月 27 日 10:29

2018 年 4 月 27 日，德阳市中级人民法院对下列案件进行了公开随机摇号方式确定破产管理人，结果如下：

广汉法院移送的四川贵旺汽车销售有限公司破产清算一案，确定本案破产管理人是四川众益联盟清算服务有限公司，四川天正会计师事务所有限公司为本案更换管理人时的接替人选。

四川省德阳市中级人民法院

2018 年 4 月 27 日

六、四川鼎天律师事务所被江油市人民法院指定为四川省江油市新华泰实业有限责任公司管理人

公告

本院根据债权人江油银通融资担保有限公司的申请于2018年4月25日裁定四川省江油市新华泰实业有限责任公司进行破产清算，并于2018年4月25日指定四川鼎天律师事务所作为四川省江油市新华泰实业有限责任公司的管理人。

[四川]江油市人民法院

2018年05月09日在人民法院报刊登

七、四川中源会计师事务所有限公司被德阳市中级人民法院指定为什邡巴蜀金河电力有限公司

(2018)德破指字第4号机构选择

结果公示

2018年05月10日 15:02

2018年5月10日，德阳市中级人民法院对下列案件进行了公开随机摇号方式确定破产管理人，结果如下：

什邡法院移送的什邡巴蜀金河电力有限公司破产清算一案，确定本案

破产管理人是四川中源会计师事务所有限公司，德阳久鼎清算事务管理有限公司为本案更换管理人时的接替人选。

四川省德阳市中级人民法院

2018 年 5 月 10 日

八、四川西南不锈钢有限责任公司清算组被乐山市沙湾区人民法院指定为四川西南不锈钢有限责任公司管理人

公告

2018 年 4 月 28 日，本院根据四川省乐山市中级人民法院（2018）川 11 破终 2 号民事裁定书，裁定受理江苏兴隆防腐设备有限公司申请四川西南不锈钢有限责任公司破产清算一案，并于同日指定四川西南不锈钢有限责任公司清算组为管理人。

[四川]乐山市沙湾区人民法院

2018 年 05 月 20 日在人民法院报刊登

问题探索

一、破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构（上）

文章来源：西南民族大学学报

作者 钟健生

破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构（上）

破产程序中的优先权

【提要】基于复杂的优先权人、普通债权人和债务人企业之间以及不同种类优先权人之间的利益冲突，以优先权配置和调整为核心代表的破产债权顺序的分配制度成为理论界与司法实践中的重大争议。围绕立法论和解释论的论争主要集中在：非典型担保、人身损害侵权、环境损害等债权优先权的创设；破产优先权与担保物权别除权的协调；职工债权优先权的强化及质疑和税收债权优先权的限制等四个方面。合理配置优先权人与债务人企业、普通债权人之间的利益，不能仅以弱势群体或社会公共利益为导向，应以破产法确立的宗旨和理念作为体系衡量的尺度。

【关键词】破产程序；优先权体系；利益衡量

简介

文献标识码：A

文章编号：1004—3926（2018）05—0087—08

作者简介：钟健生，江西理工大学环境资源法研究中心研究员，研究方向：司法实务。

现行我国《破产法》的宗旨，既在于公平对待所有债权人，公平合理分配债权，也在于保护“诚信但不幸”的债务人，使其有重生的机会和能

力。破产程序中的优先权制度作为“同等情况同等对待”之平等受偿原则的例外，其功能不应仅限于保护弱势群体及谨慎债权人的利益，还应考虑和合理平衡顺位在后的其他优先债权人以及普通债权人的利益，以及彰显破产法立法所代表的价值导向。基于复杂的优先权人、普通债权人和债务人企业之间以及不同种类优先权人之间的利益冲突，以优先权配置和调整为核心代表的破产债权顺序的分配制度，引发理论界和司法实践的广泛争议。对此，本文试图从对论争中各种观点的梳理中发现我国破产优先权探讨的集中问题及其局限性，并在破产法宗旨和原则的指导下对给个别优先权的权利基础及其充分性要件进行体系化探讨，从而予以利益衡量，确定合理的优先权发展的可行路径。

（一）破产优先权的论争

关于破产程序中的优先权(1)，理论界和司法实践中的分歧与争议主要体现在如下：

1、关于新型破产优先权类型的创设

考虑债权的性质或产生原因，通说认为破产优先权的权利基础在于保护弱者利益，体现公平、正义等法律与社会理念以及保障公共利益和社会利益的立法政策。[1]（P.9-10）但是，由于我国立法并没有对破产优先权概念予以明确界定，在一些具体的优先权认定的过程中，权利基础论证的泛化，使得逻辑上的可能性出现不同的价值衡量，由此引发多种争议。例如，《破产法》第109条规定的别除权，几无例外地认为其基础在于担保物权，认为别除权从属于担保物权，没有担保物权就没有别除权(2)。但至于典型担保物权中定金，以及非典型担保物权的让与担保及所有权保留是否当然构成别除权的基础备受争议。[2]以房地产买卖为代表的买卖型担保债权的性质认定，仅依据《最高人民法院关于审理民间借贷问题适用法律若干问题的规定》第24条的规定，借款人到期未履行债务，出借

人可以就拍卖价款偿还债务,但并未明确该借款债权是否具有优先权。因此,有学者指出考虑到房地产企业融资的合理性以及过户登记以及预告登记的合法性,应当赋予该债权以优先权。[3]

最具争议的当属人身侵权债权优先权问题,主要体现在环境侵权债权和人身损害赔偿债权的优先性问题。对此的探讨由于在立法上尚未明确,主要限于立法论上的探讨,不少学者认为应当在破产程序中赋予人身损害的侵权行为债权优先权(3)。因此,优先权的配置既有助于保障受害人的合法权益,又可以倒逼经营者改进生产经营,避免大规模环境侵权或其他人身损害侵权现象的发生。尽管认为配置优先权有必要[4],但针对优先权的顺位问题产生分歧:有学者主张与职工债权同一顺序予以优先受偿;有学者主张优先于一般优先权和普通破产债权受偿,并按固定比例优先规则处理与物权担保债权的清偿顺序,在担保物价款优先受偿[5]。与之相对的是,有学者认为由于环境侵权引起的行为禁止者或行为履行令,例如停止污染或清理污染的责任承担方式,无法依第114条的货币分配方式予以评估和履行。环境侵权债权优先权的配置破坏债权人稳定的投资预期,诱发债务人的道德风险,并且可能增加对企业的监督成本;较之有效的方法是建立社会基金和责任人追索机制[6]。

2、关于破产优先权与担保物权的衔接

争论的问题主要在于抵押权、质权在破产程序中的限制与保护问题,而这主要体现在担保物权中止行使以及担保物权优先受偿两个方面,具体体现在:一方面,由于我国《破产法》仅规定破产重整时担保物权才中止行使(4),至于破产清算程序及破产和解程序是否中止行使在立法上并未予以明确,由此有学者认为对担保物权行使的限制应当有区别地扩及到所有破产程序[7];另一方面,尽管担保物权人具有别除权,较之于其他债权具有优先性,但仍然受到来自于保护弱势地位以及公共利益债权人的考

量，而受到来自劳动者工资债权和税收债权的挑战，认为担保物权人应当完全或部分让步于前述债权；此外，在我国尚未确定的比较法予以实践的优先权，抑或是新近引发争议的关于是否归为优先权的债权，例如人身侵权损害赔偿之债权和环境侵权损害赔偿之债，都涉及对担保物权所涉之债别除而优先受偿予以否定。

除此之外，关于破产优先权权利基础的讨论还集中在房地产企业破产情形。就房地产企业而言，商品房这一标的物往往聚合物权、债权等多重法律关系，涉及购房者权利、建设工程施工主体权利、被拆迁人权利等多方主体权利，妥善处理不同利益主体的权利冲突和清偿顺位，也是司法实践亟需解决的问题。[8]例如，在已支付全部房款或大部分房款，但尚未转移占有或虽转移占有但未办理过户时，购房人能否行使取回权或是否具有其他优先权的问题。此外，房地产企业所涉的建设工程款债权、税收债权、国有土地出让金债权等是否具有优先权也引发争议。

3、对职工债权优先权的强化与质疑

依据《破产法》第 113 条，职工债权享有优先权，且其具有仅次于担保物权别除权以及破产费用及公益债务优先权的优位顺序。我国立法实践虽和绝大多数国家一样，考虑到劳动者的弱势地位，赋予职工债权以优先权地位，但与大多数国家就职工债权类别、范围、受偿额度予以限制不同的是，对职工债权的规定是开放式的，不对此做类型区分而予以区别对待。对此，学理界和司法实践的讨论主要集中在：

在职工债权的属性方面，讨论是否有必要对开放式的职工债权优先权予以限制，支持论者认为劳动者属于弱势群体，职工债权具有生存权和人身权属性，同时基于社会稳定和民生保护，应当得到全面而优位的保护。例如有学者主张应扩大职工债权的主体范围[9]，也有主张具有优先于担保物权受偿的地位[10]，司法实践也有主张采纳此观点，坚持对劳动者优

先保护和倾斜保护原则[11];反对者认为破产法的宗旨和功能经历由债权人本位到债务人与债权人的利益平衡本位,再到社会利益与债权人、债务人利益并重的变化和发展过程,不能简单且偏好性地保护弱势群体的债权人,应当对多方主体予以衡量,关注企业重新焕发生机和分配公平日益成为趋势,不少学者认为应当从比较法上借鉴,从职工债权类别、范围、受偿额度等方面予以一定程度的限制,以平衡多方利益[12]。

从劳动者职工债权债务纠纷的解决机制方面,反对者认为破产法的宗旨不应有所过分侧重于劳动者的保护,理由在于:一方面,随着社会保障机制的完善,我国在不久将来能推广建立和健全上海、深圳试点的劳动职工工资救济基金等机制,在因企业进入破产程序而无力支付职工债权的,可以向相关基金申请垫付,以全面保障职工债权的有效实现(5),使得欠薪纠纷能够妥善及时地解决;另一方面,现有的职工债权的优先性能够保护劳动者合法权益,但是如若不加限制地开放式地保护劳动者,既使得破产企业怠于行使按时支付职工工资的义务,又使得破产企业在危机时不能及时充分依据破产法启动重整程序,通过重整和整改使企业重获生机,有违《破产法》的立法宗旨。

4、对税收债权优先权的质疑

为了维护破产前职工的应有待遇、维护税收作为国家财政的重要来源第113条将破产人欠缴的其他社会保险费用和破产人所欠税款作为破产清算程序中作为第二清偿顺序的债权。对此,关于税收债权优先权引发的争议主要有二:

(1) **立法论上税收优先权问题**。主要体现为税收优先权的权利基础问题。基于税收债权属于公法之债,涉及国家财政利益,通说认为应当具有优先权地位。但是,自从20世纪末以来,税收债权优先权呈现弱化趋势:一方面,德国、英国以及澳大利亚等国逐渐将税收债权剔除出优先权的范

围[13];另一方面,即便在没有否认税收优先权的国家,多数在税收的效力登记、适用范围、适用形式上也有所限制[14]。由此,比较法上的立法例为我国税收优先权在立法论上的探讨提供借鉴。除此之外,我国房地产企业破产问题突出,如城建税、土地增值税、所得税等税赋在破产债权中占有较大比例,赋予税收债权第二顺位优先权,会对后位债权产生较大影响,也引发立法论上对税收优先权的探讨。

(2) 解释论上税收优先权的问题,主要体现在《破产法》与《税收征收管理法》的矛盾与冲突。依据《税收征收管理法》第45条,税收债权优先于无担保债权,同时按债权成立时间先后确定与担保物权的顺位。然而依据《破产法》第109条和第113条,税收债权的优先权顺位仅优于普通债权,而次于担保债权和职工债权。由此,税收优先权在适用上易产生混乱,因此二者是处于同一立法阶层的法律。此外,仅就《破产法》而言,对税收优先权的规定过于笼统,一是对税收的界定不明确,税收是否仅指本金,是否包括滞纳金和罚金,存在疑问(6);二是对税收优先权确定的时间也未明确,“欠缴税款发生的时间”,到底是纳税期限届满还是纳税核定的时间不得而知,由于我国尚未建立和健全税收债权公示制度,设立优先权会导致交易成本增加、程序繁琐,不利于交易秩序的安全[15](P. 132-133)。

(二) 破产优先权的体系化检视

破产优先权制度,因符合实质正义和分配正义的理念而具有存在的合理性基础,然而由于破产程序中“僧多粥少”的局面往往必然意味着债权人要做出牺牲,因为对债务人企业有限资产的分配往往属于“零和博弈”,过多分配给优先权人必然意味着普通债权人可获份额的减少。如果说优先权配置不合理,极有可能不利于市场经济的良性发展,反之长远影响社会福利的提升。有鉴于此,为使破产优先权最大限度的发挥其对弱势

群体及社会公共利益倾斜保护的制度价值，同时又避免矫枉过正，应当对破产优先权进行体系化衡量。笔者认为，前述论争中的破产优先权往往局限于个别优先权权利基础及顺序的探讨，这种探讨往往是就某一特殊利益或者群体保护的重要性探讨，而忽视对既已确定的破产法理念和社会经济实践指导下的宏观探讨，即个别优先权配置及调整充分性的探讨，也即在破产法整体框架下体系化衡量较为薄弱。具体表现在：

其一，优先权权利基础与破产法的理念的协调往往厚此薄彼。如前所述，不论理论界还是司法实践，对权利基础的探讨较为全面，也即对任何一债权是否具有泛化的优先权依据有分析，使得论者在新近的关于优先权的争论都有依据。但值得注意的是，论者的探讨多集中于必要性或重要性的探讨，仅就某一具体的债权是否有必要上升为优先权的探讨，而忽视对个别债权适用优先权充分性的探讨，例如基于拖欠劳动者债权数额庞大的数据和事关民生稳定而主张职工债权当有超级优先权，或是受到社会典型案例的影响而主张建立人身侵权债权优先权的新型优先权。其局限性表现在：一是宏观上欠缺对破产法宗旨实现的衡量，仅对个别债权探讨优先权，往往体现的是某一特殊群体，主要是弱势群体和社会公共事业的利益，而因其重要性上升到优先权的地位，往往忽视《破产法》所主张的公平分配债权和保护“诚信但不幸”的债务人的宗旨，使得《破产法》仅成为债权分配的“破产清算法”，而使债务人财产成为债权人的“公共鱼塘”，导致债务人企业通过重整和和解复活的可能性几乎为零；二是微观上忽视对其后位优先权及普通债权的比较分析，仅对重要性的探讨论证其必要性在逻辑上不具有足够的说服力，还不能忽视对充分性要件的分析，在破产法领域，赋予某个债权优先权或调整优先权顺位的影响是双向的，简言之，还会造成被调整的后位优先权以及普通债权人的利益受到影响，因而与其它债权比较分析显得尤为必要，也是论证某一目标债权是否有优先权地位

的充分条件。如若缺少这一充分性论证，加强了某一目标债权的地位，却忽视了对其他债权及其背后业已经过考量的价值的保护，难免避重就轻、顾此失彼。

其二，《破产法》实践效果不甚明显，更需要彰显破产保护的理念。

现行《破产法》出台至今已逾十年，然而由于破产法理念尚未深入得到贯彻，施行效果并不明显，破产率远低于一般国家，未能充分发挥其社会调整作用。[16]就最高人民法院统计的数据看，2003~2012年全国法院共审结破产案件40483件，年均下降12.23%，到2014年呈明显下滑趋势；其中法院宣告案件占比32.55%，宣告破产比例也逐年下降。[17]2014年我国适用破产程序的企业数量每年不足美国的6%，仅为西欧国家的1%；每千家进入破产程序的数量仅为0.11户，显著低于西欧国家平均70户的数量。[18]（P. 287）随着《破产法司法解释一》、《破产法司法解释二》的出台，在供给侧结构性改革和治理僵尸企业大潮中，破产案件受理和审结数量有所上升，2016年受理企业破产案件5665件，比2015上升53.8%，审结3602件，比2015年上升60.6%，其中重整案件525件，比2015年上升43.4%。[19]然而，最大限度的发挥破产法在保障经济社会发展的职能作用仍然受到较大限制，具体体现在：多数企业退出市场并非依据司法破产程序，而是依据工商行政手段吊销、注销企业的机制，这使得很多企业并没有经过债权债务清理而直接退出市场；破产司法程序启动者主要是企业债务人而非是债权人，理由在于一方面多数债权人无法全面了解履行能力、经营状况及资产负债等债务人清偿能力的因素；另一方面由于进入破产程序受偿债权额往往较少，债权人更倾向于通过个案诉讼而非破产程序实现债权。很多未能清偿到期债务或者明显缺乏偿债能力的企业并未进入破产程序而是未经过债权债务清算自由退出市场，破产法的实践仍未实现由债权人主导的破产清算法转变为多方主体利益平衡主导的破产保护

法，破产保护的理念仍旧未在商业文化中得以植入。然而，优先权的设立及存续往往以牺牲后位债权人或者普通债权人受偿能力的可能性为代价的方式，用以平衡特殊群体债权人的利益，其性质是一种特权，过于泛滥的优先权更会加深《破产法》是“破产清算法”的偏见，使得债务人企业的财产成为“公共鱼塘”，“僧多粥少”的局面令许多债务人企业面临危机不愿意启动破产程序，后顺位债权人及普通债权人更愿意提起个别诉讼实现债权，这在很大程度上会减少进入破产程序的债务人企业财产，反而对具有优先权的债权人也不利；此外，破产重整和和解程序的制度功能难以充分发挥，债务人企业的危机往往难以挽救，仍不利于彰显破产保护其他债权人以及债务人企业自身理念。于此，妥善和谨慎分配和调整优先权，对彰显破产保护的理念显得尤为必要。

其三，破产优先权渐趋衰弱，特殊群体法益保护机制日趋多元。在比较法上，职工债权优先权的趋势呈现衰弱趋势，德国于1994年在《支付不能法》第39条和第123条取消职工债权优先权；日本在2004年修订的《日本破产法》第149条规定优先权数额由之前的6个月限制为3个月工资，类型限制为未支付工资和退休金；巴西在2005年出台的《巴西破产法》规定职工债权优先权由之前的不受限制变更为不超过15个月的最低基本工资（约为13000美元）。此外，美国、加拿大、英国、俄罗斯、瑞典、比利时、荷兰、印度都对职工债权予以限制，主要包括权利主体、优先受偿数额与期间以及优先受偿的职工债权类型。(7)与劳动者的职工债权相似的是，税收债权在破产优先权也呈现衰弱趋势，税收优先权肇始于英国的封建专制制度，当时的口号是“即使债务人死亡，国王仍得优先受偿”，是英国国王特权象征，但是经过多伦博弈、多部法律与案例重塑，1982年英国审查委员会(ReviewCommittee)在《破产法与实践》中主张取消包括个人所得税、企业所得税在内的税收债权优先权，并主张在保留的税收

债权类型中予以优先受偿债权期间的限制(8)。德国、澳大利亚、丹麦、挪威、瑞典和芬兰等国取消税收债权的优先权,美国和加拿大等国分别在税收债权优先受偿期间与类型上作出限制。除此之外,许多国家主张对现有法定的优先权予以限制,并对优先权的认定采取极其谨慎的态度,对于需要优先权予以特殊保护的群体利益,更倾向于通过探索相应的责任保险、赔偿和救济基金、责任人追索等机制予以保护,从而兼顾债权人利益平衡以及挽救企业债务人危机。目前,我国正在上海和深圳实施欠薪社会保障基金的试点;针对于大规模侵权现象的发生,也能通过行政机制或者团体协会自治的方式予以快速便捷的救济,例如三鹿奶粉事件发生后,中国乳制品工业协会协调 22 家责任企业设立 11.1 亿元的赔偿金。此外,值得一提的是,如若优先权的设定及调整过于泛滥,在我国与优先权趋势日渐衰弱的国家经济交往时,在国际破产法领域难免会出现优先权适用纠纷的困局。有鉴于此,越来越多元的保护机制使得保护特殊群体或者弱势群体的优先权配置或者强化缺乏一定的充分性条件。

一言以蔽之,现有研究或集中于某一具体类型的优先权,仅试图建立或梳理“小而全”的特定破产优先权类型,其弊端在于难以贯彻和伸张破产法的宗旨和原则,并未明确破产法的整体发展方向或趋势;抑或是梳理现行立法既定的或未定但尚属争议中的优先权类型,试图建构起“大而全”破产优先权体系及清偿顺序,其弊端在于研究精力分散,论点缺乏清晰明确的论据做支撑,结论往往不具有实践效用而颇有说教之嫌。就破产债权分配而言,在规范性论证某一破产债权优先性及其顺位时,需要谨慎对待,应当具有足够且充分的理由,既要对其重要性这一必要性要件考量,又不失对破产法宗旨和原则以及合理对待其他债权等充分性要件予以考量。

(未完待续...)

注释

(1) 在此需要说明的是，就破产优先权的狭义解释而言，通说认为其不涵盖别除权。但本文采广义解释方法，将别除权纳入优先权讨论范围。

(2) 齐树洁：《破产法研究》，厦门大学出版社 2007 年版，第 408 - 411 页；汪铁山：《论破产别除权的权利基础及其裁判规则的选择》，《南京社会科学》，2015 年第 3 期，第 102 - 106 页。

(3) 韩长印：《破产优先权的公共政策基础》，《中国法学》，2002 年第 3 期，第 33 - 36 页；李丹萍：《论破产公司环境侵权债权的优先受偿性》，《中南林业科技大学学报(社会科学版)》，2013 年第 2 期；卢春荣：《人身侵权之债债权人在破产清偿中的优先权分析》，《行政与法》，2012 年第 2 期，第 117 - 121 页；张王锦：《论破产公司环境债权之优先受偿途径》，《法律适用》，2010 年第 10 期；李雪田：《论破产优先权》，《当代法学》，2008 年 5 月，第 126 - 127 页。

(4) 《破产法》第 75 条第 1 款。

(5) 张茂林：《企业破产工资优先权主体范围研究》，《中国劳动》，2014 年第 5 期，第 22 - 24 页；侯玲玲、王林清：《从民法到社会保障的工资债权保护》，《法学杂志》，2013 年第 7 期，第 82 - 89 页。

(6) 对此，司法实践持否定看法。最高人民法院《关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》（法释 2012 年 9 号，2012 年 7 月 12 日生效）：破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。

(7) 立法例上对职工债权的限制表现在：(1) 期限上：美国和加拿大，不超过 180 天；英国，4 个月；法国，6 个月；日本，不超过 3 个月；我国香港特别行政区，4 个月；(2) 数额上：美国，不超过 11725 元；加拿大，2000

美元; 英国, 800 英镑(1976 年至今未变, 约 1319 美元); 香港, 不超过 8000 港币(约 1031 美元)。此外, 俄罗斯、瑞典、比利时、荷兰、印度等地区都在数额或期限上作出限制。

(8) 《破产法与实践》, 简称“考克报告”, 是英国破产法改革最具影响的报告, 参见张歆昱: 破产优先权限制理论研究, 法制出版社 2016 年版, 第 185 - 192 页。

(9) 《民间借贷司法解释》第 24 条。

(10) 立法例上对职工债权的限制表现在: (1) 期限上: 美国和加拿大, 不超过 180 天; 英国, 4 个月; 法国, 6 个月; 日本, 不超过 3 个月; 我国香港特别行政区, 4 个月; (2) 数额上: 美国, 不超过 11725 元; 加拿大, 2000 美元; 英国, 800 英镑(1976 年至今未变, 约 1319 美元); 香港, 不超过 8000 港币(约 1031 美元)。此外, 俄罗斯、瑞典、比利时、荷兰、印度等地区都在数额或期限上作出限制。

(11) 税收债务关系说是目前税收法律关系的通说, 参见王鸿貌: 税法立场与理论, 中国税务出版社 2008 年版, 第 93 - 113 页。

(12) 仅俄罗斯等少数国家对此有明确规定, 俄罗斯《无支付能力法》第 134 条规定, 除去各种费用外, 清偿债权人债权时, 第一顺序结算的是债务人对其承担生活或健康损害赔偿责任的公民的债权。

(13) 未来诉讼代表人制度, “Future Claimants Representatives”, 是指破产法院指定人员担任未来诉讼代表人, 统一应对受害者的诉求, 并通过任命专家对受损人数量以及赔偿额等进行估算, 法院据此强制剥离债务人的部分财产, 按照比例注入未来诉讼代表人建立的基金中。

参考文献

- [1] 郭明瑞等. 优先权制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [2] 汪铁山. 论破产别除权的权利基础及其裁判规则的选择[J]. 南京社会科学, 2015(3).
- [3] 徐阳光. 买卖型担保的法律定性与破产法检视[J]. 法律适用, 2016(10).
- [4] 卢春荣. 人身侵权之债债权人在破产清偿中的优先权分析[J]. 行政与法, 2012(2).
- [5] 王欣新, 乔博娟. 论食品安全领域大规模人身侵权债权在破产程序中的清偿顺位[J]. 法治研究, 2013(11).
- [6] 张歆昱. 企业破产中环境债权之保护[J]. 政治与法律, 2016(2).
- [7] 徐阳光. 破产物权中的担保物权问题[J]. 中国人民大学学报, 2017(2).
- [8] 贺小荣. 供给侧结构性改革下破产审判的重点问题及未来走向[N]. 人民法院报, 2017-06-07.
- [9] 张茂林. 企业破产工资优先权主体范围研究[J]. 中国劳动, 2014(5).
- [10] 金殿军. 工资在执行程序中的优先受偿权[N]. 人民法院报, 2009-03-27.
- [11] 柴学伟等. 辽宁高院关于企业破产衍生劳动争议案件的调研报告[N]. 人民法院报, 2017-01-26.
- [12] 侯玲玲, 王林清. 从民法到社会保障的工资债权保护[J]. 法学杂志, 2013(7).
- [13] 熊伟. 中国税收优先权制度的存废之辩[J]. 法学评论, 2013(2).
- [14] 侯作前. 我国税收优先权制度前瞻[J]. 云南大学学报(法学

版)，2013(1)。

[15] 向逢春. 质疑税收优先权[A]//财税法论丛(第11卷)[C]. 北京: 北京大学出版社, 2010.

[16] 王欣新. 转变观念完善立法, 依法受理破产案件——《破产法司法解释一深度解读》[J]. 人民法院报, 2012-02-08.

[17] 马剑. 破产审理工作的现状和建议——基于2003年至2012年法院审理破产案件的统计分析[N]. 法制日报, 2014-04-02.

[18] 张歆昱. 破产优先权限制理论研究[M]. 北京: 法制出版社, 2016.

[19] 最高人民法院. 最高人民法院通报破产审判工作情况[N]. 人民法院报, 2017-02-25.

[20] 王欣新. 破产法理论与实务疑难问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.

