

企业破产清算 法律资讯

2022年09月期



本资讯为内部交流·由深圳市律师协会
企业破产清算法律专业委员会编写

一、协会动态 关于征求《深圳市破产管理人协会会员违规行为调查与惩处规则（试行）（征求意见稿）》意见的通知	3
二、对检查企业破产法实施情况报告的意见和建议	16
三、一槌定音！最高法：律师事务所不具备破产主体资格	19
四、论破产债权结构与破产财产分配顺序的再造——以房地产开发企业破产为例	24
五、文书选登（第 72 期） 破产申请受理后产生的共益债权不属于需要申报的债权，管理人应当主动予以认定	37
六、人民司法 迎接个人破产时代的制度绸缪	46
七、【视角】实质合并破产程序现行规则梳理	56
八、【视点】债权人参与破产重整债转股实践的若干问题评析	64
九、全国首例：破产管理人在执行案件中担任管理人	72
十、国务院办公厅 关于进一步优化营商环境降低市场主体制度性交易成本的意见	78
十一、恩施 企业破产处置不动产相关问题的若干意见（试行）	86
十二、浅谈破产程序中审计的重要性	89
十三、浅析实质合并破产中债权申报停止计息日的确定——以某矿业公司为例	99
十四、重整项目放心投！佛山市破产重整投融资平台正式上线	103
十五、《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》	108
十六、浅谈重整程序中共益债投资	118
十七、控制股东申请强制清算须提供财务账册等文件	124
十八、【视点】中小银行破产（重整）法律问题浅析	127

一、协会动态 | 关于征求《深圳市破产管理人协会会员违规行为调查与惩处规则（试行）（征求意见稿）》意见的通知

深圳市破产管理人协会 2022-09-07 17:59 发表于广东

关于征求《深圳市破产管理人协会会员违规行为调查与惩处规则（试行）（征求意见稿）》意见的通知

各会员单位：

为加强协会行业自律管理职能，规范会员的履职行为、会员违规行为调查与惩处程序，保障破产管理人的职业权益，根据《中华人民共和国企业破产法》、广东省高级人民法院《关于规范企业破产案件管理人选任与监督工作的若干意见》《深圳经济特区行业协会条例》《深圳经济特区个人破产条例》《深圳市破产管理人协会章程》等规定，协会研究起草了《深圳市破产管理人协会会员违规行为调查与惩处规则（试行）（征求意见稿）》（以下简称《惩处规则》）。

为确保《惩处规则》符合业务工作实际，现向会员单位征求意见。具体要求如下：

一、征求内容

- （一）对《惩处规则》的框架体例提出意见建议，并说明理由；
- （二）对《惩处规则》条文提出具体的修改意见，并说明理由；

（三）对《惩处规则》内容进行补充完善，结合破产管理人工作实操，对实践中亟需解决的问题，提出具体明确的增补条款。

二、征求时间

截至2022年9月16日（周五）中午12点前

三、征求方式

书面意见函复协会，或将意见word版本和盖章版扫描件发送至协会邮箱SZ_ABA@126.COM。

特此公告。

附件：《深圳市破产管理人协会会员违规行为调查与惩处规则（试行）（征求意见稿）》

深圳市破产管理人协会

2022年9月7日

联系人：许世妙
联系电话：82529804
深圳市破产管理人协会会员
违规行为调查与惩处规则（试行）

（征求意见稿）

第一章 总则

第一条 为加强深圳市破产管理人协会（以下简称“本会”）行业自律管理职能，规范会员的履职行为，维护破产管理人的职业声誉，保障破产管理人的职业权益，根据《中华人民共和国企业破产法》、广东省高级人民法院《关于规范企业破产案件管理人选任与监督工作的若干意见》《深圳经济特区行业协会条例》《深圳经济特区个人破产条例》《深圳市破产管理人协会章程》等规定，制定本规则。

第二条 本会会员应当严格遵守法律法规、规章、规范性文件、人民法院、破产事务管理部门及本会制定的相关规定。

本会会员违反相关规定被调查或应当受到纪律惩戒的，适用本规则。

第三条 本规则在适用过程中，如与相关法律、行政法规、司法解释、部门规章等规定冲突的，以相关法律、行政法规、司法解释、部门规章的规定为准。

第四条 本会设立维权与纪律委员会（以下简称“纪律委”），负责会员纪律管理、对投诉事件进行调查处理。

第五条 本会调查会员违法违规行为与实施处分时，应当遵循客观、公正、公开的原则，以事实为依据，以职业道德和履职纪律为准则，严格执行本会的有关规定，坚持教育与惩戒相结合，预防破产管理人违法违规。

第二章 处分种类与适用

第六条 根据会员违法违规的行为和情节，处分种类分为：

- （一）警告；
- （二）通报批评；
- （三）公开谴责；
- （四）取消会员资格。

一个投诉事件中，存在二个或者以上违法违规行为的，择一从重适用上述处分种类。同一会员在二个或者以上投诉事件中分别有不同违法违规行为的，可视情节择一从重适用或并列适用上述处分种类。

第七条 会员违反相关规定，有下列行为之一的，予以警告或通报批评：

（一）与案件存在《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第二十三条、第二十四条规定的利害关系，可能影响破产管理人忠实、公正履职，但未主动报告的；

（二）无正当理由拒绝履行、怠于履行《中华人民共和国企业破产法》第二十五条、《深圳经济特区个人破产条例》第一百五十八条规定的破产管理人职责，或者无正当理由拖延，损害债权人利益的；

（三）拒绝接受人民法院、破产事务管理部门、债权人委员会的监督，或者无正当理由拒绝按照《中华人民共和国企业破产法》第六十九条、《广东省高级人民法院关于规范企业破产案件管理人选任与监督工作的若干意见》第三十八条的规定，以及受理破产案件的人民法院的要求，向人民法院全面报告工作的；

（四）无正当理由拒绝按照《中华人民共和国企业破产法》《深圳经济特区个人破产条例》的规定履行公告、送达、信息公开义务的；

（五）未按法定或各级人民法院、破产管理人协会规定的程序确定资产评估、财务审计机构的；

（六）未妥善保管所接管的财产、印章、账册文书等资料，造成毁损或遗失的；

（七）泄露在履职过程中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私，造成不良影响的；

（八）诋毁、诽谤其他会员信誉、声誉或采用其他不正当手段进行业务竞争的；

（九）有违法或者有悖职业道德、公民道德规范的行为，损害破产管理人职业形象的；

（十）拒不配合本会对其进行的纪律调查、惩戒工作的；

（十一）存在违法违规行为，经批评教育拒不改正的；

(十二) 其他违反法律法规、规章、规范性文件，人民法院、破产事务管理部门及管理人协会制定的相关规定的行为。

第八条 会员违反相关规定，有下列行为之一的，予以通报批评或公开谴责：

(一) 存在《中华人民共和国企业破产法》第二十四条第三款、《深圳经济特区个人破产条例》第一百五十八条规定的不宜担任管理人的情形，仍接受人民法院指定担任管理人的；

(二) 无正当理由拒绝接受人民法院指定或接受指定后无正当理由辞去职务的，无正当理由拒绝被人民法院更换或拒不履行前后管理人工作交接的；

(三) 无正当理由将破产管理人职责全部或部分转给其他社会中介机构或者个人的，或者将名称、资质出借给其他社会中介机构或者个人投标、承办案件的；

(四) 不正当干预资产评估、审计，造成债权人合法权益严重损失的；

(五) 向人民法院报告工作弄虚作假，虚构事实的；

(六) 应当向人民法院报告的重大事项隐瞒不报，造成严重后果的；

(七) 故意或因重大过失不履行信息公开义务，造成严重后果的；

(八) 无正当理由拒绝提供责任审计所需资料的；

(九) 向司法机关或者仲裁机构提供明知是虚假的证据的；

(十) 因故意或重大过失给本会造成重大损失的；

(十一) 受到处分后在规定的期限内拒不改正的；

(十二) 其他违反法律法规、规章、规范性文件，人民法院、破产事务管理部门及管理人协会制定的相关规定，造成严重后果的行为。

第九条 会员违反相关规定，有下列行为之一的，予以公开谴责处分：

(一) 故意隐匿、侵吞、窃取、骗取、挪用或者以其他手段非法占有债务人财产；

(二) 恶意串通、虚构债权债务关系，严重损害全体债权人利益的；

(三) 因故意或重大过失导致债权确认错误，严重损害全体债权人利益的；

(四) 通过弄虚作假、隐瞒事实等方式, 申请取得破产专项基金资助款的;

(五) 以隐瞒事实、弄虚作假等不正当方式进入人民法院编制的破产管理人名册或进行破产管理人等级评定的;

(六) 在破产重整投资人招募过程中徇私舞弊, 或者存在其他严重妨害公平公正招募破产重整投资人行为的;

(七) 利用破产管理人身份或地位为自己或他人谋取不正当利益的;

(八) 向破产法官、破产管理机构人员行贿的;

(九) 其他违反法律法规、规章、规范性文件、人民法院、破产事务管理部门及管理人协会制定的相关公正廉洁规定的行为。

第十条 因违法违规行为被人民法院从破产管理人名册中除名的, 予以取消会员资格处分。

第十一条 因履职过程中故意或者重大过失行为, 被行政机关行政处罚或者司法机关司法处罚或民事制裁的, 本会应当根据会员具体违法违规行为, 结合相关机构处罚的措施, 予以相应的处分。

第十二条 会员有下列情形之一的, 可以从轻、减轻或者免于处分:

(一) 初次违法违规并且情节显著轻微或者轻微的;

(二) 承认违法违规并作出诚恳的书面检讨的;

(三) 积极配合协会调查, 自觉接受协会建议, 积极改正不规范的履职行为的;

(四) 主动及时采取有效补救措施, 防止不良后果发生或者减轻不良后果的;

(五) 与投诉人达成和解或投诉人主动撤回投诉的。

第十三条 会员有下列情形之一的, 应当从重处分:

(一) 曾因违法违规行为受到过本会处分, 但拒绝接受处分或者整改;

(二) 曾因同类违法违规行为受到过本会处分或者其他行业协会处分或者主管行政机关行政处罚;

(三) 在调查中虚假陈述或者提供虚假证明材料;

- (四) 违法违规行造成严重后果;
- (五) 逃避、抵制或者阻挠投诉事件调查;
- (六) 有报复投诉人、证人或者纪律委会有关人员的行为。

第三章 调解

第十四条 在调查、听证、处分等各个阶段均可进行调解，调解期间不计入调查时限。调解应当坚持合法、自愿的原则。

第十五条 调解、和解成功或撤回投诉的，可以从轻、减轻或者免予处分，但不必然构成纪律处分程序的终结，如违法违规情节严重，仍需予以纪律处分的，本会可以继续执行调查与惩处程序。

第十六条 复查程序中，惩戒复查团不进行调解，但违法违规会员取得投诉人谅解的，惩戒复查团可以予以认可，并作为变更原处分决定，从轻、减轻或者免除处分的依据。

第四章 回避

第十七条 本会相关人员在处理投诉事件的程序中，有下列情形之一的，应当自行回避：

- (一) 与投诉人或者被调查的会员有近亲属关系的；
- (二) 与被投诉人在同一机构执业的；
- (三) 其他可能影响案件公正处理的情形。

第十八条 相关人员包括本会会长、副会长、纪律委主任、副主任、委员、个案调查组成员、惩戒评议团成员和复查团成员。

第十九条 投诉人与被投诉人均有权向本会申请相关人员回避。

投诉双方提出回避申请的，应当以书面形式作出并说明理由。被投诉人的回避申请应当在申辩期限内提出。

对投诉双方提出的回避申请，本会应当在收到申请后三个工作日内作出是否同意其申请的决定，以书面形式通知回避申请人并记录在案。

第二十条 会长的回避，由理事会决定；分管副会长的回避由会长决定；纪律委主任、惩戒评议团成员和复查团成员的回避，由分管副会长决定；纪律委副主任、委员和个案调查组成员的回避，由纪律委主任决定。

第二十一条 相关人员回避的，其应当履行的投诉事件个案职责由本会另行安排人员履行。

第五章 调查

第一节 登记受理

第二十二条 投诉人可以采用信函、邮件和直接来访等方式投诉，也可以委托他人代为投诉。

对于没有投诉人投诉的会员涉嫌违法违规行为，协会可依管理职权主动调查处理。

第二十三条 本会受理投诉时应当要求投诉人提供具体的事实和相关证据。

第二十四条 本会工作人员接待投诉时，应当完成以下工作：

（一）当面投诉的，应当认真做好笔录，必要时征得投诉人同意可以录音；投诉时，无关人员不得在场旁听和询问；记录的主要内容须经投诉人确认无误后签字或者盖章。

（二）信函投诉的，应当做好收发登记、转办和保管等工作。

（三）口头或者电话投诉的，要耐心接听，认真记录。

接待投诉时，应当做好接待登记台账，并告知投诉人提交书面投诉材料和相关证据材料。

第二十五条 本会应当在收到完整投诉材料后二十个工作日内对投诉作出是否调查处理的决定，并成立调查组。

本会秘书处在收到完整投诉材料后，应当在五个工作日内转发纪律委。

纪律委应当在收到完整投诉材料后十五个工作日内作出是否调查处理的决定。

第二十六条 具有下列情形之一的不予调查处理：

（一）不属于本会受理范围的；

（二）不能提供相关证据材料或者证据材料不足的；

（三）证据材料与投诉事实没有直接或者必然联系的；

（四）匿名投诉或者投诉人身份无法核实，导致相关事实无法查清的；

（五）超过处分时效的；

（六）投诉人就被投诉会员的违法违规行为已提起诉讼、仲裁等司法程序的；

(七) 对本会已经处理过的违法违规行为，没有新的事由和证据而重复投诉的；

(八) 其他不应调查处理的情形。

第二十七条 对不予调查处理的，本会应当在作出决定之日后七个工作日内向投诉人书面说明不予调查处理的理由，但匿名投诉的除外。

第二十八条 对被投诉人予以调查处理的，本会应当在作出决定之日后十个工作日内向投诉人、被投诉人发出书面调查处理通知。

调查处理通知中应当载明调查处理的主要内容，有投诉人的，应当列明投诉人名称、投诉内容等事项；投诉人递交了书面投诉文件的，可以将投诉文件的副本与通知一并送达被投诉人；

调查处理通知应当要求被投诉人在二十个工作日内作出书面申辩，并有义务在同一期限内提交业务档案等书面材料。

第二十九条 送达调查处理通知时，同时告知调查组组长和日常工作机构工作人员名单，告知投诉人和被投诉人有申请回避的权利。

第二节 调查程序

第三十条 对决定调查处理的投诉事件，本会应当委派两名以上纪律委成员组成调查组负责调查。重大、疑难、复杂事件可以成立由本会邀请的相关部门人员组成联合调查组进行共同调查。

第三十一条 调查人员应当全面、客观、公正地调查案情。调查范围不受投诉内容的限制。调查发现投诉以外的其他违法违规行为的，应当一并调查，无需另行调查处理。发现其他会员涉嫌有与本投诉关联的违法违规行为的，调查组可以依职权进行调查。

