豪诚智库集团

清算 重组 投资 财税

第 15 期

温州中院联合课题组：论破产涉税若干问题的解决路径

李忠鲜：担保债权受破产重整限制之法理与限度

试论关联企业合并破产的启动模式

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、公司与中国政法大学破产法与企业重组研究中心建立战略合作关系..... 1
二、贵州肥矿光大能源有限公司第一次债权人会议顺利召开.....3
三、集团法律总顾问、四川方法律师事务所主任刘艳 赴重庆市破产管理人协会考察调研.....5
四、公司被四川省南部县人民法院指定为四川奇林房地产开发有限公司管理人..... 10
五、我公司贵州分公司入围贵州省高级人民法院中贵阳市中级人民法院破产管理人初审名册一级管理人..... 12

行业热点

一、破产程序中各类债权清偿顺位问题研究 ——暨对债权范围的厘定之一 14
二、最高人民法院关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定..... 41

CONTENTS [目录]

2018 年 9月

三、 破产程序中管理人对未履行租赁合同的处置权..... 53

法院信息

一、各法院指定破产管理人公告信息.....63

二、温州中院联合课题组：论破产涉税若干问题的解决路径..67

三、最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知法〔2018〕1 号.....91

问题探索

一、试论关联企业合并破产的启动模式.....96

二、试论破产重整程序中引入投资人的注意事项..... 105

三、李忠鲜：担保债权受破产重整限制之法理与限度..... 118

四、“执转破”案件中破产管理人审核认定债权的简化路径 148

豪诚动态

一、公司与中国政法大学破产法与企业重组研究中心建立战略合作关系

时间：2018.8.23

公司与中国政法大学破产法与企业重组研究中心建立战略合作关系

日前，公司与中国政法大学破产法与企业重组研究中心建立战略合作关系，未来双方将就破产法理论与实践中的若干前沿性问题，联合开展创新性研究，以期携手提升我国破产法研究水准、不断开拓新的研究领域，为破产法的有效实施贡献力量。

同时，公司董事长曹爱武先生、集团旗下四川方法律师事务所主任刘艳律师被聘为中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员并被正式接纳为 2018 年度国际破产协会会员。

中国政法大学破产法与企业重组研究中心
China University of Politics and Law, Bankruptcy Law and Restructuring Research Centre

研究员证书

尊敬的 曹爱武：

根据您的申请及国际破产协会章程规定，您已被正式接纳为2018年度国际破产协会会员（编号：180134），同时作为中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员（任期一年），享有相应权益。让我们携手合作，共同推进中国破产法事业！

中国政法大学
破产法与企业重组研究中心主任
李曙光教授
2018年7月

中国政法大学破产法与企业重组研究中心
China University of Politics and Law, Bankruptcy Law and Restructuring Research Centre

研究员证书

尊敬的 刘艳：

根据您的申请及国际破产协会章程规定，您已被正式接纳为2018年度国际破产协会会员（编号：180133），同时作为中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员（任期一年），享有相应权益。让我们携手合作，共同推进中国破产法事业！

中国政法大学
破产法与企业重组研究中心主任
李曙光教授
2018年7月

豪诚智库集团将继续专注于企业债务重组与破产业务领域，不忘初心，精耕细作，不断深化与包括中国政法大学破产法与企业重组研究中心在内的国内知名研究机构的合作，全面提升业务水平，持续推动中国破产法事业的进步。

二、贵州肥矿光大能源有限公司第一次债权人会议顺利召开

时间：2018.8.29

贵州肥矿光大能源有限公司第一次债权人会议顺利召开

2018年8月29日，贵州肥矿光大能源有限公司第一次债权人会议在贵阳市中级人民法院顺利召开，并圆满地完成了各项法定议程。2018年5月8日，贵阳市中级人民法院作出（2018）黔01破申1号民事裁定书，裁定受理了贵州肥矿能源有限公司对贵州肥矿光大能源有限公司的破产清算申请，并于同日指定四川豪诚企业清算事务所有限公司担任管理人。

管理人接受人民法院指定后，依法接管了债务人的财产、印章和账簿、文书等资料。在对债务人的财产状况、涉诉情况、经营情况、职工情况进行全面调查的同时，依法登记、审查 4 户债权人申报的债权，并按《企业破产法》的规定制作了第一次债权人会议的各项文件资料。

2018 年 8 月 29 日，管理人在贵州肥矿光大能源有限公司第一次债权人会议上向债权人会议上作了《执行职务的工作报告》、《债务人财产状况报告》、《管理人报酬方案》、《关于提请债权人会议核查债权的报告》等报告。债权人会议就“诉讼追收贵州光大科尔投资有限公司 3920 万元出资的意见”、“贵州肥矿光大能源有限公司财产管理方案”、“关于以非现场方式召开债权人会议的议案”进行了审议和表决，均获得债权人会议的全票通过。

三、集团法律总顾问、四川方法律师事务所主任刘艳赴重庆市破产管理人协会考察调研

时间：2018.9.13

集团法律总顾问、四川方法律师事务所主任刘艳
赴重庆市破产管理人协会考察调研

2018 年 9 月 13 日、14 日，集团法律总顾问、四川方法律师事务所主任刘艳作为成都市破产管理人协会副会长单位代表前往重庆破产管理人协会进行考察调研和学习交流。本次调研由协会会长罗毅带队，协会副秘书长王春生、刘艳、杨波及市律协破产法专业委员会副主任曾传辉、陈倩，秘书长黄磊等十人参与。重庆市破产管理人协会会长徐丽霞、副会长兼秘书长张涌、副会长谢鹏、韦忠语、陈华茂及监事长凌焯、副监事长谭光权等对考察团进行了热情接待。

此次交流旨在学习同行先进经验，通过走访、座谈的形式，调研重庆在破产管理人协会建设与破产管理人业务实操方面的经验和做法。

座谈会上，重庆市破产管理人协会徐丽霞会长首先对各位代表表示热烈欢迎，并详细介绍了重庆市破产管理人协会的设立、运行和发展情况。

随后，双方参会代表就协会建设、会员构成、业务培训、互助基金等有关工作，并针对破产业务开展及破产实务办案经验、府院联动机制建设等进行了热烈互动和深入探讨。

调研团先后走访了重庆海川资产清算服务有限公司、中豪律师集团（重庆）事务所、大信会计师事务所重庆分所、重庆丽达律师事务所共四家重庆市高院一级破产管理人机构。在走访调研过程中，参会代表集中对川渝两地破产业务现状、管理人团队的人员配置、管理人队伍的培养、管理人实务操作中遇到的棘手问题、管理人履职风险及防范等展开了深入的座谈和交流。

重庆海川资产清算服务有限公司合影留念

中豪律师集团（重庆）事务所合影留念

大信会计师事务所重庆分所合影留念

重庆丽达律师事务所合影留念

本次考察调研活动促进了川渝两地的破产管理人协会及管理人机构的交流学习，两地协会代表均表示本次活动意义重大，并愿意在今后的协会建设及破产业务中加强互动和合作，共同推动破产管理人行业的发展和进步。

四、公司被四川省南部县人民法院指定为四川奇林房地产开发有限公司管理人

时间：2018.9.15

公司被四川省南部县人民法院指定为四川奇林房地产开发有限公司管理人

2018 年 8 月 28 日，四川省南部县人民法院裁定受理四川奇林房地产开发有限公司破产重整一案，并指定我公司担任四川奇林房地产开发有限公司管理人。

四川省南部县人民法院
决　定　书

（2018）川 1321 破申 1-2 号

2018 年 8 月 28 日，本院根据四川奇林房地产开发有限公司的申请，裁定受理四川奇林房地产开发有限公司破产重整一案，经采取竞争与轮候相结合方式，依照《中华人民共和国企业破产法》第十三条、第二十二条、第二十四条，《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第十五条之规定，指定四川豪诚企业清算事务所有限公司担任四川奇林房地产开发有限公司管理人，曹爱武为负责人。

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之前，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。

二〇一八年九月十五日

五、我公司贵州分公司入围贵州省高级人民法院中贵阳市中级人民法院破产管理人初审名册一级管理人

时间：2018.9.18

我公司贵州分公司入围贵州省高级人民法院中贵阳市中级人民法院破产管理人初审名册一级管理人

2018 年 9 月，贵州省高级人民法院根据《中华人民共和国企业破产法》、最高人民法院《审理企业破产案件指定管理人的规定》和《贵州省高级人民法院破产管理人管理制度》的相关规定，已经完成了本次机构管理人和个人管理人名册的调整工作。经过报名、评分、考核、评级、复评等程序，已确定 141 家律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所（公司）进入初审名册中的机构管理人，已确定上述中介机构中的 26 名个人进入初审名册中的个人管理人。并于 9 月 18 日将初审名册予以公示，我公司贵州分公司被评为一级管理人。

贵州省高级人民法院

微博 微博 微信 APP下载端 客户端

首页 | 机构设置 | 新闻播报 | 公众服务 | 权威发布 | 媒体聚焦 | 案件直击 | 法官论坛 | 党建工作 | 请输入关键词

首页 > 司法行政公开

司法行政公开

贵州省高级人民法院关于发布《破产管理人初审名册（2018年）》的公告

作者：本站原创 来源：本站 发布日期：2018-09-19 16:52:37 打印本页

为规范全省法院破产案件审判工作，贵州省高级人民法院根据《中华人民共和国企业破产法》、最高人民法院《审理企业破产案件指定管理人的规定》和《贵州省高级人民法院破产管理人管理制度》的相关规定，已经完成了本次机构管理人和个人管理人名册的调整工作。经过报名、评分、考核、评级、复评等程序，已确定141家律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所（公司）进入初审名册中的机构管理人，其中贵阳市中级人民法院25家，遵义市中级人民法院25家，安顺中院13家，铜仁中院11家，毕节中院14家，六盘水中院12家，黔南中院12家，黔东南中院14家，黔西南中院15家。已确定上述中介机构中的26名个人进入初审名册中的个人管理人。现将初审名册予以公示，公示期为10日。对初审名册有异议的单位和个人可在公示期内将实名书面异议提交贵州省高级人民法院民二庭。

贵州省高级人民法院民二庭联系人：郭佳

联系电话：0851-86209353

贵州省高级人民法院破产管理人初审名册（2018年）见附件

贵州省高级人民法院

二〇一八年九月十八日

附：破产管理人初审名册（送审稿-2018-09-20）[1].docx

贵州省高级人民法院破产管理人初审名册（2018 年）

一、机构破产管理人名册

贵阳市中级人民法院

一级破产管理人：贵州贵达律师事务所、贵州普诚舜天会计师事务所有限责任公司、四川豪诚企业清算事务所有限公司贵州分公司、贵州辅正律师事务所、贵州公达律师事务所、国浩律师（贵阳）事务所、贵州富迪律师事务所、贵州钝初律师事务所、贵州恒易律师事务所、贵州驰宇律师事务所；

二级破产管理人：北京盈科（贵阳）律师事务所、贵州中创联律师事务所、立信会计师事务所（特殊普通合伙）贵州分所、贵州黔元会计师事务所有限公司、贵州君跃律师事务所、贵州鼎尊律师事务所、贵州北斗星律师事务所、贵州创胜荣企业清算服务有限公司、贵州天筑律师事务所；

三级破产管理人：贵州利安达致远兴宏会计师事务所有限公司、中豪律师集团（贵阳）律师事务所、贵州思语律师事务所、北京大成（贵阳）律师事务所、北京兴华会计师事务所（特殊普通合伙）贵州分所、泰和泰（贵阳）律师事务所

行业热点

一、破产程序中各类债权清偿顺位问题研究 ——暨对债权范围的厘定之一

文章来源：姚彬，江苏博事达律师事务所主任，一级律；陈亮，江苏博事达律师事务所专职律师。

破产程序中各类债权清偿顺位问题研究 ——暨对债权范围的厘定之一

【摘要】

从制度功能来看，在破产程序中，给予一些债权以优先清偿的顺位是实现社会实质公平的需要，其目的在于保护弱势群体的合法权益。而结合经济学的角度来分析，债权平等性的突破，也即所谓优先权[3]的产生，实质上是因为有限的社会资源或社会利益不足以实现全部权利的情况下，所发生的权利冲突，也即表现为权利所对应的利益与现实利益的矛盾。在此情况下，为解决权利冲突的混乱局面，需要给不同的权利安排好合适的法律地位，以明确各权利类型的权利位阶，而具体到实践操作上也即给每一类型的权利安排好一个科学合理、客观公平而又实质平等的清偿顺位。本文以我现行国破产法中所确定的债权清偿顺位为研究参照，以权利归类及权利位阶为研究视角，旨在理清破产程序中各类债权之间的法律关系，提出一个在资不抵债情况下，给予不同债权以不同的清偿顺位的合理制度安排，以指

导破产实务操作。

【关键词】债权　破产债权　债权范围　清偿顺位

引言

对破产财产进行分配是破产清算程序最为关键的阶段，亦是破产法上所有制度的终点和对债权人的终极关怀。[4]因此设定一个公正合理的债权分配秩序对破产程序的顺利推进，对债权人利益的公平实现，对和谐社会的稳定发展均有着至关重要的作用。而从现行破产法的规定来看，我国破产债权分配制度这一破产核心制度，整体呈现法律定位不明、内容单薄、范围与顺位不定、价值混乱、缺位与错位严重，以及散乱不一、协调性差、不成体系等诸多不足。这些不足，一方面导致法院及管理人在开展破产实务工作的时候，缺乏可操作性的法律依据；另一方面也使得交易规则难以预测，债权人难以对其商事行为作出准确预期，在一定程度上影响了社会交易的积极性。正如联合国国际贸易法委员会编著的《破产法立法指南》[5]所指出：“确立一个明确和可预测的排序分配办法可有助于确保债权人在其与债务人订立商业安排时明确其拥有的权利。如果是有担保的信贷，可促使这种信贷的提供。”[6]因此，笔者不揣浅陋，在借鉴大量理论研究成果的基础上，比较中外立法的一些规定并结合笔者从事破产实务的若干经验，试图对我国破产程序中债权清偿顺位提出一个合理的安排意见。

笔者以为，不仅在破产程序当中，且在普通的民事程序中，因为复杂的社会关系和社会环境，权利之间的冲突亦且存在，只是这种权利之间的冲突在破产程序这种的特殊环境下表现的更为明显和激烈。而对于冲突的权利，我们需要找到一个适当的方式来规制它，于是优

先权及破产制度应运而生。优先权及破产制度旨在实现社会之实质正义的目的，是对权利价值属性和社会功能的综合评价，而权利本身之性质、发生原因等决定了该权利的价值属性和社会功能。因此，评价破产程序中债权之清偿顺位，只有在考虑债权的性质、发生原因、债权人的特殊性以及其他相关的因素后，将债权划分为不同的类型，再将不同类型的债权规定不同的受偿顺序，方能形成破产债权的清偿顺序。也唯有如此，方能实现破产法之集中执行程序对于实质公平之追求。

第一章 我国破产债权清偿顺位制度的现状与问题

撰写本文的主要目在于指导破产程序中债权分配秩序的实践，同时针对现行破产法中债权清偿顺位中混乱无序的结构提出一些可操作的意见和建议。因此，有必要在展开后续相关探讨之前，系统的了解我国破产债权清偿顺位制度的现状和存在的问题。

立法现状

（一）企业破产法中相关的规定

实践中，关于债权清偿顺位最主要的依据即是现行《企业破产法》第 113 之规定，其主要内容为：破产财产按照下列顺序进行清偿：

1、破产费用和共益债务；

2、劳动债权（包括工资、医疗、伤残补助、抚恤费、经济补偿金等）；

3、其他社保费用与税款；

4、普通破产债权；

另外，《企业破产法》第 132 条规定：“本法施行后，破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠

的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分，以本法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。”

此外，《企业破产法》第 43 条规定，破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿，第 109 条规定，对特定财产有担保权的债权人就特定财产优先受偿。同时《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》第三条第二款规定，对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。

此外，《最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》中规定，企业对其以划拨方式取得的国有土地使用权无处分权，但如果企业对以划拨方式取得的国有土地使用权设定抵押时，履行了法定的审批手续，并依法办理了抵押登记，应认定抵押有效。此时抵押权人只有在以抵押标的物折价或拍卖、变卖所得价款缴纳相当于土地使用权出让金的款项后，对剩余部分方可享有优先受偿权。

（二）税收征管法中的相关规定

《税收征管法》第 45 条规定：“税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外；纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。

纳税人欠缴税款，同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的，税收优先于罚款、没收违法所得。”

言外之意，可以将税收债权的清楚顺位表述如下：

（1）发生在有特定担保物的债权之前的税收

（2）有特定担保物的债权

（3）发生在有特定担保物的债权之后的税收

（4）税收罚款、违法所得

（三）商业银行法中的相关规定

《商业银行法》第 71 条第 2 款规定：“商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。”

同时，《金融机构撤销条例》第 23 条规定：“被撤销的金融机构清算财产，应当先支付个人储蓄存款的本金和合法利息。”

结合《企业破产法》的规定，其清偿顺位可以概括如下：

1、清算费用

2、职工工资、劳动保险费用

3、个人储蓄存款的本金和利息

4、其他社保费用和税款

5、普通债权

（四）保险法中的相关规定

《保险法》第 91 条第 1 款规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，按照下列顺序清偿：

1、所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

2、赔偿或者给付保险金；

3、保险公司欠缴的除第（一）项规定以外的社会保险费用和所欠税款；

4、普通破产债权。”

结合《企业破产法》的规定，其清偿顺位可以概括如下：

1、破产费用、共益债务

2、职工工资、劳动保险费用

3、赔偿或给付保险金

4、其他社保费用和税款

5、普通债权

（五）合同法中的相关规定

《合同法》第286条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”

同时《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定“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。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。三、建筑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。”

言外之意，该工程折价或拍卖后的价款，其清偿的顺位可以概括

如下:

1、支付大部分或全部款项的消费者的债权

2、建筑工程价款（不包括违约损失）

3、抵押权

4、其他债权

（六）民用航空法中的相关规定

《民用航空法》第 22 条规定: “民用航空器优先权先于民用航空器抵押权受偿。”第 19 条规定“下列各项债权具有民用航空器优先权:1、援救该民用航空器的报酬；2、保管维护该民用航空器的必需费用。前款规定的各项债权,后发生的先受偿。”

言外之意，该民用航空器折价或拍卖后的价款，其清偿顺位可以概括如下:

（1）后发生的援救该民用航空器的报酬和保管维护该民用航空器的必需费用

（2）先发生的援救该民用航空器的报酬和保管维护该民用航空器的必需费用

（3）抵押权

（4）其他债权

（七）海商法中的相关规定

《海商法》第 22 条规定: “下列各项海事请求具有船舶优先权:

1、船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求;

2、在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;

3、船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求;

4、海难救助的救助款项的给付请求;

5、船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运２０００吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第（五）项规定的范围。”

第 23 条规定：“本法第 22 条第 1 款所列各项海事请求，依照顺序受偿。但是，第（四）项海事请求，后于第（一）项至第（三）项发生的，应当先于第（一）项至第（三）项受偿。

本法第 22 条第 1 款第（一）、（二）、（三）、（五）项中有两个以上海事请求的，不分先后，同时受偿；不足受偿的，按照比例受偿。第（四）项中有两个以上海事请求的，后发生的先受偿。”

第 24 条规定：“因行使船舶优先权产生的诉讼费用，保存、拍卖船舶和分配船舶价款产生的费用，以及为海事请求人的共同利益而支付的其他费用，应当从船舶拍卖所得价款中先行拨付。”

第 25 条规定：“船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于船舶留置权受偿。”

言外之意，该船舶经折价或拍卖后的价款，其清偿顺位可以概括如下:

1、船舶优先权产生的诉讼费用等，即第 24 条的相关费用

2、后发生的海难救助的救助款

3、先发生的海难救助的救助款

4、船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和

社会保险费用

5、在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求

6、船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费

7、船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求

8、船舶留置权

9、船舶抵押权

（八）物权法及担保法中的相关规定

《物权法》第 239 条规定：“同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。”《担保法解释》第 79 条规定：“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。”

由此可见，就同一动产上存在多个担保物权的时候，其清偿顺位可以概括如下：

1、留置权

2、办理登记的抵押权（成立在先的抵押权优先受偿）

3、质权

4、未办理登记的抵押权（成立在先的抵押权优先受偿）

同时《担保法解释》第 74 条规定：抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：

1、实现抵押权的费用

2、主债权的利息

3、主债权

综上，结合我国法律及最高院司法解释的规定，破产程序中的债

权清偿顺位的现状大致如下:

第一顺位:优先于特别优先权的债权(目前只有最高院司法解释中所规定的已支付大部分或全部款项的购房消费者的债权);

第二顺位:规定在一些特别法中的特别优先权;

第三顺位:有担保物的债权;

第四顺位:破产费用和共益债务;

第五顺位:劳动债权;

第六顺位:个人储蓄存款的本金和利息、赔偿或给付保险金;

第七顺位:税收债权及其他社保费用;

第八顺位:普通债权。

存在的问题

从上述规定来看,现行企业破产法仅对有特定担保物的债权、劳动债权、税收债权和普通债权明确了清偿顺位,但这远远不能满足破产实践中的需要。一方面,破产法与其他法律之间的矛盾冲突及法律规定本身的模糊性,导致实践中在规则的适用上存在疑问,另一方面,伴随社会经济发展中部分企业急功近利而市场监管不严等因素,大规模侵权事件层出不穷,环境污染日益严重,而对于这些公众利益受到集体损害时的侵权之债,现行破产法在修订的时候并没有给予可预见性的考虑,这也使得已有的破产清偿制度在遇见特殊情况下已经难以符合现在社会的发展特点。概括主要问题如下:

(一)特别优先权内部清偿顺位与破产程序清偿顺位的衔接与冲突

从法律规定来看,破产法中并没有系统的规定诸如建设工程优先权等特别优先权的清偿顺位,而特别优先权本身又包含了很多债权内

容，这使得特别优先权内部亦存在一定的清偿顺位，此时如果建筑工程等通过折价或拍卖的价款能够清偿其内部具有优先受偿性质的全部债权，那么剩余部分可以用于清偿该特别优先权之外的其他债权，在这种情况下其并不会影响到破产程序清偿顺位的整体结构。但客观上，也可能存在某些情况下，建筑工程等通过折价或拍卖的价款不能满足全部特别优先权的清偿，此时这些特别优先权是否应当转化为破产程序中的普通债权，这一问题法律尚未明确。此外，建设工程优先权等特别优先权之于破产费用和共益债务，他们之间又是孰先孰后的关系，法律亦未予明确。

从我国破产法对有特定担保物的债权的规定来看，债权人行使优先受偿的权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。[7]参照该规定，笔者以为对于债权人行使特别优先权未能完全受偿的其未受偿的债权，或放弃特别优先权，其债权应当按照破产法的规定转化成相应的破产债权。例如，船舶优先权中的船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用等可以转化为破产程序中的劳动债权，而船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求则可以转化为破产程序中的普通债权。

（二）现行破产法关于劳动债权的范围厘定不清

首先，劳动债权是法学理论上的概念，是指因为企业拖欠职工工资、劳动保险费、因企业破产解除劳动合同而应支付的经济补偿金等所发生的职工请求企业给付一定金钱的权利。[8]实际上我国破产法中并没有劳动债权的概念，而是以列举的方式进行了规定即：所欠职

工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，此外，还有破产人所欠缴的除前面各项以外的社会保险费用。

但实践中，除上述破产法已经列明的劳动债权外，破产人拖欠职工的交通费、差旅费、通讯费等报销款，高温补贴费，误餐补贴，住房公积金，住房补贴，计划生育补贴，生活补助费等是否属于劳动债权的范畴，法律尚未给予明确。但如果把这些债权都归于普通债权又似乎不妥。

显然，拖欠职工的交通费、差旅费、通讯费等报销款不属于社会保险范畴或经济补偿金，那么能否将其视为职工工资而给予优先受偿。笔者以为，报销款一般情况下，不能视为工资不属于劳动债权，应作为普通债权进行清偿，因为它是企业对于职工因工发生的相关费用的一种补偿，通常是根据实际发生情况进行实报实销，且数额也不是固定的，其本质上是一种随借随还的借贷关系。但如果用人单位与劳动者约定的薪资收入中包含报销款项，也是可以将其认定为工资的。因为依照劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第53条规定：“劳动法中的‘工资’是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。”从规定本看，对于职工工资的具体内容，法律允许在劳动合同中进行约定。因此，如果双方在劳动合同中约定了每月有固定的金额作为补贴工资发放，且每月都可以凭任何人的吃饭、交通、住宿的发票领取固定金额，

可以认定，该报销款并不是真正的出差报销款项，而是用人单位为了逃避税收[9]等监管而给劳动者发放的工资，只是这种工资变化了一种形式，以报销款项的名义出现。

而关于高温补贴费，误餐补贴，住房公积金，住房补贴，计划生育补贴，生活补助费等显然是基于劳动合同和职工身份而发生的费用，并且一般支付这些费用都具有国家或地方的政策依据，属于职工的一种社会福利。因此将其认定为劳动债权，笔者认为也是无可争议的，但从此类劳动债权更多倾向于社会福利性的角度考虑，应将其置于与税收债权同等的清偿顺位，劣后于工资、补偿金等劳动债权。

此外，关于职工集资款的性质问题，也存在一定的争议，依照法释[2002]23号文[10]的规定，当时的职工集资款可以参照职工工资处理。而法释[2002]23号文之所以做这样的规定，渊源于1994年《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》（国发[1994]5号文），该通知第3条首次规定“企业在破产前维持生产经营，向职工筹借的款项，视为破产企业所欠职工工资处理”，而笔者以为当时之所以作出这样的规定，具有一定的时代背景，1994年我国尚处于市场经济的初级阶段，计划经济的阴霾尚未扫尽，而市场经济整体萧条，职工保障制度基本尚未建立，一方面为促进企业生产经营，另一方面为维系社会稳定及职工权益，故国发[1994]5号文作出这样的规定是无可厚非的。1986年实施的企业破产法试行，与国发[1994]5号文实际上具有相同的时代背景，因此，法释[2002]23号文继承了国发[1994]5号文的基本精神。但新的企业破产法实施后，企业破产法试行已经失效，那么法释[2002]23号也应当随之成为历史。从新的企业破产法的立法精神来看，显然职工集资款已不能作为工资

处理，只能视为普通债权。但笔者以为，如果职工集资款发生在新破产法实施之前，而企业在新破产法实施后进入破产程序的，建议采用“新问题新办法、老问题老办法”的处理原则解决历史遗留问题。也就是说，对于职工集资款发生在新企业破产法实施前的，可以参照工资处理，且优先于有特定财产担保债权清偿。对于职工集资款发生在新企业破产法实施后的，则按照普通债权清偿，如果这种集资款具有明显的投资性质，则作为股权处理，不能享受债权清偿。[11]

（三）税收债权清偿顺位的法律冲突

《税收征管法》规定，纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。而《破产法》第113条的规定并没有区分设定担保物权前的税收和设定担保物权后的税收，而是将税收债权一律置于有特定担保物的债权和劳动债权之后进行清偿。由此可见，《税收征管法》关于税收优先权的规定与《破产法》关于税收债权清偿顺位的规定存在比较明显的立法冲突，那么实践中，是应当坚持《破产法》，还是应当适用《税收征管法》，颇有争议。

从目前的司法实践来看，在债务人处于非破产程序的情况下即在普通的民事执行程序中，如果纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，那么依照《税收征管法》认定该税收优先于担保物权先行受偿，应当是无异议的，因为此时并不会发生法律适用上的冲突，而《税收征管法》是唯一能够适用且应当遵照适用的法律。但如果该债务人已经进入破产程序，此时税务机关主张欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前，应当优先于担保物权清偿，管理人是否

应当支持?