二、破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构(下)

文章来源: 西南民族大学学报

作者 钟健生

破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构(下)

破产程序中的优先权

【提要】基于复杂的优先权人、普通债权人和债务人企业之间以及不同种类优先权人之间的利益冲突，以优先权配置和调整为核心代表的破产债权顺序的分配制度成为理论界与司法实践中的重大争议。围绕立法论和解释论的论争主要集中在：非典型担保、人身损害侵权、环境损害等债权优先权的创设；破产优先权与担保物权别除权的协调；职工债权优先权的强化及质疑和税收债权优先权的限制等四个方面。合理配置优先权人与债务人企业、普通债权人之间的利益，不能仅以弱势群体或社会公共利益为导向，应以破产法确立的宗旨和理念作为体系衡量的尺度。

【关键词】破产程序；优先权体系；利益衡量

简介

文献标识码：A

文章编号：1004—3926（2018）05—0087—08

作者简介：钟健生，江西理工大学环境资源法研究中心研究员，研究方向：司法实务。

现行我国《破产法》的宗旨，既在于公平对待所有债权人，公平合理分配债权，也在于保护“诚信但不幸”的债务人，使其有重生的机会和能力。破产程序中的优先权制度作为“同等情况同等对待”之平等受偿原则的例外，其功能不应仅限于保护弱势群体及谨慎债权人的利益，还应考虑和合理平衡顺位在后的其他优先债权人以及普通债权人的利益，以及彰显破产法立法所代表的价值导向。基于复杂的优先权人、普通债权人和债务人企业之间以及不同种类优先权人之间的利益冲突，以优先权配置和调整为核心代表的破产债权顺序的分配制度，引发理论界和司法实践的广泛争议。对此，本文试图从对论争中各种观点的梳理中发现我国破产优先权探讨的集中问题及其局限性，并在破产法宗旨和原则的指导下对给个别优先权的权利基础及其充分性要件进行体系化探讨，从而予以利益衡量，确定

合理的优先权发展的可行路径。

（三）破产优先权配置的路径选择权利内容限制和权益补偿与救济

在破产优先权配置与调整时，如前所述，在对个别权利基础等必要性或者重要性探讨的同时，不能忽视包括对后位债权人或普通债权人以及企业债务人在内的体系化的利益衡量，而往往后者更符合破产法确立的理念与宗旨，更符合国际破产法发展的趋势。有鉴于此，对破产法优先权的探讨，应当回归到破产优先权设立宗旨，即保护特殊的或者弱势群体的利益，以体现分配正义。然而也应当认识到，破产程序中的优先权是破产法中公平分配债权的方式之一，其存续是以破产保护理念的破产法宗旨确立与彰显为依托的，如果个别优先权的配置或存续会有碍于破产保护理念这一破产法宗旨功能的正常运转，那么即便有利于个别债权人权益的保护，也不可采。此外，破产优先权的配置或者调整打破破产债权平等受偿的原则，体现的是一种特权，故而应是兜底性质的，如果说个别群体的权益能够在破产优先权制度之外得到有效保护或者补偿，那么该个别破产优先权则失去其存在的基础。由此，在就个别优先权的探讨时，除了重要性和必要性的论证时，尚需进行体系化衡量，一是个别优先权的配置和调整是否有碍于破产保护理念的实现；二是是否穷尽现有机制仍无法对特殊或者弱势群体予以救济或补偿。对此，为避免破产优先权过于泛滥，应当坚持现行立法所确定的优先权类型，以破产优先权限制为基本取向，还原破产法最核心最基本的价值理念；同时为了保护特殊或者弱势群体的利益，在解释论或者其他机制予以救济补偿。

1、物权担保债权的限制与保护对物权担保债权的限制，应主要集中于行权的限制。

随着破产法立法本位由债权人本位到债权人与债务人利益衡量的转变，为挽救“诚信但不幸”的企业，平衡担保物权人和普通债权人的利益，

在立法和司法程序对私权进行干预确有必要。此外，由于破产程序中的清偿是终局性的，担保物权的别除权与来自破产优先权以及其他法定优先权交织在一起，令其优先受偿受到挑战。但值得注意的是，这种限制在立法上和比较法上体现多集中于担保物权行使方面，主要包括管理人接管债务人财产、比较法上的担保权行权中止、第 75 条规定的重整期间暂停行使等方面限制 [7]，这些限制主要是在程序权利的暂停行使，并未对担保物权的效力及其优先受偿顺位等实体权利予以限制。对担保物权行权限制主要出于发挥重整与和解等挽救债务人企业危机以及尽可能实现债务人财产价值最大化的考虑，无论是基于哪一种价值考量，都并未与担保物权的优先受偿属性相违背。对物权担保债权的保护，则在于对现有物权担保债权别除权规则，不受其他类型债权的动摇。除此之外，即便是在比较法上的立法例，几乎没有对担保物权优先受偿的属性予以突破，更没有将职工债权和税收债权优先于担保物权受偿。以职工债权为例，尽管曾经因其与有物权担保债权的优先顺序问题产生巨大争议，使得现行《破产法》的立法程序中止 [20] (P. 423)，但现行立法最终确立了有物权担保的破产债权优先于职工债权的清偿顺位。也应当注意的是，在限制担保物权行使的同时，立法实践通过破产撤销权等制度的设置，规避担保物权人怠于行使权利、债务人企业在一年内为无担保债权设定担保的情形，以最大限度地保证破产财产的范围，我国现行立法的这一态度是可取的。

对于“名为买房实为借款”这一问题，首先应当肯定的是，考虑到企业融资难的现状，司法实践明确承认该种类型的借款债权具有合法性，可就该房屋拍卖价款予以受偿，但并未规定是否具有担保物权的性质。但该情形的存在往往存在办理过户登记，基于物权公示效力，债务人企业的处分权受到限制，在客观上也对不特定的第三人可产生对抗效力，因而赋予该类型债权优先权并未扰乱投资人的预期，因具有担保物权设立的特征而

具有相应的优先权基础。此外，在购房者支付大部分购房款情形，已经办理过户登记的，购房者补足价款即可享有所有权；未能办理过户登记的，可以参照第 18 条以及《破产法司法解释二》第 34 条、第 35 条和第 36 条予以处理，管理人主张解除合同的，已付购房款债权作为公益债权受偿，不存在物权担保的别除权问题。对于我国当前确定的法定优先权如建设工程价款优先权、国有土地使用权出让金优先权，应承认其作为破产程序中的别除权基础，理由在于担保物权的基本原则是法定优于约定，例如明确规定建设工程价款债权优先于抵押权受偿，抵押权尚且是别除权基础，而优先其受偿的法定优先权更应如此，因为任何债权设立伊始在事实上和现行法律上能够发现其投资预期及风险，并不游离于其知道或者应当知道的风险或者合理预期之外。然而，也正是基于保护投资人的合理预期的需要，无论是法定还是约定，对其范围应严格限定，以维护安全有序的交易秩序。

2、职工债权优先权的限制与补偿

针对论者提出的职工债权优先权的强化这一问题，笔者认为对欠薪问题解决的作用或未可知。在破产法宗旨和保护劳动者权益之间考量，应当考虑两个问题：

(1) 赋予职工债权最优位的优先权顺位是否可以妥善解决或有助于职工欠薪问题，这是其重要性和必要性；(2) 赋予职工债权优先权顺位是否是当前最有效且不可或缺的路径，这是其路径选择的社会成本和充分性。对于前者，若然，有物权担保的债权人，在债务人一遇到到期无力还债情形，无论是否达到破产条件，则立即启动对担保物的执行程序，使得本该用于解决职工债权的相应部分财产被担保物权人优先获得清偿，而实际并没有分配给职工；更为严重的是对债务人企业重要生产设备、厂房等资产的执行，极有可能会企业倒闭，职工失业的困局，与尽量减少企业破产和保护职工利益的出发点相违背；银行等债权人会据此调整贷款额度提前主

张担保物权实现等交易行为,使得企业融资更困难,抵御风险的能力下降,不利于企业的自我救济。对于后者,其可能诱发企业管理者据此更肆无忌惮的拖欠工资,恶意为职工提高工资待遇,欺诈债权人,也不利于职工在企业困境时发挥主观积极性应对危机。

对于职工债权的优先性问题,一方面,应当承认将职工债权后位于有物权担保的债权的现行《破产法》较之于1986年《破产法》的进步性,具体表现于更能彰显破产法的宗旨和原则;另一方面,也应当认识到,无论是司法实践者还是学理界,在坚持现有职工债权优先性上达成通识,认为职工债权应当享有优先受偿权。有鉴于此,职工债权的优先性问题应当集中于解释论上对现有职工债权类型及范围进行合理性衡量,以确定职工债权的范围。对此,认为应当进行如下考量:

(1) 依据风险分担的考量,在承认职工债权具有社会保障地位的同时,也应当注意到,职工债权性质上属于主动债权,即劳动者基于自主自愿签订劳动合同的,企业破产的风险可以或者应当预见,或者即便未能预见也当属于个体在风险社会所应当预见的,因为对任何劳动者的任何风险负责也丧失法理基础,由此,承认劳动者分担一定的风险显得必要;

(2) 依据利益衡量的考量,《破产法》及其优先权不仅仅是为保护劳动者而诞生,其宗旨的实现更体现于债务人企业、优先权人、普通债权人利益之间的利益衡量,过分地保护任何一方利益都不能有助于破产法立法宗旨的实现,况且在实践中给予足额赔偿也是不现实的,如此在清算程序中“僧多粥少”的财产中劳动者为各方主体的利益衡量作出限制也是合理的;

(3) 依据法益保护的考量,职工债权的优先权基础在于其性质上往往象征着劳动者的生存利益,是社会保障的法益。由此不区分类型而一概认定职工债权具有劳动者生存权性质是值得商榷的,例如奖金、津贴等福利

性工资待遇明显不具有生存权属性，因此应当从对劳动者生存权保护这一法益保护的视角，重新衡量职工债权优先权的正当权利基础，撇除不具有生存权属性和社会保障功能的职工债权类型。此外，基于破产程序中欠薪纠纷的解决机制视角，赋予职工债权优先受偿权，如前述并不能真正解决现实中的欠薪问题。有鉴于此，在肯定职工债权具有优先保护必要性的同时，对职工债权优先受偿的范围予以限制也有必要，笔者认为可以借鉴比较法上的立法例(10)，具体而言：

内容

(1) 基于职工债权保护的劳动者生存法益而言，应当认定职工债权的基本工资性收入纳为优先保护的范畴，而将奖金、津贴等福利性收入排除在外；

(2) 至于是否应当就工资债权无限期保护这一问题，作出时间或者数额必要限制，理由在于作为生存权属性的工资债权而言，一般结算周期较短，积极主张工资债权的劳动者往往不会出现中长期工资债权的情形，而消极主张权利的劳动者不必要过度保护；

(3) 基于司法实践的可操作性，应当依据相关标准确定限制的期限或者数额，现有的当地最低工资水平以及结算周期及债权保护时效等可以作为参照标准。

除此之外，职工债权纠纷的根源在于时下欠薪问题突出，因而妥善解决破产程序中的欠薪问题是对职工债权优先权予以限制的充分性条件，对此，除了前文提及的推广在上海、深圳的欠薪保障基金试点这一亟待社会保障机制健全的长远机制外，更为迫切的是从现行《破产法》在解释论中觅得路径。值得注意的是，基于企业职工尤其是董事、监事和高级管理人员对企业信息的获知和能力比其他人更强，对其工资债权不宜过度保护，这一点在房地产企业破产中有集中体现，往往董事、监事和高级管理人员是

对公司破产或者职工欠薪负有一定责任。对此，笔者认为《破产法》第125条可以作为解释论的依据，可以平衡劳动者与其它债权人的利益，并有助于解决欠薪问题。依据第125条，董事、监事、高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务致使企业破产的应当承担民事责任。如果能将破产程序中前述高级管理人员的恶意拖欠行为解释为《公司法》第148条的兜底条款“违反对公司忠实义务的其他行为”，对此，认为这一解释符合《公司法》忠实义务的基本内容和立法目的，因为忠实义务的遵守应当涵盖按期履行具有生存保障功能的职工债权，其重要性往往也关乎社会公共利益所在。据此，对进入破产程序中恶意拖欠职工工资的董事、监事、高级管理人员而言，其应当承担民事责任，可以具体化为对基于其恶意拖欠的工资，与破产企业承担连带责任，如此，既可以使得劳动者权益得到保障，也可以倒逼企业管理者按时支付劳动者工资，从源头上解决欠薪问题。

3、税收债权优先权的限制对于税收优先权问题。

与职工债权不同的是，税收优先权的权利基础受到质疑和挑战，“税收机关在请求实现税收债权时仍与其他债权人具有相对平等的地位和权利”⁽¹¹⁾。从税收机关本身的信息获取能力及控制能力来说，债务人企业长期欠税也是其不谨慎行使权利的表现，同时国家债权人的抗风险能力也最大，故应给予必要的限制。如果说取消时机不成熟，那么限制在一定范围显得尤为必要。对此，认为应当通过前述立法解释适用《破产法》，而排除《税收征收管理法》第45条在物权担保债权的优先性，保持现有税收优先权清偿顺位不变，同时应当在类型和优先受偿期间两个方面进行限制，即在类型上，对税收优先权做限缩解释，将具有惩罚性质的滞纳金和罚金排除在外；在优先受偿期间上，对于本期内的税收给予以优先权保护，对长期逾期的则视为普通债权。此外，需要注意的是，通过抵押、质押等

方式进行的纳税担保的税收债权,由于纳税担保的实质是担保物权在税法领域的体现,性质上属于担保物权,应当承认其别除权,在破产清算前得以优先清偿。

4、人身侵权债权优先权不予承认对于破产程序中的人身侵权问题,如前所述,破产法对人身侵权的受害人的保护,弱于弱势劳动者的保护,多数学者认为没有赋予其优先权顺位而显得是立法上的缺失。

对此,基于弱势受害人保护的角度,提高顺位兴许有其存在的必要性,但是应当注意的是,优先权作为突破平等受偿原则的例外,应当是兜底性质的倾斜保护,穷尽其他手段而无济于事之时,优先权的配置及调整才显得必要。尽管人身权具有优先于财产权保护的属性,但在合同法、物权法等领域并没有明确规定人身侵权的债权能够优先于一般债权清偿,更没有像建设工程价款债权那样在司法实践中认定具有法定的优先性,而能较之于抵押权优先受偿,因而,人身侵权的债权在一般债权中尚未有明确法律依据,而在破产法中予以特殊保护于法无据。除此之外,在比较法实践中将人身债权囊括入优先权体系的国家少之又少(12),原因在于破产优先权的新设存在很多缺陷,越来越多元的替代补偿和救济机制能够发挥作用。

尚且不论承认人身侵权债权优先权是否能够有效救济被害人,但是由于损害发生时间的先后,甚至环境侵权等引起的损害往往就有潜伏性,对先出现损害后果的受害人予以优先保护,而由于终局性的破产清算致使处于潜伏期的潜在受害者得不到任何救济,这是优先权制度的缺陷。以美国为例,著名的石棉侵权案件,由于长期在石棉环境中生产的工人受到的损害,往往具有较长的潜伏期,一般在15~20年后才发病,优先权的赋予并不能即时有效地处理未来出现人身损害的受害人予以救济,同是基于同一侵权事由导致的损害,由于损害发生时间的不一致而遭受救济上的客观不能,在同一事件同一性质的不同受害者之间产生区别对待而显失公平。

与此同时，即便是赋予人身债权优先权，在现实中能够得到救济的赔偿额也不尽然合理，因为其需要处理来自于担保物权债权别除以及同是人身权和生存权的职工债权的质疑，此外大规模的侵权往往对债务人企业是毁灭性的，优先权的赋予会使得具有债权担保的债权人提前主张个别清偿，也容易诱发企业管理人恣意处分企业财产等风险，不利于企业发挥能动性挽救危机，反而不利于受害者及其他债权人获得救济。

因此，人身侵权债权尽管基于性质的特殊性等原因予以特别保护尤为必要，但优先权制度存在较大缺陷并非行之有效，对被侵权人予以其他手段的补偿或救济或许能填补受害人的损害。因此，赔偿基金制度的建立、责任保险制度的完善等方式或许可成为有效途径，美国破产法院创设的“未来诉讼代表人制度”⁽¹³⁾以及财产分离制度可以提供借鉴。此外，我国《破产法》自身在应对侵权案件的制度也能得到某种程度上的救济，一方面，基于人身损害侵权责任实现周期较短的特征，受害者可以通过及时向债务人主张权利予以救济，以破产启动为节点，在进入破产程序之后，明确规定人身侵权债权作为共益债权得到保障；在破产程序启动之前，由于《破产法司法解释二》第16条明确人身损害赔偿金不受破产撤销权限制，受到人身侵权损害的受害者如果及时主张权利也能得到救济。总而言之，随之赔偿基金制度以及责任保险制度等的探索，加之现有规定能够对及时主张权利的受害者予以救济，没有必要在人身侵权债权中新设优先权，如此更利于破产法尤其是破产重整和和解制度功能的发挥，反过来也能增加债务人企业的清偿能力。结论古罗马法学家塞尔苏斯有言：“法律乃公正善良之术”，“法律是善和衡平的艺术”。破产程序优先权的配置及其调整与破产法的宗旨以及自由平等、安全有序的市场导向休戚相关。伴随着赔偿基金、责任保险等社会保障救济机制多元化的趋势，通过优先权的配置及其调整来保护弱势群体和特殊群体权益的基础渐趋衰弱，因此

应当在坚持现有法定的优先权类型及顺位的基础上，一方面谨慎配置新型优先权，另一方面又对现有的优先权予以限制，剔除个别优先权中不符合权利基础的范围，并通过类型、期限及受偿额等方式予以限制。同时，应当认识到优先权是具有现实性和兜底性的特权，如若能有足够充分的制度和方式对弱势群体或者特殊群体予以救济或者补偿，那么破产程序中优先权的存续则没有必要。破产优先权的限制及替代，能为投资者创设合理预期，也有助于债务人企业通过破产程序挽救危机，更大限度地发挥破产法在经济发展中的作用。

注释

(1) 在此需要说明的是，就破产优先权的狭义解释而言，通说认为其不涵盖别除权。但本文采广义解释方法，将别除权纳入优先权讨论范围。

(2) 齐树洁：《破产法研究》，厦门大学出版社 2007 年版，第 408 - 411 页；汪铁山：《论破产别除权的权利基础及其裁判规则的选择》，《南京社会科学》，2015 年第 3 期，第 102 - 106 页。

(3) 韩长印：《破产优先权的公共政策基础》，《中国法学》，2002 年第 3 期，第 33 - 36 页；李丹萍：《论破产公司环境侵权债权的优先受偿性》，《中南林业科技大学学报（社会科学版）》，2013 年第 2 期；卢春荣：《人身侵权之债债权人在破产清偿中的优先权分析》，《行政与法》，2012 年第 2 期，第 117 - 121 页；张王锦：《论破产公司环境债权之优先受偿途径》，《法律适用》，2010 年第 10 期；李雪田：《论破产优先权》，《当代法学》，2008 年 5 月，第 126 - 127 页。

(4) 《破产法》第 75 条第 1 款。

(5) 张茂林：《企业破产工资优先权主体范围研究》，《中国劳动》，2014 年第 5 期，第 22 - 24 页；侯玲玲、王林清：《从民法到社会保障的工资债权保护》，《法学杂志》，2013 年第 7 期，第 82 - 89 页。

(6) 对此，司法实践持否定看法。最高人民法院《关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》(法释 2012 年 9 号，2012 年 7 月 12 日生效)：破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。

(7) 立法例上对职工债权的限制表现在：(1) 期限上：美国和加拿大，不超过 180 天；英国，4 个月；法国，6 个月；日本，不超过 3 个月；我国香港特别行政区，4 个月；(2) 数额上：美国，不超过 11725 元；加拿大，2000 美元；英国，800 英镑(1976 年至今未变，约 1319 美元)；香港，不超过 8000 港币(约 1031 美元)。此外，俄罗斯、瑞典、比利时、荷兰、印度等地区都在数额或期限上作出限制。

(8) 《破产法与实践》，简称“考克报告”，是英国破产法改革最具影响的报告，参见张歆昱：破产优先权限制理论研究，法制出版社 2016 年版，第 185 - 192 页。

(9) 《民间借贷司法解释》第 24 条。

(10) 立法例上对职工债权的限制表现在：(1) 期限上：美国和加拿大，不超过 180 天；英国，4 个月；法国，6 个月；日本，不超过 3 个月；我国香港特别行政区，4 个月；(2) 数额上：美国，不超过 11725 元；加拿大，2000 美元；英国，800 英镑(1976 年至今未变，约 1319 美元)；香港，不超过 8000 港币(约 1031 美元)。此外，俄罗斯、瑞典、比利时、荷兰、印度等地区都在数额或期限上作出限制。

(11) 税收债务关系说是目前税收法律关系的通说，参见王鸿貌：税法立场与理论，中国税务出版社 2008 年版，第 93 - 113 页。

(12) 仅俄罗斯等少数国家对此有明确规定，俄罗斯《无支付能力法》第 134 条规定，除去各种费用外，清偿债权人债权时，第一顺序结算的是债务人对其承担生活或健康损害赔偿责任的公民的债权。

(13) 未来诉讼代表人制度，“Future Claimants Representatives”，是指破产法院指定人员担任未来诉讼代表人，统一应对受害者的诉求，并通过任命专家对受损人数量以及赔偿额等进行估算，法院据此强制剥离债务人的部分财产，按照比例注入未来诉讼代表人建立的基金中。

参考文献

- [1] 郭明瑞等. 优先权制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [2] 汪铁山. 论破产别除权的权利基础及其裁判规则的选择[J]. 南京社会科学, 2015(3).
- [3] 徐阳光. 买卖型担保的法律定性与破产法检视[J]. 法律适用, 2016(10).
- [4] 卢春荣. 人身侵权之债债权人在破产清偿中的优先权分析[J]. 行政与法, 2012(2).
- [5] 王欣新, 乔博娟. 论食品安全领域大规模人身侵权债权在破产程序中的清偿顺位[J]. 法治研究, 2013(11).
- [6] 张歆昱. 企业破产中环境债权之保护[J]. 政治与法律, 2016(2).
- [7] 徐阳光. 破产物权中的担保物权问题[J]. 中国人民大学学报, 2017(2).
- [8] 贺小荣. 供给侧结构性改革下破产审判的重点问题及未来走向[N]. 人民法院报, 2017-06-07.
- [9] 张茂林. 企业破产工资优先权主体范围研究[J]. 中国劳动, 2014(5).
- [10] 金殿军. 工资在执行程序中的优先受偿权[N]. 人民法院报, 2009-03-27.
- [11] 柴学伟等. 辽宁高院关于企业破产衍生劳动争议案件的调研报

告 [N]. 人民法院报, 2017-01-26.

[12] 侯玲玲, 王林清. 从民法到社会保障的工资债权保护 [J]. 法学杂志, 2013(7).

[13] 熊伟. 中国税收优先权制度的存废之辩 [J]. 法学评论, 2013(2).

[14] 侯作前. 我国税收优先权制度前瞻 [J]. 云南大学学报(法学版), 2013(1).

[15] 向逢春. 质疑税收优先权 [A]// 财税法论丛(第 11 卷) [C]. 北京: 北京大学出版社, 2010.

[16] 王欣新. 转变观念完善立法, 依法受理破产案件——《破产法司法解释一深度解读》 [J]. 人民法院报, 2012-02-08.

[17] 马剑. 破产审理工作的现状和建议——基于 2003 年至 2012 年法院审理破产案件的统计分析 [N]. 法制日报, 2014-04-02.

[18] 张歆昱. 破产优先权限制理论研究 [M]. 北京: 法制出版社, 2016.

[19] 最高人民法院. 最高人民法院通报破产审判工作情况 [N]. 人民法院报, 2017-02-25.

[20] 王欣新. 破产法理论与实务疑难问题研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.

三、浅析建设工程款优先受偿权制度在破产案件中的适用

文章来源：新余市中级人民法院 研究室

作者：傅惠君

浅析建设工程款优先受偿权制度在破产案件中的适用

摘要：最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》对适用《合同法》第 286 条处理建设工程款优先受偿有关问题做了进一步明确，使该款规定更具可操作性。但是，该批复未明确该制度在破产案件中可否适用，导致在破产审判实践中对该制度能否适用产生了争议。本文在论证破产案件中可以适用建设工程款优先受偿权制度的基础上，对在破产案件审判实践过程中如何具体适用该制度进行了论述。

关键词：建设工程款优先受偿权 破产 适用

（一）问题的提出

一般认为，《合同法》第 286 条规定了我国的建设工程款优先受偿权制度。根据该条规定，在建设工程发包人未按照约定支付价款时，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。该条规定是我国立法者为了解决长期以来我国建筑市场大量存在的拖欠工程款问题而在《合同法》中做出的特别规定，其立法宗旨是为了给工程承包人以及农民工的合法权益予以特殊保

护。但由于《合同法》第 286 条的规定太过原则和简单，在实践中缺乏可操作性，2002 年 6 月 20 日，最高人民法院针对上海高院的相关请示做出《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》（法释[2002]16 号），对如何适用该规定做了进一步的明确，但该批复回避了上海高院在请示中提及的破产案件中是否适用的问题，导致在审判实践中产生了对该制度在破产案件中可否适用的争议，出现了两种截然相反的观点。一种观点认为，最高人民法院的上述批复仅规定在审理房地产纠纷和执行案件可以适用《合同法》第 286 条的规定，对破产案件可否适用没有规定，故建设工程款优先受偿权制度在破产案件中不能适用；另一种观点则认为《合同法》第 286 条是对处理建设工程欠款纠纷的一般性规定，具有普遍适用性，在破产案件审理中当然适用。在破产案件审理实践中，笔者倾向于后一种观点，即认为《合同法》第 286 条创设的建设工程款优先受偿权制度在破产案件审理中可以适用。

（二）建设工程款优先受偿权制度在破产案件中的适用的正当性分析

笔者之所以同意后一种观点，认为建设工程优先受偿权制度在破产案件中可以适用，有如下几个方面的理由：

1、在破产案件中适用建设工程优先受偿权制度符合相关法律、法规的规定。（1）《合同法》第 286 条的规定属于对建设工程领域的普适性规定，适用一切建设工程合同纠纷案件，在法律未做出特别规定排除其在破产领域适用的情况下，破产案件中涉及的建设工程款纠纷当然可以适

用。（2）《企业破产法》第109条规定，对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该财产享有优先受偿的权利。建筑工程的承包人的优先受偿权其实质就是法定抵押权，属于担保权的一种。对此，梁慧星教授亦指出，“合同法第286条从设计、起草、讨论、修改、审议直到正式通过，始终是指法定抵押权”。故在破产程序中适用建设工程款优先受偿权制度，符合《企业破产法》的规定。（3）最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》已明确规定，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286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，而事实上破产案件中被确定为具有优先权的工程款债权直接进入的就是执行程序，在《民事诉讼法》专门规定抵押权执行之前，应当准用《民事诉讼法》第三编规定的执行程序，故可以认为行使建设工程款优先权属于执行案件的范畴。从这一角度上说，在破产案件中适用建设工程优先受偿权制度与最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》的相关规定并不矛盾。

2、在破产案件中适用建设工程优先受偿权制度有利于实现《合同法》第286条的立法目的。考察《合同法》第286条的立法背景，可知该法条出台的主要目的是为了解决在我国建设工程领域长期存在的拖欠工程款问题。众所周知，建设工程款往往数额巨大，如得不到合理受偿将直接造成建筑企业资金困难，甚至使企业生存受到严重威胁，很可能导致相关企业连环破产；同时由于所拖欠的工程款中，有相当部分是应当支付给建筑工人的工资和劳务费，因此，拖欠工程款也极易导致建筑工人集体上访、

集会讨债等问题甚至恶性暴力案件的发生，不利于社会的和谐稳定，必须从法律上做出规定，对建设工程款给予特别保护。出于上述考虑，立法者在制定《合同法》时专设了第 286 条，确立了建设工程款优先受偿权制度。该制度确立后，法院依此受理了大量的建设工程款纠纷案件，解决了许多以前难以解决的拖欠工程款问题，对有效解决我国长期存在且愈演愈烈的拖欠工程款问题发挥了重大作用。在破产案件领域适用建设工程款优先受偿权制度，妥善解决破产案件中存在的拖欠工程款问题，对实现《合同法》第 286 条的立法目的，同样具有重大意义。

3、在破产案件中适用建设工程款优先受偿权制度并不一定损害其他相关主体的正当权益。总结反对在破产程序中适用建设工程款优先受偿权制度的理由，最重要的一条便是该优先权的适用会损害相关利益主体的合法权益，尤其是相关建设工程的约定抵押权人，如向工程发包人提供贷款的银行的抵押权的实现等。笔者认为，事实上，在破产程序中适用建设工程款优先受偿权制度并不一定会损害其他相关主体的正当权益，相关主体完全可以通过其他途径去有效规避建设工程款优先受偿给自己债权实现带来的风险。比方说，银行完全可以在发放贷款前通过认真审查发包人的还款实力和信用，谨慎挑选贷款人，并在贷款协议中作出防范性约定以降低风险。现实中，银行的风险常常是由于其过分依赖抵押权而忽略自身的审查和监管义务所导致的。

（三）建设工程款优先受偿权制度在破产案件中的正确适用

建设工程款优先受偿权制度强化了对建设工程款的特殊保护，为长期

以来难以解决的工程款拖欠问题提供了解决途径，必须保障其得到有效适用。但是，由于该项制度出于法律的特别规定，具有“特权”属性，加之相关规定还远未完善，极有可能被人滥用从而导致他人合法权益受到侵害，背离《合同法》第 286 条的立法初衷，产生不公平的后果。事实上，为规范该制度的适用，最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》亦就此作出了一些规定。在实际适用该制度的过程中必须严格遵守相关规定，厘定其合理适用的界限，确保该项制度的正确适用。具体来讲，在破产案件中适用建设工程款优先受偿权制度应着重把握如下几个问题：

1、严格审查是否符合行使优先受偿权的法定条件。按照《合同法》第 279 条、第 286 条及最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》的规定，承包人行使用优先权应当具备以下条件：（1）承包人必须按合同规定全部履行了自己的义务，即工程按期完工，质量合格，已经通过竣工验收，不存在违约行为；（2）在双方约定的期限届满时发包人不支付价款，经承包人在合理的期限内催告仍不支付；（3）承包人在法定期限内主张了该权利。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 4 条的规定，建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，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。上述期限属于除斥期间，承包人一旦超过了上述六个月的期限就等于主动放弃了此项优先权。在审判实践中，只有经审查确认，完全具备了上述法定条件的优先权申请才应予以准许。