第三十二条 调查人员可以询问被投诉人，要求其出示相关材料，并制作笔录。被投诉人拒绝提交业务档案、拒绝回答询问或者拒绝申辩的，视为逃避、抵制和阻挠调查，应当从严处理。

调查人员可以通过电话、电子邮件或者直接与投诉人面

对面调查等调查方式进行，要求投诉人提供相关证据材料。

第三十三条 调查人员应当在本会规定的期限内完成调查工作，并在调查、收集、整理、归纳、分析全部案卷调查材料的基础上，形成投诉事件的调查终结报告，报告应当载明会员行为是否构成违法违规，是否建议人民法院进行处理。

第三十四条 与投诉事件有直接关联的事实或者争议进入诉讼、仲裁程序或者发生其他导致调查无法进行的情形的，经调查组组长批准可以中止调

查，待相关程序结束后或者相关情形消失后，再行决定是否恢复调查，中止期间不计入调查时限。

第三十五条 调查终结后，调查组应当将调查终结报告提交纪律委主任会议初审；纪律委主任会议初审后，提交纪律委全体会议讨论。

第三十六条 纪律委全体会议讨论调查终结报告后，应当按以下不同情形提出对被投诉行为的初步处理意见：

（一）被投诉会员行为明显不违法违规的，告知投诉人和被投诉人投诉不成立；

（二）被投诉会员行为不构成违法违规，但会员履职有瑕疵的，或违法违规显著轻微的，可依据本规则第五十八条和第五十九条结合实际情形给予具体处理措施。

（三）被投诉会员行为涉嫌违法违规的，由本会组织惩戒评议团召开听证会进行评议并作出是否违法违规和予以处分决定。

（四）被投诉会员行为涉嫌违法违规且应当报告人民法院的，同时报告人民法院处理；

（五）被投诉行为涉嫌违法违规，且涉嫌违法违规行为责任由律师或者会计师个人承担的，同时移交市律师协会或市注册会计师协会处理。

第三十七条 纪律委应当将调查终结报告和初步处理意见提交会长办公会，由会长办公会审核并作出最终处理意见。

第三十八条 会长办公会审核后，由会长签发相关文书。

第六章 听证评议

第三十九条 本会建立惩戒评议团听证评议制度，负责对涉嫌违法违规的会员进行评议并根据违法违规行为事实作出处分决定。

投诉事件调查终结报告显示会员行为涉嫌违法违规且应当由本会予以处分的，经会长办公会审核同意后，本会组织惩戒评议团召开听证会评议。

第四十条 惩戒评议团成员由两名理事会成员和从本会机构会员中随机选取的三名成员共同组成（由选中的机构委派代表）。

惩戒评议团成员应当有五年以上律师或注册会计师执业经验和三年以上破产管理人从业经验。

第四十一条 听证会由惩戒评议团成员、投诉人、被投诉人、纪律委、本会秘书处参加。

第四十二条 决定举行听证评议的投诉事件，秘书处应当在召开听证会前五个工作日内向投诉双方当事人送达《听证通知书》，告知其听证的时间、地点和听证的事项。

第四十三条 被投诉人应当按期参加听证，有正当理由要求延期的，经分管副会长批准可以延期一次。

被投诉人申请延期的，应当在听证举行之日三天前向本会提交书面申请。

第四十四条 听证过程中，惩戒评议团应当认真听取投诉人陈述和被投诉人的申辩及相关证人证言，对相关证据材料进行审核，并有权就投诉事件的事实部分进行询问。

第四十五条 听证会议由纪律委（非调查人员）主持，听证记录由秘书处记录，投诉人、被投诉人及证人应当签字确认笔录内容。

第四十六条 听证按下列顺序进行：

- （一）投诉人陈述投诉请求事项、事实和理由；
- （二）被投诉人进行申辩；
- （三）投诉人和被投诉人出示证据，并对对方证据发表意见；
- （四）惩戒评议团成员向投诉人、被投诉人发问；
- （五）投诉人、被投诉人发表最后意见。

第四十七条 听证结束后，惩戒评议团以投票表决方式作出是否构成违法违规，违法违规情节轻重以及适用何种处分种类的决定，惩戒评议团成员一人一票，表决实行少数服从多数原则。

第七章 处分决定和执行

第四十八条 惩戒评议团作出处分决定后，秘书处应当制作《处分决定书》和《投诉处理结果告知书》（如有投诉人），分别送达被处分会员和投诉人（如有投诉人）。

决定书应当载明下列事项：

- （一）被投诉人的名称、住所、负责人等基本情况；
- （二）事实和证据；
- （三）处分措施；
- （四）作出决定的日期。

第四十九条 被处分会员对本会作出的处分决定未在规定的期限内申请复查的，处分决定在复查期届满后生效，本会依照本规则第五十条规定记入履职诚信档案和公示。

第五十条 处分决定应当记入会员的履职诚信档案。除警告处分外，本会给予会员处分的，应当将处分信息公示或披露于本会网站和公众号上。

被处分会员自处分决定作出之日起两年内未因新违法违规行为受到处分的，可将处分决定移除。

第五十一条 本会给予会员通报批评处分，人民法院尚未对其违法违规行为进行处理的，本会可以建议人民法院对其予以暂停执业资格或降级的惩戒措施。

第五十二条 本会给予会员公开谴责处分，人民法院尚未对其违法违规行为进行处理的，本会可以建议人民法院对其予以除名的惩戒措施。

第五十三条 处分决定书由本会会长或分管副会长签发，由秘书处于签发后十五日内送达被投诉会员，并向有关人民法院、行政机关和行业协会通报。送达方式除直接送达外，也可以邮寄送达。

第八章 复查

第五十四条 被处分会员对处分决定有异议的，可以在收到《处分决定书》后十五日内以书面形式向本会提出复查申请。

第五十五条 复查申请书的内容应当包括：

- (一) 申请人的名称、住所、负责人及电话等；
- (二) 申请复查的具体事实、理由、证据和要求等；
- (三) 申请复查的日期；
- (四) 处分决定书复印件；
- (五) 能证明复查申请所主张相关事实的证据材料。

第五十六条 本会收到被处分会员的复查申请后，应当及时组成惩戒复查团进行复查。

惩戒复查团由两名理事会成员和从本会机构会员中随机选取的三名成员共同组成（由被选中机构委派代表）。

惩戒复查团成员应当有从事破产管理人工作十年以上经验。同一投诉事件中，惩戒评议团成员不得再担任惩戒复查团成员。

第五十七条 惩戒复查团以书面审查形式作出复查决定，按照以下三种方式作出：

（一）原处分决定认定事实清楚，责任区分适当，适用依据正确，程序合法的，应当维持原处分决定；

（二）原处分决定认定事实清楚，调查、表决程序正当，但适用依据不当，或者原处分决定存在明显错误的，应当变更原处分决定；

（三）原处分决定事实认定不清，或者调查、表决程序不当的，应当撤销原处分决定，重新调查与表决。

维持原处分决定的，原处分决定自复查决定书作出之日起生效。本会依照本规则第五十条规定将原处分决定和复查决定记入诚信档案和公示。

变更原处分决定的，按复查决定书执行。本会依照本规则第五十条规定将处分决定和复查决定记入诚信档案和公示。

第九章附则

第五十八条 为了警示会员规范履职，本会可视情节对会员作出如下处理措施：

（一）规范履职建议书；

（二）谈话提醒；

（三）训诫并责令检讨；

（四）责令限期改正。

第五十九条 处理措施的具体适用情形：

（一）对未构成违法违规，但履职确有不规范、不严谨，存在违法违规风险的会员，可发出规范履职建议书或作出谈话提醒，提醒会员在履职中注意避免发生违法违规行为；

被作出谈话提醒的机构会员，其负责人应当自收到谈话提醒决定书之日起十五个工作日内到本会接受谈话提醒，纪律委负责谈话提醒并记录在案。

（二）对因违法违规情节显著轻微、未造成危害后果等原因被免于处分的会员，可作出训诫并责令检讨的处理；

被作出训诫并责令检讨的机构会员，应当在收到训诫并责令检讨处理决定书之日起十五个工作日内向本会提交检讨书和整改计划；

（三）对构成违法违规的会员，除予以相应处分外，违法违规行为属于可以及时改正的，可作出责令限期改正的处理。

被作出责令限期改正的会员，应当在整改期限届满前将改正措施和结果书面报告本会。

第六十条 本会对会员的处理措施由会长办公会作出，纪律委执行。

第六十一条 本规则于 2022 年X 月X 日本会第一届会员大会第X次会议通过，自 2022 年X月X日起施行。

第六十二条 本规则解释权归本会理事会。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/pKaFzcZycZTZKrPtvfV6Kg>

二、对检查企业破产法实施情况报告的意见和建议

云朝自主清算 2022-09-07 11:35 发表于广东

8月19日，十三届全国人大常委会第三十次会议审议了全国人大常委会副委员长王东明作的全国人大常委会执法检查组关于检查企业破产法实施情况的报告，共有15人次发言。现根据会议发言情况，将常委会组成人员和列席人员的主要意见整理如下。

出席人员普遍认为，以习近平同志为核心的党中央站在新时代完善社会主义市场经济体制的高度，对健全企业破产制度作出明确部署。在党中央坚强领导下，各级政府和人民法院深入贯彻实施企业破产法，健全破产制度机制，提升司法保障能力，推动符合条件的企业依法破产，法律实施取得积极成效。出席人员充分肯定执法检查组的工作，普遍赞成执法检查报告。出席人员提出，企业有“生”有“死”，是市场经济发展中不可避免的现象。要进一步推动企业破产法的贯彻实施，引导无法清偿到期债务的企业正确理解、主动运用破产程序整理债权债务，保护债权人和债务人合法权益，维护市场经济秩序，营造良好市场信用环境。审议中，大家还提出了一些具体意见和建议。

一、提高对贯彻实施企业破产法重要性的认识

有些出席人员认为，经营不善企业“该破未破”现象比较普遍，一个重要原因是地方政府、企业乃至全社会对破产制度的功能认识不到位，甚至存在模糊认识。地方政府不希望看到企业破产尤其是国企破产，担心影响社会稳定和招商引资。民营企业对破产能否有效化解债务问题存在疑虑，国有企业担心人员安置和追究国有资产流失责任等。应当加大对破产制度和企业破产法的宣传普及，引导地方政府、企业正确认识破产是市场经济运行中的正常现象，是市场竞争的必然产物，是企业退出市场的一种渠道；正确认识破产的功能不仅仅是清偿债务，还有挽救企业、挽救企业家、挽救企业占有的资源，让破产企业的资源要素重新进入市场，进而树立依法破产的观念，充分发挥企业破产法在市场资源配置上的积极作用。

二、认真破解国有企业、金融机构破产难点

有的出席人员提出，一些破产企业是大型集团公司，旗下有多家金融公司、上市公司，还涉及数十家乃至上百家关联企业，债权债务关系复杂，债权人众多。对这类企业的破产应注重推动重整与和解，依法稳妥化解其债务风险和金融风险。有些出席人员提出，金融机构破产难的原因是多方面的，一是金融机构参与市场经济活动程度深，涉众性和风险外溢性高，由此导致金融机构能“立”能“退”不能“破”的思想和出了问题有国家兜底的思维。二是对出现破产原因的企业，目前一般先由金融监管部门采取行政措施处置风险，然后再进入破产程序。这两个环节之间的制度衔接不够通畅，影响了金融机构破产效率。建议政府有关部门、法院、行业协会加强联动协作，做好政策法律沟通衔接，对确需破产的金融机构稳妥做好破产工作，及时化解金融不良资产带来的

风险。

三、加快健全市场化破产机制

有些出席人员认为，应适应加快完善社会主义市场经济体制的新要求，进一步推动破产工作从政策性破产向市场化法治化破产转变，资源配置从行政干预转向市场主导。有的出席人员提出，应进一步厘清地方政府在企业破产过程中的职责边界，让政府逐步从最大战略投资人的角色中退出，更多发挥引导支持、监督管理、职工权益保护、金融风险处理等方面的作用，积极推动拥有市场资源的战略投资人进入困境企业实行重组。

有的出席人员提出，企业破产法第61条规定的债权人会议的职权中包括通过债务人财产的管理方案、通过破产财产的变价方案，通过破产财产的分配方案等，实践中这三项方案往往依照法律的强制性规定来制定，不因债权人的意见作调整，债权人表决权对此不发挥实际作用，反而成为破产程序的负累。特别是一些债权人聘请律师介入破产程序，滥用表决权，导致原本可以快速处理的破产清偿案件被延迟。建议研究调整债权人会议的职权，明确对涉及法律已有强制性要求内容的债务人财产管理方案、破产财产变价方案、破产财产分配方案，债权人享有知情权、监督权，由管理人在债权人会议上进行通报，债权人有异议的，可以向法院提出书面意见；对于涉及法律未作强制性要求内容的管理、变价、分配方案，继续保留债权人会议的表决权。有的出席人员提出，重整是企业破产法确立的重要制度，也是挽救危困企业，让破产企业起死回生的有效办法。但重整是一个长期复杂的过程，重整投资人面临较大投资风险。应建立重整投资人保护制度，探索直接给予债务人招募的产业投资人以破产重整投资人的地位；对于重整投资人前期投入的资金，研究赋予其在新增资产中享有优先受偿权利；鼓励地方政府给予重整企业适当的优惠政策支持。有的出席人员提出，破产管理人队伍建设亟待加强，东部沿海某市2012年至2020年在册的破产管理人有62家（人），参与办理破产案件3664件，任务相对较重；对破产管理人的执业约束、违规执业追责都不够严格，从2013年至2020年，我国破产相关案件中案由为“管理人责任纠纷”的案件数量呈现上升趋势，案件总量达到492件。应进一步健全破产管理人制度，加强破产管理人队伍建设，一手抓管理人数量，一手抓履职能力提升，夯实企业依法有序破产的工作基础。

四、提高破产审理实效

有些出席人员认为，人民法院应加快破产案件的审理。有的出席人员提出，最高人民法院曾在2016年就破产案立案工作发过通知，推动各地法院设立清算与破产审判庭，但实际落实效果不明显，破产案件结案率不高。各地方披露的僵尸企业数量与各地法院破产案件受理情况明显不成比例，说明有相当一批僵尸企业仍然“僵而不死”，还有相当一部分企业通过非司法程序退出了市场。对此问题应引起重视。有的出席人员提出，在司法实践中，如何判断一个申请破产企业是确需破产清算还是可以通过重整继续存续，是审判机关面临的重大问题。最高人民法院近期出台了一系列关于重组企业的识别、审查和判断标准的文件，建议在实践基础上，尽快提炼总结出可指导各地审理破产案件的规则

规范；对地方法院在审理破产案件中的创新做法也应给予关注，加强指导，及时总结推广好的经验。有的出席人员认为，应推进破产司法专门化建设。一是加强法院破产审理和管理机制建设，提高破产案件审理队伍专业化能力；二是推进破产案件集中管辖和集约化审理，探索设立专门破产法院；三是对破产案件区分难易实行繁简分流；四是加强“执转破”工作，构建“立审执破”一体化工作格局。