笔者认为，此时应当严格依照《破产法》的规定来清偿。首先，从法理上讲，同时比较国外的立法例，税收优先权与劳动债权同属于一般优先权，即劳动者和税收机关对债务人的全部财产享有优先权。一般优先权理论渊源于古罗马法，被近代法国民法典所继承和发展，其设立之初在于保障权利人的基础权益或维护集体性的利益，如基于生存性的劳动报酬，为全体债权人服务的共益费用等，后来基于国家利益或社会整体利益，部分国家将这种优先权引入了税收关系中。实践中因这类权利指向的是债务人的全部财产，其效力甚为强大，故此类权利如果过于膨胀将会严重影响其他债权的利益及交易制度的安全。因此，当一般优先权与特别优先权发生冲突时，法国最高院以判例的方式明确了“特别优先权优于一般优先权”的处理办法[12]，而《日本民法典》沿袭了这一原则，但除开了共益费用优先权。[13]因此，笔者认为，一般优先权更多应当保障的是弱势群体的生存利益，更多应当体现的是法律对人文的关怀，更多应当追求的是人权至上的理念，从这个角度来看，不能因为税收发生时间先后的原因就赋予其更为优先的效力，更不能因为这种税收发生在先，就能获得优先于劳动债权清偿的地位。其次，从解决法律冲突的角度，《破产法》属于特别法，《税收征管法》属于一般法，而特别法应当优先于一般法。最后，从《破产法》的立法目的和功能来看，其更多体现是债权清偿的公平秩序，此时税收债权较于有担保物的债权或劳动债权，应当置于稍后的清偿地位，毕竟对于税收债权的保障远远比不上对于劳动债权这种生存利益及担保物权这种社会交易制度安全的重要性。

（四）现行破产法没有考虑到侵权之债的特殊性

近年来，食品安全问题、环境污染问题层出不穷，而因食品安全或环境污染导致企业破产的案件大量存在，比较有名的有“三鹿奶粉事件”和“冠生园事件”等。这些事件引发的问题，需要我们重新审视侵权之债在破产程序中的清偿地位。如果按照现行企业破产法的规定，将侵权之债按照普通债权给予清偿，其结果是可想而知的，极有可能引发被侵害人集体的不稳定情绪，从而激化社会矛盾，继而严重影响社会的和谐稳定。虽然“三鹿奶粉事件”后，中国乳协协调责任企业出资建立了 2 亿元的婴幼儿奶粉事件医疗赔偿基金，并且在“三鹿奶粉事件”中支付了 1242 万元。[14]但从破产法的视角，对于这些受侵害人的赔偿责任，不能完全推给社会基金或者由政府来买单，破产法更应当发挥其应有的作用，以保障这些受害人的债权的优先实现，但现行破产将这种侵权之债置于普通债权的清偿顺位也即是最后的清偿顺位，显然是不合理的。

笔者以为对于侵权之债尤其是大规模侵权之债的保护应当是优先于一般的合同之债的原因在于两者存在性质上的区别：第一，“侵权之债的规则主要起保护财富的作用，合同之债的规则应具有创造财富的功能。”[15]在合同之债中当事人对合同风险有合理的预期，因此当事人可以采取多种措施降低风险，如抗辩权等。而侵权行为的受害人往往并不愿意发生此损害，对损害没有预期，很难事先采取相应的预防措施。第二，合同之债主要目的是请求债务人履行合同；而侵权债权的主要目的是“恢复原有不被损害前的状况”，虽然在形式上两者都可能是以金钱的形式赔偿之，但是合同债权可以代之其他方式的履行，而侵权一旦产生，受害者往往并不想受此损害，但又寻求其他方式已不可能的情况下不得已而为之。 第三，侵权并不都是财产

方面的侵权，还包括很大比例的人身侵害，这就更不能把其置于普通债权之中一起受偿了；同时人身侵权的内在属性有别于财产侵权的，如侵犯姓名权的赔礼道歉等。

（五）现行破产法关于破产费用与共益债务的范围限定不清。

我国破产法第41、42条以列举的方式分别规定了破产费用和共益债务的范围。其中破产费用包括三项："1、破产案件的诉讼费用；2、管理、变价和分配债务人财产的费用；3、管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用"。共益债务包括五项："1、因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；2、债务人财产受无因管理所产生的债务；3、因债务人不当得利所产生的债务；4、为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；5、管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；6、债务人财产致人损害所产生的债务。"此外，破产法并没有以兜底的方式规定其他破产费用和共益债务，这导致司法实践中遇到一些特殊情况时，法院或管理人难以做出认定。

第一，发生在破产程序之前的为管理债务人破产财产而支付的费用，能否作为破产费用？

举例说明：甲公司于2011年8月停止生产经营，同时法定代表人下落不明，千余名员工滞留厂区。在政府部门的要求与员工的请求下，乙公司垫付了员工工资、经济补偿金等，同时，由员工将工资、经济补偿金等的受偿权转让给乙公司。据此，乙公司向区法院申请保全甲公司的实物资产，并于2011年8月25日向丙公司聘请了保安人员负责看管，乙公司向丙公司支付了看管费用。2012年1月1日，甲公司进入破产程序。乙公司认为，其于2011年8月25日至管理人

接管债务人财产时止，聘请保安人员看管查封财务的费用应当作为破产费用优先清偿。该案经区法院审理后，认定乙公司于破产申请受理前支付的保安看管费属于破产费用，由破产财产优先支付。[16]

笔者以为，虽然破产法已明确将破产费用界定为破产申请受理后发生的费用，但从立法的目的性解释来看，破产费用和共益债务设立之目的乃为保障全体债权人共同利益而负担的各种债务，基于此如果一项费用即便是发生在破产审理之前，但如果其是用来维持破产财团实际的、必需的费用且系为全体债权人利益考虑，那么该项费用也可以在破产程序启动后认定为破产费用或共益债务。因此上述案例中区法院的做法是应当值得肯定的。第一，这符合《破产法》的立法本意，符合破产法所设立的破产费用和共益债务制度的核心内涵，乙公司聘请保安看管债务人财产的行为，系为防止债务人转移、隐匿财产，避免债务人财产流失，其实质是维护全体债权人共同的合法利益。因此不能因为该费用发生的时间先后，而否定其属于破产费用或共益债务的本质。第二，符合公平原则。如果将乙公司聘请保安支付的费用认定为普通债权，从债权人公平受偿的角度，对于乙公司而言显失公正。同时，也会打击其他案件中债权人为做出该有利于保护全体债权人利益行为的积极性。

第二，破产程序中利害关系人垫付的费用能否认定为破产费用或共益债务？

举例说明：某货运航空公司破产，其主要财产为货运飞机，虽然飞机早已在破产申请受理的一年前停航并停放在机场的安全区域。但是，飞机的特殊性在于需要巨额的日常维护保养费用，如果停止日常养护，飞机的性能可能受损，其价值将大幅下降。但是该货运航空公

司无力支付高昂的维护保养费。后该货运航空公司的债权人，同时也是飞机的抵押权人的某银行，为维护飞机的价值，垫付了相关费用，在债权申报时，该银行认为其为该航空公司垫付的费用属于共益债务，主张优先清偿。[17]

本案最终管理人没有将银行垫付的维护保养费等认定为共益债务，但是却认定为破产费用，同时管理人认为银行垫付的破产费用，应当从处置该抵押财产所得的款项中进行优先清偿。其主要理由在于：第一，银行在航空公司破产受理后代为垫付的上述费用，系为债务人财产不受贬值，属于管理债务人财产的费用，该费用的支出有利于保护全体债权人的利益，应属于破产费用范畴。第二，考虑到本案中飞机已经抵押给了银行，在飞机价值不足以清偿该银行的全部债权的情况下，飞机的维护保养费用仅仅对该银行及抵押权人有益。如果以全部的破产财产优先清偿该破产费用，对普通债权人而言不符合公平原则。因此，该破产费用应从处置该飞机的价款中进行优先支付，与其他破产费用区别对待。

第三，对方当事人主动履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务，能否作为共益债务？

我国《企业破产法》第 42 条第一项规定：“因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务”属于共益债务之一。根据该条项的规定，该债务作为共益债务来清偿，必须以管理人提出履行请求为前提条件。对此，有一个问题需要解决，即如果管理人没有提出请求，对方当事人主动履行上述合同所产生的债务，能否作为共益债务？我国破产法对此并未规定，但我国台湾地区“破产法”则承认其属财团债务。根据台湾地区“破产法”

第 96 条第 2 项之规定，“因破产宣告后应履行双务契约而生之债务”属于财团债务。该债务之所以作为财团债务，理由有二：第一，破产宣告后破产财团因相对人之履行而增加财产；第二，以公平对待自动履行契约债务之相对人，以示鼓励。[18]

笔者认为，根据债的履行的一般原理，除提存等特殊情形外，债务人的履行与债权人的接受履行一起构成一个完整的履行行为。在上述情形下，相对人自愿履行，应视为同向管理人或债务人发出的催告具有相同的效力。如果管理人或者债务人明确拒绝接受或者没有接受的，视为合同解除；如果管理人或者债务人接受履行的，应当视为管理人或者债务人愿意继续履行上述合同，因此而产生的债务，应属共益债务。

综上，笔者以为导致破产费用与共益债务，在立法上和实践中范围厘定不清的根本原因在于，我国破产法对于共益债务与破产费用的划分标准不是很明确。参考德国破产法的规定，其没有共益债务与破产费用之说，而是将其划分为支付不能程序费用和其他财团债务，其中支付不能程序费用包含：1、支付不能程序的诉讼费用；2、临时支付不能管理人、支付不能管理人和债权人委员会成员的报酬及垫付款。其他财团债务包含：1、因支付不能管理人行为而设定的，或以其他方式因管理、变价及分配支付不能财团而设定的，但不属于支付不能程序费用的债务；2、由双务合同产生的债务，但以其履行是为支付不能财团的利益而被请求，或是为支付不能程序开始之后的时间而进行为限；3、由财团不当得利产生的债务。[19]德国破产法的这种划分，虽然规定的内容比较概括，但是判断依据比较清晰，更具有可操作性。

第二章 债权与破产债权

上文中对我国现行法律关于不同债权清楚顺位，进行了系统的梳理。但从法律法规本身来看，内容比较分散，且其他法律与破产法之间在立法的时候没有进行良好的衔接，这导致从法律规定本身试图理清破产程序中各类债权的偿顺位的努力，属于枉费心思。因此，笔者意图通过债权类型的研究思路，整合债权平等性及权利位阶的一般理论，给破产程序中的所有可以预见或应当预见的债权安排一个系统完整、公正合理的清偿顺位。

债权与债权平等原则

破产债权首先是债权。在民法理论上，债权具有平等性，不仅在债权的产生上是平等的，而且在债权的实现上也是平等的。因此，研究债权的平等性，是合理制定破产法上破产债权清偿规则的前提

（一）债权的定义

债权是伴随着商品经济和交换关系而产生的请求他人为一定行为(作为或不作为)的民法上权利，它的产生满足了财产流动的法律需要，使“过去可以为将来服务，将来可以为过去服务，时间障碍被打破，人类可以自由地征服时间和空间。”[20]

债权之本质内容，乃有效的受领债务人的给付，债权人得向债务人请求给付，则为债权的作用或权能。[21]换言之，债权从其产生之日起就以获得清偿作为其最终目的和意义，债权的价值即在于其债权通过清偿所带来的某种收益。因此，从某种程度上讲，债权如果没有获得清偿，该债权即是没有任何意义的；债权如果不以获得清偿为目的，该债权是毫无价值可言的。[22]

债权之特征表现为：1、乃是财产上的请求权；2、只能向特定的

债务人主张权利不得向债务人以外的第三个人主张权利；3、具有相容性和平等性。其中，债权的平等性理论是破产法上各破产债权地位平等的理论基础，正是债权间的平等效力，决定了破产法上的破产债权按比例清偿的基本原则。

（二）对债权平等原则的阐释

通说认为，债权具有相容性和平等性，不仅在同一标的物上可以同时并存数个债权，而且数个债权人对同一个债务人先后发生数个普通债权时，其效力一律平等，不因其成立先后而有效力上的优劣，此即为债权平等原则。换言之，按照该原则，如果债务人被宣告破产，则所有的债权人，均依债权比例就破产财产获得清偿。

理论上关于平等的法律论述，历来存有机会平等与结果平等；形式平等与实质平等之分。所谓机会平等或者说形式平等，乃指所有的民事主体在享有权利和承担义务的资格上不存在差别。形式平等或者说机会平等“所关注的是各个‘人’在其人格的形成发展或权利的享有实现过程中的机会上的均等，其主旨是反对差别对待，至于结果怎样，并不是它首要考虑的问题。”[23]把形式平等的内涵延伸到债权平等理论中即表现为所有债权人在受偿的机会上形式平等。而所谓结果平或实质平等，则关注的是民事主体享有权利和承担义务的结果的平等。把结果平等的内涵延伸到债权平等理论中即表现为所有债权人在受偿的结果上应当实质平等[24]

因为市场是自由竞争的，优胜劣汰是市场的自然规律，故而民事法律作为调整市场主体之间自然经济活动的规则，其所主张的只能是参与机会上的形式平等，而无法确保每个民事主体在经济活动中所获利益结果上的实质平等。因此，形式平等原则为各国民事法律制度所

采用。我国《民法通则》第三条：“当事人在民事活动中的地位平等”也即表现为形式上的平等。

（三）债权平等原则的突破

1、形式平等会导致实质的不平等

虽然机会平等、形式平等作为一般原则在民法上通行，但是对形式平等的追求并不能绝对化。我国学者林来梵先生指出，“单纯地保障这种平等，一方面从个人的角度来看，通过所谓的公平自由竞争有可能使一部分人确实实现了与他人在现实意义上的平等，但另一方面，从社会整体上来看，却可能促使了社会强者与社会弱者、富裕与贫穷之间的两极分化，即不可避免地出现现实上的不平等状况。”[25]事实上，因为社会从一开始在资源上的分配就是不公平的，例如信息的不对称、经济文化的差异、地理位置的差异、社会保障的差异、公共扶持政策的差异等，此时在机会平等的名义下，实现的很可能反而是不平等、非正义、不公平的结果。因此，在坚持形式平等的基本立场上，以实质平等作为修正和补充已经成为现代民商事立法的普遍做法。正如美国的法学家博登海默先生所指出的，“一个社会在面对因形式机会与实际机会脱节而导致的问题时，会采取这样一种方法，即以确保基本需要的平等去补充基本权利的平等；而这可能需要赋予社会地位低下的人以对生活急需之境况的特权。”[26]而笔者以为，此之谓特权表现在破产清偿程序中，也即赋予诸如劳动债权等以优先受偿的权利。

2、债权平等原则的突破与具体表现形式

基于债权是以获得清偿为最终目的，当数个债权人面对同一个债务人时，每个债权人都希望各自的债权能够优先得到清偿，而法律总

是鼓励那些为实现权利而努力奋斗的人，正如一句西方法谚所表述的那样“法律不会保护权利上的睡眠者”，因此债权人为打破债权平等所做的努力，譬如以合意的方式要求债务人提供财产担保等得到现代法律的认可。同时，为追求社会的实证公平的价值，维护社会公共利益，保护弱势群体之权益，法律亦以法定的形式赋予相关权利以特殊地位。

（1）债权平等的两种破除模式——基于法国法和德国法的分析

对于债权平等原则的突破，起源于罗马法，而后为法国法和德国法所继承和发展，并且因法国法和德国法在继受观念上的不同，而分别形成了现代法学理论上的两种截然不同的模式。一种是以法国法为代表的一元模式也即统一的法定担保模式，该种模式通过设定特别优先权[27]和一般优先权[28]分别解决了与特定财产有牵连的特殊债权和与特定财产无牵连的特殊债权优先于普通债权获得清偿的问题。并且在法国的破产法中将这些特种债权优先权直接搬入或者援用入破产债权清偿顺序的规定中，而不再做例外规定。另一种是以德国法为代表的以设定担保物权并借助破产法特别规定相结合的二元模式。这种模式，因严格遵循物权特定原则，故法国法中所规定一般优先权理论不被德国法所承认，并认为其不是担保物权，更不是物权。因此德国物权法上的法定担保制度只能解决与特定财产有牵连的特殊债权的优先受偿问题，而无法解决与特定财产无牵连的特殊债权的优先受偿问题。但为了追求某些与特定财产无牵连的债权在受偿上的实质公平，德国旧破产法在破产程序中对这部分债权，以法律拟制的形式赋予其优先受偿的权利。归结产生这两种不同模式的根本原因在于法国法和德国法在对待物权特定原则观念上的差异。[29]

（2）我国关于破除债权平等的现状

我国民事法律制度主要继受德国法传统，因此在破产债权平等的问题上，我国采取是类似于德国法上的二元模式。即通过《物权法》《担保法》等规定了对特定财产享有担保的债权优先于无担保的债权优先受偿的权利，同时通过破产法的特别规定赋予了破产费用、劳动债权等与特定财产无牵连的特殊债权在破产程中有优先于普通债权优先受偿的权利。但同时我国的《海商法》《民用航空法》《合同法》《税收征管法》中又引进了船舶优先权、航空器优先权、建筑工程优先权、税收优先权制度。严格来讲，对于船舶优先权、航空器优先权等具体制度的移植源自于英美法系中法定非移转占有型担保制度。但我国《物权法》及《担保法》中只有三种物的担保方式即质押、留置和抵押[30]，除此之外并没设定第四种物的担保方式即法定非移转占有型担保，而基于物权法定原则，对于英美法系这种法定非移转占有型担保在当时的法律制度下难以给出合适的称谓，在此情况下为解决此称谓问题，又移植了法国法中优先权的概念。而伴随着法国法上优先权概念的引进，也导致与之相关的各种理论相继尾随至我国的理论界，使得优先权这个概念变得模糊不清。但笔者以为，无论是冠以优先权的称谓还是其他称谓，其本质上就是一种物的担保形式。

综上，在现行《物权法》不承认物的法定非移转占有型担保的情况下，我国法律制度中关于破除债权平等的具体表现形式应当包括四个方面：其一、有合意的特定财产担保的债权享有优先受偿的权利即抵押权、质押权；其二、法定移转占有型担保即留置权；其三、破产法中规定的特殊债权享有优先受偿的权利；其四、特别法中的规定的建筑工程优先权等享有优先受偿的权利。

债权向破产债权的转变

（一）债权冲突与破产程序

所谓债权冲突是指债权之间在清偿过程中或实现过程中所发生的利益冲突。债权的冲突是客观存在的，但在一般情况下，债权并不以冲突为常态，只是在特定环境下当债权的客体为同一对象或互有牵连时才会发生。归结债权冲突发生的根本原因在于多个债权在其实现过程中的不可协调，因债权具有平等性，除有财产担保的债权或法律规定的特殊债权外，其在实现机会上并没有先后之分，那么权利人之间在实现权利上就会展开激烈竞争，权利冲突就成为不可避免之状态。

然而当债务人限于偿债危机，不能清偿全部到期债务时，债务人有限的财产就成为了“公共鱼塘”。此时，债权人为实现各种私利，会不计后果的争抢有限的资源。这将会导致债权清偿秩序的混乱，既不可能保证债务人财产的维持并适当增值的可能，也会呈现出各债权人债权受偿状况不同的差别对待之结果：在争抢能力上处于优势的债权人获得更多的清偿，而其他债权人则可能得不到任何的清偿。因此，在债务人陷于偿债危机状况下，个别清偿和个别执行在债权实现上的局限性，导致了人们开始对这种清偿或执行方式的反思。借此，为债权的实现提供统一清偿、集中分配的程序即破产程序应运而生。[31]

（二）债权与破产债权及破产程序中的债权

1、债权与破产债权的关系

（1）破产债权的定义

破产债权并不是破产法新设定的债权，其在学理上有形式意义上的破产债权与实质意义上的破产债权之区分。所谓形式意义上的破产

债权系指依破产程序申报并受偿的财产请求权，其核心在于强调破产债权非依破产程序不得受偿。所谓实质意义上的破产债权，系指在破产程序开始前成立的对债务人享有的金钱债权或得以金钱评价的债权。其核心在于强调破产债权不是有破产法新承认的权利。[32]我国学者王欣新先生对破产债权的定义是指因破产程序启动前原因成立的，经依法申报确认，并得由破产财产中获得清偿的可强制执行的财产请求权。[33]换言之，于破产程序启动后原因成立的债权不属于破产债权，按照破产法的规定，应属于破产费用或共益债务。

（2）破产债权对债权清偿内容上的有限转化

债权通过破产程序转化为破产债权，虽然这种转化并不表示成立新的债权，但是当债权转化为破产债权时，其在清偿内容上一般统一为金钱债权，即便原先非以金钱支付为标的的债权，如交付一定商品为标的之债权、以提供劳务为标的之债权等，也转化为违约的损害赔偿请求权，从而能够以金钱来衡量。正式基于不同给付内容的债权转化为统一给予金钱内容的债权，使得破产债权能否按照一定的比例给予清偿。

2、破产程序中的债权

（1）破产程序中的债权与破产债权的关系

破产程序中的债权与破产债权是不同的法律概念，破产程序中的债权当然包含了破产债权之全部内容，但其外延远不止破产债权本身，还包含破产费用、共益债务、除斥债权、未依法申报的债权、税收债权[34]、超过诉讼时效的债权、股东债权等内容。破产程序中的债权旨在描述在债务人进入破产程序后，与其有关的所有债权的客观现状。理清破产债权与破产程序中债权的法律关系，对债权清偿顺位

的研究有重要意义。

（2）破产程序中债权的冲突

当债务人进入破产程序时，此时因侵权行为产生的侵权之债、因合同行为产生的合同之债、因劳动关系产生的劳动报酬之债、因税收法律关系产生的税收之债或者基于其他法律规定产生的法定之债等将会在同一段时间内以相互竞争的形态汇聚在一起，而此时为争夺有限破产财产所引发的权利冲突则尤为激烈。故而，对破产债权进行清偿的问题，实际就是解决破产债权权利冲突问题。

注释（略）

二、最高人民法院关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定

文章来源：人民法院新闻传媒总社

发布时间：2018-08-29 15:05:07

《最高人民法院关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定》已于2018年6月4日由最高人民法院审判委员会第1741次会议通过，现予公布，自2018年9月1日起施行。

最高人民法院

2018年8月28日

法释〔2018〕15号

最高人民法院
关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定

（2018年6月4日最高人民法院审判委员会
第1741次会议通过，自2018年9月1日起施行）

为公平、公正、高效确定财产处置参考价，维护当事人、利害关系人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合人民法院工作实际，制定本规定。

第一条 人民法院查封、扣押、冻结财产后，对需要拍卖、变卖的财产，应当在三十日内启动确定财产处置参考价程序。

第二条 人民法院确定财产处置参考价，可以采取当事人议价、定向询价、网络询价、委托评估等方式。

第三条 人民法院确定参考价前，应当查明财产的权属、权利负担、占有使用、欠缴税费、质量瑕疵等事项。

人民法院查明前款规定事项需要当事人、有关单位或者个人提供相关资料的，可以通知其提交；拒不提交的，可以强制提取；对妨碍强制提取的，参照民事诉讼法第一百一十一条、第一百一十四条的规定处理。

查明本条第一款规定事项需要审计、鉴定的，人民法院可以先行审计、鉴定。

第四条 采取当事人议价方式确定参考价的，除一方当事人拒绝议价或者下落不明外，人民法院应当以适当的方式通知或者组织当事人进行协商，当事人应当在指定期限内提交议价结果。

双方当事人提交的议价结果一致，且不损害他人合法权益的，议价结果为参考价。

第五条 当事人议价不能或者不成，且财产有计税基准价、政府定价或者政府指导价的，人民法院应当向确定参考价时财产所在地的有关机构进行定向询价。

双方当事人一致要求直接进行定向询价，且财产有计税基准价、政府定价或者政府指导价的，人民法院应当准许。

第六条 采取定向询价方式确定参考价的，人民法院应当向有关机构出具询价函，询价函应当载明询价要求、完成期限等内容。

接受定向询价的机构在指定期限内出具的询价结果为参考价。

第七条 定向询价不能或者不成，财产无需由专业人员现场勘验或者鉴定，且具备网络询价条件的，人民法院应当通过司法网络询价平台进行网络询价。

双方当事人一致要求或者同意直接进行网络询价，财产无需由专业人员现场勘验或者鉴定，且具备网络询价条件的，人民法院应当准许。

第八条 最高人民法院建立全国性司法网络询价平台名单库。

司法网络询价平台应当同时符合下列条件：

（一）具备能够依法开展互联网信息服务工作的资质；

（二）能够合法获取并整合全国各地区同种类财产一定时期的既往成交价、政府定价、政府指导价或者市场公开交易价等不少于三类价格数据，并保证数据真实、准确；

（三）能够根据数据化财产特征，运用一定的运算规则对市场既往交易价格、交易趋势予以分析；

（四）程序运行规范、系统安全高效、服务质优价廉；

（五）能够全程记载数据的分析过程，将形成的电子数据完整保存不少于十年，但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

第九条 最高人民法院组成专门的评审委员会，负责司法网络询价平台的选定、评审和除名。每年引入权威第三方对已纳入和新申请纳入名单库的司法网络询价平台予以评审并公布结果。

司法网络询价平台具有下列情形之一的，应当将其从名单库中除名：

（一）无正当理由拒绝进行网络询价；

（二）无正当理由一年内累计五次未按期完成网络询价；

（三）存在恶意串通、弄虚作假、泄露保密信息等行为；

（四）经权威第三方评审认定不符合提供网络询价服务条件；

（五）存在其他违反询价规则以及法律、行政法规、司法解释规定的情形。

司法网络询价平台被除名后，五年内不得被纳入名单库。

第十条 采取网络询价方式确定参考价的，人民法院应当同时向名单库中的全部司法网络询价平台发出网络询价委托书。网络询价委托书应当载明财产名称、物理特征、规格数量、目的要求、完成期限以及其他需要明确的内容等。

第十一条 司法网络询价平台应当在收到人民法院网络询价委托

书之日起三日内出具网络询价报告。网络询价报告应当载明财产的基本情况、参照样本、计算方法、询价结果及有效期等内容。

司法网络询价平台不能在期限内完成询价的，应当在期限届满前申请延长期限。全部司法网络询价平台均未能在期限内出具询价结果的，人民法院应当根据各司法网络询价平台的延期申请延期三日；部分司法网络询价平台在期限内出具网络询价结果的，人民法院对其他司法网络询价平台的延期申请不予准许。

