



豪诚智库集团

清算 重组 投资 财税

第 14 期

最高法指导案例：公司人格混同的认定规则，及人格混同的法律后果

维稳应对：涉众型破产案件中的债权收购

光华激辩：重整计划批准与非实质合并破产





豪诚集团
HAO CHENG GROUP

债务重组与企业重整专业机构

中国 · 成都

豪诚智库集团



四川豪诚企业清算事务所有限公司成立于 2005 年 1 月，是我国最早从事企业破产清算及企业债务重组业务的专业服务机构之一。2007 年新破产法实施以来，公司先后入围四川省高院、贵州省高院、成都中院、贵阳中院、达州中院、眉山中院等法院的破产管理人名册。2015 年，豪诚清算入选贵阳中院一级管理人名册，2017 年入选成都中院一级管理人名册，综合评级排名第一。

为满足公司不断发展的需求，以破产清算和债务重组等业务为依托，豪诚清算发起组建了西南地区第一家企业智库机构——豪诚企业智库集团，为危困企业提供资产及债务、法律、财务、税务、投融资、管理咨询等全方位的专业服务。

经过十余年的发展，公司现已逐步形成了覆盖法律、财务、税务、金融、产（股）权交易、经营运行专业并具有丰富工作经验的专家团队，已跻身为全国优秀破产管理人。公司先后为上市公司、央企、省属国有企业、股份制民营企业提供了破产清算、破产重整、破产和解及并购重组等专业服务。服务领域涉及房地产、制造业、农牧业、新能源、矿业等多个行业板块，受法院、政府、企业的指定或委托，管理服务的企业近百家，清理的不良资产约 500 亿，解决职工及各类债权人十万余人。

联系电话：028-84518706

公司地址：成都市高新区交子大道 88 号 AFC
中航国际广场 B 栋

网 址：www.hczkjt.com

微信公众号：



豪诚动态

- 一、成都联利投资咨询有限公司第一次债权人会议顺利召开.....1
- 二、七夕送礼——覃律师做“债权申报与审查”专题培训.....3
- 三、周兵总经理一行应邀参加发现书院三周年庆典暨破产法实务论坛第一季 6

行业热点

- 一、光华激辩：重整计划批准与非实质合并破产.....9
- 二、中美贸易战背景下，我国破产审判工作要做好这五点.....15
- 三、五部委：限制高负债企业过度举债 开展债转优先股试点.....22

法院信息

- 一、青神县人民法院指定四川中立中清算事务所有限公司眉山分公司为四川青神新久源实业有限公司破产清算管理人.....31
- 二、盐亭县人民法院指定四川华天君安会计师事务所有限公司、四川石泉律师事务所（前两者为联合体）、四川宏远清算服务有限公司共同担任绵



CONTENTS

[目录]

2018年8月



阳鸿永房地产开发有限责任公司重整案管理人.....	31
三、蓬溪县人民法院指定北京德恒（成都）律师事务所为四川涌 岷置业有限公司重整案管理人.....	32
四、沐川县人民法院指定四川金顶律师事务所为沐川县惠民农贸 市场有限公司破产清算案管理人.....	33
五、德阳市中级人民法院指定四川杰灵会计师事务所有限责任公 司为什邡市桂湖摩尔购物广场有限责任公司破产清算案管 理人.....	33
六、德阳市中级人民法院指定四川康伦律师事务所为四川瑞麟食 品股份有限公司破产清算案管理人.....	34

问题探索

一、一个会计科目撬动的上市公司 ——新都酒店强制退市案评 述.....	35
二、维稳应对:涉众型破产案件中的债权收购.....	64
三、特殊破产债权的审核.....	70
四、《公司法》的通俗化解读.....	83
五、最高人民法院已支付全部购房款的消费者在房地产开发企业 进入破产程序后.....	92
六、最高法指导案例：公司人格混同的认定规则，及人格混同的 法律后果.....	102

豪诚动态

一、成都联利投资咨询有限公司第一次债权人会议顺利召开

时间：2018.8.7

成都联利投资咨询有限公司第一次 债权人会议顺利召开



2018年8月7日，成都联利投资咨询有限公司第一次债权人会议在成都市温江区第二中学顺利召开。本次会议，共有266户债权人到会。根据现场统计，所有表决事项均获得高票通过。

成都市温江区人民法院于2018年3月30日以(2018)川0115破3号民事裁定书，裁定受理成都联利投资咨询有限公司的破产清算申请，并于同年4月4日指定四川豪诚企业清算事务所有限公司担任管理人。



管理人进驻债务人现场后，在人民法院的指导下，接管了债务人证照、印章、合同、档案、财务账册等资料，并通过公开比选，聘请了专业审计机构、资产评估机构、工程造价鉴定机构全面进行清产核资工作。经管理人通知，至债权申报截止日，共有 325 户债权人向管理人申报了债权。



管理人在债权人会议上作了《执行职务的工作报告》、《债务人财产状况报告》、《债权申报与审查情况报告》、《管理人报酬方案》等报告。同时，债权人会议就《财产管理方案（一）基本方案》、《财产管理方案（二）复工续建方案》进行了审议、表决。经债权人会议表决，这两个方案均获得高票通过。



本次会议，圆满完成了各项法定议程，会场秩序井然，气氛和谐。

二、七夕送礼——覃律师做“债权申报与审查”专题培训

时间：2018.8.17

七夕送礼——覃律师做“债权申报与审查”专题培训

2018年8月17日，农历七月初七，七夕节，在这浪漫温情的日子里，公司旗下四川方法律师事务所覃万秋副主任在公司培训室为大家带来了一场精彩纷呈的专业讲座，集团副总裁周兵、财务副总裁刘春、财税总经理雷加林、业务中心总监王双及部分员工参加了此次培训。



此次培训，覃律师以“债权申报与审查”为专题，从债权申报、债权审查、债权确认三方面深入浅出的剖析债权申报、审查及确认工作中涉及的法律问题及实践处理，大家就自己工作中遇到的问题及关切与主讲人进行了深入及时的交流，培训会场气氛融洽。



律所合伙人李壮律师结合自身多年的诉讼及破产法律服务经验，对覃律师的讲座做了充分的肯定，并提出了自己独到的见解。



此次培训大家参与积极，与主讲人形成了良好的互动，解决了一些困扰大家很久的问题。此类培训是公司建立学习型团队，提高员工

执业素养的重要一环，通过一系列培训，提高的员工的执业技能和风险防范意识。

三、周兵总经理一行应邀参加发现书院三周年庆典暨破产法实务论坛第一季

时间：2018.8.18

我公司应邀参加发现书院三周年庆典暨破产法实务论坛第一季集团董事、副总裁、清算公司总经理周兵先生作“破产项目管理”主题分享



2018年8月18日，发现书院三周年庆典暨破产法实务论坛在国家检察官学院四川分院隆重举行，来自全川司法、律所、企事业等单位的法律工作者及企事业单位人员近200人参加此次论坛。我公司应

邀参加，公司集团董事、副总裁、清算公司总经理周兵先生作“破产项目管理”主题分享。



周总先生从事破产业务 24 年，具有清算师、高级策划师职业资格，参与或管理的破产及相关咨询项目两百余个，具有丰富的破产实务操作和项目管理经验。本次论坛，周兵先生以四川华通柠檬有限公司破产重整案件为例向大家分享“破产项目管理”的宝贵经验。



周兵先生结合自己多年办案经验，以华通柠檬公司破产重整案为主线，讲解破产项目管理过程需要关注的时间节点和注意事项，介绍了公司编制的《破产管理人操作规程》。与会人员对周兵先生务实的讲解给予了高度的评价，对公司操作规程将破产案件管理流程化、标准化的做法给予了充分的肯定。



本次论坛，展现了我公司从业人员的良好业务素质和专业形象，进一步深化了我公司与业内同行的交流与合作，为我公司未来发展增添了新的助力。

行业热点

一、**光华激辩：重整计划批准与非实质合并破产**

文章来源：董璐 毛荧月 破产法快讯

光华激辩：重整计划批准与非实质合并破产

2018年7月21日，西南财经大学破产法研究中心主办的第二期光华破产法沙龙——“重整计划与非实质合并破产问题的展开”在乐山顺利召开，来自西南财经大学、北京外国语大学、北京师范大学、中国政法大学、上海财经大学等高校的专家学者，京衡律师事务所、方达律师事务所、金杜律师事务所等来自全国各地的中介机构专业人士，以及四川省三级人民法院的破产法官、部分金融机构、从事破产管理人业务的多家中介机构的百余名破产法理论界与实务界人士齐聚乐山。沙龙围绕三个主题展开了激辩：破产重整计划的批准、执转破、关联企业非实质性合并下的债务处理。沙龙由西南财经大学破产法研究中心主办，乐山市华威清算事务所有限公司承办，四川创实律师事务所协办，得到了乐山中院的大力支持和协助。沙龙由西南财经大学破产法研究中心主任刘静主持并致开幕辞，她诚挚地感谢了自财大破产法研究中心成立以来破产法各界对研究中心的大力支持和对各种学术交流活动的积极参与。四川省乐山市中级人民法院王一君副院长代

表王雪梅院长致辞，介绍了乐山两级法院近年来破产审判业务以及执转破工作的开展、经验，欢迎与会嘉宾带来宝贵的经验，并就实践中的问题进行务实的讨论。

（一）沙龙第一个单元是讨论重整计划草案的批准。

北京金杜律师事务所合伙人王鑫律师就如何制定重整计划分享了诸多经验。他认为：制定重整计划要围绕三个目标，一是重整计划应立足于拯救困境企业；二是最大限度保护债权人利益；三是对出资人权益要进行更好调整。其中，需要特别关注两个大问题，一是实现债务重组方案，二是清偿方案。关于债务重组方案，应关注重组手段多样化；关于经营方案，企业清偿率高低取决于企业清算价值和持续经营状态下的持续营运价值。管理人和投资人应发现企业的价值并和清偿率衔接，同时考虑对价值进行进一步放大。制定重整计划要有针对性制定，要争取债权人和社会认可，要让企业得到重整新生。

上海方达律师事务所陈冠兵律师从投资人的角度探讨了重整计划的可行性、清偿率、投资人的保障和退出通道等问题。他认为，重整是保护真正有营运价值的企业。目前，企业是否可重整主要考虑两个方面：一是特殊的行政许可、资源，二是土地价值。他根据从业经验指出：重整计划应当关注到投资人的利益，需要考虑重整失败，投资人如何安全退出的问题并介绍了实践中的做法。

上海财经大学的何欢老师的发言首先从两个问题出发：一是为什么即使全部表决组都通过了重整计划，仍然需要通过法院批准？二是既然重整计划都需要经法院批准，为什么还需要进行表决？何欢老师从美国破产法的规定展开，认为我国破产法关于重

整计划批准标准的规定的缺陷在于，一是没有区分特定计划针对的究竟是整个计划，还是与利害关系人的待遇有关；二是没有区分特定标准针对的是利害关系人小组的待遇还是利害关系人个体的待遇。三是没有区分强制批准是针对未通过的小组还是全部表决权小组。

浙江京衡律师事务所执行主任任一民律师主要从如何选择投资者、如何表决分组、如何表决三个方面发言。他认为，第一，在选择投资人上，公开招募肯定是通常适用的，但并不排斥在特定情况下为了保存企业价值进行秘密谈判；价高者得也并非适用于任何类型企业的重整；第二，对于如何分组的问题，现在的分组规则，4+1规则不能完全满足实践的需要，比如在房地产企业破产中，就有必要根据债权性质的不同而予以更多分组；第三，关于表决，不同模式的债转股可以根据其性质的不同而适用区别对待的表决规则；对于表决权的计算，有特定财产担保的债权，按物保设定时约定担保债权数额计算表决权？还是按照重整计划草案中基于担保物实际价值而调整其表决权？更为合适的方式应该是按重整计划草案规定的清偿方案计算表决权（当然该担保物估值应合理公允）。

四川省南充市中级人民法院院长杨敏结合南充法院的审判实践谈到，在对重整计划进行批准时，要结合个案现实情况，对合法性问题进行冷静的思考。同时，他认为法官还应具有政治站位和方向性，要注重与推进供给侧结构性改革相结合，考虑破产重整企业的营运价值。

四川省乐山市中级人民法院民六庭庭长董璐就重整计划表决时的分段不分组问题以及在重整计划整体通过的前提下，如何审查是否涉及多数人“暴力”的问题提出了个人的看法，认为重整计划中各组债权人的清偿比例高于清算状态时，即使分段不分组在最终效果上可能在普通债权人之间有所差别，对合法性审查的最终认定还应该考虑重整的目的，正义应当是一种对整体价值的评价。

四川省高级人民法院的许静法官讨论了重整过程中的资产估值问题，这一问题涉及到重整计划批准时如何评价债权人利益是否受损。与会嘉宾就抵押权物的公允价如何确定？是按债权金额占企业总资产的比例，还是按照单项评估予以确定进行了激烈交锋。

（二）沙龙第二个单元讨论了当前最为迫切的执转破问题。

四川省南充市中级人民法院的杨敏院长认为，基本解决执行难问题是解决“四个基本”问题，执转破是基本解决执行难的基本步骤，执转破来源于中国特殊问题和形势，执转破中涉及的最重要的是问题是管理人问题和税务问题。四川省成都市龙泉驿区人民法院的王泽轩院长和四川省武侯区法院的王佳舟副院长结合审判实务，探讨了现实存在的成本费用、政府救市、个人债务、刑民交叉和维稳压力等问题，以及这些问题给执转破工作的全面推动带来的不利影响和克服的路径。执行工作和破产业务可以有机地协调和衔接起来，共同推动人民法院司法为民宗旨的实现。刘静副教授指出：执行难的危机掩盖着中国大量个人和家庭债务危机问题，只有个人破产制度真正在中国确立，才能从根本上完善

信用体系和破产制度，使中国破产法改变一条腿走路的现状，真正完整地实现破产法保障经济发展和社会稳定的功能，以及拯救市场主体——包括企业和个人的功能。

中国政法大学的史明洲老师认为：应把执行和破产作为整体来看待，建议在执行和破产中间设立债务清偿程序，并把执行程序推向市场，将所有部门的大数据予以串联、整合，推进执转破和解决执行难的进程。上海方达律师事务所的陈冠兵律师进一步强调：实行执转破是我国的现实所需，其有利于提高破产受理的开放力度，增强债权人申请破产的动力，追究违法投资人的相关责任。

（三）沙龙第三个单元是关于关联企业非实质合并问题。

会议承办方乐山市华威清算事务所有限公司总经理徐洪从案例出发，提出四个问题：第一，如何考虑关联企业之间的互联互保关系？第二，关联关系中如何解决循环分配的问题；第三，主债务和抵押物的清偿顺序如何确定？关联公司之间的债务是否劣后清偿？第四，关联企业之间同时清偿时是否需要平衡兼顾处理？

北京师范大学的贺丹副教授认为，关联企业互联互保问题的解决要考虑到破产法外担保法律制度的法律框架，特别是要考虑到债权人的债权保护与担保人的追偿权问题。同时，在主债务人和担保人都破产的情况下，债权清偿顺序是一个比较重要的问题，要区分第三人提供物保和保证的不同情形，并且要考虑到是否足额担保对于债权人清偿权益的影响，在保证的情况下，应当区分一般保证和连带责任保证。

四川省成都市中级人民法院的陈兵副庭长和四川省成都市龙泉驿区的黄承军庭长一致认为，在非实质合并的前提下，互保问题的处理，不应过多考虑关联关系，而将各企业当作独立的个体，赋予债权人选择权。

四川省资阳市中级人民法院杨江涛副院长认为，应当对关联企业之间的交易进行效力判断，优先适用破产法关于交易行为无效和可撤销的规定，然后考虑适用合同法的相关规定。由于合同法与破产法对于交易时主观状态的规定不同，可以结合物权法关于善意的规定进行举证责任的分配，但是对于破产的情形，关联企业之间的交易举证责任的标准达到“释明”即可，其他企业的交易还需达到“盖然性占优”。

四川省高级人民法院民二庭邓长玉法官对审查关联企业申报债权的真实合法性的标准以及实质性合并与非实质性合并的区别问题发表了个人的看法。华夏银行成都分行资产保全部副总经理关炜就银行债权在破产程序中的权益保护以及银行间债委会在企业债务重组中发挥的作用发表了观点。

阿里巴巴集团拍卖平台业务专家姜天萃参加了本次沙龙，就阿里巴巴集团目前的大数据工作、破产网拍工作能够为破产法律实施提供的服务进行了较为详细的介绍，阿里正在研发完善的钉钉债权人会议系统，会为破产工作提供更好的技术支持。

在最后的互动环节，与会嘉宾就债转股的适用、如何通过网拍实现重整、如何维持企业的营运价值、如何确定清算价值、如何消除执转破的障碍进行了更加真诚、深入和广泛的讨论，沙龙气氛热烈，笑声、争论不断，交锋、共识频现。

本次沙龙是理论界与实务界就破产重整、关联企业破产、执转破的一次紧扣实务和主题，又有理论水平的高质量交流和研讨，参会嘉宾收获颇丰，启发良多，推动了四川省破产审判事业的发展和破产职业共同体的构建，为西部地区以市场化破产的方式推进供给侧结构性改革作出了积极贡献。

二、中美贸易战背景下，我国破产审判工作要做好这五点

文章来源：杜万华 人民法院报

中美贸易战背景下的我国破产审判工作 最高人民法院咨询委员会副主任 杜万华

中美贸易战已经开战。7月11日，美国又宣布将对中国2000亿美元的输美产品征收10%的高额关税。贸易战又进一步升级。事态会如何发展，发展到什么程度，目前还难以预料。

但有一点可以肯定，如果美国对在华企业输入美国的产品按照600亿、2000亿、5000亿美元的规模递次征收高额关税，将有不少在华企业会陆续陷入破产困境。天下事，预则立，不预则废。对贸易战可能导致的企业破产，人民法院应当及早进行研判，以防不测。

如何开展破产审判工作，我过去曾经讲过：

要建立一个平台，即人民法院要建立一个破产审判工作的平台；

完成两项任务，即人民法院破产审判工作要完成救治危困企业和对死亡企业实现市场出清的任务；

明白破产审判的三个优越性，即人民法院的破产重整与非司法兼并重组相比，有三个优越性：

明确债权债务的优越性、信息公开的优越性和法院与政府沟通协调联动机制的优越性；

建立四个机制，即人民法院开展破产审判工作要建立四个基本机制：破产企业识别机制，法院与政府沟通协调联动机制，上下协调各方联动的信息沟通机制，各方当事人之间的利益协调平衡机制；

采取五项措施，即人民法院开展破产审判工作应当采取的五项工作措施：建立专业化的破产审判机构和破产审判队伍的措施，建立专业化的破产管理人队伍和规范化的破产管理工作制度，建立一批以市场化为导向的能够挽救企业的企业，建立起执行转破产审查的制度，建立起繁简分流的工作程序。