五、进一步完善“府院联动”机制

有些出席人员提出，目前的府院协调机制大多是“一案一议”、“就事论事”的临时性安排，职能不够清晰，“府院”之间、政府部门之间的协调难度大，在法律和政策的适用上容易发生分歧，有的还存在地方保护主义和强调部门利益的倾向。企业破产法关于破产管理人由人民法院指定、向人民法院报告工作、报酬由人民法院确定的规定值得研究，法院作为裁判机构，不宜行使或单独行使对破产管理人的指定、管理和监督职能，既当裁判员又当运动员。建议对府院在破产案件中的协调联动工作做出制度化规范，研究探索建立政府破产管理机构，发挥破产程序的“看门人”作用。有的出席人员提出，近年来破产案件中出现一些假借破产恶意逃废债务的非法行为，刑法将虚假诉讼、虚假申报债权等行为纳入了刑事责任追究范围，但实践中由于管理人和破产法庭调查取证的手段有限，或证据不足，公安机关立案少。建议加强法院与公安部门在办理破产案件中的衔接与联动，明确相关案件移送公安侦办的审查、流程和时间，并将检察机关纳入联动范围，保障债权公平有序受偿。

六、维护职工合法权益和社会和谐稳定

有的出席人员提出，企业破产法对职工权益保障作了明确规定，但一些破产工作中存在排除职工代表参加清算、违反破产清偿顺位、损害劳动报酬优先受偿权、少提甚至不提职工“五险一金”、忽视职工安置等损害职工合法权益的现象。建议完善企业破产过程中职工权益保障相关制度规定，做好与劳动法、劳动合同法、社会保险法等法律的衔接；积极发挥工会作用，加强工会有关企业破产的知识培训和人才储备，使工会在破产清算工作中更好维护职工合法权益。

七、加快完善破产法律体系

有些出席人员认为，应加快企业破产法修订工作，建立健全破产企业关联企业实质合并破产、上市公司破产、金融机构破产、跨境破产、破产管理人、破产费用、税收减免、重整企业信用修复、简易注销等重要制度，加强与民法典、民事诉讼法、金融法律、税收法律、劳动法律等的衔接协调。研究建立个人破产制度。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/haTFN5c171MlX6zSDbe5Kw>

三、一槌定音！最高法：律师事务所不具备破产主体资格

最高办案解读 2022-09-04 14:49 发表于河南

中华人民共和国最高人民法院

民事裁定书

(2021)最高法民申1295号

再审申请人（一审申请人、二审上诉人）：**重庆富国律师事务所**。住所地：重庆市渝中区得意世界16楼。负责人：陈仕谟，该律所主任。

再审申请人重庆富国律师事务所（以下简称富国律所）因申请破产清算一案，不服重庆市高级人民法院(2020)渝破终1号民事裁定，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

富国律所申请再审称，（一）富国律所是合作律师工作机构，系营利法人，以律师事务所的全部资产对其债务承担责任，其申请破产清算符合《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民法总则》）第六十条、第七十六条、《关于合作制律师事务所试点方案的通知》第一条的规定。（二）富国律所严重资不抵债、申请破产清算符合法律规定。（三）富国律所于2010年10月作出解散清算，并依法申请破产清算，符合《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第一百三十五条的规定。（四）二审法院驳回富国律所的破产清算申请缺乏法律依据。（五）富国律所自决议解散至今、既不能恢复经营，又不能从市场退出，不利于经济发展和社会稳定。富国律所根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条的规定申请再审。

请求：撤销重庆市高级人民法院（2020）渝破终1号民事裁定，并受理富国律所的破产清算申请。

本院经审查认为，依照《企业破产法》第二条、第一百三十五条之规定，可以根据该法规定清理债务或者重整的主体，主要包括企业法人或者其他法律规定可以参照该法进行破产清算的组织。**富国律所作为不具有法人资格的专业服务机构，不能直接适用《企业破产法》进行破产清算。**1988年6月3日颁布实施的《合作制律师事务所试点方案》及1996年11月25日颁布实施的《合作律师事务所管理办法》均已失效，以上法规的相关规定不能作为认定富国律所享有独立法人资格并可参照《企业破产法》进行破产清算的法律依据。修订后的《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）取消了合作律师事务所这一律师事务所组织形式，并规定合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对律师事务所的债务依法承担责任，设立个人律师事务所的，设立人对律师事务所的债务承担无限责任。**富国律所经重庆市司法局同意进行的公司制律师事务所试点，主要指该律所可以参照公司形式进行内部管理，并不代表富国律所系法律规定的营利法人，且根据富国律所的章程，其对内适用《中华人民共和国公司**

法》，对外适用《律师法》及《中华人民共和国合同法》。目前亦并无其他法律明确规定律师事务所可以参照《企业破产法》进行破产清算。因此，富国律所不具有《企业破产法》规定的主体资格，原审法院裁定不予受理其破产清算申请，并不违反法律规定，富国律所申请再审提出的关于其是营利法人，具备破产主体资格的理由，缺乏法律依据，本院依法不予支持。

综上，富国律所的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《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》第三百九十五条第二款之规定，裁定如下：驳回重庆富国律师事务所的再审申请。

审判长 孙晓光

审判员 肖宝英

审判员 张小洁

二〇二一年四月二十七日

书记员 隋艳红

重庆市高级人民法院

民事裁定书

(2020)渝破终1号 上诉人(原审申请人)：重庆富国律师事务所，住所地重庆市渝中区得意世界**，组织机构代码70941827-9。负责人：陈仕谟，该所主任。

委托诉讼代理人：陶益珍，重庆大鼎律师事务所律师。

上诉人重庆富国律师事务所(以下简称富国律所)不服重庆市第五中级人民法院(2019)渝05破申121号民事裁定，向本院提起上诉。

本院受理后依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。一审法院查明：2001年7月30日，重庆市司法局向陈仕谟、陶益芬、叶军等三人出具《重庆市司法局关于同意设立重庆富国律师事务所的批复》(渝司〔2001〕93号)。批复载明：经研究，同意由陈仕谟、陶益芬、叶军等三位同志发起成立“重庆富国律师事务所”。该所为不占国家编制、不要国家经费、自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束的合作律师工作机构。2004年12月13日，重庆市司法局向富国律所下发《关于同意重庆富国律师事务所为公司制律师事务所试点单位的通知》。通知载明：你所《关于律师事务所组织形式运行机制试点的报告》收悉。经研究，同意你所为公司制律师事务所组织形式和运行机制试点单位。富国律所2006年12月23日的《公司章程》载明：“事务所实行公司制改革，事务所的内部关系(组织结构、财产关系、分配等)适用《公司法》，

事务所出资人数适用《关于律师事务所登记管理的实施办法》，事务所的对外关系适用《律师法》、《合同法》。”一审法院认为，《中华人民共和国企业破产法》第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。”第一百三十五条规定：“其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用本法规定的程序。”根据前述规定，只有企业法人具备破产主体资格。企业法人以外的组织的清算要参照适用《中华人民共和国企业破产法》的程序，必须有法律的规定。对于富国律所是否具备破产主体资格的问题，一审法院认为，富国律所不具备破产主体资格。主要理由如下：**第一，富国律所不是企业法人。律师事务所不是企业。**1988年施行的《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第三条规定：“申请企业法人登记，经企业法人登记主管机关审核，准予登记注册的，领取《企业法人营业执照》，取得法人资格，其合法权益受国家法律保护。依法需要办理企业法人登记的，未经企业法人登记主管机关核准登记注册，不得从事经营活动。”第四条规定：“企业法人登记主管机关（以下简称登记主管机关）是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。各级登记主管机关在上级登记主管机关的领导下，依法履行职责，不受非法干预。”《中华人民共和国合伙企业法》第九条规定：“申请设立合伙企业，应当向企业登记机关提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。”1997年1月1日起施行的《中华人民共和国律师法》第十五条第一款规定：“律师事务所是律师的执业机构。”第十九条规定：“申请设立律师事务所的，经省、自治区、直辖市以上人民政府司法行政部门审核，符合本法规定条件的，应当自收到申请之日起三十日内颁发律师事务所执业证书；不符合本法规定条件的，不予颁发律师事务所执业证书，并应当自收到申请之日起三十日内书面通知申请人。”前述规定明确**律师事务所与企业的登记机关（审核机关）不同**。《工伤保险条例》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。”**该规定对律师事务所与企业的概念予以明确区分**。根据前述规定，律师事务所不属于企业法人。**第二，现行法律未规定律师事务所可以进行破产清算。**1997年1月1日起施行的《中华人民共和国律师法》没有规定律师事务所可以进行破产清算。司法部1996年11月25日颁布的《合作律师事务所管理办法》第二十五条规定：“合作律师事务所解散或被吊销执业证书时，应当对律师事务所的财产进行清算。清偿债务后有剩余财产的，由合作律师依照章程的规定分割。”没有规定合作律师事务所可以进行破产清算。现行的《中华人民共和国律师法》、《律师事务所管理办法》也没有规定

律师事务所可以进行破产清算。综上，富国律所不是企业法人，不能直接适用《中华人民共和国企业破产法》进行破产清算；富国律所不是合伙企业，不能参照《中华人民共和国合伙企业法》相关规定进行破产清算；其他法律也未规定律师事务所可以进行破产清算。因此，富国律所不具备破产主体资格。依照《中华人民共和国企业破产法》第十二条第一款的规定，一审法院裁定：对富国律所的破产清算申请不予受理。富国律所不服，向本院提起上诉，请求：撤销一审裁定，裁定受理富国律所的破产清算申请。事实和理由：1.《司法部关于下发〈合作制律师事务所试点方案〉的通知》第一条规定：“合作制律师事务所是由律师人员采用合作形式组成为国家机关、社会组织和公民提供法律服务的社会主义性质的事业法人组织。”《司法部关于深化律师工作改革的方案》第二条第（一）项规定：“律师事务所是由执业律师组成的具有法人地位的自律性机构。”根据《中华人民共和国民法总则》第七十六条之规定，已无“企业法人”的专项规定，富国律所完全符合“营利法人”的规定。2.一审裁定富国律所“不具备破产主体资格”没有法律依据，现行法律并不禁止律师事务所进行破产清算。3.富国律所申请破产清算具有法律依据，符合《中华人民共和国企业破产法》的规定。《工伤保险条例》第二条将“事业单位”和“律师事务所”等同于“企业”进行表述。《司法部关于深化律师工作改革的方案》第一条规定：“不再使用生产资料所有制模式和行政管理模式界定律师机构的性质，大力发展经过主管机关资格认定，不占国家编制和经费的自律性律师事务所。”富国律所不仅是经过主管机关资格认定的合作律师工作机构，而且是经过主管机关资格认定为公司制律师事务所组织形式和运行机制试点单位。富国律所的破产清算申请符合《中华人民共和国民法总则》第七十一条、《中华人民共和国公司法》第一百八十七条的规定，经依法组织清算，且已严重资不抵债，符合《中华人民共和国企业破产法》第一百三十五条的规定，人民法院应当受理其破产清算申请。本院二审查明：富国律所成立后，未在工商行政管理局或市场监督管理部门办理注册登记。重庆市质量技术监督局于2010年7月29日颁发的组织机构代码证中载明：富国律所的机构类型为其他机构。二审听证中，富国律所主张其性质在设立时系事业法人，《中华人民共和国民法总则》颁布实施后，根据该法关于法人的分类，富国律所的性质应归入营利法人中的其他企业法人。本院对一审查明的其他事实予以确认。本院认为，本案二审的争议焦点是富国律所是否具备破产主体资格。《中华人民共和国民法总则》将法人分类为营利法人、非营利法人和特别法人。根据《中华人民共和国民法总则》第七十六条之规定，以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。富国律所系合作律师事务所，其并非有限责任公司、股份有限公司。根据1988年施行的《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第四条之规定，企业法人登记主管机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。该条例于2019年修订后，将登记主管机关变更为国家市场监督管理总局和地方各级市场监督管理部门。富国律所自成立起，未在企业法人登记的主管机关办理注册登

记，其不属于《中华人民共和国民法总则》第七十六条中的“其他企业法人”。故富国律所不属于营利法人。根据《中华人民共和国民法总则》第一百零二条之规定，非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。本院认为，富国律所的性质应属于该规定中的不具有法人资格的专业服务机构，系非法人组织。根据《中华人民共和国企业破产法》第一百三十五条关于“其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用本法规定的程序”的规定，企业法人以外的组织的清算，要参照适用《中华人民共和国企业破产法》，须有其他法律的明确规定。而现行法律并无律师事务所可以进行破产清算的规定。故富国律所不具备破产主体资格。

综上所述，富国律所的上诉请求不能成立，应予驳回；一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条规定，裁定如下：驳回上诉，维持原裁定。本裁定为终审裁定。审判长 李季宁 审判员 达 燕 审判员 陈 瑜
二〇二〇年六月三十日 书记员 刘佳一

网站链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/DKvCE0HszwpGhfBfXSjIkw>

四、论破产债权结构与破产财产分配顺序的再造——以房地产开发企业破产为例

破产法实务 2022-09-13 23:55 发表于湖北

以下文章来源于炜衡成都律师事务所，作者李军



李军 北京炜衡（成都）律师事务所

作者投稿《破产法实务》

破产是对同一债务人的多个债权的概括执行和公平清偿。破产财产分配既是对破产目的的实现也是对破产效果的检验，其功能是以法定的分配顺序为保障的，而分配顺序又是以破产债权的分类为基础的。因此可以说，破产债权的结构与破产财产分配顺序的构造决定了破产制度的质量。

我国2007年《破产法》在这方面最突出的特点是对有财产担保债权给予了优先于职工债权的强保护，也对国家税收给予了优先于普通债权的保护。但是，由于我国营商环境的市场化法治化水平一直差强人意，破产实务中需要解决的一些社会民生问题往往和这些规定产生冲突，这在利益相关方众多权利关系复杂的房地产企业破产中显得尤为突出。本文就此做初步论述，并提出重构的设想——核心是加强对担保债权的保护，将税收债权作为普通债权。

我国破产程序中的债权结构和破产财产分配顺序的框架是由2007年《破产法》设定的。其中，该法与破产债权体系的架构有关的规定主要有：第四十九条、第五十九条区分了有财产担保债权和无财产担保债权；第四十八条规定欠职工的费用；第四十一条规定了破产费用；第四十二条规定了共益债务；第一百一十三条规定欠社保机构的费用和欠税款，并提出了普通破产债权的概念。由于债权和债务是对应概念，费用也总有应收和应付主体，因此，上述法条以费用表述的负担也被作为相应的

债权，如职工债权、社保债权、税收债权、共益债权等。在此基础上，最高人民法院2018年《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条和第39条确立了劣后债权。同时，在破产法之外，其他法律规定的优先权在破产程序中应当得到保障也是不言自明的。综上，从广义上看[1]，我国破产债权体系包括如下内容：法定优先权、有财产担保债权（即就债务人特定财产享有优先权的债权）、职工债权、社保债权、税收债权、普通债权、破产费用、共益债务、劣后债权等。