2、严格把握建设工程款优先受偿权与相应工程的对应关系。工程款

应与特定工程相对应,即发生于特定工程上的欠款优先权必须与特定工程以及该特定工程的施工当事人一一对应,不能不加区分。承包人主张建设工程款优先受偿权时,只能对其所建的建筑物主张权利,而不能对发包人的其他财产主张优先受偿。

3、严格界定建设工程款优先受偿的债权范围。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3条明确指出,建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括承包人因发包人违约所造成的损失。也就是说,除了承包人工人报酬、材料款等在工程建设中实际支出的费用,其他的费用不能享受优先权。确保优先受偿范围的客观、真实、准确,对保护相关利害关系人的合法权益非常重要。在破产案件审理中,对主张优先权的建设工程款,除利害关系人予以认可外,都应当委托司法鉴定机构进行鉴定,以鉴定结论作为认定工程款范围的依据。

4、严格遵守法律法规对建设工程款优先受偿权制度的各种适用排除规定。具体来讲,主要有以下几个方面:(1)按建设工程性质不宜折价、拍卖的工程不能行使建设工程价款优先受偿权。《合同法》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》均没有规定不宜折价、拍卖工程的具体范围。笔者认为,对于以下三类建设工程应认定为不宜折价、拍卖的工程:一是学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗设施和其他社会公益设施;二是国家重点工程和有特殊用途的工程,包括国防工程、军事工程、高科技工程等;三是非所有

权的工程，即所有权不明确、有争议的工程。（2）消费者的房屋所有权优先。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2条规定，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，故此时建设工程款优先受偿权不能行使。（3）此外，依据《企业破产法》第87条第2款的规定，企业债权人不得阻扰企业重整计划的开展，故在企业重整的过程中建设工程款优先受偿权的行使亦应受到一定的限制。

（四）结语

虽然依据《合同法》第286条以及最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿问题的批复》的规定，建设工程款优先受偿权制度在破产案件实践中已经具有了一定的可操作性，各地法院在审判实践中也予以适用，但不可否认的是，该制度的相关法律规定尚不完善，给权利滥用留下了空间，必须加以完善。相信随着立法者思想认识的不断深入，相关法律规定将会不断得到完善。

四、法院对以物抵债协议效力的认定规则

本文来源：微信公众号“济南市破产管理人”

法院对以物抵债协议效力的认定规则

推荐案例

以物抵债合同是诺成合同，不以抵债物的物权变动为要件，且以物抵债不因禁止流质而无效——朗小红诉重庆市万华房地产开发有限责任公司、重庆渝龙电力开发有限责任公司房屋买卖合同纠纷案

案例要旨：以物抵债是诺成合同，当事人意思表示一致即可成立，不以抵债物的物权变动为成立要件。禁止流质规则不能作为否定以物抵债效力的依据，利益失衡的以物抵债可以通过显失公平规则来调整。民事执行领域的强制以物抵债裁定可以导致物权变动，但以物抵债的确认性法律文书不能引起物权变动。

案号：（2016）渝 0240 民初 3200 号

审理法院：重庆市石柱土家族自治县人民法院

来源：《人民司法·案例》2017 年第 17 期

裁判规则

1. 借款合同双方终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的，具有法律效力，但对本金及利息数额，法院应予以审查，防止将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款——汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案

案例要旨：借款合同双方当事人经协商一致，终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清

算的，不属于《中华人民共和国物权法》第一百八十六条规定禁止的情形，该商品房买卖合同的订立目的，亦不属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定情形的情况下，该商品房买卖合同具有法律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额，人民法院应当结合借款合同等证据予以审查，以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。

案号：（2015）新民一初字第2号

审理法院：新疆维吾尔自治区高级人民法院

来源：《最高人民法院第十五批指导性案例》第72号

2. 当事人为保障合同工程款如约支付另行签订商品房预售合同以房抵款，但约定债务人有多次选择履行方式的机会的，不属于流押或流质条款——北京盘古氏投资有限公司与深圳市康佳视讯系统工程有限公司一般合同纠纷案

案例要旨：担保法关于流押或流质条款的规定主要是为了防止担保权人乘人之危以及损害其他债权人合法利益的不诚信行为。双方当事人在自愿协商的基础上分别签订了承揽合同及房屋预售合同，约定债务人未按约定支付承揽合同工程款，对方有权选择要求其继续支付工程款或履行房屋预售合同。债务人有多次选择合同义务履行方式的机会，但未履行合同义务，对方要求其履行房屋预售合同的，虽然房屋预售合同对承揽合同的履

行有一定的保障作用,但并不能因此认定双方的约定属于担保法规定的流押或流质条款。

案号：（2013）民申字第 409 号

审理法院：最高人民法院

来源：最高人民法院网 发布日期：2014-02-26

3. 以物抵债合同的效力以尊重当事人的意思自治为基本原则,不以债权人现实地受领抵债物,或取得抵债物所有权、使用权等财产权利,为成立或生效要件——通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案

案例要旨：以物抵债,系债务清偿的方式之一,是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排,故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定,应以尊重当事人的意思自治为基本原则。一般而言,除当事人明确约定外,当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议,并不以债权人现实地受领抵债物,或取得抵债物所有权、使用权等财产权利,为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实,合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定,合同即为有效。债务清偿期届满后,债权人与债务人所签以物抵债协议,如未约定消灭原有的金钱给付债务,应认定系双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式,而非原金钱给付债务的消灭。

案号：（2016）最高法民终 484 号

审理法院：最高人民法院

来源：中国裁判文书网 发布日期：2017-02-10

4. 以物抵债协议不宜认定为流质契约——山西羽硕房地产开发有限公司与山西智海房地产开发有限公司买卖合同纠纷再审案

案例要旨：债务清偿期限届满前，债务人与债权人对某特定物进行协商作价，达成如到期不能清偿债务，则以相当价值的该标的物抵销债务的以物抵债协议，不属流质契约，但合法有效。

案号：（2009）晋民终字第120号

审理法院：山西省高级人民法院

来源：《人民司法·案例》2014年第2期

专家观点

1. 以物抵债协议与流质契约的区别

清偿期届满后的以物抵债协议与流质契约很好区分。清偿期限届满前的以物抵债协议与流质契约表面看有共同之处，甚至有学者和法官认为清偿期届满前的以物抵债协议就是流质契约，但笔者认为两者本质上存在不同。

第一，是否存在担保合同。流质契约是担保合同中的条款；以物抵债协议不具有担保性质，是对债的履行的变更。流质契约中的物为抵押或者质押物；以物抵债协议中的代替物是债的履行标的。

第二，物的价值与债权数额的关系。两者区分的关键在于合同是否排除了债权实现时对物的折价、清算程序。担保法第三十五条中规定：“抵押权人所担保的债权不得超过其抵押物的价值”，明确了担保物的价值必须大于或者等于债权的价值，即便抵押物的价值畸高于债权数额，法律也

不禁止。而以物抵债协议中物的价值约等于债权数额，该等值性可以市场价格为参考，也可以当事人在签订以物抵债协议之时真实意思表示为准。

第三，合同目的方面。传统民法上认为债权人签订流质契约目的是利用优势地位获得大于债权的利益；而以物抵债协议是平等民事主体之间的合意，建立在意思表示自由、真实的基础上。

（摘自：刘琨《以物抵债协议不宜认定为流质契约》，载《人民司法·案例》2014年第2期）

2. 以物抵债不因禁止流质而无效

根据成立时间上的不同，可以将以物抵债区分为两种类型，**一是债务履行期届满前约定的以物抵债，二是债务履行期届满后约定的以物抵债。**债务履行期届满后约定的以物抵债因与禁止流质规则无涉，故不存在效力上的争议。债务履行期届满前约定的以物抵债因与流质契约具有一定的相似性，所以是否应当根据禁止流质规则来认定此类以物抵债无效成为了困扰司法实务的一道难题，各地法院的判决也莫衷一是。故笔者将针对债务履行期届满前约定的以物抵债的效力问题展开探讨，如无特别说明，下面出现的以物抵债特指债务履行期届满前约定的以物抵债。

2014年《江苏省高级人民法院关于以物抵债若干法律适用问题的审理纪要》第2条第（2）项指出：“当事人在债务未届清偿期之前达成的以物抵债协议，该协议具有担保债权实现的目的，如债权人以债务人违反以物抵债的约定而要求继续履行以物抵债协议或对所抵之物主张所有权

的，人民法院应驳回其诉讼请求。”江苏省高级人民法院的上述观点具有一定的代表性，可以进一步解读为以物抵债具有担保功能而成立担保，但该担保因违反禁止流质规则而无效。在反对援用禁止流质规则来认定以物抵债无效的观点中，“以物抵债不具有担保性质”（注：参见刘琨《以物抵债不宜认定为流质契约》，载《人民司法》2014年第2期）的理由已经开始受到重视。

根据目前的担保理论，江苏省高级人民法院的立场值得商榷，因为以物抵债无法实现其所言的担保目的。无论是属于担保物权的抵押、质押或者留置，还是属于人保的保证抑或是属于非典型担保的所有权保留，它们之所以能成立担保，乃是因为其具备“从属性、补充性和保障债权切实实现性”。（注：参见崔建远《‘担保’辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期）

然而，就以物抵债而言，暂且不论从属性与补充性，单单考察保障债权切实实现性，以物抵债就难以具备，因为以物抵债并不具有扩大责任财产范围或者使债权人获得优先受偿力的保障效果。在以物抵债无法成立担保的情况下，根据以物抵债违反担保意义上的禁止流质规则而认定无效的说理也就失去了依托。此外，当难以成立担保时，某些试图以物权法定原则来否定以物抵债效力的主张就更显得不着边际了。

在不能直接根据禁止流质规则认定以物抵债无效的情况下，有观点认为，应当参照物权法中的禁止流质规则来判定以物抵债无效。“债权人与债务人在债务履行期届满前就作出以物抵债的约定，由于债权尚未到期，

债权数额与抵债物的价值可能存在较大差距。如果此时直接认定该约定有效，可能会导致双方利益显失公平，所以在处理上一般认为应参照物权法关于禁止流押、流质的相关规定，不确认该种情形下签订的以物抵债协议的效力。”（注：参见杨临萍《当前商事审判工作中的若干具体问题》，载《人民司法》2016年第4期）

也有观点更为直接地认为，于债务履行期届满前约定的以物抵债属于代物清偿预约，“流担保约款的本质就是以债务不履行为条件的代物清偿预约。因此，与其说法律禁止流担保约款，不如直接说禁止代物清偿预约。”（注：参见高治《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》，载《人民司法》2014年第23期）

从立法目的来看，流质契约的代物清偿预约本质说并未直指根本，物权法第一百八十六条设立禁止流质规则的最主要目的应当是“保护抵押人的合法权益，防止抵押人因急迫需要而陷入显失公平的困境”。（注：参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第408页）

但是，这是否意味着因为以物抵债也极易引发显失公平的状态，因而就该参照物权法中的禁止流质规则来判定以物抵债无效呢？笔者认为，不能参照该规定判定其无效。参照适用即类推适用，“系就法律未规定之事项，此附援引与其性质相类似之规定，以为适用。进一步言，类推适用所补充之漏洞，必为公开的漏洞。法律依其规范意旨，原应积极地设其规定，

而未设规定，谓之公开的漏洞。”（注：参见杨仁寿《法学方法论》，中国政法大学出版社2016年版，第194-195页。）

是以，参照适用的前提必须是立法存在公开的漏洞。我国立法对于显失公平的救济自民法通则以来就已存在，民法通则第五十九条第（二）项规定：“显失公平的民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销。”合同法第五十四条第（二）项规定：“在订立合同时显失公平的，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”因此，纵然当事人之间的以物抵债存在显失公平的情形，也不能参照物权法的禁止流质规则来对之予以规制，因为现有立法已经对显失公平的救济作出了一般性规定。

从立法调整显示公平状态的角度来分析，民法通则第五十九条第（二）项和合同法第五十四条第（二）项与物权法第一百八十六条和第二百一十一条应当是一般规定与特别规定之间的关系。也就是说，当在抵押与质押领域因流质契约而可能显失公平时，物权法出于对抵押人和质押人的特别保护，无论最终是否会导致显失公平结果的出现，直接在效力层面对流质契约给予了无效的否定评价。

再者，立法之所以在担保领域直接否定流质契约的效力，而没有采取相对柔和的可变更和可撤销的立法技术，也是因为流质契约与担保物权的本质特征相悖。“担保物权是以担保物的交换价值为基础，旨在实现主债权的清偿，而非转移担保物的所有权。”（注：参见刘琨《以物抵债不宜认定为流质契约》，载《人民司法》2014年第2期）从这个角度而言，

这也与学理上关于禁止流质规则是方法行为禁止型规范的判断相一致，即“强行法规仅在禁止以特定手段发生一定之效果，因之：如直接违反此项强行法规者，同属无效；惟倘系依其他手段发生同一效果者，则不在禁止之列，仍属有效。”（注：参见谢在全《民法物权论》（六），三民书局2004年版，第464页。）

有法官坚持认为应当适用禁止流质规则而不是显失公平规则来调整以物抵债的法律关系，其理由是：“无效说更为简洁明快，因为实务中，对可撤销事由的举证非常困难，且行使撤销权有除斥期间的限制，合同被成功撤销的事例并不多见。与其让债务人费尽周章主张撤销，不如直接规定无效。”（注：参见高治《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》，载《人民司法》2014年第23期）

有学者进一步指出：“从法理基础上看，流质条款禁令也不应局限在设定抵押和质押场合。适用显失公平撤销合同的规则来解决流质条款可能带来不公平问题，未必妥当。法律之所以规定流质条款无效而非可撤销，目的上似乎也不在于条款本身可能对单个债权人或债务人带来的不利局面，而更在于如果此类条款在实践中盛行，可能带来的对市场秩序或公平交易的法秩序的破坏。”（注：参见陆青《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院公报〉载‘朱俊芳案’评释》，载《法学研究》2015年第3期）

不得不说，上述理由成为了部分学者与法官坚持援用禁止流质规则来规制以物抵债的重要说辞，甚至从表面上削弱了将以物抵债纳入显失公平

规则调整范围的正当性。不保护债务人合法权益的质疑以及不维护交易秩序的诘难甚至会动摇部分法官的立场。但是，上述理由是经不起推敲的，因为其不仅与我国在合同效力方面的立法政策相背离，而且与合同法上的鼓励交易原则相冲突。“鼓励交易是合同法的目标，也是我国合同法所必须具有的方针和规范功能。实践中一直存在着过宽地适用合同无效制度，过多地宣告合同无效的现象，此种现象与鼓励交易原则是完全背离的。”

（注：参见王利明《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2015年版，第205页）

民法通则第五十条对于无效民事行为列举过宽的立法设计一直备受垢病，合同法第四十七条和第五十四条就是立法在合同领域对之展开的修正。显失公平规则也是如此，其构成要件持续具体化所引发的适用范围不断限缩便是例证。从民法通则第五十九条第（二）项的概括性表述到最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第72条的利用优势或者利用对方没有经验再到合同法第五十四条第（二）项限定的“在合同订立时”，显而易见，立法对显失公平的判断变得越来越严格，这也意味着立法对合同效力的否定评价日渐趋于慎重。

因此，以当事人费尽周折来援用显示公平规则而最终仍未获支持为托词，就武断地对显失公平规则报以负面评价不尽合适。因为严格把握显失公平的适用要件，避免过度干预正常的市场交易风险乃是立法的价值选择。在仅可能存在显失公平的情况下，当以物抵债在寻求显失公平规则的救济都难以获得支持时，意图直接通过参照适用禁止流质规则来否定以物

抵债效力主张与当前的法政策相违背。严格来说，该种认定属于法律适用错误。

（摘自：鄢砚，张伟《以物抵债的成立要件与效力判定》，载《人民司法·案例》2017年第17期）

法律依据

1. 《中华人民共和国合同法》

第一百二十四条 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

2. 《中华人民共和国物权法》

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

五、企业破产清算时会计核算有“方”可循

文章来源：《中国会计报》2016年2月17日

作者 郭继宏

企业破产清算时会计核算有“方”可循

在企业破产清算时，会计核算涉及哪些科目？宣告破产时和破产清算期间会计如何处理？本文结合案例，对破产企业破产清算期间的会计处理方法进行解析。

为进一步规范企业破产清算的会计处理，根据《中华人民共和国会计法》和《中华人民共和国企业破产法》，财政部制订了《企业破产清算有关会计处理规定》，要求相关单位遵照执行。笔者结合对文件的学习体会，对破产企业破产清算的会计处理加以探讨。

破产企业会计核算涉及的账户

根据《企业破产清算有关会计处理规定》，破产企业新增 12 个会计科目。其中，负债类科目有“应付破产费用”“应付共益债务”等两个负债类科目，“清算净值”一个清算净值类科目，“资产处置净损益”科目等 9 个会计科目。具体账户结构如下：

（一）“应付破产费用”科目

1. 用途：核算破产企业在破产清算期间发生的破产法规定的各类破产费用。

2. 性质：负债类科目。

3. 结构：贷方登记增加的各类应付破产费用，借方登记支付的破产费用，余额在贷方，表示尚未支付的应付破产费用。

（二）“应付共益债务”科目

1. 用途: 核算破产企业在破产清算期间发生的破产法规定的各类共益债务。这里的共益债务, 是指在人民法院受理破产申请后, 为全体债权人的共同利益而管理、变卖和分配破产财产而负担的债务。

2. 性质: 负债类科目。

3. 结构: 贷方登记增加的各类共益债务, 借方登记支付的各类共益债务, 余额在贷方, 表示尚未支付的应付共益债务。

(三) “清算净值”科目

1. 用途: 核算破产企业在破产报表日结转的清算净损益科目余额。破产企业资产与负债的差额, 也在本科目核算。

2. 性质: 清算净值类科目。

3. 结构: 贷方登记收入类科目转入数额, 借方登记费用类科目转入数额, 贷方余额反映清算净值, 如果有借方余额, 则反映清算亏损。

(四) “资产处置净损益”科目

1. 用途: 核算破产企业在破产清算期间处置破产资产产生的、扣除相关处置费用后的净损益。

2. 性质: 清算损益类科目。

3. 结构: 贷方登记资产处置收入数额, 借方登记处置资产净值及支付的处置费用, 余额在贷方反映处置净收益, 如为借方余额, 则为处置净损失。

(五) “债务清偿净损益”科目

1. 用途: 核算破产企业在破产清算期间清偿债务产生的净损益。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：贷方登记偿还债务数额大于资产的差额，借方登记偿还债务数额小于资产的差额，余额在贷方表示因清偿债务产生的净收益，如为借方余额，则表示因清偿债务产生的净损失。

（六）“破产资产和负债净值变动净损益”科目

1. 用途：核算破产企业在破产清算期间按照破产资产清算净值调整资产账面价值，以及按照破产债务清偿价值调整负债账面价值产生的净损益。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：贷方登记破产企业破产清算期间因调增资产账面价值或负债的账面价值而调增或调减的破产资产净值，借方登记破产企业破产清算期间因调减负债账面价值或资产账面价值而调增或调减的破产资产净值。

（七）“其他收益”科目

1. 用途：核算除资产处置、债务清偿以外，在破产清算期间发生的其他收益。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：贷方登记因划拨土地无偿收回而给予破产企业补偿的数额；借方登记结转的其他收益及计入“清算净损益”科目的其他收益。

（八）“破产费用”科目

1. 用途：核算破产企业破产清算期间发生的破产法规定的各项破产费用，主要包括破产案件的诉讼费用，管理、变价和分配债务人资产的费用，

管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：借方登记破产费用的增加数额，贷方登记计入“清算净损益”科目破产费用的结转数额。

本科目应按发生的费用项目设置明细账。

（九）“共益债务支出”科目

1. 用途：核算破产企业破产清算期间发生的破产法规定的共益债务相关的各项支出。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：借方登记增加的共益债务相关的各项支出，贷方登记结转计入“清算净损益”科目的共益债务相关的支出。

（十）“其他费用”科目

1. 用途：核算破产企业破产清算期间发生的除破产费用和共益债务支出之外的各项其他费用。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：借方登记发生的其他费用，贷方登记结转计入“清算净损益”科目的其他费用。

（十一）“所得税费用”科目

1. 用途：核算破产企业破产清算期间发生的企业所得税费用。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：借方登记发生的所得税费用，贷方登记结转计入“清算净损

益”科目的所得税费用。

（十二）“清算净损益”科目

1. 用途：核算破产企业破产清算期间结转的上述各类清算损益科目余额。破产企业可根据具体情况增设、减少或合并某些会计科目。

2. 性质：清算损益类科目。

3. 结构：贷方登记“资产处置净损益”“债务清偿净损益”“破产资产和负债净值变动净损益”“其他收益”等科目转入数额，借方登记“破产费用”“共益债务支出”“其他费用”“所得税费用”等科目转入数额，计算完毕，再将“清算净损益”科目余额转入“清算净值”科目。

破产时的会计核算

根据《企业破产清算有关会计处理规定》，“法院宣告企业破产时，应当根据破产企业移交的科目余额表，将部分会计科目的相关余额转入以下新科目，并编制新的科目余额表。”“破产企业被法院宣告破产的，应当按照破产资产清算净值对破产宣告日的资产进行初始确认计量；按照破产债务清偿价值对破产宣告日的负债进行初始确认计量；相关差额直接计入清算净值。”

【例 1】任城鹏飞家具有限责任公司 2017 年 2 月 1 日因资不抵债，宣告破产。破产日该企业账户余额见上表。

按照《企业破产清算有关会计处理规定》，要求“破产企业在破产清算期间的资产，应当按照破产资产清算净值进行后续计量，负债按照破产债务清偿价值进行后续计量。破产企业应当按照破产报表日的破产资产清

算净值和破产债务清偿价值，对资产和负债的账面价值分别进行调整，差额计入清算损益”。

【例 2】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，请专业资产评估公司对破产资产房屋进行评估确定：原价值 300000 元，评估值 400000 元；短期借款账面余额 200000 元，另付应付职工薪酬 20000 元。破产企业根据评估结果，调整清算净值如下：

借：固定资产 100000

贷：清算净值 80000

应付破产费用 20000

破产企业破产清算期间发生资产处置，企业应当终止确认相关被处置资产，并将处置所得金额与被处置资产的账面价值的差额扣除直接相关的处置费用及相关税费后，计入清算损益。

【例 3】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，转让破产资产（房屋）一项：原价值 300000 元，收款 424000 元（含增值税 24000 元），价税款存入银行。会计处理如下：

借：银行存款 424000

贷：固定资产 300000

应交税费——应交增值税 24000

清算损益 100000

破产清算期间发生债务清偿的，破产企业应当按照偿付金额，终止确认相应部分的负债。在偿付义务完全解除时，破产企业应当终止确认该负债的剩余账面价值，同时确认清算损益。

【例 4】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，所欠职工工资 20000 元，按照有关规定先支付职工工资 18000 元，以银行存款付讫。剩余部分工资不再补发。会计处理如下：

借：应付破产费用——工资 20000

贷：银行存款 18000

清算损益 2000

破产清算期间发生各项费用、取得各项收益应当直接计入清算损益。

【例 5】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，召开破产清算会议，支付会务费、会议室租赁费等相关费用 20000 元，以银行存款付讫。会计处理如下：

借：清算损益 20000

贷：银行存款 20000

破产企业在破产清算期间新承担的债务，应当按照破产债务清偿价值进行初始确认计量，并计入清算损益。

【例 6】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，计提 3 个月短期借款利息 2000 元。会计处理如下：

借：清算损益 2000

贷：应付破产费用 2000

破产企业因盘盈、追回等方式在破产清算期间取得的资产，应当按照取得时的破产资产清算净值进行初始确认计量。初始确认计量的账面价值与取得该资产的成本之间存在差额的，该差额应当计入清算损益。

【例 7】任城鹏飞家具有限责任公司破产清算期间，盘盈存货一批，估计成本 10000 元。会计处理如下：

借：存货 10000

贷：清算损益 10000

另外，按照有关规定，在破产清算期间，破产企业按照税法规定如果需缴纳企业所得税，应当计算所得税费用，并将其计入清算损益。所得税费用应当仅反映破产企业当期应交的所得税。

六、李曙光：谈重整中债权交易的三个理论问题

文章来源：破产法快讯

作者 李曙光

李曙光：谈重整中债权交易的三个理论问题

“重整中的债权人如何协商”问题兼有学术性与实践性，破产理论界和实务界对此可能会有不同的理解和看法。以下主要谈三个问题：

一是为什么要界定“债务人财产”？我国《企业破产法》上不用“破产财团”的概念，而是用“债务人财产”。《企业破产法》第30条规定，债务人财产是破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产。这里要注意，债务人财产与破产财产是有区别的，破产财产在107条规定指的是破产宣告后用于债权人之间分配的财产。

《企业破产法》用一系列的制度性手段，例如《企业破产法》第16、19、20条的“三中止”理论，类似于美国的自动中止，就是要确定这些财产不会被债权人哄抢。为了避免债权人对破产财产的哄抢，法律上一定要对债务人财产作清晰的界定。这里的界定是指界定资产池和资金池。《企业破产法》规定的自动中止的手段，以及《企业破产法》中的程序性手段都是让资金池越大越好，这样就越有利于破产债权人财产分配，这是《企业破产法》上很重要的一个目标。保护债权人合法权益是一个原问题，是破产法的原始出发点。因而，第一个要解决的问题是债务人财产界定问题。

二是债权人在既定的债务人财产下如何实现利益最大化，而且是每个债权人都实现利益最大化的问题。这个问题导致了类别债权人在破产司法程序下也可能发生哄抢行为。每个债权人都想要实现自己的目标，因此就要解决如何减少债权人之间争斗、目标不一致的问题。中国特色的债权人类别组中，除了担保债权人组、税收债权人组、职工债权人组、普通债权人组、小额债权人组之外，还有敏感债权人组。所谓敏感债权人，就是那些得不到充分清偿可能会闹事的债权人，这些债权人逼迫其他债权人，甚

至管理人、法院、政府去满足他们的要求，也就是说与他们进行交易，这可能超出了债权人之间交易的范畴。大小债权人利益不一致的时候，或债权人互相有阻挡的时候会出现这种交易。为什么债权人之间或债权人与破产程序的其他参与方会进行交易？应认为是一种帕累托改进。所谓帕累托改进，是指在没有使任何人境况变坏的前提下，使得至少一个人变得更好。如果说改变到没法再改进了，就达到了帕累托最优，这时候，只要有改变，必然会损害到另一方的利益。做这种债权交易，但不损害别人的利益，同时可能会使债权人得到的更多。

另外还有一个相关的理论，就是哈贝马斯的法律（公共）商谈理论，现在法理学上讨论的也比较多。哈贝马斯的法律商谈理论讲到了融贯性的概念，把法律规则、法律原则和政策结合起来进行判断，其位阶高低由个案决定，由适当性的规范来确定。融贯性的理论实质上是法律商谈理论的一个基础。实际上中国破产实践中正在做的事情，很多也不是完全依法的，也有不按原则来的，而是按各种政策。在哈贝马斯的研究中已经提到了，不管在实践中怎么操作，法院做制度性判决也好，还是做确定性的个案判决也好，实际上有合理性原则，这个“合理性”跟法律的位阶没有关系，目前我国一些政策的效力远远超过了法律的效力。解释为什么债权人之间可以交易，哈贝马斯的法律商谈理论也可以作为一个依据。

三是债权可否交易，如何交易？无论在法律上还是实务中，债权都可以进行交易，有许多分类的债权市场。对这种交易，法律上没有明确的禁止性规定，可能有潜在的。债权交易在现行法中存在何种制度障碍？在实

务当中，尤其是在破产重整实践中，债权的交易性非常强。债权交易最好的理论解释还是交易成本理论。

债权为什么能够交易？科斯实际上在《社会成本问题》一文中已经回答了这个问题，就是交易费用与交易效率的问题。债权人为什么同意重整，或者法院为什么强裁，都可以得到一个合理的解释。最高院破产审判工作会议纪要研讨中，讨论过“强裁”的存在，一个原因是因为存在公共利益需要，另一个原因是债权人之间吵得太厉害了，没法得出合意结果，因而需要公权力介入。但其中最重要的，还是要遵循交易费用的原理。现在很多案件给股东权益清零，但也有很多案件保留了股东的部分权利，而且债权人不得出让渡一些权利。每一方都在参与交易成本的计算，对破产重整有一个预期价值，在预期价值的目标下，大家能够达成协议，这就是市场的规则在起作用。