全部司法网络询价平台均未在期限内出具或者补正网络询价报告，且未按照规定申请延长期限的，人民法院应当委托评估机构进行评估。

人民法院未在网络询价结果有效期内发布一拍拍卖公告或者直接进入变卖程序的，应当通知司法网络询价平台在三日内重新出具网络询价报告。

第十二条 人民法院应当对网络询价报告进行审查。网络询价报告均存在财产基本信息错误、超出财产范围或者遗漏财产等情形的，应当通知司法网络询价平台在三日内予以补正；部分网络询价报告不存在上述情形的，无需通知其他司法网络询价平台补正。

第十三条 全部司法网络询价平台均在期限内出具询价结果或者补正结果的，人民法院应当以全部司法网络询价平台出具结果的平均值为参考价；部分司法网络询价平台在期限内出具询价结果或者补正结果的，人民法院应当以该部分司法网络询价平台出具结果的平均值为参考价。

当事人、利害关系人依据本规定第二十二条的规定对全部网络询价报告均提出异议，且所提异议被驳回或者司法网络询价平台已作出补正的，人民法院应当以异议被驳回或者已作出补正的各司法网络询价平台出具结果的平均值为参考价；对部分网络询价报告提出异议的，人民法院应当以网络询价报告未被提出异议的各司法网络询价平台出具结果的平均值为参考价。

第十四条 法律、行政法规规定必须委托评估、双方当事人要求委托评估或者网络询价不能或不成的，人民法院应当委托评估机构进行评估。

第十五条 最高人民法院根据全国性评估行业协会推荐的评估机构名单建立人民法院司法评估机构名单库。按评估专业领域和评估机构的执业范围建立名单分库，在分库下根据行政区划设省、市两级名单子库。

评估机构无正当理由拒绝进行司法评估或者存在弄虚作假等情形的，最高人民法院可以商全国性评估行业协会将其从名单库中除名；除名后五年内不得被纳入名单库。

第十六条 采取委托评估方式确定参考价的，人民法院应当通知双方当事人在指定期限内从名单分库中协商确定三家评估机构以及顺序；双方当事人在指定期限内协商不成或者一方当事人下落不明的，采取摇号方式在名单分库或者财产所在地的名单子库中随机确定三家评估机构以及顺序。双方当事人一致要求在同一名单子库中随机确定的，人民法院应当准许。

第十七条 人民法院应当向顺序在先的评估机构出具评估委托书，评估委托书应当载明财产名称、物理特征、规格数量、目的要求、完成期限以及其他需要明确的内容等，同时应当将查明的财产情况及相关材料一并移交给评估机构。

评估机构应当出具评估报告，评估报告应当载明评估财产的基本情况、评估方法、评估标准、评估结果及有效期等内容。

第十八条 评估需要进行现场勘验的，人民法院应当通知当事人到场；当事人不到场的，不影响勘验的进行，但应当有见证人见证。现场勘验需要当事人、协助义务人配合的，人民法院依法责令其配合；不予配合的，可以依法强制进行。

第十九条 评估机构应当在三十日内出具评估报告。人民法院决定暂缓或者裁定中止执行的期间，应当从前述期限中扣除。

评估机构不能在期限内出具评估报告的，应当在期限届满五日前书面向人民法院申请延长期限。人民法院决定延长期限的，延期次数不超过两次，每次不超过十五日。

评估机构未在期限内出具评估报告、补正说明，且未按照规定申请延长期限的，人民法院应当通知该评估机构三日内将人民法院委托评估时移交的材料退回，另行委托下一顺序的评估机构重新进行评估。

人民法院未在评估结果有效期内发布一拍拍卖公告或者直接进入变卖程序的，应当通知原评估机构在十五日内重新出具评估报告。

第二十条 人民法院应当对评估报告进行审查。具有下列情形之

一的，应当责令评估机构在三日内予以书面说明或者补正：

（一）财产基本信息错误；

（二）超出财产范围或者遗漏财产；

（三）选定的评估机构与评估报告上签章的评估机构不符；

（四）评估人员执业资格证明与评估报告上署名的人员不符；

（五）具有其他应当书面说明或者补正的情形。

第二十一条 人民法院收到定向询价、网络询价、委托评估、说明补正等报告后，应当在三日内发送给当事人及利害关系人。

当事人、利害关系人已提供有效送达地址的，人民法院应当将报告以直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达或者电子送达的方式送达；当事人、利害关系人下落不明或者无法获取其有效送达地址，人民法院无法按照前述规定送达的，应当在中国执行信息公开网上予以公示，公示满十五日即视为收到。

第二十二条 当事人、利害关系人认为网络询价报告或者评估报告具有下列情形之一的，可以在收到报告后五日内提出书面异议：

（一）财产基本信息错误；

（二）超出财产范围或者遗漏财产；

（三）评估机构或者评估人员不具备相应评估资质；

（四）评估程序严重违法。

对当事人、利害关系人依据前款规定提出的书面异议，人民法院应当参照民事诉讼法第二百二十五条的规定处理。

第二十三条 当事人、利害关系人收到评估报告后五日内对评估

报告的参照标准、计算方法或者评估结果等提出书面异议的，人民法院应当在三日内交评估机构予以书面说明。评估机构在五日内未作说明或者当事人、利害关系人对作出的说明仍有异议的，人民法院应当交由相关行业协会在指定期限内组织专业技术评审，并根据专业技术评审出具的结论认定评估结果或者责令原评估机构予以补正。

当事人、利害关系人提出前款异议，同时涉及本规定第二十二条第一款第一、二项情形的，按照前款规定处理；同时涉及本规定第二十二条第一款第三、四项情形的，按照本规定第二十二条第二款先对第三、四项情形审查，异议成立的，应当通知评估机构三日内将人民法院委托评估时移交的材料退回，另行委托下一顺序的评估机构重新进行评估；异议不成立的，按照前款规定处理。

第二十四条 当事人、利害关系人未在本规定第二十二条、第二十三条规定的期限内提出异议或者对网络询价平台、评估机构、行业协会按照本规定第二十二条、第二十三条所作的补正说明、专业技术评审结论提出异议的，人民法院不予受理。

当事人、利害关系人对议价或者定向询价提出异议的，人民法院不予受理。

第二十五条 当事人、利害关系人有证据证明具有下列情形之一，且在发布一拍拍卖公告或者直接进入变卖程序之前提出异议的，人民法院应当按照执行监督程序进行审查处理：

（一）议价中存在欺诈、胁迫情形；

（二）恶意串通损害第三人利益；

（三）有关机构出具虚假定向询价结果；

（四）依照本规定第二十二条、第二十三条作出的处理结果确有错误。

第二十六条 当事人、利害关系人对评估报告未提出异议、所提异议被驳回或者评估机构已作出补正的，人民法院应当以评估结果或者补正结果为参考价；当事人、利害关系人对评估报告提出的异议成立的，人民法院应当以评估机构作出的补正结果或者重新作出的评估结果为参考价。专业技术评审对评估报告未作出否定结论的，人民法院应当以该评估结果为参考价。

第二十七条 司法网络询价平台、评估机构应当确定网络询价或者委托评估结果的有效期，有效期最长不得超过一年。

当事人议价的，可以自行协商确定议价结果的有效期，但不得超过前款规定的期限；定向询价结果的有效期，参照前款规定确定。

人民法院在议价、询价、评估结果有效期内发布一拍拍卖公告或者直接进入变卖程序，拍卖、变卖时未超过有效期六个月的，无需重新确定参考价，但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

第二十八条 具有下列情形之一的，人民法院应当决定暂缓网络询价或者委托评估：

（一）案件暂缓执行或者中止执行；

（二）评估材料与事实严重不符，可能影响评估结果，需要重新调查核实；

（三）人民法院认为应当暂缓的其他情形。

第二十九条 具有下列情形之一的，人民法院应当撤回网络询价或者委托评估：

（一）申请执行人撤回执行申请；

（二）生效法律文书确定的义务已全部执行完毕；

（三）据以执行的生效法律文书被撤销或者被裁定不予执行；

（四）人民法院认为应当撤回的其他情形。

人民法院决定网络询价或者委托评估后，双方当事人议价确定参考价或者协商不再对财产进行变价处理的，人民法院可以撤回网络询价或者委托评估。

第三十条 人民法院应当在参考价确定后十日内启动财产变价程序。拍卖的，参照参考价确定起拍价；直接变卖的，参照参考价确定变卖价。

第三十一条 人民法院委托司法网络询价平台进行网络询价的，网络询价费用应当按次计付给出具网络询价结果与财产处置成交价最接近的司法网络询价平台；多家司法网络询价平台出具的网络询价结果相同或者与财产处置成交价差距相同的，网络询价费用平均分配。

人民法院依照本规定第十一条第三款规定委托评估机构进行评估或者依照本规定第二十九条规定撤回网络询价的，对司法网络询价平台不计付费用。

第三十二条 人民法院委托评估机构进行评估，财产处置未成交的，按照评估机构合理的实际支出计付费用；财产处置成交价高于评

估价的，以评估价为基准计付费用；财产处置成交价低于评估价的，以财产处置成交价为基准计付费用。

人民法院依照本规定第二十九条规定撤回委托评估的，按照评估机构合理的实际支出计付费用；人民法院依照本规定通知原评估机构重新出具评估报告的，按照前款规定的百分之三十计付费用。

人民法院依照本规定另行委托评估机构重新进行评估的，对原评估机构不计付费用。

第三十三条 网络询价费及委托评估费由申请执行人先行垫付，由被执行人负担。

申请执行人通过签订保险合同的方式垫付网络询价费或者委托评估费的，保险人应当向人民法院出具担保书。担保书应当载明因申请执行人未垫付网络询价费或者委托评估费由保险人支付等内容，并附相关证据材料。

第三十四条 最高人民法院建设全国法院询价评估系统。询价评估系统与定向询价机构、司法网络询价平台、全国性评估行业协会的系统对接，实现数据共享。

询价评估系统应当具有记载当事人议价、定向询价、网络询价、委托评估、摇号过程等功能，并形成固化数据，长期保存、随案备查。

第三十五条 本规定自 2018 年 9 月 1 日起施行。

最高人民法院此前公布的司法解释及规范性文件与本规定不一致的，以本规定为准。

三、破产程序中管理人对未履行租赁合同的处置权

文章来源：破产法大讲坛

本文作者：刘萍（*1996* -），女,汉族,广西博白人,中南财经政法大学,法学本科,研究方向：民商法。

破产程序中管理人对未履行租赁合同的处置权

摘要

租赁合同是转移租赁物使用收益权的合同，合同法上对其有一些特殊规则，如“买卖不破租赁”及“承租人的优先购买权”等。当租赁合同在破产案件中作为未履行完毕合同出现时，破产管理人该如何行使处置权？我国司法实践往往采取“一刀切”的做法，由破产管理人行使解除权或者决定继续履行，未考虑到《合同法》对承租人的特别保护，可能损害承租人的合法利益。因此，在破产案件中，应对破产管理人对未履行租赁合同的处置权分情况给予适当限制。本文在对我国破产程序中管理人对未履行合同的处置权进行分析的基础上，借鉴国外主要发达国家的经验,提出相应的改善建议。

关键词：未履行完毕合同；租赁合同；处置权

（一）破产管理人对未履行合同的处置权

1、 破产管理人处置权的规定

我国《破产法》第18条规定：“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。”对未履行完毕合同的解除权和继续履行决定权，称为破产管理人的处置权。破产法之所以在债务人已进入破产程序的情况下，赋予破产管理人解除合同的权利，是因为考

虑到此时债务人通常都不具有继续履行合同的能力。特别是在进入破产清算程序后,破产企业所进行的活动，原则上只能在清算的目的范围内,因此对在进入破产程序之前就已经存在的合同，未履行完毕的可以不再履行。管理人在行使处置权决定解除或者继续履行合同时，应坚持保障破产企业权益最大化的原则，同时还应考虑到若解除合同可能因此产生的违约责任,权衡选择。

关于管理人处置权的性质，有学者认为其是一种技术性权利，即只能对一定实体性法律效果的发生和消灭起到手段作用。比如抗辩权以及形成权都属于技术性的权利。技术性权利是与实体性权利相对而言的，债权、物权等权利都属于实体性权利。此类技术性权利的行使需要设定必要的条件，尤其是破产程序中管理人解除权的行使。

2、破产管理人处置权的行使要件

（1）破产管理人处置权行使的对象要件

根据《破产法》的规定，管理人可针对破产申请受理前业已订立，但合同双方均未履行完毕的合同行使处置权,此即对象要件。如果合同对方当事人已经依照约定完全履行了合同义务，而破产企业义务未履行完毕，对方当事人则形成一项对债务人的债权;反之，债务人可以要求对方当事人继续履行合同。当债务人与对方当事人对订立的合同,往往是双务合同，均未履行完毕时，合同双方的权利义务关系处于不断变动之中，这种不稳定的状态会给合同双方的利益造成影响，特别是对方当事人的利益。为了更好的管理债务人的财产，因此，管理人对于未履行的合同需要确定其继续履行还是解除。

（2）破产管理人处置权行使的时间要件

我国《破产法》规定,管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知合同对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未给予答复的，视为解除合同。此为破产管理人行使处置权的时间要件,其实质是为平衡债务人和与其成立双务合同的对方当事人之间的合法权益而对管理人行使处置权的一种限制。

3、破产管理人处置权行使的法律效果

（1）继续履行合同

根据破产法相关规定，管理人若决定继续履行合同，对方当事人应当履行，但是对方当事人要求管理人提供担保，而管理人拒绝提供担保的除外。在债务人已完全履行合同义务，而合同相对方尚未履行的情况下，管理人只能要求对方当事人继续履行，因履行合同向对方产生的合同之债,属于债务人破产财产的一部分。相反,在合同相对人按照合同约定履行了义务，但破产企业尚未履行的情况下,原则上管理人不能决定继续履行。因为此时，合同相对方基于合同而对破产人享有一项债权，对方当事人已成为破产企业的一般债权人,管理人决定继续履行合同将会构成对个别债权人的违法清偿，从而损害其他债权人的利益。

对于双方均未履行完毕的合同，《破产法》第 42 条规定，管理人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务，为共益债务。共益债务，是在法院受理债务人破产申请后，为破产企业全体债权人的共同利益或者为进行破产程序所必须负担的债务。《破产法》第43 条规定，共益债务可随时从债

务人的财产中清偿，其相较一般破产债权具有优先受偿权。此外，管理人须得提供相应的担保才能要求对方当事人继续履行合同,否则视为解除合同。因为在进入破产程序的情况下，债务人通常不具备继续履行的能力，要求其提供担保是为保障对方当事人预期合同利益。

（2）解除合同

破产法上规定管理人可发生解除效果的方式有三种。其一，管理人依法行使处置权，决定解除未履行完毕的合同；其二，管理人未在规定期限履行通知义务，或者在受到对方当事人催告后未在规定期限给予回复的，推定为解除合同；其三，管理人若想继续履行合同，合同相对方要求管理人提供担保，管理人拒绝提供的，也视为解除合同。合同相对方因解除合同而受到的损失作为破产债权，一般的破产债权无优先受偿的效力，只能依破产程序得到一定比例的清偿，通常情况下，清偿金额比继续履行合同获得的金额要少。

（二）破产程序中管理人对未履行租赁合同的处理规则

1、外国相关规则概述

（1）美国

美国破产法分两种情况规定破产管理人对未履行租赁合同的处置权，一是对租赁合同的一般性规则，二是对特定类型的租赁合同的适用规定。

一般性规定未区分动产与不动产，这类规则对未履行租赁合同都适用。美国破产法规定,根据法院的审批，破产管理人有权选择继续履行或拒绝履行未到期的租赁合同。此说明了管理人可

以决定是否解除或履行合同，但同时法律规定法院享有审批权，法院的干涉在一定程度上对管理人的处置权进行制约。

破产管理人对特定类型的租赁合同的处置权规定,有以下要求。第一,对于破产管理人选择继续履行购物中心租赁合同的，需要进行充分担保；第二,破产管理人应当在合理期限内及时行使处置权，尤其对于非居住用不动产租赁合同，破产管理人选择继续履行合同的情况下应当及时履行；第三，规定了不动产租赁合同非违约方的处置权,当出租人破产时,破产管理人和承租人均具有处置权。

（2）日本

日本破产法规定在破产程序开始前,若租赁权在有权机关进行了登记注册,破产人的对方当事人可就此租赁权对抗第三人，保护了租赁关系的稳定性。此规定中的对方当事人所具有的请求权属于财团债权。此外，日本破产法还区分不同情况规定未履行租赁合同中破产管理人的处置权。当承租人破产时，承租人或管理人都享有终止未履行完毕的租赁合同的决定权，双方的权益处于较为均衡的状态。当出租人出现破产的情况时，日本破产法并没有具体的规定，但大多数日本学者认为租赁物在破产程序开始之前就已经承受了租赁权的负担，所以应将其整体作为债务人的破产财团。

2、我国破产管理人对未履行租赁合同的处置权

（1）《破产法》的规定

《破产法》第18条规定破产管理人对待履行合同有履行或解除权，并对该处置权行使期限和对方当事人的催告权做了规

定。第 42 条进一步规定，在未履行完毕的合同被管理人决定继续履行后，对方当事人基于继续履行的合同而享有优先于一般债权的共益债权。第 18 条对破产程序中管理人的处置权做了一般性规定，没有区分一般合同与特殊合同的处理规则，较为笼统。

（2）司法实践中的冲突与处理

租赁权本质上是一种债权，但其在发展的过程中逐渐具有一些物权特性，《合同法》基于租赁权的特殊性，为其设置了特别规则，如“买卖不破租赁原则”以及当出租人处分租赁物时，承租人在同等条件下享有优先购买权。而现行破产法对待履行租赁合同的处理规则只有一般规定，在实际破产案件中，法院往往根据特别法优于一般法适用《破产法》第18 条规定，而未对《合同法》等非破产规范给予适当的考虑。因此，管理人对待履行租赁合同行使处置权往往只考虑使债务人利益最大化的目标，在管理人选择解除待履行租赁合同时，容易导致承租人丧失基于租赁合同的权利，甚至影响到承租人的生产、生活，这种“一刀切”的做法通常使对方当事人的权益受到重大损失。

3、破产程序中未履行租赁合同的特殊性

（1）租赁权的对抗效力。“买卖不破租赁规则”的理论基础在于承租人对租赁物的有权占有。占有是一种物权权能，承租人基于占有对租赁物具有“相对支配权”，因此承租人依据该支配权有权请求侵权人承担损害赔偿责任和妨害人承担排除妨害义务，也可对抗第三人。即在出租人将不动产租赁物的所有权转让给第三人时，该承租人享有基于租赁物之上的租赁权并

未因此消灭，新的不动产所有权人仍应负担原有的租赁合同义务。

（2）承租人优先购买权。《合同法》第230条明确规定了在出租人处分租赁物时，同等条件下承租人在有优先与第三人的购买权。优先购买权是对承租人利益的维护，使其租赁权在合同存续期间不会受到侵害，优先购买权实际上是一种请求权，依附于租赁权而产生，承租人可以依此对抗出租人和第三人。

（3）对租赁物的改良。《合同法》第223条规定，承租人在一定的情况下可以对租赁物进行改善或者增设他物，前提是取得出租人的同意。也就是说，在不会造成不动产租赁物价值的减损，反而增长了其自身价值的情况下，承租人可以对不动产租赁物进行改良，这意味着承租人对不动产租赁物在一定程度上有可对其进行处分的权益，使其具有部分物权的效力。

（三）完善我国破产程序中管理人对未履行租赁合同处置权的建议

1、 增设管理人对未履行完毕租赁合同的特殊处理规则

我国现行破产法并未注意到租赁合同的特殊性，所以在破产程序中没有区别对待未履行租赁合同和一般未履行合同。破产法没有相应规则对管理人指导和授权，难以平衡各方利益。我们可以借鉴美日等破产法相对先进国家的立法经验，在破产法中单独为管理人处置待履行租赁合同设置更为合理、具体的规则。首先，在赋予管理人解除或者继续履行租赁合同决定权的同时，应赋予人民法院审批权，法院本身配备有专业的法律知识，而且其作为中立的第三方相对来说更能做到不偏不倚对待履行合同进行

审查。其次，法律应许可管理人转让待履行租赁合同，这样不仅可以增加破产财产，对维护合同相对方的利益无疑也是一种有效的途径。最后，对出租人破产和承租人破产应区别对待，有利于进一步确定两种情形下管理人的处置权。

2、区别对待出租人破产和承租人破产的不同情形

（1）出租人破产时

由于租赁权逐渐具有物权化的趋势，合同法中也强调保护承租人的租赁权，因此各国对于出租人破产时都是普遍限制管理人的处置权。

第一,限制破产管理人的合同解除权。各国立法对出租人破产情形下管理人解除权作出限制，本文认为，在出租人发生破产时，管理人原则上不享有解除权；但在对破产财产进行变价时，如拍卖等情况，若是因为该破产财产存在租赁负担而严重影响变现价值的，管理人可向法院申请并经法院同意后解除合同。

第二,赋予管理人转让租赁合同的权利。世界各国立法中虽然普遍限制管理人的解除权，但也都规定了管理人可以转让租赁物。笔者认为，在限制破产管理人解除租赁合同权利的同时允许管理人带租约出售租赁物,在此情况下也原出租人仍可以依据“买卖不破租赁规则”和“优先购买权”的规定来维护自身利益。

（2）承租人破产情形

当出租人发生破产的情况,各国的普遍做法时严格限制出租人解除租赁合同的权利。

第一，限制出租人解除权。笔者认为可以借鉴德国的做法，按租赁物是否交付区别对待。在租赁物尚未交付时,破产管理人

与承租人都享有解除权，因为租赁物没有交付给承租人，此时出租人解除租赁合同对出租人产生的影响不是很大；在租赁物已交付的情况下，管理人可以解除合同，但应受到一定的限制，承租人为了生产或者生活的需要往往对租赁物进行了改良，在承租人对租赁物的依赖性较大时，若规定破产管理人可以任意解除租赁合同，对承租人的影响不言而喻，所以出租人的解除权应受到限制。

第二、允许管理人转让未到期租赁合同。若管理人选择解除合同，会对承租人利益造成较大损失、且又无法继续履行合同时，若允许破产管理人转让未到期租赁合同，使得承租人的租赁权得以存续下来，最大化保护了承租人的权益，也有利于减小出租人破产财产的损失。

（四）结语

“未履行完毕租赁合同”是“未履行完毕合同”的一种特殊类型，租赁合同具有特殊性，在破产案件中也应有特殊的规则与之相适应。否则，一律按照《破产法》第 18 条的规定进行处理，必然会引起司法实践的混乱。为此，本文介绍了两个主要发达国家破产法上管理人对待履行租赁合同的处理规则，并对我国现行破产法规则的不足之处进行分析。最后，在借鉴美国和日本立法经验的基础上，对我国破产程序中管理人对未履行租赁合同处置权提出相应改善建议，以期平衡租赁合同双方的利益。

〔参考文献〕

〔1〕王欣新,乔博娟. 论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式〔J〕. 法学杂志,2015(3).

〔2〕王欣新. 破产法〔M〕. 北京: 中国人民大学出版社,2011.

〔3〕付喜群. 论破产管理人对未履行租赁合同的选择权〔D〕. 湖南师范大学硕士论文,2016.

〔4〕赵俊伟. 破产程序中未到期租赁合同处理规则研究〔D〕. 辽宁大学硕士论文,2016.