在上述破产债权结构基础上，《破产法》构建了破产财产分配顺序，主要是：该法第四十三条规定破产财产和共益债务随时清偿；第一百零九条、第一百一十条规定有财产担保债权的实现；第一百一十三条规定的一般责任财产的清偿顺序；第一百三十二条关于职工债权与有财产担保债权的关系等。最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条对法律没有明确规定清偿顺序的债权的清偿原则和顺序做出了指导。同时，由于房地产企业破产往往涉及到工程价款优先权与房地产抵押权的冲突，以及该两项权利和消费者购房权益的冲突，最高人民法院通过司法解释[2]、审判工作纪要[3]及判例确立了他们之间的优先顺序。综合这些规定，可以看出现行破产财产分配的顺序，并以房地产企业破产案件体现得最为全面，那就是：|（消费）购房人优先权[4]|工程价款优先权[5]|担保债权|破产费用、共益债务|职工债权|社保债权、税收债权|普通债权|劣后债权

同时，对于法律规定不明确的债权，按照以下原则确定清偿顺序：按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。

上述顺序排列的债权可以分为四个类型[6]：一是基于法律规定或约定而对特定财产具有优先权的债权，可称做特别优先债权；二是破产程序需要负担的成本，包括直接花费和负债，不包括为优先权对应的特定财产变现产生的费用，可称作破产成本；三是只能就破产债务人一般责任财产受偿的债权，可以称作无担保债权，这其中包括依据破产法享有一般优先权的债权和普通债权；四是劣后债权，即可以对破产财产在

全额清偿普通债权后的剩余参与分配的债权，包括惩罚性赔偿、关联企业债权等。

前述我国现行破产债权分类和破产财产分配顺序，单独看没问题；但是，干过企业破产实务特别是房地产企业破产的专业人士多少都会有以下体会：担保债权人要实现别除权很难得到支持，而且担保财产就是唐僧肉，很难不被宰割全身兑现；很多破产企业资产在满足各种优先权和支付破产费用后所剩无几，职工债权得不到保障；涉及不动产的资产处置税费负担巨大，税收债权就变现款还享有超越普通债权人的优先权；普通破产债权人数量较多，情况复杂，在可分配财产很少的情况下，分配往往向小额自然人倾斜难以做到公平受偿。如此等等，不仅是破产过程中的难题，也是各方利益主体难以就破产达成共识，阻碍破产阻碍重整的重要原因。

笔者总结所有表象问题背后都隐藏着这样一个词：民生。也就是说，现有的分配顺序存在着与民生的紧张关系。突出在两点：一是给与担保债权强保护[7]，实践中又不得不让位于民生，落得弱保护；二是给与税收强保护，而对普通债权中的人身性债权和私法债权保护不够。具体看，问题如下：

1、优先保护了消费购房人债权却对职工债权保护不力，底层逻辑不能自洽。

2007年《破产法》在追求市场化和法制化破产方面体现出十足的勇气，其中一个设计就是对担保债权做出强保护，职工债权作为一般优先权并不能优先于担保债权，只以一百三十二条规定对该法颁布前的职工债权做了特殊安排。立法理由是应当将职工欠薪问题定位为劳动法领域的法律制度完善问题，以职工工资保障基金等社会保障来解决，而不能指望破产法来解决[8]。这无疑是先进的认识。然而，我国的市场经济发育并非一帆风顺，不仅劳动领域没有广泛建立工资保障基金，其他行业领域的市场化发育也不完整不规范，房地产市场更是如此——商品房预售制度支撑了房地产项目转化投资（主要来自借款）为财政收入的需要，无法实施严格的预售款监管，一遇到政策紧缩和房产商挪用预售资金的叠加，就会出现烂尾楼，就会产生购房人权益保障问题，就会出现与房屋抵押权和工程价款优先权的冲突。为解决这种冲突，最高人民法院以多个司法解释赋予具备一定条件的消费购房人以优先于工程价款和

担保债权的权利；而且，司法政策又对应当具备的条件放宽了认定标准。如此，消费购房人债权享有了超级优先权[9]。这种做法虽在法理上难以理直气壮，但考虑到消费购房人的居住权利、弱势地位、房款损失对个人及家庭的破坏性，从维护弱者利益和社会稳定利益角度出发予以特别保护，大家也都理解。但是，劳动者不也是弱势群体？欠薪对劳动者及其家庭不也可能是毁灭性的？何况，所谓消费购房本质上不也是一种投资吗，从与生存的相关性角度看，对劳动报酬的拖欠不比购房更要命？然而，由于破产法已经对劳动债权给与了立法定位，就导致两类都涉及民生和社会稳定的债权获得的保护天上地下！

2、税收债权及其破产费用化分取了破产财产的过多份额，不符合分配正义。

税收债权在分配顺序中的顺位似乎没有不妥，毕竟税收具有取之于民用之于民的功能，给与它相比于普通债权的一般优先权具有合理性。甚至破产法的这一安排相对于《税收征管法》的规定已经具有相当的谦抑，更体现了对市场的呵护；就此，学界和司法判例都是持肯定态度[10]。然而，税收债权作为公法债权，其产生的强制性（特别是滞纳金比率奇高）使其本身就可能成为企业破产的间接原因——企业税收负担重是社会主义市场经济初级阶段的一个特点。深究之下，税收债权的现有顺位存在两个问题：一是企业破产案件中，欠税及已经产生的惩罚性滞纳金往往较高，按一般优先权实现分配后，普通债权能获得的分配通常无几，这对于与破产企业发生交易的普通债权企业极不公平——企业欠税情况并不属于公示范围，巨额欠税完全超出正常可预测范围，如果要把这也纳入交易前考量无疑将加大交易成本，影响市场繁荣。二是税收债权与社保债权处于一个顺位，意味着破产财产不足以满足两者时要按比例分配，这在社保费没有作为税收安排情况下具有不合理性。社保费的用途具有比税收更明确具体的特点，而税收来源于不同税种但用途具有一定的抽象性。也就是说，社保费不够，将直接影响对民生的保障能力，而税收虽影响财政开支能力，但财政具有相当的弹性。

另外必须指出的是，我国税收征收具有嵌入流转环节的特征，即不论是否属于流转税都可能在流转环节征收，这就使得破产企业资产处置或重整的成本巨大，一些本来可能属于破产债权的税负转换成了破产费用——不纳税不能完成资产过户。以房地产企业为例，开发和预售商品房在未达到土地增值税清缴条件前出现破产，应交未交的土地增值税[11]（属于财产税）显然属于税收债权；但是，如果在破产中处置其不动产，因为发生过户而触及清缴条件，在过户环节就需要缴纳全部土增税。于是，税收债权就破产费用化了！如此，相比正常经营的房地产企业，对于破产房企，国家更集中而有保障地获得了税收。而这无疑相当大的吞噬了破产财产，对普通债权和社保债权都极不公平。

3、优先权扩大化挤占担保债权利益，动摇了物权的公示公信力。

破产是极具实践性的非诉程序，往往需要解决因为企业破产而带来的一系列社会问题而不是单纯的法律问题；挑战的是，解决社会问题的方式还往往需要以解决法律问题为切入，或者说通过法律适用去解决社会问题；更具挑战的是，法律已经设定的框架可能是解决社会问题的局限，但仍然必须去解决。如前所述，在房地产企业破产中，消费购房人利益应当得到保护，这基本是一个刚性的要求，如何在担保债权和工程价款债权中切出一块“蛋糕”，这难为了法院也考验了法院。最高法院解决问题的路径是赋予消费购房人超级优先权。不得已吧，所以在法理上存在缺陷受到一些批评[12]：以批复等司法文件创设优先权有超越司法定位僭越立法权之嫌；突破物权优于债权的民法一般原则，损害物权公示公信，有损交易安全，对金融债权人和建设工程承包人不公平；认定消费购房也有技术难度，仅仅因为付款比例的些许差别就可能造成权利状态之不同，等。这些批评无疑是相当到位的，其中最核心的是对物权公示公信原则的损害，这在个案损害的是担保权人的利益，从宏观看则是有害法秩序的稳定性，损害的是基于可预见性的交易安全。事实也证明，这开辟了突破原则的口子，不奇怪各级法院在办理房地产企业破产案件中进一步突破底线。例如，在定义没有其他住房时使用宽泛标准；在认定付款额度达到50%时使用更低的替代标准；甚至，将优先权

扩大到商业类公寓、商铺，等等。（前两个还得到“九民会纪要”的认可。）

4、管理人和法院为维护个案公平采取变通性技术性操作，有损法治。

在具体的破产案件中，为了让职工债权能够得到起码的保障，或者为了给众多自然人普通债权人一个最起码的清偿，管理人和法院也往往煞费苦心，通过各种技术性安排抑制担保债权的及时足额清偿。常见方法：以担保财产单独处分会损害破产财产整体价值为由，拒绝担保权人行使别除权；在整体处置破产财产或破产重整时，使用不利于担保财产作价的评估方法，降低担保债权在变现值中的权重；给与小额债权一定金额的全额清偿[13]；等等。这些追求个案“公正”、“妥善”处理的变通性技术性操作，有其无奈，也可能因为得到担保债权人的理解从而取得较好的社会效果，但无疑地，都在以牺牲法治为代价。

综上，破产法立法在理念上的先进性已经超过了其他法律领域的进步和社会主义市场经济发育的进度，从而让人误以为是“缺乏人文关怀”，并在事实上让司法实践不得不以某种不太恰当地方式予以矫正。

对于前述罗列的问题，可能有人得出07年《破产法》缺乏人文关怀的结论。但这不是事实，真实问题还在各行业领域市场化改革不够，一些民生和稳定问题的发生有其制度背景，不是《破产法》应该解决的。当然，《破产法》也有其自身问题，而这些问题也需要通过坚持破产法治化、市场化来解决。就破产债权结构和破产财产分配顺序，笔者认为在修法中可以考虑调整和细化为以下模式：|法定超级优先权|担保债权|职工债权、人身损害赔偿债权|社保债权|对特定不动产享有期待利益的债权、消费者非惩罚性债权、小额供应商债权|普通债权（含税收债权）|劣后债权（含任何阶段任何原因产生的惩罚性债权）具体分析如下：

1、对优先于担保债权的超级优先权做出明确限定。

立法的刚性和周全是在为司法提供底气的同时也可以避免司法的僭越，否则司法以解决社会问题为导向时难免不采取实用主义的态度架空立法中的一些制度设置。破产法的修订应该就优先于担保债权的超级优

先权做出限定。简要讲就是要有刚性：明确规定超级优先权必须基于其他法律规定，即法定优先权才具有优先于的担保债权的顺位。将此作为一个刚性原则，避免出现司法通过“法理推导”制造出“政策优先权”[14]。

2、维持担保债权的优先地位，对优先权人行使别除权给与更多保障。

首先应当肯定，法定优先权和担保债权一样，均可以在破产程序中行使别除权。其次，应当给与限制别除权行使的债权人以不受限制的表决权，以避免优先债权人受到双重限制完全成为“被宰割”对象。

《破产法》对别除权的规定是以破产的具体形态区分的。在破产清算中，以有权行使为原则限制为例外，在重整程序中是以限制行使为原则准予行使为例外，在和解程序中不限制行使。对于是否准许例外，这是管理人和法院的裁量自由权范围。现实中，即便是破产清算程序中，管理人也经常不同意担保权人行使别除权，因为很多担保财产的确与债务人的其他财产具有功能上的协同关系，单独处置会影响破产财产的总体价值。这没有不妥，但会产生对担保债权人极不公平的结果：不能行使别除权，但在关键表决中其表决权却依然受到限制[15]。这一不合理现象解释了为什么管理人不愿意支持别除权的隐藏原因——通过限制担保债权人的表决权，促成可能对其不利益的事项（主要是债务人财产管理方案、破产财产变价方案、破产财产分配方案）得到债权人会议的通过。笔者认为，修法时应当给与被限制行使别除权的优先权人以完整的表决权，就像其放弃优先权的情况一样。

3、完善共益债务的规定，给与共益债投资获得超级优先权保护的机会。

破产实务中的一个很大的问题就是没有钱支付破产费用。小钱风险不大往往由管理人垫支，但为了债权人整体利益还会需要一些大的开支，例如房地产企业破产案件中，不少项目只需投资完成续建就能实现债权人利益最大化。就此，最高人民法院关于适用《破产法》若干问题的规定（三）第二条规定可以把为了继续经营的借款作为共益债务清偿，但

不得优先于担保债权。这个规定一定程度上满足了实践需要，但是由于破产企业通常没有其他可供担保的财产，破产企业要招募到共益债投资十分困难。因此，从制度供给角度可以借鉴域外经验，给与共益债投资获得超级优先权的机会。结合前述对优先债权的保护，应当允许法定优先权人和担保债权人让渡优先利益，议定共益债投资人享有绝对优先权的条件。具体条件、额度范围等应当基于优先权人的自愿和与投资人的协商，不宜以多数决或法院批准方式确定。

4、丰富职工债权的类型，将代付代垫职工费用的债权纳入职工债权的受偿顺位。

《破产法》第一百三十一条对职工债权做了列举式描述：欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，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，以及法律法规规定应当支付给职工的补偿金。最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第27条的指导意见将第三方垫付的职工债权、欠缴的住房公积金等应当作为职工债权清偿。最高法院的这一指导意见填补了《破产法》的漏洞，应当被新破产法吸纳。

5、人身损害赔偿债权应当享有与职工债权相同的顺位。

最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条的指导意见是：“因债务人侵权行为造成的人身损害赔偿，可以参照企业破产法第一百三十一条第一款第一项规定清偿”。这一指导意见应当被新破产法吸纳。

6、保留社保债权的顺位，但应当限于于本金。

社保债权享有仅次于职工债权的一般优先权具有相当合理性，其顺位应当予以维持。但应当考虑的是，社保费不按时缴纳将产生的滞纳金数额很高，这固然有督促企业缴纳社保费的作用，但对于破产企业，保护过高的滞纳金对其他债权人是不公平的。因此，建议对于该顺位的社保债权限制在本金范围。另外，最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第27条的指导意见是，对于职工债权，“由欠薪保障基金垫

付的，应当按照企业破产法第一百三十一条第一款第二项的顺序予以清偿”。该意见应当被新法吸纳。

7、对特定不动产享有期待利益的债权、小额供应商债权、消费者债权应当得到优于普通破产债权的一般优先权。

首先关于对特定不动产享有期待利益的债权。商品房预售制度的特殊功能[16]决定了我国的商品房市场很难解决购房人权利与在建工程抵押权的冲突。如果严格按照物权法的公示公信原则，购房人权利的债权性质决定了他必然处于劣势。然而，购房人权益具有的民生性和对社会稳定的影响使司法不得不重视其权益保护。甚至一些法官还发明了“物权期待权”来论证其优先于抵押权的理由。从维护法治出发，与其接受司法的僭越，不如接受保护购房人的理由，在立法中给予其合理的位置。这个位置一定不能高于物权，也不应当高于职工债权，比较合理的是作为一类特殊的债权给与其一般优先权。如此也就没有必要区分消费者或投资者，没有必要区分房子是住房还是商铺或公寓，对预售制度的支持和受损就使他们应当获得同等对待。

其次小额供应商[17]债权，也直接涉及民生和社会稳定，特殊保护有合理性，与其让管理人和法院为他们利益损害规则，不如立法上予以确认一般优先权。当然，如何界定小额供应商具有一定的技术难度。笔者建议可以从两个层次定义：一是主体性质限于个体户及有限公司中的小额纳税人；二是债权金额限制，对某金额内的才给与一般优先权，超出作为普通债权。