目前，审理一般破产案件，我认为仍然应当按此进行。但是，在贸易战背景下，涉贸易战的相关企业的破产问题，应当根据目前出现的新情况、新问题认真思考对策。

首先，要将法治化、市场化、专业化有机结合起来，有效地推进破产审判工作。

所谓**法治化**，就是要按照我国企业破产法等法律和司法解释的要求，对破产案件进行立案、审查和处理。

对符合**重整条件**的，要认真开展重整工作；

符合**和解条件**的，做好相关工作，推动债权人与债务人的和解协议的实现；

符合**破产清算条件**的，认真做好财产清算工作，尽最大可能维护债权人的债权。

按照法律程序，特别是破产法律程序的要求，推进破产审判工作的进程，公平公正地维护好各方当事人的合法权利。

所谓**市场化**，就是在破产审判工作中，无论是破产和解、重整和清算，都要以市场化为导向，尊重债权人、债务人、投资人、股东的选择，按照法律的相关规定作出相关裁决，并监督和推动该裁决的实施。

所谓**专业化**，就是要尊重不同行业的专业化要求，开展破产审判工作。

法治化、市场化、专业化，在破产审判工作中不是相互对立、相互隔离的，相反，它们是相互联系、相互补充、相互渗透、相互影响的。在破产审判工作中，无论是程序的保证、裁决的作出、计划的实施等方面，都要将三者有机结合起来。如果不将这三者有机结合起来，只孤立地进行法律判断，破产审判工作就不可能取得良好的社会效果，破产审判工作为党和国家工作大局服务的目的就难以实现。

其次，要做好优质企业的破产审判工作。

贸易战背景下的破产审判工作，与去杠杆、去库存，清理僵尸企业背景下的破产审判工作是不同的。在贸易战背景下的破产企业，有不少是优质企业，甚至是很有前途的高科技企业。这类企业往往设备工艺先进，科技水平一流，管理制度完善，产品质量优良，市场销售兴旺。

企业之所以破产，是因为——

贸易战原因，产业链前端的原材料或者零部件因高额关税导致成本大幅度增加，

或者因各种原因关键原材料或零部件被禁售，或者因国外贸易保护主义的反倾销、反补贴高额税收导致成本大幅上升，或者因为相关国家因贸易保护而突然关闭市场，导致产品销售困难，或者因服务贸易中的技术禁运，导致产品难以进行生产，或者因为债务结构不合理出现债务危机。

在此情况下，企业生产经营难以为继，陷入了破产困境。针对上述情况，人民法院开展破产审判工作的基本思路，应当是按照法律的规定和市场化的要求，保护住这些企业，或者保护好其优质的整体生产经营体系和能力，而不能采用碎片化方式清算拍卖财产，破坏其整体生产经营体系和能力。

在具体操作方式上，可以根据企业的不同情况，在现行法律的框架内，按照市场化、专业化的要求，采用破产和解、破产重整，或者破产重整与破产清算相结合方式，保护住企业或者其优质的整体生产经营体系和能力。根据多年来人民法院的破产审判实践的经验，将法治化、市场化、专业化有机结合起来，这一目的完全可以实现。

再次，要按照不同的行业，建立起一批能够挽救企业的企业。

多年的破产审判工作实践证明，危困企业或者危困企业的生产能力要通过破产重整重新获得新生，**战略投资人**加入十分重要。但实践中，战略投资人难寻是不争的事实，这也是破产重整成功率不高的主要原因。

企业是各种生产要素结合的平台，其陷入破产困境，主要是各种生产要素组合不合理，且自身难以解决不合理组合问题，需要借助外界力量重新注入新的生产要素，并对新旧生产要素重新组合，使其重获新生。

但是，我国不同的生产要素，由不同市场主体掌握：掌控资本的不掌握科技，不了解市场，不懂管理；而掌握科技，了解市场，精通管理的人又不掌握资本。不同生产要素的相互分立，是我国目前破产重整成功率不高的主要原因。如果能够在各行业建立起一批能够掌控不同生产要素，或者能够有效调动不同生产要素的企业，那破产重整的成功率必将大大提高。

目前，这种观点已经不是简单的理论设想，它已经被**重庆钢铁股份有限公司破产重整案**的实践所证实。重钢的破产重整之所以成功，就是因为引进了“四源合基金”。“四源合基金”实质上就是针对钢铁行业重整或者重组而成立的挽救企业的企业。正因为“四源合基金”掌握了钢铁生产的不同生产要素，包括资本、钢铁行业的市场、钢铁行业的管理、钢铁行业的科技等生产要素，当它们将这些新的生产要素与重钢原来的生产要素重新组合以后，重钢会才在重整后短短的几个月里实现了扭亏为盈，实现了浴火重生。

在这次贸易战的背景下，如果我们能够按照不同行业，组建一批能够掌控或者能够调动不同生产要素的基金、公司或者其他能够挽救危困企业的企业，那对于保住因贸易战而陷入破产困境的优质企业，或者其优质的整体生产经营体系和能力，无疑会有很大的好处。

第四，要加快破产管理队伍建设，尽快实现破产管理人队伍专业化和工作规范化。

我曾经多次讲过，当前破产审判工作效率不高，除破产审判工作专业化程度还需要提高外，破产管理人队伍专业化和工作规范化程度不高是重要原因。

其一，破产管理人在破产审判工作中处于中心位置。它不仅要与债权人、债务人、股东沟通，还要与投资人谈判，维护好各方当事人的合法权利。

其二，破产管理人不仅要保证破产企业的财产安全，还要管理好破产企业的财产，做好企业财产的清理，监督企业破产重整计划的落实等工作。

其三，破产管理人不仅要与政府密切沟通联系，处理好相关事务，还要做好法官破产案件审理的助手，依法推进破产审判程序顺利进行。破产管理人要懂法律、财会，还应当懂企业管理、财务管理等专业知识，否则很难适应工作。

目前，破产管理人还主要是律师和会计师，以后还应当吸收企业家等专业人士进入管理人团队，共同做好破产管理人工作。面对贸易战背景下的破产审判工作，只有破产管理人队伍专业化，工作规范化，破产审判工作的质量和效率才能大幅提高。面

对当前的瓶颈，特别是贸易战背景下不少优质企业的生死存亡，相关行政机关和人民法院应当积极进取，勇于担当，尽快推动这一工作上一个新台阶。

第五，要积极争取政府支持，共同做好贸易战背景下的破产审判工作。

在通常情况下的破产审判工作，建立常态化的法院与政府之间的沟通协调联动机制，是人民法院破产审判工作能够提高审判质量和效率的重要前提。

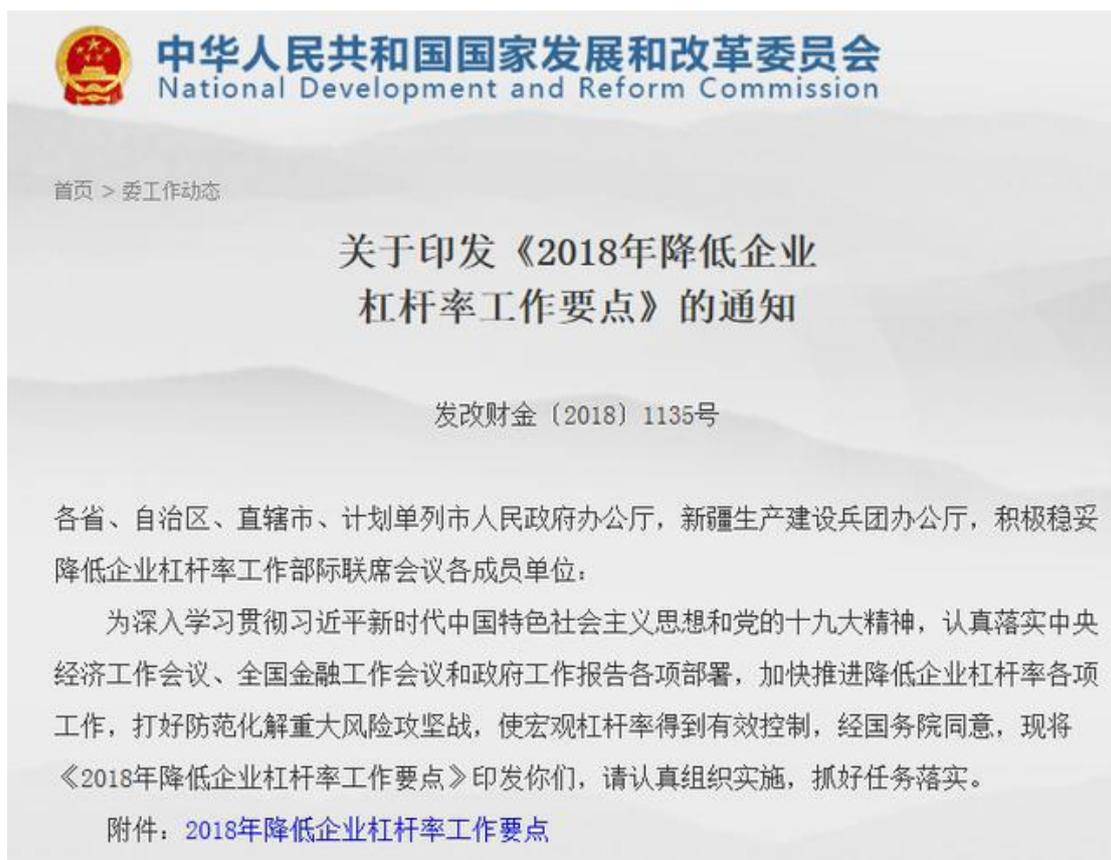
在贸易战背景下，建立和完善法院与政府之间的沟通协调联动机制，就显得更加重要、更加迫切。因为这类案件的审理涉及更加广阔的市场视野，更加专业的经济信息，更加周到的专业服务，更加复杂的社会问题。这些问题没有政府的参与和支持很难有效解决，破产审判工作的法律效果和社会效果都难以取得。贸易战背景下的破产审判工作，虽还不可能马上开始，但需要未雨绸缪。不早做准备，临阵磨枪，仓促上阵，难有胜算。

为党和国家工作大局服务，促进社会主义市场经济健康发展，是人民法院的神圣职责。中美贸易战的开战，是中国崛起过程中难以避免的冲突。在今后的发展中，类似这样的冲突还会以各种不同的方式出现。

对此，我们要有充分的思想准备。人民法院应当以中华民族崛起为己任，敢于迎难而上，用我们的知识和聪明才智，服务国家、服务民族，在党中央的领导下，战胜一切困难，为中华民族的伟大复兴而努力奋斗！

三、五部委：限制高负债企业过度举债 开展债转优先股试点

文章来源：中国网财经



五部委：限制高负债企业过度举债 开展债转优先股试点

中国网财经 8 月 8 日讯 据国家发改委网站消息，发改委印发《2018 年降低企业杠杆率工作要点》的通知。

各省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府办公厅，新疆生产建设兵团办公厅，积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议各成员单位：

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，认真落实中央经济工作会议、全国金融工作会议和政府工作报告各项部署，加快推进降低企业杠杆率各项工作，打好防范化解重大风险攻坚战，使宏观杠杆率得到有效控制，经国务院同意，现将《2018年降低企业杠杆率工作要点》印发你们，请认真组织实施，抓好任务落实。

2018年降低企业杠杆率工作要点

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，认真落实中央经济工作会议、全国金融工作会议和政府工作报告各项部署，深入推进供给侧结构性改革，按照《国务院关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》（国发〔2016〕54号）及附件《关于市场化银行债权转股权的指导意见》（以下简称《指导意见》）要求，现提出2018年降低企业杠杆率工作要点如下。

（一）建立健全企业债务风险防控机制

1、充分发挥国有企业资产负债约束机制作用。组织落实《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》，建立国有企业资产负债约束机制，区分不同行业、企业类型设置资产负债率预警线和重点监管线，科学评估超出预警线和重点监管线企业的债务风险状况，根据风险大小程度分别列出重点关注和重点监管企业名单，并明确其降低资产负债率的目标和时限。（国家发展和改革委员会、财政部、国务院国有资产监督管理委员会牵头，中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

2、加强金融机构对企业负债的约束。通过债权人委员会、联合授信等机制以及银行对企业客户开展债务风险评估等方式，限制高负债企业过度债务融资。（中国银行保险监督管理委员会、中国人民银行牵头，国家发展和改革委员会、财政部、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

3、完善国有企业资本管理机制。进一步夯实国有资本，明确国有企业资本补充的条件、标准和资金渠道，支持国有企业通过增加资本积累、增资扩股、引入战略投资者、市场化债转股等方式多渠道筹集资本、充实资本实力、降低企业资产负债率。加强国有企业资本真实性管理，提高财务真实性。规范使用混合型权益融资工具，防止虚假降杠杆。（国务院国有资产监督管理委员会、国家发展和改革委员会牵头，中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

4、健全企业债务风险监测预警机制。分行业、分地区定期对企业杠杆率和债务风险进行动态监测。重点做好大型企业债务风险监测，加强涉企信息整合和共享，对高负债高风险企业建档监控，做好风险防范预案。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国证券监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

5、完善大型企业债务风险联合处置机制。对发生债务风险的大型企业，引导各市场主体及早按照市场化法治化原则协商处置，避免损失扩大。对潜在影响较大的债务风险事件，相关部门要联合开展协

调，确保依法合规处置，提高处置效率，防止风险蔓延。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二）深入推进市场化法治化债转股

6、壮大实施机构队伍增强业务能力。支持符合条件的银行、保险机构新设实施机构。指导金融机构利用符合条件的所属机构、国有资本投资运营公司开展市场化债转股，赋予现有机构相关业务资质。研究推动私募股权投资基金更多参与市场化债转股。支持各类实施机构通过多种方式增强资本实力，推动实施机构与各类股权投资机构和社会产业资本合作，提高业务能力特别是股权管理能力。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

7、拓宽实施机构融资渠道。支持金融资产投资公司通过发行专项用于市场化债转股的私募资管产品、设立子公司作为管理人发起私募股权投资基金等多种方式募集股权性资金开展市场化债转股。支持符合条件的金融类实施机构发行专项用于市场化债转股的金融债券筹集资金，鼓励符合条件的各类社会资金投向市场化债转股项目。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

8、引导社会资金投向降杠杆领域。运用定向降准等货币政策工具，积极为市场化债转股获取稳定的中长期低成本资金提供支持。完

善各类社会资金特别是股权性资金参与降杠杆和市场化债转股的引导机制。（中国人民银行、国家发展和改革委员会、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责完成时间：持续推进）

9、完善转股资产交易机制。研究依托多层次资本市场集中开展转股资产交易，提高转股资产流动性，拓宽退出渠道。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）

10、开展债转优先股试点。鼓励依法依规以优先股方式开展市场化债转股，探索以试点方式开展非上市非公众股份公司债转优先股。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、国家市场监督管理总局、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

11、推动市场化债转股与完善现代企业制度有机结合。指导债转股实施机构和企业按照《指导意见》要求在债转股协议中对企业未来债务融资行为进行规范，对企业资产负债率作出明确约定；推动将市场化债转股与国有企业混合所有制改革等工作有机结合，推动企业改组改制，形成股权结构多元、股东行为规范、内部约束有效、运行高效灵活的治理结构。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）。

12、加强转股股东权益保障。针对转股企业存在的股东行为规范和公司治理的特殊性问题，研究加强转股股东权利保护的政策措施。

（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）

（三）加快推动“僵尸企业”债务处置

13、完善“僵尸企业”债务处置政策体系。研究出台有效处置“僵尸企业”及去产能相关企业债务的综合政策以及金融等相关领域的具体政策，落实好有利于“僵尸企业”出清的税收政策，通过推动债务处置加快“僵尸企业”出清。（国家发展和改革委员会牵头，最高人民法院、财政部、自然资源部、中国人民银行、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、中国银行保险监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）。

14、破除依法破产实施障碍。推动各地建立政府与法院之间关于企业破产工作沟通协调机制，研究解决破产启动费用问题协调解决破产程序启动难实施难、人员安置难等问题。（最高人民法院、国家发展和改革委员会、财政部、人力资源和社会保障部及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

15、完善依法破产体制机制。研究总结依法破产实践中遇到的问题，建立关联企业破产制度，研究完善庭外重组制度和建立预重整制度，探索建立破产案件快速审理机制，推动破产案件繁简分流；完善重整企业的信用修复机制；开展破产法规修订前期研究，适时提出修改企业破产法。（最高人民法院、国家发展和改革委员会、中国人民

银行、中国银行保险监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（四）协调推动兼并重组等其他降杠杆措施

16、积极推动企业兼并重组。深化产融合作，充分发挥资本市场在并购重组中的主渠道作用；加大对基于产业整合的并购重组的支持力度。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、工业和信息化部、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

17、多措并举盘活企业存量资产。指导企业积极利用产权市场转让质量效益不高、与主业协同度低或非主业、亏损企业等相关资产，有效回收资金；继续通过资金集中管理、两金（应收账款和存货）压降等多种手段提高企业整体资金利用效率（财政部、国务院国有资产监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

18、有序开展资产证券化。按照“真实出售、破产隔离”原则，有序开展信贷和企业资产证券化。（中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

19、多方式优化企业债务结构。指导企业合理用好各类债务融资工具，形成合理的债务类型和期限结构，降低流动性风险。（国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

20、积极发展股权融资。加强主板、中小板和全国中小企业股份转让系统（新三板）等不同市场间的有机联系。稳步推进股票发行制

度改革，深化创业板和新三板改革，规范发展区域性股权市场。积极发展私募股权投资基金。发展交易所债券市场。稳步发展优先股和可转债等股债结合产品，优化上市再融资结构。（中国证券监督管理委员会，完成时间：持续推进）

五、完善降杠杆配套政策

21、稳妥给予资本市场监管支持。对降杠杆及市场化债转股所涉的 IPO、定向增发、可转债、重大资产重组等资本市场操作，在坚持市场“三公”原则前提下，提供适当监管政策支持。（中国证券监督管理委员会，完成时间：持续推进）。

22、提高国有资产处置效率。在严格防止国有资产流失的前提下，对于纳入重点降杠杆范围企业的资产处置进行专题研究，予以支持。严格在法定时限内完成地方国有企业降杠杆涉及的国有资产审批事项，纠正不恰当升高审批层次的做法或不审批不作为的现象。（国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

23、加强会计审计业务指导。加强对会计师事务所的业务指导，严格按照相关业务规则提供审计服务。（财政部，完成时间：持续推进）

（六）做好降杠杆工作的组织协调和服务监督

24、指导重点行业和地区开展降杠杆工作。对重点降杠杆案例做好组织协调工作，克服障碍推动实施；积极鼓励优质资产企业按市场化原则开展债转股；继续推动优化债转股行业结构，引导实施机构对我国经济转型升级、国家安全具有重要意义的行业和企业开展市场化债转股；指导重点地区降杠杆工作并开展深入调研。（国家发展和改

革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

25、发挥典型案例的示范带动作用。及时分析总结降杠杆的典型案例及政府引导激励的典型做法，积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议办公室以适当方式进行推广复制。（积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议成员单位和部际联席会议办公室及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

26、强化监督约束确保有序开展。加强企业降杠杆特别是债转股的全过程监督检查，严格禁止对不适当企业进行债转股，防止违法违规操作，建立债转股相关主体记录。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

27、继续做好宣传与舆论引导工作。继续开展降杠杆的正面宣传，及时回应社会关切与热点问题，切实控制不实不良信息传播，加强与有影响力的外媒和有关国际组织沟通，创造良好的内外部舆论环境。（中央宣传部、中央网络安全和信息化委员会办公室及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