七、谢在全：担保物权发展的新动向

文章来源：中国民商法律网

谢在全：担保物权发展的新动向

【 导语 】

2018年3月26日晚，第464期民商法前沿论坛暨第18期沪鑫论坛在中国人民大学明德法学楼601国际学术报告厅举行。台湾地区东吴大学法学院暨法律学系端木恺校长讲座教授谢在全教授莅临论坛现场，发表题为“担保物权发展的新动向”的主题报告。中国人民大学法学院院长王轶教授，中国人民大学法学院张新宝教授、姚辉教授、高圣平教授，中国政法大学法律硕士学院刘保玉教授出席并参加与谈。论坛由中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授主持。

本期实录稿主讲环节为谢在全教授惠赐论文，为便于阅读，将脚注移至文末。本期实录稿其余部分由论坛组委会编审并经发言人审定。转载请联系中国民商法律网授权。

（一）序说

自台湾地区“民法”制订担保物权制度之后，由于土地之不可增性、不动产之不移动性，以及价值之稳定性，不动产向来是担保物权之宠儿，形成“不动产担保中心主义”，但物极必反，担保物权之担保目标因唯以不动产是赖，加上市场之炒作不动产，通货膨胀等因素，推波助浪，股票大跌，经济泡沫化忽焉形成，土地神话崩溃，以不动产为担保物之担保物权，无从经由变价，收回担保债权，不良债权充斥，金融市场饱受其害之余，深觉过度依赖不动产，并非正常现象。其后，一九九〇年韩国之金融危机，二〇〇八年美国金融海啸相继发生，再度验证担保目标多元化之必要。尤其近代以来，经济迅速发展，科技惊人进步，法制之健全确立，动

产、债权及其他无形资产之价值，水涨船高，已非昔日阿蒙，足与不动产并驾齐驱，甚至，有过之而无不及，而诸多财产有机结合之一群财产（a class of assets），其财产价值恒过于个别之财产，担保物权目标之取向，遂有不同于传统之风貌，如雨后春笋般，纷纷出现。而担保物权系为担保债权之清偿而存在，而债权则多于工商经营中发生，为因应农、工、商业经营模式之推陈出新，传统典型之担保物权已不能完全满足其需要，为适应社会经济需求，各种担保之新类型，于社会惯行、金融市场中酝酿，有如金蝉脱壳般出现，担保物权多样化，蔚然成形，担保物权之演进与产经之发展、市场之变动牵连互动，关系密切。上述多端社经变化，均有如一只无形的手，成为推动担保物权发展巨大重要之动力。

（二）担保之多样化

债务人之全部财产是对其债权人之总担保，亦即债务人之全部财产（责任财产）应抵偿全部之债务。债权人就其债权之清偿是已有所本，但债权能否满足全赖债务人之清偿意愿及清偿能力，而清偿能力又系于责任财产之有无。债权成立时，或有充分之责任财产，但此项财产仍由债务人完全支配，债权人对之并无支配权，原则上无从干涉，况债务人营社会生活，总财产之增减，实乃常态，故债权届清偿期时，总财产可能已消费或处分殆尽，债权满足因此落空；又因债权平等原则，债务人之总财产系由债权人平等受偿，债权之完全受偿充满不确定性，债权能否满足遂有风险存在。为确保债权之满足，不能不另谋他计，担保制度于焉产生。此系自债权人角度观察担保制度之功能，如自债务人观之，担保制度对债务人亦

有利益存在，盖因有担保，债权人不但愿意融资，融资之机会大增，且可获得低利率或其他较优之融资条件也，此亦为担保制度不可忽视之社会功能。

债权之担保制度可分为人的担保（或称债权之担保）与物的担保（或称物权之担保），前者是以债务人以外者之财产，增加清偿债务之责任财产之方式为之，保证契约为此制度之典型。其担保作用乃在增加可供抵偿债权之财产，以确保债权之满足，准此以观，连带债务、并存之债务承担、票据之背书等固非以担保债权清偿为目的，却足以增加清偿债务之财产，是亦有保证之相同机能。物之担保系以债务人或第三人之财产直接供为债权担保之方式为之，例如抵押权、质权、留置权等属之。其是以供担保之财产自担保人之总财产中分离，经由担保物权之设定，或其他方法，由担保权人取得担保目标之支配权为其特征，易言之，具有担保物权之债权人独占取得特定财产（担保目标）之交换价值，不受担保财产变动之影响，不仅排除债务人主观愿否清偿之危险及财产处分可能减少之不安定性，同时在债务不能清偿时，因对担保目标具有变价权，就所得价金复有优先受清偿之权，因之，排除债权平等原则之适用，可见，担保物权是在担保人之特定财产（自总财产分离之财产），享有担保目标价值之支配权为其构造之特色，并有追及效力，以及优先清偿作用，为其担保债务清偿之重要机能。而物的担保所以能排除宪法上保障之平等原则，剥夺无担保债权人之受偿平等权，乃因在物的担保之融资交易下，具有去除金融市场，现金流通之低效能，促进经济之效率性，因而获得社会正当性之故。

人的担保虽已扩充可供清偿债务之财产，足使债务之履行多一层保障，但因仍系以个人总财产为担保，所负责任与债务人并无不同，故债务不能完全履行之危险依旧存在。而物的担保足以排除仅以个人总财产抵偿债务之风险，及债权平等原则之适用，是以成为确保债权清偿之最佳手段。然无论如何，于债务人总财产足以清偿全部债务时，债权有无担保，均无不同，担保贵在债务人之总财产不能清偿债务时，有担保之债权人无论人之担保或物之担保均能较无担保之债权人多若干之受偿，甚至，债务人破产时，物之担保并可以其优先受偿权对抗破产管理人（台湾地区“破产法”一〇八参照），可见，是否为债权之担保制度应以其制度是否具有上述机能断之。以房屋设定抵押权之预告登记为例，乃系以当事人（甲、乙）间具有以房屋设定抵押权约定之债权契约为基础，同意设定之一方（甲）对于相对人（乙），负有就房屋设定抵押权之义务，亦即乙对甲具有房屋设定抵押权之请求权，乙为保全该请求权而为预告登记，故所登记者系房屋设定抵押权之请求权，而非抵押权，当然不生取得抵押权之效力，于甲之财产不足清偿所有债务，经其债权人（丙）对该预告登记之房屋，声请强制执行时，乙之预告登记并无对抗该强制执行之效力（台湾地区“土地法”七九之一 III、大陆地区《物权法》二〇I 后段参照），易言之，乙就其债权仅能与丙、他债权人平均受偿，乙并未因此取得较他债权人更多之受偿机会，甲破产时，乙之预告登记，更不能对抗破产管理人，准此，抵押权设定请求权之预告登记，并无债权之担保功能，昭然若揭。

物之担保有典型担保与非典型担保（又称：变则担保、变形担保、变

态担保)之分,因非法律上之分类,仅系学说上之分类,故常因观察角度之不同,而有不同之意义。通常所见,(一)以是否为民法或其他法律规定之担保物权为区分,准此,民法或其他法律规定之抵押权、质权及留置权均为典型担保,反之,民法或其他法律未规定者,则为非典型担保。(二)以担保物权是否以限定物权构成另一种区分标准,倘属肯定,即为典型担保物权,民法规定之抵押权、质权、留置权,以及动产担保交易法之动产抵押权、民用航空法上之航空器抵押权均属之,若系以权利移转为构成者,则为非典型担保,例如动产担保交易法上之附条件买卖(所有权保留)、信托占有,以及融资租赁、让与担保。(三)以该法律制度是否以担保债权为目的作为区分标准时,于肯定者,即为典型担保物权,其是否以限定物权构成,则非所问,因其为制度之本旨,且皆有担保物权性,至若制度非以担保债权为目的,但仅具有一定程度担保作用之抵销、代理受领、备偿专户、代物清偿之预约,甚或民法规定之买回、典权等,方属非典型担保矣。

按是否为债权之担保应以其于债务人之总财产不能清偿债务时,有担保之债权人是否能较无担保之债权人多受清偿断之,已如上述,于物之担保,更应以其是否经由担保目标确保债权之优先受偿为断,易言之,物之担保之债权人必能直接支配担保目标之价值,优先于无担保或后次序之担保债权人受偿,并可对抗担保目标之受让人及破产管理人,亦即对担保目标价值取得排他、独占支配之物权性,准此,是否为典型担保应以此为标准定之。如采第一种标准,完全掌控担保目标之价值,用以清偿债权之让

与担保，具有上述担保物权性，竟不属于典型担保，即非允当，若采第二种标准，则台湾地区之附条件买卖、动产抵押及信托占有，同规定于动产担保交易法，且皆有上述担保物权性及担保机能，应均属典型担保，然则附条件买卖、信托占有仅因其法律构造之不同，却排除在外，亦非适合。是以似应按制度目的之功能取向，是否以担保债权为目的，亦即为担保债权之清偿，是否对担保目标已具有排他、直接支配其价值之物权性，作为区分典型担保之标准，准此，凡法律行为（交易行为）系以担保为目的，并得直接担保目标之价值者，无论其权利构造或名称为何，概以担保论之。此自国际关于动产、债权、知识产权或其他动产性之财产（以下简称：动产性资产）担保制度立法趋势观之，亦复如是。故第三种标准，已具有一定之普遍性，本文旨在观察担保物权法之发展动向，乃取第三项标准之典型担保为主要范围，必要时，方涉及非典型担保。

（三）担保物权发展之实态

1、担保目标

农业时代，民生用品莫不来自土地之生产，土地系重要之生财工具，土地之功能在于用益，土地收获之多寡为土地之主要价值所在，土地之用益价值遂成为担保价值之基础，担保物自属土地当道。进入资本主义之商业时代以后，所有财物商品化，土地亦然，加上登记公示制度之建立，经济之繁荣，以不动产作为商品之流通市场逐渐形成，土地、建筑物交易活络，其价值自收益价值转向为交换价值，反映于担保物权者，乃系以担保物之交换价值为基础，于担保人不能清偿债务时，得经由拍卖，将担保物

换价，确保债权之收回，更巩固不动产为担保物权客体之中心地位。然随着生活条件之改善，人口遽增，建筑物居住之需求日殷，加以建筑科技之进步，都市高楼大厦连云起，建筑物在不动产中之比重，相对于土地之不可增性，不但日益增加，而且建筑物之出租所生之用益价值（收益价值），于不动产之交换价值中凸显，此于经济泡沫化，金融海啸等接连爆发，不动产交易市场迟滞化，甚至崩盘以后，更为明显，建筑物之收益价值，因之成为担保物权之重要价值基础，此不但象征抵押权标的物之变化（此于大陆，因建筑物系人民具有所有权之唯一不动产，乃最有价值之融资工具，建筑物成为担保物权之重要客体，更不待言），同时，表示不动产收益价值重要之再现，进而影响担保物权实行方法之转变。

近世以来，工业革命带动生产、商业之大变革，动力机械、设备之运用，工厂大增，产品规格化、标准化、大量化，产品商品化，动产之价值及社会重要性，水涨船高，足可与不动产媲美。是以，动产已可充当融资之工具，但企业界之机械、设备及交通工具，乃企业日常经营所必需，于设定担保权后，必须继续占有使用，方能无碍其经营，以占有担保物为成立要件之动产质权当然不能符合其需要，是以，非占有型之动产抵押权及动产让与担保，遂应运而生。又商品交换时代来临，债权充斥，而法律就债权之保障日渐确立，信用制度成熟发展，债权之重要性日益显著，其担保价值大受关注，亦昂然进入融资担保工具之行列。二十世纪后半期到二十一世纪之现代，人类精神、智慧活动产生之智慧财产，风涌而生，电子科技发展一日千里，知识经济爆发，信息、数据、品牌、市场地位等无形

资产开始占据新地位，此类无形资产成为企业获利之重要来源，其财产价值被重新定位，企业有形与无形资产所占价值之比例，已向无形资产倾斜，而其中多数仅是财产利益，尚非财产权，此于数字经济时代来临后之状况尤为显著（例如电子科技发达后，正夯之网络虚拟财产、大数据等，大陆《民法总则》一二六、一二七参照），由于其巨大之财产价值，无形资产亦跃升为融资之工具，担保目标轰轰烈烈自有形资产迈向无形资产之大道。抑有进者，企业是以人与资产为要素之有机结合，乃具有营利性之组织体，企业以库存原料或商品、应收帐款、存款债权（存款帐户）等有机结合为一体集合资产，其价值尤胜于个别之资产。易言之，于交易社会，复数资产具有经济一体性，复数资产集为一体更有效用时，例如作为企业经营基础之有形、无形固定资产、流动资产或企业收益之一体把握、投资目标资产之集合运用，均有将之作为一体予以出售、让与、设定担保、投资或由他人收益管理之需要，集合利益之新财产型态登上经济市场舞台。以物（所有权）、无体财产权、债权、商誉、将来取得之资产、劳动及顾客关系结合成有机组织体之经济单位（Undertaking, Unternehmen）作为担保财产，甚至，对担保人之动产、不动产等一切资产，得设定一个担保权，跃然成形。

担保目标物由土地到建筑物、由不动产到动产、有型资产到无型资产、现有资产到将来取得之资产、单一物到集合物、固定资产到流动资产，均可自担保物权法之发展历程中找到轨迹，例如：日本一九五一年之自动车抵押法、一九五四年之建设机械抵押法、一九五八年之企业担保法、一九

九八年之动产、债权让渡对抗要件特例法等先后制订，让与担保、集合物让与担保、流动性集合财产让与担保之普遍运用；韩国二〇〇九年之工厂与矿业财团抵押法、其法院实务上一连串集合动产让与担保、流动动产让与担保、集合债权让与担保之判例法之出现，乃至二〇一二年，关于动产、债权等担保法之实行；德国所有权保留、动产让与担保之盛行；法国农业用动物、机械及其他工具，经由不动产化而得设定抵押权，营业财产质权、事业债权之担保化经由特别法而建立，二〇〇六年台湾地区“民法”修订，担保于第四卷独立成编，建立新体系，更是走在大陆法系之前端。英国之浮动担保制度发源最早，美国自附条件买卖、动产抵押、信托收据演化至统一商法典第九编之动产担保交易，是有形、无形资产担保制度之典范，大陆《物权法》有关担保物权之规定、融资市场上让与担保或其他非传统性担保之盛行，可谓此项发展成果之一大展现。《欧洲示范民法典草案：欧洲私法之原则、定义、和示范规则》（Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference，以下称：《欧洲示范民法典草案》）第 9-2:104(3) 条关于可在将来取得之资产设定担保物权之规定，联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》之订定，更表现国际担保立法上述趋势之所向。

2、担保债权

担保物权系为确保债权清偿而生，系为担保特定债权而存在，担保物权如无担保债权存在，即无任何经济价值可言，两者遂有必然结合之关连，故所欲确保清偿之债权，究系何一宗债权，自须特定之，于债务人无资力

清偿时，方足以主张某特定之债权系担保物权所担保之债权，本于该债权未受清偿而行使担保物权，该担保物权换价所得之价金，亦仅能清偿被担保之债权，因此，使其仅于此条件下优先受清偿，乃具有适法保有该担保物之交换价值（换价后之金额）之正当原因，是为担保物权从属于债权所由生，担保债权特定原则所由来。准此，担保债权成为构成担保物权之重要内容，于不动产物权变动公示原则下，一并变成必须公示事项之一，债权特定原则与物权公示原则遂有表里之密切关系。

早期之社会生活单纯，债权均系现有债权，为确保此种债权之清偿，分别一一设定担保物权，本为民法建立担保权制度预想之情况，满足担保权设定时，必须有债权存在之从属性，及担保债权特定原则之要求当然易如反掌，然由于社会之进步，商业经营型态之改变，债权之发生或存在模式，已非单纯现有债权，于当事人间继续交易状况下，不只产生将来之债权，而且是许多不特定之多数债权。若就此类债权之清偿确保，设定担保权时，势必违反担保物权之从属性、担保债权特定性原则，若必予以贯彻，当无法因应社会工商营业之需求。为此，首先就将来之债权，开始松绑，认为将来债权虽尚未存在，但已可得特定，且无碍于公示，若将来必定发生，则为之设定担保权，应与担保物权之从属性、担保债权特定性原则无违（“四七台上五三五”参照）。其次，对于继续发生之不特定之多数债权，如须一一设定担保物权，不但有事实上之困难，且不能一次设定，即能全数掌握各债权之担保物物权优先性（优先次序），更将增加设定之劳费，尤以不动产抵押权之设定需办理登记程序为然。此于追求迅速、安全

及低成本、高效率之现代社会交易活动，亦将造成极大之阻碍。为突破此种困境，工商经济活动中，逐渐形成设定一个担保物权，于预定担保债权之最高金额后，即可在该最高金额范围内，担保现在或将来发生之不特定债权，即担保债权可具有流动性、浮动性，此种商业惯行，经长久运用，最高限额抵押权制度遂经由习惯而建立。担保物权之从属性及担保债权之特定原则终于全面移向担保权实行时断定之，盖自担保物权系担保债务不能履行时，方能实行担保物权，就担保目标变价，以优先受偿而言，将担保物权之从属性、担保债权特定原则，于此时判断之，应无违上述从属性、特定性原则之故。

担保债权自特定债权移向不特定债权后，商业活动为精简交易成本，往往以一次性设定，即可担保债权人对债务人之间一切债务之担保物权，即被担保债权不限于当事人所约定之一定范围内所生，亦不论其系是否为当事人交易关系所由生，对担保权人而言，自属最简便、最有利，然此种不限定担保债权范围之概括担保权，担保权人常因此得以控制担保人之融资，甚至营运，产生对担保人、债务人资产过度支配之弊害，更影响担保资产价值之最大化，为避免此种“过剩担保”问题，立法政策上多倾向限制之态度（日民三九八之二、台湾地区“民法”八八一之一参照）。此种过剩担保主要表现在 1. 担保债权数额、2. 担保目标价值，或 3. 担保人资产之总价值间显著之失衡现象。最高限额担保物权，若仅有最高限额而不限担保债权发生之范围时，最易形成 1. 担保债权数额与 2. 担保目标价值失衡之问题，而于担保目标可包括担保人之全部资产时，则系发生 2.

担保目标价值与 3. 担保人资产之总价值间失衡之现象。是以，必须针对不同之担保类型，对担保人、债务人采取若干保护之措施，例如于一定条件下，赋予担保人终止担保物权（台湾地区“民法”八八一之十二第一项第四款参照），或其他救济之道，避免最高限额之过度滥用。为谋担保权设定之低成本、高效率，对担保债权范围应无限定之必要，近代立法已有逐渐开放之趋势（一九九四年之魁北克民法第二六八九条参照），尤以动产、债权或其他无形资产为客体之担保权为然（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第六条第三项(d)款、第九条第三项、新西兰动产担保法第七二条参照）。

3、权利内容

大陆法系物权法多采物权法定原则，法律不但限制物权种类之创设（类型强制），而且限制物权内容之创设（类型固定），然规范财货归属秩序之物权法是以社会大众为适用之主体，不能与社会需要脱节，更不能阻碍社会之进步，何况，物权法定原则乃在确立物权体系，以保障交易安全为宗旨，是以，物权法定原则应仅系私法自治之限制，限制当事人任意创设物权，而非法发展形成之禁止，社会生活长久惯行所形成之新物权，固应于未违反物权法定原则存在旨趣范围内容许，法院经由裁判于个案形成新物权秩序，又何独不然？物权法定原则之适用遂逐渐趋向缓和化。近世以还，由于经济发展、工商经营之进步浪潮，担保物权之类型及内容受冲击产生巨大之变化，明若观火，抵押权人对抵押物无权占有之妨害除去请求权之肯定（见后述（四）），让与担保、融资租赁等之兴起及盛行，

班班可考。契约自由原则于物权法定原则统领之世界，不断渗透之后，颇有耀武扬威之气势（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第三条参照）。

美国 UCC 第九编，动产（包括无形资产）担保交易制度，是担保人与担保权人私合意之产物，担保契约具有广泛之契约自由，此于未强调物权法定原则之英美法系国家，自属当然。而于采取物权法定原则之法域，基于工商经营讲究弹性、灵活及便捷，势之所趋，担保权制度必须因应配合。不动产担保物权具有长期悠久之历史传统，其固定之类型及内容，不易撼动，动产性资产担保权则于适应工商经营需求下，如川剧变脸，有目不暇给之变化。然由于担保物权设定低成本、高效率以及公示便捷化之需求，担保物权类型之单一化，以及内容之自由化，为动产性资产担保物权演变之最明显态势。就类型单一化而言，当事人设定之担保物权，无论其契约所称名称为何，只要是以担保债务之履行为目的，均以担保物权视之，于内容之自由化，则于担保目标之管理、处分及实行，展现无遗。总之，因企业、工商经营模式之多样化、复杂化，必须依据担保目标、债权人、债务人、企业、个人及物上保证人等当事人属性、担保债权之性质、融资之目的之不同，追求最适合其需求之担保形式，因之，担保物权之内容及效力，以各种具体条款（约定）反应于担保契约，其契约自由之性格特别凸显。关此，加拿大、新西兰、澳大利亚等国担保交易法，紧追美国统一商法典之后，联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》更就此定于一尊（该法第二条第（jj）、（kk）款参照），美国 UCC 第九编之影响，有如

排山倒海，威力惊人。

担保目标具有流动性、代替性之浮动担保，例如以存货、原料等库存（inventory）为目标所设定之担保物权，担保目标仍在担保人占有并使用情形下，为确保担保目标维持一定之价值，担保权人如何管控担保目标，乃担保目标价值维持请求权之重要内容，此与不动产担保完全异趣，易言之，于浮动担保，担保权人对于担保目标应有一定强度之管理支配权能，例如：担保人应如何保管担保目标、其取用担保目标应遵守之程序、定期报告担保目标数量或价值之义务、担保权人有随时或定期检查或盘点担保目标之权等，或就担保人之处分权限，有无一定之限制，处分后所得收帐款之收取方法、收取后的权限，必须经由当事人间以契约约款详细规划，此均有契约自由原则之适用，当事人间权利义务约定因之多样化，但当事人行使权利、履行义务应遵守诚信原则，及商业上合理之方法（a commercially reasonable manner），自属当然（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第四条参照）。

4、担保目标之价值

所有人享受其支配目标物之利益传统上分为用益价值（使用价值）及交换价值，用益价值系由所有人自己用益，以为享受，或将之供他人使用，以获取精神、情感满足为享受，或收取对价为享受。然财产必须经利用方有价值，无利用即无从产生财富，近世以还，此种现象于不动产尤为显著，不动产价值之多寡常以收益价值（通常以租金为代表）为依归，不动产价值之鉴定通常以收益还原法为之，亦充分彰显不动产价值以收益价值为其

重心之现象，不动产之收益价值遂自用益价值中脱颖而出，成为独立之价值形态。此种变化反应于担保物权者，有如下之发展：

（1）古典主义下之抵押权认为其所支配者，乃抵押物之交换价值，系属价值权，与支配目标物用益价值之用益物权，为利用权（实体权、物质权）者，迥然有别。抵押权因系以担保债权为目的，故仅需于目的实现时，掌握其交换价值，故在此之前，无须对目标物为有形支配，因之，抵押权人无权干涉抵押物之用益，抵押物之用益价值与交换价值之发挥，遂得并驾齐驱；然则，抵押物仍由抵押人占有，使其得继续使用收益，发挥其用益价值，固为抵押权制度设计之重要社会机能，但不动产之用益价值乃评估其交换价值之重要因素，倘抵押权人对抵押物之用益全无置喙之余地，交换价值势必减损或崩溃，故抵押权人为保障抵押物之交换价值，对抵押物占有之适度介入，即有必要，对抵押物之无权占有者，若其已造成抵押物交换价值实现之妨碍，抵押权优先受偿权之行使产生困难之状态时，得评价为抵押权之妨害时，抵押权人可行使抵押权妨害除去请求权，除去其妨害（占有），并交付抵押权人为“管理占有”，即属一例。

（2）依抵押权为价值权之古典理论，抵押权人对抵押物之用益原无干涉之余地，然抵押物之用益价值恒反应于抵押物之交换价值，抵押物交换价值常受抵押物用益价值之影响，已如前述，是以，于抵押权实行以前，依抵押权系价值权及非占有担保物权之特质，抵押物之用益价值固归属于抵押人，非抵押权人所得干涉，更非抵押权人所得享有，此足以保障抵押人经济活动之自由，然于债务人不能清偿债务，进入抵押权实行阶段之后，

抵押权人既系掌握抵押物之交换价值，以受担保债权之优先受偿，自须支配抵押物之全面价值，亦即反应抵押物交换价值之用益价值应一并支配，方能完全实现抵押权之优先受偿机能，此于抵押物在第三人用益之下，抵押物之拍卖价格必然低于市场之通常合理之行情，即可观之。准此，抵押权实行后，抵押权效力不但及于抵押物之天然孳息、法定孳息（台湾地区“民法”八六三、八六四、中物一九七、日民三七一参照），而且抵押权设定后，抵押不动产成立之租赁关系或设定之用益物权，于抵押权实行时，影响抵押物之价值者，法院得终止该租赁关系或除去用益物权（台湾地区“民法”八六六），使抵押物恢复原有之权利状态（“释”三〇四理由书参照），亦即恢复原有之价值，以供担保债权之受偿，可见，抵押权之效力，于抵押权实行程序开始后，已及于抵押物之用益、收益价值，而非单纯支配交换价值而已，此与抵押权之价值权及非占有担保物权之特质，应无抵触。此外，都市地区之房屋、公寓大厦或其他商业用建筑物设定抵押，其收益价值之获取（例如租赁），常较交换价值之实现为优为易，于不动产市场迟滞时，不但变现不易，且时间冗长，故于债务人不能清偿担保债权，抵押权人实行抵押权不选择处分抵押物之换价方法，而经由抵押物出租，获取收益，抵偿担保债权，当为合理之考虑，抵押物之收益执行，遂成为抵押权实行之重要方法。美国之商业抵押（commercial mortgage），系以获得（acquisition）、开发（development）或建设（construction）商业用不动产为目的筹措资金而运用之担保制度，固属一例，日本二〇〇三年新创之抵押权收益执行制度，作为抵押权实行之重要补充方法，更是

大陆法系担保法制之新思维，此不啻为担保制度在功能及理念上之一大转变。

(3) 中小企业常未拥有具有交换价值之融资工具，而且其信用资力，难获得普遍认同，但就某一项目却拥有经营之能力、技术，企业销售产品或服务，产生诸多优良债权（即第三债务人之债信甚佳），足可带来丰富之现金流量，若专以此优良债权为着眼，该企业之信用力自然大幅提升，此优良收益项目（事业）之资产，即为最佳之担保品，以此为担保，获取融资，当然容易多矣；大型企业倘进而就该优良事业之资产分离，成立特殊目的公司（special purpose vehicle，SPV），以该资产为支持，发行证券，向社会大众募资，则已是资产证券化之全新面貌，项目融资（项目融资、Project finance）不同模式之进化，蔚然成形。此外，流动资产一体担保之融资，亦即企业活用其企业资产，以其存货（inventory）、应收帐款及机械设备等事业收益资产，概括的作为担保目标，以筹措资金，而担保权人对担保目标之资产时时予以监控（monitoring）之融资方法（Asset Based Lending，简称：ABL），于先进金融市场中冒出。此等融资模式之内部构造虽然有异，但资本家之投资非重在担保品之出售取偿，而系重在企业之财务状况、永续经营及获利能力（going concern），亦即其未来之现金流量是否充沛，最终目的系以企业卓越经营所获取之收益，偿还债权，两者取向则一。

5、公示制度

担保物权必须有公示方法，因公示方法系发挥担保物权最大担保力之

不二法门。健全之公示制度必须使担保物权藉由公示方法，掌控其优先次序，确保担保物权之稳定性，同时使担保物权具有透明性、可预测性及近阅性，不但因此得以对抗第三人，潜在之债权人并得藉此评估债务人之清偿能力，从事交易，担保权人之权利及债务人、担保人及其他各利害关系人之利益间遂取得必要之平衡，交易安全获得保障。公示方法越能发挥其安定性、透明性、可预测性及近阅性之功能，担保物权效力必定越强。担保制度若无公示方法，通常仅能依债权关系之结构运作，其效力弱于担保物权，乃为平衡债权人之权利及各利害关系人之利益，不得不然。联合国国际贸易法委员会之《担保交易示范法》以建立担保物权之声明登录制度（registration of a notice of a security，详后述），提升担保物权之安定性及透明性（certainty and transparency）为其建构担保交易法之关键目标，即可见其端倪。