第三，消费者债权。在现代工商社会，消费者作为一种身份被认为是流通环节中的弱者，需要给与特殊保护。就此的必要性似不必要多言，只举一个例子：前两年ofo共享单车的押金问题就成为社会困扰，原因之一就是没有一般优先权情况下，大家都费劲地去论证押金的法律性质——牵强而徒劳。

8、税收债权应当作为普通破产债权清偿，以降低破产成本。

对于税收债权，无论学者还是司法裁判均认为其并不享有超级优先权。笔者进一步认为，修法应当将税收债权作为普通债权，税收滞纳金

不分阶段均应作为劣后债权[18]，即对其清偿顺位整体降级。在我国的传统观念里，税收代表了公共利益具有天然的优越性，给与优先权保护似乎并不需要多言。但是，笔者认为，在社会主义市场经济条件下，给与税收债权一般优先权的正当性不足。主要理由在于：1、企业是股东为持续经营和分配收益而设立和存在的，不是为纳税而存在的——尽管政府为了取得税收会鼓励设立企业。企业是市场经营主体，在市场经营活动中他可能因为各种合同或侵权而负债，但这些都是基于其主体地位而产生的，是私法领域的活动和后果。而在税收关系中，税负不以企业意志为转移，是税务征管的对象，税收征管是税务机关的公法行为。也就是说，从企业存在的价值看，就没有税收优先的正当性。2、税收具有公益性，但也具有抽象性。税收影响的是财政收入，而财政收入并不直接关乎具体个人或具体企业，但是破产企业的可分配财产却与具体人或企业的福利、利益甚至生死相关。为了抽象的利益而降低对具体利益的保护，这不仅缺乏正当性，也会增加破产程序推进的难度，毕竟破产是要面对具体民生问题的。3、税收在企业正常经营中属于成本费用，其产生相对于交易价款具有从属性。因此，在企业破产时，让税收优先于交易价款，缺乏正当性。4、企业破产，其财产在分配前实际已经属于全体债权人所有，如果税收优先，其实际效果等同于向全体债权人征税，或者说让全体债权人分担了税收。这是不合理的，特别是，这些债权人在与破产企业的交易中已经各自承担了他们所处的交易部位（例如买卖合同中的卖方）应当承担的税负！

如果将税收债权作为普通债权，无疑地将对破产制度的实施起到巨大的推动作用——这本质上是对破产成本的降低，将极大提高普通债权人的受偿比例，这无疑地对无论破产清算还是重整或和解都会起到积极的推动作用。

9、明确引入劣后债权，并做列举和排序。

关于劣后债权，最高人民法院已经在会议纪要中做出了指导意见，应该被新法采纳。笔者认为，劣后债权大致应该包括以下几类：惩罚性赔偿金、税费滞纳金、逾期履行判决义务的利息、行政罚款、刑事罚金、

关联企业债权。可以按照私法债权优先的原则分成两个顺位：第一顺位是关联企业债权、惩罚性赔偿金；第二顺位是税费滞纳金、逾期履行判决义务的利息、行政罚款、刑事罚金等。

附：关于刑事案件追赃款的优先问题

刑事案件和民事案件的关系是一个法律实务界的大问题，近几年出现一个口袋名词“刑民交叉”，把这类问题基本都装了进去。这个问题涉及司法制度大背景，但其之所以成为大问题实则是相关利益主体在利用刑事程序竞逐优先利益。在民事个案中，刑事程序的发起通常产生民事案件是否应该中止或移送公安的问题；在执行案件中，则涉及到执行标的变现应该先给谁的问题；在破产案件相当于是众多债权的集中执行，就涉及到刑案背后利益主体的权益是否能够优先。

相信争议会很多，笔者比较认可四川省高级人民法院《关于审理破产案件若干问题的解答》中的意见，并且认为这个意见的原则应当可以适用于其他破产涉刑案件。该《解答》第四部分“债权申报和审查”第13项关于“债务人或相关人员因涉嫌非法集资类刑事犯罪，相关刑事案件的被害人能否在破产程序中主张债权？”问答[19]的解决思路是：1、如果应刑事案件的涉案财产特定化，可与破产财产区分，那么该特定财产不属于破产财产，应通过在刑事程序中退赔等方式返还给受害人；2、如果无法区分或者无区分必要的财产，则应当入破产财产在破产程序中一并处理；3、在第二种情况下，应允许刑事被害人在破产程序中以申报债权的方式行使权利。4、相较于因与债务人正常交易而产生债权的债权人，刑事案件被害人作为非法金融活动的参与者，其往往本身也具有一定的过错，其享有的权利依法不能优于合法的普通民事债权人。

注释

[1]如前述，债权、债务、费用等本质上可以是同一法律关系的一体多面。从应收的权利看均可认为是债权，而从应付的义务或负担看则均可以看作是债务。

[2]主要是：1、《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第一条、第二条；2、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

第三十六条；3、《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条、第二十九条。

[3]《全国法院民商事审判工作会议纪要》（即“九民会”纪要）对“买受人名下无其他用于居住的房屋”、“已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”等做了变通解释。

[4]实践中还存在以所有权调换方式获得拆迁安置补偿的债权人优先问题，这类情况被作为第一优先。

[5]法定优先权还有：《民用航空器法》第18到22条规定的民用航空器优先权；《海商法》第25条规定的船舶优先权。

[6]破产法及其理论研究中形成了一套固有的名词体系，对多面的对象从一面命名，并没有专门从债权角度进行统一命名。笔者在此做的命名并不是想要创新，只是为了更好地阐释债权角度的问题。

[7]强弱是相对概念，梯度：特别优先权、一般优先权、普通债权。参考王欣新著《破产法》，职工人民出版社2011年第三版，第九章。

[8]见王欣新著《破产法》，中国人民大学出版社2011年第三版，第288页

[9]在民法典研究中，学者们将民法典第四百一十六条的规定称作超级优先权。破产法研究中似无限定，大概指优先于担保债权的优先权。

[10]1、徐阳光，《税收债权与担保债权在破产中孰先孰后？绍兴中院判决书解读》，中国破产法论坛，2018年2月25日；2、苏州中院，《苏州中院判决书确认破产程序中抵押权优先于税收债权》，中国破产法论坛，2022年8月25日。

[11]参见《中华人民共和国土地增值税暂行条例》。

[12]夏正芳、李荐：《房地产开发企业破产债权的清偿顺序》，载《人民司法（应用）》2016年第7期。

[13]参考申林平律师关于上市公司破产重整情况的持续的年度报告。例如，《中国上市公司破产重整2021年度报告》，见2022年1月1日破产法快讯。

[14]本人不严谨的说法，相信读者理解其意。

[15]《破产法》第五十九条规定，除非放弃优先权，优先债权人对和解协议、破产财产分配等没有表决权。又根据《破产法》第六十四条规定，对

于债务人财产管理方案和破产财产变价方案只享有有限表决权，即只计算入表决人数，不计算债权额度。

[16]前文已经提到，我国商品房预售制度是对房地产投资转化为财政收入的支撑，严格限制预售房款的使用会使这种转化难以实现。由于本文不是专门讨论这一议题的，点到为止。

[17]例如酒店破产，给酒店供应蛋糕的个体户。

[18]最高人民法院关于《破产法》解释（三）第三条规定“破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金”，“债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认。”由于大家对“受理后”有不同理解，实践中出现两种做法，一是将受理前的滞纳金作为普通债权认定，对受理后的不予认定；二是对自始至终的滞纳金均不认定。

[19]原文：“破产程序中涉及非法集资类犯罪问题时，首先应把刑事案件的涉案财产与破产财产进行区分。对于应返还给刑事案件被害人的特定财产，不属于破产财产，应通过在刑事程序中退赔等方式返还给受害人；对于已无法区分或者无区分必要的财产，则应当纳入破产财产在破产程序中一并处理。鉴于非法集资与民间借贷，均是以借款合同为基础而形成的法律关系，只是前者因人数、情节、影响达到了需要刑事法律调整的范围而受到刑法的否定性评价，为公平保护刑事被害人的权利，应允许刑事被害人在破产程序中以申报债权的方式行使权利。在债权数额认定上，相较于因与债务人正常交易而产生债权的债权人，刑事案件被害人作为非法金融活动的参与者，其往往本身也具有一定的过错，其享有的权利依法不能优于合法的普通民事债权人，对其债权通常按民间借贷规则进行调整。”

网站链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/jKG1LslanbwwlZk4vzmJ0Q>

五、文书选登（第72期） | 破产申请受理后产生的共益债权不属于需要申报的债权，管理人应当主动予以认定

重庆破产法庭 2022-09-14 11:25 发表于重庆

裁判摘要

《中华人民共和国企业破产法》第四十四条的规定，人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。因此，破产申请受理之前形成的债权，才需要依法申报并行使权利，而破产申请受理之后产生的共益债权并不属于需要申报的债权，管理人应当主动予以认定。故海升公司未申报债权并不影响其权利行使。

福建省高级人民法院

民事判决书

(2018)闽民终673号

上诉人（原审被告）：福建四海建设有限公司，住所地福建省厦门市思明区塔埔东路169号4F。法定代表人：宋勇进，该公司董事长。

委托诉讼代理人：李秀琴，福建联合信实律师事务所律师。委托诉讼代理人：王巧玲，福建联合信实律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：厦门麟龙酒业有限公司，住所地福建省厦门市湖里区金山街道湖边社区下湖社91号第四层。法定代表人：张碧龙，该公司总经理。

上诉人（原审被告）：张碧龙，男，1972年4月4日出生，汉族，住福建省厦门市思明区。

被上诉人（原审原告）：厦门海升基础工程建设有限公司，住所地福建省厦门市湖里区台湾街6号嘉隆公寓305-308室。法定代表人：洪子云，该公司总经理。

委托诉讼代理人：王福生，福建东方格致律师事务所律师。

上诉人福建四海建设有限公司（以下简称四海公司）、厦门麟龙酒业有限公司（以下简称麟龙公司）、张碧龙因与被上诉人厦门海升基础工程建设有限公司（以下简称海升公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02民初838号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年6月20日受理后，依法组成合议庭开庭进行了审理。上诉人四海公司的委托诉讼代理人李秀琴、王巧玲，被上诉人海升公司的委托诉讼代理人王福生到庭参加诉讼。麟龙公司、张碧龙经本院依法传唤，未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

四海公司上诉请求：撤销福建省厦门市中级人民法院（2017）闽02民初838号民事判决，改判驳回海升公司的全部诉讼请求。事实和理由：一、案

涉工程尚未进行结算，张碧龙与海升公司的结算不能构成表见代理。2015年5月5日，一审法院裁定受理对四海公司破产重整申请，四海公司的财产和营业事务也在法院的组织下移交给管理人，直至法院于2016年1月27日批准重整计划草案。海升公司提交的《建筑工程（桩基）决算清单》的落款日期是2015年11月9日，此时四海公司的营业事务已交由管理人决定，若进行结算也应经过管理人的同意并加盖管理人印章。但《建筑工程（桩基）决算清单》上加盖的是“福建四海建设有限公司项目部经理部”印章，该印章上已刻制“仅用于技术资料使用，用于签约或担保无效”的文字，说明海升公司明知结算行为不是管理人作出，且加盖的印章明确注明不用于签约，还与张碧龙签订决算清单，故其不是善意第三人，不能构成表见代理。另外，“决算”是对海升公司经济利益和财产权利的处分，会产生和“签约”、“担保”一样的法律后果，而且“决算”是履行建设工程施工合同过程中最为重要的环节，故一审法院认为“本章用于签约及担保无效，但按照一般理解，决算并不属于签约或担保，而是对既有合同的履约行为，不属于用章无效的范围”存在严重错误。二、本案应变更为债权确认之诉，而非给付之诉。根据《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条“债权人就争议债权起诉债务人，要求其承担偿还责任的，人民法院应当告知该债权人变更其诉讼请求为确认债权”之规定，一审法院在审理时应当向海升公司释明其应当变更诉讼请求为确认债权，但一审法院并未履行释明义务。三、四海公司现处于重整计划草案执行阶段，海升公司未在规定的申报期内申报债权，在重整计划草案执行阶段不得行使权利。一审法院已于2016年1月27日裁定批准四海公司的重整计划草案，四海公司现处于重整计划执行期间。根据《中华人民共和国企业破产法》第九十二条“经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。债权人未依照本法规定申报债权的，在重整计划执行期间不得行使权利；重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。”之规定，海升公司应向管理人申报债权，并按照重整计划草案规定的同类债权的清偿条件行使权利。麟龙公司、张碧龙上诉请求：撤销一审判决，改判驳回海升公司的全部诉讼请求。

事实和理由：一、一审法院已经受理四海公司的破产清算申请，故应向海升公司释明将本案变更为债权确认之诉，如海升公司拒绝变更，则应判决驳回其诉讼请求。《中华人民共和国企业破产法》第十六条规定“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”的规定，海升公司要实现其对四海公司的债权，应依照破产法的规定行使权利，不允许再提出单独的给付请求。故本案应参照《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条的规定处理，一审法院支持海升公司的诉讼请求，适用法律错误。二、本案不存在使海升公司足以相信张碧龙具有代理权的情况，张碧龙的行为不构成表见代理。首先，《建筑工程（桩基）决算清单》《建筑工程（桩基）决算付款

确认书》签订时间分别为2015年11月9日和2016年2月24日，此时一审法院已经裁定受理对四海公司重整申请长达半年以上，海升公司知道或者应当知道四海公司的财产及经营事务已由法院指定的管理人负责，主观上不具有善意。其次，《建筑工程（桩基）决算清单》中加盖的印章只是四海公司项目经理部的印章，且明确注明“本章用于签约及担保无效”，《建筑工程（桩基）决算付款确认书》中没有加盖四海公司印章或法定代表人签字。综上，前述两份文件均未经过四海公司管理人确认，也没有加盖四海公司公章或由法定代表人签字，张碧龙也未获得四海公司的书面授权。故应认定《建筑工程（桩基）决算清单》《建筑工程（桩基）决算付款确认书》均不具有法律效力，案涉工程未经决算，海升公司要求支付工程款的条件尚未成就。三、海升公司要求支付工程款的条件尚未成就，故其要求支付律师费无合同依据，不应予以支持。海升公司辩称：一、关于涉案桩基工程是否已经结算问题。海升公司和四海公司2014年签订的《桩基承包合同书》合法有效。海升公司依约于2015年11月6日前完成了施工任务，并于2015年11月9日向四海公司提交了“建筑工程（桩基）决算书”。四海公司的签约代表人和担保人张碧龙及四海公司的项目部均有签字和盖章，证明2015年11月9日四海公司收到了海升公司提交是建筑工程决算书。依据《桩基承包合同书》第五条的约定，四海公司在收到海升公司提交的工程结算书5天内给予审核确认，若逾期不答复的，则视为认可该工程结算书。所以双方对桩基工程已经进行结算，“建筑工程（桩基）决算书”对双方具有约束力。二、关于本案是否应变更为债权确认之诉问题。1.《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》明确了该解释的适用范围，本案明显不属于该解释的适用范围。2.即便按照前述司法解释的规定，也只是对有争议的债权才需要提起确认之诉，而《建筑工程结算书》及《建筑工程（桩基）决算付款确认书》中均明确本案债务是无争议的，四海公司至今也没有任何证据证明其对《建筑工程决算书》存在异议并在合同约定时间告知海升公司。3.事实上，一审法院依据《中华人民共和国企业破产法》的有关规定，对合同中约定的利息及违约金未作确认，就是对案涉债权进行确认的一种方式。虽然海升公司对一审法院不予认定违约金存有异议，因为双方约定的是违约金和资金占用费，不全是利息。同时，本案除了债务人之外还有担保人，法院经过审理确定债务人应支付的债务金额，亦是债权一种确认方式。三、关于张碧龙是否构成表见代理的问题，一审判决已经阐述的很清楚。张碧是四海公司的签约代表人，又是四海公司的履约担保人，同时工程款项又通过张碧龙支付，四海公司在合同履行过程中的事项都是张碧龙确定，张碧龙对该桩基工程具有发包方的全部权利和义务，完全符合表见代理的构成要件。四、关于本案工程欠款是否应立即支付的问题。1.涉案桩基工程是在四海公司破产重整之前签订的，在法院受理破产重整之后，四海公司没有告知海升公司这一事实，只是要求海升公司依约完成施工，直至海升公司起诉后移送管辖海升公司方知四海公司破产重整，四海公司的这一