法院信息

一、青神县人民法院指定四川中立中清算事务所有限公
司眉山分公司为四川青神新久源实业有限公司破产清算管
理人

人民法院公告

本院根据王如全、朱康成的申请于2018年6月25日裁定受理四川青神新久源实业有限公司破产清算一案，并于2018年6月25日指定四川中立中清算事务所有限公司眉山分公司为四川青神新久源实业有限公司管理人。

[四川]青神县人民法院

本公告刊登在2018年07月27日

二、盐亭县人民法院指定四川华天君安会计师事务所
有限公司、四川石泉律师事务所（前两者为联合体）、四川
宏远清算服务有限公司共同担任绵阳鸿永房地产开发有限
责任公司重整案管理人

人民法院公告

本院已裁定受理申请人绵阳鸿永房地产开发有限责任公司申请绵阳鸿永房地产开发有限责任公司重整一案，指定四川华天君安会计师事务所有限公司、四川石泉律师事务所（前两者为联合体）、四川宏远清算服务有限公司共同担任绵阳鸿永房地产开发有限责任公司管理人。

[四川]盐亭县人民法院

本公告刊登在 2018 年 07 月 28 日

三、蓬溪县人民法院指定北京德恒（成都）律师事务所 为四川涌岷置业有限公司重整案管理人

人民法院公告

本院根据四川涌岷置业有限公司的申请于 2018 年 7 月 26 日裁定受理四川涌岷置业有限公司重整一案，并于 2018 年 7 月 27 日指定北京德恒（成都）律师事务所担任四川涌岷置业有限公司管理人。

[四川]蓬溪县人民法院

本公告刊登在 2018 年 08 月 06 日

四、沐川县人民法院指定四川金顶律师事务所为沐川县惠民农贸市场有限公司破产清算案管理人

人民法院公告

本院于2018年8月1日裁定受理沐川县惠民农贸市场有限公司破产清算一案，并于同日指定四川金顶律师事务所担任管理人。

[四川]沐川县人民法院

本公告刊登在2018年08月18日

五、德阳市中级人民法院指定四川杰灵会计师事务所有限责任公司为什邡市桂湖摩尔购物广场有限责任公司破产清算案管理人

(2018)德破指字第8号机构选择结果公示

2018年08月16日 15:27

2018年8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市桂湖摩尔购物广场有限责任公司破产清算一案，需要指定破产管理人。确定本案破产管理人是四川杰灵会计师事务所有限责任公司，四川和创律师事务所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8月10日

六、德阳市中级人民法院指定四川康伦律师事务所为四川瑞麟食品股份有限公司破产清算案管理人

(2018)德破指字第9号机构选择结果公示

2018年08月16日 15:26

2018年8月14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：

旌阳法院移送的四川瑞麟食品股份有限公司破产清算一案，需要指定破产管理人。确定本案破产管理人是四川康伦律师事务所，四川环峰律师事务所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8月14日

问题探索

一、一个会计科目撬动的上市公司 ——新都酒店强制退市案评述

文章来源：王靓迪 北京大学金融法研究中心

一个会计科目撬动的上市公司 ——新都酒店 强制退市案评述

摘要

上市了 23 年之久的新都酒店成为了 2017 年退市第一股。由于大股东违规担保、财务报表中减值准备存在问题等，新都酒店 2013 年、2014 年连续两个会计年度的财务会计报告被出具无法表示意见的审计报告，自 2015 年 5 月 21 日起被暂停上市。暂停上市后，新都酒店期望通过重整保壳，却因为中介机构出具的相反意见而落空。三中介机构反水的焦点在于“高尔夫球场”2014 年的租金收入能否确认为 2015 年的营业收入，还是仅属于非经常性损益。本文对新都退市始末、会计处理的合理性、以及中介机构和深交所的法律责任进行了梳理和分析，认为反水后中介机构的认定确实更具说服力。

关键词：新都酒店 强制退市 非经常性损益 中介机构

2018 年 3 月 2 日，就在两会召开的前一天，证监会发布了《关于修改〈关于改革完善并严格实施上市公司退市制度的若干意见〉

的决定》公开征求意见的通知，这次修订重点调整了重大违法强制退市的内容，强调证券交易所的退市工作主体责任，意在加大退市执行力度。2 不到一周后，沪、深两交易所便制定了《上市公司重大违法强制退市实施办法》（以下简称《强制退市实施办法》），并向社会公开征求意见。监管层自上而下的迅速反应、自 2016 年以来的强监管态势、加上文件发布时间的恰到好处，似乎都在预示着“强制退市，这次我们是认真的了”。实际上，早在 1994 年的《公司法》当中就从法律层面上规定证监会具有终止上市的决定权。3 后来，终止上市的决定权慢慢由证监会向交易所下放。4 但在 2016 年 5 月 13 日，刘士余主席任证监会主席不久，我国证券市场才出现第一家因信息披露造假被强制退市的公司——*ST 博元。刘主席完善退市制度的决心很大，上任以来曾多次对退市制度的完善表示关注，力求资本市场中“该退市的退市、该退场的退场”。尽管这样，在强制退市第一股之后，A 股退市股票仍然寥寥无几。《强制退市实施办法》征求意见稿发布后，A 股市场上一些连年亏损、资不抵债的上市公司“瑟瑟发抖”。对“稀少又珍贵”的强制退市案例进行研究，可以帮助我们从个案角度对强制退市制度进行分析、理解。然而，作为“硕果仅存”的案例，新都酒店退市当中夹杂着许多戏剧化的发展和反转的剧情，反而给观众们带来除“退市制度”外更深刻、玄妙的理解。

1994 年，新都酒店便在深交所中小板上市，曾是深圳市唯一一家上市酒店。自 2013 年开始，这家老牌酒店就风波不断，经历了风险警示、暂停上市、申请恢复上市、被迫退市的风波之后，最终被迫退出 A 股市场，成为 2017 年的退市第一股。2017 年 5

月 16 日，深交所对深圳新都酒店股份有限公司（下文简称“新都酒店”）依法作出了股票终止上市的决定。

（一）新都酒店退市始末

1、两度获非标审计报告，从风险警示到暂停上市

2014 年 4 月 28 日，新都酒店时任审计机构立信会计师事务所对新都酒店 2013 年度财务报告出具了无法表示意见的审计报告。根据《深圳证券交易所股票上市规则》（下文简称“《上市规则》”），深交所对新都酒店实行了“退市风险警示”，5 以警示投资者高度关注投资风险。2015 年 4 月 28 日，新都酒店 2014 年度财务报告继续被立信会计师事务所出具无法表示意见的审计报告。2015 年 5 月 21 日，深交所依法决定暂停新都酒店股票上市交易。

上市公司财务报告是投资者了解上市公司经营状况的重要途径，是信息披露的重要内容。上市公司财务报告应当经独立的会计师事务所审计，并满足相应财务指标的要求，包括净利润、净资产、营业收入、审计意见等。在首次不满足上述财务指标时，交易所不会直接暂停其股票债券的交易，而是给上市公司扣上“ST”的帽子，限制其股票的涨跌幅。但如果上市公司连续两年不满足上述财务指标，说明该公司的财务状况和经营状况出现了问题并且没能及时改善，交易所便有权力终止其股票债券交易以降低投资者风险。

2007 年以来，新都酒店的净利润、净资产确未出现连续两年为负的情况，营业收入也持续在 1 千万元以上。但 2013、2014 年连续两年，新都酒店财务会计报告均被审计机构出具“无法表

示意见的审计报告”，满足了被暂停上市的条件。所谓“无法表示意见的审计报告”，属于非标准审计报告的一种，是一种“不完美”的审计报告。根据相关会计准则，非标准审计报告包括带强调事项段的无保留意见的审计报告、保留意见的审计报告、否定意见的审计报告和无法表示意见的审计报告四种类型。注册会计师在审计过程中，如果无法获取充分、适当的审计证据以作为形成审计意见的基础，但又认为未发现的错报（如存在）对财务报表可能产生的影响重大且具有广泛性，应当发表无法表示意见。6 相较于否定意见，无法表示意见的审计报告更多地说明一种不确定性，是指会计师确实没有发现实质上的错报，但是也无法获得充分的证据来出具无保留意见。

在 2013 年的审计报告中，新都酒店第一次被立信会计师事务所出具无法表示意见的审计报告，其主要有三原因：

第一，新都酒店涉嫌违规担保。时任公司实际控制人郭耀名未经公司董事会、股东大会审议，在上市公司及董事会不知情的情况下擅自以公司名义对外担保，涉案金额巨大。

第二，无法确定新都酒店是否恰当记录并充分披露全部关联方交易；

第三，无法判断是否还存在其他诉讼、担保情况。

在 2014 年的审计报告当中，立信所表示新都酒店前一年暴露出违规担保、关联交易的问题依然存在。加之，新都酒店对其重大资产——“高尔夫物业”计提了约 5,200 万元的减值准备，对违规担保预计负债约 3.5 亿元，会计师事务所无法获取充分、适当的审计证据判断上述减值准备和预计负债金额是否充分和恰

当。据此，新都酒店在 2014 年继续被立信会计师事务所出具无法表示意见的审计报告。

2、重整保壳失败，中介机构齐反水

被暂停上市不可怕，毕竟还有恢复上市的机会。暂停上市后首个年度报告如若满足相应的财务指标（经审计）且经营状况良好⁷，便可以向深交所提出恢复上市的申请。恢复上市的申请还需聘请股份转让服务机构担任其恢复上市的保荐人、聘请律师对有关申请材料审慎审阅并出具法律意见书。反之，若被暂停上市后首个年度报告依然无法满足要求的财务指标，深交所所有权强制该公司退市。

新都酒店联合业界龙头天健会计师事务所、广发证券、北京市金杜律师事务所共同加入了这场“捞壳”运动。

在财务指标方面，天健会计师事务所对新都酒店 2015 年度财务报告进行审计，出具了带强调性事项的审计报告，认为 2015 年的财务状况全部满足恢复上市的条件。在审计上多次吃亏的新都酒店为确保万无一失，还特意委托了大信会计师事务所进行了专项复核。大信会计师事务所长沙分所针对公司 2014、2015 年度高尔夫租金收入 2,950 万元系经常性损益还是非经常性损益的问题出具了《深圳新都酒店股份有限公司高尔夫物业租金收入作为经常性损益的复核说明》，认为将高尔夫租金收入 2,950 万元作为 2015 年度主营业务收入符合企业会计准则规定。⁸（见表 1）

表 1 新都退 2015 年度财务报告数据及重新上市条件的满足情况

恢复上市财务指标要求	财报披露数据（约数）	是否满足
净利润为正值	6,971 万元	√
扣除非经常性损益后的净利润均为正值	1,256 万元	√
期末净资产为正值	962 万元	√
营业收入不低于一千万	11,717 万元	√

在中介机构方面，2016 年 5 月 3 日，广发证券股份有限公司出具了《关于深圳新都酒店股份有限公司之恢复上市保荐书》，认为新都酒店已经具备恢复上市的法定实质条件，同日向深交所提出恢复上市的申请。北京市金杜律师事务所出具了《关于深圳新都酒店股份有限公司 A 股股票恢复上市之法律意见书》，认为新都酒店满足重新上市的条件。

至此，恢复上市的所有条件皆已满足，新都酒店甚至给自己再吃了一粒定心丸，多拉了一家会计师事务所为自己保驾护航。2016 年 5 月 9 日，深交所受理新都酒店恢复上市的申请，并应在 30 个工作日内作出是否核准恢复上市的决定。在受理恢复上市申请的第二天，深交所向上市公司发出了要求补充材料的函件，其中要求回复的问题就包括“高尔夫球场”的减值处理及租金的会计处理问题。2016 年 6 月 29 日，上市公司对上述函件中提出的问题一一进行回复，各中介机构仍然在为上市公司“打包票”，

认定申请恢复上市的材料合理合法。但深交所没有就此罢休，而是书面说明将提请相关机构对新都酒店回复上市的相关情况进行调查核实，这使得审核的期限被无限制的延长了。

这场拉锯战以中介机构的“反水”为终结。2017年4月25日，天健所湖南分所出具《调整函》，将公司2015年度营业收入中确认的2014年度租赁期的高尔夫物业租金收入（1,650万元），从经常性损益事项调整为非经常性损益。2017年4月28日，大信会计师事务所补刀，发出《通知函》，也认定《复核说明》将2014年高尔夫物业租金认定为经常性损益不当。紧接着，广发证券“又插一刀”，认为基于上述两会计师事务所的认定，排除税费影响后，扣除非经常性损益后的净利润为负100余万元，不满足恢复上市的要求。

至此，三中介机构对“高尔夫物业”2014年的租金收入项目进行了调整，直接导致新都酒店2015年财务指标不满足恢复上市的要求。有趣的是，《调整函》、《通知函》的签章主体与最初“打包票”的签章主体都略有不同，反水的文件也均没有注册会计师为其签字。（见表2）

表2 审计机构反水前后文件签订主体及出具文件名称

反水前		
签章主体	时间	文件名称（简称）
天健会计师事务所总所	2016年4月25日	《2015年度审计报告》
大信会计师事务所长沙分所	（已被删除，无法求证）	《复核说明》

反水后		
签章主体	时间	文件名称
天健会计师事务所湖南分所	2017年4月25日	《调整函》
大信会计师事务所总所	2017年4月28日	《通知函》

对于上述认定，新都酒店一律出具了不予认可的公告，唯一没有反水的金杜律师事务所就此保持沉默。2017年5月16日，深交所发文认可各中介机构的认定。由于财务指标不满足恢复上市的条件，深交所对新都酒店依法作出股票终止上市的决定。一场重组保壳大戏就此画上失败的符号。

（二）一个会计科目撬动的上市公司

1、关联交易一波三折，租金收入惹争议

三中介机构反水的焦点在于“高尔夫球场”2014年的租金收入。实际上，2013年、2014年立信会计师事务所出具的《审计报告》中对此项目早有担忧，这也是2014年新都酒店被出具“无法表示意见”的原因之一。新都酒店也显然对此项目忧心忡忡，在申请恢复上市时特意聘请机构审计机构对该项目进行专项复核。首先我们来看看此会计科目是如何发生的。

此会计科目的发生源于2013年6月26日新都酒店的一场关联交易，三方签订了《房屋转让协议》。当时，新都酒店购买了原属惠州高尔夫球场有限公司（以下简称“惠州高尔夫”）的一处“高尔夫球场”，并承接该房产的租赁合同。惠州球场的实际控制人正是新都酒店实际控制人郭耀名先生。承租方为惠州怡海

房地产开发有限公司（以下简称“惠州怡海”）。惠州怡海的董事之一郭赞楼为郭耀名先生的弟弟。10（见图 1）

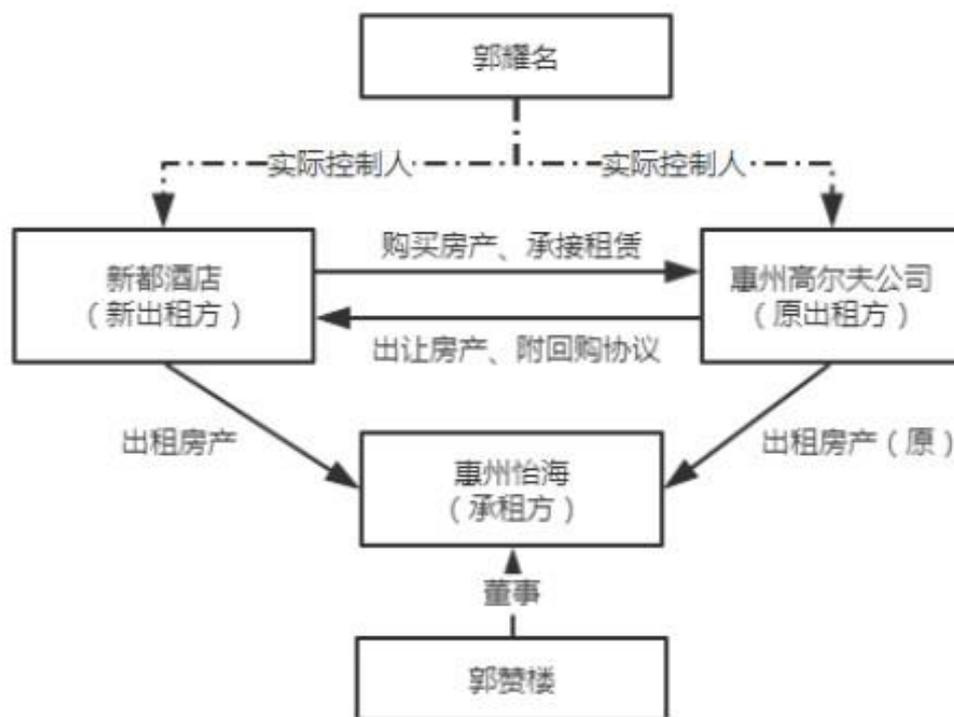


图 1 《房屋转让协议》中三方法律关系及控股关系

本次交易协议的主要内容为：

第一，标的转让价款约为 1 亿元；

第二，新都酒店承接租赁合同，自 2012 年 7 月 1 日起租期 10 年，租金为首年 2000 万，每 3 年递增 10%；

第三，附有解除条款和回购条款，约定与承租方惠州怡海的租约失效时，新都酒店有权要求原出售方回购房产。

结合公司财报，这次关联交易似乎有些端倪。首先，“高尔夫球场”的租售比高达 20%，每 3 年租金还会增加 10%，当这个“获利颇丰”的租约失效时，新都酒店还有权要求原出售方回购房产，颇有向上市公司输送利益之嫌。2013 年，在收到“高尔夫球场”产生的 1000 万元租金后，新都酒店的年度净利润仅为 348.62 万

元。也就是说，要是当年没有投资这个房地产，新都酒店在 2013 年净利润为负，直接满足深交所决定“退市风险警示”的标准。可惜的是，关联方的这一番操作引起了时任会计师事务所的警觉，最终没让新都酒店免于戴上“ST”的帽子。

惠州怡海承租该物业后支付了 2013 年下半年租金 1,000 万元。但自 2014 年起，这场交易就风波不断。首先，2014 年 8 月 1 日，惠州怡海未能履行租赁协议支付租金，逾期 6 个月后触发了租赁协议中的合同解除条款，同时触发了新都退与惠州高尔夫签订的回购条款。三方达成回购协议，回购价款约为 1.1 亿元。2014 年年末前，新都酒店收到回购款 600 万元。由于触发了回购条款，新都酒店在 2014 年度对“高尔夫球场项目”按 50% 计提减值准备约 5,200 万元。

2015 年 12 月 17 日，由于“惠州高尔夫又无力履行回购协议”，回购被终止。三方再次协议由惠州高尔夫向新都酒店支付 2014 年上半年的租金 1,000 万元、11 惠州怡海承诺于 2015 年 12 月 31 日之前直接向新都酒店支付 2014 年下半年租金 650 万元，2015 年全年租金 1,300 万元。¹²