法院信息

一、各法院指定破产管理人公告信息

1、成都市锦江区人民法院指定四川省瑞智破产清算服务有限公司为成都新鲜的一天果汁销售有限公司清算管理人

人民法院公告

成都市锦江区人民法院院根据熙可食品科技（上海）有限公司的申请，裁定受理成都新鲜的一天果汁销售有限公司（简称一天果汁公司）强制清算一案，并指定四川省瑞智破产清算服务有限公司担任一天果汁公司清算组成员。

[四川]四川非法院单位

本公告刊登在 2018 年 08 月 27 日

2、乐山市沙湾区人民法院指定四川益华律师事务所为乐山市沙湾海天建材有限责任公司破产清算案管理人

人民法院公告

2018 年 8 月 15 日，经申请人执行人乐山市沙湾区社会保险事业

管理局和被执行人乐山市沙湾海天建材有限责任公司的同意，乐山市中级人民法院（2018）川11破申5号民事裁定书的管辖指定，本院裁定受理乐山市沙湾海天建材有限责任公司破产清算一案，并于同日指定四川益华律师事务所为管理人。

[四川]乐山市沙湾区人民法院

本公告刊登在2018年08月28日

3、德阳市中级人民法院指定北京市金杜律师事务所为金广集团、天成不锈钢、云南天高镍业破产重整案管理人

金广集团、天成不锈钢、云南天高镍业破产重整指定管理人结果公示

2018年08月27日 14:54

申请人广汉市钏启包装有限公司、乐山兴企金属制品包装有限公司分别向本院申请对四川金广实业（集团）股份有限公司、广汉市天成不锈钢制品有限公司、云南天高镍业有限公司破产重整案，本院以竞争方式指定了破产管理人，结果如下:

破产管理人：北京市金杜律师事务所

本案需要更换管理人时的接替管理人：北京市炜衡律师事务所和毕马威华振会计师事务所（特殊普通合伙）

四川省德阳市中级人民法院

2018年8月24日

4、乐山市沙湾区人民法院指定四川西南不锈钢有限责任公司管理人为四川金广实业（集团）沙湾铁合金有限责任公司破产清算案管理人

四川省乐山市沙湾区人民法院公告

（2018）川1111破6号

本院于2018年8月21日裁定受理乐山金石焦化有限公司申请四川金广实业（集团）沙湾铁合金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管理人担任四川金广实业（集团）沙湾铁合金有限责任公司的管理人。

全国企业破产重整案件信息网发布时间：2018年08月24日

5、攀枝花市仁和区人民法院指定四川攀法律师事务所为攀枝花市驰进机械设备有限责任公司破产清算案管理人

四川省攀枝花市仁和区人民法院公告

（2018）川0411破4号

本院根据魏亚彬的申请于2018年8月9日受理攀枝花市驰进机械设备有限责任公司破产清算一案，并于2018年8月15日指定四川攀法律师事务所为管理人。

全国企业破产重整案件信息网发布时间：2018年8月27日

6、四川省井研县人民法院指定四川国荣房地产开发有限公司清算组为四川国荣房地产开发有限公司破产重整案管理人

四川省井研县人民法院公告

（2018）川1124破1号公告

本院根据四川国荣房地产开发有限公司的申请于2018年8月16日裁定受理四川国荣房地产开发有限公司破产重整一案，并于2018年8月22日指定四川国荣房地产开发有限公司清算组担任四川国荣房地产开发有限公司管理人。

全国企业破产重整案件信息网发布时间：2018年08月30

7、乐山市沙湾区人民法院指定乐山华威清算事务所有限公司为乐山沫江煤电有限责任公司破产清算案管理人

四川省乐山市沙湾区人民法院公告

（2018）川1111破7号

2018年8月28日,本院根据乐山沫江煤电有限责任公司的申请,裁定受理乐山沫江煤电有限责任公司破产清算一案，并于2018年8月31日指定乐山华威清算事务所有限公司为管理人

全国企业破产重整案件信息网发布时间：2018年08月31日

8、德阳市中级人民法院指定四川康伦律师事务所为四川宏声同景房地产开发有限公司破产清算案管理人

(2018)德破指字第10号机构选择结果公示

2018年09月20日 15:24

2018年9月19日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宏声同景房地产开发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，四川三目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9月19日

二、 温州中院联合课题组：论破产涉税若干问题的解决路径

文章来源：《法律适用》2018年第15期

作者简介：浙江省温州市中级人民法院联合课题组。课题组主持人：潘光林，浙江省温州市中级人民法院党组成员、副院长；成员：方飞潮，浙江省温州市中级人民法院民六庭庭长；李耿，浙江省温州市国家税务局政策法规处处长；叶希希，浙江省温州市中级人民法院民六庭副庭长；杨云平，浙江省温州市国家税务

局公职律师办公室副主任；陈默，浙江省温州市鹿城区人民法院破产庭庭长；范志勇，中国人民大学法学院博士研究生。

论破产涉税若干问题的解决路径
——基于温州法院的实践展开

温州中院联合课题组

摘　要：破产涉税问题已经成为影响破产程序顺利推进的重要因素之一。实践中在积极探索有效解决之道的同时，也面临诸多无法在现有制度框架内解决的难题。其成因主要体现为破产法与税法法域上公私法的泾渭分明，税法中对破产企业未能贯彻量能课税原则以及破产法上缺乏对破产的规则设置。基于此，对实践中面临的非正常户导致相关事务处理障碍问题、清税证明无法出具影响企业注销问题、企业重整后依法豁免的滞纳金无法核销问题、破产重整程序税收债务减免问题等，应从理念上将破产企业区别于正常企业对待，从立法上修改企业破产法、税法的相关规定以明确规则设置。

关键词：破产涉税　规则缺失　制度完善

诚如学者所言，“从司法实践情况看，破产程序中的税收问题难以解决，是影响法院受理和审理破产案件的重要问题。”〔1〕破产审判中遇到的税收问题确实已经成为影响破产程序顺利推进的重要因素之一。虽然法院与税务部门在实践中对破产涉税问题的解决进行了积极的探索，但是由于《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）及相关法规中对破产企业的纳税、税收债权等规定较少，《中华人民共和国税收征收管理法》

（以下简称《税收征管法》）及相关法规中对破产企业的税收处理更是鲜有规定，而税收相关政策是中央事权范围，这就导致实践中能够解决的问题非常有限，也让破产涉税问题的解决更为棘手。面对现实困境，笔者试图以实践探索为出发点，探究破产涉税问题形成的根源，从破产法与税法的双重视角分析破产实践中普遍面临的非正常户导致相关事务处理障碍问题、清税证明无法出具影响企业注销问题、破产重整程序税收债务减免问题等，并提出解决的路径，以期能为破产涉税规则的顶层设计提供一些有益的参考。

（一）破解破产涉税难题的实践探索

对于破产审判中发生的涉税问题，各地法院与税务部门都进行了积极的探索，其中温州法院与税务部门的探索非常有代表性，也比较全面。温州市中级人民法院（以下简称温州中院）积极与温州市地方税务局（以下简称温州地税）、温州市国家税务局（以下简称温州国税）进行协商，完善税务司法合作机制，本着先易后难，逐步达成一致意见，先后出台了三个税费协作会议纪要，探索解决了一些破产审判中的涉税难题，提高了破产财产处置效率，增加了破产财产价值，充分保护各方当事人的利益。

1、建立破产重整纳税评价机制。由主管税务机关对重整计划进行纳税评价，有效弥补了管理人不精通涉税业务的短板，免除了额外聘请税务师的费用，也使得战略投资人对重整的税收成本有清晰的判断，免除其后顾之忧。

2、创新企业所得税退税机制。税务部门在交易环节已对债务人财产拍卖所得预缴征收企业所得税的，债务人企业转破产后，由税务部门预缴征收的企业所得税应作为破产财产退还。

3、改变破产财产处置税费承担模式。以往债务人财产处置采用的是税费全部由买受人承担的模式，且具体应承担的金额未能提前披露，严重抑制了市场对购买破产财产的积极性。现纪要明确财产处置后交易双方按照税法规定，履行各自的纳税义务。买受方仅需缴纳印花税和契税，其税费负担是明确的，提高了买受人参与购买破产财产的积极性。

4、明确税收债权的清偿顺位。明确在破产程序中，不管所欠税费是否发生在纳税人以其财产设定担保之前，都应申报税收债权，按照破产法规定的顺位进行清偿，受偿顺位列担保债权之后。〔2〕

5、解决税收滞纳金核销难题。明确税务部门申报的税收滞纳金按普通债权在重整计划中依约定受偿后，未受偿部分依法核销。〔3〕

6、明确不得预征企业所得税的情形。纪要明确法院裁定受理破产即表明该企业已经具备资不抵债的情形，其财产处置不应当预缴企业所得税（包括财产在执行程序中处置，但处置所得由破产程序分配的情形）。

7、解决破产企业非正常户状态下的开票难题。破产企业为非正常户的一般纳税人的情形下，面临财产处置后无法开票的难题。对此，纪要对破产企业非正常户转换成正常户的具体操作流程进行了规范。

（二）破产涉税问题依旧突出

虽然实践中法院与税务部门对破产涉税问题的解决积极进行了探索，但是破产企业涉税问题是破产审判工作推进过程中普遍存在的焦点问题，依旧非常突出，并主要呈现如下两方面特点：

一方面，问题存在具有普遍性。不管是审理破产重整、和解还是清算案件，也不管企业类型如何，或多或少都会遇到各类涉税问题。比如《企业破产法》与《税收征管法》对税收债权与抵押担保债权的清偿顺位的不同规定，如何适用在实践中存在争议。又如在部分“三无”企业破产案件中，税务部门对破产程序终结文书可以作为税收债权核销依据认识不足，从而一开始申报债权的积极性很低，往往需要经管理人再三催促后才会申报，这会影响破产案件的审理进程。再如在破产重整过程中，需要事先对重整计划进行纳税评价，管理人不精通涉税业务，聘请税务师需要额外费用，请税务部门提前介入又缺乏必要的沟通机制，这就可能导致无法获取最理想的纳税评价结果，从而影响重整计划的制定。

另一方面，问题解决具有局限性。税收相关政策是国家统一规定的，是中央事权范围，地方税务部门无法突破现有税收政策规定，只能在现有税收政策框架内作适当的变通，因此局限性特点非常显著。比如温州法院与税务部门联合出台的多个专题纪要，都是在现有制度下进行有限探索形成的临时措施，这些问题在制度上仍未得到有效解决，需在立法层面给予根本性解决。又如，税务部门要求征收债务豁免税给重整企业造成巨额负担。税收优惠政策的立法相对滞后，尤其是破产重整税收债务减免制度的确

严重影响了破产重整的推进。依法豁免未能清偿的债务是破产程序的必然结果，但是在破产重整程序中，税务部门还会要求对依法豁免的未能清偿债务征收企业所得税，若破产企业债务豁免额较大，则会产生较大的应纳税所得额。对于资不抵债的破产重整企业来说，还需缴纳债务豁免产生的企业所得税，显然会打击战略投资人的积极性，严重影响企业重整成功的可能性，甚至可能导致重整成功后企业再次面临破产清算的境地。在法院跟税务部门进行沟通后，税务部门往往会以这是中央层面规定的税收政策要求决定的，地方税务部门无法作出例外处理为由坚持自己的主张。

为了能够妥善解决涉税问题，需要明确破产程序“特域”中，产生涉税问题的原因。具体而言，破产涉税问题成因主要体现在以下三个方面:

1、法域上公私法的泾渭分明

破产程序中涉税问题的成因，首先体现为对破产程序认识的不充分，折射出破产法与税法之间的理念分歧和规则冲突。《企业破产法》以“规范企业破产程序，公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序”〔4〕为宗旨；《税收征管法》以“加强税收征收管理，规范税收征收和缴纳行为，保障国家税收收入，保护纳税人的合法权益，促进经济和社会发展”〔5〕为追求。两法存在公与私的分野、权利与权力的区别，由此导致了具体规则间的不兼容。延伸而论，破产法与税法的理念分歧本质上根源于两者的法域属性定位之差异，即公法与私法划分的理论。对税法、破产法秉持界限分明的公私二

分法理念，固守传统部门法划分方法，从根本上导致了破产程序中涉税问题的产生。而事实上，在公法与私法交融的趋势中，出现了破产法与税法的交叉地带，税法私法化的现象不容忽视，破产法中公权力的介入带来的私法公法化现象也随处可见，惟有实现理念上的融合方可接受交叉地带的规则互认。

而近年来，在传统的公私法分野及其衍生的部门法划分理论的基础上，理论界出现了“领域法学”的概念。有学者指出，鉴于部门法划分的弊端，以调整对象和调整方法为标准划分部门法的传统分类研究正逐渐走向式微，面向现实世界、以“问题”和“领域”为定位的研究方式正在兴起，“以问题为中心，旨在汇集多种法律手段、综合地解决复杂社会条件下产生的社会问题”的“领域法学”已经形成。〔6〕领域法学理论及其研究范式的提出，有助于克服我国传统公私法分野和部门法划分理论的弊端，可成为弥合破产法与税法理念分歧的重要理论基础。传统法理念上的分歧也将因“领域法学”的兴起而逐渐消弭，破产涉税问题的解决则亟需这种新生理论的支持。

2、量能课税原则未能得以贯彻

税法基本原则是指导并贯穿于税的立法、执法、司法和守法整个过程的基本准则。其中，量能课税原则“是宪法平等原则在税法领域的应用。量能课税的基本要求是，根据纳税人的税收负担能力课征税收。”〔7〕但不同于税收平等原则的形式的相对性要求，量能课税原则体现了实质的绝对性要求，是实质的正义原则，对于纳税人条件相同的纳同样的税，条件不同的纳不同的税，而且“随着纳税人经济条件或纳税能力的升降，其税负也相应增

减”。〔8〕在纳税人无负税能力的情况下，“勉强对其课征税捐，不但可能侵害其生产与发展，而且在大多数的情形亦难以征起，其结果亦徒然增加无谓之稽征费用，提高国家与人民间之摩擦机会与程度。”〔9〕破产企业濒临存续边缘，不同于正常运营企业的经济状态，负税能力接近为零，对其依照常态企业标准征税，违反了量能课税原则的要求。在该原则的指导下，应全面系统梳理破产企业纳税规则，不限于课税客体、税基、税率等税收核心要素，还包括税收征收与管理程序规范，与法院、工商、土地、房产等部门工作流程协调规范等方面，而这恰是税务系统目前所缺乏的。

3、法律上缺乏对破产的规则设置

我国破产法的历史较短，破产文化并未得到普遍的认可，原有的诸多法律主要都是基于企业处于正常状态下的情形进行规则设计，较少关注特殊状态下的企业行为如何调整的问题。例如，“现行税法主要立足于正常经营状态下的企业，尚未对企业非正常经营状态的课税问题引起足够的重视，因而缺乏对困境企业税收问题的特殊调整。”〔10〕比如，对于无账册的破产企业，税务部门会要求按照正常企业提供具有连续性的账册，若不能提供则以无法计算具体欠税金额为由，拒绝出具清税证明并办理税号的注销。

税法理论上存在课税禁区的说法，狭义上的国家课税禁区是指人民的最低生存所需的所得不得课税。现有学者提出“课税特区”的概念，以此扩大课税禁区理论的适用范围。所谓课税特区，是指为保障纳税人的正当权益，征税机关应当慎入（禁入）或者

原有税法规则应当做出特别调整的领域。破产程序是课税特区的典型代表，属于需要关注的特殊场域。这就需要税法在重视和保护破产企业的正当权益、注意征税的妥当性等方面作出特别的考虑，这也是“作为课税特区的破产程序”对于原有税法规则带来的冲击和挑战。〔11〕

在破产程序的“特区”内，税法规则面临着规范供给不足的困境。一方面，破产法的实施贯彻地方政府属地责任原则，而税法规定，包括税务运行系统，都是由中央统一设计，在现有规定和系统设置都未能与破产程序有效对接的情况下，针对破产涉税问题，地方政府和法院只能在程序上做有限的努力，难以有真正的突破，实体法层面更是束手无策。另一方面，囿于法本位和法理念层面的差异，现行法律规则在破产程序中的解释和运用遭遇到质疑。

（三）非正常户导致相关事务处理障碍问题

1、非正常户状态对推进破产案件进程的不良影响

《税务登记管理办法》（国家税务总局令第 7 号）第 40 条规定，已办理税务登记的纳税人未按照规定的期限申报纳税，在税务机关责令其限期改正后，逾期不改正的，经税务机关派员实地检查，查无下落并且无法强制其履行纳税义务的，由检查人员制作非正常户认定书，存入纳税人档案，税务机关暂停其税务登记证件、发票领购簿和发票的使用。实践中，大部分破产企业存在生产经营异常、管理人员离岗、内部行政管理混乱等情况，有别于正常生产经营的企业。而且这些企业在税务方面往往会存在逾期申报等违法违规行为，从而被税务机关经法定程序认定为非正

常户，进而导致破产企业无法开具税务发票、无法变更税务登记证上记载的法定代表人等一系列后果，影响企业破产程序的顺利推进。

其一，非正常户状态影响破产财产的顺利处置。《企业破产法》规定，管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依法裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。管理人需要处置的资产通常包括不动产、机器设备、车辆、存货等。2016 年国务院常务会议部署全面推开营改增试点，将营改增范围扩大到建筑业、房地产业之后，这些资产的处置都需要按 5%-17%等不同税率缴纳增值税。买受人依法可以取得相应的增值税专用发票，列支成本费用，其中买受人为企业法人的，因存在巨额的增值税进项抵扣利益而对增值税发票具有更为强烈的需求。如果不能按规定取得增值税专用发票，就无法抵扣相应的税款，从而也就提高了买受人的交易成本。而破产企业一旦被列为非正常户，税务机关就会暂停其发票领购簿和发票的使用，管理人处置财产后将无法依法纳税和开具发票。若破产企业无法开具增值税发票，将导致买受人无法抵扣进项税额、列支成本费用，这会缩小买受人的范围，降低通过自由竞争获得合理价格的可能性，若处置的财产是不动产，还会因房产交易过户困难而导致管理人存在违约可能。

其二，非正常户状态影响重整企业法定代表人的变更。非正常户不但影响税收征管，而且破坏市场经济运行秩序，其危害主要表现在逃避纳税义务、不按规定验销发票、虚开代开增值税专用发票等方面。禁止非正常户变更法定代表人，不仅因为税务机

关可以针对上述失信的法定代表人采取阻止出境等限制措施来督促法定代表人履行义务，还可以防范非正常户企业的相关责任人员以重新注册新企业的方式来逃避税务监管。但是，对于破产重整企业而言，若企业处于非正常户状态，将导致战略投资人进入后仍然无法变更法定代表人，进而影响企业重整后的正常经营。

其三，破坏了相关法律关于破产费用的规定。若管理人申请将企业从非正常户状态恢复为正常户状态，按现有的一般做法，需要缴纳500元至2000元的罚款。根据最高人民法院《全国法院破产审判工作会议》（法［2018］53号）第28条之规定，破产财产依照《企业破产法》第113条规定的顺序清偿后仍有剩余的，可依次用于清偿破产受理前产生的民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权。现税务机关以不开发票为手段迫使管理人缴纳罚款，扰乱了法律构筑的清偿顺序，破坏了企业破产法的公平清偿原则。

2、破产程序中解除非正常户状态存在困难

根据《企业破产法》的相关规定，在破产管理人接管破产企业之后，应当依法承认其履职身份，理论上可以将破产企业的非正常户状态恢复为正常户状态。但是，根据税务机关的规定，必须先对非正常户逾期申报的违法违章行为处理完毕后，才能将破产企业从非正常户状态恢复到正常户状态。而且上述事项在税务机关金税三期系统中属于强制监控阻断事项，当事人需要先处理违法违章行为、缴清罚款才能由非正常户状态转为正常户状态，否则将无法变更纳税人状态。但是，如前所述，《全国法院破产审判工作会议》（法［2018］53号）第28条规定，民事惩罚性

赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权劣后受偿，换言之，破产企业在其他债权受偿前向税务机关缴纳罚款缺乏法律依据。**税务机关与人民法院相关规定之间的冲突，导致非正常户的恢复存在困难。**

3、破产程序中仍适用非正常户规则缺乏合理性

其一，从破产企业的特殊性来看。当前税收法律法规及规范性文件中列明的税收征管措施都是针对正常生产经营的纳税人所设计的，而破产程序作为司法处置的特殊性程序，无论是参与其中的包括作为债务人的企业等民事法律关系相关方，还是法律关系的特殊性设置，都有别于正常主体和正常程序。从破产案件税收债权的征管实践来看，现有的税收征管体系难以满足特殊性程序的需要。以被税务机关认定为非正常户的破产企业开票问题为例。按照现有征管体系的要求，企业开具发票方面的规定要以企业正常生产经营为前提，这是针对市场经济活动中正常生产经营的市场主体所设计的。根据现有制度，破产企业开具发票必须先由非正常户转为正常户，才能开具发票。而实际上，破产企业往往不是正常生产经营的企业，而且往往存在法定代表人失联、生产经营停滞等情况，并非严格意义上的正常户。因此，现有规定相当于给破产企业设置了一个前置条件，不利于破产程序的快速处置。又如，处理破产企业破产受理前的违法行为所产生的罚金问题。行政处罚罚金的设置是以给违法行为人以惩戒教育为目的。在企业破产受理后，若对破产管理人处理破产受理前的罚金进行收缴，难以实现其原本的目的，显得不够合理，但是不进行收缴，税务执法人员又可能需要承担相应的执法过错责任。

其二，从破产管理人的职责来看。有部分企业是在进入破产程序后被新列为非正常户的，原因在于管理人接管企业后未按规申报纳税。这会涉及管理人是否具有申报纳税义务的问题。从《企业破产法》的立法目的来看，破产程序的功能是公平清理债权债务，保护债权人、债务人和企业职工的合法权益，因此除了要继续债务人的营业的情况外，管理人并不具有申报纳税的义务。因为管理人的职责是接管债务人企业，理清企业的债权债务关系，并作出公平清偿。绝大多数情况下，尤其是在破产清算的情况下，进入破产程序后，管理人不会继续债务人企业的营业。停止营业后，债务人企业已经不再从事经营活动，税务机关再要求管理人耗费时间和精力从事一项并无实质意义的工作，显然不合理。

其三，从相关法律法规的层级来看。《企业破产法》系由全国人大常委会发布的法律，而《税务登记管理办法》则是由国家税务总局制订的部门规章。在法律相关规定与部门规章相关规定不一致时，应当优先适用法律规定。而会议纪要系对法律的解释，用于解决具体应用法律的问题，其效力等同于法律。因此，在企业进入破产程序后，继续适用《税务登记管理办法》而要求企业缴纳罚款并不具合法性。

4、解决破产程序中非正常户难题的建议

从近期的角度来看，在相关法律法规尚未修订的情形下，建议法院指导破产管理人依法积极履责，税务机关给予大力支持，按照现有的规定依法处理非常户违法违章事项，解决破产企业开票、房产过户、税务登记变更等一系列问题。从长远的角度来看，在保障国家税收债权的前提下，建议针对破产程序对税收的特殊

性需求，在现有税收征管框架之外，制定特殊的征管措施，以保障法院、税务机关和破产管理人之间的流畅衔接。例如针对属于非正常户的破产企业，可以允许其不用处理破产案件受理前的违法违章行为，或是不用缴纳违法违章行为需要缴纳的罚金，或是可以在不用办理非正常户转正常户的情况下允许其开具发票、办理变更税务登记等事项。

（四）清税证明无法出具影响企业注销问题

1、破产实践中因涉税问题存在的企业注销困难

《公司登记管理条例》第 43 条规定，公司申请注销登记应当提交的文件包括法律、行政法规规定应当提交的其他文件。《税务登记管理办法》第 28 条规定，纳税人发生解散、破产、撤销以及其他情形，依法终止纳税义务的，应当在向工商行政管理机关或者其他机关办理注销登记前，持有关证件和资料向原税务登记机关申报办理注销税务登记。注销后，税务登记机关会出具清税证明，注明企业的所有税务事项均已结清。根据《工商总局、税务总局关于做好“三证合一”有关工作衔接的通知》的要求，申请办理注销登记的，申请人应持税务机关出具的《清税证明》。可见办理注销登记须出具清税证明有明确的法律依据，在破产实务中存在不少困难。

其一，破产企业“三无”特点导致提交材料难。《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第 16 条规定，纳税人在办理注销税务登记前，应当向税务机关结清应纳税款、滞纳金、罚款，缴销发票、税务登记证件和其他税务证件。在破产实务中，常见无财产、无账册、无人员的“三无”企业，既无法提交税务相关

证件，更无法清偿税款。此时，要求管理人按前述实施细则的规定代为办理税务注销登记手续显然是脱离现实的。如果不予办理税务注销登记手续，按前述规定将导致管理人无法办理企业登记注销手续，而这与《企业破产法》关于“管理人应在破产程序终结后的十日内向破产人的原登记机关办理注销登记”的规定不符。

其二，相关法律法规冲突导致税款及滞纳金入库存在问题。

《国家税务总局关于进一步加强欠税管理工作的通知》（国税发〔2004〕66号）第3条规定：“对2001年5月1日新修订的征管法实施后发生的欠税，税务机关应按照征管法的有关规定核算和加收滞纳金。纳税人缴纳欠税时，必须以配比的办法同时清缴税金和相应的滞纳金，不得将欠税和滞纳金分离处理。”因此在税收征管实践中，税务机关基于将滞纳金的征缴视同税款进行管理，对欠税和相对应的滞纳金必须按比例入库。但是《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债权确认之诉应否受理问题的批复》（法释〔2012〕9号）规定：“依照破产法、税收征管法的有关规定，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。”人民法院认为欠缴税款的本金享有税收优先权，而欠税所产生的滞纳金却不能享有。在大多数破产案件中，由于欠税本金享有税收优先权可以得到优先受偿，而滞纳金作为普通债权，往往难以受偿或者受偿比例较低，导致税务机关在分配到税款之后，税款入库成为一个难题。与此同时，由于税务机关目前使用的金税三期系统对税款和滞纳金按比例入库实行强制监控，在实际操作中无法对欠税和滞纳金进行分离处理，导致税务机关对分配到的欠税本金难以入库。

其三，相关法律法规冲突导致存在滞纳金计算期限问题。《税收征管法》第 32 条规定：“纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。”即按照税法的相关规定，须依法对欠缴的税款加收滞纳金并计算到税款入库之日为止。但是根据《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债权确认之诉应否受理问题的批复》（法释〔2012〕9 号）的相关规定，破产案件受理之后产生的滞纳金不属于破产债权。由于破产受理之后欠税产生的滞纳金不属于税收法律法规规定的依法不予加收的情形，导致该部分滞纳金难以处理。

2、破产实践中的权宜做法

工商总局《关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》规定，对领取营业执照后未开展经营活动、申请注销登记前未发生债权债务或已将债权债务清算完结的企业，在破产程序终结后，可申请简易注销登记。只需要提交人民法院终结破产程序的裁定、营业执照正、副本即可，不再提交清税证明。在温州地区破产实务中，温州中院和温州市市场监督管理局以会议纪要的方式达成共识，以法院出具的相关文书或情况说明来证明税收债权在破产程序中的受偿情况，以替代清税证明，使得破产企业顺利注销工商登记。应该说，温州法院这样的做法跟工商总局在一定程度上放宽了企业注销登记要求是不谋而合的。

3、解决因涉税问题导致破产企业注销困难的建议

其一，针对破产企业设置专门的出具清税证明的规则。办理注销税务登记手续是出具清税证明的前提条件。管理人无法办理税务登记注销手续的原因在于需要提交大量资料并且还要缴清税款。一方面，从破产程序的角度来看，缴销税务登记证件和其他证件的要求可以参照市场监督管理部门的做法，采用登报公告的方式执行。对于税务部门关于清偿税款的要求，则明显与《企业破产法》规定的债权申报、核查、分配的程序冲突，其实质是税务部门试图利用职权改变法律规定的分配规则，这种做法和要求明显损害其他债权人利益，违反了《企业破产法》的公平清偿的原则。另一方面，从合理性角度来看，国家规定要实施税务登记，是为了规范税务登记管理，加强税源监控。在破产程序中，只有进行了破产清算，明确要终结破产程序，需要办理注销企业登记时，才可能涉及到注销税务登记，此时企业已经不可能再继续生产经营，也不可能成为税源。税务部门继续保持企业的税务登记数据，只会导致数据冗余，降低税务部门的工作效率。因此，我们建议，税务部门可以参照市场监督管理部门的做法，对经过破产清算的企业注销税务登记，出具清税证明。当然，出具清税证明后并不当然意味着企业的股东可以免除纳税义务，如果企业股东或者其他清算义务人存在怠于履行职务的行为，税务机关依然可以依法追究其责任。其二，针对破产企业设置专门的税款本金与滞纳金的入库规则。根据《企业破产法》及相关司法解释的规定，在明确欠税滞纳金不享受税收优先权的前提下，欠税本金和滞纳金的清偿顺位有不同，必然会导致两者的受偿比例亦会有所不同。若因为税收相关法律法规的缺失，导致已经分配到的欠税

本金无法入库，从而影响破产企业注销，显然违背了破产制度的初衷。与此同时，《税收征管法》对欠缴税款从滞纳之日起按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金，立法本意是督促纳税义务人尽快缴清欠税。对于进入破产程序的企业来说，即使企业本身有缴清欠税的意愿，但按照《企业破产法》的规定企业相关责任义务已由破产管理人代为履行，且须按规定的法律程序进行债权的清算和偿还，无法主动清缴欠税。再者，由于破产案件从案件受理到案件终结存在一定期间，并且处理破产案件的期间往往较长，对上述期间的欠税加收滞纳金，既不符合《税收征管法》的立法意图，也会增加企业的债务负担，更会侵占其他债权人的权益。另外，从具体操作层面，税务机关在进行债权申报时，需申报参与分配的税收滞纳金债权的具体数额。由于债权申报存在截止期限，若按照现行滞纳金的加收规定，在债权申报后最终所分配到的税收债权入库时间难以确定，导致税务机关在申报债权的环节难以确定滞纳金的数额，不利于税收债权的申报。因此，我们建议，通过税收立法明确规定，将破产程序中欠税滞纳金计算的统一截止期限设置在破产案件的受理之日；对进入破产程序的企业，明确税款本金和税收滞纳金之间的区别，允许税款本金和滞纳金分离入库。

（五）企业重整后依法豁免的滞纳金无法核销问题

企业重整后依法豁免的滞纳金在税务系统如何核销在实践中遇到难题。由于现行的税收法律法规未针对破产这一特殊程序的涉税处理作出特别规定。国家税务总局在相关的税收规范性文件中也没有确切的重整概念，只有重组的一些税收政策规定。国家