行为完全背离诚实信用的原则。2. 本案工程欠款是在法院受理破产申请后发生的债务，依据《中华人民共和国企业破产法》第四十二条第一款规定，对四海公司而言属于共益债务。根据《中华人民共和国企业破产法》第四十三条规定，四海公司应随时清偿。3. 本案属于有担保人承担保证责任的债权，海升公司是否申报债权不影响其要求保证人承担保证责任，支付工程欠款，《中华人民共和国企业破产法》第九十二条第三款对此亦有规定。海升公司向一审法院起诉请求：1. 四海公司立即支付尚欠的105万元工程款；2. 四海公司支付自2016年2月21日至实际付清工程款日止的利息及资金占用费（按欠款总额105万每月2%计算，暂计算至2017年6月20日，为33.6万元；扣除2017年1月25日支付的20万元利息及资金占用费，至2017年6月20日还需支付的利息及资金占用费13.6万元）；3. 四海公司支付海升公司逾期付款违约金20.58万元（以1-5年贷款利率4.90%的4倍计算）；4. 四海公司支付海升公司因本案诉讼发生的律师费130860元；5. 麟龙公司和张碧龙对四海公司的前述付款义务承担连带清偿责任。一审法院认定事实：1. 2014年4月2日，四海公司作为发包方、海升公司作为承包方，签订了编号为HS20140328号《桩基承包合同书》一份，张碧龙在合同落款“发包方”处签字，并加盖“福建四海建设有限公司”公章。合同约定：甲方（即四海公司）将承包拟建的厦门火车站（新）站1#地块安置房工程静压沉管灌注桩任务委托给乙方（即海升公司）施工。四海公司委派张静山为现场代表，代表公司处理工程上有关事务，及时在海升公司提供的符合要求的资料上签证。关于工程款结算及支付方式：四海公司在收到海升公司提交的工程结算书5天内给予审核确认，若逾期不予答复的，则视为认可该工程结算书。如四海公司在打桩完成十五天内未能进行工程量结算，则以建设单位（或监理单位）代表确认的施工记录作为付款依据。如四海公司未能按合同规定履行付款义务，工期及工程验收可相应顺延，并按欠款总额的1%日计取支付海升公司，作为对海升公司的资金占用费及违约金、资金占用费及违约金的合计最高不高于所欠工程款的50%；如引起诉讼，违约方应承担另一方律师费用。四海公司法人或签约代表人对本合同履行应承担连带责任，即四海公司所欠的工程款，应由签约方法人或代表人承担偿还责任。2. 2015年11月9日，张碧龙作为四海公司代表人与海升公司签订《建筑工程（桩基）决算清单》一份，并加盖“福建四海建设有限公司厦门火车（新）站1#地块安置房项目经理部本章用于签约及担保无效”的印章。决算清单中载明，经双方协商最终决算工程款为1150000元，扣除2015年2月15日已付款项50000元，尚欠工程款1100000.00元。另约定：2016年2月20日前付清全部工程款。如发包单位（即四海公司）未能在以上约定时间付清工程款，从2015年11月20日起四海公司愿承担按欠款总额3%月息计取支付海升公司，作为对海升公司的资金占用费及违约金；如引起诉讼，并由违约方承担对方因本次诉讼所支付的一切费用，包括但不限于诉讼费用、律师费用等。四海公司法人和签约代表人张碧龙对四海公司所欠工程款应承担连带责任。3. 2016年2月24日，海升公司与四海公司、麟龙公司、张碧龙

签订《建筑工程（桩基）决算付款确认书》，张碧龙代表四海公司在“发包单位：福建四海建设工程有限公司（甲方）”处签字，麟龙公司由张碧龙作为代表人签字，并加盖麟龙公司印章。该付款确认书中载明：甲方（即四海公司）尚欠工程款为1050000元。“甲方（张碧龙）”支付按欠款总额2%的月息作为利息及资金占用费给乙方（海升公司），利息及资金占用费按月计算，并承诺于2016年8月20日前付清全部工程款及利息资金占用费，如四海公司未能如期付清全部欠款及利息资金占用费，违约金按中国人民银行同期商业贷款利息的4倍计算支付，并承担海升公司诉讼的律师费用。麟龙公司及张碧龙本人同意作为四海公司的担保人，对以上欠款债务的偿还承担连带责任，担保期限至四海公司还清以上欠款债务为止。

4. 2017年6月20日，海升公司与福建东方格致律师事务所签订《委托代理合同》，委托该律所代理本案，收费方式为乙方（即律所）先收取基本费10000元，案件受理后和解、判决、调解，再按照生效法律文书或当事人确定的工程款的5%、利息及资金占用费和违约金的20%收取律师代理费（不含基本费10000元）。2017年11月29日，海升公司向福建东方格致律师事务所支付10000.00元，用途为“北站安置房项目律师费”。

5. 2015年5月5日，一审法院作出（2015）厦民破字第1号民事裁定，受理申请人林春辉对被申请人四海公司的重整申请，指定致同会计师事务所（特殊普通合伙）厦门分所担任四海公司管理人。2016年1月27日，一审法院作出（2016）厦民破字第1-2号民事裁定，批准四海公司重整计划草案，终止四海公司重整程序。

6. 2015年2月12日、2016年2月6日张碧龙先后两次向海升公司法定代表人洪子云转账50000元，两笔合计100000元；2016年2月24日张碧龙通过张雪萍向洪子云支付两笔款项合计76000元；2017年1月25日四海公司向海升公司转账支付200000元。以上款项共计376000元，各方确认均系用于履行本案讼争合同。一审法院认为，海升公司与四海公司经平等协商于2014年4月2日签订的《桩基承包合同书》，系双方真实意思表示，内容合法有效，双方均应严格按照合同履行各自的权利义务。现双方对海升公司已经依约完成相应的桩基工程并无争议，争议的焦点是2015年11月9日张碧龙代表四海公司与海升公司进行的决算行为是否有效、付款条件是否成就的问题。首先，2014年4月2日四海公司与海升公司签订的《桩基承包合同书》由张碧龙作为签约代表在“发包方”处签字，四海公司对其签字行为予以认可，并加盖了公司公章予以确认。其次，决算行为发生前，张碧龙代表四海公司先后于2015年2月12日、2016年2月6日向海升公司法定代表人洪子云支付了部分工程款项。决算后，张碧龙也再次代表四海公司向洪子云支付了部分款项。最后，《建筑工程（桩基）决算清单》落款处加盖了“福建四海建设有限公司厦门火车（新）站1#地块安置房项目经理部”的印章，足以印证张碧龙持有、控制项目部的印章，对讼争项目具有管理权限。虽然该印章注明“本章用于签约及担保无效”，但按照一般理解，决算并不属于签约或担保，而是对既有合同的履约行为，不属于用章无效的范围。综上，即使四海公司未授权张碧龙与海升公司就讼争工程进行决算，

海升公司也有充分理由相信张碧龙有权代表四海公司，张碧龙的行为构成表见代理，其决算行为有效，讼争合同项下约定的付款条件已经成就。海升公司诉求四海公司支付尚欠工程款，于法有据，应予支持。关于尚欠工程款的金额。根据双方2015年11月9日决算清单确认，最终决算工程款为115万元，审理中，各方确认讼争合同项下已支付款项共计为37.6万元。虽然讼争承包合同书及前后两次决算书中对利息、资金占用费、违约金等进行了约定，但是根据《中华人民共和国企业破产法》第四十六条的规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。法院已于2015年5月5日受理了四海公司的破产申请，故应当认定已支付的37.6万元均系用于支付工程款本金，海升公司诉求四海公司支付所欠工程款项自2016年2月20日起至实际付款之日止的利息及资金占用费，于法无据，不予支持。据此，尚欠工程款总额应为77.4万元（115万元-37.6万元）。关于海升公司诉求的律师费，虽然委托合同中对律师费的支付标准进行了约定，但是海升公司仅提交了10000元律师费的支付凭证，超出部分的律师费尚未实际发生，海升公司主张支付律师费130860.00元，缺乏事实依据。根据讼争合同，违约方应承担另一方律师费用，故四海公司应向海升公司支付律师费10000元。麟龙公司、张碧龙自愿在2016年2月24日的《建筑工程（桩基）决算付款确认书》中承诺作为四海公司的担保人，对四海公司向海升公司的债务承担连带责任，保证期限至四海公司还清欠款为止。故海升公司诉求麟龙公司、张碧龙对四海公司所欠款项承担连带清偿责任，合理、合法，予以支持。四海公司、麟龙公司、张碧龙辩称，参照《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第九条第二款的规定，海升公司提起的给付之诉应变更为确认债权之诉。但《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》开篇即明确其适用范围为“人民法院审理企业破产法施行前受理的、施行时尚未审结的企业破产案件”，明显不适用于本案，四海公司、麟龙公司、张碧龙的主张不能成立。综上所述，海升公司的诉讼请求部分成立，予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第四十九条、第六十条，《中华人民共和国企业破产法》第四十六条的规定，一审法院判决：一、四海公司应于判决生效之日起三日内向海升公司支付工程款774000元；二、四海公司应于本判决生效之日起三日内向海升公司支付律师费10000元；三、麟龙公司、张碧龙对四海公司的上述债务承担连带清偿责任，麟龙公司、张碧龙在承担连带清偿责任之后，有权向四海公司追偿。一审案件受理费18504元，由海升公司负担6864元，由四海公司、麟龙公司、张碧龙负担11640元。二审期间，四海公司提供以下证据：证据1，四海公司重整计划草案，拟证明：1. 四海公司的重整计划草案期间自2016年1月27日至2021年12月31日；2. 债权人未在申报期内申报的申报债权，在重整计划执行期间不得行使权利，在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利；3. 普通债权按确认金额按10%比例分六期清偿。证据2，人民法院报公告，拟

证明：1. 四海公司债权申报的期限自2015年5月21日（公告之日）至2015年7月10日；2. 未依法申报的债权，在重整计划执行期间不得行使权利，在重整计划执行完毕后可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。证据3，山东省高级人民法院（2017）鲁民终71号判决书、福建省福州市中级人民法院（2015）榕民终字第5985号判决书、福建省厦门市中级人民法院（2015）厦民初字第1593号判决书，已有多案例佐证《最高人民法院〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》的适用范围不仅包括该规定施行时尚未审结的企业破产案件，当然也适用于企业破产法实施后；2. 经法院释明后原告应变更诉讼请求为确认之诉。海升公司质证认为：对证据1、证据2的真实性没有异议，但该证据在一审已经存在，不属于二审新证据，不能作为二审的新证据使用；另外对证明对象有异议，当事人形成债务的时间是在四海公司破产重整公告之后才产生。对于证据3，人民法院的判决不能作为证据使用，且没有证据证明第一份判决书已经生效，该判决书中也没有明确只能提起确认之诉；第二份判决书，第三份判决书中，海升公司提起的是确认之诉，故法院当然只作确认之诉的判决。麟龙公司、张碧龙未进行质证。本院认证认为，海升公司对于四海公司提交的证据1、证据2真实性没有异议，且该证据与本案审理具有关联性，本院予以采信。四海公司提交的证据3与本案没有关联性，本院不予采信。本院查明：《桩基承包合同书》第二条约定“总工期：从打第一根工程桩起55天内施工完成。如遇雨天，自然灾害或停电、法定节假日或变更设计、地质障碍，工期相应顺延。如遇当地居民不允许连续施工，工期相应顺延。”第三条约定“甲方（四海公司）职责：1. 提供现场三通一平一排（路通、电通、水通、平整场地、场地排水）……。2. 提供完整的施工图纸三份、测绘坐标报告壹份、地质资料壹份。”《建筑工程（桩基）决算清单》中载明，四海公司应向海升公司支付368天的停工窝工补偿款合计441600元。本院另查明：《福建四海建设有限公司重整计划草案》第4.4.5条“债权人未在债权申报期限内申报债权，在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。”第4.5条载明“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿……。”二审期间，双方当事人的争议焦点是：1. 《建筑工程（桩基）决算清单》《建筑工程（桩基）决算付款确认书》对四海公司是否具有约束力；2. 海升公司能否对四海公司提起给付之诉，四海公司是否应当立即支付工程款；3. 四海公司是否应当赔偿海升公司支付的律师代理费。对此，本院查明认定如下：一、关于《建筑工程（桩基）决算清单》《建筑工程（桩基）决算付款确认书》对四海公司是否具有约束力的问题。首先，张碧龙作为四海公司的代表人在案涉《桩基承包合同书》中签字，即四海公司曾委托张碧龙与海升公司签订案涉《桩基承包合同书》。其次，四海公司在一审中确认，张碧龙还是四海公司案涉项目的现场负责人，且法院受理破产重整申请后，四海公司并未书面通知海升公司终止张碧龙的代理权限，相反继续接受海升公司的合同履行行

为，并由张碧龙代付工程款。另外，张碧龙个人为案涉债务提供保证担保，其确认的工程造价，没有理由加重自身的担保责任。前述事实足以使海升公司相信张碧龙具有代理权，故张碧龙代表四海公司签订《建筑工程（桩基）决算清单》《建筑工程（桩基）决算付款确认书》的行为，构成表见代理，对四海公司具有法律上的约束力。