但这个重新约定的租赁协议并未实际履行，换句话说，协议的当事人也许根本没想履行。因为就在签订《租赁合同》的当天——2015 年 12 月 17 日，新都酒店便与重整人泓睿天阗签订了《资产转让协议》，约定将惠州高尔夫会所房产转让给泓睿天阗，转让价格为 1.4 亿元，包括房产价款约 1 亿元、代付 2014 年上半年度租金 400 万元（2014 年上半年租金 1,000 万元—600 万回购款）、代付 2014 年下半年度租金 650 万元、2015 年度租金 1,300 万元

和房产所涉税费。实际上，早在 2015 年 9 月 15 日，深圳中院就受理了新都酒店破产重整的申请，并于 2015 年 12 月 15 日裁定批准了《重整计划》。这使得 2015 年 12 月 17 日签订的《租赁合同》给人一种“多此一举”的感觉。重整人大可直接购买此资产，并代付“回购款”；亦或者直接承接惠州高尔夫和惠州怡海的债权债务。这个《租赁合同》的意义似乎只是将这笔钱的性质通过合同确认为“租金收入”。那么新都酒店这么做的理由是什么呢？

答案可能是凭此可以将 2014、2015 年高尔夫球场租金收入归为 2015 年新都酒店的营业收入。（见表 3）

表 3 “高尔夫球场”项目相关时间线



2、2014 年“租金”的经常性损益 or 非经常性损益之争

(1) 新都酒店的逻辑——营业收入说

若将 2014 年的 1,650 万的租金收入确认为 2015 年的营业收入，则“扣除非经常性损益后的净利润”无需扣减上述损益，结果也就是我们上文所提的该项目为正。若将其确认为非经常性损益，“扣除非经常性损益后的净利润”项目则需要扣除这部分损

益，而将该笔收入扣除后，新都酒店就不再满足扣非净利润指标，也就不能恢复上市了。

根据中介机构、深交所的表述，2015年（1,300万）确实可以落入了“营业收入”的范围。实际上，重整人代为支付的2015年度的租金在2015年实际发生、在2015年确认，作为2015营业收入计入经常性损益有一定说服力，笔者在此不作细致讨论。重点在于2014年的租金收入问题。

笔者试着从新都酒店的角度来解释该笔租金的会计处理。由于发生了回购事项，2014年的租赁收益权（1,650万）及可收回性变得不明确，新都酒店在当时确实无法将其计入2014年的营业收入。2015年回购事项解除，新都酒店继续对高尔夫球场享有所有权。三方重新签订租赁协议后，重整人同意代付2014年度的租金1,050万元，重整协议中还约定新都酒店2014年收到的600万元“回购款”抵扣2014年租金。至此，高尔夫球场2014年产生的租金在2015年可以完全收回。由于租赁业务属于新都酒店正常经营范围，1,650万元租金在完全收回后变得明确，所以新都酒店将其计入了2015年度的营业收入。

（2）权责发生制视角——非经常性损益说

但在新都酒店的逻辑当中，有几点明显的问题。根据《公开发行证券的公司信息披露解释性公告第1号——非经常性损益（2008）》（下文简称“1号文”），非经常性损益是指与公司正常经营业务无直接关系，以及虽与正常经营业务相关，但由于其性质特殊和偶发性，影响报表使用人对公司经营业绩和盈利能力做出正常判断的各项交易和事项产生的损益。一般来说，营业

外收入属于非经常性损益。《1号文》同时列举了20项非经常性损益包括的项目，再加上一个兜底条款：“其他符合非经常性损益定义的损益项目。”从定义来分析，非经常性损益的特点分为以下三个方面：

第一，与公司正常经营业务无直接关系的损益为非经常性损益；

第二，与公司正常经营业务相关，但是其性质特殊和具有偶发性的，为非经常性损益；

第三，该损益如不作为非经常性损益披露，就会影响报表使用者对公司未来经营业绩及盈利能力的判断。

关于第一点，由于新都酒店的经营范围包括自有场地出租，从表面来看新都酒店高尔夫球场租金收入1,650万与正常经营业务直接相关。新都酒店也反复以此点强调该租金收入属于营业收入。关于第三点也是比较明确的，这1,650万元可以直接影响上市公司年度扣非利润的正负，应属影响报表使用人对公司经营业绩和盈利能力做出正常判断的各项交易和事项产生的损益。所以，问题在于该收入的性质是否“特殊和具有偶发性”，而新都酒店逻辑的漏洞也在此。

首先，根据权责发生制，凡是当期已经实现的收入和已经发生或应当负担的费用，不论款项是否收付，都应当作为当期的收入和费用；凡是不属于当期的收入和费用，即使款项已在当期收付，也不应当作为当期的收入和费用。¹³也就是说，无论后面发生什么样的变化，2014年产生的租金就应当计入2014年的利润

表。如果由于种种原因没能在 2014 年确认“租金收入”，也就从侧面证明该收入是“特殊和具有偶发性”的了。

其次，2015 年确认的 2014 年产生的 1,650 万租金不具有连贯性。在新都酒店的会计报表中，2013 年的租金在 2013 年度进行了确认、2015 年的租金在 2015 年度进行了确认。这笔租金收入没有延迟确认的一贯处理方式，具有偶发的性质。

最后，从时间线来看，2014 年 7 月 1 日，在惠州怡海违约前租金实际产生，即便承租方违约无法按时履行支付租金的义务，也应当将租金计入应收账款。2014 年 8 月 1 日出现了回购事项，新都酒店不能再收取 2014 年度的租金，该应收账款应当在期末进行坏账准备相关处理。2014 年年末前，新都酒店仅收到回购款 600 万元。针对这 600 万元，新都酒店可以有两种处理：第一，由于回购方未按照《回购协议》约定按期支付回购款，新都酒店在 2014 年末对“高尔夫球场项目”按物业原价的 50%计提了减值准备约 5200 万元。¹⁴而 2014 年收到的 600 万回购款可以冲减该减值准备。当然，这个减值准备的计提匪夷所思，即便是回购方无法支付回购款，也很难解释直接按照物业原价的 50%计提重大资产减值准备。这也是立信会计师事务所当年作出“无法表示意见”的审计报告的原因之一；第二，即便是不将其冲减坏账准备，这 600 万也属于“回购款”，是“处置固定资产所得”。根据《1 号文》，“处置固定资产所得”属于“非经常性损益”，并且该收入在 2014 年的时候就应当确认完毕，无论如何也不应当出现在 2015 年的财务报表中。

2015年，2014年剩余的1,050万租金收回，本应当将坏账准备转回2014年的“应收账款”科目。但从目前披露的文件来看，新都酒店似乎并未在2014年将此租金计入应收账款，也没有进行坏账准备处理。那么我们只能有两种解释：第一，租金的坏账准备包含于5,200万的减值准备当中，那么在2015年收到的2014年租金收入应当冲减2014年度没有冲减完毕的资产减值准备。根据《1号文》规定，冲减的减值准备应当属于“非经常性损益”。第二，若此1,050万不包含于其中，则说明新都酒店在2014年度的会计处理中没有对租金收入有所预期。毕竟，若是新都酒店将租金计入了“应收账款”，年末确定了钱无法收回，为了会计平衡也应当进行资产减值损失的处理。既然没有将其纳入“应收账款”，说明对收回没有预期，那在2015年将剩余的1,050万租金全部收回，则明显具有偶发性。

综上所述，笔者认为反水后对该项目的认定是有一定道理的。问题是，在适用会计准则不变的情况下，为何两家会计师事务所在初次认定的时候都将其归于营业收入呢？这是因为新都酒店的这种会计处理，并不属于严格意义上的“财务造假”。¹⁵ 本案的经济交易本身是真实的，但是会计处理可能是不正确的，所以不论错误的会计处理是基于何种原因发生的，对处理正确与否的判断都只是在对会计技术问题进行裁断。¹⁶ 在这种会计争议下，我们无法像在交易虚假的场合那样肯定地说：会计资料是虚假的。¹⁷ 一般，证券监管仅将上市公司财务造假归入“虚假陈述”案件，从而追究行政责任。针对会计争议事件，证券监管者需要另行判断，有时需要由会计准则的制定者加以解释、澄清，或者在尚无

会计准则可资适用时，会计争议可能就会一直争议下去了。18 各中介机构和各关联交易方正是利用这点，企图蒙混过关，“装饰”上市公司报表。凭借着超高的投资回报率，新都酒店 2013 年投资该项目获得的租金成功将公司净利润扭亏为盈，避免了连续两年净利润为负的窘境。2014 年该租金没能收回，公司计提了 5,200 余元的减值准备，这一年新都酒店亏损额高达约 4.5 亿元。而将亏损集中到一年可以缓解下一年度的财报压力。2015 年该项目再为公司恢复申请上市作出贡献，确定了 2014 年租金收入 1,650 万元，使得公司“表面上”满足了扣非净利润指标。

实际上，2013、2014 年两年，立信会计师事务所均对此项目提出了异议。结果就是在新都酒店恢复上市的过程中，新都酒店改聘了天健会计师事务所。可惜的是，该项目有关操作实在过于扎眼，连上市公司自己也明白，所以才又拉了一家会计师事务所保驾护航。然而种操作显然不能蒙蔽深交所，深交所刨根问底的态度和监管的趋严让中介机构惴惴不安，所以在这种情况下不惜临时改变意见以自保。

（三）怒告中介机构和深交所

在被强制终止上市后，新都酒店并没有安静处理退市事宜，而是采用了诉讼和仲裁的方式起诉了相关中介机构和深交所。2017 年 5 月 12 日，新都酒店公布重大诉讼公告，称已将审计事务所天健及复核会计师事务所大信所分别进行申请民事仲裁及诉讼，申请要求天健会计师事务所返还审计费用 240 万并赔偿经济损失 346.2 万元，大信会计师事务所返还审计费用 12 万元。并且

要求判令二被告在全国性证券类报纸向原告及原告全体股东登报道歉。

广发证券也难以逃脱新都酒店的怒火波及，新都酒店申请仲裁，要求广发证券退还上市推荐费 200 万元并赔偿违约金 150 万元，并且要求被申请人在全国性证券类报纸向申请人及申请人全体股东登报道歉。

除此之外，据深圳市中级人民法院网站显示，深圳新都酒店股份有限公司已对深圳证券交易所提起行政诉讼，案件已经正式立案。

1、中介机构的民事责任

新都酒店对中介机构提起的是民事诉讼。说到中介机构的民事责任，业界讨论较多的是针对投资者的侵权责任，尤其是中介机构虚假陈述对投资者的民事责任。基于投资者保护的考虑，加之中介机构具有信息优势，现行法律对中介机构侵犯投资者权益的民事侵权责任多有规定。但对证券业务当中的另一个角色——上市公司似乎关注较少。

(1) 审计机构的民事责任

《注册会计师法》第 16 条规定，“注册会计师承办业务，由其所在的会计师事务所统一受理并与委托人签订委托合同。会计师事务所对本所注册会计师依照前款规定承办的业务，承担民事责任。”所以，审计业务当中注册会计师与客户之间是一种基于委托合同产生的委托关系。在审计业务当中，基于委托合同关系产生的义务可以分为两类，履约义务和基于专家职责的高度注意义务。19 也就是说，注册会计师在进行审计工作的过程中，不仅

仅要满足审计业务协议的明示规定,还应当满足法律法规的规定,即“勤勉尽责”的职责。如果注册会计师执业过程中未尽“勤勉尽责”的义务,给客户造成损失,则可能产生违约责任或侵权责任。《注册会计师法》第42条规定:“会计师事务所违反本法规定,给委托人、其他利害关系人造成损失的,应当依法承担赔偿责任。”

《中国注册会计师审计准则第1101号》(以下简称《审计准则1101号》)中,对注册会计师在执行财务报表审计工作时的合理保证、职业判断、职业怀疑进行了要求。在计划和实施审计工作时,注册会计师应当保持职业怀疑,认识到可能存在导致财务报表发生重大错报的情形,综合运用相关知识、技能和经验进行职业判断。本案并不涉及审计程序规范问题,仅在于审计机构和专项复核机构对于财务报告中“高尔夫球场”项目的认定并未提出异议。值得讨论的是上述二机构是否保持了职业怀疑态度。

职业怀疑态度是指注册会计师以质疑的思维方式评价所获取审计证据的有效性,并对相互矛盾的审计证据,以及引起对文件记录或管理层和治理层提供的信息的可靠性产生怀疑的审计证据保持警觉。20新都酒店出具的《深圳新都酒店股份有限公司2015年年度报告》属于客观存在的文件,上市公司已经提供了真实有效的财务会计资料供审计机构进行审计。如若我们认定发布的第二次意见更加合理,毕竟深交所也对此予以认定,则上市公司的财务报告将上述“高尔夫项目”租金认定为营业收入存在错报。在实事情况、客观文件和会计准则没有任何改变的情况下,两所至少没能在初次对财务报告进行审计和复核时,发现财务报告可

能存在错报。尤其，上市公司本身对于“高尔夫球场”项目的认定有所怀疑，还特意委托了大信会计师事务所对此项目专门进行了复核。在确实存在会计争议的时候，会计师事务所可以请示具有解释权的会计主管部门进行认定。故笔者倾向于二中介机构在履行合同义务当中有所瑕疵。但本案产生的是一个会计争议，是一个技术性问题。在审计师对会计争议进行判断时，本身就可能产生一定的偏差。正如上文所述一般监管机构仅针对“财务造假”情况才会追究审计部门的行政责任。那么，如果仅对会计规则的适用产生了有偏差的判断，不追究行政责任，是否可以追究民事责任呢？如果明确可以追究民事责任，是否过于加重了审计师的责任，从而导致滥诉呢？这个问题的判断将会改变证券市场当中“看门人”的具体角色，所以司法部门此的判断意义重大。

（2）保荐机构的民事责任

对保荐机构民事责任的讨论，基本承接上文的思路。从合同法的角度来说，保荐机构与客户之间是一种基于《保荐业务协议》产生的委托关系。保荐机构在履行合同明示义务的同时，也要履行法律法规中规定的职责。恢复上市的保荐业务协议中保荐人的主要义务之一是尽职推荐上市公司恢复上市。本案中，广发证券明确表示其反水是基于两会计师事务所对“高尔夫球场”项目的“非经常性损益”认定。实际上，相关法律法规当中，均强调了保荐人在尽职调查当中应当独立判断、审慎核查，不应完全依赖其他中介结构的意见。21《深圳证券交易所股票上市规则》中对恢复上市中保荐人尽职核查内容也作出了规定，其中就包括收入确认、非经常性损益是否合规。22可见，即使审计工作由会计师

事务所来承担，保荐人仍然需要对特定事项进行独立判断，不能仅根据会计师事务所的意见作出结论。

另外，新都酒店认为，广发证券向深交所撤回由其出具的与申请人恢复上市相关申请文件前未与公司沟通的情况下，存在严重过失。在实事方面，笔者认为新都酒店的意见有一定可信性。大信所和广发证券是在天健所反水后三天，并且是同一天发出了调整的说明。事情发展之迅速，确实让人怀疑广发证券是否有对此进行充分的协商。问题就在于，在恢复上市的过程中，保荐机构是否有与上市公司沟通的责任呢？

答案是肯定的。在保荐机构尽职调查的过程中，与上市公司保持沟通，根据询问、沟通的方式核查相关事实是非常常见的。

《保荐尽调准则》在第七章专门规定了保荐人对财务与会计调查的准则，强调了财务分析要和发行人实际业务情况相结合。在异常财务事项或财务报表被出具非标准审计报告时，应当向董事会、监事会、业务人员等进行询问。本案中，“高尔夫球场”项目的确定，直接影响了新都酒店恢复上市，保荐机构确实有必要对相关情况进行了解，再作出决定。

2、证券交易所的行政责任

本案中，深交所其实算是公事公办。《证券法》第56条赋予了证券交易所根据其上市规则决定终止股票上市交易的权利。根据各审计机构和保荐机构的结论，新都酒店被暂停上市后首个年度报告依然无法满足要求的财务指标，深交所有权强制公司退市。²³ 鉴于相关起诉材料并未披露，笔者仅在此猜测新都酒店提起行政诉讼的理由可能有三：

首先，新都酒店一直对两审计机构反水后的认定不服。2017年5月12日，新都酒店公布的重大诉讼公告称已将审计事务所天健及复核会计师事务所大信所分别进行申请民事仲裁及诉讼，案件正式进入司法程序。而深交所作出退市决定的时间是2017年5月16日。这里就涉及到针对审计结果的还有争议的情况下，交易所是否可以直接作出上市公司退市的决定？还是需要待对新都酒店与中介机构的司法程序走完再做决定？从目前披露的文件来看，深交所本身就倾向于认定该租金收入不属于营业收入，在法定期间内作出决定并无不可。如果上市公司可以使用民事诉讼的方式拖慢退市进度，也确实不太合理，所以这种诉求可能很难得到法院的支持。

第二，作出相反结论的两家会计师事务所在第二份文件中均无注册会计师签字，亦与第一次作出结论的会计师事务所并非“同一家”。《财政部关于注册会计师在审计报告上签名盖章有关问题的通知》（财会[2001]103号）明确规定：“审计报告应当由两名具备相关业务资格的注册会计师签名盖章并经会计师事务所盖章方为有效。”本来，在《通知函》和《调整函》中，如果是作为审计报告的修正，即便没有注册会计师的签字，也可以解释为在第一份报告中签字的两名会计师对此审计报告继续负责。然而，本案中两审计机构反水后的报告，都利用“总所与分所”的细微差别，改变了文件的签章事务所。两审计机构的组织形式为特殊普通合伙人，而两分所均是总所的分支机构。企业法人分支机构只是企业法人的组成部分，没有法人资格，不能独立承担民事责任，但其可以以自己的名义进行民商事活动。²⁴ 会计师事务

所为客户的是提供专业知识和技能，所以通常采用特殊普通合伙制，人合性更弱，在民商事活动中更加独立、自主。本案中涉及的两个分所都曾独立为上市公司提供审计服务，采用独立的编号和证照，可见总所和分所之间的工作不能混淆。即便最终仍由总所承担民事责任，但在经营过程中各会计事务所的经营应当以自己的名义进行。所以，反水的文件至少存在两个问题：第一，更换了签章机构；第二，无法确定背书的注册会计师，亦或根本没有注册会计师对其背书。这导致反水文件的效力存在瑕疵。而在这种情况下，深交所直接认定了反水文件结论的行为就有待考究。

最后，还是回到会计科目认定本身。在《深交所依法作出*ST新都股票终止上市决定》当中，深交所说明，上市委员会对公司股票恢复上市申请进行过审议。也就是说，深交所是认可各中介机构调整后的材料的。如果新都酒店对这个认定不服，也有可能据此状告深交所，要求其撤回退市决定。

（四）结语

新都酒店的退市颇有一种悲剧的色彩。监管紧缩让中介机构如履薄冰，在会计准则完全没有改变的情况下，上述中介机构不惜面临被市场“诟病”的下场和上市公司对其的诉讼、仲裁，仍然要更改其出具的意见，这是在监管风暴下的自保行为。毕竟自己聘用的中介机构在关键时刻反水，还是会让市场怀疑相关中介机构的“靠谱程度”。这也是为什么在第二份文件中，没有注册会计师愿意直接为其背书。其实，在捞壳行动当中，具有专业知识和技能的保荐机构、审计机构、律师事务所等中介机构作为上