不动产物权系以登记为公示方法，历经长久之演进及运用，相当健全完整，于不动产担保物权之公示方法，已运作无碍，充分实现公示之社会机能，然则动产物权，向以占有为公示方法，此固有省时省事、简洁方便之优点，且因动产种类繁多，难以采取登记或其他公示方法所不得不然。然则占有之公示方法无从正确、完整公示物权内容，尤其是观念占有兴起后，问题更为严重，加以，近代动产担保物权为因应工商业经营之需要，以非占有担保物权为主流，于担保人继续占有担保物情形下，唯有采取占有改定之公示方法，而此正系妨碍交易安全之致命伤。非占有动产担保物权，于英美法发展之初，始终被认定为系属诈欺，归于无效，长期奋战之

后，经由登记制度之建立，方取得合法地位。然不动产登记制度为求公示内容之完整，通常系采登记法制（recording statutes），将权利内容，或交易状况，根据当事人间之担保契约内容，逐字详实登载。此种十九世纪之登记方式，颇不利于动产担保权（例如 chattel mortgage）之运用，所以当代规范动产担保交易之法制，几乎全部只要求存入（deposit）一份担保契约，或就其他必要文件（例如其后 UCC 所采之融资声明、financial statement）予以登录（to be placed on record），称之为 filing statutes。于 UCC 立法前，相关法制即允许只简单 filing 一份文件，学者遂以 filing 一词含盖 filing 及 recordation 之两种方式。是为美国动产担保交易 filing statutes 之发轫。

Filing statutes 就债务人之财产具有负担存在，确系给予债权人告知（notice），一种非常有用之方法，制度设计之初衷乃在就债务人之财产状况，提供债权人容易有用之查知方法，同时，为贷款人于其设定担保权时，建立一项足以对抗第三人简单、确定之方法，然此种制度多元及快速发展之结果，在法制上却形成依据不同原则、不同之担保权存放于不同机关之不同之簿册，各种不同之新设计，此项设计或许较易于实现对债权人实际告知负担存在之功能，但却由于繁琐之负担，管理之耗费及无效率等，上开制度之初衷因而无由实现。为改善此种缺失，于 UCC 研讨时，成立统一登录机构之共识逐渐形成，因唯有此种机制方能提供有用之讯息，为债权人或其他交易人所乐用，且可就担保权人之担保权，提供安全、确定之对抗第三人效力。其次，应登录之内容为何，则有交易登录制

(transaction system) 与申报登录制 (filing system) 之分, 前者系将担保交易 (即担保物权) 之内容办理登记, 于 UCC 立法前, 通常系就担保契约 (例如动产抵押或附条件买卖合同) 办理登记, 于动产抵押通常尚有其他更细致之形式要求, 例如抵押人宣誓抵押权系依诚信成立, 并无妨碍、诈欺抵押权人等情事之宣誓书应一并登记。又于抵押权登记更须详细描述抵押之客体。此种登记制度固有翔实反应担保交易状况, 担保权实质内容之功效, 然而, 却难以因应库存、应收帐款之担保融资, 因该等担保目标具有流动性, 且其融资常系一系列而非仅有一次之故, 是以, 声明登录制度乃代之而兴。声明登录制度首先运用于统一信托收据法 (The Uniform Trust Receipts Act), 继而应用于 the Factor's Lien Act, 其后为 UCC 所采用。声明登录制具有下列特点:

(1) 登录之内容仅系表明当事人正在或将进行融资交易 (are or expect to be engage in a financing transaction) 之文件, 并由当事人双方之签名, 且记载其住址即可; 不但无须记载特定之担保交易, 亦无须记载特定之担保目标。因此登录之有效性及第三人对抗效力, 可与各别担保契约分离, 不受各别担保契约之影响, 纵使某一担保契约无效、未成立, 仍可为其他担保契约所成立之担保权存在。且只要系在该登录有效期内, 当事人日后成立之担保权均受该登录效力之保护, 无论是新放款, 或新融资, 或者新担保资产, 均无须再另行登录。

(2) 登录之文件仅需叙述担保目标之种类, 而非担保目标之个别项目。是以, 将来取得之资产亦得成为担保目标, 于以库存或应收帐款为担

保目标时，不必另为新进之库存，或日后取得之应收帐款，再个别办理登录，只要此等担保目标系原登录之所述担保目标之种类所能涵盖，即为原登录效力所及；至于后续订立之担保契约，为使担保目标范围明确，乃予以详细具体之说明，自无不可。准此，担保目标具有代替性、流动性之浮动担保，遂得因应社会经济之需要而设定。

（3）无须表明担保之债权或其数额。因初次之放款或有一定之数额，但却可能因清偿而减少，甚且，未来，可能有新放款，或新融资等后续之融资交易，而此无须再行登录，已如上述，故债权或其数额之登录无助于了解实际担保债权之多寡。关于担保债权之信息应于个别担保契约中充分揭露。

（4）登录得于担保交易成立前为之，盖登录者非为担保契约，而系融资交易之文件之故。按交易登记制度下，于担保交易成立后，方可进行登录，交易成立与声请登录之两时点间必有一定差距，于未完成登录前，如有法定担保权发生，或善意买受人介入，其优先效力即受影响，是以，为保护担保权之优先效力，及衡诸交易实情，必须为登录保留一定犹豫期间，然又因此衍生此期间长短或如何折衷各方利益，方属公允之困扰，于声明登录制下，因可于担保契约订立前登录，故上述问题完全消失于无形。

（5）担保权人对担保人以外者不负提供担保权内容信息之义务。虽然登记文件载明担保权人之地址，可向其查询担保交易之相关信息，但除非其愿意提供，否则，对担保人以外之人不负提供之义务，因担保权人并无用自己之劳费，准备详细之融资信息，以满足好管闲事者好奇心、营业

竞争者、信息搜集者之理由，然融资之详细信息对担保人获取其他融资或信用，密切攸关，是以担保权人对担保人负有提供该信息之义务，换言之，潜在之信用授与人或其他利害关系人可经由其债务人（担保人）获取担保权详细内容之信息。

根据上述特点可知，声明登录制之设计旨在建立统一之登记机构，以最便捷之手段、最低之劳费，建立担保权之公示方法，确保担保权安定之效力，同时，容易查阅，以保障交易之安全，是以，声明登录乃任何动产性资产设定担保权时，所能统一运用之公示方法，一经登录自具有公示之效力（取得优先及对抗第三人之效力），然其仅在警告担保人之潜在授信者，或与担保人从事交易之利害关系人，担保人资产可能具有担保权负担之状况，为此提供可进一步调查担保人资产有无担保之起点（a starting point for further investigation）。动产性资产担保权之担保目标以库存、应收帐款为大宗，由于担保契约与登录之文件分离，担保目标描述之概括化，声明登录制度对于是类担保权之运用尤具重要性。

因动产性资产种类众多，且交易频繁，常移动其所在，是以，物权变动登记之公示效力，宜采对抗第三人之效力，而非生效之要件，而且，担保权登录之编成宜采按人编成（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第 28 条，《欧洲示范民法典草案》第 9-3: 302 条，加拿大动产担保法第 48(1) 参照），亦即按担保人之姓名或名称编制并列索引，旨在使担保权人可就担保人之现有及将来取得之资产办理担保权登录，或可就担保人各类动产之设定担保权以一次性登录（例如浮动担保），而取得对抗第

三人之效力。此与不动产物权系采按物编成不同。按物编成系指一个不动产（一宗土地或一个定着物）需以一登记用纸登记之，一用纸不得登记数不动产，亦不得仅登记一不动产之一部分。准此，于动产性资产担保权，如采按物编成，必须按每一个独立动产，或每一笔资产逐一编成，不但增加登录之繁琐，且不利于集合物，或流动性资产设定担保权，难以因应社会之需要，昭然若揭。

占有公示功能之不完整，有先天之局限性，惟动产物权以占有为公示方法，不但已有长久之历史传统，为世人所习用，且确有低成本之优势，故动产性资产担保权于建立登录之公示方法后，通常仍维持占有之公示方法，当事人设定动产担保权时，可按其需要不采登录，使用占有之公示方法，此于流通性有价证券，因必须贯彻其流通性，于设定担保权时，以占有为公示方法，更具有不能取代之地位。于以占有担保目标为动产担保权公示方法时，须由担保权人实际占有，盖若许担保人继续占有担保目标，因不足以对外充分显示担保目标担保权之存在，又沦入占有功能不彰之缺陷，况担保权既得以登录为公示方法，非占有担保权已有成立之管道，则以占有担保目标为公示方法时，即无放宽占有概念之必要。因之，于担保权人以占有为公示方法者，必须真正剥夺担保人或债务人对担保目标之占有（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第2条(z)，UCC § 9-313, Official Comment 3、台湾地区“民法”885II参照），以确保交易之安全。

于银行或其他金融机构开设账户（deposit account）存放现金，并

经由金融机构之账户支付价款或费用，为近代工商经营所惯用，帐户之金融市场功能，于交易中扮演之角色，已无远弗届，占有无比之重要性。以金融机构设置之账户设定担保权，本质上应是以债权为目标之担保权，原可依登录为公示方法，但由于帐户在信用交易支付系统之重要性，金融市场就账户兴起「控制」(control)之新公示方法（联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》第2条(g)、第25条；《欧洲示范民法典草案》9-3:204条；EU-Directive on Financial Collateral Arrangement of 2002；UCC § 9-104 参照）。控制之主要方法有三：1. 担保权人即为账户开设之金融机关时，该机关之账户为该机关企业资产担保权之目标，即应认该账户处于担保权人控制之中。2. 金融机关以特别账户为担保权人保管担保目标之存款：即担保权人声请金融机关将账户之担保资产，移存于该金融机关为担保权人开设之特别账户，俾使此项资产与担保人、担保权人之一般资产发生区隔分离之效果。3. 由开设账户之金融机关与担保人、担保权人订立控制书面协议(control agreement)，依该协议，金融机关同意无须另获得担保人之同意，担保权人得径行指示金融机关处理该帐户之存款，例如自行提取帐户之存款，或担保人不得处分该帐户之存款等是。然在担保权人为上述指示前，担保人提取或运用该帐户存款之权利，仍不受影响，而担保权人一旦为指示之后，担保人非经担保权人之同意，即不得提取该帐户之存款。至担保权人于何时得行使上述指示之权，则于控制协议中订之，例如约定于担保人违约时，担保权人得提取存款，但担保权人应附具担保人违约之证明。管理账户之金融机关是否接受上述

开设特别账户之请求或同意订立控制协议，当然有同意与否之自由决定权，但是帐户之存款客户需运用该帐户融资时，若管理账户之金融机关不同意，可能面临客户将存款改存他金融机关之后果，得失之间，金融机关即应慎重评估。然除账户之外（欧美制度上，亦运用于投资证券<investment property，加拿大动产担保法第1条>，或无凭证非中介证券<uncertificated non-intermediated securities，联合国《担保交易示范法》第2(g)(1)条>，或金融资产<financial assets>之金融工具<financial instruments>：金融工具例如有流通性之股票、公司债券、货币市场工具等，《欧洲示范民法典草案》9-1:201(6)(7)参照），于其他目标之担保物权，则无以控制为公示方法之余地。又担保物权若已采登录或控制公示方法之一者，担保物权通常均足生公示之效力，但担保物权以存款帐户为目标者，控制之公示方法，恒具有优先于登录者之效力。

6、实行程序

担保物权为实现其优先受偿权能，应有换价权能，此乃担保物权人对担保目标具有支配权之物权本质。是以，债务人不能履行担保债务时，担保权人实行担保物权，将担保目标处分变价，以所得价金作为担保债权受偿之最后手段，实为担保物权之重要机能。为实现担保物权之变价及受偿权能，各国担保法制对于担保权之实行程序，于民事程序法，或于担保法均设有必要之规范。担保债权之优先受偿，最直接了当之方法，应是处分担保目标，就变价所获得之价金，优先清偿之。为确保变价实行程序之公正性、安定性，以保障担保人及其他利害关系人之利益，由法院或其他机

关担负实行程序责任之公实行程序，成为基本典型之实行模式，但此项实行程序却有程序繁复、时间冗长、劳费增加及担保目标拍定价格低于市价等缺失，为谋解决，于交易安全，公共利益得获保障之范围内，实行程序低成本、高效率，俾使担保目标价值最大化，遂为近代担保法必须讲究之策略，实行程序遂有不同风貌出现。

（1）私实行程序兴起

为维护担保人及其债权人之利益，于不动产抵押权之实行，立法政策上多选择法院或其他机关办理之强制执行程序，已如上述，于动产、债权或其他财产权质权之实行，则倾向于由质权人自行拍卖，或收取之方式，或许传统上此类质权之目标，其价值较小，且大抵无多数质权存在之故。准此，可见私实行程序之法制度并非新创。惟鉴于公实行程序之费时耗力，实行程序之成本颇巨，此最终均由担保目标拍卖所得之价金负担，致得用以偿还之价金减少，担保债权不能完全受偿之风险增加，于担保人、债务人之其他债权人亦同受损失，近代以还，讲究简易、迅速，以求高效率化，俾使担保目标价值最大化之私实行程序，遂代之而兴，此应系不动产让与担保于抵押权之外神龙活现之重要缘由；在动产性资产，或因保管不易、易于腐朽，或市场价值波动甚大等因素，实行程序之简捷、高效率，更是必须追求之重要法则。

以金钱给付为内容之应收帐款担保权，或以票据为目标之担保权，由担保权人收取受偿最为便捷，担保物权私实行程序中运用最多，其次，则为动产担保权，于私实行程序中，担保物由担保权人公开拍卖或自行变卖，

就变价所得价金受偿，变价时，必须将变价之时间、地点，于相当时间前通知担保人或其他利害关系人，以维护其权益。三则为直接以担保物取偿，是为流抵之实行方式。为保护担保人及其他利害关系人之权益，此项实行方法，立法上均要求担保权人有清算义务，亦即担保目标价值不足清偿担保债权者，就未受偿部分固有向债务人求偿之权，于担保目标价值超过担保债权时，就超过之余额应返还债务人。而无论是变价或取得担保目标，担保人、债务人或其利害关系人于一定合理时间点前（例如变价时，担保权人与第三人订立担保目标买卖契约前），均有清偿担保债权，以停止担保权之实行，或取回担保目标之权（联合国《动产担保交易示范法》第75条第一项、《欧洲示范民法典草案》第9-7:106条，新西兰动产担保法第132条参照）。当然，依私实行程序实行担保物权时，担保权人应遵守诚信原则，并以商业上合理之方式为之。私实行程序苟能遵照上述程序，流抵约款究系于担保权成立时或债务人违约后约定，已无关紧要。

动产担保物权常系非占有型担保物权，其私实行程序能否顺利成功，最要者应是从速占有担保目标，盖自积极言，占有担保目标，无论是处分清算型，或归属清算型之实行，均为实行之必要前提，消极言，亦可防止担保目标之毁损散失。而占有担保目标之方法有二：一是声请法院或其他政府机关协助，而未免又陷入公实行程序之费时费力，其程序必须求简捷，例如动产担保交易法第十七条规定，若当事人于契约约定，抵押人拒绝交出抵押物，得径受强制执行，并经登记者，得依该契约声请法院执行。二是自力取回，此必有赖担保人之协助，否则遭逢阻碍，虽或可诉诸「自力

救济」(自助行为,台湾地区“民法”一五一、德民二二九参照),然因其要件严格,欲赖以实现,有相当困难度,而其最简捷者,莫过于担保目标自始即交由第三人监管,于债务人违约时,一经担保权人之通知,其担保目标即应交付担保权人,占有之实行程序进行最为顺畅。准此,大陆地区于动产质押所设之第三方监管制度,或将增加担保权设定之成本,但确有分散风险,以及易于占有实行之功能。

(2) 收益执行之运用

担保目标变价受偿之担保权实行程序,基于社会之需求,却有以担保目标之收益,优先清偿担保债权之质变,仿若收益质之复兴。(1)担保资产若为商业用不动产,或其他容易出租之都会地区不动产,将担保目标出租收取租金,以供清偿担保债权,常较拍卖担保物,变价受偿为有利,此在不动产市场停滞,担保目标拍卖耗时费力,长期不能卖出之情形下,尤见其然,故以担保目标之收益作为担保债权之清偿,可谓系担保权实行程序之补充选择。此种实行制度之采酌,已见于日本之不动产收益执行制度(见前述),美国法前述之收益型不动产担保,以及该国抵押权人之占有(mortgagee in possession),更早有此种实行方法之运用。(2)资本家之投资或融资公司之融资,非重在担保资产之出售取偿,而系重在企业之财务状况、现金流量、永续经营及获利能力(going concern),其最终目的系以企业卓越经营所获取之收益,偿还债权,果尔,担保人若不幸有违约情事,苟企业仍有继续营运之价值时,则必以重建式之实行方法为最佳考虑,此际,即可选择出租,或指定管理人接收经营,使担保企业

得以再生、存续；就其积极意义言，使企业回复营运，获利以偿还债权，或于管理人接收经营，经营体质正常，市场良好之后，再行变价受偿，均可让担保权人获得最大之债权回收，就消极意义言，亦可避免企业解体，或因清算而使得各项资产分崩离析，导致企业经营累积之整体价值丧失殆尽。

担保物权之实行乃实现担保债权优先受偿之最后手段，为担保权重要机能之一，已如上述，然则，自担保权人而言，却是最不得已、最不愿见之结果，盖实行程序耗时费力，且担保债权常有不能完全满足之风险。为免担保权人与担保人进入实行程序后两败俱伤，同样设置详尽实行程序之美国UCC担保制度，于实务运作下，进入实行程序比例极低之现象，诚值得探讨观察。按担保交易足以促进金融市场之经济效率，然此项功能之实现，非在担保权之优先受偿机能，而是担保权之管理（监控，monitoring）机能。兹举例以明之，设债权人对甲企业融资时，无论有无担保，债权人均会对甲之信用、资力等为事前审查，融资后，必进行必要之监控，注意甲之信用力有无变化，经营业绩有无改变，此乃融资交易之成本，然衡诸实际，担保融资之交易成本，常较无担保融资之交易成本为低，盖自交易成本展现之成效言，担保融资常更具实益性。此实因担保权人于订立担保契约时，常运用特约条款（covenants），订立债务人应为或不得为事项之约定（例如约定于若干情事发生时，应增加担保，或担保人非经担保权人之许可，不得再向他人融资），债务人或担保人违反时，丧失担保债务清偿之期限利益。担保权人一旦行使此项约款权限，通常可能迅速迫使债务

人陷入经营之窘境，甚或有破产之危机。由于此项约款之吓阻作用，担保权人对债务人或担保人经营之信用、道德风险遂有一定之抑制力，然而，担保权之实行，不但使债务人或担保人可能提前灭亡，亦可能使担保债权面临不能全数回收之命运，因此，担保权人不会轻易行使特约权限，于发现债务人有不当之风险行为时，先以劝说、警告或其他方式，促使受融资企业改善，经营回归正轨，担保权人发言之影响力无形中大增，交互作用，债务人违约或其他风险行为之概然率自然下降，担保权因监控所获致之经济效率，则因而提升大为增加。此种状态，于债务人以全部资产为担保向一家金融机构融资，该单独担保权人具有独占地位时，尤为明显，盖债务人必然不敢轻易放弃双方稳定之融资关系，任意琵琶别抱。此种监控管理功能于复数担保权人存在时，亦能相得益彰。UCC 设有购置款担保权（purchase money security interest）超级优先制度，债务人之资产设定浮动担保权后，债务人嗣后采购原料、商品等库存时，出卖人就供应此等库存所生之价款或其他债权，以库存设定之担保权为担保者，该担保权优先于在先之担保权。于此情形，融资机构对于债务人信用力之全面监控见长，而出卖人则专精于库存及其应收帐款之监控，任何一方监控中发现问题，对债务人发出忠告，获得改善时，双方均因此共享监控之成果，同沾利益。甚或于忠告无用时，自债务人中撤退融资，收回债权，仍系进入实行程序前，得以斟酌之替代选择，而此涉及撤退时机之判断，撤退之时机，或让债务人具有充分寻找接替融资之机会，或让债务人于其他担保融资继续存在情况下，继续改善其财务结构、经营管理方法等，而非因一方

之撤退，导致连锁效应，逼使债务人步入债务清理或破产之末路，此项监控管理之交易成本，亦系复数担保权人以撤退反映监控之结果，相互分担其费用。总之，于美国 UCC 担保制度运作下，实行担保权，处分担保目标，以所获价金优先清偿担保债权，并非其主要机能，毋宁是实行前之前阶段，依照设定担保权之担保合同约定，监控债务人之企业经营、资金之流向、信用力之变化等，使融资交易效率化。根据实证研究所得资料分析，一般融资设定之担保权，进入实行程序者，仅为百分之十一而已，甚至，在库存融资之担保权，依据一九九〇年之调查资料，竟无进入实行程序之案件。学说上纷纷指出于浮动担保权（UCC 之担保制度属之），其实行基本上是难以想象之结果，良友以也。

（四）立法动向

1、物权目标特定性之缓和化

物权乃是对物直接支配之权，对支配之客体向以独立具有特定性为必要，是为目标物特定原则，此在所有权及用益物权，系以有体物为客体，物之有体性与其使用价值之支配密不可分，故客体必须独立、明确而特定，然担保物权重在支配担保目标之交换价值，其功能在于担保目标具有让与性（处分性），并得以其换价所得价值优先清偿担保债权，担保目标是否有体性已非重要，民法以权利为客体之担保物权，例如：地上权、典权等设定抵押权，债权及其他具有让与性之财产权可设定质权，即为最佳例证。可见，担保物权之客体扩及于无形资产已非自今日始，而其范围更从财产权逐渐放大至权利以外，凡具有财产利益者，均足当之。不仅如此，担保

目标不以现有资产为限，将来取得之资产，亦然，而各类资产有机组合之集合财产，甚或以原料、库存与应收帐款（金钱债权）为主要之流动性集合财产，均得为担保权之客体，担保物权已冲破一物一权原则之束缚，担保物权目标特定性在缓和化之路线上发展。然担保物权，于债务人违约时，终究系以担保目标受偿，于担保权实行时，担保目标仍须特定之（《欧洲示范民法典草案》9-2:104(3)及其 comments B-D 参照），以保护担保人及其他债权人之利益，并使实行程序得顺利进行，故其缓和之限度，仍以担保目标可得特定为必要。而此种特定性如何折衷维持，则与公示方法密切攸关。再者，担保物权之设定如着重担保目标之收益价值时，为发挥营业财产之整体机能，就企业之总资产（包括将来取得之资产）设定概括担保权，似亦有容许性，此际，如何避免过度戕害、抑制担保人营业之经营，立法上即有按担保人之属性或其他情事，设立调节阀之必要。

2、从属性之极小化

担保物权之从属性随着企业经营之需求，成立上之从属性移至担保权实行时定之，因之，可担保将来债权；其次，最高限额担保权应世之后，于最高限额担保权确定前，其从属性几乎不存在，甚至，最高限额担保权得与其担保债权分离而为独立让与，是以，循环债权之担保，亦能应付裕如，从属性之缓和化可谓运用至极限。目前所面临者，乃最高限额担保债权之范围是否应有一定范围之限制，抑或可担保债权人对债务人之一切债权（所谓概括最高限额担保权）之选择，因担保债权有最高限额存在，已有数量之限制，担保人之其他债权人可据此评价担保人之资产负担或信

用能力，担保目标之剩余价值亦可呈现，担保品之价值遂得充分运用，准此而言，动产性资产担保权不限制担保债权范围之国际趋势（比利时动产担保法第十二条第一项参照），沛然而来，似属必须斟酌之选择。惟避免造成过度担保之后遗症，与概括资产担保权同，应在立法上按担保人之属性或其他情事，设立必要之调节阀，以兼顾担保人或债务人之权益。又因信托制度之盛行及银行联合贷款（Syndicate loans）等之需求，担保物权与担保债权分离之信托担保，成为另一股不可轻忽之洋流。可见，因不同之商业模式或融资需求，担保物权之从属性可有不同之设计。德国于保全抵押权（Sicherungshypothek、德民一一八四）坚持从属性原则，于流通抵押权（Verkehrshypothek、德民一一一三）则放宽之，至土地债务（Grundschuld、德民一一九一）、定期土地债务（Rentenschuld、德民一一九九），则无从属性，于让与担保亦然，可为例证。

3、物权法定原则之软化

依物权法定原则之意义、机能观之，习惯法所形成之物权或具有物权效力之法律关系，仅须其内容明确、合理、为交易上所必要，而又不使第三人受不测之损害者，应无否定之理。对于此等习惯法所形成之新类型物权，不但现代社会、交易常扮演过滤之机制，而且通常是经由法院判决予以肯定，而再次予以筛检，最终，制订法律予以成文化，此为其发展之一般过程，台、日最高限额抵押权之法制化，就是活生生之例证，可知，物权法虽有物权法定原则，但并非禁止法发展之形成，从而应依循上述软化推展，俾在担保法领域实现“活法”之重要机能，使物、权利或其他财

产之价值得以有效活用，让与担保在大陆地区盛行，即应作如是观。由法院裁判承认习惯法得形成新物权或物权效力之法律关系，为德、日等国所习用，亦为法官应负之责任，但法院适用法律过度保守僵化，采取否定习惯法之态度时，以明文规定习惯得形成物权（台湾地区“民法”七五七、韩民一八五参照），亦不失为治疗之特效良方。惟因物权之绝对效力，此际仍应讲究公示之方法，以保障交易之安全，习惯法亦得为其形成之物权创设公示之方法，日本之树木所有权以明认为公示方法，即属一例。

4、登录内容之弹性化

登录（登记）为所有各类型担保物权，或各类担保目标之担保物权基本统一之公示方法，占有及控制则为兼采之，因占有于占有型担保权尚有运用之余地，且于流通性有价证券之担保权，必须维持占有之公示方法，方能贯彻此类证券之流通性，至控制则为金融机构之存款帐户而设，盖基于金融机构之惯行，且金融机构具有高度之监理机制之故。

以声明登录为基本统一之公示方法时，首先，最要者是设立统一之登录机构，分散之登录机构无从实现登录制度登录之高效率、低成本及查阅之便捷性。其次，登录制度仅在提供担保权可能存在之讯息，确有低成本、高效率之优点，颇能因应浮动担保，或流动性集合财产担保之需求，但过于简化，将形成公示内容不足，反增加查询翔实信息之劳费，故须谋求登录内容之弹性化。按电子科技之进步，信息网络之高度发展，担保物权登记不但普遍运用电子科技，且讲究直接以在线为之，快速便捷，又符合少纸化之环保生态需求，无论不动产之登记及动产性资产担保权之登录，于国

际立法之趋势均然。准此，电子科技之运用，已能解决登录内容酌增，可能形成之费用成本及管理等问题，是以，登录内容固应求简，关于担保债权并未记载，而担保目标仅需以得合理辨识之方法描述之，且为国际立法普遍之趋势，然担保债权应以记载担保债权之最高限额为愈，盖可使担保人之债权人查知担保人之信用能力，且可表明担保目标之剩余价值，有利担保目标价值之极大化，并间接防止形成过度担保问题；至担保目标之记载方式，于将来取得之资产亦为担保目标时，应增加记载之，以彰显浮动担保之存在，再者，于兼顾隐私权、商业秘密保护之范围内，应适度调整担保权人对担保权信息查询之答复义务（《欧洲示范民法典草案》9-3: 319 至 9-3: 324，加拿大 Personal Property Security Act 第 18 条参照），减轻搜寻困难之后遗症，此外，为增加担保目标之可得特定性、辨识性，担保契约关于担保目标之描述应有不同于登录内容之较精确要求（UCC9-108(b)(c)，9-504 及其 official comment 参照），此正如最高限额担保权登录时，固仅须记载最高限额，然于融资时之担保契约仍须载明各具体之担保债权，要不影响嗣后将来债权之担保，或就将来取得之资产成立担保，易言之，无碍于担保债权或担保目标之流动性、浮动性。未查担保目标之特定性及担保物权之从属性已大幅缓和，声明登录得于担保契约成立前，由担保权当事人一方为之，应属确保担保权优先次序之必要方法，此际，应讲究担保声明登录之真实性，以及与嗣后之真实情况有异时，课于声明登录者必要之变更义务，自属当然。总之，声明登录制度系与大陆法系截然不同之公示方法，为免水土不服，其实行除应贯彻其通知