税务总局在《欠缴税金核算管理暂行办法》（国税发〔2000〕193号）中规定，对于破产、撤销企业经过法定清算后，已被国家主管机关依法注销或吊销其法人资格，纳税人已消亡的，其无法追缴的欠缴税金及滞纳金，根据法院的判决书或法定清算报告报省级税务机关确认核销；对于实施兼并、重组、出售等改组的企业，主管税务机关应依法清算并追缴其欠缴的税金及滞纳金。可见，国家税务总局对破产重整和破产清算的法定后果还是做了较大区分，即破产清算后，纳税主体消亡，可依法核销无法追缴的滞纳金；重整程序后，企业仍然存续，纳税主体并未消亡，税款滞纳金应持续计算。在金税三期系统中，破产重整程序后不能全额受偿的税收滞纳金自动累计，虽然与《企业破产法》第94条关于“按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任”的规定不符，但是基层税务系统核销权限受限，这导致重整后企业仍然承受着巨额税款和滞纳金负担。

诚然，税务人员在相关法律法规缺位的情况下，为避免执法风险，依据《欠缴税金核算管理暂行办法》追缴重整企业税金和滞纳金的做法无可厚非，但这一做法给重整后企业带来巨大负担，其现实合理性还是有待商榷。我们认为，对破产重整程序依法豁免的滞纳金予以核销符合立法本意和社会经济发展的现实需求。一方面，从法律适用来看，《企业破产法》第94条规定，“按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任。”同时依据《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〕9号）之规定，税务机关就破产案件受理前

因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。因此，破产受理前的税款滞纳金属普通破产债权，应按照普通债权的清偿比例清偿，依照重整计划执行完毕后，未获清偿的税款滞纳金，债务人不再承担清偿责任。在1986年施行的破产法仅规定了破产清算，并无破产重整概念，2007年施行的新破产法中才专章予以规定。《欠缴税金核算管理暂行办法》系2000年施行，内容涉及企业破产清算、兼并、重组、出售等改组，此处的重组并不完全等同于破产法上的重整概念，重组是在公司经营出现困难时，经营管理人的自主选择行为，重整则属于公司破产的法定救济形式之一。因此重整程序的有关问题应适用新破产法规定。另一方面，从制度本意来看，重整制度是对陷入经营困境但仍有重生希望的企业的一种司法救济程序。经过重整的企业，虽然形式上延续了主体资格，但实质上却是经过蜕变的新生企业。重整程序应产生一种法律上的阻断效应，重整完成也意味着重新开始。如果以企业主体存续为由，让重整后企业承担之前的滞纳金甚至罚款，则违背了重整制度立法本意，也不符合社会经济发展的现实需求。

因此，虽然温州中院和温州国税对此进行了有益的探索，但是为实现破产重整程序的立法目的，避免税务人员的执法风险，从长远角度而言，我们建议税务总局进一步明确破产重整程序滞纳金核销问题，规定对重整程序中未获清偿的滞纳金应予以核销，债务人不再承担清偿责任，同时亦要在税务操作系统中作出专门设置。

(六)关于破产重整程序税收债务减免问题

破产程序作为新生事物，税收优惠政策的立法相对滞后。尤其是破产重整税收债务减免制度的确严重影响了破产重整的推进。目前许多发达国家已将破产重整税收债务减免作为一项基本制度予以确立适用。破产重整税收债务减免制度实质上是国家作为税收债权人，在一些具有特殊资质、具有保壳价值的企业破产重整过程中，为了防止税收债权根本性流失，与其他债权人达成一致意见，通过减免债务方式，保留企业优质资产，提高破产重整企业对战略投资人的吸引力，使企业复苏重生，从而最大限度实现税收债权的长远保护。税收应以公共需求为基石，征税的主要意义也体现在为公众提供公共产品，纳税人处于极度危难之中时，国家也有施救义务，涵养税源方能保障国家运转和存续，竭泽而渔只会影响社会财富链条良性循环。

企业进入破产程序后，涉及缴纳的税费主要包括两个方面：一是破产案件受理前发生的税收债权和滞纳金；二是破产程序中对资产进行处置时所发生的包括增值税、土地增值税、契税、营业税、城市维护建设税等在内的流转税和所得税。而针对重整企业，还很可能会产生资产保有环节发生的房产税、城镇土地使用税、耕地占用税等税收以及因重整程序中对债务进行豁免而产生的所得税。根据《企业破产法》第 113 条之规定，除却担保债权、破产费用和共益债务之外，税收债权的清偿顺序仅次于破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，而优于普通破产债权。而在进入破产程序之前，绝大部分破产企业都已亏损多年，所欠税

额在企业的负债中所占比例一般都比较高，繁多的税负，急遽地压缩了本就资不抵债破产企业的债权人的清偿率，对于破产企业而言，更是一个沉重的负担。而在重整程序中，战略投资人则可能要承受较之预期更多的负担。税务部门认为，根据《企业所得税法》第 6 条、第 18 条及《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第 22 条之规定，于重整程序中依法免除的债务应属“确实无法偿付的应付款项”，从而应按 5 年外债务免除额计征收企业所得税，这种认定给重整程序的推进造成了一定的困难。比如在温州中城建设集团有限公司重整案中就遇到了这种情况，税务部门对于申报债务豁免收入以及重整完成后作债务重整收入申报收入，并以此主张应征收天文数字的企业所得税，后经温州市瓯海区人民法院与税务部门多次协商，税务部门最终同意将该问题暂时搁置。造成破产企业在税负减免问题上的困境的主要原因在于目前税收法律法规都是针对正常经营企业设立的税收规则，几乎很少有针对破产企业设立税收优惠政策。即使有，也是针对金融机构、国有企业等特殊主体而设立的，对民营企业并不适用。2015 年，财政部、国家税务总局依据《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》发布的《关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》和《关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》，提出了“扩大了重组特殊性税务处理适用范围，对非货币性资产投资给予了递延纳税政策，进一步支持企业兼并重组，优化企业发展环境”等优惠政策，但都是从兼并重组的角度提出的，没有明确指出适用于破产程序，可见相关部门对破产程序仍

然缺乏关注。这导致实践中上述税收负担无法依据法律规定获得减免。

对此，温州法院早在破产处置工作领导小组成立之前就已旗帜鲜明地提出应尽量减免破产企业的税收债务的主张。经温州市人民政府同意后出台的《企业破产处置工作联席会议纪要》也明确指出：“企业破产前欠缴的相关税款，凭法院裁定书按规定程序上报核销；对企业破产过程中产生的相关税费，市国税、地税部门要制定缓减免的相关政策，加大支持力度。”温州中院历经一年半时间的沟通与协调，联合温州国税、地税联合制作的《关于支持和服务企业改制重组破产重整税收优惠政策操作指南》，明确了企业改制重组、破产清算的税收优惠，比如在审理阶段发生股权结构变化的，可免征“销售不动产”、“转让土地使用权”营业税以及股权转让的契税等。囿于税收减免权限，地方性政策对税负减免作用非常有限，《企业破产法》中虽设置破产重整计划草案方式表决程序，税收债权人可通过表决减免税收债权，但现实中，税务机关出于执法风险考虑，往往要求税收债权足额清偿，否则即拒绝通过重整计划草案。我国税收法律法规对破产重整程序的税收债务减免问题的规定缺位使得仅有的通过表决方式减免税收债权的规定也成为空中楼阁。目前，重整成功率普遍偏低，建立和完善破产重整税收债务减免已成大势所趋。

在破产重整过程中，产生债务豁免是必然的。按照《企业所得税法》的规定，债务豁免需要依法征收企业所得税。若破产企业债务豁免额较大，则会产生较大的应纳税所得额。对于破产重整企业来说，还需缴纳债务豁免产生的企业所得税和滞纳金，甚

至罚款，显然会打击第三方战略投资人的积极性，阻碍企业破产重整。因此，针对破产重整程序中的债务豁免所得课税问题，迫切需要税收法律制度的支持，解决这一制约破产重整程序的关键问题。我们建议，税务总局尽快出台支持企业破产重整的专项税收优惠政策，明确税收债务减免的审批主体、条件、范围、程序及后续处理。

注释

〔1〕王欣新、徐阳光："中国破产法的困境与出路——破产案件受理数量下降的原因及应对"，载王欣新、郑志斌主编：《破产法论坛》第9辑，法律出版社2015年版，第47页。

〔2〕关于有担保债权与税收债权的受偿顺位问题，《税收征管法》与《企业破产法》作出了不同的规定，《税收征管法》第45条规定发生在先的税收债权优先于有担保债权受偿，而《企业破产法》则规定有担保债权优先于税收债权受偿。这导致实务审判中对该问题有不同的认识，不过温州法院对该问题已经统一做法，即有担保债权优先于税收债权受偿。

〔3〕税收滞纳金按照普通债权受偿的认定在《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债权确认之诉应否受理问题的批复》（法释〔2012〕9号）作出明确规定后，在税务系统仍然有不同的认识，对此，温州法院与温州税务部门经充分沟通后达成共识，形成该做法。

〔4〕详见《企业破产法》第1条。

〔5〕详见《税收征管法》第1条。

〔6〕参见刘剑文：“论领域法学——一种立足新兴交叉领域的法学研究范式”，载《政法论丛》2016 年第 5 期。

〔7〕刘剑文、熊伟：《财政税收法（第六版）》，法律出版社 2014 年版，第 190 页。

〔8〕徐孟洲、徐阳光：《税法（第五版）》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 31 页。

〔9〕黄茂荣：《法学方法与现代税法》，北京大学出版社 2011 年版，第 66-68 页。

〔10〕乔博娟：“企业破产重整税收优惠政策研析”，载《税务研究》2014 年第 3 期。

〔11〕徐阳光：“破产程序中的税法问题研究”，载《中国法学》2018 年第 2 期。

三、最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知法〔2018〕1 号

文章来源：最高人民法院

最高人民法院
关于充分发挥审判职能作用为
企业家创新创业营造良好法治环境的通知法〔2018〕1 号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

2017年9月8日，中共中央、国务院印发《关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》（以下简称《意见》），这是推进供给侧结构性改革、实施创新发展战略、促进经济持续平稳健康发展的重要举措。为深入贯彻党的十九大精神和《意见》的要求，充分发挥审判职能作用，依法平等保护企业家合法权益，为企业家创新创业营造良好法治环境，现通知如下。

（一）深刻认识依法平等保护企业家合法权益的重大意义。企业家是经济活动的重要主体。改革开放以来，一大批优秀企业家在市场竞争中迅速成长，为积累社会财富、创造就业岗位、促进经济社会发展、增强综合国力做出了重要贡献。人民法院充分发挥审判职能作用，依法平等保护企业家合法权益，为企业家创新创业营造良好法治环境，对于增强企业家人身及财产财富安全感，稳定社会预期，使企业家安心经营、放心投资、专心创业，充分发挥企业家在建设现代化经济体系、促进经济持续平稳健康发展中的作用具有重大意义。

（二）依法保护企业家的人身自由和财产权利。严格执行刑事法律和司法解释，坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷。坚持罪刑法定原则，对企业家在生产、经营、融资活动中的创新创业行为，只要不违反刑事法律的规定，不得以犯罪论处。**严格非法经营罪、合同诈骗罪的构成要件，防止随意扩大适用。**对于在合同签订、履行过程中产生的民事争议，如无确实充分的证据证明符合犯罪构成的，不得作为刑事案件处理。严格区分企业家违法所得和合法财产，没有充分证据证明为违法所得的，不得判决追

缴或者责令退赔。**严格区分企业家个人财产和企业法人财产，在处理企业犯罪时不得牵连企业家个人合法财产和家庭成员财产。**

三、依法保护诚实守信企业家的合法权益。妥善认定政府与企业签订的合同效力，**对有关政府违反承诺，特别是仅因政府换届、领导人员更替等原因违约、毁约的，依法支持企业的合理诉求。**妥善审理因政府规划调整、政策变化引发的民商事、行政纠纷案件，**对于确因政府规划调整、政策变化导致当事人签订的民商事合同不能履行的，依法支持当事人解除合同的请求。**对于当事人请求返还已经支付的国有土体使用权出让金、投资款、租金或者承担损害赔偿责任的，依法予以支持。对企业家财产被征收征用的，要综合运用多种方式进行公平合理的补偿。

（四）依法保护企业家的知识产权。完善符合知识产权案件特点的诉讼证据规则，着力破解知识产权权利人“举证难”问题。推进知识产权民事、刑事、行政案件审判三合一，增强知识产权司法保护的整体效能。建立以知识产权市场价值为指引，补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制，提高知识产权侵权赔偿标准。**探索建立知识产权惩罚性赔偿制度，着力解决实践中存在的侵权成本低、企业家维权成本高的问题。**坚持依法维护劳动者合法权益与促进企业生存发展并重的原则，依法保护用人单位的商业秘密等合法权益。

（五）依法保护企业家的自主经营权。加强金融审判工作，促进金融服务实体经济。**对商业银行、典当公司、小额贷款公司等金融机构以不合理收费变相收取高息的，参照民间借贷利率标准处理，降低企业融资成本。**加强破产案件审理，对于暂时经营

困难但是适应市场需要具有发展潜力和经营价值的企业，综合运用重整、和解等手段，促进生产要素的优化组合和企业转型升级。对违法违规向企业收费或者以各种监督检查的名义非法干预企业自主经营权的，依法予以纠正。**严格依法采取财产保全、行为保全等强制措施，防止当事人恶意利用保全手段，侵害企业正常生产经营。**对资金暂时周转困难、尚有经营发展前景的负债企业，慎用冻结、划拨流动资金等手段。加强对虚假诉讼和恶意诉讼的审查力度，对于恶意利用诉讼打击竞争企业，破坏企业家信誉的，要区分情况依法处理。

（六）努力实现企业家的胜诉权益。综合运用各种强制执行措施，加快企业债权实现。强化对失信被执行人的信用惩戒力度，推动完善让失信主体“一处失信、处处受限”的信用惩戒大格局。同时，营造鼓励创新、宽容失败的社会氛围。**对已经履行生效裁判文书义务或者申请人滥用失信被执行人名单的，要及时恢复企业家信用。**对经营失败无偿债能力但无故意规避执行情形的企业家，要及时从失信被执行人名单中删除。

（七）切实纠正涉企业家产权冤错案件。进一步加大涉企业家产权冤错案件的甄别纠正工作力度，**对于涉企业家产权错案冤案，要依法及时再审，尽快纠正。**准确适用国家赔偿法，及时启动国家赔偿程序，公正高效审理涉及企业家的国家赔偿案件，加大赔偿决定执行力度，依法保障企业家的合法权益。

（八）不断完善保障企业家合法权益的司法政策。进一步加快“智慧法院”建设，充分利用信息技术，**深入调研涉企业家案件的审判执行疑难问题，及时总结审判经验，健全裁判规则。加**

大制定司法解释、发布指导性案例工作力度，统一司法尺度和裁判标准。在制定有关司法政策、司法解释过程中要充分听取企业家的意见、建议。

（九）推动形成依法保障企业家合法权益的良好社会氛围。进一步通过公开开庭等生动直观的形式，大力宣传党和国家依法平等保护企业家合法权益弘扬优秀企业家精神的方针政策。持续强化以案释法工作，**及时公布一批依法保护企业家合法权益的典型案例和好做法、好经验，推动形成企业家健康成长良好法治环境和社会氛围。**

（十）增强企业家依法维护权益、依法经营的意识。加大对企业家的法治宣传和培训力度，提高企业家依法维护自身合法权益的意识和能力。依法打击破坏市场秩序、不正当竞争等违法行为，积极引导企业家在经营活动中遵纪守法、诚实守信、公平竞争、恪尽责任，弘扬优秀企业家精神。

各级人民法院要加强组织领导，制定工作方案，切实将依法保障企业家合法权益的工作落到实处。在审判执行工作中遇到新情况新问题的，请及时层报最高人民法院。

问题探索

一、试论关联企业合并破产的启动模式

文章来源：微信公众号“福建义全律师事务所”

本文作者：李琴声　福建义全律师事务所主任，泉州市破产管理人协会长；李明吉　福建义全律师事务所专职律师

试论关联企业合并破产的启动模式

【内容提要】关联企业合并破产是企业破产的常态，在法律暂无规定情况下，各地法院对于关联企业如何启动破产做法不一，没有形成统一模式。对此，笔者提出三大模式论，尝试着归纳各种模式的特点，提出存在的共性问题。

【关键词】关联企业　合并破产　立案启动方式

关联企业是指具有独立法人人格的企业之间，为了达到特定经济目的通过特定手段而形成的多元化和多层次结构的企业联合体。我国《公司法》对于关联公司（企业）没有规定。《税收征收管理法实施细则》第 51 条规定：“税收征收管理法第 36 条所称关联企业，是指有下列关系之一的公司、企业和其他经济组织：（一）在资金、经营、购销等方面，存在直接或者间接的拥有或者控制关系；（二）直接或者间接的同为第三者所拥有或者控制；（三）在利益上具有相关联的其他关系”。在关联企业中，具有指挥、操作、控制地位的企业被认为是“控制企业”（或控股企业），其他非控股企业则被称为“从属企业”。

目前关联企业这种企业模式在我国普遍、大量存在，而且有进一步发展的趋势。虽然我国现行《企业破产法》只针对单体企业破产，对于关联企业实质合并破产没有立法，但是在司法实践中，关联企业合并破产也是常态，各地法院也都纷纷在运用实质合并破产规则来审理破产案件。根据笔者网上搜集的案例，以及参与承办案件，各地法院在运用实质合并破产规则时表现出大胆探索、有益尝试，并摸索出不同的实践模式和经验。

实质合并原则是美国法官根据衡平法则创造出来的一种公平分配破产财产的救济措施[①]。根据 Phillip.Blumberg 教授的定义，实质合并是将已破产之多数关联企业的资产和债务合并计算，并且去除关联企业间彼此之间债权和担保关系，完成前述“合并”后，即将合并后之破产财团，依债权比例分配予该集团所有债权人，并不细追究该债权是哪一家从属公司所引起的。联合国《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”规定“实质性合并”是将企业集团两个或两个以上成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分对待[②]。

在审理关联企业破产案件中，实质合并破产规则贯穿案件始末。限于本文主题，笔者仅仅讨论一个环节，即在申请关联企业破产时，如何启动程序？启动模式有几种？它们之间有何区别？是否存在问题以及存在何种问题？

对于本文主题的讨论，笔者没有详细区分企业破产法三个程序（清算、重整和和解）中分别适用问题，本文统称在破产或破产程序中。同时，根据企业破产法规定，债权人、债务人、出资额占债务人注册资本 1/10 以上的出资人，可以向法院申请破产，

也有执行转破产程序的规定，本文也不详细区分哪一类申请人启动破产程序的区别，只讨论关联企业合并破产的启动模式。

正如上文所述，实质合并或合并破产在企业破产法中无规定，同样的，如何启动关联企业合并破产程序问题，在企业破产法及相关司法解释中也无规定。鉴于企业破产法的相关配套规定尚未完全到位，在破产实务中，各地法院普遍认为只要有利于维护债权人的合法利益，法无明文禁止的，都可以作出有益的尝试。为此，对于关联企业合并破产的启动模式，各地法院出现了形式各异、模式不同的做法。有的是控制企业和从属企业分别进入破产程序，法院依职权，或依申请人申请，或管理人申请作出形式上合并审理，然后再进入实质上合并破产；有的是控制企业先行进入破产程序，从属企业再进入破产程序，而从属企业进入破产各异，有的是经管理人申请直接纳入，有的是从属企业经单独申请进入；有的是关联企业“打包”一并进入破产程序，等等。总之，从搜集到案例到笔者参与案件中，有许多种做法和模式，但经过对比、识别和归纳，笔者归结认为存在三大模式，在三大模式下还有一些稍有区别的做法[③]。

（一）分别申请，分别受理，再合并破产

此种模式是指各关联企业同时或先后进入破产程序，法院分别裁定受理。通常情况下申请人可以是债权人，也可以是债务人；受理法院可以是一家，也可以是多家法院；如果是多家法院受理，目前法院采用办法是内部移送一家法院集中管辖审理，无须申请人或管理人申请。

譬如：2016 年 5 月泉州某四家关联企业合并破产案，债权人分别向两家基层法院和泉州市中级法院申请，三家法院作出四份受理裁定后，基层法院将其受理的两个案件移送给泉州市中级法院集中审理。再譬如：王欣新教授《关联企业的合并破产重整启动研究》中提及 2008 年 10 月绍兴市中级法院受理纵横集团“1+5”公司的破产重整案[④]，该案由 6 家企业分别申请，法院分别裁定受理，然后再行整体合并破产，突破了单体企业法人分别重整的原则。

采用此种模式的前提是申请人提供了初步证据证明关联企业在人员、资产、业务、财务、管理、住所地、法人格等方面存在高度混同，法院经过听证程序及前期调查取证，也认同和支持关联企业高度混同的意见，并在法律上否定关联企业各自独立法人人格，这是目前流行观点和做法。

采用此种模式有如下几个特点：

1、分别申请立案，消耗大量人力、物力和司法资源，特点是多家法院分别受理，法院分别作出裁定、内部移送，再行整合合并。管理人方面还得分别刻章、开立银行帐户、未作出实质合并之前的收支还得分别单列，等等。

2、分别申请、分别裁定后，如果经过审查认为不适用合并破产规则，法院可以灵活就单体企业是否具备破产原因进行审查，避免“先入为主”，因为法院受理案件时往往无法深入了解企业内部经营情况、债权债务情况，以及是否存在混同、不当关联交易等情况，而随着案件审理的深入，法院能够清楚全面掌握企业情况，对于能否适用合并破产更具有充分地理由和依据。

3、如属多家法院受理，法院会决定集中管辖，集中管辖的依据在哪里，集中管辖是依职权或依申请，是否需要作出书面决定，目前法无明文，司法实践做法也无统一认识。

（二）一并申请，一并受理，直接决定合并破产

不管是关联企业一并申请破产，或者债权人、出资额占债务人注册资本 1/10 以上的出资人一并申请关联企业破产，都写在一份申请书里、法院作为一个案件立案、各关联企业整体联合进入破产程序。当然，提出申请时，应当提供初步证据证明全部关联企业均不能清偿到期债务，并且资产不足清偿全部债务，符合我国《破产法》第二条之规定，全部关联企业已具备破产原因。

譬如：2016 年 1 月乐山沙湾国宏公司合并重整案[⑤]，乐山沙湾国宏公司及其五家关联企业在同一份申请书中，共同申请破产重整。法院认为，六家公司虽名义上为六个独立法人，但实际控制人均为袁红、朱卫国夫妇，六家公司存在人员、管理、资金等混同情形，决定受理六家公司进行合并重整的申请。

采用此种模式有如下几个特点：

1、申请人要提供初步证据证明关联企业在人员、业务、财务、资产、管理、法人格、住所地等方面存在高度混同，而且比较于采用其他模式，它的证据标准要高出许多，在受理环节就决定合并破产。而比较于第一种模式分别申请、分别受理后，视后续情况再行决定合并破产。

2、受理之后，如果经过审查最终认定不具备合并破产条件，关联企业中的单体企业无法分别进入破产程序，因为从一开始各

关联企业便是“整体捆绑”进入程序，而不是“单体企业”分别进入程序。

3、此种模式具备高效、快速的优点，显得“激进”，但同时会带来初步审查与最终审查不相一致的法律风险。

（三）一家申请，其余加入，再合并破产

此种模式下，通常是控制企业申请破产，或申请控制企业破产，当法院受理控制企业进入破产程序后，居于管理人、或破产申请人的申请，从属企业后续加入到破产程序中来，再行合并破产。从属企业申请加入程序的难点在于应当提供较为扎实、充分地证据证明从属企业人员、业务、财务、法人格高度混同，并且证明无论单独或合并，均不能清偿到期债务且资不抵债，符合破产条件。下面两个案件，均属于典型的一家破产，其余加入的模式。

譬如：王欣新教授《关联企业的合并破产重整启动研究》提及2008年7月沈阳市中级法院受理债权人对集团核心企业沈阳欧亚实业有限公司的破产清算申请，经审查认定欧亚实业与沈阳万博商务公司等17家关联企业存在严重法人格混同，遂裁定将其余17家企业并入欧亚实业的破产清算案件。再譬如：2016年6月2日，泉州市中级法院受理泉州某企业破产重整案，法院作出受理裁定后，管理人向法院提出书面申请，申请将与其相关的5家关联企业合并重整，管理人在申请书中详细阐述了5家从属企业与控制核心企业存在人员、业务、财务、资金、法人格等严重混同，为全面清理财产、推进重整顺利进行、依法稳妥处理好债权债务关系，申请将上述6家企业合并重整。

采用此种模式有如下几个特点：

1、较之于分别申请、分别受理模式，最大优点是减少了大量的人力、物力和司法资源，控制企业进入程序后，其余从属企业加入到破产程序中来。

2、较之于一并申请、一并受理模式，该模式显得更加稳妥、审慎特点。

3、加入申请应当提供理由和证据，虽然法院也是初步审查，但相对而言，其独立审查和判断的标准相对要高得多。

笔者总结和归纳的上述三大破产启动模式，各具特色、各有利弊，没有绝对的好与坏，只有实践中的适不适合，这才是辩证法观点。中国破产法是新生儿，尚不完备，有待于立法的不断完善，司法实践中的不断探索，也有待于大胆的实践和创新。上述三大模式就是理论界和实务界实践和创新的结晶。除上述各自特点外，三大模式存在下列问题，有待于立法和司法加以解决，从长远来看，如果不加以解决，特别是立法层面，会导致长期处于无法可依状态，不利于破产工作的全面推进。

合并审理和合并破产的区别在哪里？

由于关联企业的资产、债权债务相互牵连，考虑到节约破产费用、提高破产效率，在司法实践中往往将关联企业的破产案件合并审理。在上述三大启动模式中，都存在集中由某一家法院管辖审理的情形，这就是合并审理，也称之为“形式上合并”。

而当案件进入审理中，法院根据各方证据足以证明关联企业在人员、财产、资金、法人格等方面严重混同时，才最终合并关联企业的资产、负债，让关联企业的全体债权人在同一个程序中

得到支付，而不是让债权人在各自对应的单体企业中实现债权，对于后续程序称之为“实质上合并”。

笔者认为，分别使用“合并审理”和“合并破产”的概念，比较于使用“形式上合并”和“实质上合并”要准确得多，而且也更加通俗易懂，有利于各破产参与方更加理解和适用破产法。在上述三大模式中，都集中由某一家法院审理，这本身就是合并审理的表现。而当某一家法院审理后，最终对关联企业的资产和债务合并计算，实体上进行合并，就完成了从合并审理至合并破产的过渡，也就是完成了从形式上的合并至实质上的合并。

因此，不管在立法上或是司法上，区分合并审理和合并破产的概念必要的，在实践中也是有指导意义的。

初步审查和最终审查的证据标准是什么？

不管采用何种模式，申请合并破产时，申请人会提出关联企业在人员、资产、资金、业务、帐簿、法人格、管理、住所地等各方面存在混同，并提供初步证据加以证明，要求法院合并审理关联企业破产案件。法院裁定受理后，裁定受理的理由也是支持和认定关联企业达到合并破产的条件，故决定启动合并破产程序。在实践中，申请人提供的理由和证据限于人员、资产、资金、业务、帐簿、法人格、管理、住所地等各方面存在混同，虽然相关证据经过法院审查，但审查是初步的、不深入的。

随着案件审理的深入，最终审查与初步审查可能会存在偏差或不一致，如果不一致是实质性的，或是颠覆性的，其结果会导致原先破产申请不会得到支持；如果不一致非实质性的，或是非颠覆性的，其结果显然会是相反的。