市公司的雇佣者，经常与上市公司是“统一战线”的。在本案中，这表现为中介机构在会计争议及证券市场法律、法规存在模糊的情况下，针对这些模糊及争议，依据其专业技能和职业判断，作出了有利于上市公司判断。²⁵若中介机构真的是“共谋人”之一，甚至整个套路就是各中介机构和上市公司商议得出的结果，那么中介机构为了自己的利益临时倒戈，不仅不需要承担上市公司被强制退市的任何损失，还获得了深交所“点名表扬”，这似乎确实会让“上市公司”有点委屈。在证券市场当中，风险和收益应当是并存的，如果可以证明中介机构在明知“风险”存在的情况下，依旧冒着“风险”为上市公司做背书，那事情没做成，上市公司是否有权利将损害结果转嫁一部分给中介机构呢？或者至少收回中介费用，以及获得一句道歉呢？其实，这个判断和中介机构在面对“操作空间”时做出的判断一样，是一个令人纠结的选择题，而这一切只能等待法院的判决给我们答案。

从另一个角度来讲，除去充满戏剧性的反转，新都酒店的自身经营问题才是其退市的根本原因。作为走过 20 余年岁月的老牌酒店，新都酒店的硬件配套措施早已逐渐丧失竞争优势。2000 年开始，新都酒店的业绩就开始下滑，单纯反映企业经营业绩的指标——扣除非经常损益后的净利润在 2006-2014 年间持续为负。²⁶2011 年，一直谋求与资本市场接轨的光耀地产加速全国布局，将新都酒店作为其曲线上市的渠道。²⁷在新都酒店被收购后的 3 年里，光耀对其累计投入约 10 亿元，但因酒店业与光耀的房地产背景不兼容，政策不支持这项重组上市。其实，光耀地产在 2009 年便欲借壳 *ST 天目药业，但因国家房地产调控而终止重组；随

后，光耀地产又收购了一家杭州上市公司，还是未能成功上市；2011年，光耀地产又在湖南耗资2亿元购得两矿井，想通过矿业来重组上市，但由于矿业走下坡路，投资再次付之东流。光耀地产四度度购壳均以失败告终，为公司的财务状况增加了巨大压力，使其陷入了资金危机。²⁸为了拯救自身的问题，光耀地产只能将新都酒店拖下了水，也就有前述的违规担保旋涡。为了保住新都酒店，光耀地产其实作出了很多努力，通过关联交易提升公司的盈利指标，积极承担违规担保责任等等。但由于上市公司自身经营状况欠佳，新都酒店只能通过关联交易“高尔夫球场”项目来“完善”财务指标以满足恢复上市。经营状况每况愈下的上市公司不舍得退市，以房地产公司为例的“暴发户”又急于上市融资，借壳上市成为他们各取所需的灵丹妙药，谁料政策监管又给他们打上了死结。这样看来，新都酒店的故事不仅有关于强制退市制度、中介机构的角色冲突、上市公司的利润困境，甚至可以延伸至故事的开始——上市制度，以及整个资本市场当中借壳上市的悖论。也许，只有当上市公司专注于完善经营、提升业绩、增强自身竞争力；上市、退市制度逐渐完善，上市公司“有进有出”井井有条之时，这种死结才可以真正打开吧。

注释：

1. 文中相关事实来源为“WIND 资讯”新都退公告信息。
2. 证监会《关于修改〈关于改革完善并严格实施上市公司退市制度的若干意见〉的起草说明》第1页，证监会官网，http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/zjh/201803/t20180302_334774.htm。

3. 《中华人民共和国公司法》（1994年）第一百五十七条：上市公司有下列情形之一的，由国务院证券管理部门决定暂停其股票上市：

（一）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；

（二）公司不按规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载；

（三）公司有重大违法行为；

（四）公司最近三年连续亏损。

第一百五十八条：上市公司有前条第（二）项、第（三）项所列情形之一经查实后果严重的，或者有前条第（一）项、第（四）项所列情形之一，在限期内未能消除，不具备上市条件的，由国务院证券管理部门决定终止其股票上市。公司决议解散、被行政主管部门依法责令关闭或者被宣告破产的，由国务院证券管理部门决定终止其股票上市。

4. 李东方，陈邹：《上市公司强制退市监管法论》，载《证券法律评论》2016年卷，第312页。

5. 《深圳证券交易所股票上市规则》（下文简称“《上市规则》”）第13.2.1条，上市公司最近一个会计年度的财务会计报告被出具无法表示意见或者否定意见的审计报告，深交所有权对其股票交易实行退市风险警示。

6. 《中国注册会计师审计准则第1502号——非标准审计报告》第13条。

7.《深圳证券交易所股票上市规则(2014年修订)》第 14.2.1 条上市公司因净利润、净资产、营业收入或者审计意见类型触及本规则 14.1.1 条第(一)项至第(四)项规定情形其股票被暂停上市的,在法定披露期限内披露经审计的暂停上市后首个年度报告且同时符合下列条件的,可以在公司披露年度报告后的五个交易日内向本所提出恢复股票上市的书面申请:

(一)最近一个会计年度经审计的净利润及扣除非经常性损益后的净利润均为正值;

(二)最近一个会计年度经审计的期末净资产为正值;

(三)最近一个会计年度经审计的营业收入不低于一千万元;

(四)最近一个会计年度的财务会计报告未被出具保留意见、无法表示意见或者否定意见的审计报告;

(五)具备持续经营能力;

(六)具备健全的公司治理结构和内部控制制度且运作规范,财务会计报告无虚假记载;

(七)不存在本规则规定的股票应当被暂停上市或者终止上市的情形;

(八)本所认为需具备的其他条件。

8.此文件已经不再公开。详情见 2017 年 4 月 28 日大信会计师事务所出具的《通知函》,《通知函》明确说明《复核说明》由大信会计师事务所长沙分所出具,现由总所更正。并要求,原出具的《复核说明》不得在任何公开的媒体进行公告。

9.《深圳证券交易所股票上市规则(2014年修订)》第 14.2.18 条第一款本所将在受理公司股票恢复上市申请后的三十个交易日

内，作出是否同意其股票恢复上市申请的决定。在此期间，本所要求公司提供补充材料的，公司应当在本所规定期限内提供有关材料。公司提供补充材料的期限累计不得超过三十个交易日。公司补充材料期间不计入本所作出有关决定的期限内。

《深圳证券交易所股票上市规则（2014年修订）》第14.2.19条本所受理上市公司股票恢复上市申请后，可以聘请具有从事证券、期货相关业务资格的会计师事务所就公司盈利等相关情况的真实性进行调查核实。本所聘请会计师事务所进行调查核实期间不计入本规则14.2.18条所述本所作出有关决定的期限内。

10. 参照 WIND 资讯新都退公告，《北京金诚同达（深圳）律师事务所关于深圳新都酒店股份有限公司拟受让惠州高尔夫球场有限公司物业的相关事宜之法律意见书》（金诚同达深法意字（2013）第009号）

11. 按原《高尔夫球场俱乐部租赁合同》规定的租金。

12. 按照回购协议，租金价款自2014年下半年变为1300万/年。

13. 《企业会计制度》（财会[2000]25号）第十一条第八款。

14. 《企业会计制度》（财会[2000]25号）第五十六条企业应当在期末对固定资产逐项进行检查，如果由于市价持续下跌，或技术陈旧、损坏、长期闲置等原因，导致其可收回金额低于账面价值的，应当计提固定资产减值准备。

15. 狭义的财务造假是指财务报表对上市公司的财务状况做了虚假的或与事实不符的陈述，而广义的财务造假还包括由于公司内部人侵占资产而导致公司经正常财务会计程序生存的财务报

表信息与实际不符的情况。参见刘燕：《从财务造假到会计争议——我国证券市场中上市公司财务信息监管的新视域》，载《证券法苑》2012年第七卷，第135-139页。

16. 参见刘燕：《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》，载《中外法学》2002年第5期，第540-570页。

17. 同上注。

18. 参见刘燕：《从财务造假到会计争议——我国证券市场中上市公司财务信息监管的新视域》，载《证券法苑》2012年第七卷，第139-143页。

19. 文建秀：《证券市场信息披露中注册会计师的法律责任》，法律出版社2003年版，第168-169页。

20. 《中国注册会计师审计准则第1101号》第12条。

21. 《保荐管理办法》第29条保荐人应当结合自身尽职调查过程中获得的信息，对有证券服务机构及其签字人员出具专业意见的内容进行审慎核查，对发行人提供的资料和披露的内容进行独立判断，如果与证券服务机构的专业意见存在重大差异，还应当就有关事项进行调查、复核，并且可以聘请其他证券服务机构提供专业服务。

《保荐尽调准则》在总则对发行人公开发行募集文件中有中介机构及其签名人员出具专业意见的内容，保荐人应当结合尽职调查过程中获得的信息对专业意见的内容进行审慎核查。对专业意见存有异议的，应当主动与中介机构进行协商，并可要求其做出解释或出具依据；发现专业意见与尽职调查过程中获得的信息

存在重大差异的，应当对有关事项进行调查、复核，并可聘请其他中介机构提供专业服务。

22. 《深圳证券交易所股票上市规则》第 14.2.8 条保荐人在核查过程中，至少应当对下列情况予以充分关注和尽职核查，并出具核查报告：……（二）公司财务风险的情况：包括收入确认、非经常性损益是否合规，会计师事务所出具的非标准无保留审意见涉及项对公司是否存在重大影响，公司对涉及明显违反会计准则相关信息披露规范性定的事项进行纠正和调整的情况等；……。

23. 《深圳证券交易所股票上市规则(2014 年修订)》第 14.4.1 条上市公司出现下列情形之一的，本所有权决定终止其股票上市交易：……公司因净利润、净资产、营业收入或者审计意见类型触及本规则 14.1.1 条第（一）项至第（四）项规定情形其股票被暂停上市的，暂停上市后首个年度报告显示公司净利润或者扣除非经常性损益后的净利润为负值；……。

24. 《中华人民共和国企业法人登记管理条例(2016 年修订)》第 34 条第 1 款企业法人设立不能独立承担民事责任的分支机构，由该企业法人申请登记，经登记主管机关核准，领取《营业执照》，在核准登记的经营范围内从事经营活动。

25. 吕楠楠：《证券市场中介机构角色冲突论》，吉林大学 2016 年博士学位论文，第 106 页。

26. 数据来源：“WIND 资讯”新都退财务摘要板块。

27. 《新都退这样炼成今年“退市第一股”：6 年前光耀地产入主后疯狂举债》，载每日经济新闻：

<http://m.nbd.com.cn/articles/2017-05-24/1110112.html> ,
2017年6月19日最后访问。

28. 《光耀地产救赎：高层称媒体过度解读公司被“消费”》，
载 凤 凰 财 经：
http://finance.ifeng.com/a/20140526/12406920_0.shtml ,
2017年6月19日最后访问。

二、维稳应对:涉众型破产案件中的债权收购

原创：张亚琼 破产重组法务

维稳应对:涉众型破产案件中的债权收购

关键词：债权收购；维稳应对；涉众型破产

（一）维稳的痛点

在涉众型的破产案件中，如何应对人数众多的中小债权人的群体矛盾并回应集体诉求，是法院和管理人最为关注的痛点，没有之一。

例如，在某房企破产案件受理前，该企业实际控制人因涉嫌非法集资被刑事羁押，而开发预售的房屋尚未完成权证办理手续。法院裁定受理并指定管理人后，马上就面对不同群体的强烈诉求：集资债权人要求尽快全额清偿投资，购房业主要求尽快办理房屋

产权证书，职工要求支付拖欠工资和社保费用，甚至施工方也组织一批务工人员前来索要工程款……

在这种状况下，管理人几乎无法开展正常的清算工作，每天疲于应付对不同债权人个人或群体的解释和说服工作。稍有不满意，某类或几类债权人就会组团到法院或政府门口“集体散步”。

当然，冰冻三尺，非一日之寒。事态发展到这个地步，也是任何一方都不愿面对的结果。法院希望尽快推进程序，管理人希望能正常开展清算工作，债权人都希望能早日得到清偿，债务人也希望早日得到解脱。面对中小债权人的群体性诉求，除了最终的破产分配清偿外，有没有提前的应对策略呢？

（二）已有的实践

在既有的破产司法实践中，涉众型重大维稳案件不在少数，其中也不乏提前应对群体诉求的有效举措。

在杭州中润客运公司等四家公司破产重整案中，涉及出租车司机、承包人、拆迁户、失地农民等 2000 余名债权人。因涉及出租车数量众多，因车辆托管而形成了混乱且复杂的出租车权属和经营关系，极大威胁行业稳定。为此，管理人在第一次债权人会议召开前，专门开展了“清晰车辆产权、矫正经营关系”的债权收购工作，将不正常经营的车辆从下游承包人手中收回并归还给上游车主，消除了该类债权人群体的不稳定因素。

其后，针对重整计划草案第一次表决中普通债权组未通过的情况，管理人与重整方开展了按预计清偿率提前对剩余近 600 名普通债权人的债权收购工作。最终经各方努力，参与第二次表决

的普通债权组的债权人仅有 98 人，重整计划草案也得以顺利表决通过。[1]

在湖南娄底九龙集团破产重整案中，为保护人数众多的个人民间融资债权人的合法权益，在重整计划批准实施前，管理人根据企业的财务状况，应债委会的要求，决定采用市场化手段，引入投资人作为收购方为债权人提供债权流转机会，及时制定了民间融资债权流转方案。[2]

自 2018 年 6 月 28 日起，管理人协助收购方正式开展债权收购流转工作。截止 2018 年 7 月 11 日，签订债权转让协议的总转让人数达 8795 人，总计转让价款 2.91 亿元。[3] 目前该案已进入重整投资人招募阶段。

在上述两个案例中，管理人在重整期间通过引入投资人，并协助开展债权收购工作，及时回应人数众多的中小债权人的清偿诉求，大大化解了破产重整程序中的维稳风险。

（三）法律的分析

在破产程序中，债权收购是指投资人通过与原债权人协商一致，将债权转让给投资人，从而由投资人取代原债权人的地位参与破产程序的投资方式。对于涉及中小债权人人数众多的破产案件，债权收购具有一定的积极意义。

其一，债权收购的法律基础是合同法规定的债权转让。根据我国《合同法》第 79 条之规定，除法律规定的不得转让的情形外，债权人可以将合同的权利全部或部分转让给第三人。该规定在破产程序中仍然适用。债权转让通知送达管理人后，即发生债权转

让的效力。债权收购方作为受让人可依据转让协议对债务人主张债权。因此，在破产程序中进行债权收购具有法律基础。

其二，债权收购有利于简化破产程序，提高效率。破产程序包含申报债权、债权审核、资产清理、审计评估、开会投票等诸多环节，各环节紧凑相连，审理期限紧张。但其中各小散户债权人诉求多样、情绪不稳，势必影响程序的顺利开展。如能将分散在各个中小债权人的债权及相关权利主张集中由特定的投资人行使，将有利于管理人将工作重心转移到资产清理归集、破产重整等工作中，更加有力地推进破产程序。

其三，债权收购有利于提前回应诉求，化解群体矛盾。从已有的案例看，如果能够顺利开展债权收购工作，一般能够提前对中小债权人进行部分或全部清偿。这对于涉及人数众多的破产案件而言，往往能积极回应诉求，快速化解积怨，平复不稳定情绪。

其四，有利于重整计划草案集中表决。对于重整案件来说，债权回购的一个重要功能在于能有效解决债权人分散投票的问题。例如，在杭州中润客运公司重整案中，管理人积极协调投资人对分散的出租车承包人和普通债权人进行债权收购，从而整体受让了对重整计划草案的表决权，使中小债权人分散投票变为大债权人集中投票，进而促使重整计划顺利得以表决通过。

（四）实务的操作

从管理人的角度看，在实务中面对涉众型破产案件，可着力把握如下几个要点，协调推进债权收购工作，从而积极应对破产维稳风险。

第一，协调引入投资人。涉众型破产案件一般社会关注度较高，地方党委、政府也会高度关注。管理人可在法院指导下，紧密联系并依靠当地党委、政府，阐明债权收购的积极意义，进而协调引入合适的投资人尽早开展债权收购工作。一般而言，投资人需要符合具备资金实力、信用度高、有相关处置经验、具有社会责任感等条件。

第二，协助开展债权收购谈判工作。投资人选定后，可与管理人配合办公。针对不同类型的债权人群体制定合理的收购方案，协商以合理价格收购债权。

第三，签订债权转让协议。从既有案例看，根据受让价款支付方式的不同，破产债权回购包括补差型债权转让和买断型债权转让两种类型。

补差型债权转让是指，收购方与转让方约定，如果标的债权最终清偿价款高于收购价款的，则收购方按破产债权清偿率获得清偿价款高于收购价款的差额部分，应由收购方、债务人委托管理人直接支付给转让方；如果标的债权的最终清偿价款低于收购价款的，则由收购方承担相应风险，则不由转让方支付差额。

买断型债权转让是指，收购方与转让方约定，不论标的债权的最终清偿价款高于或低于收购价款，转让方均同意将债权及其对应的表决权等附属权利全部转让，即使清偿价款高于收购价款，收购方也不再向转让方支付差额。

比较而言，补差型债权收购对转让方的权益保障更加有利，容易被债权人接受，在实务中适用更为普遍。前述的中润客运公司重整案和九龙集团重整案均运用了补差型债权收购方式。

第四，收购方统一向管理人申报债权。投资人完成收购后，即取代债权人地位，管理人根据收购情况对投资人收购债权进行确认。

第五，在债权分配中对投资人进行清偿。投资人收购债权并获得债权确认后，将按破产财产分配方案获得清偿。如果是补差型债权转让，则由管理人向原债权人支付差额款项（如有）；如果是买断型债权转让，不论是否存在差额，则全部向投资受让人进行清偿。

注释：

[1] 参见张辰：《出租车企业重整之路——中润等四家公司破产重整案》，载浙江省律师协会编：《破产疑难案件实务应对》，法律出版社 2017 年版，第 67-73 页。

[2] 参见九龙集团重整管理人：《九龙集团民间融资债权流转方案》，载微信公众号“九龙集团重整管理人”2018 年 6 月 25 日。

[3] 参见九龙集团重整管理人：《九龙集团破产重整各项工作有序向前推进》，载微信公众号“九龙集团重整管理人”2018 年 7 月 11 日。

三、特殊破产债权的审核

文章来源：微信公众号“江苏钟山清算事务有限公司”

特殊破产债权的审核

本文特殊破产债权，是指税务、担保行政罚款及已决债权等，其特殊性主要在于此类债权的审核认定主要涉及法律分析、性质认定，区别于一般破产债权主要涉及证据审查认定，故称为特殊破产债权。本文主要探讨税务债权、滞纳金及担保债权等三类特殊债权的的审查认定标准、法律分析及分配程序中的处理等实务性问题。

关键词：破产债权 特殊破产债权

（一）税务债权的审核

税务债权是指税务机关根据税收法律、行政法规的规定向纳税人征收税款形成的债权，包括税款、滞纳金、罚款。

1、税款债权的审核处理

根据破产企业的类型不同，税款通常包括增值税及附加、土地增值税、房地产税、车船使用税、印花税、企业所得税等。税款债权即指企业在破产案件受理前的应税行为应当缴纳但未缴纳的上述税款。管理人的审核工作主要是核对税务机关系统数据与企业账面记载的数据，防止将滞纳金、罚款等合并计算导致的差错。税款债权申报审核主要问题包括：