（警告）功能之原有优势之外，于登录电子化之后，亦应配合国情，适当充实登录之内容，一方面更能发挥担保物权之透明性、可预测性，他方面，应仍能继续贯彻登录制度建立之初衷。

5、担保物权管理机能之开展

担保物权虽仍有价值权之核心特质，但担保目标交换价值之维持，与担保目标之管理休戚相关，况担保目标之收益价值近代窜出，以及收益型担保权兴起之后，担保物权之机能已非单纯之变价、优先受偿机能，担保权人对担保目标之监督、管理机能日益重要。不动产担保物，担保人未尽责管理之责，不但危及担保物之价值，亦属担保人之信用风险将临之讯号，是担保权人必须采取忠告或其他适当措施，使担保人信用或企业经营回复常态；此在动产性资产担保权，以担保人之库存或应收帐款为浮动担保之目标者，尤见其然。担保权当事人必须于担保契约对担保人就担保资产之分开保管、管理、报告义务等，担保权人对担保人企业经营之监管，包括担保目标之检查权、现场盘点权等详加规范。若担保权管理权能充分发挥，形成监控之警戒作用，使担保人企业在勇于创新，追求利润之余，仍能运行于商业合理性之常轨，财务状况、现金流量、永续经营及常规运转，以收益利润偿还担保债权，不但收益型之担保权可得实现，而且担保物权实行之灾难亦可避免。

6、消费者保护之重视

近代之动产性资产担保权系以契约自由原则为其建构基础之一，然而，担保权人经济之优势常架空契约自由之理念，担保人如为一般消费者

时，由于对契约条款理解之困难性、谈判交涉之不可能性，以及债务不能履行时，就自我保护权利之难以期待等，消费者保护于担保权之立法普遍受到重视。美国 UCC 第九编就此所设诸多保护规定，可为重要典范，例如联邦或各州关于消费者保护之法律、规则、原则均应优先于该编而为适用（9-201(b) 参照）；就消费者于金融机关存款帐户之设定担保权，或将来取得之资产于消费物品之设定担保权，予以限制（9-103(d) (13)，9-204(b) 参照）；又担保人违约后，担保权人占有担保物时，于消费物品之购置款担保权，若已支付百分之六十之现金价时，担保权人应于一定期间内处分该担保物（9-620(e) (1)）；于消费者担保，担保权人不得受领担保目标作为担保债权之部分清偿（9-620(g)）等均然。又如澳大利亚动产担保法（Personal Property Securities Act 2009 第四十七条第一项）规定，自出卖人依通常营业过程，买受商品，或自有执照之事业购入中古品，其价值在五千澳元以下者，纵使商品或中古品有担保权之登录，买受人仍取得无负担之所有权；比利时动产担保法规定，出质人如为消费者时，其担保目标之价值不得超过担保债权范围之两倍；其担保债权关于利息、违约金及实行费用等部分，不得超过原本之百分之五十（该法第七条第四项、第十二条第二项参照），亦均属适例。

7、实行方法之多样化

担保物权之实行方法必须追求低成本、高效率及变价之极大化，依司法程序实行之公实行方法，固然最能保障担保人或相关利害关系人之权益，但却难以实现上述实行方法之理念，是以，担保物权之公实行方法（强

制执行之拍卖)有式微之趋势,此于担保目标公权力介入之拍卖(非民间机构之拍卖),及动产性资产担保权最为显然,担保物权之实行方法朝向多样化发展。就担保目标之收益实行而言,由于担保物权对担保目标价值之支配逐渐一并指向收益价值之支配,收益担保型制度因此本质化与普遍化,因而以收益执行作为担保物权实行方法之重要选项,或径向收益价值担保转化,项目融资(Project finance)或 ABL 模式之融资均为后者之着例。此际,指定专业管理人管理,应更能维持企业之永续经营。当然,收益价值担保制度机能之实现,仍须有一定之基础条件,一是对担保目标之收益(即现金流量)之安定性、确实性,具有客观评价之机构(例如收益等级评价机构),盖是否设定收益价值担保,乃系以担保目标能否产生收益价值为前提。二是收益价值市场、次级市场之成立,亦即必须具有健全完善之市场,可供收益(例如租金债权、机械设备)进行活络之交易,此种收益有如证券市场般,作为一种金融商品进行交易,鉴于金融商品之多样化,似可预见此种市场发展之未来。

担保物权私实行方法主要是涉及担保目标之自行拍卖、变卖,或就担保目标取偿(归属实行、流抵),然制度之建立及运用,仍须讲究避免担保权人可能发生不正当行为,造成担保人或其他利害关系人损害之危险,是以,必须于程序上设必要之规范,基此规范,担保人所享有之权利,不得事先抛弃,又必须将实施之时间、地点,于合理时间前通知担保人或其他利害关系人;以流抵取偿时,应估定合理之价值;无论采取上述何种实行方式,均应本于诚信原则,及以商业上合理之方法为之,并应负清算、

分配价金之义务；且于无碍交易安全之范围内，担保人、债务人等随时有清偿担保债务，请求停止实行之权；利害关系人有争议时，则应赋予得循司法程序声请救济之权。

8、动产性资产担保权单一化及其实体法、程序法立法之统一化

自美国 UCC 第九编、联合国《动产担保交易示范法》、《欧洲示范民法典草案》之立法（新西兰、加拿大及澳大利亚之 Personal Property Securities Act 参照）观之，国际上动产性资产担保制度之立法系采取包容性之担保权概念，举凡动产性资产担保权之设定、对抗第三人效力之要件、优先次序及其实行程序等，建立包容性、广泛性之单一法律架构，是以，当事人若为担保债权之清偿或履行，依约定使债权人就动产性资产获得优先受偿之权益者，无论其名称、交易之形式为何，担保资产之所有权系在担保权人或担保人，均属动产性资产担保权，应适用该单一之法律，此种制度固为最佳之理想。然则，在大陆法系已有不同之担保物权法律体系，运用久远，为维持现有担保物权之稳定性，避免动产性资产担保权统合不易，以及对现有担保物权体制之冲击过大，因国情之不同，在不变更现有法律规定之担保物权种类下，若先仅为企业建立单一之动产性资产担保权，惟对于决定担保权优先次序、对抗第三人要件之公示方法仍应先予以统一，且建立统一之登录机构，是否不失为折衷之计，似有斟酌余地。

（五）结论

物权法所规范者为不动产、动产物权之归属秩序，此与各国（地区）人民对财产用益之方式、习惯，价值理念密切攸关，物权法之制订自深受

本国风土国情之影响，故最具有本国（地区）色彩，而有故乡法之称，然近世以还，由于国际贸易之发达，不但财产商品化，于国际间流动，运输器具于世界各地亦无远弗届，凡此资产之经营、流通均涉及信用授与，需以担保为后盾，又与各国（地区）相牵涉，担保物权法之国际化方兴未艾，形成不可逆之滚滚洋流。国（域）内担保物权法之制订及适用，于因应国（域）内社经发展需求之际，亦须洞察国际担保法之发展动向，俾与国际担保法之运作接轨，同步运行，方能与国际竞争，汇集国际间流动之滚滚金流，促成国（域）内资源之不断累积，经济之繁荣发展，厚植兴旺之力。自担保物权发展之观察及立法动向之分析，可知其与经济发展、市场变化、社会进步间，具有密切之互动关系，盖担保制度在自由经济市场体制，是创造信用之必要手段，乃一国（地区）经济活动，工商产业经营之所赖，担保制度之型态往往受资本投入乃至货币移动之模式、流量所左右，担保物权之型态及其演变进展，当然如实具体反映一国（地区）经济之活动，工商之发展。金融市场之资金是因经济发展需求而流动，与其谓“担保制度是左右市场资金流量一只手”，不如说“经济发展需求是推动担保制度变革、前进的一只手”，更为贴切。环顾国际经济情势，担保物权制度越健全周密，运用最多之国家（地区），无疑是经济最繁荣、贸易最发达之国度（地区）。准此，一国（地区）各类担保如雨后春笋，四处窜起，乍视之，似为令人忧心之乱象，但其实亦为该国（地区）经济繁荣之可喜征象。

惟物权法之功用在于明确化对物支配之法律关系，以维持社会秩序，

为实现此项功用，物权法设有物权法定原则、一物一权原则、物权客体特定性原则、公示原则、担保物权之从属性等各种制约存在，物权法适用上之弹性、灵活性及柔软性，遂远不如以私法自治、契约自由原则为基本构造之债法，然担保物权制度自民法规定之定限物权构造逐渐向不同方式发展，实因经济之兴盛，工商活动复杂化，新型交易模式日新月异所使然，盖对于日后社会惊人之进步，产生迥异与昔日之经济景象，要非民法制订当时所能预见，是以，当社会发生变化，原有之担保形式已不能满足社会需要，而有新型态之担保物权或财产关系出现时，从速制订或修正法律，自属最佳，但法律未及制订、修正时，为免物权法规范与社会产生乖离情况，法院之裁判或学说，必须于上述各项制约存在旨趣不致根本动摇范围内，体察各国和地区发展之趋势，针对商业活动讲究弹性、灵活之特性，将之导入明确化、合理化之正轨，形塑有社会实益性之担保制度，以因应社会经济之需求，实现物权法之功用，从而，万物归属明确，咸各序其宜，物权法成为具有生命之活法律，方不负法律人应承担法律生命之使命。

与谈环节

张新宝：

听了谢教授的演讲，我想将自己的感受跟谢教授做一个汇报。谢教授从多个方面解释了担保制度发展的趋势。这个趋势，就是形式主义向相对的自由主义发展。美国的担保制度（UCC）差不多是当前趋势的一个蓝本，它的指导思想就是重视交易便捷。要实现整个法律愿景的平衡，就是着重在交易的便捷与安全之间。

我常常在思考，如何让财产发挥更大的效益，或是让资产更加安全。举个假设的例子，杨立新教授和我分别购入房产，我买房的目的是为了居住，他则把房子抵押给银行进行贷款，再去买一套。现在，房子普遍涨价了。杨教授通过多重抵押，购买了多套房产，使得他的资产增幅超过我的三倍。当然，这种情况在房价上涨的情况下是好事，但是再房地产泡沫破碎的时候，他的资产缩水也比我更快一些。

前几天，美国一个保守派人物班农在日本发表了长篇演讲指责我国。他有一个思想，我特别不能理解。他称中国在儒家的重商主义驱使下，中国使尽浑身解数地赚钱，剥削美国和其他西方国家。所以我就在想，我们儒家是不是重商主义的？先不说我们的贸易是不是公平的，我们传统的儒家东方法系和后来的大陆法系的传统，其实都不是重商主义的，相对美国人的那套理念，我们还是比较注重财产安全、交易安全的。所以我就很好奇，他怎么会提出这样的问题，宣称我们在儒家的重商主义的驱使下，想要剥削他们，以至于中国到 2025 年、2035 年或者 2050 年要取得对世界经济的支配地位。

在他的论证中，有一个前提没有搞清楚：我们有那么重商主义吗？提出的一点供同学们思考，也传达我学习了谢教授演讲之后一点体会。谢谢！

姚辉：

谢谢老师。七十多岁的人一直站着讲了两个多小时，很令人感动。听了谢老师的讲座之后，收获了大量的信息。正如刚才有的老师说的，谢老师很多视角是以 UCC 作为一个参照系，但同时我觉得他更多的是放眼世

界，提供的是世界范围内担保物权的新变化带给我们的启发。

随着市场经济的发展，交易也在不断发展，与之如影相随的，一定是担保的发展。当我们传统的担保物品种和类型跟不上交易的迅捷和交易形式变化的时候，一定会自发生成各种各样新的担保来。

举个不恰当的例子。有很多“创新”简直超乎想象让我们意料不到，比方说一张裸照就能去担保网贷，这种事情一般人谁能想到呢？但是它在现实生活当中就真实存在着。它无疑违反公序良俗且很难得到保护，但是作为民间野生的一种担保方式确实存在，至于它的合法性与否是另外一个评价的问题。从这个例子，我们可以看到，在民间，内在的动力和交易的发展，刺激着担保形式向多样化发展。

刚才谢老师最后那几句总结，我觉得说得特别好。他说：法律人应当有这样的理念：把“法”看成“活法”。面对世间的瞬息万变，法律人的理念、观念要跟进，并且要及时应用。

正如谢老师之前提到的让与担保。在现实中，当让与担保不被承认的时候，当法院因遇到让与担保类案件而左右为难的时候，我们也会常常感到遗憾：2007年修订《物权法》之时，不应该删除已经写好了的那一节，这种做法现在看来显得有些保守。

但现在，我更倾向于说：为什么一定要把让与担保写入《物权法》，使之成文化？事实上，让与担保是无法融入“物债二分”体系之中的，因为它既不是物权也不是债权。它的生命力恰恰在于它作为“理性的他者”游离于两者之间。如果真的将其写入法律予以成文化，它就固化、僵化了，

会丧失活力，不再是让与担保了。所以，我们需要抱着更加开放的心态去看待这些新型的担保方式。不一定非得用既有的范式去限定它。

刘保玉：

听了谢教授的报告，受益良多。谢教授的归纳很全面，如果这个论题展开论述，一本专著的容量都足够了。由于时间关系，我想说三个方面的问题。

1. 关于大陆地区抵押权的预告登记问题

先就“抵押权的预告登记”问题向谢老师稍作解释。谢老师在报告中提到的抵押权的预告登记，说它原本应该是“设定请求权的预告登记”，这在原理上是没有问题的。但是，在大陆学者讨论这个问题的时候，通常认为抵押权预告登记的作用，是为将来正式登记保全优先顺位。这是第二种理解。

第三种理解，来自对法律规范的理解，涉及预告登记的抵押权是否可以有优先受偿效力的问题。中国大陆的《物权法》上承认抵押权可以预告登记，《不动产登记办法实施细则》及此前的《房屋登记办法》中，也都提到了抵押权的预告登记。此类“抵押权的预告登记”在中国大陆地区的经济生活中大量存在，实际上来源于香港地区楼房“按揭”的概念。当其上升到法律规范时，我们便不能继续使用“按揭”这个词语了，因为它不是大陆地区的法律术语。有关登记办法制定过程中，大概是考虑到与“按揭”最为近似的术语和制度是抵押权的预告登记，所以就用了“预告登记的抵押权”一词。

在中国大陆地区，在期房买卖的过程中存在着不少这种情况：

银行和债务人（即期房的预购人）设立预告登记的抵押权，此时，作为抵押财产的房屋尚未建成。银行给购房人放贷，并直接将款项打到开发商名下。后房屋建成，但购房人此时债务累累，不仅无法清偿银行贷款，还有其他若干债权人，现在其他债权人起诉债务人，并查明债务人有价值的财产只有当时预购、现已建成的房屋，遂于诉讼前或诉讼中申请保全。此时，因房屋被财产保全，银行预告登记的抵押权无法推进到正式登记的抵押权（其他债权人会有异议），而法院也不敢擅自作主。于是陷入僵局。

此种僵局会导致银行的利益严重受损。债务人最大的购房资金来源是银行贷款，如果此种情况下的银行利益不能得到有效保障，将来银行将无法从事这项业务。如果银行都不敢向个人购房人放贷，那么将没有多少人能买得起房子，这个后果会很严重。

在我们大陆地区很多法院遇到了一系列类似案件，处理规则尚不一致。有的法院支持银行作为预告登记的抵押权人有优先受偿权，有的则不支持。还有的法院给债权银行出主意，让银行先单独起诉债务人要求办理正式抵押权登记，待正式登记办理完毕后，再单独主张优先受偿，原来的诉讼程序暂时中止。

所以这可能是大陆地区所面临的情况，我们的登记规则里面涉及到预告登记的抵押权，主要解决的是期房买卖，即类似于香港地区的按揭问题。

2. 第三方监管担保财产问题

我们都知道，在动产质押中，法理上有规则：不得以占用改定的方式设定

动产质押。由于大宗动产移转占有设立质押，通常涉及存储问题，所以在大陆地区通常由第三方监管质押财产。

但是第三方监管有两种情况，一种是把担保财产交给第三方，如在保管人仓库中保管。还有一种，是依然在债务人所在地，或债务人仓库中存放，由债权人委托第三方即监管人派员到该仓库实施监管。这样就会出现这种情况“到底是第三方占有，还是占有改定，抑或是担保人与第三方共同占有、共同控制”的问题。大陆地区最常见例子就是4S店卖汽车，通常由第三方到4S店库房监管。所以相关情况应如何认识，还有待明确。

3. 让与担保问题

谢老师在报告中讲到了让与担保的优势、成因等内容，讲得非常好。在大陆，大量出现买卖型担保、后让与担保、留担保条款等情况。当生活中有了这种现实需要，而法律给它设置了过多的禁锢，以至于民商事主体都要绕开法律规定，这可能就是立法出问题了，我们在法律上应该加以改进。

刚才姚辉教授说了我们的《物权法（草案）》曾经规定过让与担保权的内容，但是后来删掉了。目前，民法典物权编室内稿的方案，一是含蓄地承认了流担保契约的效力，二是含蓄地承认了让与担保。正如谢教授刚才讲的，把它成文化反而固定了，不好用了。也许现在我们这个方案悄悄地加上这样一层意思，可能是一种很好的方案。谢谢。

高圣平：

感谢谢老师，每次跟谢老师一起参加研讨会，每次听谢老师的报告，

我都会有新的收获。今天谢老师讲的这个话题，我也一直在思考。我们面临着共同的问题：如何控制金融风险？虽然我们大陆的金融的实践现状跟美国及台湾地区的都不一样，但面临的金融风险却是一样的。所以担保物权问题的研究就具有可比性。

谢老师展开讲的，都是以《美国统一商法典》第九编为基础，我自己也经常是这样的。现实中，包括国际统一实体法，以及各个国际机构的担保示范法，都不同程度地吸收了《美国统一商法典》第九编。我们在做这个领域前瞻性的研究时，需要注意上述背景。

我主要说两点。

1. 对担保目标物采开放态势下的相关金融配套设施构建

谢老师在报告中提到，登记制度如何跟进的问题。当然，谢老师的用词是“登录”，我自己通常还是用“登记”一词。主要考虑是：通常，“登录”对应的英文单词是 recording，在大陆语境下，“登录”是指在档登记之下，再将契约内容登载、录入。因此，不动产登记我们用“登记”，不动产抵押登记也用“登记”。当然，谢老师所做的这种区分是有意义的，但是我们为了防止语意上的混淆，我还是使用“实名登记制”这一用语。关于实名登记制的制度设计，谢老师刚才委婉地批评了我文章中的一些观点，我坦然接受。但我的初衷是考虑到，大陆目前的信用现状和美国或台湾地区存在区别，社会信用现状恐怕相对偏差。在这种社会现实背景下，建设配套金融设施之时，尤其在实名登记制问题上，登记内容、登记事项的设计，就不可避免地需要做出相对扩充的规定。因为我们没有办法对担

保权人课以回顾义务。如果引入回顾义务，会给我们现在既定的交易现实（特别是金融交易）带来一些消极影响，因为这不符我们现在的操作现状。

此外，关于配套设施建设中的实行制度，实行制度收益执行这个部分，其实在我们的执行实践中早已有之。但是在担保权的实现的时候，这个部分还不是很明显。

我们民事诉讼法执行法上，我们通常采取执行措施强制主义。存在借助强制管理的执行措施，借助对目标物本身的收益，来满足涉诉裁判的现实情况。我们现在的思考是，如何使收益执行的内容在物权编中有所反映？这也是我们此次编纂物权编时，在这一部分所着重考虑的。

2. 担保法的发展给传统物权法理论带来的冲击

在物权法定原则下，我们强调物权目标特定，包括担保债权特定，这种要求会随着金融实践的发展有所突破。这里涉及到一些关于民法物权基本理论的思考。例如物权公示方法，正如刚才谢老师所提到的，是否还有除登记占有外的其他公示方法？（如“控制”是否可以作为担保物权的公示方法？）同时谢老师也提到，针对这些创新类型的担保物权，我们虽不能将其成文化，但若赋予其登记能力，使之能够在合适的登记簿上登记，是否会引发我们对不动产登记簿登记能力问题的再思考。

此外，在美国，“控制”之所以可以被用作一种公示方法，是因为有一个前提的认知，即承认银行的抵消权具有优先性。但在我国，就“抵消是否具有优先性”这一问题，学界尚存争议。所以，如果承认“控制”可

以被认定为一种公示方法，并且被公示的担保物权也具有相应的优先顺位时，我们恐怕就要对传统债法中抵消权的部分加以反思了。

我简短地说以上几点，请谢老师批评。

王轶：

首先欢迎并感谢谢在全老师到人大法学院来，给我们带来精彩的报告。看到谢老师，我不禁想起两件往事：

第一件事是1996年到1999年，我在人大法学院攻读博士学位的时候，在来自台北的刘文琦师姐那里见到了谢老师撰写的《民法物权论》三卷本。由于实在是买不到，后来用一个月的生活费，在学校的图书馆复印了谢老师的大作，很惭愧最早认识谢老师是从“侵权”开始的。谢老师的这套书真的是物权法领域的知识宝库，给我后来博士论文的写作以及以后的教学研究提供了非常大的帮助。

第二件往事是2004年王利明老师率代表团到东吴大学参加海峡两岸民法典研讨会，那是我第一次到台湾。我记得，在研讨过程中谢老师站起来很激动地说了一句话：“希望大陆的同仁加油，一定要制定出一部让中国人感到自豪的民法典。”这句话言犹在耳，其意殷殷，其情切切，我到今天都记得很清楚。

刚才谢老师从理论建构和立法完善的视角为我们展现了一幅担保物权制度发展的动人画面。如果就谢老师所讲的知识点做一个梳理，我理解其核心是这样的：担保物权目标越来越丰富、方式越来越多样，担保交易领域中交易自由的成果越来越多，担保物权的实现成本越来越低、实现方

式越来越便利。此外，借助担保物权的设定，债权人对债务人事务的干涉权也越来越大了。

谢老师在报告过程中不断提到一个词——担保过度，这个词引起了我的特别关注。在当年参加物权法起草讨论时，我就一直在问自己一个问题：究竟在担保物权规则设计中，融资担保的手段丰富到什么程度算是妥当的？这个判断的标准和依据究竟是什么？听了谢老师的精彩报告，我有了初步的答案。

在我的心目中，社会经济生活中分配财富的考虑因素是比较多的，比如身份、运气、能力和需求等。但我觉得当前值得注意的是，财富本身当然也会在财富的分配中起作用。而担保物权制度，跟财富作为分配财富的考虑因素是联系在一起的。如果没有一定的财富基础，也无法采用融资担保手段去获取更多的财富。

用财富来分配财富，当然有其正当性，但是它所带来的负面效应，也值得我们关注。用财富去分配财富，很容易导致贫富悬殊，发展到一定程度，可能会引发社会群体的分化和对立。在这样的背景下，我们一定要保持足够的警惕。比如说，在担保交易领域里，是要有一定程度的交易自由，但仍应建立对弱势交易者倾斜保护的法律制度。与此有关的法律规范，我注意到来自海峡对岸的学者通常使用“半强制性规范”来表述，我自己比较喜欢用“混合性规范”一词。此外，一个国家或地区一定要有对财富进行第二次妥当分配的能力，否则担保过度最终一定会给社会和经济领域带来无穷无尽难以克服的问题。

其实大陆现行物权法确立的担保物权制度，融资担保手段的丰富性已经达到了相当高的程度。我举两个例子：一个是《物权法》第一八〇条第一款第七项规定，只要没有禁止设定抵押的财产，都可以抵押。这意味着可以用来设定抵押权的财产范围实在是太丰富了。另外就是《物权法》第二二三条第七项关于权利质权目标类型的规定，其类型可以由行政法规规定，这是一个相当重要的授权。从这个意义上讲，其实大陆的融资担保制度，在好多方面已经走得很远很远了，很可能会出现谢老师所讲的担保过度的问题。我想我们在考虑如何让财富创造更多财富的时候，恐怕还得把更多其他的社会价值和因素，纳入到担保物权制度的考虑中来。这是我今天晚上听了谢老师精彩的报告后，所受的一点启发。也请谢老师和在座的老师和同学批评指正，谢谢。

答疑环节

谢在全：

聆听各位教授的卓见，受益良多，非常感谢。

关于刘教授所提抵押权预告登记问题，因为个人不知道大陆还有不同的“抵押权预告登记”制度，方有误认，刚才所说是本于一般理解的预告登记来分析。如果，我没有听错，刘教授所提的“抵押权预告登记”，和台湾地区“民法”第五一三条规定，承揽人可以就将来完成之建筑物，请求预为抵押权登记的制度，非常相类，学说称为“抵押权预为登记”，而不称为“抵押权预告登记”，以便两者相区分。此种“抵押权预为登记”，也要等建筑物建成，并办理抵押权登记后，才能取得抵押权，详细可以参

考拙著关于承揽人抵押权部分的说明。

关于第三方监管担保财产所提的两个例子，个人认为都是第三方单独占有。至于占有地点是在债务人（担保人）所在地时，乃是第三方如何设计保管场所，确保与债务人的其财产隔离，不让债务人可任意取用担保财产的实际执行问题，这也是第三方与担保权人订立保管契约时，应该详细约定的问题。又因为这是他们双方所订的契约，由第三方为担保权人占有担保物，不是担保权人与担保人订立担保物保管契约，由担保人为担保权人占有，使担保权人就担保物取得间接占有的地位，当然不涉及占有改定问题。又高教授对于美国 UCC 第九编动产担保交易的研究非常深入，令人敬佩，他的很多意见，个人深受启发，他主张移植外国法制时，应注意配合自己国家的国情，个人非常赞同。

问题一：

如何在承认流抵的同时保障担保人的利益，以平衡债务人的弱势地位？

谢在全：

因为认为流抵契约无效，基本上就是落实债务人的保护，所以承认流抵约款有效的时候，一定要想办法保护弱势的担保人。台湾地区“民法”的制度设计有三：第一，课于担保权人对担保物的清算义务。担保物权的制度目的只是通过担保物权使担保债权可以优先受偿，而不是取得债权优先受偿以外获得更多的利益，这不符合担保物权的制度目的。第二，在流抵约款实现时，担保权人只取得担保物所有权移转请求权，不是当然取得

所有权，还要办理担保目标物的所有权移转，于此情形下，担保权人请求移转所有权时，若有应付给担保人的价金而未付者，担保人可为同时履行之抗辩，拒绝移转所有权。第三，是在担保物所有权还没移转于担保权人以前，担保人或债务人有随时清偿债务之权，以消灭担保物权，及收回担保目标物（例如动产质权）。

问题二：

抵销在一定程度上起到了优先受偿的效果，此时如果与债权质权等担保物权冲突，应如何解决？

谢在全：

抵消制度是非典型担保制度当中的一个，我们不能忽略债务人行使抵消权的期待利益。抵消权虽然只是债权消灭的一个原因，但债务人行使抵消权，他对债权人的债权可以收回，如不能行使抵消权的情况下，债务人的对债权人的债权是该债权人的责任财产，要拿给他的债务人平均受偿，非常不公平。这是一般法制都承认抵消权制度的重要原因。

债权设定质权后，次债务人（第三债务人）对债权人（出质人）所有的权利都不受限制，法谚有云：“任何人不因他人间所发生事由，而受损害。”

例如：甲对乙有债权，乙对丙有债权，乙把对丙的债权设定质权给甲。丙对乙固然有债务，这是乙对丙的债权，这个债权设定质权以后，丙对乙的法律关系不因甲而受影响，这是基本原则。但抵消却属例外，因为抵消是债权消灭原因之一，而且它有担保功能，此乃因抵消权行使后的效果使然，不是法律规定它有优先效力之故，对于债务人有期待利益，但是，如次债

务人对债权人的债权，无论是何种情形都可行使抵销权，对质权人非常不利，为调整并平衡双方利益，法律对次债务人的抵销权都设一定的限制，抵销权如何受限制，立法上可以找到许多立法例。以台湾地区“民法”为例，次债务人（例如前段举例的丙）在收到设定质权通知以后，才对出质人（例如前段举例的乙）取得债权的，基本上是不能抵消的（台湾地区“民法”九〇七条之一规定参照），这个限制是合理的，因为丙已经知道质权设定的事情。但是在丙收到设定质权通知以前，对出质人有债权，只要丙的主动债权清偿期跟被动债权清偿期相同，或先于被动债权的清偿期，丙就可以主张抵消（台湾地区“民法”九〇二、二九九条第二项参照）。这些限制是为平衡质权人（例如前段举例的甲）与次债务人丙的利益所不得不为。