但由此提出一个现实问题，就是初步审查与最终审查对于实质上合并破产的证据标准是什么？当前暂无法律规定，也无司法解释，这在实践中会造成破产法官在审查时缺乏统一的证据标准，只能取决于个案的特点和法官的自由心证，这种情况不利于统一司法标准，也不利统一裁判标准，甚至会造成法官自由心证的滥用。

由此可见，在初步审查时，法官对于合并破产的理由可能会更多停留在形式上的证据，证据标准相对会宽松、较低。而最终审查时，法官对于合并破产的理由，特别是认定达到实质上合并破产条件，其证据标准要远远高于初步审查时的证据标准。

当债权人申请破产，由谁证明关联企业达到合并破产的条件？

当债务人企业申请破产时，由债务人承担举证责任，来证明关联企业具备破产条件，且关联企业混同达到合并破产条件，这在认识上或者法条上（破产法第四条规定）是没有问题的。

但当债权人申请破产时，由谁来承担举证责任，在法律上暂无规定的情况下，存在争议。借鉴美国、德国做法[⑥]，都规定“举证责任倒置”原则，即在债权人提出初步证据的基础上，由关联企业反证自己是清白的，证明对企业成员的控制具有正当性和合法性。

在我国司法实践中，当债权人申请破产时，由于债权人无法掌握债务人的财务资料、财务数据、经营情况、债权债务情况等，通常只能通过证明债务人无法偿还到期债务，且根据其初步掌握的材料证明债务人资不抵债或明显缺乏清偿能力的，必须强调的

是，债权人掌握的资料只能是初步的，由此应当认定债权人已完成了举证责任。随后，举证责任转移到债务人身上，由债务人举证证明关联企业未达到合并破产条件，除非债务人同意破产合并申请。如果债务人无法证明未达到合并破产条件，则视为债权人的主张是成立的。上述意见，符合我国民事诉讼法关于举证责任分配规则，但在立法上或司法解释中应当尽早予以明确，以便实践中统一尺度，统一裁判标准。

注释(略)

二、试论破产重整程序中引入投资人的注意事项

文章来源：《福建律师》2018年第2期。

本文作者：李琴声　福建义全律师事务所主任，泉州市破产管理人协会会长；

试论破产重整程序中引入投资人的注意事项

【内容摘要】引入战略投资人是成功重整的重要方式之一，引入投资人的工作考验管理人智慧和能力。引入投资人既有大量的法律文件，又有大量烦琐的事务性工作，虽然不同案件因案而异，但有一定规律可循，总结经验、摸索规律可以反过来指导实

务工作。因此，探讨引入投资人在实践工作中应当注意的事项，有相当意义。

【关键词】重整程序　投资人　步骤　注意事项

重整制度是企业破产法确立的重要制度，是挽救危困企业、让破产企业起死回生的有效办法。不管是上市企业或非上市企业，重整模式多种多样、灵活适用，但引入投资人是一种相当受到重视的模式，使重整容易成功。引入投资人是破产管理人的一项实务工作，不仅管理人应当具备法律知识，熟悉引进投资人程序，还应当具有管理、财务、相关技术、谈判心理、政策把握等诸多方面的知识，全面考验管理人智慧和能力。

虽然不同重整案例的引进投资人做法不一，但引进投资人还是有一定规律可循，认识规律、尊重规律能够事半功倍，作者结合破产管理人实践经验，总结一些实际工作中的所做所思，以期抛砖引玉之效。

（一）重整价值判断

企业是否具有重整价值，是管理人决定企业是否最终进入破产重整的决定性因素。在破产实务中，管理人决定让破产企业清算或是重整，主要基于对破产企业是否具有重整价值的判断，要让企业能够“活下去”，还要让企业能够“活得久”、“活得好”，避免重整成功后的再次濒临破产。笔者认为，可以从下面几个方面来衡量和判断：

1、找出企业破产的根本原因。对照企业破产法及其司法解释，破产原因是指资不抵债，或明显缺乏清偿能力。企业破产原因的原因是什么，这是出资人、债务人、债权人、管理人、法

院等等与破产工作有关人员都会思考一个问题，更是管理人应当去面对和拷问的问题，导致企业破产的根本原因在实践中五花八门，有的企业盲目扩张，有的跨域投资失败，有的高利贷借款拖垮，有的经营管理不善，等等。只有找出破产的根本原因，才能对企业内部资源和外部资源作出一个相对客观的判断，才能对企业未来成长性作出一个相对客观的评价。这也是判断破产企业是否具有重整价值的基础。

2、破产企业是否具有核心竞争力。企业的核心竞争力也就是企业核心竞争优势，它的指标体现在许多方面，不同人群、不同需求会有不同角度和不同判断。对于管理人而言，可以从下面几个方面来作出判断：品牌、技术、市场、特许资质、独占资源等。譬如：①中宇建材“中宇”商标在2008～2009年曾被央视评估9亿元，破产重整期间仍然有庞大营销网络，管理人为保有品牌价值、延续销售网络决定继续营业，最终商标、库存（含营销网络）作价26000万元“出售式”重整成功。②锦绣庄企业用地系文旅用地，其建筑群是典型的闽派建筑风格，当年作为清源山5A国家风景名胜区的子项目一并打包申报，具有独特的区位地缘优势、旅游资源优势，重整符合各方利益，最大限度保护各方利益，也符合公共利益。③立恒涂料持有国防科工委的特许生产舰艇涂料资质而被认为有几千万元价值，资质背后实际上代表着该企业有核心涉密技术，并得到国家认可，故管理人选择重整。

3、判断重整后企业是否具有成长性。管理人判断重整价值的标准有许多，但归根到底落到实处只有一点，那就是重整之后

企业是否具有成长性，通过重整能够提升企业的生存、竞争能力，并最终实现赢利。

笔者的破产团队曾试图统计全国范围内破产重整案例在破产案件中的占比，但因为破产案件裁判文书无强制上网公示而拿不到全国数据，无法统计。后来，我们通过逐一登陆浙江省省内三级法院的每一个法院网站进行搜集，并在温州市破产管理人协会项军权会长的帮助下，我们分别拿到浙江省 70 多个案例和温州市 50 多个案例，经不完全统计，重整案件占破产案件的比例不到 10%。该不到 10%占比是否具有一定代表性，我们利用培训、开会、工作等不同场合分别咨询了国内许多律师、法官、教授等，得到答复均认为：就全国数据而言，重整案件在破产案件中的占比应该不超过 10%。换言之，我们的统计数据有一定代表性和说服力。因此，实践中应当避免一种好大喜功的倾向，不问是否有重整价值，件件都想重整，比如对于泉州工艺品企业、鞋服企业等传统产业，通常既无核心技术，又无品牌、市场或其他明显优势，一味想重整是浪费资源的无用功。

（二） 招募

招募投资人是指向社会不特定的投资人披露信息、公开资料、吸引竞争等系列活动的总称。

1、发布招募信息。目前法律法规对信息发布平台的选择无规定，实践中掌握至少在全国性和地方性各一家媒体发布，至于是何种媒介实践做法不一。现代网络特别发达，包括微媒体、自媒体等传播速度很快很便捷。因此，笔者提倡除按照习惯做法，在平面媒体发布外，可以借助强大的网络，比如通过微信平台向不

特定人进行广泛发布，发布渠道越宽泛、接收群体越广泛越好。同时，应当针对目标企业的业态，向特定人群进行重点发布，比如行业协会、各级商会等，成功率会更高。

2、案件信息披露。发布信息必然涉及到案件信息的披露，除了必备的企业基本情况、所属行业、法院受理企业破产基本情况、投资价值和投资预期收益等等外，到底案件信息公开到什么程度，也是法无明文。纵观大数招募公告，一般从简，只包含上述基本信息，对于重整债务、资产状况、债权和债权人情况等均无公开。笔者认为投资价值和投资预期应是信息披露和宣传重点。

3、招募文件提供。当意向投资人接到信息后，必然会联系指定对接人员，在此环节应当事先注意研究几个事项：①意向投资人索取资料是否缴交资料工本费，可交可不交，通常由经费紧缺与否、人员配置多少所决定。②招募说明及附件。通常情况下，管理人会准备一份更为详实的书面材料，对于与重整有关的事项作出说明，该份材料信息比较全面、数据比较详实、相关附件比较详细，建议包括：目标企业工商登记基本信息、企业资产组成、债权和债权人情况、负债、重整价值和预期收益分析、当地政府对于重整企业的优惠政策等等。在这个环节提供附件应当谨慎，除了工商登记资料、土地证、房产证等一般可公开资料外，原则上不能提供审计报告、评估报告文本，涉及到企业核心技术、商业秘密等也不能提供。

4、陪同考察现场并答疑。这要求陪同管理人或辅助人员需要非常熟悉企业情况和案件情况，能够在现场为意向投资人作出充分的解答，同时把握什么信息可以披露、什么信息不可披露，最

为重点是突出企业重整价值的解说和动员，能够让意向投资人下定决心，并决定进入下一轮的谈判工作。5、对接政府招商平台。各级政府的招商局、商务局等，有丰富资源，挂钩各类商业机构、投资机构、基金等，同时政府也是所辖区域招商引资政策的制定者和执行者。管理人对接政府招商平台，发挥政府招商平台作用，最大限度利用现成招商资源，为重整服务。

在整个招募过程中，如何把握信息公开的度和量是关键，没有一个统一模式和版本，但一切围绕着有利于更加地广泛传播、有利于更加地宣传企业重整价值、有利于更多的重整资源整合，因案施策、灵活操作，最终奔向成功重整。

（三）遴选

1、设定内控条件。通常情况下，在对外招募时不会设定投资条件。但在正式进入谈判之前，管理人通常会设定的内控条件，也就是说，投资人除了具备资金实力之外，还应当具备一定的条件，条件设定因项目而异、不一而同，例如：投资人应当具备一定的行业资质，应当从事某一特定行业且取得一定业绩，应当组建一支专业团队，等等。比如在锦绣庄项目，管理人要求投资人承诺遵守“经营业态系文旅方向”，且该条款将会写入投资意向协议和投资协议文本之中。

2、提交重整意向书。管理人要求投资意向人提交重整意向书：①投资意向人的简介，包括基本身份情况、股东和股权结构、公司治理机构、主要产品和服务、商誉信誉等等；②投资意向人的实力，包括财务状况、财力、现金流、重整资金来源、与重整行业关联性、产品研发能力、研发团队、知识产权等等；③参与重

整的初步思路，包括参与重整方式、资金投入安排、债务偿还设想、未来经营模式、赢利模式、员工方案、管理团队方案，等等。

3、管理人的尽职调查。对意向投资人提交重整意向书所涉内容，以及意向投资人的背景、资产、债务、商誉、信用等进行调查和审核，着重围绕参与重整的相关问题来进行，为最终选定适合投资人打下坚实基础。4、初步筛选意向投资人。对于意向投资人“优中选优”，初步筛选合适意向投资人。管理人筛选时，应当综合考察和评价意向投资人的诚信、品牌、资产、负债、事业方向、专业程度、经营团队，以及重整成功后对于项目的规划设想、运营思路、资源整合等来确定。对于入选的意向投资人，管理人会指定专人对接，包括后续谈判安排。

（四）谈判

1、签订保密协议

意向投资人会接触到重整案件信息、重整企业商业秘密，甚至破产案件的审判秘密等，因此，通常情况下，管理人应与意向投资人签署保密协议，明确投资意向人的保密义务及违反保密义务的法律责任。当然，可以不签订保密协议，而是设计为保密条款，直接写入投资意向协议中，作为投资意向协议的一个或几个条款。

2、签订投资意向协议

当完成遴选工作后，确定合适意向投资人后，管理人应与该意向投资人签订投资意向协议，明确双方权利义务、谈判步骤、谈判成功后的工作安排、谈判失败后的工作安排、投资意向金的缴交和退还，等等。

3、缴交投资意向金

通常情况下，管理人会要求意向投资人缴交一定金额作为投资意向金，无要求意向金数额与重整资金达到一定的占比，但与重整资金的多少有一定关联。比如：笔者参与重整项目中，重整资金一亿多元或二亿多元，管理人均要求意向投资人缴交500万至1000万元不等的投资意向金。投资意向金无担保性质，当谈判失败后应当如数无息退还意向投资人。但它在某种程度上，能够起到加重意向投资人责任心、证明意向投资人投资决心、以及证明意向投资人资金实力的作用。

4、谈判

当完成上述工作后，就转入谈判工作。谈判是重要一环，关系到意向投资人参与重整能否成功。通常情况下，如果有几家意向投资人报名，则管理人会确定几个意向投资人同时分开谈判，既可以从中从优选择，又可以让意向投资人产生相互竞争的局面，有利于重整成功，也为债权人争取最大利益。

注意事项：

①谈判主体：管理人是谈判主体，但应当与法院、政府保持必要沟通，可以以定期或不定期工作例会形式汇报情况；

②谈判内容：围绕着计划中的重整计划草案和投资协议的主要内容来展开，在谈判中，意向投资人必然会提出诸多要求，可能包括但不限于政策扶持、税收优惠、压低价格、拖长重整资金支付节点、员工分流、债转股、银行转贷续贷等等，甚至提出排他性的独家谈判等要求，对此，管理人应当保持理性的谈判心理，不轻易作出承诺，特别是写入投资协议的义务、承诺应当慎之又

慎。对于意向投资人提出的产业支持、政策扶持、税收优惠、银行转贷续贷等，管理人可以设计一个条款，承诺与投资人共同努力、一起争取，但不应作出明确承诺结果。

③重整模式设计：重整模式有多种多样，不同企业不同案件有不同方案，除了现成可供借鉴模式外，管理人在某种程度上可以创新，这是允许和提倡的，因为只要有利于重整、有利于重整企业再生、有利于保护全体债权人利益，且不违反现行法律规定的情况下，管理人可以大胆思维、创新设计。谈判中，重整模式是首先要考虑的问题，除影响重整成本外，还涉及到重整成功率、重整风险等。笔者认为，重整基本模式是出售式或存续式，也就是通俗所称“不带壳”还是“带壳”，各有利弊。比如：中宇建材重整案中，采用“不带壳”重整，投资人新中宇公司购买重整资产，不用旧壳。

④税收风险：我国税收制度特别复杂、难懂、易变，税收政策性很强，管理人很难精通，故在重整程序中的税收风险应当特别引起注意，尤其是存续式重整程序中，破产企业依法免债的部分，视为企业所得，应当依法征收企业所得税，税率相当高，投资人接盘后，潜伏着被税务部门征收高管企业所得税的风险。在国家未出台专门针对破产企业的税收法律或政策之前，重整谈判中，管理人研究重整模式时，应当充分考虑税收风险，并对投资人予以必要提示。

5、征询意见

征询债权人委员会，听取各方意见。在谈判过程中，会遇到各种问题，特别是投资人提出偿债方案、资金分期、债转股、产

业扶持、政策支持、税收优惠、银行转贷续贷，以及要求政府解决重整项目某些历史遗留问题等，这些意见和要求均应及时反馈给债权人或债权人委员会，听取他们的意见。如果债权人比较多的情况下，不便密集地召开债权人会议的，可以召开债权人委员会或债权人委员会扩大会议，扩大会议的成员邀请各类债权人的代表参加，比如担保债权人代表、小额债权人代表、大额债权人代表、职工代表、银行债权人代表等等，根据不同案件债权人不同特点分类灵活掌握。

同时，重整谈判过程中所面临的问题，有许多问题会涉及到政府层面，需要政府出面才能解决，因此，管理人通过与法院、政府工作例会的形式，向法院、政府通报情况，上传下达、寻求解决，共同奔向成功重整。

（五）投资人选定

1、评审小组确定最终合适的投资人。评审小组由管理人、债权人委员会（或债权人代表）、政府相关管理部门代表、行业专家等共同组成，成员经过公示，各方均无异议情况下，进入评审阶段。如果参与重整意向投资人有两家或两家以上，则应当采用公开竞标方式。由意向投资人提交债务偿还方案、资金筹集方案、生产经营方案、员工方案等，特别是报价方案采用密封形式提交，包括偿债金额、投资人愿意另行承担的重整费用、公益债务和分期偿付的补偿金额等，以及单独密封的《承诺函》，该函主要是将之前的投资意向金转为投资保证金，也就是承诺如果评审小组宣布投资人中标，则投资人不得返悔，否则管理人有权没收该投资保证金。在评审过程中，可以请法院和政府人员到场，

也可以请公证处到场进行监督公证，以确保公开、公平、公正评审。在中宇建材重整案中，投资人出资 26000 万元购得重整资产，组建新中宇公司，但投资人承诺只取得 75%股权，另外 25%股权无偿让渡给全体债权人，债权人按比例分配。

经过评审之后，可以引入未中标投资人的异议程序，可以向管理人申请复议一次，管理人应当重新召集评审小组对异议申请进行审查，并予以书面答复。只要有利于重整、有利于全体债权人利益，在不违反现行法律法规情况下，管理人均可以创新、可以尝试。

2、投资人确认重整计划草案并签字盖章。根据双方谈判成果，按照评审小组评议通过的重整方案，管理人或债务人起草重整计划草案，该草案一旦通过并获批则会转入执行阶段，因此，投资人应当对重整计划草案签字盖章确认，以表示认可草案内容，愿意按照草案予以执行。投资人确认重整计划草案环节必不可少，虽然此后双方尚须另订投资协议，但重整计划草案与投资协议内容虽有交叉，但各自功能不同。

3、签订投资协议（或重整协议）。根据投资人确认的重整计划草案，管理人将其主要内容转化成为管理人与投资人投资协议，约定双方权利义务，以及违反义务应当承担的违约责任。在投资协议中，通常情况下，双方会约定履约保证金和违约金，其中履约保证金按照重整总金额的 20%执行，这是参照合同法 20%定金法则的做法。如果投资人拒不履行协议，管理人有权没收该 20%履约保证金或要求投资人承担所约定的其他违约金责任。投资协议自双方签字盖章之日起生效，但涉及到重整计划方案执行的，待

重整计划草案获批之后执行。中宇建材重整案履约保证金 3000 万元。在实践中，有的管理人让投资人在重整计划草案签章确认，或出具单方《承诺函》承诺严格按照重整计划草案执行，双方无另行签订投资协议，双方约定重整计划草案表决通过且获批后，对投资人具有约束力，比如：中宇建材重整案采用该种做法。拟进行之中锦绣庄重整案，我们准备采用了签订投资协议的做法。笔者认为该做法没有不妥，但在确认重整计划草案之外，双方另行签订投资协议，其内容可以让双方对重整计划草案通过与不通过的两种情况所产生的后果进行相应的安排，约定双方因此而产生不同的权利和义务，更能保障各方利益。因此，该做法是值得提倡的。

4、缴交投资保证金（或履约保证金）。管理人召开债权人会议讨论表决重整计划草案之前，投资人应当按照投资协议约定将履约保证金付至管理人指定银行帐户，起到安抚和稳定债权人情绪、推动债权人投赞成票、保障重整计划草案通过后得到落实和执行。先前投资意向金自动转为投资保证金，不足部分由投资人限期补足。

（六）重整计划执行与监督

1、重整计划草案获批。根据企业破产法第 84 条债权人会议表决通过重整计划草案，管理人向法院申请批准重整计划草案，或者债权人会议部分表决组未通过重整计划草案，申请人依据企业破产法第 87 条申请法院强批，则从法院批准之日起重整计划予以执行。

2、重整计划的执行。重整计划由债务人负责执行，由管理人负责监督重整计划的执行。整个执行和监督的重中之重是投资人对偿债方案的执行和落实，保障债权人实现分配。管理人在这当中应当与投资人及时沟通、提前提醒，保障重整计划全面得到落实。

（七）结语

企业破产法及最高法院关于破产的相关司法解释、规定、意见、批复等，确立了我国企业破产的相关法律制度，但比起西方发达国家的破产制度，我们还有很大差距、还有很长一段路要走，这就需要我们在实践中创新、在创新中实践，“摸着石头过河”。正如本文所探讨引入投资人需要注意的事项一样，她是重整法律制度的重要一环，但更多兼具法律性和事务性工作，有法有章可循的不多，需要管理人在实务工作中不断总结、不断创新。笔者认为，管理人应当拿出精准理解破产法精髓，大胆创新，勇于实践，敢于担当的精神，只要有利于企业重整、有利于化解债务危机、有利于公平偿债、有利于全体债权人利益的事，管理人都可以去做、去尝试，不要墨守成规、不要固步自封。相信不久的将来，我们的破产法律将会更加健全，我们的管理人团队将会更加成熟，我们的破产实践将会更加丰富。

注释(略)

三、李忠鲜：担保债权受破产重整限制之法理与限度

文章来源：原文发表于《法学家》2018 年第 4 期（总第 169 期）“视点”栏目。因篇幅较长，已略去原文注释。

内容提要：破产重整中，担保债权不得优先受偿而需为必要容忍，以维持公司经营的财产性基础。然而现行法存在异议救济缺位、协议程序的制度供给不足、对各方博弈缺乏底线性安排等问题。尽管破产中的法律规制常常暗含着难以把握的公共政策，但基于对重整价值目标与担保信用功能的共识，仍然存在相对有效且合理的科学性安排。因此，应在追求重整价值最大化与目的性中立的基础上，搭建合作博弈与利益分配的平台，厘定意思自治的合理边界。具体而言，应明确担保债权暂停行使的必要性标准，厘定重整计划批准的最低保护限度，承认债权人在重整协商中的利益分配，以确保在破产法框架下团体自治的秩序与实效。

关键词：担保债权；重整目标；利益分配；团体自治；目的性中立

李忠鲜：担保债权受破产重整限制之法理与限度

目录

（一）担保债权受限的法理考察及理论评析

（二）当代公司重整中担保债权的困境及其内在原因

（三）有限自治框架下担保价值实现的应然路径

（四）重构重整中担保规则的逻辑及边界

（五）结语

为了实现困境企业的复兴目标，破产重整制度对担保债权的规制并不遵循传统民法上优先受偿之路径，担保债权行使的时机及方式都受到一定的限制。该限制的意义在于暂停行使担保债权可使困境企业得以维系其经营以期重获新生，然而随着重整程序的进一步推进，对担保财产的处分及使用也不可避免地为担保债权带来了价值贬损的风险。因而，各国立法实践无一例外地在对其进行严格限制的同时，也设计了针对担保债权人权利保护与救济的规则，但我国破产法对担保债权实现问题的规制却存在着限制有余而保护不周之嫌。由此观之，我国现行立法所蕴含的逻辑可能会导致一种倾向，即过分强调破产制度所背负的调整型价值功能而忽视其蕴含的私法精神。此外，在破产实践中也的确存在着对担保债权人滥用优势地位的担忧，这让传统的担保优先受偿规则仍备受质疑，因此，担保债权的优先地位已经岌岌可危。尽管理论界已不乏关于担保债权实现路径的探讨，但都一定程度上却忽视了对担保债权受限的原理及其限度问题的探索，亦即对其理论渊源的现代内涵、担保财产交换价值的实现和债权人自治规制等诸多问题并没有进行规范及价值层面的系统考察。随着中央供给侧结构性改革的进一步推进，对“僵尸企业”的整合出清是产业结构调整的关键环节。在此背景下，破产重整因其优化配置的制度功效而在经济结构调整中彰显其能，这亟待我们重新审视破产重整的价值目标、担保债权的规制逻辑及其内在联系。

（一）担保债权受限的法理考察及理论评析

一般而言，担保债权在破产清算及破产和解中享有别除权而得以优先受偿，但在破产重整中，各国破产法都对担保债权的行

使时机和方式进行了限制。这一限制的影响体现在两个方面：一方面，就实现重整复兴目标的积极意义而言，其核心在于拯救陷入债务危机而难以为继的破产企业。尤其在担保市场日趋繁荣、担保之债几乎完全覆盖企业财产的情形下，不加限制地实现担保债权将使其复兴成为空中楼阁，普通债权人只能空手而归；另一方面，就其消极影响而言，担保债权不仅面临被不当处置却难得救济的风险，而且承担了重整期间担保物价值贬损、机会成本丧失的必然后果。就此而言，担保债权极易受到重整程序的影响，因此需要对限制担保债权的理论渊源及该制度运行的实效和背景进行系统考察。

1、担保与重整的价值冲突：担保债权的受限机制及其功能

破产重整对担保债权的规制核心在于化解担保制度与破产程序之间所固有的、内生性的价值冲突。究两项制度所内蕴的价值功能而言，担保物权制度强调债权人在债务人不能履行到期债务时得以特定财产的变价款优先受偿、及时受偿；破产重整制度则强调企业拯救而要求债权人对债务人清偿作一定宽限甚或免除，其侧重于集体受偿、同时受偿。因而，两者之间天然地存在着矛盾，且集中体现于对担保债权的受偿方式、受偿时点与受偿范围的调整之中。

由于担保财产的变价为重整企业提供了可支配财产，因而也由此产生了变价款的分配问题。我国《企业破产法》第 109 条与第 113 条分别规定了担保债权的优先受偿性与破产财产的清偿顺序，明确了担保债权优先于劳动债权、税收债权及普通债权而受偿。尽管该法定清偿顺序确立了“在担保债权获得全额清偿前，

未经担保权人同意，管理人不得将此款项（担保物变现款）用于任何其他支出或债权清偿”的规则，但其实施效果却与立法理念不相契合，在“ST 夏新”“ST 丹化”和“ST 源发”等上市公司的破产重整中，都出现了担保权未获全额受偿而普通债权等其他劣后债权得到部分清偿的情形。由此引出了法理层面的思考：担保物权优先于其他债权的结论能否直接平移至破产法的语境之下？

从表象上观察，担保债权与其他债权之间的零和博弈是客观存在的，一方受益则另一方必受损的利益格局直接导致了债务清偿上的无序性。从本质上考量，此种债务清偿上的无序性根植于法官与债权人对破产法价值分配功能的期待，因为作为一门需要对社会公共利益作一定考量与回应的“非典型私法”，破产法的确背负着对私权等级作适度微调甚或重新排序的重任。尤其在破产重整中，不仅需要规范债权人之间清偿顺位，而且任何担保债权实现的行为都需以企业利益最大化为前提，如此便加深了这一问题的复杂程度。

以我国法为分析对象，《企业破产法》及其司法解释未能准确定位破产法在风险分摊与价值再分配这一功能上的立场，其中担保债权在破产重整中的受限机制体现为以下两方面：

一方面，在以财产处分为核心的强制性规则中，不仅限制了担保债权的行使时机，而且改变了处分担保财产的主体及程序，体现为三项内容：第一，改变了实现担保权的时点。《企业破产法》第 75 条确立了我国法上的自动中止规则，即担保债权人不得在重整期间行使担保权；第二，改变了处分担保财产的主体。该

法第 73 条和第 111 条赋予了债务人(或管理人)自行管理和出售破产财产的权限，改变了《物权法》第 191 条“未经抵押权人同意，抵押人不得转让抵押财产”的规定，无须抵押权人同意，债务人即可对担保物进行处分；第三，改变了担保权的优先受偿范围。依《物权法》第 173 条之规定，担保权优先受偿范围及于其利息，而《企业破产法》第 46 条第 2 款规定附利息的债权自破产申请受理时起停止计息，从而将重整申请受理之后产生的利息债权排除在优先受偿的范围之外。对担保债权在重整中是否停止计息的问题，裁判实践中也形成了分歧，部分判决根据《企业破产法》第 46 条之规定确定担保债权在重整中停止计息，但是在另一部分重整案件中，担保债权因重整而延迟受偿的利息却得到了补偿。