二、关于海升公司能否对四海公司提起给付之诉，四海公司是否应当立即支付工程款的问题。首先，案涉《桩基承包合同书》签订于2014年4月2日，约定的施工工期为“自打第一根工程桩起55天内”。另外，《建筑工程（桩基）决算清单》中记载，海升公司停工窝工368天，该事实经四海公司的现场负责人张碧龙签字认可，可以作为定案依据。由此计算，海升公司的工期至少应当延续至2015年6月1日，即在一审法院裁定受理四海公司的破产重整申请之后。结合四海公司并未举证证明海升公司何时开始施工以及何时完成施工任务，故对于海升公司主张其在一审法院受理破产重整申请之后仍在施工的事实，应予以确认。其次，《中华人民共和国企业破产法》第四十二条规定：“人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（一）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；……。”如前所述，法院裁定受理对四海公司的破产重整申请后，四海公司并未通知海升公司终止履行合同，而是让海升公司继续完成了全部施工任务，应当视为四海公司认可并接受海升公司的履行行为，由此而产生的债务属于共益债务。虽然，海升公司在受理破产重整申请前可能已经部分施工，但其施工行为具有延续性，而四海公司对于破产重整申请受理前和受理后产生的工程款具体数额并未举证予以区分，结合保证人张碧龙已支付了部分工程款，且该部分工程款应认定为清偿形成在前的债权，故目前四海公司尚欠的工程款，均应认定为属于其共益债务。再次，《中华人民共和国企业破产法》第四十四条的规定，人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。因此，破产申请受理之前形成的债权，才需要依法申报并行使权利，而破产申请受理之后产生的共益债权并不属于需要申报的债权，管理人应当主动予以认定。故海升公司未申报债权并不影响其权利行使。最后，《中华人民共和国企业破产法》第四十三条第一款规定：“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。”《福建四海建设有限公司重整计划草案》中亦作了如是约定。既然债务人应当“随时清偿”，则共益债权人就可以随时主张，何况四海公司的重整计划已执行近三年时间，但至今仍无清偿案涉共益债权的意愿，故海升公司要求四海公司立即清偿案涉工程款，即提起给付之诉，符合法律规定。

三、关于四海公司是否应当赔偿海升公司支付的律师代理费的问题。案涉《桩基承包合同书》对四海公司逾期付款引发纠纷的律师费负担作了明确约定，故一审法院判令四海公司赔偿海升公司因本案支出的律师费，有合同依据。综上所述，四海公司、麟龙公司、张碧龙的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，判决结果并无不当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：驳回上

诉，维持原判。本案二审案件受理费11640元，由上诉人福建四海建设有限公司、厦门麟龙酒业有限公司、张碧龙共同负担。本判决为终审判决。

审 判 长 陈恩强
代理审判员 黄 曦
代理审判员 李秀英
二〇一九年七月三十一日
法官助理 高海宁
书 记 员 叶 锦

网址链接：https://mp.weixin.qq.com/s/RAOPf5XWepU3gJBhT7S6_Q

六、人民司法 | 迎接个人破产时代的制度绸缪

重庆破产法庭 2022-09-09 11:31 发表于重庆

以下文章来源于人民司法杂志社，作者王欣新



今年，我国企业破产法在施行15年后启动了法律修改程序。在破产法的修改中，除对原有制度的完善之外，还将根据司法实践需要，建立一些新的破产制度，其中，个人破产制度最为社会公众所关注。个人破产制度的建立，对我国改革开放以及市场经济持续深入发展将起到重要的调整与促进作用，甚至可以说，具有较之完善企业破产更为重要、广泛、深远的社会意义。个人破产立法不仅是单纯一项破产法律制度的建立，对个人债务人与债权人的正当权益会起到重要保障作用，并使企业破产与个人破产能够相辅相成、融合促进，全面实现破产法的社会调整目标。因此，在破产法的修改中，增加个人破产制度的社会呼声最高。

2021年3月1日，由广东省深圳市人大通过的《深圳经济特区个人破产条例》正式施行，开启了我国个人破产制度的探索。1年多来，深圳市中级人民法院所审结的个人破产案件中，已经包括个人破产重整、和解、清算、庭外和解制度4种类型，为全国立法、司法积累了鲜活的经验。除广东深圳外，浙江、江苏、山东、四川等地人民法院也积极开展个人债务清理工作，最高人民法院也在持续积极推动建立我国个人破产制度。本期策划立足深圳个人破产制度的改革探索，检视实施效果，提炼样本经验，探讨从地方试点到国家立法的制度实施路径，提出构建完整、高效现代化破产办理体系的设想。

内容提要

个人破产具有重要的社会意义，通过设定促进竞争、鼓励创新、宽容失败、保障生存的立法目的，将对我国改革开放和经济的市场化、法治化发展起到重要的调整与促进作用。在破产法的修改中增加个人破产制度的社会呼声很高，为了迎接个人破产时代的到来，应当提前做好各项辅助与准备工作。为此，需要对个人破产立法中需要进一步具体规定的操作性问题及时制定司法解释，此项工作在破产法修改制定的过程中就应当同步准备进行。此外，与个人破产相关的法律法规和配套社会制度也需要进行修改、建立与完善，如取消参与分配制度、建立遗产破产制度、健全对破产犯罪的规定和打击力度等。为保障个人破产的顺利实施，还应当建立与个人破产相关的政府破产管理行政机构和社会

服务机构，并建立各种个人债务的法庭外清理制度。

一、个人破产制度的重要社会意义

破产是市场经济主体（无论是经营主体还是消费主体）在市场竞争规律的优胜劣汰之下必然会发生的社会现象。破产法通过对债权人、债务人等利害关系人权益的保护，实现对债权人的公平清偿，保障债务人的有序退出、债务清理以及挽救再生，是维持市场经济正常运行的基础法律。

企业破产法在施行多年之后启动了法律修改程序。在破产法的修改中，除对原有制度的完善之外，还将根据司法实践的需要，建立一些新的破产制度，如金融机构破产、实质合并破产、简易破产程序以及小微企业破产程序、跨境破产程序等制度。在这些制度中，最为社会公众所普遍关注的就是个人破产制度。

个人破产制度的建立，对我国改革开放以及市场经济持续深入发展将起到重要的调整与促进作用，甚至可以说，具有较之企业破产更为重要、广泛、深远的社会意义。个人破产立法不仅是单纯的一项破产法律制度的建立，对个人债务人与债权人的正当权益会起到重要的保障作用，并使企业破产与个人破产能够相辅相成、融合促进，全面实现破产法的社会调整目标，而且还是我国在市场化、法治化、国际化方面推进的一项重大的社会政策，是对法律与社会的深度改革与开放，对市场经济体制及其法律体系的健全、完善，对营商环境的提升、宜商目标的实现具有重要意义。所以个人破产立法的目的与作用，还包括通过其对市场经济与社会全方位、多层次的调整作用，以实现更为广泛的基础性社会利益，这是我们在评价和进行个人破产立法时必须予以充分认识的。

第一，市场经济的发展需要最大限度释放所有市场主体的经济活力，尤其是企业家的创造能量，为创业、创新与竞争、发展提供制度支撑、风险控制和社会保障。个人破产法中的各项制度设计，要实现促进竞争、鼓励创新、宽容失败、保障生存的立法目的，通过自由财产和免责等个人破产特色制度激励债务人积极回归社会、创造财富，促进市场经济发展、维护社会稳定。

第二，通过建立企业与个人全面的市场主体破产制度，建立起规范、公平、有效的债务清偿机制，保障市场经济秩序，促进社会诚实、信用理念的发展，实现市场经济公平、公正的基本原则。

第三，个人破产法的制定有助于保障债务人的人权，即其作为人的生存权与发展权，进而为其在经济上提供人权的基础保障，使其在财务破产崩溃的情况下能够维持较为正常的经济活动与社会生活。这是任何一个市场经济社会都

应当具备的基本功能，为此在个人破产法中要设置与企业破产不同的体现个人生存权和发展权的相关制度，尤其是自由财产与免责等制度。

第四，通过对个人债务在破产法律制度下的妥善处理，缓和、化解、消除由此可能产生的社会矛盾、负面因素，乃至因债务纠纷激化、生活无出路产生的违法犯罪行为，营造建立稳定、和谐社会的坚实基础，为市场经济的健康发展提供法律与制度保障。所以，个人破产法的制定具有重要的积极社会意义。

鉴于个人破产制度具有的重要社会意义及调整作用，笔者认为，个人破产制度大概率会纳入破产法修改增加的内容中。未雨绸缪，为了迎接个人破产时代的到来，我们应当提前做好各项准备工作。

二、个人破产立法的持续健全完善

如破产法修改确定要增加规定有关个人破产的章节，为保障个人破产立法后的顺利实施，我们还需要继续从立法角度对个人破产制度予以完善。由于这一次破产法需要修改的内容很多，既包括企业的破产，也包括个人的破产，还包括很多原来在破产法中没有设置的新制度，如前述的实质合并破产、跨境破产、金融机构破产等，诸多新内容都要纳入一部破产法之中，就使得一些立法章节的内容可能要适当原则化、简略化，以适应立法容量的适当要求。

从破产法的社会性质看，属于实体法与程序法密切结合的法律，内容繁多，涉及范围较广，且具有很强的实施操作需求，客观上讲本应是法律条款较多的立法。如美国破产法的条款达1000多条，法国破产法有600多条，德国破产法属立法较为明确简洁的，也有300多条。法律之优劣本不以条款数量为标准，但是如果立法条款数量明显与其承担的社会调整任务不相匹配，过于粗略，不敷使用，法官裁判案件缺乏具体依据，总是需要向上级法院、上级领导请示，等待批复批准，则恐难称为适格的立法。

但另一方面，立法之粗细也需要看一国之立法传统和立法时的背景环境。我国的立法（指法律）历来以较为粗略为惯性模式，这可能与过去立法较为重视其政治性、社会性，而对立法的技术性、操作性考虑不足有关。所以，笔者一直主张立法在可能的情况下应当宜细不宜粗。在立法较为粗略的同时，为解决实务操作问题，就需要以大量的司法解释作为次级的辅助立法，且往往留有法官的裁量空间。

从个人破产立法的背景环境看，个人破产在我国属于全新的立法内容，过去基本上没有完整的实践操作经验，也缺乏深入的制度理论研究，要求初次立法就规定得十分具体，也确实存在一定的困难。加之，我国现行企业破产法仅134条，在修改过程中不仅要对原有规定予以完善，还需要建立一系列包括个

人破产在内的新制度，如果能够争取将条文扩充到二三百条，较之过去就已经算是大大的进步了。所以，仅靠一个立法章节一般二三十条的容量，确实是难以将个人破产问题规定得较为具体（《深圳经济特区个人破产条例》作为个人破产的地方性法规就有200余条）。

此外，在个人破产的立法过程中，由于其涉及的社会面甚广，参与立法的诸多部门和人员之间难免存在各种不同观点，而规定的条款越多，内容越复杂，在缺乏普遍性成功实务操作经验为信服依据的情况下，争议就会越多，且难以解决，进而可能会延误立法进程。将立法的规定内容适当粗略化，重点放在原则性问题上，可以避免或减少争议，加快立法出台进程。而将一些操作性问题的规定交由司法解释解决，有助于避开无益争议，既体现出专业立法的需要，也不致影响个人破产立法的实施。

据此，如果在本次破产法修改中将个人破产规定进立法中，不仅是破产法立法的阶段性完成，在某种程度上更是个人破产立法制度建设的一个新开始。对立法中那些不够具体、不够细化的问题，需要最高人民法院继续及时制定一批司法解释来加以解决。

为了使破产法中的个人破产规定与司法解释的规定能够无缝衔接，保障个人破产制度尽快顺利实施，最高人民法院在参与破产法修改的过程中，就需要开始认真准备并着手进行个人破产司法解释的起草制定工作。

笔者认为，最好是在破产法修改制定的过程中，同步准备个人破产司法解释的起草基础工作。这就需要最高人民法院在个人破产立法过程中，随时收集各种立法意见与参考资料，把握立法机关在个人破产不同立法问题上的态度，明确个人破产规定的立法本意，记录立法讨论意见，同时开始分步骤逐个问题或章节地起草个人破产司法解释条款。

为了保证个人破产司法解释具有完整的体系性、逻辑性和可操作性，一定要有一个整体的司法解释制定计划，避免出现司法解释盲目应对、内容杂乱的无序状况。为解决实践及时适用的需要，司法解释的制定采取分批次出台要比一次性整体制定出台更为适宜，震动影响较小，也更利于在最高人民法院审判委员会上通过。鉴于制定司法解释的人力可能不足，可以提前考虑抽调有经验的地方法院人员、聘请熟悉个人破产理论与实务的学者或中介机构人员参加。这样做的益处，不仅可以确保在个人破产制度纳入立法以后，司法解释能够及时出台指导实践，保障我国的个人破产制度尽快付诸实施，而且在对个人破产立法工作保持新鲜记忆度的情况下制定司法解释，有利于降低时间、精力等各方面成本，提高立法正确度，并且取得良好的社会效果。

即使在破产法修改中暂时未能将个人破产制度纳入在内，最高人民法院仍然可以将相关专业知识和规范制度储备起来，并继续应用于实践中的个人债务集中清理等试点工作，继续推动个人破产制度在中国的建立。因为，中国作为一个市场经济国家，是不可能长期不建立个人破产制度的，这是违背市场经济一般规律的。

三、个人破产相关法律和配套社会制度的修改、建立与完善

个人破产立法制定出台后，其内容可能会与一些原有的法律、司法解释和相关社会制度产生矛盾，或在适用中暴露出新的漏洞，所以其顺利实施还需要其他相关立法和配套制度的协调与支持。在个人破产立法出台之后，我们还需要对其他与个人破产立法相关尤其是相冲突的法律制度进行必要的调整。

例如，对最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称民诉法解释）第506条等规定的个人债务人资产不足以清偿债务时适用的参与分配制度，应当考虑是否予以废除，以消除其与个人破产制度的矛盾冲突。根据民诉法解释相关条款规定，被执行人为公民或者其他组织（即不能适用企业破产法的其他社会主体），在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。在参与分配执行中，执行所得价款扣除执行费用，并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。

参与分配制度设立的初衷，是为在尚无个人破产法的情况下保障对债权人的公平清偿，但在个人破产法出台后应及时予以废止为宜，否则对同一个问题的处理出现两个性质、程序以及对不同利害关系人权益保障完全不同的制度，尤其是在参与分配制度设置对债权人不够公平合理、分配信息披露不够公开全面的情况下，不仅可能引发在执行分配中的寻租腐败行为，而且可能会冲击、影响个人破产法的实施。

此外，对民诉法解释第511条等规定的执转破程序是否适用于个人破产人也应当予以明确（在全国人大向社会发布征求意见的民事强制执行法（草案）中，其第八十二条“依职权移送破产制度”中，拟将执转破适用于所有的被执行人，包括自然人）。

再如，在民法典第六编“继承”中，没有对被继承人的遗产不足以清偿其生前债务时如何公平清偿作出规定。在其他有个人破产立法的国家中，均规定有遗产破产制度。也就是说，在特定情况下，遗产虽非民事主体，也被法律赋予破产能力。如德国破产法第11条规定，针对遗产、延续的婚姻财产共有制的

共有财产、婚姻财产共有制中夫妻共同管理的共有财产可以开始破产程序，但以本法第315条至334条的规定为准。日本破产法第10章“关于继承财产的破产等的特则”以20余条专门规定遗产破产问题。有日本学者指出，破产程序开始后，自然人破产人死亡的情形，破产程序基于继承财产继续进行。不过，当事人申请破产后，破产程序开始裁定作出之前，破产人死亡的，财产继承开始后的1个月以内，继承债权人或继承人申请破产程序继续进行的情形，破产程序继续进行，没有上述申请，则破产程序终结。我国台湾地区“破产法”第59条规定：“遗产不敷清偿被继承人债务，而有左列情形之一者，亦得宣告破产：一、无继承人时。二、继承人为限定继承或继承人全体抛弃继承时。三、未抛弃继承之继承人全体有破产之原因时。前项破产声请，继承人、遗产管理人及遗嘱执行人亦得为之。”