（1）在破产案件受理前债务人未申报的纳税，税务机关在破产案件受理后稽查追征的税款，要求管理人按照破产受理后产生的税款处理并先行支付。

该项税款是属于税款债权，应当由税务机关申报，还是属于破产期间产生的税款，可以由管理人即时支付。我们认为，判断标准在于确定行为税的应税行为发生时间及财产税的应税期间，如应税行为、应税期间在破产案件受理前，该部分税款债权即应当由税务机关依法申报，按照税款债权程序处理。

如房地产税、车船使用税属于财产税，应当按照应税期间划分。交易行为、出租房产的增值税等属于行为税，应当按照行为发生时间点划分。税务机关追征的漏报税款，要求管理人视同破产费用即时支付的依据不足。

（2）破产程序期间产生的房产税、车船使用税及所得税，以及因变现行为产生的增值税及附加、土地增值税的处理。

关于应税行为发生在在破产案件受理后的行为税税款，应税期间在破产案件受理后的财产税税款，目前，破产案件审理实务中，均由管理人在破产财产中即时支付，不列入应当由税务机关依法申报的税款债权。这也是 2006 年破产法之前一直沿袭至今的处理方法。

有观点提出，破产程序期间产生的税款，应当确定为与普通债权相同顺位受偿，不应视为破产费用，理由为：（1）《破产法》第四十一条、四十二条规定的破产费用、共益债务不包括税款，且税款并非变现、处置资产的“费用”；（2）共益债务的本意只为了保障为破产财产的增值或者避免减损而发生的债务，税款并不包含在破产财产的价值中，优先支付税款无益于破产财产的增值或者避免减损；（3）目前的分配方法导致该部分税款优先于破产费用、职工债权、担保物权、建筑工程优先权及船舶优先权，

使该部分税款变成了“超级优先权”；（4）国外立法的差异，如日本破产法将破产受理后的“租税”安排在与破产后的滞纳金、债务利息等同一顺位的劣后债权清偿。

国家税务总局《关于人民法院强制执行被执行人财产有关税收问题的复函》【国税函（2005）869号】规定，执行拍卖财产的全部收入，纳税义务人应当依法申报纳税，且该税款具有优先权。

温州市中级人民法院《关于在破产程序及执行程序中有关税费问题的会议纪要》【温中法（2015）3号】规定，在处置债务人财产过程中产生的税费属于“管理、变价和分配债务人财产的费用”。

我国破产法对受理破产后的应税行为产生的税款的分配顺序未做明确规定。鉴于税务部门的规定，且破产程序中通常需变现的资产主要是不动产，不缴纳税款开具发票无法办理过户，实务中管理人均是即时支付税款。但国税总局的上述规定也仅仅要求执行拍卖行为产生的税收具有税收优先权，且《税收征收管理法》中优先权的也只是优先于普通债权，没有绝对优先于职工债权、担保物权。目前，破产实务中的即时支付的方法，导致破产财产变现产生的税款绝对优先于其他所有破产费用、共益债务及担保物权。温州中院的纪要代表了部分破产案件审理法院的实务操作规范。

综上，上述观点反映的问题，管理人在实践中可以进一步思考变现行为产生的税款应当视为“变现费用”由管理人即时支付，还是应当按照税务债权的程序处理。

（3）《税收征收管理法》第 45 条的审核认定。

《税收征收管理法》第 45 条规定：纳税人欠缴的税款，发生在纳税人以其财产 设定抵押权、质权、留置权之前的，税款优先于抵押权、质权、留置权受偿。该法规定与《破产法》第 113 条规定的清偿顺序有重大差异，且该法与破产法系同一顺位的立法。我们暂不讨论上述立法的冲突、效力认定及价值取向。为控制破产程序的风险，管理人在实务中应充分注意：严格根据税务机关申报的内容审核认定税款债权及相应优先权，如税务机关依据该规定申报了相应税款优先权，应当依法审核；审核时应当注意，破产企业欠缴税款是长期累计的余额，且破产前通常会有缴纳税款的行为，管理人应当区分计算，准确认定可能优先于抵押权、质权及留置权的税款债权金额。

2、税款滞纳金

根据《税收征收管理法》第 32 条的规定，纳税人未按照规定期限缴纳税款的，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（下称《若干问题的规定》）【法释（2002）23 号】第 61 条的规定，破产受理后的税款滞纳金不属于破产债权，但管理人应当进行申报登记。因此，对于受理后的滞纳金登记为劣后债权，在普通债权后一顺续分配已无争议。但对于破产案件受理前已经计算产生的税款滞纳金应否列为税款债权，分歧较大。

《若干问题的规定》第 61 条第一款（一）项的规定，行政机关的罚款、罚金以及其他有关费用，不属于破产债权。

国家税务总局《关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》【国税函（2008）1084号】规定，《税收征收管理法》第45条规定的税收优先权包括税款及滞纳金。

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诉讼应否受理的问题的批复》【法释（2012）9号】规定“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”。

综上，按照国税总局的规定，破产受理前、后欠缴的税款滞纳金均享有税收优先权。按照最高人民法院解释，破产受理前欠缴税金的滞纳金不属于税收优先债权，但属于普通债权。破产受理后产生的税款滞纳金属于劣后债权，管理人应当及编制债权表，并在普通债权分配后参加分配。

3、税务机关的罚款

最高人民法院《若干问题的规定》第61条第一款（一）项的规定，行政机关的罚款不属于破产债权。

国家税务总局《关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》【国税函（2008）1084号】规定“税款滞纳金与罚款两者在征收和缴纳时的顺序不同”，并规定滞纳金具有税收优先权，该批复虽没有明文规定罚款不具有税收优先权，但运用文义解释、反向解释的方法，可以读出该结论。

综上，法院及国税部门的规定均一致认为税收罚款不具有优先权，但国税部门的规定不排除应当将税收罚款列为普通债权，最高院的规定是税收罚款不属于破产债权（普通债权）。虽然破产法中没有关于劣后债权的规定，我们建议管理人需要对税收罚

款等劣后债权专门进行审核，并编制劣后债权表，报人民法院备案，在分配方案中注明劣后债权的情况，也有利于税务部门接受分配方案。

（二）已决债权的审核

已决债权是指已经人民法院、仲裁机构、调解组织或者公证机构以判决书、裁决书、调解书及公证债权文书确认的债权。对于已决债权按照文书确定的方法计算债权本息，理论界及实务操作中意见均一致。破产法虽未直接规定已决债权的审核方法，但部分地方法院有相应规定，如深圳中级人民法院《破产案件债权审核指引》第34条的规定。但已决债权的审核中，依然有以下细节问题需要关注。

1、破产案件受理前的已决债权迟延履行金的审核

最高人民法院《若干问题的规定》第61条第（二）项规定“人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息”，不属于破产债权。

2003年江苏省高级人民法院《关于审理破产案件若干问题的讨论纪要》第40条第（五）项进一步规定，破产债权是指，“破产企业作为被执行人时，未按判决、裁定及其他法律文书指定的期间履行履行金钱给付义务或者其他义务而应当加倍支付的迟延履行期间的债务利息或者迟延履行金”。

上述两纪要从不同角度规定，破产案件受理前产生的已决债权的迟延履行金属于破产债权。

最高人民法院《关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》【法释（2014）8号】第4条规定“被执行的财产不足以清偿全部债务的，应当先清偿生效法律文书确定的金钱债务，再清偿加倍部分债务利息”。

我们认为破产属于概括执行程序，破产情形也显然属于“被执行人的财产不足以清偿全部债务”，应当准用【法释（2014）8号】文。同时，考虑到迟延履行金并非补偿性的利息，具有惩罚性质，如将破产受理前的债务迟延履行金认定为破产债权，会导致损害其他未诉讼债权的公平受偿。管理人可以根据法律冲突的解释方法，适用【法释（2014）8号】文件的规定，依法审核确认破产受理前产生的债务迟延履行金不属于破产债权，应当劣后于普通债权清偿。

破产审判实务中，已有法院采纳上述审核标准，如根据深圳市中级人民法院《破产案件债权审核指引》第54条，统一规定“加倍支付的迟延利息”不予认定，不再区分破产案件受理前、受理后。江苏省高级人民法院民二庭于2017年颁布的《破产案件审理指南（修订版）》第七条（1）项规定，不属于破产债权的具体情形包括“未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息”，亦未限定为破产受理后的迟延利息。

2、生效文书与破产法的冲突审核

生效法律文书作出的时间通常在破产案件受理前，并未考虑到破产法的适用，有可能出现与破产法冲突的情形，应当适用破产法进行调整。江苏省高级人民法院民二庭颁布的《破产案件审理指南（修订版）》第六条6款规定“生效法律文书确认的权利与企

业破产法的规定不符的，管理人可以依法对生效的法律文书确认的权利予以调整”。

破产法司法解释二第 24 条规定，普遍拖欠职工工资的情形下，高级管理人员取得的工资性收入等非正常收入，可以予以追回。管理人据此对生效文书确定的职工劳动债权优先权的调整，也是对生效法律文书的变更。

同时，破产法规定的破产案件受理后债务人所负的债务全部停止计算利息，包括已决债权的生效法律文书确定的利息计算，也是生效法律文书与破产法冲突情形下应当适用破产法的原则的体现。

应当注意的是，根据江苏省高院的规定，管理人在“生效法律文书确认的权利与企业破产法的规定不符的”的情形下方可进行调整。如果是生效法律文书确定的权利与其他法律的规定不符的，实质上是生效法律文书的错误，需要调整的，可以通过审判监督程序处理，管理人直接调整的，不符合法律解释方法，没有法律依据。

3、生效文书判决主文不明确的审核

生效法律文书主文部分有可能表述不明确，或者可能出现文字错误。基于既判力理论，管理人不宜直接解释判决主文或者校正文字错误，但可以与申报债权人沟通确定，债权人有异议的，管理人只能通过审监程序或者勘误程序解决。譬如，抵押债权的判决主文中只表述抵押债权的本息在抵押物变现价值中优先受偿，但未限定优先受偿的金额范围，可能导致计算的抵押债权本息总额超过抵押范围的，管理人不能对判决主文做限缩解释，按

照抵押范围审核确定抵押债权本息的优先权范围，只能通过审判监督程序解决。

4、诉讼仲裁费用的审核

本文讨论的诉讼、仲裁费用是指因债权人与破产企业就债权发生争议，通过诉讼仲裁程序确定债权，已经向法院、仲裁机构缴纳的费用，包括破产案件受理前及受理后发生的诉讼费用、仲裁费用，不包括债权人为解决争议发生的其他费用。

《破产法》第 41 条规定的可以列为破产费用的诉讼费用，仅指破产案件本身的诉讼费，不包括债权人提出异议诉讼、仲裁等程序需缴纳的费用。

《若干问题的意见》第 88 条第（五）项规定，破产费用包括“为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用”。但该条的支付行为主体应当是管理人，并不包含债权人提起诉讼仲裁支付的费用。

江苏省高级人民法院民二庭颁布的《破产案件审理指南（修订版）》第五条第 1 项进一步解释，破产费用包括有关债务人的诉讼、仲裁中应当由债务人承担的诉讼、仲裁费用。该指南对破产费用的外延做了扩大解释。

依据江苏省高院的规定，破产程序中发生的涉及确认、撤销等诉讼、仲裁案件时，凡生效文书确定由债务人承担的费用均视为破产费用，由债务人财产优先即时支付。对于破产案件受理前，已经作出的生效文书中明确由债务人承担的诉讼费用，能否列为破产费用优先支付，该指南并未明言。我们认为，考虑到对破产案件受理前、受理后的债权人利益的公平保护，破产受理前债权

人缴纳的费用提起的诉讼、仲裁程序，实质上起到了帮助管理人审核确认债权作用，减轻了管理人的审核工作量，应当列为破产费用，由管理人在审核申报债权时单列统计，并在破产财产中优先支付。

因江苏省高院的指南颁布时间在 2017 年，此前案件中，管理人均依据原有法律规定审核确认债权，通常都将破产受理前发生的诉讼仲裁费用列为普通债权清偿，且形成了惯性审核标准。相关管理人今后审核确认债权的标准可以适时调整。

（三）担保债权的审核

担保债权申报审核的情况非常复杂，涉及主债务人破产、担保人破产，涉及到保证担保与物的担保的不同，组合情形较多。本文仅对以下两类难点问题进行探讨。

1、多人保证人连带担保时，其中一个保证人破产，债权人未申报，其他保证人申报要求分担债权的审核。

譬如，保证人 A、B 共同为一笔 200 万元的债务提供保证担保，未约定担保份额。在保证人 A 破产时，保证人 B 如何申报分担债权。

首先，如保证人 B 并未向主债权人实际承担保证责任，保证人 B 不能就将来可能承担的保证责任预先行使追偿权。《担保法》第十二条规定“已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人承担其应当承担的份额”。因此，并未实际承担保证责任的保证人，不能向已经被受理破产的其他保证人申报分担债权。《破产法》第 55 条第（九）项、《担

保法》第 32 条规定的预先行使追偿权，仅限于主债务人破产时，担保人可以先行使，并不包括担保人破产的情形。

其次，如保证人 B 已经实际承担了 150 万元的保证责任，根据《担保法》第 12 条的规定，其在保证人 A 的破产案件中只能申报应当由保证人 A 分担的 50 万元债权，不能全额申报 150 万元破产债权，也不能申报应当由保证人 A 分担的 100 万元份额的债权，更不能申报 200 万元的债权，尽管其申报的 50 万元债权通常无法足额清偿，会导致保证人 B 实际承担的保证责任超出其应当承担的 100 万元，这是连带责任保证的固有风险。在保证人部分承担保证责任的情形下，还有可能出现保证人 A、B 均只承担了部分保证责任，此时，保证人之间能否相互要求担、可以要求分担的金额，均不得超过其各自应当分担的 100 万元的范围，只有超出超出其应分担的份额部分，方可申报债权要求另一方分担。

在第一种情况下，会出现保证人 A 的破产程序终结后，债权人要求保证人 B 全额承担保证责任的可能，导致保证人 B 无法向保证人 A 追偿。我们列举的情形均系主债权人不申报债权，因此，在此情形下，保证人 B 只能在破产程序中督促主债权人申报债权的方式，降低自身可能承担的保证责任风险。

综上，管理人审核其他担保人申报要求分担的保证责任债权时，应当按照破产保证人实际清偿的分摊份额不应当超出其自身应承担的份额的原则审查、处理。

2、多个保证人连带担保时，其中一个保证人破产，债权人已经未申报，其他承担了部分担保责任的保证人申报分担债权的审核。

譬如，在五名保证人的情形下，各保证人应当承担的份额分别为20%，如其中一名保证人B已经实际向债权人承担了30%的保证责任，其可以就超出本身应当承担的分担份额10%部分向破产的保证人申报债权。但如果债权人已经就剩余70%债权在破产程序中申报，管理人的审核处理就会比较复杂。

首先，管理人应当对保证人申报的债权、主债权人申报的债权依证据审核，并分别编入债权表，管理人不能不确认保证人B的申报债权。

其次，在破产债权最终清偿率接近或者超过30%时，会出现破产的保证人实际向主债权人承担的保证责任超出其自身应当分担的20%部分（如清偿率是30%时，破产保证人实际向债权人承担的保证责任是 $70\% \times 30\% = 21\%$ ），此时，保证人B的债权仍可获得30%的清偿率，会导致破产保证人实际承担的保证责任超出20%。但在破产财产分配方案最终裁定确认前，管理人无法预计该情形的发生。

破产实务中，有管理人在审核确认此种情形下的债权时，在审核意见中注明“如主债权人与保证人根据分配方案能够获得清偿的金额超出债务人应当承担的20%份额时，不再对保证人进行分配。根据分配方案计算的分配金额，由管理人向其他债权人追加二次分配”。该方法实务操作问题不大，但理论上不能自圆。破产财产分配方案经法院裁定确认后，申报的保证人即享有对债务人的分配份额的债权请求权，此时，管理人再扣减保证人的可分配金额后向其他债权人进行二次分配，缺少法律及理论依据支持。

另一种处理方法是，在债权审核确认阶段，管理人暂不确认保证人申报的债权，并予以注明。在破产财产分配阶段，管理人经初步测算后，在破产财产中预留部分金额，待包括主债权人在内的其他债权人分配完成后，如破产保证人实际承担的保证责任不会超出其应当分担的 20% 时，再确认保证债权人的债权，并根据清偿比例进行清偿，预留的财产中可能的剩余财产纳入二次分配。该方法的优点是理论自圆，但需要二次确认债权、可能需要三次分配，程序较为复杂。如存在多笔申报的分担担保责任的债权，管理人的计算过程过于复杂、分配过程零碎。

在目前的破产法律框架下，我们建议采取第一种方法比较合理。

综上，管理人审核其他担保人申报的追偿权债权的标准，是要确保破产的保证人实际向主债权人清偿与向其他保证人分担的保证责任之和，不得超出破产保证人应当承担的份额。

本文的审核标准是我们根据现有法律及各地方规定梳理的结果。对于尚未有明确规定的问题，我们根据对法律的理解及公平受偿的破产法原则，提出了相应处理方法，供参考。除上述几种类型，特殊破产债权可能还包括股东债权、统筹部分的社保费用债权、行政机关的罚款等，鉴于其他特殊破产债权的实务中争议较少，且限于本文篇幅，不再赘述。

四、《公司法》的通俗化解读

文章来源：潘成祥 安徽正申律师事务所

《公司法》的通俗化解读

今天的话题，适合已经设立或打算设立公司的股东、以及与公司发生业务往来的债权人和债务人。当然，也适合对《公司法》感兴趣的个体业主。那么，《公司法》到底讲些什么呢？总的来说，就是有限公司和股份有限公司的出生、成长和死亡的一系列问题。作为普法类文章，我一再强调通俗易懂，坚决抵制罗列法条讲一些假大空。我们来看，学习《公司法》需要弄明白哪些问题。

（一）股东和公司的关系

公司是法人，而且是独立的法人。什么叫法人？就是法律上拟制的人，在法律上把公司当作一个“人”来看待。但公司毕竟只是个盈利组织，不是有血有肉的自然人，如何去组织生产？如何去对外经营？于是，就需要一个法定代表人来代表公司实施这些法律行为。有人牛B哄哄说：我是法人！这话不对，你是公司的法定代表人，你确实能代表公司，但你是你，公司是公司，公司才是法律上拟制的人，而你是有血有肉的自然人。

独立的法人？独立于谁？主要强调独立于股东。公司成立并对外经营是需要资本的，公司成立初期的运营资本从哪里来？几个人把自己的钱交到公司账户上，或者把设备和房产等财产交给公司，这是你的投资行为。于是，这些钱和设备就不再跟你姓了，属于公司的财产啦！因此我们说：公司有独立的财产，有独立的人格。但你的钱和设备也不能白给啊！你投资后就获得了该公司的股权，成为该公司的股

东了。他日，公司对外经营挣钱了，你是股东就可以分红了；亏了，破产了，只能怨你自己投资眼光不准，最多也就是你投资的钱全部打水漂了，原则上不会牵涉到你的其他财产，更不会牵涉到你的老婆孩子。有限公司制度能够让你放心去投资生产，最大限度刺激市场经济的繁荣。因此，我们有理由说：有限公司制度是 20 世纪最伟大的发明。