另一方面，在以重整计划为核心的自治性规则中，破产分配并不一定按照法定分配顺位进行，即债权人会议决议及法院批准程序可在法定顺位之外，对担保债权的受偿范围及方式作实质性调整。《企业破产法》第 87 条确立了重整计划的强制批准规则，若担保债权“因延期清偿所受的损失将得到公平补偿”且“未受到实质性损害”，则法院可强制批准计划。另外，同法第 59 条规定，未放弃优先受偿权的担保债权人对破产财产的分配方案不享有表决权，担保债权人除了可以请求法院撤销决议之外，在表决程序之前和管理方案的形成过程中并无其他利益诉求表达渠道。现有规则之下，担保债权人所享有的由《物权法》确立的强势控制地位转而滑向对财产处分方案毫无诉求渠道的弱势境地。就此而言，破产法已经完全改变了担保债权在物权法律体系中的行使

规则，基本形成了以财产处分为核心的强制性规则与以重整计划为核心的自治性规则相结合的规范体系。

就限制担保的功能而言，该规范体系旨在实现企业复兴与重建，为重整企业恢复生产经营能力提供物质保障，而对清算程序与和解程序中的担保债权不予调整。若从破产保全的效果出发，仅在重整这一特定领域限制担保债权有其必然性，其所意欲达到的规制效果有二：其一，该必然性源自重整制度最初的理论根据——运营价值论中关于运营价值高于清算价值的推论，该推论的前提是运营价值不仅包含着资本组合的成本、无形资产及利益，而且有效避免了因财产清算造成的价值损耗。倘若上述对限制之必然性的讨论背景为传统的营业保留型重整，那么暂停担保行权确实有其积极意义。然而，随着出售型重整的广泛应用，实现运营价值并不见得保留法律实体，出售财产为企业提供了流动资金，而且只要未来支付的现值等于或大于立即清算的价值，债权人就受益。因而运营价值理论在当代破产法实施背景之下已经逐步展现了其作为重整理论渊源的局限性。其二，该必然性还体现在重整程序除了实现债务清偿这一任务之外，还需要为恢复生产经营做必要的准备。然而，《企业破产法》第 75 条的原则性规定不仅对适用自动中止的债权种类及性质未加区分，而且学界对自动中止是否为对实体权的限制亦存在根本分歧。由此观之，我国《企业破产法》对担保债权的相关规定较为原则，其实施效果也未能达至原初的立法本意，直接导致了法律解释和适用上的困难。

既然重整规制的对象均为通过意思自治安排自我利益的私主体，那么牺牲一方而拯救另一方的正当性基础究竟是什么？更进

一步说，私法对平等主体的规制是否应当保持目的中立性的品格？

2、担保债权受限内在原理的局限性及规制效果

对担保债权受限原理的阐释，一个可能的路径是公共利益理论。如哈耶克所言，“只有在实现普遍利益或公益所必需的时候，才能允许对个人施以强制。”若法律的目的在于解决外部性问题——减少交易行为的负面影响从而实现整体效率，则可以设定强制性规范。这表明，若对个人实施强制，都必须完成对强制手段正当性的证成。若进而将公共利益理论涵摄于破产重整语境之下，就应当明确利益保护的对象以及强制干预的成本。针对这一问题，可从下三个层次进行分析：破产重整中的普遍利益是什么？对担保债权人实施的强制是否能达到实现普遍利益的目的，即方法（强制手段）与目的（重整价值）之间是否存在必然性？即使可以实现普遍利益，此种强制手段的负外部性又如何？

第一层次，破产重整中的普遍利益根植于其制度价值之中，传统破产法理论认为重整的核心价值在于挽救深陷债务困境的企业。如前所述，重整价值内涵已经随着其实施场景的更新和扩张而悄然变化。有研究者从会计理论角度出发，通过比较重整收益与清算收益，将重整价值定义为两者之差额，且更进一步指出重整收益的计量呈现着动态性特征。这反映了学者从破产价值计算的角度对重整价值的认识，但法学理论对破产实践中出现的新型重整方式对重整理论本身的影响并未及时总结、更新。新兴重整方式承认了即使以原公司“不复存在”为代价，只要企业能以新

的形式留存，那么重整即达成其制度目的。至此，以拯救“原企业”为核心的重整理论已不再满足重整实践的现代化要求。

第二层次，对强制手段实效性的讨论，必须建立在有充分理由的基础之上。当前立法的强制干预手段仍存在以下两种谬误：

谬误之一在于认为担保财产是破产企业经营的物质基础，担保债权在程序开始时无条件暂停行使，但对担保债权性质不予考虑。《企业破产法》第 75 条对担保物权性质不加区分地暂停行使，不必要，也不合理。在比较法上，德国破产法要求不动产担保权的暂停行使需依债务人申请，并证明其对防止债务人经营恶化的不可或缺性。美国破产法也设立了自动中止的必要性标准，债务人需要证明该担保财产对一个有拯救希望的重整企业是必要的。由此可见，比较法上诸多设计都针对担保暂停的行使条件进行了严格区分。

谬误之二在于认为担保债权人的行动将促使破产企业冒险经营，债务人的经营质量与担保债权人的干预程度成反比。这种观点的理由为以下两点：其一，担保之债的存在限制了困境企业再经营能力。担保债权人与困境企业签订的限制性协议常常限制债务人企业的进一步举债行为，而且债务人为企业财产设立担保的间接代价就是限制了债务企业未来处分担保物的能力；其二，担保之债会诱发企业经营中的道德风险。对于负债率较高的企业而言，他们更倾向于做出损害债权人而有利于自己的“打赌”行为。上述理由，似乎为限制担保债权人的控制权取得了正当性，但这种观点忽视了一个基本的经济学前提，即在不同的风险策略之下，经营活动对出资人与债权人权益的影响存在着“分配效应”。在

此效应之下，担保债权人通过债务人经营活动可获得的收益与其承担风险之间呈现着一种非对称性。亦即，如果债务人选择高风险经营策略，投资失败的风险主要由优先等级的债权人承担，而投资收益将更多地归属劣后债权。既然投资收益并不归属担保债权人，那么担保债权人在其权益既已得到保护的情形下，更加不存在损害劣后债权人的经济动因，美国和德国的实证研究也表明担保债权损害非担保债权的情形并不多见。因此，应当在一定范围内赋予担保债权人在重整中的参与权。

第三层次，即使限制担保债权的意义重大，其负外部性仍不容忽视。担保制度所依存的秩序对交易安全及信用文化起着积极作用。实际上，担保制度产生的经济利益由债权人和债务人共享。担保权人通过优先清偿的便捷性，使得其对债务回收不需要投入更多成本，债务人通过提供担保财产以降低融资代价。反之，如果不存在担保财产之保障，债权人必然需要对债务人的高风险经营甚至是非法转移财产的行为进行有效的监督。如果担保制度整体受挫，借贷合同中的限制性条款必然增加，贷款人也必然愈发谨慎，其代价是显而易见的。

综上，无论是在法理层面衡量限制担保的整体效果，或是以解释论为基础对《企业破产法》的具体适用作系统考察，既有规范对担保债权人实施的强制手段并不能达致重整中普遍利益之实现，而且对债权的严格限制更不契合我国破产实践中债权人利益保护不足的现状。

（二）当代公司重整中担保债权的困境及其内在原因

判断担保债权对破产重整或者公司治理的影响也不再是“非黑即白”的简单命题，在重整实践的创新发展之中，既有法律调节方法及学说理念也受到冲击。不仅法律实施环境日新月异，而且债权人内部协调关系也面临利益分配不公的质疑，担保债权之境地可谓内外交困。

1、价值层面的考量：公共政策性与适法科学性的矛盾

立法采用某种规制方法，既蕴含学理逻辑角度观察的结果，也不乏现实政策的考量。历史的经验向我们展示了，过度限制担保债权具有负外部性。因此，对此种限制手段的适用比例做出进一步框定是不可回避的环节，这无不拷问着学术界与立法者的智慧。前文所述主要着眼于担保债权人与债务人的关系，若从担保债权与无担保债权的关系来看，不难发现尽管企业重整中对担保债权的规制常常暗含着难以把握的公共政策性，但基于对重整价值目标与担保信用功能的共识，仍然存在相对有效且合理的科学性安排。

一个实例是，企业破产法修订过程中引起激烈讨论的劳动债权与担保债权的优先顺位之争，足以体现立法者对破产法所承担的价值调整功能的殷切期待，更进一步反映了它与公共政策之间的兼容特质。近年来，对担保债权优先地位的质疑并未消逝，就担保债权与侵权之债的矛盾关系也展开了充分的讨论。有学者认为侵权之债的清偿顺序应当优先于担保债权及其他普通债权，作为贷款方的担保债权人通常可以依靠合同救济来降低其受到侵害的可能性，相反地，侵权之债的债权人无法通过自己的意思或他与债务人之间的合意对债权进行相应调整，因而侵权债权人对侵

权之债的发生及确定是非自愿的，其地位相较于担保债权人而言极为弱势。不可否认，现实中的确存在大规模侵权案例中的弱势受害者，这种认为侵权之债应享有“超级优先”地位的观点也充分考虑了这些弱势群体的可获偿性。但是此种强调实质正义与社会责任的观点混淆了破产法与社会保障法之间的界限，他们将再分配时注重公平的社会调节任务赋予破产法，这不可不说是破产法不能承受之重。

再看担保债权与普通债权的关系，两者都是可以通过意思自治对债权内容及数额进行调节、支配的可调整性债权。尽管立法明确将担保债权优于普通债权进行保护，但在我国重整实践中，担保债权也并不能毫发无损、全身而退。实际上，在债权成立之时，担保债权人、普通债权人对债务人设定的交易条件与利率水平是不一致的，担保债权人并不是无代价地取得其优势，相反，担保债权人往往以低于无担保债权的利率水平换取较高的受偿概率。私法主体之间的平等地位是不言自明的，债权人非自愿、债权不可调整或者地位弱势都不是打乱优先规则的正当性基础。一些观点认为，将侵权之债嵌入基于合意而形成的合同之债的分配框架下，是对受害人的不公平对待，这无疑曲解了公平的内涵。公平的衡量并非是结果导向性地以是否得到优先顺位来判断，恰恰相反，这种以合意为前提的分配框架，不仅蕴含着对当事人事先谈判利益的充分尊重，是对市场参与者可预期性的正确回应。正是因为重整中各方债权人具体利益始终处于交错冲突的状态而且彼此难分伯仲，我们更应当承认自治主体通过谈判和让步所获得的利益。

2、复兴目标的实现：财产保留与价值实现的矛盾

在上市公司的重整实践中，根据债务人营业情况的差异，可以选择营业保留或者借壳上市两种模式，也称存续型重整与出售型重整，这两种类型的重整都存在着对担保债权的不完全保护现象。破产法的债权处理模式替代了担保债权人在非破产法中的救济手段，直接导致在担保财产的保留与其价值实现之间存在着激烈的矛盾。

第一，在出售型重整中，担保财产面临被不当处置的风险。以上市公司的重整实践为例，在借壳上市模式中，战略投资者往往为其上市创造条件而要求尽快对原企业的债务进行清理，出售企业财产能够迅速消除债务负担，以使担保权人获得清偿来弥补损失，从而产生终局性的效果。出售型重整在破产实践中展现了较高的便利性及效率性，但一些重整实践却也揭示了出售型重整模式亦存在着无法为担保债权提供周全保护的风险。在美国克莱斯勒重整案中，根据协议规定，新设公司仅承担原公司的部分债务，这直接给担保债权的优先规则带来了冲击。其中，对于被移转到新公司的债务，他们承诺从原公司转移到新公司的价值中进行支付；对于被留在原公司的 69 亿元担保债务，只能从公司的剩余财产中进行支付，最终导致担保债权组的受偿比例仅为 28.9%，远低于无担保债权 46%的受偿比例。如果说，传统的债权调整方案可以直接比较债权受偿比例来衡量分配是否公平合理，那么这种新型的债务承担模式对担保债权的侵害却是难以察觉的。相类似地，我国的重整管理人对破产财产也有享有处分权，而且有权对破产企业进行“全部库存或者营业的转让”。这说明在我国出

售型重整的制度障碍已经消除，此时担保财产完全置于管理人的处置之下而不受《物权法》规则的调整，为侵害担保债权提供了可能性。

第二，在存续型重整中，难以实现担保财产交换价值。由于我国《企业破产法》中并未对债权调整方案的具体内容进行规范，而一个齐备的债权调整方案应当包含债权数额的削减比例、债权的具体处置方式、担保债权评估方案等具体事项。实际上，对担保债权的保护方式并非只局限于即时清偿这一模式，在破产实践中出现的替代担保、定期支付现金等方式都能灵活规避担保债权受损之风险，其中的原理在于担保财产本身就具有使用价值与交换价值并存的属性，这本身就为解决担保债权的困境提供了出路。

第三，重整中对担保财产的价格评估的时点及方法直接影响受偿数额。由于重整无需对所有财产进行变价，而且根据《企业破产法》第 110 条，超出担保财产范围的未受偿债权降格为普通债权。此时，担保债权人在破产法上享有的“担保权益”与其在担保财产的价值上应得的数额相等，因而担保债权人的利益直接受到评估程序公允性的牵制，评估结果与其获偿数额密切相关，这也成了重整实践的争议焦点。具体而言，争议的焦点在于评估方法及评估时间选择之上。另外，在认定担保债权是否受到侵害之时，如果仅因物价变动而影响评估价值，则不能视为对担保权的侵害，担保债权人不得以此为由要求恢复行使担保权。

总之，无论是出售型重整还是存续型重整，担保财产的保留与其价值实现之间的矛盾始终存在。一方面，对于上文所及的非必要财产，应当通过变价实现其价值权，为企业债务解决减轻负

担，也让非必要财产的所有人不为重整所累。另一方面，对于必要财产，在存续型重整中应确保评估公允性，在出售型重整中应确保债权人可参与性，即可从最大程度上缓解重整对担保债权的侵害。

3、立法管制的边界：团体自治与强制约束的矛盾

我国重整实践中，司法、行政力量的介入对于推进重整进度、整合公共资源、协调各方利益具有积极意义。但由于破产法的调整规则不尽完善、利益判断标准的可操作性不强，司法机关在引导程序的过程中缺乏可参考的指引规范，具有较大的自由裁量权。在行政力量与司法力量的双重指引下，重整参与方对重整结果的利益诉求难以表达，那么重整结果必然缺乏可预见性。

首先，担保债权参与自治自始不能。依照我国《企业破产法》的规定，只有债务人、管理人才有重整计划草案的制定权，债权人、其他利害关系人均没有制定权。如果未能在指定期限内提出重整计划草案的，人民法院即裁定程序终止并宣告破产。在我国，担保债权人仅在召开债权人会议进行分组表决之时，才由债务人计划草案“作出说明并回答询问”。担保债权人在重整计划中的参与度直接影响他们对计划的认可度，至少应当给予债权人参与、咨询与建议的权利，这是重整计划顺利通过与实施的必要前提。各国立法都几乎都明确了担保债权人参与程序的权利，《德国支付不能法》第 218 条规定，在管理人制定计划草案的模式下，债权人委员会应当共同参与咨询；《美国破产法》第 1121 条规定，在债务人享有的 120 天重整计划专属制定权期限经过后，债权人、债权人委员会、股东等主体都有计划制定权；《法国商法典》第

621 条规定，由司法管理人制定重整方案，且在法典中强调了财务顾问、法律顾问的专家援助。

其次，我国现行立法中有关担保债权的相关裁判规则不明，强制约束难当其责。从某种意义上来说，重整计划的内容是重整程序的核心，它的通过有正常批准和强制批准两种形式，裁判规则不明主要体现为：第一，在正常批准的情形下，重整计划草案的审批标准不明。《企业破产法》第 86 条中对正常批准的要求仅为“人民法院经审查认为符合本法规定”，对表决程序的合法性、经营计划的可行性及权益调整方案公正性是否要进行核查？此处立法并没有给出回应。这对司法裁量权的行使带来了阻力，也对债权人的利益没有做出最低限度的保障。第二，在强制批准的条件中，《企业破产法》第 87 条对担保债权的保护条件是其“未受到实质性损害”或者“该表决组已经通过重整计划草案”。首先，“未受到实质性损害”的含义不明，例如变更偿债方式，将一次性付款改为分期付款是否造成实质性损害？又或者债务人已为担保债权人提供了替代担保，这是否可以作为“未受到实质性损害”的条件之一？再者，如果表决组已经通过草案，那么对担保债权组中的异议债权人是否应当予以救济？这一系列问题反映了现行法中对强制批准条件的设置并不能达到逻辑自洽。究其本质而言，该条规定之谬误在于将“担保债权未受损害”与“表决组通过重整计划草案”两项条件规定为并列的选择关系，这意味着只要表决组通过计划，强制批准条件即可满足，至于表决组内异议担保债权人的诉求是否得到回应则在所不问。然而，债权人会议作为破产债权人的自治形式，同其他团体性自治一样都存在着非理性

因素。在债权人有限理性的推动下，其结果必然不可能达到最高效率，而此处强制批准条件却直接认可了表决结果，既没有为自治结果设置任何实质性约束条件，也没有为异议担保债权人提供替代性解决方案及救济程序。在这一问题上，《企业破产法》对债权人自治给予了过大自由，团体自治与强制干预的限度值得推敲。

（三）有限自治框架下担保价值实现的应然路径

在利益裁量规则缺位的现状之下，难以对担保债权进行周全保护，即使债权人之间进行充分的多次博弈也无法达到最低限度的分配公平。解决问题的思路在于以担保债权的充分保护为基本原则，拓宽价值权实现之路径，以厘定保护担保债权的限度，将债权人、债务人、法院及地方政府等多方主体都纳入破产法的语境之下，划定利益衡量的合理标准与谈判底线，既能在重整程序中实现充分的团体自治，又为保障债权人的可期待利益提供制度供给。

1、有限自治的基本立场：重整规制目的中立性的私法定位

既然破产规则承载着公共利益与债权清理的双重任务，那么作为自治性的私法，它对平等主体的规制是否应当保持目的中立性的品格？为了回答这一问题，应当着重考虑私法主体利益的自我实现、规制目的中立性与社会多元价值平衡这三者的关系。首先，解决这一问题的基本前提，在于承认“理性的人是自身利益的最佳安排者”。破产重整实质是通过债务清理，对债权人存在于债务人财产之上的财产权益进行再分配的过程，该过程是凝聚多方主体并进行多次博弈、动态博弈的一系列复杂行为的集合体。

然而，我国破产实践中，多方主体谈判协商的博弈结果却不尽如人意，我国法院运用强制批准方式通过重整计划的比例较高，也暗示着各方利益诉求在破产法平台并未得到充分表达、充分交汇，更未得到合理安排。基于对重整中多元化价值诉求的回应，由法院及政府引导的财产分配方案也部分偏离了优先规则的法定顺位，给金融行业的信用恢复带来了负面影响。这种颇具强制性的静态保护范式遮掩了“理性经济人”拥有自我决策力的基本论断，更忽视了私法的合作面向和私法主体之间协同创造的过程，即私有权利的动态生成机制。不仅如此，在保护社会公共利益的过程中，更应认识到只有具体的个人才是社会福利的最终归属者，将普遍利益大而化之而对个别主体进行强制必须存在某种更强的理由，以证成约束担保债权的正当性。

破产程序中的利益矛盾是始终存在的，平衡性制度安排的合理立场是让债权人实现团体自治，只要这种多方博弈有序而公平，法律就应当赋予实现其意志的权力手段（Machtmittel）。特别是重整措施推陈出新的当代破产实践中，债权人往往与企业休戚与共，他们之间并非矛盾互斥关系，而是互利共赢关系；即使就债权人内部关系而言，担保债权人参与重整治理的直接目的也是实现破产财产的最大化。在此之上，担保债权人与无担保债权人的利益是始终契合的。总而言之，即使存在限制一方主体的理由，但其对社会经济的负面效应也是不容忽视的，且基于对当事人多元诉求的回应和对其理性决策力的判断，破产法应当也必须保持相对的中立性，其定位应当是提供团体意思自治的协议平台。这就意味着，它需要为私主体的意思自治设置合理的边界与底线。

2、担保价值的实现进路：充分保护原则之下的价值权实现机制

充分保护原则是指在担保债权由于受到自动冻结而被不合理地削弱，担保债权人即可要求法院采取措施保护其债权。其规范意旨在于，当重整计划无法通过而使重整程序陷入僵局之时，法院得以该原则衡量担保债权人的利益是否被不当削弱，因而就其功能而言，充分保护原则以其精神内涵为价值权的实现及保护程度的判断提供了量化标准。在破产重整程序中，担保债权的实现和救济主要集中于两个时间段：

其一，担保债权人可以请求重整恢复行使担保权，基本条件是暂停行使将损害担保权人的利益。在这一阶段，债权人的请求经审查之后可产生即时清偿的法律效果，因而其核心在于对请求恢复的行权条件进行判断，也即判断担保财产留存于企业的必要性。出于维持企业经营的考量，不论担保权利的价值形态如何，只要该财产是企业维系正常运转的必需品，都应当阻止担保债权的行使。反之，如果担保财产并非企业重整之必需，若将其不加区分地限制，必然不利于担保财产的保值。在准确区分担保财产性质的前提下，对担保债权进行有条件的暂停行使，一方面为困境企业留存其复兴所需的物质基础，另一方面也不会对担保债权人造成本可避免的损失，如此安排也更符合重整的价值目标。需要特别强调的是，在对担保财产的留存进行判断时，应当以保障物质基础不丧失为衡量标准，而不应考虑其是否“给企业以喘息之机”，尽管在重整期间债务人（或破产管理人）的确事务繁多，但重整的目标并不仅是促使企业复兴，它也涵盖了债务清理这一

任务。唯此，才能在兼顾社会公共利益的同时，也尽量不损害债权人的整体利益，以实现破产制度的最基本功能——债务执行或债务清理。更进一步说，若债权人能在程序中获得利益激励，则更能促进破产程序的顺利推进。

其二，依重整计划中对其债权调整的权益安排实现债权。实践中出现的债权调整方案种类繁多，其实质不外乎为填补担保债权因延期受偿所受的损失，即为担保债权提供至少与其交换价值等值的保护。德国民法学者柯拉将物权分为实体权与价值权两种，实体权是指以物的实体为客体的物权，其所追求的是物的使用价值；而价值权则是以物的潜在货币价值或资本价值为客体的物权，其所追求的是物的交换价值。担保债权即是以物的交换价值为核心的一种典型的价值权，债权人所期待的并非债权标的物本身而是其交换价值。因此，这为破产重整的语境之下担保权利实现提供了一种思路，即通过为债权人提供与担保财产的交换价值相等替代方案，即可视为对担保债权进行了充分且等值的保护。

3、决议行为的效力边界：强制干预下债权人自治的裁判标准

我国现行破产法中鲜有关于强制干预债权人自治的规则，使得其难以发挥应有的调整法律关系的功能，其症结在于其没有债权人会议决议结果的公允性进行有效的判断。债权人会议中对重整计划的投票表决集中体现了债权人的意志，这同时也是债权人作为自治团体形成决议的重要环节。该表决无论是否一致，都需通过法院认可才生效，分为正常批准和强制批准两种情形。正常批准程序的意义在于防范多数决之滥用，由法院以超然立场对重

整计划再次审核，以保证其能符合公正合理的要求。强制批准则是在债权人会议无法就重整计划达成一致意见时，只要符合法定条件，法院即可强行批准重整计划。然而，从上文论述中可知，我国现行破产法中重整计划批准条件的规定尚待完善。

实际上，批准条件的设置问题就是强制干预与团体自治之比例问题，即法律需在多大程度上干预并调控私益之间的冲突。从破产重整的组织形态来看，债权人的自治关系与马克思·韦伯所言之“联合体”（Vergesellschaftung）的关系尤其近似，联合体的社会行动取向是基于理性动机下的利益平衡，或者与动机相类似的同意，这种理性既可以是价值理性也可能是工具理性。依此观点，在破产程序中的债权人就正是一种区别于“群体”的自治性联合体（或曰团体），在重整过程中，权利的分配与调整都在该团体中进行,形成了以债权人会议为核心的封闭的社会关系。由于团体既有能力以其集体行动的约束力抑制其成员的行为，又能产生比零散成员的简单组合更强大的力量，因此团体常可以达到以个人之力无法达到的目的，并且发挥着个人无法达到的社会性作用。在破产法之中，团体的力量尤为凸显在其困境企业的一致行动之中，债权人可以通过破产程序这一协商平台调整权利关系。

美国破产实践中出现的馈赠现象（gifting），就是债权人通过让与部分权益以实现整体效率的最佳例证。近年来，美国申请重整的企业资产几乎完全被担保所覆盖，担保价值已经等值于甚至超过了企业资产的价值。此时，无担保债权人肯定只能空手而归，他们几乎不加选择地反对资产出售计划，为重整的推进带来

了极大阻力。为了走出困境，担保债权人通常会在企业出售程序中将一部分权益无偿赠与无担保债权人，以换取他们对集体决议的同意。例如，如果顺位在先的债权人可获偿 100 万美元，他们愿意付出 10 万美元给顺位在后的债权人。在大多数案件中，这种馈赠是很奏效的，及时地推进了重整进度。在巡回法院的审判实践中，既有支持馈赠的适用的判例，也有因馈赠能买通合作者而判决其无效的判例。反对者认为这种馈赠违反了绝对优先原则，即顺位在先的债权人若未得充分清偿，则不得清偿后位债权人。但也有支持者认为，尽管在优先顺位的债权人将 10 万美元赠予顺位在后的债权人，但中间顺位的债权人并未受损，因为 100 万美元归属于优先的担保债权人，中间顺位债权人本就不能得到任何偿付，即使优先的担保债权人决定馈赠给顺位最后的债权人也没有改变这一事实，因而只要认定该馈赠来源于债权人的财产而非破产财产，那么就不违反绝对优先规则。

以上案例的争议集中表现在团体自治的有效性问题上，即法院是否认可债权人对自己的权益做出的让步。可以看出，正是由于担保债权人的自愿让步，解决了企业全部资产都已抵押的情况之下，无财产可分配，以致普通债权人反对重整计划的窘境。就我国重整计划批准的条件而言，无论是正常批准中“符合法律规定”这一模糊表述，还是强制批准中只要表决组通过即不予再次审查的程序，都给予了债权人自治比较宽泛的自由，实际上奉行了类似利润分配中约定优先的规则。即使债权人的通力合作确实显现出了无可替代的效用，如何分配该合作产生的剩余仍然困扰着全体债权人。此时问题简化为，在个人理性与自由主义交织的