注释：

[1] 以日本 1990 年前后之经济状况为典型，参见松冈久和着，郑芙蓉译，2009，日本非典型担保法的最近动向，中日民商法研究第 8 卷第 62 页，北京，法律出版社，近江幸治着，渠涛译，2010，因市场变化引发担保制度变化，中日民商法研究第 9 卷第 114 页，北京，法律出版社。

[2] 松冈久和，2017，担保物权法第一版第一刷第 4 页（日本评论社），将人之担保与物的担保，分别称为：追加债务人之担保、确保优先受偿权之担保，最能表现担保制度之精髓，惟崔建远，2016，担保辨一担保泛化弊端严重，洪家殷主编，中国法制比较研究论文集第 319 页，对于是否为担保之判定，有较严格之不同见解。再者，法国民法将债务人之财产，系

债权人之总担保，列为民法第四卷担保之首（法民二二八四），或系因该国民法设有就诉讼费等对债务人之一般动产、不动产具有优先权（先取特权，法民二三三一、二三七五参照），故将该国民法第二二八四规定视为一般担保固属有据，然于无相类优先权制度之国家（地区），若亦将债务人之财产，系债权人之总担保，列为一般担保，似有斟酌余地。

[3] 崔建远前掲文第 334 页，江苏省高级人民法院民二庭，抵押权预告登记纠纷案件审理的相关问题探讨，发表于二〇一七年五月，南京举办之第三届担保法理论与实践国际研讨会。按预告登记之效力，台湾地区“土地法”第七十九条之一第三项是自反面为规定，大陆《物权法》第二十条第一项后段则是自正面规定，两者适用上之效果，应属相同。

[4] 松冈久和前掲书第 7 页。又道垣内弘人，2004，担保物权法初版第一刷，第 4 页，日本，有斐阁，近江幸治，2007，担保物权第二版第二刷第 10 页（日本，成文堂），将民法上之担保物权归于典型担保外，另列特别法上之担保，其余均列为非典型担保，似亦同。然有仅以民法规定之担保物权方为典型担保，否则，均为非典型担保（椿寿夫编，1996 年，担保物权法初版第三刷第 231 页，日本，法律文化社），陈荣隆，1999，非典型担保的立法化（月旦法学第 49 期第 46-48 页）则将此加上典权，称为狭义典型担保，民法上述规定之担保以外之担保，均为狭义之非典型担保。

[5] 松冈久和前掲文第 58 页，安永正昭，2009，物权、担保物权法初版第一刷第 223 页，日本，有斐阁。刘保玉，2015，我国特别法上的担保

物权之规范梳理与立法改进（董学立主编，担保法理论与实践第一辑第五八页，北京，中国法制出版社），以让与担保为非典型担保之代表，似亦采此说。

[6]高木多喜男，2005，担保物权法第四版第一刷第4页，日本，有斐阁，除将权利取得型担保列为非典型担保以外，另列抵销、代理受领等为其物之担保，陈荣隆前揭文将民法及特别法上规定之担保以外之担保类型，称为「最广义非典型担保」，均与此相近。

[7]联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》(UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, UNITED NATIONS Vienna 2016) 第二条(jj)，美国统一商法典（Uniform Commercial Code，以下称：UCC）第九编第9-109(a)条、新西兰动产担保法（Personal Property Securities Act 1999, Reprint as at 6 June 2015）第17(1)条，澳大利亚动产担保法（Personal Property Securities Act 2009 第12条），加拿大 Personal Property Security Act 第1(1)条（Cuming, Walsh, & Wood，2012, Personal Property Security Law, 2nd ed., pp.116）参照。

[8]近江幸治著，渠濤译，2005年擔保法理念的變遷，中日民商法研究第3卷第65頁，北京，法律出版社，青木則幸，アメリカにおける収益型不動産擔保制度（1）（2），日本，比較法學第36卷第2號第1頁，第37卷第1號第49頁。

[9]国际立法趋势系将知识产权担保制度纳入动产性财产担保法中规范，详见陈重见，2014，知识产权担保权之优先权，物权与民事法新思维：

（台湾地区“司法审判”部门）谢前副（领导人）在全七秩祝寿论文集第553页，台北，元照出版公司。且不以知识产权为限，并扩及于财产利益，陈重见、颜世翠，2015，知识产权担保交易登记制度之研究，台北，智慧财产评论第13卷第1期第92页，刘保玉，2017，完善我国质权制度的建议，北京，当代法学第39卷第6期第53页。

[10] 张新宝、葛薪，2017，数据与网络虚拟财产的民法保护，台北，月旦民商法杂志第57期第19页，王利明、周友军，2017，我国民法总则的成功与不足，北京，比较法研究第152期第10页。

[11] 片山直也，2014，財の集合的把握と財の法，吉田克己，片山直也編，財の多様化と民法學初版第一刷第125頁，日本，商事法務株式會社。

[12] 關於日本之此項發展，詳見近江幸治，1998，日本民法の展開(2)特別法の生成—擔保法，廣中俊雄等編，民法典の百年初版第一刷第181頁，日本，有斐閣。

[13] 以上詳見鳥谷部茂，擔保法的國際動向—ドイツ法，片山直也，擔保法的國際動向—比較法研究第77期第19-88頁，日本，有斐閣，權澈，擔保法的國際動向—韓國法，2015，比較法研究第77期第19-88頁，日本，有斐閣，片山直也，2014，財の集合的把握，比較法研究第76期第123頁，日本，有斐閣。

[14] 美國之不動產抵押權亦有從屬性（Grant S. Nelson ET AL., 2015, Real Estate Finance Law 6th ed. pp.14-22, West Acaemic,

青木則幸，擔保法的國際動向—アメリカ法，前掲比較法研究第 77 期第 57 頁）。

[15] 森田修，2015，ABL-比較法の問題系列，池田真朗、中島弘雅、森田修編，動産債權擔保—比較法のマトリクス初版第一刷第 16 頁，日本，商事法務株式會社。

[16] 松本恒雄，2002，不動産の流動化、證券化を通してみる物權と債權—共有法理、團體法理、契約法理の交錯，ジュリスト第 1129 期第 118 頁。时下正夯之共享经济，基本上就是财产所有人将其财产未能充分利用之用益价值，经由网络或一定平台，供他人享受，收取租金，实现财产之收益价值。

[17] 日本平成十一年(1999)十一月二四日最高裁判所大法庭判決(民集五三、二、一八九八)，平成十七年(2005)三月十日最高裁判所大法庭判決(民集五九、二、三五六)，韩国大法庭 2006、1、27 相类之见解(权澈，担保法的国际动向—韩国法，前掲比较法研究第 77 期第 75 页)，谢在全，2014，民法物权法论下册第六版第三刷第 239、240 页，台北，新学林。

[18] 松岡久和，2001，抵押權の本質論について—賃料債權への物上代位を中心に，現代民法學の理論と實務の交錯、高木多喜男先生古稀紀念初版第一刷第 3 頁，日本，成文堂。擔保權之換價權能非僅只處分權，尚包括收益權(古積健三郎，2013，換價權としての抵當權第 59、61、158、164 頁，日本，弘文堂)。

[19] 此乃將商業不動產之收益，即現金流量（cash flow）作為擔保價值，向「收益擔保」轉化，而與證券化連動之擔保制度（青木則幸，前掲アメリカにおける収益型不動産擔保制度參照）。

[20] 但因日本民法就抵押物之租金債權可行使物上代位，且抵押物大多為個人住宅，大抵系抵押人自己住居（非商業用不動產），不宜供租賃之用，是以減弱收益執行之功能，收益執行之功效並未能彰顯（松岡久和，2017，擔保物權法第一版第一刷第 88 頁，日本，日本評論社）。此外，更有學者批評，在收益執行下，抵押權人收取租金，却不管理抵押物，租金因不再屬於租賃物之所有人（出租人），將使抵押物荒廢，導致抵押權弱化（鳥谷部茂著，任一偉譯，債權讓與擔保與抵押權的再構建，2014，鄭智航主編，山東大學法律評論第三八頁，濟南，山東大學出版社）。

[21] Project finance 於英國、日本之 PFI（Private Finance Initiative，民間融資提案、民間融資創建）成為重要之擔保方式（黃明聖，2010，英國與日本 PFI 制度比較之研究，台灣經建論壇第 8 卷第 12 期第 33 頁），江口直明、豐原信治、塚谷昭子，1999，日本におけるプロジェクト・ファイナンスの法律側面（上），金融法務事情第 1565 期第 40 頁，日本，金融財政事情研究會。台灣地區，項目融資似仍在萌芽階段（106 年 12 月 11 日，聯合報 A10 版），然金融管理主管機關為協助國內銀行搶食上兆元綠能之融資商機，已下令銀行公會研提項目融資規範，以鼓勵銀行投入項目融資，協助綠能及大型公建籌資（107 年 2 月 21 日，聯合報 A12 版）。

[22] 池田真朗，2007，ABL 等に見る動産、債權擔保の展開と課題—新しい擔保概念の認知に向けて，堀龍兒等編，擔保制度の現代的展開，伊藤進先生古稀紀念論文集第 275 頁，日本，日本評論社，中島弘雅，2017，包括的債權讓渡擔保權の倒産上の取扱い—「循環型 ABL」を念頭に置いて，伊藤真，倒産法の實踐第 151 頁，青木則幸，2017，ABL と生活利益，早稻田民の法學現在—浦川道太郎先生、内田勝一先生、鎌田熏先生古稀紀念論文集第 293 頁，日本，成文堂。又日儒將 ABL 譯為動產、債權擔保融資（河上正二，2015，擔保物權法講義第一版第一刷第 371 頁，日本，日本評論社），可供參考。

[23] 日儒將 going concern 直接以企業之繼續價值（going-concern value）稱之（河上正二前揭擔保物權法講義第 424 頁）。又大陸地區實務上存在之商舖租賃權擔保，系以商舖之租賃權為擔保客體，于承租人不能依約向銀行返還貸款時，由出租人收回租舖，重新出租他人，所得租金用以償還銀行貸款（陳本寒，2014，新類型擔保的法律定位，清華法學第 8 卷第 2 期第 88 頁，北京。）其擔保機能取向與此頗為相近。

[24] 關於 Project finance，詳見江口直明、豐原信治、塚谷昭子，1999，日本におけるプロジェクト・ファイナンスの法律側面（上）（中）（下），金融法務事情第 1565 期第 36 頁，第 1566 期第 42 頁，第 1567 期第 74 頁，日本，金融財政事情研究會。

[25] 不動產物權登記制度之採用，實係源於非占有擔保制度之興起，且與不動產擔保權之發展緊密關連（松井宏興，1997，抵當制度の基礎理

論第 30、45-58 頁，日本，法律文化社，大場浩之，2010，不動產公示制度論初版第一刷第 135、143 頁，日本，成文堂）。

[26] 按 filing 係具有提交、建檔（將收到之文件登記後，送至文件存放處歸檔保存）之意，filing system 應可譯為申報登錄制。又於 UCC，係根據擔保權人之融資聲明（financial statement）之 notice，辦理登錄，高聖平教授譯為聲明登記制（高聖平，2016，動產抵押登記的法理，董學立主編，擔保法理論與實踐第二冊第 48 頁，北京，中國法制出版社），頗符中文之法律用語，故採之，但為與一般之登記制區分，個人稱之為聲明登錄制（拙著，台灣地區企業資產擔保法芻議，前揭擔保法理論與實踐第二冊第 3 頁）。惟日本學者就 notice filing system 有譯為：公示登錄制度（森田修，2005，アメリカ倒産擔保法-「初期融資者優越」の法理第 87 頁，日本，商事法務），或通知登錄制度（青木則幸，2004，アメリカ統一商法典商事法典第九編における浮動擔保制度の史的考察 (1)，早稻田法學第 79 卷第 2 號第 63 頁）應係重在該制度係本於通知（notice）為登錄，及其公示之功能。

[27] 加拿大學者將加拿大動產擔保法（Personal Property Security Act）立法前所採登錄制度，稱為：document-filing systems，該法立法後所採行者為 notice registration（該法第 25 條參照）即聲明登錄制（Cuming, Walsh, & Wood, supra note 7 at pp. 324）。

[28] 规范以商品或应收帐款融资之法律，主要是由银行即 factor 就担保人之商品成立担保权或收购其应收帐款方式为之（詳見 Grant

Gilmore, 1999, Security Interests In Personal Property Vol.I, pp.129-145, Union: Lawbook Exchange。)

[29] 準此，此制公示作用之發揮，有賴第三方就此等資訊調查及蒐集之能力，美國因相關信用調查機構蓬勃發展，足以扮演後續調查機能，應為聲明登錄制度順利採用，暢行無礙之原因，詳見角紀代惠，2008，受取勘定債權担保金融の生成と発展，第122頁。日本，有斐閣。

[30] 以上詳見 Grant Gilmore, *supra* note 28 at pp.462-481。

[31] 此為國際立法之趨勢（聯合國國際貿易法委員會《担保交易示范法》第18條第一項，《歐洲示范民法典草案》9-3; 102(1) 參照），然韓國之動產與債權等担保法就動產担保權之登記採生效要件主義（該法第七條第一項參照），旨在與該國民法關於動產物權之變動，採取以公示方法為變動之生效要件相一致。又依《物權法》第二二八條規定，應收帳款設定質權除應以書面為之，質權自信貸徵信機構辦理出質登記時設立，亦屬例外之一。再者，台灣地區之債權質權無公示方法，債權設定質權後，通知該債權之債務人是對其發生效力之方法（台灣地區“民法”九〇一、二九七），並非對抗第三人效力之公示方法，應予澄清。

[32] Cuming, Walsh, & Wood, *supra* note 7 at pp.330, 道垣內弘人，2013，典型擔保法の諸項初版第一刷第24頁，日本，有斐閣。又加拿大動產擔保法於按擔保人名稱編成之外，另為汽車、拖車、飛機、船舶等高價值，且在市場上較可能轉售之動產，提供按擔保物序號（serial number of the collateral）編成之制度（Cuming, Walsh, & Wood, ,

ibid. pp. 331,)。

[33] 不動產物權登記依登記簿之編成標準，有物之編成主義與人之編成主義之分，前者之登記簿係按登記對象（權利之客體例如土地）為標準編成之，德、瑞、日及台灣地區等採之，後者，登記簿係按權利之歸屬者為標準編成之，法國採之，此均係登記制度發展之初，國情、歷史等不同因素使然（詳見鈴木祿彌，1971，*抵當制度の研究*第一版第二刷第 329 頁，日本，一粒社）。

[34] 占有之現代功能，詳見 Thomas W. Merrill, 2015, *Owenship and possession*, in *Law and Economics of Possession* pp. 9-39, Edited by Yun-Chien Chang (張永健)，英國，Cambridge University Press。

[35] 變賣擔保標的，並予以清算者，稱為「處分清算型」之實行，以取得擔保標的，並予以清算者，稱為「歸屬清算型」之實行（山口明，2012，*動產讓渡擔保權の圓滑な實行に關する一試論*，清水元等編，*財產法の新動向*第一版第一刷第 209 頁，日本，信山社），拙著前揭書第 604、613 頁。然清算者應非為絕對之清算義務，例如擔保標的之價值略多於擔保債權無幾時，似無課於清算義務之必要，此即涉及排除清算義務之特約是否應承認其效力之爭議（道垣內弘人前揭擔保物權法第 311 頁）。

[36] 德國於土地債務，設有依該國民事訴訟法第八百條約定得強制執行，並經登記者，得逕依登記實行強制執行之制度（鳥谷部茂，*擔保法的國際動向—ドイツ法*，前揭比較法研究第 77 期第 22 頁）。

[37] 山口明前揭文第 211 至 222 頁。

[38]为使第三方监管健全化，中华人民共和国商务部于2012年发布动产质押监管服务规范，2013年发布质押监管企业评估规范，中华人民共和国国家质量监管检验检疫总局、中华人民共和国国家标准化管理委员会于2014年共同发布担保存货第三方管理规范。

[39]日本即曾研究该国不动质权活用之可能性(道垣内前掲书第三一页)，果尔，固有法上之典权，具有担保物权之功能，并有实行程序之高效率性，是否应予活用，而非消灭之，实有研讨之余地。

[40]不動產抵押權人於抵押人違約、經抵押人同意或其他特定情形下，得占有抵押物，或聲請法院指派管理人(receiver)占有抵押物，以其收益償還擔保債權，為免自行占有負擔過重之責任，抵押權人喜用管理人制度，詳見Grant S. Nelson ET AL., supra note 14 at pp.206-249, 美國, West Acaemic。

[41]參見英國浮動擔保制度，最具特色之指派管理人，企業救援制度，詳見青木則幸，2003，イギリスにおける浮動担保制度の再評価について——ホール・ビジネス・セキュリティゼーションにおける積極的活用の意義——，早稻田法学，第79卷第1號第55頁，中島弘雅，ABL在庫擔保における擔保權實行程序，前掲動產債權擔保—比較法のマトリクス第40頁，馬梓晏，2014，英國動產浮動擔保制度之研究，東吳大學法律系法律專業碩士論文，第353頁。日本之「私整理」之債權回收程序，應有相同之功能(森田修，2011，債權回收講義第二版第一刷第37頁，日本，有斐閣)。

[42] 以上，詳見青木則幸，2013，アメリカ法における擔保權の機能の議論，日本，早稻田法學 88 卷 3 號第 208 頁。

[43] 近江幸治前掲因市場變動引發之擔保制度變化，內田貴，2002，担保法のパラダイム，法学教室第 266 期第 17 頁；池田真朗前掲 ABL 等に見る動・債權担保の展開と課題第 282 頁。

[44] 松岡久和前掲書第 311 頁，道垣内弘人前掲典型擔保法の諸項第 127 頁，森田宏樹，財の無體化と財の法，前掲財の多様化と民法學第 121 頁。王樂兵，2017，金融创新与中国动产担保制度改革，北京，中国法研究第 4 期第 42 頁。

[45] 鈴木祿弥，2007，物権法讲义五訂版第 450 頁，日本，创文社，松岡久和前掲担保物権法第 394、397 頁，內田貴前掲文第 19 頁。

[46] 內田貴前掲文第 18 頁。

[47] エリック・ヴァン＝デン＝オート著，片山直也譯，ベルギーにおける一二〇一三年動産擔保法改正，法學研究 90 卷 6 號 45 頁，日本。

[48] 長谷川貞之，擔保權信託とパラレル・デットによる擔保權設定の代替補完性，前掲財産法の新動向第 303 頁，河上正二前掲擔保物權法講義第 426 頁，道垣内弘人，日本における擔保權信託，發表於南京，第三屆擔保法理論與實踐國際研討會（2017 年 5 月 20-21 日），拙著，2017，銀行聯貸與最高限額抵押權，台灣法學雜誌第 328 期第 1 頁，台北。歐盟各國於推動擔保制度統一化之際亦出現擔保物權從屬性緩和甚至否定之構想（長谷川貞之前掲文第 304 頁，EU Commission' s Green Paper on

“Mortgage Credit in the EU” (2005); Report for European Commission DG-Internal Market and Services by London Economics: “The Costs and Benefits of Integeation of EU Mortgage Markets” (2005))。

[49] 石田剛，ドイツ法過剩擔保理論，前掲動產債權擔保—比較法のマトリクス第 360 頁，松井宏興前掲書第 63 頁。習慣物權與典型物權之關係，見常鵬翱，2017，物權法的展開與反思第二版第 195 頁，北京，法律出版社。

[50] 鳥谷部茂，1999，現代取引と物權法定主義，現代取引法の基礎的課題（椿壽夫教授古稀紀念）初版第一刷第 341 頁，日本，有斐閣，吉田真澄，1997，物の讓渡擔保の機能的考察序論，民法における「責任」の横斷的考察（伊藤進教授還曆紀念論文集）初版第一刷第 199 頁，日本，第一法規出版會社。

[51] 高聖平，動產讓與擔保的立法論，中外法學 2017 年第 5 期第 1193 頁，北京。

[52] 台灣地區實務上認為：共有人成立之分管契約，共有物應有部分之受讓人，如明知或可得知其存在者，亦應受其拘束（“釋”三四九參照），是為債權之分管契約創設物權效力，然以“明知或可得知其存在”為限，應屬相類之創設公示方法，然德國實務上，物權之形成間亦有無公示方法之情形（Canarias 之見解，引自赤松秀岳，1989，物權、債權峻別論とその周邊第 176 頁，日本，成文堂）。

[53] 建構統一之動產性資產擔保權體系固然最佳（王樂兵，前掲金融

創新與中國動產擔保制度改革第 58 頁），但無論擔保權之名稱為何，使用共同之公示方法仍不失為擔保法變革途中折衷之道。

[54] 王樂兵，前揭金融創新與中國動產擔保制度改革第 45 頁，道盡登記機構分散之缺失。

[55] 日本、德國不動產物權登記，導入電子科技之最新技術發展，詳見大場浩之前揭書第 125、146、148 頁。

[56] 美國學者仍指出：聲明登錄制度之登錄固然相當容易，但登錄高度不精確，且其使用困難又耗費用，因搜尋相當困難（LoPucki, L. M., & Warren, E. 2009, Secured Credit: A Systems Approach, 6th ed. pp.281, .Austin: Wolters Kluwer）。

[57] Cuming, Walsh, & Wood , supra note 7 at pp.302-305。

[58] 森田修，前揭アメリカ倒産擔保法-「初期融資者優越」の法理第 91 頁。甚且，擔保契約記載之擔保標的描述，於美國實務常具有左右認定擔保標的範圍之作用（森田修，UCC における擔保物記載と倒産法，前掲動産債權擔保—比較法のマトリクス第 60 頁）。

[59] 學者指出：擔保權人應具有一定之管理權能（河上正二前掲擔保物權法講義第 11 頁），又存貨及應收帳款係浮動擔保權最佳之擔保標的，應收帳款因價值穩定，故又優於存貨。以上述兩種標的設定浮動擔保權，加上擔保權人於締結擔保契約之契約自由原則，可詳細構築監理擔保人存貨進出流量、應收帳款之多寡及收取情況，進而事先充分預知擔保人經營狀況有無劣化跡象，及其道德風險，繼而採取減少放款，甚至，實行擔保

權之措施（See Gregory F. Udell, 2004, Asset Based Finance: Proven Disciplines for Prudent Lending, pp. 38, 59-80）。

[60] 實務上，流動資產之擔保權人對擔保資產之監督，是不可欠缺之措施（Grant Gilmore, *supra* note 28 at pp.261）。

[61] 執行秀幸，擔保法における消費者保護-米國統一商事法第九編に關する消費者を保護中心に-，前掲財産法の新動向第3頁。EU Commission's Green Paper on "Mortgage Credit in the EU" (2005)，*supra* note 46，亦有消費者保護之呼籲。

[62] 田頭章一，オーストラリア新すい動産擔保制度について，前掲動産債權擔保—比較法のマトリクス第539頁。

[63] 片山直也前掲ベルギーにおける一二〇一三年動産擔保法改正。

[64] 中島弘雅，前掲 ABL 在庫擔保における擔保權實程序第33頁，中島弘雅，2016，ABL 在庫擔保の實行に手續關する立法論について—近時の立法論の紹介と検討，日本，NBL1070 號11頁，道垣内弘人前掲典型擔保法の諸相第14至17頁。

[65] 近江幸治前掲担保物权第84頁。

[66] 台湾地区之草案即采取此种模式，谢在全，2017 企业浮动资产担保权之建立—以企业资产担保法草案为中心，台湾，法令月刊第68卷10期27頁。

八、贺小荣 王富博 杜军 破产管理人与重整制度的探索与完善

文章来源：《人民司法·应用》2018 年 13 期

作者：贺小荣 等

作者简介：贺小荣，最高人民法院审判委员会委员、民二庭庭长；王富博，最高人民法院民二庭审判长；杜军，最高人民法院民二庭法官。

破产管理人与重整制度的探索与完善

——《全国法院破产审判工作会议纪要》的理解与适用（上）

贺小荣 王富博 杜军

今年 3 月 4 日，最高人民法院印发了《全国法院破产审判工作会议纪要》（法〔2018〕53 号，以下简称《会议纪要》），明确了当前和今后一个时期我国破产审判工作的总体要求，对破产审判专业化建设、管理人制度的完善、破产重整、破产清算、关联企业破产、执行程序与破产程序的衔接、破产信息化建设、跨境破产等重大疑难问题进行研究，并提供了解决路径和方法。《会议纪要》对完善破产审判机制、促进企业破产依法高效进行具有重要指导作用。为正确理解和适用《会议纪要》，现对其中涉及的主要问题解读如下。

（一）《会议纪要》的背景和意义

我国经济发展进入新常态，传统经济发展方式引发的问题已充分显现，供给侧产能过剩、有效供给比较匮乏的问题尤为突出。党的十八届五中全会提出，更加注重运用市场机制、经济手段、法治办法化解产能过剩，加大政策引导力度，完善企业退出机制。2015 年中央经济工作会议强调推进供给侧结构性改革，积极稳妥处置僵尸企业，司法部门要依法为实施市场化破产程序创造条件。随着中央集中处置僵尸企业，多头并进、多措并举，一批落后企业和过剩产能存在的矛盾充分暴露。破产是解决企业产业深层次矛盾、优化资源配置、提升企业产业质效的重要法治途径，破产制度是现代化经济体系的一项重要制度。人民法院切实将企业破产审判工作置于统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局中谋划和开展，认真落实中央部署，通过审理企业破产案件，化解产能过剩，清理僵尸企业，建立完善破产审判工作机制，近年来在督促落后企业淘汰、促进企业产业优化升级方面取得了明显进展，努力为企业市场化破产创造良好司法环境。

但是，随着企业破产工作的深入推进，一些问题和困难严重制约了破产制度有效实施，有的甚至已成为制约企业依法顺利破产的重大障碍。主要表现在：一是部分企业和社会公众仍对破产存在认识偏差，破产审判在服务 and 推进供给侧结构性改革中的作用尚未得到充分发挥；二是破产相关配套制度尚不健全，人民法院处置僵尸企业的制度体系有待改进；三是重清算、轻重整的观念尚未得到根本扭转，破产重整制度的拯救价值未得到充分彰显；四是破产管理人的选任方式、考评机制、淘汰制度

尚不健全，破产管理人制度体系亟待完善；五是破产费用保障机制尚未有效建立，三无企业破产面临现实瓶颈；六是执转破工作机制尚未形成，通过破产化解执行难的作用尚未充分发挥（参见2017年12月25日最高人民法院院长周强在全国法院破产审判工作会议上的讲话）。由于这些问题和困难的存在，企业破产工作同党中央的要求、人民群众的期盼和建设现代化经济体系的要求相比还存在着差距。

习近平总书记在党的十九大报告中深刻指出，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期，要贯彻新发展理念，坚持以供给侧结构性改革为主线，建设现代化经济体系。当前，加强企业破产案件审理工作，是人民法院贯彻新发展理念、服务供给侧结构性改革的重要抓手，也是完善人民法院司法工作整体布局、努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的重要方面。破产审判工作部门应该登高望远，总结经验，直面问题，尽快补齐破产审判体制机制短板，推动企业破产再上新台阶。为此，2017年12月25日，最高人民法院在广东省深圳市召开了全国法院破产审判工作会议，与会代表对人民法院破产审判涉及的主要问题达成共识，形成了《会议纪要》。

《会议纪要》总的精神是：一要发挥破产审判功能，助推建设现代化经济体系；二要着力服务构建新的经济体制，完善市场主体救治和退出机制；三要健全破产审判工作机制，最大限度释放破产审判的价值；四要完善执行与破产工作的有序衔接，推动解决执行难。

（二）关于破产管理人制度的完善

管理人是破产程序的主要推动者和破产事务的具体执行者。管理人的能力和素质不仅直接影响企业破产的质量和效率，还关系到破产企业的命运与未来发展。2007 年最高人民法院根据企业破产法的精神发布了《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》两个司法解释，企业破产法和上述两个司法解释形成了目前管理人制度的基本法制格局。11 年来，各地法院按照管理人法律制度的要求制定了管理人名册，在个案中依法指定管理人，开展对管理人的指导，较好地处理了一批企业破产案件，实现了债权人、债务人及其他相关利益主体的利益公平保护。同时，管理人队伍也在办理破产案件的实践中得到了锻炼，破产管理人的经验和水平得到了提升。随着企业破产的依法铺开和深入推进，管理人制度运作实践中出现了很多新的问题，现行制度在很多方面表现出了与新情况、新问题不适用、不协调的状况，既制约了管理人职能的发挥，也不利于切实运用破产手段促进企业、产业新的发展。