现实中，有些股东或法定代表人搞不清自己跟公司的关系，反正就认为：我是法定代表人，我是股东，公司就是我，我就是公司。这样就会导致很多滑稽和头疼的问题：签合同是公司对公司，对账、结算和付款却是个人对个人。举个例子：甲公司买乙公司的货，签订了买卖合同，约定先付款再送货，甲公司把货款转到乙公司法定代表人的个人账户上，乙公司迟迟不发货，甲公司起诉乙公司要求发货并承担违约责任。乙公司的律师说：约定的付款日期早过了，我公司账户上没有收到一毛钱货款，发什么货啊？是你公司违约，应当赔偿我公司损失。甲公司法定代表人说：那我货款早就打到你们公司法定代表人张三的个人账户上了啊！乙公司的律师说：那是你们个人之间的事情，反正我公司账户上没收到货款。甲公司的法定代表人在法庭上当场吐血，经抢救无效死亡，时年 28 周岁。

（二）有限责任与无限责任

有限责任是针对股东个人来讲的，我向公司投资 100 万，成为股东了，拥有公司 10% 的股权，我只用这 100 万对公司的债务承担法律责任，这就是有限责任的意思。他日，如公司亏损了，欠银行或其他厂商 1000 万，公司账户上没钱支付了，银行和其他债权人来找我股东个人，原则上是不可以的。当然，也有例外情况，后面会讲的。

如果公司因生产经营对外欠债了，公司是要承担无限责任的，而不是有限责任。比如，以公司的名义向银行贷款或者向其他公司购买原材料，生产的产品卖不出去了，钱还不上，贷款无力支付了，那公司只能做破产清算，把公司名下的所有财产，包括食堂里的锅碗瓢盆都给银行，公司死了，算啦！还不够还的话，那银行只能将这个债权做坏账处理了。当然，银行也不傻，没有抵押，也不会轻易借钱给公司的。你明知道这家公司没有什么固定资产且经营不善，还把原材料赊给这家公司，还帮这个公司建钢构大棚，现在贷款或工程款收不回来，你只能申请该公司破产，把公司食堂里的锅碗瓢盆拿回家，以此来弥补一些损失。你找他股东和法定代表人，人家不会搭理你，因为股东只承担有限责任的嘛！

为了帮助大家理解，我来说个笑话。有限公司就是几个股东受精后生的儿子，儿子以自己的名义出去挣钱，到年底把挣到的钱交给几个父母分一分，孝敬老人。当然，有些不争气的儿子可能会闯祸，一毛钱没挣到，还欠外一屁股债。这时，几个父母会对债权人说：那不是我们欠你的钱，你来找我们没有法律依据啊！这个不争气的儿子就归你啦！你让法院把它大卸八块吧！

（三）出资的实缴和认缴制度

2014年3月1日之前，如果你想设立公司，法律上是有最低资本的限制，必须出资多少钱才可以设立，而且成立时就必须实际缴纳到公司账户，或者把设备或房产实际交给公司，再由会计事务所验资确认后，才能拿营业执照成立公司，这就是实缴资本制。公司账户上有了本钱，就有独立的人格，经营几年，可能还赚了点钱，那我跟这家公司做生意，心理就感觉踏实。当然，很多人都是找人垫付股本，

待公司成立后，再抽逃出来还给垫付的人，试图空手套白狼。这样做的话，股东是无法享受有限责任待遇的。

现在不同啦！如果你要成立一般性的公司，注册资本是一元呢？还是一个亿呢？你们股东自己决定。是今年缴呢？还是十年之后再缴呢？也由股东自己决定。几个股东只要报一个注册资本数额、出资比例，讲个期限、吹个牛就可以了，也不要会计师事务所验资确认了，由股东们在章程中写明注册资本和缴纳期限，公司就可以成立了！这就叫认缴资本制。对股东来说，吹牛也是有风险的。他日，公司欠债还不了，当初成立公司时，你答应缴两个亿股本，不管期限到没到，反正你承诺的股本没缴齐，人家债权人不仅仅告公司，连你股东也一起告了，谁让你吹牛呢？所以说，你们跟公司做生意要擦亮眼睛，不要看公司注册资本是几个亿，你就放心大胆跟这个公司做生意。实际上，这个公司可能就是租个房子，买几个桌子而已，公司净资产还不如街头卖早点的，你跟他签订买卖合同，把几百万的货物赊给这个公司，能不出问题吗？如果你听说，一个街头早点摊要收购一家注册资本五个亿的“大企业”，你千万不要感到惊讶！正常！我说这话，没有冲击你的心理底线吧？

（四）什么情况下，股东要对公司债务承担责任？

前文已经说过，正常情况下，股东是承担有限责任的，我就以出资的那部分钱对公司的债务负责，但也有例外情况。比如出资不到位，就是前面说的“认缴两个亿却一毛钱都没出”的情况；比如虚假出资，你买通评估机构，把一台价值10万元的设备评估成100万去投资，交给公司获得股权，一旦公司对外负债且无力偿还，债权人会将公司和股东一起告的，评估机构也脱不了关系；比如抽逃出资，你作为股

东是要按照章程的约定履行出资义务的，可是你把股本交个公司后，又造假合同、假利润分红或关联交易把交给公司的股本给抽逃出来还给股东了，实际上就是没有出资嘛！一旦公司对外负债且无力偿还，债权人会将公司和股东一起告的，其他协助抽逃的董事和财务也脱不了关系；比如人格混同，也就是公司没有按照企业财务制度去做账，自己家买个家具也算到公司头上，导致公司和股东个人的财产不分，人格上混为一谈，这种情况下是要承担连带责任的。当然，还有其他一些违法经营的情况，都会让违法的股东吃不了兜着走，在此不一一举例了。

（五）公司的组织机构

稍具规模的或者说股东比较多的公司都有三个主要机构：股东会、董事会，监事会。股东会不是一个常设机构，它就是在需要的时候，通知公司股东在一起开会，针对公司的投资计划、修改章程、董事会和监事会人选等重大问题进行讨论，地位高高在上，相当于全国人大。董事会就是负责公司实际经营并执行股东会决议的，就相当于国务院；国务院要选总理，那董事会就要选个董事长，一般董事长都是法定代表人。没有入选董事会的股东就可以回家抱孩子了，做甩手掌柜，坐等年底分红，但公司是不会给甩手掌柜发工资的。入选董事会的股东要参与实际经营，天天在公司里忙活，除了年底分红，公司要给他们发工资的，纳入公司的经营成本。有人说，我作为股东不参与公司生产经营，我这心理不踏实啊！我只能说你 OUT 了，你不放心就查账呗！现代公司企业讲究的就是所有权和经营权的实际分离。监事会嘛！就是专门监督董事和高级管理人员的机构，相当于中纪委。目的是防止董事和高级管理人员以权谋私（比如，把公司产品低于成

本价卖给自己的亲戚)，必要时，监事会可以聘请会计师来查个账什么的；特殊情况下，监事会还可以召集和主持股东会，或者充当诉讼代表人。总结一下，董事会和监事会成员由股东会任命，两者不可兼任；总经理、副总经理和财务总监属于高级管理人员，由董事会任命；各部门主管和班组长由总经理任命。

前面讲一大堆，可能你认为不切合实际，属于假大空。我的目的就是让大家参照并效仿大公司的正规管理模式，搞清楚他们是怎么做的？大公司一般都是严格参照《公司法》的制度设计去做的。我们讲《公司法》是一个示范法，很多规定都是示范给大家看的，你完全可以通过公司章程去修正《公司法》的规定，因此公司章程如何草拟才比较符合实际情况，你可能又要麻烦律师。现实中，很多小公司都是夫妻公司或兄弟公司，组织机构很简单，老公是执行董事兼总经理，老婆是监事，七大姑八大姨都是公司主管，公司章程就显得不是很重要了。有人跟我说：潘律师，我以前就看中一个项目，前景非常广阔，现在别人投资了，公司做得很大，但我当时没钱投资，现在只能搞个小公司做个贸易什么的。我就问他：那你怎么不找几个哥们同学一起投资干啊？他说：潘律师，你不懂的，人性是最难琢磨的，心不齐，人多干不好就会出现矛盾的。我当时就笑了：知识结构决定你的思维方式，你把公司企业跟合伙企业混淆了！如果你对《公司法》理解比较深刻，制定一个完备的公司章程，严格按照公司财务制度去办事，把公司财产和股东个人财产严格独立并区分，是很难出现矛盾的。你必须明白：股东多不是公司出现矛盾的根本原因，不理解《公司法》才是产生纠纷或畏手畏脚的根本原因。你所担心的问题，《公司法》都为你考虑到了，有纠纷找律师，就这么简单。不要一讲到律师，就

想到杀人放火和离婚，现实中的律师多数是在为公司企业提供法律服务。抱歉！我又扯远了！

（六）关于股权的转让

有人为了成立公司，缴了股本，成为股东，后悔了，不想干了，说：我要退股！我心理很清楚，他说的退股就是把投入的股本从公司账户上拿回来，让公司把他从股东名册上删除。想走？没那么容易，公司注册资本已经确定了，都对外经营欠债了，还有项目正在进行中，你拿钱走人，其他股东怎么办？正在投资的项目怎么办？债权人怎么办？你这么做实际上就是抽逃出资，以后会有很多法律上的麻烦。现实中，如果你不想干了，一般都是通过股权转让来脱身的，因为股权转让不影响到公司的注册资本。所谓的股权转让就是把自己名下的股权卖给其他股东，或者卖给外人。卖给本公司的其他股东是没有限制的，只要你们价格谈好签个股权转让合同，履行完合同，去工商行政机关做个变更登记就好了；如果你要卖给外人，需要其他股东过半数同意才可以对外卖，而且本公司的其他股东享有优先购买权，如果其他股东不同意你往外卖，那他们就要买你的股权。股权转让程序是非常麻烦的，没有律师协助，恐怕难以实现。有人问了：我当初认缴100万，我只缴了10万，承诺的缴纳期限还没到，我这个股权可不可以卖掉？可以卖的，但是如果接手的股东日后没有补足剩余的认缴资本，你还是脱不了关系的。

（七）公司利润分红

公司组织生产又对外经营，可能今年保本，明年赚了，后年亏了。公司资本有一项重要原则叫资本维持原则。公司是独立的法人，就要有独立的财产，只要公司在持续经营，就要保证公司的净资产不低于

公司的注册资本。今年公司没赚钱，几个股东生活困难，能否分红？没赚钱分什么红啊？你那叫抽逃出资，违法的。如果公司今年赚钱了，怎么分红？顺序是这样的：首先弥补上年度亏损，因为公司资本维持原则；然后，再缴纳企业所得税；交税后，再提取公积金；仍有剩余的话，才能给股东分红。分红一般都是按股权比例去分的，出资多的股东就多分点。我重点解释一下大家比较陌生的公积金制度，所谓的公积金，就是公司的储备金，相当于蓄水池，今年赚钱了，总不能全部都分了啊，要提取10%利润放到蓄水池里，因为公司要发展壮大或再投资，因为明年可能会亏损，可能会出现金融危机。公司年年都赚钱，年年都提取公积金，当蓄水池里的资金达到公司注册资本一半的时候，就可以不再提取了，赚的钱都分给股东吧！

现实中，安徽的小微企业比较多，多数是两三个股东，常见的做法是：做一单业务就分一次红。比如，一家装修公司就两个股东，兄弟俩，接到一单装修业务，每人出一半钱买材料找人干活，活干完了，盘算一下，赚了10万块钱，不入公司账户，也不交税，仅仅是把工人工资付了。什么资本维持原则啊？老子不懂！咱哥俩平分了，喝酒去。这不是现代企业家的战略思维，你把公司当摆设了吗？这样做会造成公司和股东的人格混同，致使股东无法享受有限责任待遇；这样做是一种狭隘短视行为，注定公司不可能发展壮大，你也不可能成为一名真正的企业家。

（八）公司解散、清算和注销

公司要不要解散？什么时候解散？实际上也就是要不要对公司判处死刑的问题；清算是指公司被判处死刑后，成立清算组，盘点一下公司还剩多少财产，几个股东讨论怎么分尸体的问题，程序还是蛮

复杂的；注销嘛！就是公司清算后，财产都处理结束了，把尸体扔到火葬场里去，再去工商行政机关申请销户；跟自然人尸体被火化了，要去公安派出所办理销户登记是同样道理。

我重点讲一下公司的解散问题，如果是多数股东都不想干了，股东会作出解散的重要决议了，或者公司章程规定的经营期限到了，也不想再修改章程继续干了，那公司就属于正常死亡，没什么好说的。如果公司因违法被工商行政机关吊销营业执照了，那是一种强制的行政解散，也必须做清算把财产处理一下，再去把公司户口给注销了。如果公司年年亏损，股东当初缴纳的股本都快花完啦！目前的净资产只有100万，对外欠债200万，属于资不抵债，那么债权人就会去法院申请你公司破产，走破产程序，反正你股东是分不到公司尸体的；如果公司目前的净资产1000万，对外欠债也只有100万，它不属于资不抵债的情况，但股东长期争吵无法形成有效决议，公司开始年年亏损净资产开始年年减少，形成公司僵局，这样耗下去明显对股东和社会都非常不利，就会有股东去法院申请司法解散。因为早点解散并清算，股东多少还能分到一些公司的尸体，那也是肉啊！

到此为止，有关《公司法》的内容就算全部讲完了。作为股东或实际经营者，只需要了解个大概流程开拓一下思维就可以了，具体操作问题，还是有必要与律师进行充分沟通。我一再强调：公司企业的出生、成长和死亡的一系列问题都离不开律师的参与，在市场经济体制下，律师充当企业法律顾问是非常必要的。

五、最高人民法院已支付全部购房款的消费者在房地产开发企业进入破产程序后

文章来源：最高人民法院

最高人民法院

已支付全部购房款的消费者在房地产开发企业进入破产程序后

阅读提示

房地产开发企业进入破产程序后，消费者能否请求该企业继续履行房屋过户义务？最高法院认为，如果消费者已支付购买商品全部款项，则可请求房地产开发企业办理房屋所有权变更登记，该等行为不属于《企业破产法》第十六条所称无效的个别清偿行为，管理人也无权解除合同。

此外，司法实践中亦有法院根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条关于“特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物”不属于破产财产的规定，认定相对人购买的房屋属于特定物，如果相对人已完全支付对价，则可以请求进入破产程序的企业继续履行房屋过户义务。但是对于未竣工的房屋能否认定为特定物的问题，司法实践中存在不同的认识。详见延伸阅读部分。

裁判要旨

房地产开发企业进入破产程序后，已支付全部款项的消费者可请求该企业履行交付房屋并办理所有权变更登记的义务，该等行为并非《企业破产法》第十六条所称无效的个别清偿行为。而

且因消费者已支付购买商品全部款项，故房地产开发企业破产管理人对商品房买卖合同并无解除权。

案情简介

（一）2001年，杨飞与英嘉公司签订《商品房买卖合同》，杨飞购买英嘉公司开发的7C号房屋，房屋总价款2799122元，其中首付款849122元，其余房款195万元杨飞以银行按揭方式支付。合同签订后7C号房屋没有办理所有权转移登记手续。

（二）北京一中院于2006年依法受理了英嘉公司破产一案，于2008年指定了该公司的管理人。

（三）2014年6月，杨飞向北京一中院提起诉讼，请求判令：杨飞对7C号房屋享有所有权；英嘉公司配合杨飞行使取回权，将7C号房屋的所有权过户到杨飞名下。英嘉公司提起反诉，请求确认7C号房屋《商品房买卖合同》已解除。北京一中院支持了杨飞的诉讼请求。

（四）英嘉公司不服北京一中院判决，上诉至北京高院称，诉争房屋应当属于英嘉公司的破产财产，杨飞取得房屋的唯一途径是请求英嘉公司继续履行《商品房买卖合同》，不能直接主张取回权。北京高院判决驳回上诉，维持原判。

（五）英嘉公司不服北京高院判决，向最高法院申请再审。最高法院认为，根据《物权法》第九条的规定，除法律另有规定以外，不动产物权的转让以产权登记为要件，北京高院判决确认案涉房屋归杨飞所有确有不妥，但判令英嘉公司为杨飞协助办理案涉房屋所有权过户手续是正确的，该案最终处理结果正确。故裁定驳回英嘉公司的再审申请。

败诉原因

本案英嘉公司败诉的原因在于：

第一，根据《合同法》、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》等相关法律、司法解释规定之精神，**交付了购买商品房的全部或者大部分款项后，消费者就所购商品房对出卖人享有的债权，有别于普通无担保债权，是一种针对特定不动产所享有的具有非金钱债务属性的特殊债权，在受偿顺序上优先于有担保债权的建设工程价款优先受偿权亦不得对抗该债权。**本案所涉房屋为住宅商品房，杨飞通过个人首付、向银行按揭贷款方式支付了全部价款，属于上述特殊债权。

第二，根据《企业破产法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》规定之精神，并非所有的破产程序中的个别清偿行为均属于《企业破产法》第十六条规定的无效行为。**认定个别清偿行为无效的关键要件之一是该清偿行为损害了其他破产债权人的合法权益。而交付了商品房全部或者大部分款项的消费者对于其所购房屋的权利，因其具有特定性和优先性，故该债权的实现并不会构成对其他破产债权人合法权益的损害，因此，出卖人履行商品房买卖合同约定的交付房屋并办理所有权变更登记的义务，并非《企业破产法》第十六条所称无效的个别清偿行为。**

第三，根据《企业破产法》第十八条第一款之规定，管理人仅对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行。而本案中，杨飞已经通过银行按揭贷款支付了案涉房屋的全部款项，故对于案涉商品房买卖合同，英嘉公司破产管理人并无解除权。在杨飞主张继续履行双方签订的《商品房买卖

合同》的情况下，英嘉公司亦没有举证证明存在《合同法》第九十四条以及第一百一十条所称的不能履行或不适于继续履行的情形，故英嘉公司应当继续履行案涉《商品房买卖合同》，协助杨飞办理案涉房屋所有权变更登记，并将案涉房屋交付给杨飞。

败诉教训、经验总结

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

（一）对于房地产企业而言，进入破产程序后，已签订商品房买卖合同的购房者未支付完毕购房价款，房地产企业也未将房屋过户给该购房者的，管理人有权决定解除该商品房买卖合同或继续履行。但是如果购房者已支付完毕购房价款，且未发生法定解除或约定解除的事由，则管理人无权解除该商品房买卖合同。

（二）对于消费者而言，房地产企业进入破产程序后，如果消费者已支付完毕购房价款，则可请求房地产企业履行房屋过户义务。

相关法律规定

《中华人民共和国合同法》

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- （一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

第一百一十条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未要求履行。

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

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

（一）人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

（二）消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

《中华人民共和国企业破产法》

第十六条 人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。

第十八条 人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。

管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。

以下为该案在最高法院审理阶段，裁定书中“本院认为”部分就该问题的论述：

首先，本案所涉房屋为住宅商品房，杨飞通过个人首付、向银行按揭贷款方式支付了全部价款。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《优先受偿权批复》）等相关法律、司法解释规定之精神，交付了购买商品房的全部或者大部分款项后，消费者就所购商品房对出卖人享有的债权，有别于普通无担保债权，是一种针对特定不动产所享有的具有非金钱债务属性的特殊债权，在受偿顺序上优先于有担保债权的建设工程价款优先受偿权亦不得对抗该债权。