私法自治理念下，是否应当赋予债权人的团体自治以绝对的自由？

团体自治的理想建立在理性人能自负其责的基础之上，如果能在平等自由的程序中进行协商，则可能达到最优配置，进而实现整体利益的最大化。然而，这种理想却时刻受到威胁：首先，它受到来自国家公权力的影响，在破产程序中，行政权的不当介入与司法裁量权过大时常受到诟病，此处暂且不表。这种威胁其实更多地来自于团体内部广泛存在的、具有绝对优势地位的债权人。这两者都会对弱势债权人形成不利影响，从而损害债权人团体自治的整体效果，甚至有时与其说某些债权人达成了合作意志，不如说他们只是做出了无奈的选择。然而，这并不能当然地推导出团体自治的不效率，从而有意放大商事裁判规则的强制性特征。相反地，我们不仅需要抛弃“法律干预等于强制”的误解，而且更需要将思考聚焦在如何通过程序性的保障促成更为公允的合作机制，因为私法自治概念不应被误解为有一个不受国家法律影响的领域，相反，法律行为自由系存在于一个由国家法律所给定的范围之内。

（四）重构重整中担保规则的逻辑及边界

从规则的本质而言，其背后标记着不同位阶的价值序列。正是这些价值不断排列组合，形成差序格局，才构成了形色各异的法律制度。因此有人说，法律制度是事实、逻辑与价值的结合体，法律必须稳定却不能静止不变。就价值衡量与法律形成的促进关系而言，无论以何种方式或者遵从何种原则、先例为指导力量，都应当明确该原则、规则或先例如何发挥作用，我们需要达到的

目的是什么。该目的表现在重整制度中，则应是通过促进破产财产价值的最大化，间接实现对债权人利益的保护。无论出售型重整还是存续型重整，对担保财产的控制与处分都是债务清理、重整运营中的必要环节，将该环节纳入破产法的框架是解决担保财产被不当处置的重要途径。美国汽车业的重整实践通过协议安排扭曲了优先规则，英国破产法也因为没有设置破产财产的公共拍卖程序而广受诟病。可以这样说，重整交易结构的日益复杂、债权人纷纷绕开破产规则而追求利益的直接原因是，现存的破产协议平台无法解决不同优先顺位债权人之间的利益冲突。如对破产法中的担保规则进行重构，应主要从以下两个方面着手：在财产层面，担保规则的调整范畴主要包含担保财产的处分与担保债权的受偿范围问题；在治理层面，担保规则的调整领域则主要是指债权人会议表决阶段及法院批准阶段对债权人保护的实质审查标准问题。

1、财产层面的规则重构：担保财产的控制与处分

在担保财产价值实现的层面，保护担保债权人的权益不受重整程序的不当限制，主要从两个方面来建构：首先，若该担保财产没有留存之必要，则应当直接适用解除冻结的条件；其次，若担保财产确实存在被侵害的风险，那么立法者当进一步细化对担保债权补偿范围的认定。

（1）恢复行使担保债权的条件

担保债权在现行立法中主要受到冻结程序的限制，但如果符合特定条件，担保债权人即可向人民法院请求恢复行使担保权。比较法上存在依申请中止和自动中止两种立法模式。与德国法上

由债务人（管理人）逐一申请暂停行使担保权的规则不同，美国法、日本法与我国《企业破产法》都采用了自动中止模式，也就是说，一旦进入重整程序，这种中止行使是无条件的。相应地，既然自动冻结并未附加任何条件，那么对解除条件的设置应当更为详尽。无不遗憾的是，《企业破产法》第 75 条中恢复行使担保权的原则性规定却难以满足现实需求。尽管“有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利”具有一定的指导性意义，但该条并未要求担保财产对于企业的持续经营具有不可或缺性，而且为证明“价值明显减少”需要对担保财产的价值进行评估，“足以危害”这一标准更是为法官自由裁量预留了较大空间而使其在司法实践层面上并不具有可操作性，这些立法上的缺憾不利于担保债权人举证。对恢复行使条件进行构建，应当包含以下两点：

a、以充分保护原则为核心对损害补偿的充分性进行判断。

充分保护原则的内涵源于《美国破产法》第 362 条关于解除冻结条件的规定，尽管在其法典中并未对充分保护本身进行定义，但已经在美国破产判例中形成了诸多保护方式。如前所述，充分保护原则为担保债权是否受损提供了可量化的标准，确保了重整中担保财产的使用价值得以有效发挥，并将担保债权人的风险与损失控制于有限范围之内。该原则在债权冻结期间代替了担保债权人在破产法之外的救济手段，并且直接决定了担保债权人以何种方式保障其间的担保利益。对充分保护原则的认定步骤主要包括三步：第一，确立担保债权人利益的价值；第二，确定上述价

值的风险；第三，判断债务人提议的对上述价值的充分保护是否可以近似地抵销这种风险。

由于充分保护实质上是为担保债权人提供担保财产变价之外的替代性补偿，因而在具体规则中可直接体现为对补偿方式类型化规定。详言之，有下列情形可认定为担保债权已受到充分保护。第一，提供替代担保，即以与担保财产价值等值的其他财产为担保权人作担保。第二，就其损失向担保债权人进行现金支付或者定期支付。第三，向担保权人提供“无可置疑的等价财产”，且其价值可弥补担保债权人的损失。另外，由于在超额担保中，担保财产价值高于担保债权权益的权益积储（equity cushion）可以为担保债权人带来额外的保障，因而，法院在此情况中亦可认定担保债权已受到了充分保护。

b、以担保财产性质作区分对中止之必要性进行考察。

实际上，冻结条件应当着重从必要性入手，对担保财产的性质进行考察，暂停行使的范围必须根据企业重整是否需要使用该项担保财产来确定。如此，既能将企业所必需的财产留存于重整程序中，又能为非重整所必需的财产提供实现的出路。

第一，应当强调受限制的担保财产是重整所必要的。如上文所述，既然担保权所指向的标的物并非都属于重整所必须，那么理应对担保财产进行性质上的区分。美国法上的做法是，在自动中止的同时，规定债权的延迟期限或者冻结期间，在一定期限以内由管理人或法院判断该担保财产对于重整程序的重要性，并判断是否需要延长期间或者赎回担保财产，如果该冻结期限届满即可执行担保。另外也值得关注的是，担保债权人还可以在该申请

程序中质疑重整的现实可行性，以此作为恢复行权的理由。也就是说，即使担保财产确有留存之必要，但如果重整从根本上不具有成功的可能性，那么担保债权人解除自动中止的诉求也可得到法院支持。这对我国的立法实践的启示在于以下两点：首先，在指定期限内对担保债权进行必要性的考察，该担保财产是企业持续经营所必要之物，如若无直接关联则不宜认定为“必须”。其次，适当赋予担保债权人对经营方案可行性的挑战权限，若担保债权人能证明该重整计划不可行则可不受其中止。

第二，应当对担保财产进行不动产与动产的区分。不动产的永久性和不可替代性使得不动产始终是人类生存的基础和取得收益的源泉，且在通常情况下，为了挽救困境企业，不动产对其持续经营的意义更是显而易见，例如企业的自有厂房、办公楼等构成了企业的物质基础。因而，在审查必要性的同时，以不动产及动产对担保财产作出区分也是必要而可行的环节。德国法规定当担保财产是不动产时，如果该担保财产对企业的作用上不明确，或者已经明确对企业不可或缺，抑或变卖该担保财产将对企业有不利影响时，法院即可依据管理人的申请停止对其强制拍卖。担保财产本身的性质应当作为人民法院判断是否对担保财产进行赎回、变现或留存的最核心因素，而担保财产价值的变化仅能作为参考依据。

（2）损害补偿范围的确定：对价值减损与利息补偿的处理

对担保债权的中止行使而使其延迟变现，将不可避免地对担保权造成一定的损害，然而立法对补偿范围的规定却不甚明晰。这反映在我国现行破产法中对于该价值补偿的规定仅出现在第

87 条，即法院裁定对重整计划进行强制批准时，必须考虑对担保债权组“因延期清偿所受的损失”已经进行了公平的补偿，并且其担保权未受到实质性损害。该条明确了应当对担保债权因重整所造成的损失进行补偿，但同法第 46 条却规定“附利息的债权破产申请受理时起停止计息”。结合体系解释和文义解释的方法，我们可以得出这样基本的结论，即“因延迟清偿”给担保债权造成的损失显然是指的利息损失，因为如果是因债务人的不当使用而造成的损害，则按照举轻以明重的逻辑推断，应当进行赔偿。那么问题在于，既然已经在申请受理之时停止计息，为何在强制批准时却要求对延迟利息进行赔偿？此处的矛盾也从侧面反映了立法者对于担保债权保护限度的思量过程。

实际上，对担保债权补偿范围的认定可以拆解为担保财产的价值减损以及利息补偿两个问题。第一，对因重整而导致的担保财产的价值减损应当以物理损害为限予以适当补偿。由于破产管理人或债务人占有、使用行为将担保财产置于一定的损害或灭失的风险之下，若因不可归责于担保权人的原因导致担保财产的损害或因正常使用而导致担保财产贬值，应当由破产管理人向担保债权人就该部分损失予以补偿。然而，由于债务人企业对担保财产的持续使用以及重整程序的不断推进，因市场价格波动而引致担保财产价值贬损的情况也时有发生，尽管在比较法上对价值减损赔偿规则并未明确排除此种单纯的价格变动，但是基于对企业挽救目的及债务公平清偿的现实考虑，宜将损害补偿范围严格限于物理损害，德国通说亦认为如果是单纯由于市场价值波动而造成的价值贬损则不予赔偿。第二，对担保财产在重整期间的利息

损失应当以担保财产价值为限予以适当补偿。关于利息损失的补偿，在比较法上已经获得了较为周全的考量，可资借鉴。美国联邦最高法院在 United Savings Association v. Timbers of Inwood Forest Associates, Ltd.案中依据担保财产与担保价值的差额为基础判断利息补偿范围，明确对不足额担保中高于担保财产价值部分的利息不予补偿。我国今后立法如果将价值与利息的补偿范围进一步细化，则应当着重强调对于利息的赔偿以担保财产的价值为限，且对于价值减少的认定应当限于物理损害（即因债务人损坏担保物，或者因正常的使用而导致的价值下跌）而非正常的市场价值下跌造成的损害。

在对利息损失进行补偿时，应当明确的是，担保债权人也应当为重整承担必要的风险与损失，也就是说，在企业资产本就不足以满足所有债权人受偿要求的情形下，担保债权人的适度让步是企业生存及谈判程序得以为继的基本要求。因此，对担保债权的利息进行附期限的保护能适度平衡个体利益与整体利益的矛盾。具体而言，无论是日本法上只保护程序开始之后 1 年内的利息，还是德国法上让担保债权人自行承担 3 个月利息损失，两种模式之精神内核都在于使担保债权人成为经济运行过程中共同承担风险的一方主体，这种风险分担的现实基础就在于，担保债权人与其他债权人及其股东同属重整程序的利益共同体，如果企业的持续经营都难以为继，每一个参与主体的利益都必然受损。

2、治理的层面：债权人会议的表决与法院审查标准

在重整计划的通过过程中，为了排除来自反对方的阻力，强制批准制度为担保债权人提供了最后一道防御的底线，正如《企

业破产法》第 87 条确立的强制批准的条件，为人民法院破除重整的僵局提供了制度依据。然而，我国强制批准制度却可以以表决组通过重组计划为条件进行强制批准，这一宽泛的自由度使得担保债权人难以通过法院的再次审查得到实质救济。如若考虑到债权人表决程序中的异议债权人的权益，则应当将法院审查标准大致等同于正常批准的程序，再辅之以对担保债权充分保护的认定标准，即可在法院实质审查的层面完成对担保债权人的权利救济。

上文所述的充分保护原则中，为担保债权提供的等值保护之认定对法院进一步推进重整进度有一定的借鉴意义。该等值保护的精神内核是，即使担保债权人反对重整计划，只要法院通过审查债权处置方案之时能够有充分理由确信该方案已经对担保权提供了充分保护，则可以径直裁判重整计划对其生效。具体而言，可设置几种可供选择的判断标准。首先，如果担保财产的价值大于担保价值时，则可认定担保债权人得到了充分保护；其次，如果将担保财产出售于第三方，则担保债权不能被保留，同时确保担保债权人获得对出售款项的追及力；再次，如果担保财产必须留存在企业中继续使用，则应当在重整计划中明确将对担保债权人支付至少与担保债权相等的数额，而且担保债权组内每一个担保债权人都必须得到延期支付；最后，对担保权人作其他符合等值条件的清偿，即可认定对担保权进行了充分保护。

（五）结语

对担保债权的规制理念贯穿破产财产分配甚至是重整公司治理之始终，它与破产重整的公平及效率休戚相关，但其限度却常常游移不定、模糊难辨。究其原因，这从来就不是一个非此即彼

的问题。对破产重整的规则设计，不仅关乎债权人整体权益的实现，更与社会公共利益密切相关，法律的规制当尽其所能地以科学的秉性，让利益相关者能各得其所，实现最大程度上的公平分配。

担保债权的行使与担保债权人参与企业治理的方式实际上与物权法、公司法或金融法等其他部门法都有不可分割的血肉联系。正是因为破产法是处理债务关系、重塑企业治理的综合性调整规范，它与其他部门法之间呈现着相互衔接而又相对独立的交错样态。相关部门法的基本理念汇集到破产的语境，有如发生化学反应，有了全新的解读，这也是这一部门法的魅力所在。最为独特的是，当事人以破产程序为契机，通过这一平台进行协商谈判的结果已经不完全是破产法的程序规则所能够预期的，它往往凝结着多元化的价值取向，也将债权人与债务人之间的妥协让渡内化于其中。从本质上说法律对私权秩序的强制干预需要对社会公共利益予以考虑，但如果司法权力越位指引，则难免增加重整各方可得利益的不确定性。从一定程度上说，这还可能造成对重整参与人反向激励，因而强制干预的尺度应当严格限制在必要范围之内。

四、“执转破”案件中破产管理人审核认定债权的简化路径

文章来源： 张亮亮 破产法快讯

作者简介：张亮亮，山西财经大学法律硕士，北京德恒（太原）律师事务所律师，业务领域：企业破产、民商事诉讼；曾参与联盛集团三十二家公司合并破产重整案，负责审核十二家债务人共计约 700 余笔债权，并代表破产管理人参与四十余起破产衍生诉讼；参与山西省民族经济贸易总公司政策性破产案，负责编制职工安置方案；担任原平市日昇家居建材有限公司破产清算案管理人债权组组长，接收审核债权约 3 亿元；参与山西清凉山啤酒厂及山西天龙五台山啤酒有限公司解散、预破产清算中介服务，负责编制破产方案等。

“执转破”案件中破产管理人审核认定债权的简化路径

摘要：在“执转破”程序中，人民法院要求破产管理人能够迅速梳理出破产企业的负债状况，以便测算破产企业负债率，宣告破产，终结对破产企业的全部强制执行程序，减轻执行法院的结案压力。这就要求破产管理人在很短的时间内准确、全面的审核认定破产企业对外负债情况，为破产程序的推进提供数据支持。破产管理人在不违反法律强制性规定的情况下，充分调动现有资源，发挥主观能动性，适当的简化债权审核认定程序，才能满足人民法院审理“执转破”案件提出的新的要求。

关键词：执转破 审核债权 效率 简化程序

执行转破产程序是最高人民法院为响应中央供给侧结构性改革而创设的一项新举措，该项措施在健全市场推出机制、清理“僵尸企业”、优化资源配置等方面起着重要的作用。《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》、《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》、《全国法院破产审判工作会议纪要》等法律文件对人民法院内部简化执行与破产程序的衔接做了较为详细的规定，保障了执行案件移送破产审查内部渠道的通畅。但是并未对进行破产程序后，人民法院及破产管理人如何办理“执转破”案件进行规定。现行企业破产法是为债权人或者债务人主动申请破产而设立的，适用于法律关系复杂、审理周期较长、债权人众多等一般性破产案件。

而“执转破”案件的审理则与一般的破产程序截然不同，随着“执转破”案件数量的增加，“案多人少”的矛盾更加凸显，人民法院不仅要尽快宣告破产，终结大量的长期积压的执行案件，提高结案率，也要尽快审结破产案件，化解尖锐的社会矛盾①。同时，破产管理人也要在不违反法律强制性规定的情况下，尽可能的简化破产程序，快速完成各项工作，节约投入的时间、人力成本。笔者结合新办理一起执转破案件的经验，就在保证债权审查结果准确、程序公正的前提下，充分发挥破产管理人的主观能动性，简化、压缩债权审核认定程序，提供一些可操作的路径，以期对从事破产业务的同行们有所帮助。

（一）在人民法院指定破产管理人之后，破产管理人即应根据掌握的线索，前往各个执行法院阅卷，准确、全面掌握债务人涉执行案件的信息。

执转破案件中的债务人，一般都负债时间较长、负债笔数较多，不能清偿到期债权的情况早已出现，故绝大多数债权已经各级人民法院裁判，进入到了强制执行阶段，但执行不能，执行法院拥有完善的档案管理流程，采取的每一次强制执行措施都会留下“痕迹”，故各执行法院掌握了较为准确的债务人的负债情况。

在人民法院指定破产管理人后，破产管理人即应当组织专人了解、登记债务人的负债情况，一方面要对债务人的法定代表人、财务人员、业务人员进行询问，制作访谈笔录，逐一进行登记，掌握初步线索。另一方面，破产管理人要通过网络检索、向执行法院、房屋、土地、车辆等登记部门发协助查询函等方式，获取涉及强制执行债务人的各级人民法院信息，然后持受理债务人破产申请的裁定书、指定破产管理人决定书、介绍信等文书，前往各执行法院查阅、复制卷宗，详尽登记申请执行人的信息、执行依据的法律文书、申请强制执行的债权金额、性质等，如债务人已偿还全部或者部分债务，应详细登记偿还时间、偿还金额、偿还方式等（如，划拨银行存款、以物抵债、第三人代为履行等）。通过上述途径，破产管理人已能较为全面、准确的掌握每笔债权的基本情况，这对破产管理人前期掌握债务人的总体负债情况、统筹安排债权审查进度、协调各级人民法院解除财产保全措施、筹划债权人会议等方面都大有帮助。

（二）破产管理人在不违反企业破产法硬性规定的前提下，在债权申报、审查、通知等各个环节均可以简化程序，提高债权审查认定的效率②。

破产案件债权审核认定是指对破产案件中债权人申报债权的真实性、合法性以及性质、数额等进行审核和认定的过程和结论，包括债权通知和公告、债权申报的受理、债权表的编制、债权的审核认定等内容③，可见债权审核认定是一个复杂的系统性工程，但企业破产法在具体操作程序上并未建立起完整的破产债权审查制度，具体操作程序散见企业破产法第 48 条、第 56 条、第 57 条和第 58 条（下文详述），另外随着互联网信息技术的普及，这为破产管理人简化债权审核认定程序提供了可以操作的空间。

1、破产管理人可以通过打电话、发邮件、qq 及微信传输等即时通讯工具通知已知债权人申报破产债权，债权人可通过寄送快递、发送邮件、qq 和微信传输等方式向破产管理人申报破产债权。

（1）企业破产法规定的债权申报期限为发布受理破产申请公告之日起最短不得少于三十日，最长不得超过三个月④，为节省时间，在执行转破产案件中，人民法院应径行确定债权申报期间为三十日。在破产管理人进场后，破产管理人为尽勤勉尽责义务、工作“留痕”、避免自身风险等原因，一般均会选择通过批量邮寄快递的方式，向已知债权人送达债权申报文书。但破产管理人梳理和掌握全面的债权人信息（如，姓名、联系电话、邮寄地址等）需要一定时间，再加上打印债权申报文件资料、填写快递单、交由快递员邮寄等均要耗费大量的时间和金钱，在“执转破”案件中效率优先的情况下，显然不可取。

（2）破产管理人在进驻现场后，即应当开通专门的经过实名认证的电话号、微信工作号、qq 工作号、邮箱工作号等，由专门

的工作人员负责使用和记录。破产管理人可在知晓已知债权人联系电话的情况下，通过打电话的方式与债权人取得联系，做好通话记录并录音。如债权人表示可以接受破产管理人通过邮件、qq、微信等方式向其送达债权申报相关文书，则破产管理人则无需再向其邮寄快递，如债权人表示只接受邮寄送达，则破产管理人应另行向其寄送快递。

（3）破产管理人同时应当告知债权人可以通过邮箱、qq、微信等方式向破产管理人申报债权，但所填写的文书及应当向破产管理人提交的证据材料应当在其签字或者盖章后制作成扫描件后再发送给破产管理人。如破产管理人需要核实部分原件，则可在召开第一次债权人会议时设立专门的“债权审查处”，核对债权人携带的原件。

（4)如破产管理人能开辟多元化的债权申报通知、登记渠道，则可以大大缩短破产管理人审核认定债权的期限。使用电子方式送达、接收文书最大的漏洞就在于真伪难辨，存在伪造证据、他人冒用债权人身份、无法“留痕”等问题。但在“执转破”程序中，此类问题较为容易解决。理由有三:

其一，该种案件中绝大多数债权已经人民法院或者其他机构（如，公证处、仲裁委等）出具的法律文书所确定，债权人申报债权均会提供相关法律文书，如上所述，破产管理人在复制全部执行卷宗后，对每位债权人的债权已经有所了解，债权人申报的债权是否属实，破产管理人很容易核实。如某位债权人的债权未经生效的法律文书确认，如破产管理人在审核债权时需要重点核实某项证据，则破产管理人可要求其在召开第一次债权人会议时

携带原件交由破产管理人核对（注：破产管理人综合债权人、债务人、审计评估机构等各方面的意见来审核认定债权，证据的真实性较容易核实，因此绝大多数情况下，根本无需再核对原件）；

其二，债权人的行为活动贯穿破产程序的始终，特别是到财产分配阶段，破产管理人进行财产分配时，一定会核实到每一位债权人的身份，因此完全可以避免他人冒用债权人身份这种情况；

其三，至于破产管理人工作“留痕”，在电子送达、接收债权申报后，可以对通话记录、邮箱、qq、微信传输记录等数据进行证据公证，并将全部数据导出并打印出来，留档备查。因此，破产管理人充分利用便捷的互联网传输技术，可以大大的节约债权申报时间和成本。

2、在审查认定债权时，破产管理人应充分发挥主观能动性，与债权人、债务人、审计、评估机构等进行有效沟通，提高债权审核认定的准确性，做出认定或者不予认定的结论，债权人如对审核结果不服，可径行向人民法院起诉。

（1）在司法实践中，为充分保障债权人的权益，避免债权人累诉，节约司法资源，破产管理人在确定债权审查结果并向债权人发送债权审查结果通知书（亦可以采取电子送达，此处不再赘述）后，会给债权人 5 天至 15 天不等的债权人异议期，破产管理人根据债权人的异议及新补充的证据、新查明的事实，重新审核认定债权，债权人对复核结果不服时，再向人民法院提起诉讼⑤，这无形中延缓了破产债权的最终确定。

（2）但在执行转破产程序中，只要破产管理人充分利用各方面的资源，完全能够保证债权审查结论的真实性、准确性，根本无需设立债权人对债权的异议程序。首先，在执行转破产程序中的大多数债权已经生效的法律文书确定，债权本金明确，破产管理人依据生效法律文书确定的计算方式计算利息及延迟履行金，结果也是唯一的、可检验的。同时破产管理人仅需要核实该笔债权在执行阶段是否获得清偿，该项工作通过查阅执行卷宗、征询审计机构意见、询问债务人的经办人等即可获得准确的信息。其次，如债权人的债权未经生效的法律文书确定，破产管理人在审查证据材料时，必要时可提前通知债权人补充证据，同时与债权人、债务人及审计机构就初步审核结果进行充分有效的沟通，对于重大疑难复杂的债权，召开内部讨论会，形成书面的债权分析报告，必要时征求人民法院的意见，基本能够保证债权审查结果准确、不可更改。再次，破产管理人在综合各方意见后给出的债权审查结论已足够准确，再给债权人异议期就显得“多此一举”了，破产管理人可直接在债权审查结果通知书中写明债权人可以在收到通知后的一定期限内（为保证债权人诉权，一般为十五日）向人民法院提起诉讼。

（三）在第一次债权人会议前已经申报的债权，其他债权人提异议的期限应设置在召开第一次债权人会议后五日内，在第一次债权人会议之后登记的债权，只需制作新申报债权表送达其他各债权人核查，无需交由债权人会议核查。

根据《中华人民共和国企业破产法》第五十八条之规定：“依照本法第五十七条规定编制的债权表，应当提交第一次债权人会

议核查。债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的，由人民法院裁定确认。债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼”，根据上文所述，债务人在债权审查阶段，即对每笔债权的审查结果发表过意见，视为已经异议。但债权人同时也有权对其他债权人的债权提出异议，故在第一次债权人会议结束后，债权人需将对其他债权人的债权异议提交破产管理人审核，破产管理人对该异议进行回复（注明起诉期限），并在起诉期限经过后，即可提请人民法院裁定确认为无争议债权。

对于在第一次债权人会议之后补充申报的债权，无需再提交债权人会议进行核查，只需在破产管理人审核认定债权并将债权审查结果告知债权人无异议之后，制作成新申报债权表，按照按照上述流程交由每一位债权人核查，由每一位债权人对其他债权人的债权提出异议，在各债权人均无异议后，提请人民法院裁定确认为无争议债权，具体程序不再赘述。

综上，在执转破程序中，应坚持“效率优先，兼顾公平”的原则，在不违反企业破产法强制性规定的前提下，破产管理人在审核认定破产债权时，应协调好债权人、债务人、审计机构、人民法院及其他利害关系人的关系，在确保债权金额、性质准确的情况下，尽量压缩、合并审核程序，迅速完成债权的审核认定工作，并提请人民法院裁定，提高效率，为破产程序快速、有序的推进提供有力的支撑。

参考文献

①《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》第五百一十五条:“被执行人住所地人民法院裁定受理破产案件的,执行法院应当解除对被执行人财产的保全措施。被执行人住所地人民法院裁定宣告被执行人破产的,执行法院应当裁定终结对该被执行人的执行。”

《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》第二十条:“受移送法院裁定宣告被执行人破产或裁定终止和解程序、重整程序的,应当自裁定作出之日起五日内送交执行法院,执行法院应当裁定终结对被执行人的执行。”

②《全国法院破产审判工作会议纪要》第四十七条:“运用信息化手段提高破产案件处理的质量与效率。要适应信息化发展趋势,积极引导以网络拍卖方式处置破产财产,提升破产财产处置效益。鼓励和规范通过网络方式召开债权人会议,提高效率,降低破产费用,确保债权人等主体参与破产程序的权利。”

③ 深圳市中级人民法院颁布的《破产案件债权审核认定指引》第二条规定:“本指引所称的破产案件债权审核认定,是指对破产案件中债权人申报债权的真实性、合法性以及性质、数额等进行审核和认定的过程和结论。”第三条规定:“破产案件债权审核认定包括债权通知和公告、债权申报的受理、债权表的编制、债权的审核认定等内容。”

④《中华人民共和国企业破产法》第四十五条:“人民法院受理破产申请后,应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算,最短不得少于三十日,最长不得超过三个月。”

⑤深圳市中级人民法院印发的《破产案件债权审核认定指引》第二十二条：“管理人通知债权人审查结论，应当给予债权人不少于七日的异议期。债权人提出异议的，管理人可以将异议送交债务人核查。”第二十三条：“管理人应当书面通知债权人复核结论，并告知债权人有权自收到审查结论之日起十五日内向本院提起诉讼。逾期不起诉的，管理人可以按无异议处理。”

<完>