1、破产管理人实践中的问题

（1）**管理人结构不合理**。由于各地法院管理人名册中只包括律师事务所、会计师事务所和破产清算事务所，以及上述机构中的从业人员，所以在企业破产中担任管理人的只是律师、会计师等人员。这种模式更多的是立足于企业的清算价值而从法律、财务角度对企业进行把脉。但是，破产企业除具有清算价值外，可能还具有运营价值。判断破产企业

是否具有运营价值以及如何制定最佳的重整方案来展现企业的运营价值，需要具有企业经营能力和管理经验、专业技术知识的人员来判断和进行，先前的管理人制度未为这类人员提供通向破产管理的通畅入口。

（2）管理人指定方式以及对管理人的管理存在不足。法院指定管理人多数都是在管理人名册中采取摇号、抽签等方式随机指定。对比较简单的企业破产案件采取随机方式指定管理人，管理人都能够依法完成破产管理工作。但是，这种方式虽可避免管理人指定中的恣意现象，对于复杂的破产案件，尤其是破产重整案件，采取随机方式指定的管理人有时不能胜任，无法依法履职，对破产工作的质量和效果造成较大的不利影响。

（3）管理人的职责及与法院的职能划分不清晰。管理人缺位与法院越位的现象并不鲜见，对于一些本应由管理人作出商业判断的事项，管理人常常提请法院决策，这种怠于履行职责的行为导致了其从破产程序中的决策者沦为简单的执行者，不仅有违法律的规定，而且不利于管理人独立地位的塑造和责任意识的强化。

（4）管理人执业保障和队伍科学发展机制尚未形成。由于未建立管理人报酬保障机制和管理人行业组织，管理人执业动力、执业意愿、执业水平都受到较大影响。当前，尤其是破产费用缺乏导致无法支付管理人报酬的问题比较突出，企业无产可破或财产不足以支付管理人报酬时，管理人往往对工作消极应付，有的甚至拒绝履职。

我们认为，管理人制度问题是破产法律制度完善中的瓶颈问题，而上述几个问题又是突破瓶颈的关键。这些问题不解决，管理人法律制度的目的就难以圆满实现。《会议纪要》在管理人制度的完善部分对上述问题的解决作出了尝试和努力。

2、优化管理人结构，促进搭建优质管理人团队

确保在企业破产中有优秀的管理人可供选择，搭建优质、合理的破产管理人团队，是完善管理人制度时应首先考虑的问题。《会议纪要》第4条、第5条就此作出了明确。

第一，改善管理人结构。虽然目前法律、司法解释将管理人限于律师、会计师等中介机构及其从业人员，但在具体的破产企业管理中，法院仍有必要根据单个企业的实际情况，指导上述中介机构吸收熟谙企业特点和运营规律，具有专业技术知识、经营能力的非中介机构类人员参与破产管理，确保企业破产病因诊断准确、企业拯救药方对症下药、经济资源配置整合合理。这既是人民法院在指定管理人时必须考虑的因素，更是管理人在实际搭建工作团队时必须认真研究和解决的问题。人民法院在指定管理人后，可以对管理人搭建工作团队提出必要的建议。

第二，许可管理人异地执业。原先，管理人多数是从受理破产案件法院本地制定的管理人名册中指定，这既导致优秀管理人无法跨地域执业从而无法形成有效竞争，又产生了由于本地管理人能力不强使破产受阻等问题。《会议纪要》在总结经验的基础上提出探索管理人跨区域执

业，既有利于从个案中遴选出最佳管理人，更有利于管理人在更广泛的市场进行竞争，提升管理人素质。许可管理人异地执业的目的是确保破产案件能够遴选到优秀且合适的管理人，提高破产管理水平和强化破产管理职责，所以法院在许可异地管理人执业时也要考虑异地管理人是否能够切实承担破产职责这一因素。

第三，准许管理人联合执业。从地域范围看，管理人的地区发展很不平衡，破产管理的整体水平有待提高。虽然各高级法院和一些中级法院都建立了管理人名册，但是很多地方因破产案件数量较少，很多入册的中介机构并无破产管理的实践经验。相反，有的地方通过处理大量破产案件，管理人积累了较多经验。从行业特点看，律师、会计师等不同机构和人员各具优势，具备联合执业的需求、基础和经验。准许管理人联合执业，通过管理人之间相互传帮带，实际上有利于在更大的范围选择管理人，优化管理人结构。但是，需要注意的是，在管理人联合执业的问题上，法院不能“拉郎配”，而是要尊重各相关中介机构的意见。而且，各具备资质的中介机构请求联合担任同一破产案件管理人的，除符合自愿协商的条件外，人民法院还应当从中介机构是否优势互补、能否做到权责一致等方面考虑是否有必要准许联合执业。

3、改进管理人指定方式，加强对管理人的管理

按照之前的法律规则，法院指定管理人应采取随机方式指定为原则、竞争方式指定为例外的模式。《会议纪要》第6条、第7条分别从以下两方面对这一模式进行改进：

一方面，加强竞争方式指定的分量。《会议纪要》印发前，最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第 21 条第 1 款规定：“对于商业银行、证券公司、保险公司等金融机构或者在全国范围有重大影响、法律关系复杂、债务人财产分散的企业破产案件，人民法院可以采取公告的方式，邀请编入各地人民法院管理人名册中的社会中介机构参与竞争，从参与竞争的社会中介机构中指定管理人。参与竞争的社会中介机构不得少于三家。”所以，采用竞争方式指定管理人在以前只是例外地存在于金融机构破产和其他极少数在全国有重大影响的破产案件中。实际上，如果继续将竞争方式限定在上述范围内，而对上市公司破产案件、在本地有重大影响的破产案件，还只能采取随机方式指定管理人的话，结果就是选定的管理人难以胜任企业破产管理，难以量身制定企业最佳破产方案，严重影响破产效果。《会议纪要》第 7 条明确指出破产案件中可以引入竞争机制，进一步打开了适用竞争方式的大门。而且，该条进一步确立了上市公司破产等类型案件一般应采取竞争指定原则。

另一方面，实行对管理人的分级管理，降低管理人指定的制度性成本。管理人分级管理，是法院在综合考虑管理人专业水准、工作经验、执业操守、工作绩效、勤勉程度基础上，将同层次的管理人编入同一等级中，分别管理，分别考核。分级管理后，法院可以综合考虑破产案件的复杂程度和影响程度，选定在特定等级的管理人中来指定。在该等级中，如果采用竞争方式指定管理人，可以避免甄别不同层次管理人而

发生的内在成本；如果采用随机方式指定时，可以消除不能胜任工作管理人产生的外部成本。分级管理是一项新的制度，法院应当在听取破产利害关系人、相关主管部门意见的基础上建立管理人评价档案，作为管理人水平的评价依据。应当设立严格、规范的准入、考评及淘汰机制，实现对管理人名册的动态管理。当前，已经设立了专业的清算与破产审判庭的中级法院，应当加强对管理人的分级管理。

4、廓清管理人职权范围，落实管理人职责

管理人依法行使职权、切实承担管理责任是企业破产有效进行的重要保障，《会议纪要》第8条、第9条、第11条在管理人的职权和责任方面提供了指引。

第一，管理人要切实承担其职能。虽然企业破产法规定了管理人的法定职能和权限，但由于企业破产事务的复杂性和相关事务性质的模糊性，使得长期以来企业破产中审理破产案件法院（法官）的工作职能与管理人的职能并不清晰。比如，有的管理人对破产企业的日常费用开支计划均报经法院（法官）批准，法院如果不作出指令，管理人便不采取行为。这显然是不妥的。《会议纪要》明确指出，法院不得代替管理人作出本应由管理人自己作出的决定，管理人也不得将职责进行转让。这样规定的目的是确认并树立管理人法定主体地位，促进改善法院对管理人的监督方式，避免法院从程序的督导推动者变为破产事务的主导决策者。

第二，明晰重整管理人的特定职责。企业重整中如果是管理人管理的方式，一般来讲，管理人有较强的审慎履职动因，但如果是债务人自行管理的重整方式，管理人有时就缺乏积极、审慎履职的动力，往往对债务人的自行管理行为得过且过，充当橡皮图章或法院的传声筒。《会议纪要》第9条要求法院督促管理人制定监督债务人的具体制度，主要就是真正落实管理人监督职责，避免因管理方式不同而导致破产质效迥异。同时，《会议纪要》还对重整监督期间、重整等破产程序转化时管理人的职责进行了明确。

第三，设定管理人履职费用规则。管理人应当自行完成其职责范围的事项，但是，因破产企业的情况各异，每个破产案件中的具体破产事宜有时也很不相同，在管理人确实无法承担某些破产事务时，应当允许其聘请相关机构或人员帮助完成。此时，发生的有关费用如果由管理人从其报酬中支付的，法院无需干预；如果有关费用需要列入破产费用的，这相当于在管理人报酬之外又增加了破产费用的总额，此时应当经过债权人会议的同意。这也意味着法院在确定管理人报酬时要充分考虑管理人自行完成的工作量这一因素，切实避免有关费用在破产费用中被重复提取。

5、加强执业保障，促进管理人队伍规范有序发展

《会议纪要》第10条、第12条、第13条从管理人报酬的支付、管理人报酬的资金保障、管理人协会建立三个方面进一步加强管理人的执业保障，促进管理人队伍规范有序发展。

第一，恰当发挥管理人报酬激励作用。法院应当根据企业破产工作的进展程度确定管理人报酬支付方式，既要避免一次性支付管理人报酬下管理人缺乏激励的问题，也要避免管理人长期无法获得合理回报而不能正常发挥作用。《会议纪要》第10条设计了分期支付为主、一次性支付为辅的报酬支付方式。

第二，推动建立管理人报酬等破产费用保障制度。破产企业往往经济状况不佳，很多企业没有财产或者全部财产已经被设定担保，导致管理人难以从企业财产中获得报酬。《会议纪要》明确要求各地法院采取争取地方财政部门支持、从破产案件管理人报酬中提取一定比例成立保障资金等方式来解决无力支付报酬问题。可以说，这个问题是今后一个时期破产审判机制完善的重点。最高人民法院也在协调有关国家机关建立破产费用保障制度，已经取得一定的进展。

第三，推动建立管理人协会。律师、会计师等中介机构分属不同行业，由于缺乏统一的管理人自律组织，实践中管理人水平参差不齐。从发达国家管理人制度发展经验看，建立管理人行业协会有利于强化管理人行业自治，提升管理人素质和水平。目前，一些地方已经建立了市级或省级管理人协会，取得了很好的效果，各地法院要勇于探索，这也是破产管理人规范管理工作重点。当然，在管理人协会主管单位方面，虽然《会议纪要》没有明确，但各地法院要结合实际来解决，尤其是在今年新一轮政府机构改革后，各地要密切注意发挥有关行政机关在推动成立管理人协会方面的积极作用。

（三）关于破产重整制度的完善

1、加强重整对象的识别审查，防止重整程序滥用

《会议纪要》第14条对重整适用的对象作了明确限定，即破产重整的对象应当是具有挽救价值和可能的困境企业。这也是人民法院在裁定是否启动重整程序时应予重点审查的内容。该条包含两层含义：

第一，重整对象是生产经营出现问题的困境企业。按法律标准判断，重整对象就是出现企业破产法第二条所规定的破产重整原因的企业，即不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的企业，或者有明显丧失清偿能力可能的企业。从破产原因上看，重整比破产清算门槛低，除破产清算的原因外，债务人企业有明显丧失清偿能力可能的，即可申请重整。这样规定是为了对困境企业及早挽救，提高重整成功率。

第二，困境企业应具有拯救价值和拯救可能。这是启动重整程序应具备的必要性和可能性标准。困境企业即便出现了重整原因，但如不具有拯救的价值和可能，也无启动重整程序之必要。困境企业的拯救价值体现在其继续经营价值高于清算价值，维持企业的继续经营有利于债权人、债务人、出资人、员工等各利害关系人，有利于社会整体价值最大化。商事重整的理念就在于：财产用于生产经营时的价值要高于备废弃出售时的价值。[1]困境企业具有挽救的可能，是指企业通过调整债权债务关系以及生产经营等，具有重新获得盈利能力、恢复清偿能力的前

景和可能性。从另一方面看，困境企业的挽救需要各利害关系人共同努力、各自作出不同程度的让步才有实现的可能性，因此，如果各方利害关系人没有挽救债务人企业的意愿，或者均不愿作出让步，也就表明债务人企业不具有挽救希望。[2]就此而言，重整的条件其实比破产清算更为严格，这是重整制度价值和制度功能使然。

认定重整对象是否具有拯救价值和可能性涉及一定的商业判断，这对从事破产审判工作的法官提出了较高要求。为适应这种要求，破产审判法官需要从两方面作出努力：一是拓宽知识领域。除法律知识外，破产审判法官还需要了解重整企业的行业现状、发展前景，加强企业管理、商业经营等方面的知识积累和储备，提高综合业务素质，增强处理破产案件的能力。二是丰富审查方法。在对重整申请进行审查时，除书面材料审查外，对债权债务关系复杂、债务规模较大，或者涉及上市公司重整的案件，还可以组织申请人、被申请人听证。此外，还可以采取征询企业主管部门意见、听取行业专家意见等方式进行综合判断衡量。

审判实践中适用本条时，要注意克服两种倾向：

一是不论困境企业是否具有拯救的价值和可能，只要具备重整原因就启动重整程序。重整程序成本高、耗时长，对利害关系人影响巨大，被拯救对象具有拯救价值和拯救的可能性时才有启动重整程序的必要。如让经营无望的困境企业随意进入重整程序，只会造成重整程序的空转，最终仍无力回天，徒增时间成本、经济成本，减损债务人企业的资产，损害债权人利益甚至是社会利益。在当前中央大力推进供给侧结

结构性改革、清理僵尸企业的大形势下，强调严格识别审查重整对象的现实意义在于，防止部分地方出于经济指标考核、维护社会稳定、安置职工就业等法外因素考虑，滥用重整程序，使高污染、高能耗、连年亏损，产品没有市场，主要靠政府补贴和银行续贷维持经营的僵尸企业借重整之名，逃避被清理的命运，规避供给侧结构性改革。从制度功能上看，我们必须认识到，重整并非调整社会资源配置的唯一手段，破产清算同样具有优化资源配置、实现优胜劣汰的积极功效，对于经营无望的困难企业，通过清算尽早退出市场无疑是资源配置的最佳选择。因此，人民法院在审查重整申请过程中，根据债务人的资产状况、技术工艺、生产销售、行业前景等因素，能够认定债务人明显不具备重整价值以及拯救可能性的，应裁定不予受理。

二是滥用重整企业识别审查标准，人为抬高重整门槛，阻碍重整案件受理，滋生新的启动难问题。重整涉及商业判断、沟通协调、司法认定等多方面工作，程序繁琐，对法官综合素质要求高；加之目前破产审判专业化程度不高、破产审判绩效考核不健全，致使重整案件犹如烫手的山芋，很多人避之唯恐不及。其实，不独重整，包括重整在内的整个破产案件启动难问题一直是社会各界诟病的顽疾。其具体表现在：破产立案条件严苛，立案门槛高；破产申请即便符合立案条件，但有的法院出于种种原因仍不立案；有的虽然最终立案，但时日漫长，以至于耗尽了申请人的耐心，突破了其心理承受能力底线，令申请人产生迟来的正义并非正义的埋怨。[3] 近年来，伴随着立案制度改革，破产案件启动

难问题有一定程度的缓解，但问题并没有根本解决。在此情形下，我们需要注意防范对重整申请进行审查时，滥用重整价值和可能性标准，人为抬高重整门槛，随意拒绝启动重整程序的倾向，防止滋生新的重整启动难问题。

2、发挥人民法院在制定重整计划中的作用，提高重整企业质效

《会议纪要》第16条规定了人民法院在重整计划制定过程中应发挥的作用。重整计划的制定是重整程序的关键环节，是重整拯救功能得以实现的前提和基础。重整程序对困境企业的拯救正是通过制定行之有效的重整计划草案并表决通过付诸执行得以实现的。制定重整计划并对各方利益主体作出合理安排，是重整制度利益平衡的精髓，也是重整程序中最关键的一环。[4]根据企业破产法的规定，重整计划草案由管理人或者债务人负责制定，人民法院并非重整计划草案的制定者。由于重整计划草案由债权人分组表决以及出资人组表决通过，管理人或债务人在制定重整计划草案时，往往比较重视债权债务关系如何了结的问题，尤其关注债权调整和股权调整的内容；而在时间和精力有限的情况下，很难深入分析企业陷入困境的原因并有针对性地制定改善生产经营的方案。在这种情形下，即使企业重整成功，也仅仅是从形式上消除了重整原因，但却没有改善生产经营、完善企业管理、提高技术工艺，不能使企业提质增效，重整也就无法达到真正挽救困境企业的目的。

此外，重整拯救措施不明确，经营方案不具体，企业未来是否能够恢复盈利能力难以预测，势必会增加投资人的预期收益风险。为规避预

期收益风险，投资人必然要求增加当期收益，从而挤压债权人和出资人的利益空间，最终影响重整计划草案的表决通过。在重整计划草案无法表决通过的情况下，人民法院出于各种考虑，常常不得不采取强制批准方式。这样极易激化矛盾，招致社会舆论非议，甚至引发信访维稳事件，使人民法院工作陷入十分被动的局面。

因此，尽管人民法院并非重整计划草案的制定者，但为了避免重整制度的运行偏离制度设计初衷，人民法院对重整计划草案的制定应加强与管理人或债务人的沟通，引导其深入分析债务人陷于困境的原因，有针对性地制定重整计划草案，改善企业生产经营和管理，促使企业重新获得盈利能力。当然，这主要是针对实务中常见的企业存续型重整而言，对于出售式重整，主要是企业资产和营业的整体转让，与存续型重整的目的和手段均有所不同，要求上也有所不同。但对于出售式重整究竟属于重整还是清算，学术界尚存争议。有学者认为，不能将破产清算所实现的债务人的资源、劳动力、营业的整体移转当作破产重整对待，以模糊这两个不同破产程序的适用条件、程序差别和法律效力，故在观念上和实务上，还是应当区别破产清算与破产重整的程序化特征。[5]

此外，人民法院还应与政府建立沟通协调机制，帮助管理人或债务人解决重整计划草案制定过程中自身无法解决的困难和问题，提高重整成功率。

3、完善重整计划的批准条件，规范批准程序

重整计划的批准分为正常批准与强制批准两种情形。企业破产法对人民法院正常批准重整计划的条件付之阙如，对强制批准条件规定得不尽完备，导致实务中司法尺度不统一。为此，《会议纪要》第17条、第18条对人民法院正常批准和强制批准重整计划的条件加以完善，以期解决审判实践中存在的问题。

关于正常批准的条件。正常批准的前提是各表决组均已表决通过重整计划草案。由于各表决组均已决议通过重整计划草案，加之企业破产法对正常批准条件未作规定，因此实务中人民法院往往不加审查就直接批准重整计划。从性质上看，重整计划是债务人与债权人、出资人之间达成的有关如何拯救债务人及重整溢价如何分配的合同。但与通常合同不同的是，当事人也并不享有完全自主权，即使所有当事人都同意，也只有在满足一系列法定要件之后，法院才会批准重整计划。[6]这是因为，重整计划草案的分组表决采取会议多数决原则，各表决组均已通过重整计划，并不代表重整计划就一定公正、合法，其中仍存在多数人利用表决程序损害少数人权益的可能。故此，对于各表决组均已通过的重整计划草案，人民法院仍应进行审查，只有当其符合一定的条件后才能裁定批准。《会议纪要》第17条规定正常批准重整计划的条件包括两个方面：一是合法性条件，包括程序合法和内容合法。程序合法强调重整计划草案的表决程序符合企业破产法的规定；内容合法是指重整计划的内容符合债权人利益最大化原则、绝对优先原则、公平对待原则，不损害利害关系人和社会公共利益。需要强调的是，人民法院在审查重整

计划的内容是否合法时，应着重审查其是否损害各表决组中少数反对者的合法权益，是否依法公平保障各债权人的利益。重整计划草案的表决通过虽然实行少数服从多数的原则，但是重整计划草案的内容决不能损害少数反对者的既得清偿利益，多数人的表决绝不能用来剥夺少数人的合法权益。[7] 如果任何债权人或股权人在重整计划下获得的待遇低于破产清算，且其不同意该计划，那么该计划就不能获得法院的批准。[8] 二是可行性条件，即重整计划中关于企业重新获得盈利能力的经营方案具有可行性。即使所有分组都通过了重整计划，也只有在认定重整计划具有可行性之后，法院才可能批准该计划。[9] 重整计划符合上述两方面条件的，人民法院应当自收到批准申请之日起 30 日内裁定批准。

关于强制批准的条件。强制批准是在部分表决组未能决议通过重整计划草案的情况下，人民法院强行批准重整计划草案。赋予人民法院强制批准权的正当性依据在于，部分表决组基于有利于实现自身利益的考量通过了重整计划草案，而反对组的利益也未因重整计划草案而受到侵害，因此批准重整计划草案有利于增进社会整体利益。但由于强制批准与私法自治原则相冲突，会造成司法权对私权的直接调整和干涉，必须贯彻审慎适用原则，设定严格的限制条件，防止人民法院强制批准权的滥用。强制批准时，重整计划除应符合前述正常批准的原则外，还应满足特殊的条件要求。对此，《会议纪要》第 18 条规定，人民法院行使强制批准权的，重整计划草案除应当符合企业破产法第八十七条第二款规定外，如债权人分多组的，还应当至少有一组已经通过重整计划草

案，且各表决组中反对者能够获得的清偿利益不低于依照破产清算程序所能获得的利益。

4、明确重整计划的变更程序，彰显尽量挽救原则

重整计划的本质是一种经过司法确认的合同，按照合同严守原则，债务人应严格执行，不得随意变更解除。但重整计划的执行需要一定时间，有时长达数年，期间经常会遇到国家政策调整、法律修改变化、战略投资人的情况发生变化需要更换等特殊情况，导致重整计划无法执行。按照企业破产法第九十三条规定，此时应终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。但一概如此处理，不免过于机械僵化，不利于对仍具有挽救价值和可能的困境企业进行拯救，并对各利害关系人的权益造成不利影响。为缓解法律的刚性，适应审判实践要求，《会议纪要》借鉴域外立法成果，在第19条、第20条对重整计划的变更问题作了规定，彰显对有重整价值和可能的困境企业尽量挽救的原则。

为防止已经进入执行阶段的重整计划随意变更，导致重整程序不当拖延，损害利害关系人的合法权益，在肯定重整计划可以变更的同时，还应对重整计划变更的条件、程序等作出明确限定，以防变更权的滥用。为此，《会议纪要》用两个条文从三个方面作出了规定：其一，明确规定了重整计划变更的前提条件是原重整计划因客观原因无法执行。如果债务人能够执行重整计划而拒绝执行，则不适用变更程序，以维护重整计划的严肃性。其二，限定了重整计划变更的次数。《会议纪要》第19条规定债务人或管理人仅能申请变更一次，以防久变不绝，无限拖

延。其三，规定了重整计划变更的程序。按《会议纪要》的要求，重整计划的变更应遵循以下程序：第一，应由债务人或管理人提出变更申请。从域外做法看，重整计划的批准后修改也并非一种当然的权利。只有计划提交方或重整债务人可以寻求对批准后计划的修改，并且只有在法院认定依照具体情况可进行修改时，才能进行批准后修改。[10]第二，召开债权人会议，对变更申请进行表决。第三，债权人会议表决同意变更申请的，应自决议通过之日起10日内提请人民法院批准。第四，人民法院裁定批准变更申请的，由债务人或管理人在6个月内提出新的重整计划。第五，新的重整计划提交给因重整计划变更而遭受不利影响的债权人组和出资人组进行表决，利益未受不利影响的组别无需再次表决。第六，人民法院依申请审查是否批准变更后的重整计划。表决、申请人民法院批准以及人民法院裁定是否批准的程序与原重整计划相同。

5、探索推行庭外重组与庭内重整衔接机制，弥补重整制度的不足

重整制度以积极拯救困境企业为目标，体现了重建主义的立法理念，奉行社会本位的价值追求，代表了现代破产法的发展趋势。与此同时，我们也应清醒地认识到，重整亦存在程序繁琐、时间冗长、成本偏高等不足，这大大限制了其适用性。据学者研究表明，在美国，每年有近50万个企业关闭，有更多企业遭遇经营或财务困难，不过，真正适用重整程序处理债务纠纷的企业只有1万个左右。而在适用美国破产法第11章进行重整的企业中，绝大多数是总资产在10万美元以下的企业，大企业重整的数量越来越少，相比20余年前，现在进入重整程序的企

业只有当时的一半。[11]为克服传统重整制度的不足，英美等破产法治发达国家经过实践探索，发展出了一套将法庭外重组与法庭内重整优势相结合，有利于节约重整成本、提高重整效率的新型企业拯救模式，我国业界称之为预重整。近年来，国内也出现了一批通过预重整成功挽救困境企业的案例，例如二重集团、德阳二重破产重整案，深圳福昌电子公司破产重整案等。但由于我国企业破产法中未明确规定预重整制度，相当一部分人对此还比较陌生；即便有所了解，但因法无明文，实务界也多持审慎、观望的态度。为增进人们对预重整制度的了解，打消适用中的疑虑，《会议纪要》第22条对预重整作出明确规定，体现了鼓励探索、倡导践行的司法政策取向。

预重整的突出特征在于将法庭外重组与法庭内重整相衔接。首先，预重整是在庭内重整程序开始之前，先由债务人与主要债权人、出资人等利害关系人通过商业谈判与协调，拟定重组方案。这实际上是将本应在庭内重整程序中完成的重整计划草案制定及表决工作前置。与庭内重整程序相比，这一安排的优势显而易见：通过各利害关系人的自由协商谈判，既可以避免重整程序中管理人或债务人单方制定重整计划造成的利益失衡、表决难以通过问题，也有利于降低重整成本、缩短重整期限、合理确定重整企业的经营价值。其次，预重整将庭外重组协商的结果适用于庭内重整程序中并通过司法程序加以确认。这是预重整与单纯的庭外重组的显著区别。庭外重组遵从意思自治原则，由债务人与债权人等自由协商确定重组方案，根据合同相对性原则，重组方案仅对同意该方

案的当事人具有约束力，而无法约束不同意的利害关系人。而要求债务人与全体债权人协商一致，达成共同认可的重组方案，操作上十分困难。这就造成庭外重组中持反对意见的少数债权人对多数债权人的钳制困境和搭便车问题。[12]在预重整程序中，庭外协商是为庭内重整所作的准备工作，庭外协商形成的重组方案是制定重整计划草案的依据，对企业的拯救最终仍要通过庭内重整程序来完成。根据禁反言原则，在债务人已经充分披露相关信息，且重整计划草案未对重组方案作实质性修改的情况下，同意庭外重组方案的债权人和出资人即被视为同意重整计划草案，无需再参加债权人分组表决。人民法院批准重整计划后，重整计划对所有债权人包括少数反对的债权人均具有约束力，这就能够有效克服前述庭外重整的弊端。当然，从比较法的角度看，国外还存在庭外重组方案满足一定条件时，法院直接作为重组计划予以审查批准，无需另行制定重整计划的预重整模式。[13]从国内的实务操作看，预重整的具体模式和操作方式也不一而足。

我国预重整的司法实践起步较晚，实务中对庭外重组协商阶段究竟由谁主导、法院是否参与庭外协商、庭外协商的费用如何支付、庭外重组方案与庭内重整计划草案如何衔接等还存在不同认识，做法也不尽相同。《会议纪要》本着开放的态度，仅对预重整作了原则性规定，为各地法院在实践中进一步研究探索预留了必要的空间。

注释

[1] 美]查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论（第3版）》（下册），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1130页。

[2] 王欣新：《破产法》（第三版），中国人民大学出版社2011年版，第249页。

[3] 王富博：“破产立案制度的反思与重构”，载《人民司法》2017年第19期。

[4] 池伟宏：“论重整计划的制定”，载《交大法学》2017年第3期。

[5] 邹海林：“供给侧结构性改革与破产重整制度的适用”，载《法律适用》2017年第3期。

[6] [美]查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论（第3版）》（下册），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1201页。

[7] 王欣新：“论经济危机下的破产法应对”，载2009年6月18日《人民法院报》。

[8] [美]查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论（第3版）》（下册），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1243页。

[9] [美]查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论（第3版）》（下册），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1201页。

[10] [美]查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论（第3版）》（下册），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1223页。

[11] 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第474页。

[12] 季奎明：“论企业预先重整制度”，载《公司法律评论》2011年卷。

[13] 金春、任一民、池伟宏：“预重整的制度框架分析和实践模式探索”，载王卫国、郑志斌主编：《法庭外债务重组》，法律出版社2017年版，第107页。

<完>