其次，根据《企业破产法》、《适用企业破产法规定（二）》规定之精神，并非所有的破产程序中的个别清偿行为均属于《企

业破产法》第十六条规定的无效行为。认定个别清偿行为无效的关键要件之一是该清偿行为损害了其他破产债权人的合法权益。而如上所述，交付了购买商品房屋全部或者大部分款项的消费者对于其所购房屋的权利，因其具有特定性和优先性，故该债权的实现并不会构成对其他破产债权人合法权益的损害，因此，出卖人履行商品房买卖合同约定的交付房屋并办理所有权变更登记的义务，并非《企业破产法》第十六条所称的无效的个别清偿行为。

再次，根据《企业破产法》第十八条第一款之规定，管理人仅对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行。而本案中，杨飞已经通过银行按揭贷款支付了案涉房屋的全部款项，故对于案涉商品房买卖合同，英嘉公司破产管理人并无解除权。在杨飞主张继续履行双方签订的《商品房买卖合同》的情况下，英嘉公司亦没有举证证明存在《合同法》第九十四条以及第一百一十条所称的不能履行或不适于继续履行的情形，故英嘉公司应当继续履行案涉《商品房买卖合同》，协助杨飞办理案涉房屋所有权变更登记，并将案涉房屋交付给杨飞。

最后，根据《物权法》第九条的规定，除法律另有规定的以外，不动产物权的转让以产权登记为要件。对于本案所涉房屋，杨飞虽然已经支付了全部购房款，但英嘉公司尚未交付房屋，亦未办理房屋所有权变更登记，相关法律、行政法规、司法解释亦未例外规定此种情形下买受人可直接取得房屋所有权。同时，本案并非因物权归属争议引发的物权确认纠纷，故二审法院将本案案由确定为物权确认纠纷并确认案涉房屋归杨飞所有确有不妥。

但由上所述，二审判决判令英嘉公司为杨飞协助办理案涉房屋所有权过户手续是正确的，通过该判项的履行或执行，杨飞仍将能够取得案涉房屋所有权。此外，二审判决虽对房屋交付等合同履行事实的认定存在矛盾，但根据《优先受偿权批复》之相关规定，该事实并不影响本案的最终处理。

综上，虽然二审判决存在上述适用法律和认定事实上的问题，但最终处理结果正确。

案件来源

北京英嘉房地产开发有限公司、杨飞与北京英嘉房地产开发有限公司、杨飞物权确认纠纷申请再审民事裁定书，[最高人民法院(2015)民申字第1158号]。

延伸阅读

司法实践中有法院根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条关于“特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物”不属于破产财产的规定，认定相对人购买的房屋属于特定物，如果相对人已完全支付对价，则可以请求履行房屋过户义务。但是对于未竣工的房屋能否认定为特定物的问题，司法实践中存在不同的认识。

(一)认定尚未转移占有但相对人已完全支付对价的已建成房屋属于特定物，故不属于企业破产财产，相对人可以请求继续履行合同的案例

案例 1: 姜永勤与南通华瑞置业有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷再审民事判决书[江苏省高级人民法院(2015)苏民再提字第00154号]认为，“本院还查明：原门牌号为××幢16室房屋已经建

成，现门牌号为××幢02室。……《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条规定，下列财产不属于破产财产：

（五）特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物。本案中瑞园小区联排三层住宅××幢02室房屋产权虽未登记到姜永勤名下，亦未交付姜永勤占有，但姜永勤已按《拆迁补偿协议》支付了该房屋的全部对价，且距法院受理华瑞公司破产申请已经几年，故该房屋属于上述法律规定的特定物，不属于破产财产。华瑞公司认为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》已经去除了《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条规定的主张不能成立。综上，姜永勤与华瑞公司签订的《南通市城市房屋拆迁补偿安置协议》及《拆迁补偿协议》合法有效，双方均应按协议履行。姜永勤已按协议约定支付了购房款，现瑞园小区联排三层住宅××幢02室已经建成，双方约定的交房时间已过，华瑞公司应当向姜永勤交付房屋，一、二审驳回姜永勤主张对南通市崇川区瑞园小区联排三层住宅××幢02室享有优先权及要求交房的诉讼请求错误，应予纠正。”

（二）关于未竣工房屋是否属于企业破产财产的问题，存在不同的认识

1、尚未竣工验收的房屋只要经相对人选定后也属于特定物，如相对人已完全支付对价，则该房屋不属于企业破产财产

案例2：宁波东来日盛置业有限公司、何毅诚与破产有关的纠纷再审查与审判监督民事裁定书[浙江省高级人民法院(2016)浙民申3380号]认为，“东来公司申请再审称：……（三）案涉商品房所在的东来国际大厦是破产企业的唯一财产，尚未竣工验收，不具备交付

和使用条件。而将案涉商品房剔除在破产财产之外，大大增加了东来国际大厦处理难度，也拖延了整个破产案件的推进程序。……本院认为，《最高人民法院关于适用若干问题的规定（二）》第二条‘下列财产不应认定为债务人财产：（一）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产；（二）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产；（三）所有权专属于国家且不得转让的财产；（四）其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产’与《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条均是对不属于破产财产的规定，后者系对前者的补充，两者并不矛盾。而《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条第（六）项系对房屋买卖特殊情形下的规定，而非仅是针对商品房买卖的规定，故二审认定**何毅诚选定案涉房屋后，案涉房屋对于何毅诚而言就是特定物**，从而适用该条第（五）项的规定，并无不当。对于东来公司提出的其他再审理由，因无事实和法律依据，故不予支持。”

2、尚未竣工验收的房屋不属于特定物，即便当事人已支付全部价款，该财产仍属于企业破产财产

案例 3：徐南与江苏省沭阳县恒通房地产开发有限公司合同纠纷再审复查与审判监督民事判决书[江苏省高级人民法院（2016）苏民申 1406 号]认为，“关于‘八套门面房’。根据《最高人民法院关于审理破产案件若干问题的规定》第七十一条的规定，特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物，以及尚未办理产权证或者产权过户手续，但已向买方交付的财产，均不属于破产财产。然而，本案中，因‘八套门面房’尚未竣工验收，签订租赁协议并不

能形成法律上的实际交付效力。**正是基于尚未竣工验收，也不能认定‘八套门面房’已形成法律意义上的特定物。**故徐南主张‘八套门面房’不属于破产财产的理由，不能成立。现恒通公司已进入破产程序，客观上没有能力办理竣工验收手续，商品房买卖合同事实上已不能履行，二审法院驳回徐南的诉讼请求，并无不当。”

六、最高法指导案例：公司人格混同的认定规则，及人格混同的法律后果

文章来源：法促善治

最高法指导案例：公司人格混同的认定规则，及人格混同的法律后果

导读：最高人民法院指导案例 15 号：徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案，该案中法院以被告公司人格混同判决关联公司对川交工贸公司债务承担连带清偿责任。**那么实践中如何认定关联公司及公司人格混同，值得所有企业经营者注意，避免因公司人格混同而承担法律责任。（附：该案的案情及裁判依据）**

裁判规则

1、关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格，构成人格混同。

2、关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，管理公司相互之间对外部债务承担连带责任。

如何认定关联公司？

公司法是以单一公司为原型设计的，对关联公司的概念未作规定，但随着规模经济的发展，公司之间出现多种形式的联合，涉及关联公司的法律问题越来越多，这就需要对相关问题进行法律规制。本案例涉及关联公司的人格混同问题，首先要了解什么是关联公司。

从国外立法情况看，国际组织和各国立法均对关联公司的界定不尽相同。《联合国关于发达国家与发展中国家间避免双重征税的协定范本》和《经济合作与发展组织关于避免双重征税的协定范本》中都规定了构成国际关联企业的两种情况：**第一，缔约国一方企业直接或间接参与缔约国另一方企业的管理、控制或资本。第二，同一人直接或间接参与缔约国一方企业和缔约国另一方企业的管理、控制或资本。**可见，上述范本把参与管理、控制和资本作为认定关联企业的依据。

我国公司法虽然未明确何为关联公司，但《企业所得税法实施条例》第 109 条规定：“企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或个人：（一）在资金、经营、购销等方面存在直接或间接的控制关系；（二）直接或间接地同为第三者控制；（三）在利益上具有相关联的其他关系。”2012 年修订的《税收征收管理法实施细则》第 51 条（*）也作了类似规定，并且国家税务总局发布的《特别纳税调整实施办法（试行）》第 9 条（**）列举了八种构成关联关系的情

形，对《税法实施条例》中规定的三个方面的关联关系作了细化规定，更具有可操作性。我们认为，在公司法尚未对关联公司作出明确法律界定的情况下，可以参考上述规定认定关联公司。

如何认定人格混同？

公司的独立人格和股东的有限责任是现代公司法人制度的两大基石，但是公司法人制度在发挥其推动投资增长和迅速积累资本的同时，也可能被股东用作逃避契约或法律义务、谋取非法利益的工具。20世纪初，美国法院首次通过判例否认了公司法人人格，大陆法系的德国和日本也通过判例否认公司的法人人格。我国2005年修订公司法时引入了公司法人人格否认制度。由于公司法人人格否认制度本身内涵丰富，情形多变，成文法难以将适用公司法人人格否认的各种情况一一列举。本案例中涉及的关联公司之间人格混同的情形，即属于公司法中未明确具体规定的。

本案例裁判要点第一点中载明：“关联公司的人员、业务、财产等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。”该裁判要点表明，在上述情况下，可以认定关联公司构成人格混同，但准确地说，该裁判要点并非关联公司人格混同的定义或概念。要严谨准确地表达人格混同的概念，是一个比较困难的课题。虽然一般认为，关联公司人格混同是指关联公司之间界限模糊，如资产部分、人员交叉、业务混同，甚至注册地、营业地、银行账户、电话号码等完全相同，令外界无法分清交易对象，但由于人格混同的表现形式多样，混同的手段也不断翻新，一旦确定某一表现形式构成人格混同的表征，则某些公司必然尽力规避这些表征，同时依然保持有实质混同，使债

权人的取证和法院认定判断是否构成人格混同的难度大大增加。但是，认定关联公司人格混同可以考虑一下几个方面的因素。

1、关联公司人格混同的表征因素

第一，人员混同。这是指关联公司之间在组织机构和人员上存在严重的交叉、重叠。如公司之间董事相互兼任、公司高级管理人员交叉任职，甚至雇员也相同，最典型的情形是“一套人马，多块牌子”。

第二，业务混同。这是指关联公司之间从事相同的业务活动，在经营过程中彼此不分。如同一业务有时以这家公司名义进行，有时又以另一公司名义进行，以至于与之交易的对方当事人无法分清与哪家公司进行交易活动。

第三，财务混同。这是指关联公司之间账簿、账户混同，或者两者之间不当冲账。需要注意的是，关联公司依法合并财税报表，以及在分开记账、支取自由前提下的集中现金管理，不应被视为财务混同。

上述三种情形是关联公司人格混同的典型表征，是人格混同的常见表现形式。实践中，人格混同的情形不限于上述三个方面的表征因素，诸如电话号码一致、宣传内容一致等。在认定人格混同时还需要注意的是，在集团公司、母子公司结构之下，控制公司对其下属公司的人员、业务、财务进行统一管理是一种经常性的状态。如，在人员方面，集团公司会向下属公司派遣管理人员；在业务方面，集团公司会对下属公司制定统一的业务规范，下达统一的生产经营计划，进行统一考核；在财务方面，集团公司会建立统一的财务管理制度等等。我们认为，这种统一的管理，

只要是在合法的范围内，在控制公司没有滥用权利、侵犯下属公司独立人格的前提下，不属于人格混同。

2、关联公司人格混同的实质因素。

财产混同是指关联公司之间的财产归属不明，难以区分各自的财产。如关联公司的住所地、营业场所相同，共同使用同一办公设施、机器设备，公司之间的资金混同，各自的收益不加区分，公司之间的财产随意调用等等。这是关联公司人格混同的实质因素，因为财产混同违背了公司财产与股东财产相分离、公司资本为耻和公司资本不变等基本原则，潜伏着公司财产被隐匿、非法转移或被私吞、挪用的重大隐患，严重影响公司对外清偿债务的能力。公司法第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”可见，公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。

3、关联公司人格混同的结果因素

关联公司人格混同的结果因素是指人格混同的程度必须达到严重损害债权人利益的后果时，法院才否认关联公司的法人人格，让关联公司之间承担连带责任。该结果因素实际上包含了两方面的内容：其一，债权人的利益因为关联公司人格混同而受到了严重的侵害。其二，如果不是用法人人格否认，将无从保障债权人的利益。本案例裁判要点第二点说明：“关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任”，明确表达了这一内涵。也就是说，即使具有关联公司人格混同的情形，但实际上未给他人造成损失，也就不能否认公司的

法人人格。这是因为法人制度中的人格独立、股东有限责任以及公司法人人格否认的宗旨，都是为了将利益和风险公平地分配于公司的出资人和公司的债权人之间，实现利益平衡。当公司独立人格被滥用，导致债权人的利益受损时，必然使利益失衡，从而需要否认公司独立人格，对债权人的损失进行弥补，实现一种利益补偿。若债权人利益没有受损，则不需要否认公司独立人格去矫正并未失衡的利益体系。至于如何认定严重损害债权人利益，我们认为衡量的标准是公司的偿债能力，即公司能否偿还债权人的到期债权，如果公司能够偿还债务，债权人就不能主张否认公司的独立人格。

附：指导案例 15 号徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案

基本案情

原告徐工集团工程机械股份有限公司（以下简称徐工机械公司）诉称：成都川交工贸有限责任公司（以下简称川交工贸公司）拖欠其货款未付，而成都川交工程机械有限责任公司（以下简称川交机械公司）、四川瑞路建设工程有限公司（以下简称瑞路公司）与川交工贸公司人格混同，三个公司实际控制人王永礼以及川交工贸公司股东等人的个人资产与公司资产混同，均应承担连带清偿责任。请求判令：川交工贸公司支付所欠货款 10916405.71 元及利息；川交机械公司、瑞路公司及王永礼等个人对上述债务承担连带清偿责任。

被告川交工贸公司、川交机械公司、瑞路公司辩称：三个公司虽有关联，但并不混同，川交机械公司、瑞路公司不应对川交工贸公司的债务承担清偿责任。

王永礼等人辩称：王永礼等人的个人财产与川交工贸公司的财产并不混同，不应为川交工贸公司的债务承担清偿责任。

法院经审理查明：川交机械公司成立于1999年，股东为四川省公路桥梁工程总公司二公司、王永礼、倪刚、杨洪刚等。2001年，股东变更为王永礼、李智、倪刚。2008年，股东再次变更为王永礼、倪刚。瑞路公司成立于2004年，股东为王永礼、李智、倪刚。2007年，股东变更为王永礼、倪刚。川交工贸公司成立于2005年，股东为吴帆、张家蓉、凌欣、过胜利、汤维明、武竞、郭印，何万庆2007年入股。2008年，股东变更为张家蓉（占90%股份）、吴帆（占10%股份），其中张家蓉系王永礼之妻。在公司人员方面，三个公司经理均为王永礼，财务负责人均为凌欣，出纳会计均为卢鑫，工商手续经办人均为张梦；三个公司的管理人员存在交叉任职的情形，如过胜利兼任川交工贸公司副总经理和川交机械公司销售部经理的职务，且免去过胜利川交工贸公司副总经理职务的决定系由川交机械公司作出；吴帆既是川交工贸公司的法定代表人，又是川交机械公司的综合部行政经理。在公司业务方面，三个公司在工商行政管理部门登记的经营范围均涉及工程机械且部分重合，其中川交工贸公司的经营范围被川交机械公司的经营范围完全覆盖；川交机械公司系徐工机械公司在四川地区（攀枝花除外）的唯一经销商，但三个公司均从事相关业务，且相互之间存在共用统一格式的《销售部业务手册》、《二级经

销协议》、结算账户的情形；三个公司在对外宣传中区分不明，2008年12月4日重庆市公证处出具的《公证书》记载：通过因特网查询，川交工贸公司、瑞路公司在相关网站上共同招聘员工，所留电话号码、传真号码等联系方式相同；川交工贸公司、瑞路公司的招聘信息，包括大量关于川交机械公司的发展历程、主营业务、企业精神的宣传内容；部分川交工贸公司的招聘信息中，公司简介全部为对瑞路公司的介绍。在公司财务方面，三个公司共用结算账户，凌欣、卢鑫、汤维明、过胜利的银行卡中曾发生高达亿元的往来，资金的来源包括三个公司的款项，对外支付的依据仅为王永礼的签字；在川交工贸公司向其客户开具的收据中，有的加盖其财务专用章，有的则加盖瑞路公司财务专用章；在与徐工机械公司均签订合同、均有业务往来的情况下，三个公司于2005年8月共同向徐工机械公司出具《说明》，称因川交机械公司业务扩张而注册了另两个公司，要求所有债权债务、销售量均计算在川交工贸公司名下，并表示今后尽量以川交工贸公司名义进行业务往来；2006年12月，川交工贸公司、瑞路公司共同向徐工机械公司出具《申请》，以统一核算为由要求将2006年度的业绩、账务均计算至川交工贸公司名下。

另查明，2009年5月26日，卢鑫在徐州市公安局经侦支队对其进行询问时陈述：川交工贸公司目前已经垮了，但未注销。又查明徐工机械公司未得到清偿的货款实为10,511,710.71元。

裁判结果

江苏省徐州市中级人民法院于2011年4月10日作出(2009)徐民二初字第0065号民事判决：一、川交工贸公司于判决生效后

10 日内向徐工机械公司支付货款 10511710.71 元及逾期付款利息；二、川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的上述债务承担连带清偿责任；三、驳回徐工机械公司对王永礼、吴帆、张家蓉、凌欣、过胜利、汤维明、郭印、何万庆、卢鑫的诉讼请求。宣判后，川交机械公司、瑞路公司提起上诉，认为一审判决认定三个公司人格混同，属认定事实不清；认定川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务承担连带责任，缺乏法律依据。徐工机械公司答辩请求维持一审判决。江苏省高级人民法院于 2011 年 10 月 19 日作出（2011）苏商终字第 0107 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：针对上诉范围，二审争议焦点为川交机械公司、瑞路公司与川交工贸公司是否人格混同，应否对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。

川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司人格混同。

一是三个公司人员混同。

三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均相同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司决定的情形。二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务，经销过程中存在共用销售手册、经销协议的情形；对外进行宣传时信息混同。三是三个公司财务混同。三个公司使用共同账户，以王永礼的签字作为具体用款依据，对其中的资金及支配无法证明已作区分；三个公司与徐工机械公司之间的债权债务、业绩、账务及返利均

计算在川交工贸公司名下。因此，三个公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。

川交机械公司、瑞路公司应当对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。《公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”本案中，三个公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，其中川交工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债权人的利益。上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《公司法》第二十条第三款的规定，川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务应当承担连带清偿责任。

<完>