对夫妻共同破产等问题也需要从破产法的角度制定司法解释去解决。而在对民法典第五编婚姻家庭问题制定司法解释时，应考虑与破产法司法解释对相关问题规定的衔接与协调，包括在破产程序中对夫妻共同财产和债务的认定，夫妻自愿或强制共同破产的情况，夫妻一方破产时债务人与其配偶或者前配偶的财产分割和债务承担规则和方式等。

社会上对个人破产立法最大的质疑声音，就是可能导致债务人欺诈破产逃债，所以，在个人破产立法与实施的同时，必须重视对欺诈破产逃债的防范与制裁。我国刑法中也应当根据个人破产的需要增加、修改、完善对破产犯罪的规定，惩戒个人破产中的欺诈行为、逃债行为以及其他破产违法行为，建立起具有完整体系和内在逻辑且有针对性的破产犯罪制度，以保障破产法包括个人破产的顺利实施。

应当说，在企业破产法实施期间，破产犯罪问题无论是在立法上还是司法中都没有得到很好的解决。例如，根据刑法修正案（六）形成的刑法第一百六十二条之二规定，公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或者其他入利益的，构成虚假破产罪。在刑法没有规定破产欺诈罪的情况下，这一规定存在需要修改完善之处。

所谓虚假破产，是指不具备破产法规定的破产原因而进行的破产，即破产本身是虚假的。刑法规定中将公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产的行为，理解为虚假破产行为是不准确的。虚假破产行为的关键是明知而制造虚假的破产原因进入破产程序，即破产本身是虚假的，而具体如何制造虚假破产原因的行为并非犯罪构成关键点。在司法实践中

虽然可能存在虚假破产的逃债行为，但占绝大多数的却是债务人确实已经发生破产原因，在真实的破产而非虚假的破产中，通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方式转移财产、处分财产，严重损害债权人或者其他利益的行为逃避债务。这是因为在债务人未发生破产原因时通常其资产会超过负债，债务人是享有净资产利益的，如进行虚假破产，会首先损害其自身的剩余资产利益，一般而言不符合其自利的本能，所以较少发生。

在破产中最为普遍、严重的犯罪行为是欺诈破产，而不是虚假破产。按照刑法现在的规定，以实施虚假破产作为犯罪构成要件之一，将使大部分真实破产情况下的欺诈犯罪无法纳入到追究刑事责任的范围之内，从而使法律对破产欺诈犯罪的规定存在着巨大漏洞。这也导致与实践中的屡见不鲜的破产欺诈行为相比较，所谓虚假破产罪的适用在实务中甚为少见，起不到刑法对破产犯罪行为的威慑作用。在破产法的修改中，将规定对破产违法行为予以刑事制裁，但破产法终非刑法，所以在破产法中只能对可能构成犯罪的违法行为类型，规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

所以，对凡是破产法的法律责任中规定有此类文字，表明该行为会构成犯罪的，刑法均应当予以明确回应，或说明可以适用刑法中何条款，或对刑法条款予以修改以保障适用，或规定新的条款。破产犯罪涉及许多破产中的特殊问题，尤其是一些在非破产情况下本不构成犯罪的行为，在破产背景下则构成犯罪，所以不能只靠不熟悉破产法理论与实践情况的刑法专家立法，破产法专家也应当参与破产犯罪立法。

还有一个问题需要通过修改相关立法或制订司法解释及时予以解决。如果在个人破产制度的适用对象中将农民也包括在内，对农民的承包田、承包林地、宅基地等重要资产如何依法合理处置变现，既保障破产财产不会流失，影响债权人的清偿利益，又可以维护农民的生存权等正当权益？为此需要解决与原有其他相关立法和制度间可能存在的冲突与矛盾。

此外，在其他一些法律法规中也存在需要和个人破产制度衔接协调的问题。如市场主体登记管理条例中应考虑，对个体工商户等个人主体发生破产清算、破产和解、破产重整等事项时，是否需要规定进行登记公示等信息披露；个人信息保护法中对个人涉破产信息的保护以及相关信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等事项；征信业管理条例中对个人何种性质、程度的涉破产信息视为不良信息、如何管理等；相关金融法中应当充实对涉及债务人通过破产清算、重整程序清偿金融债务的相关规定，尤其是银行等金融机构对个人破产债务免责的处理机制和程序方面的法律。总之，凡是可能涉及个

人破产问题包括破产衍生问题的法律与制度，都应当在个人破产立法后，检视其是否存在需要与个人破产制度衔接、细化乃至修改、完善的问题。

四、与个人破产相关的国家机关和社会机构的建立

为适应个人破产法的实施需要，我国还应当解决与个人破产相关的国家机关与社会机构的建立问题。

第一，笔者认为，我国应当考虑建立中央和地方破产行政管理机构。如果说在企业破产中，因破产而衍生的一些社会问题主要是通过府院联动机制解决（对“府院联动”概念的使用，最好限于国内的学术研究与司法实践，对外宣传时还是应当使用“府院协调”的概念，以免造成政府行政权力干预法院司法的误解），未设立专门的组织机构尚可应对，在个人破产中，由于个人在提出破产申请时需要进行咨询辅导与援助，在破产程序结束后仍将继续存续，乃至控制消费、继续偿还债务，存在对其持续的监督、调查等事务，将会产生更多复杂、琐碎、需要持续处理的社会问题，如果无专门的组织机构负责，仍靠宏观性的府院联动机制解决，有些不切实际，会使个人破产难以顺利进行。为此，笔者建议在修改破产法时或个人破产制度通过后，在各级政府设置专门的破产管理机构解决个人破产中产生的相关问题，还可以包括企业破产中产生的一些问题。对超出该机构处理权限的社会问题，仍借助逐步制度化的府院联动机制解决。

例如，深圳市在《深圳经济特区个人破产条例》颁布后，设置了破产事务管理署，由其负责确定个人破产管理人资质，建立管理人名册；依法提出管理人的人选；管理、监督管理人履行职责；拟订管理人的任用、履职和报酬管理具体办法。组织实施破产信息登记和信息公开制度，及时登记并公开破产申请、行为限制决定、财产申报、债权申报及分配方案、重整计划、和解协议、免责考察等信息。协助调查破产欺诈和相关违法行为。提供破产事务咨询和援助服务。建立完善政府各相关部门办理破产事务的协调机制。配合人民法院开展与破产程序有关的其他工作，完成上级部门交办的其他任务。

此外，在政府破产管理机构之外，还需要设立社会化的个人破产指导、辅导、援助服务机构，保障个人破产的顺利实施。

第二，在建立个人破产管理机构与机制的同时，我们还必须重视对法院审理个人破产事项的人力补足和专业培训。因个人破产案件的增加，会使现有破产审判法官的人力明显不足，专业能力也需要更新提高。管理人等社会中介机构面对大量新型的个人破产案件，其人员知识结构、办案能力等也需要及时提升。这就需要我们进一步加强对法院内部审判组织的建设，增加法官编制，扩

充人员，确定法官与承办案件数量的合理比例关系，随案件数量的变动，定期增减审判力量，而不能再靠审判任务不断增加、不加班的方法应对破产审判工作，要让法官能够有尊严、健康地工作，能够有业务学习提高的时间和空间。此外还要保障对审判人员和中介机构人员进行必要的专业培训，而且这些专业培训应当以制度化、定期化、规范化、考核化的方式进行。

五、建立各种个人债务的法庭外清理制度

个人破产是一个社会性问题，其解决不能仅靠破产法规定的各种法庭内程序，还需要在个人破产法的基础支撑和原则指导下，通过多种法庭外债务清理制度共同予以解决。这不仅可以提高个人债务的清理效率，降低债务清理的社会成本以及对债务人的不良影响，有利于取得更加良好的社会效果，而且可改变民间对个人破产的一些不当观念，引导舆论导向，加强对个人破产制度的社会宣传，辅助个人破产法的顺利实施。

许多国家和地区为了更好地解决个人债务的清偿等社会问题，在个人破产法之外，还建立了一系列个人债务庭外清理制度。如新加坡的个人债务偿还计划、日本特定调解法的法庭外个人债务清理程序倒产ADR、马来西亚的自愿安排计划、香港的个人自愿偿债计划，以及一些国家的个人债务咨询制度等。个人债务的庭外清理制度有广义和狭义之分。从各国的情况看，存在两类债务清理制度：其一是基于执行效力的个别清偿程序下的清理，包括各种和解、还债计划等；其二是基于破产原理的集体清偿程序下的清理。广义的个人债务庭外清理制度两者均包括在内，而狭义的个人债务庭外清理制度专指后者，即以破产法为支撑基础的债务清理制度，也就是我们将来要建立的庭外清理制度。建立在集体清偿程序下的债务清理，离不开个人破产法的基础性支撑，是无法摆脱破产法原则的影响与制约的。

要建立个人债务庭外清理制度，除了需要出台相应法律法规和制度规则外，还需要及时建立个人债务庭外清理的组织实施机构和辅助机构，如债务调解与和解类社会组织，包括在银行等金融机构内部设置的相应专门机构、债务清理咨询机构等，要确保有相应的非营利性政府机构或公益性机构以及营利性社会中介机构存在，能够为个人债务的庭外清理提供高水平的中介服务。

从司法实践的情况看，深圳在实施个人破产条例的过程中发现，有相当一部分债务人是有清偿债务意愿的，只是由于现金流断裂在一定期间内无力还债，但是又不愿意进入破产程序，怕影响其信用与声誉。这表明个人债务的庭外清理是有充分的社会需求和适用空间的，可以有效降低法院审理个人破产案件的

压力，提高债务问题解决效率，实现更好的社会效果。我国在实施个人破产立法的同时，必须予以充分重视并尽快建立。

个人破产立法与制度建设是一个长期的、综合性的社会工程，最终需要全社会的共同努力方可构筑完成。只有提前为个人破产时代的到来做好立法后援、制度建设、人才培养和观念更新等一系列工作，我们才能见证破产法美丽新世界的到来。

编辑：朱波

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/wqF3CtZaPrXKfEiWxDPFHA>

七、【视角】实质合并破产程序现行规则梳理

破产法维律 2022-09-08 09:10 发表于安徽

以下文章来源于君泽君律师，作者刘嵘涛 邹安邦

北京市君泽君律师事务所官方微信公众号

实质合并破产程序现行规则梳理

实质合并破产，即将满足特定条件的关联企业作为一个整体统一适用破产程序，对关联企业各自的财产统一管理，对关联企业各自的债权人统一清偿。对于该制度，我国立法并无明确规定。最高人民法院于2018年印发《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称“《破产会议纪要》”），体现了参会者“对人民法院破产审判涉及的主要问题达成共识”，其中就包括破产实质合并程序的管辖、条件、审限、复议等基础内容，系对实质合并破产制度的首次梳理。目前，在《破产会议纪要》的基础上，一些地方法院进行了补充与完善，专门出台了一批实质合并审判程序的试行规则，形成了以《破产会议纪要》为纲、以地方法院规定为辅的体系。本文将首先分析《破产会议纪要》对实质合并破产程序的纲领性规定，然后梳理、点评各地法院就该程序各方面所作的细化规定，最后会在总结的基础上尝试给出自己的办案建议。

Part 01 《破产会议纪要》的纲领性规定

《破产会议纪要》用第六部分一共8条的篇幅纲领性地规定了处置多个关联企业同时破产的两种方式：实质合并和协调审理。

协调审理，即受理破产案件的人民法院对多个关联企业单独进行审理，由这些企业各自清算或重整，但在审理中要加强相互协调，必要时由共同的上级法院确定一家法院集中管辖。严格来讲，比起审理程序，协调审理更像一种法院内部的工作联系机制，整个过程完全由法院自己决定，当事人既没有表达支持或反对的渠道，也不会被协调审理影响债务偿还率。

实质合并程序则截然不同。与协调审理相比，实质合并具有基本的启动条件、管辖、期限、救济渠道等内容，当事人可以主动申请适用实质合并程序，也有渠道表达异议或申请复议，法院是否适用实质合并也存在一定标准。而且，一旦适用实质合并，则所有关联企业被视为一个整体，相互之间的债权债务一并消灭，各自的财产合而为一，不同关联企业各自的债权人将统一分配、统一受偿，对当事人的实体权益具有明显的影响。可以说，即使尚不十分完备、清晰，实质合并程序也已经是一项正式的审判制度。

依照《破产会议纪要》的设想，关联企业破产时“以对关联企业成员的破产原因进行单独判断并适用单个破产程序为基本原则”，但在关联企业滥用独立法人地位、相互转移财产、违法利益输送、合谋规避债务以至于部分债权人的公平受偿权利被严重侵害时才“可例外适用关联企业实质合并破产

方式进行审理”。为了确保法院审慎适用实质合并破产,《破产会议纪要》规定了严格的适用条件和听证程序。

具体而言,《破产会议纪要》关于实质合并程序的规定主要包括以下内容:

启动方式:法院依申请启动审查,决定是否适用。

适用条件:各关联企业法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益。

审查时限:30日。

强制听证:应当及时通知相关利害关系人并组织听证,听证时间不计入审查时间。

决定形式:裁定。

事后救济:相关利害关系人可以自裁定书送达之日起十五日内向受理法院的上一级人民法院申请复议。

决定适用的效果:各关联企业成员之间的债权债务归于消灭,各成员的财产作为合并后统一的破产财产,由各成员的债权人在同一程序中按照法定顺序公平受偿。

实质合并破产案件的审理管辖:由关联企业中的核心控制企业住所地人民法院管辖;核心控制企业不明确的,由主要财产所在地人民法院管辖;多个法院之间对管辖权发生争议的,应当报请共同的上级人民法院指定管辖。

上述规定明确了适用实质合并破产程序的条件、审查期限、强制听证、裁定形式、复议期限和管辖等基本内容,并强调一旦适用实质合并则“各成员的债权人在同一程序中按照法定顺序公平受偿”的实体后果,确定了实质合并破产制度的基本架构。

然而,上述规定也存在诸多模糊不明之处,例如:启动条件究竟有几个要件,“区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益”究竟是“各关联企业法人人格高度混同”的当然结果还是独立的要件?既然法院依申请决定是否适用实质合并破产程序,那么哪些主体可以申请?听证应当通知相关利害关系人,具体包括哪些群体;相关利害关系人可以在裁定书送达后申请复议,送达的范围又具体包括哪些群体?实践中往往难以告知破产企业的全部债权人,几个关联企业一起适用实质合并破产程序,波及的债权人更是不知凡几,对难以确定、通知的债权人,又如何保障他们参加听证、接收裁定、提出复议的权利?这些法院系统尚未形成共识的问题还留待各地法院探索解决。

Part 02各地细化规定总结

目前,除《破产会议纪要》外,对破产实质合并的规定主要见于各地法院自己制定的规则文件,如《北京市第一中级人民法院关联企业实质合并重整工作办法(试行)》(以下简称“《北京规则》”)、《重庆市第五中级人民法院关于印发〈重整案件审理指引(试行)〉的通知》(以下简称“《重

庆规则》”）等。我们总结了部分文件对《破产会议纪要》遗漏的关键问题的规定，尝试梳理出国内法院适用破产实质合并的规则框架。

（一）申请人的范围

各地法院规定的申请人范围都包括3类主体：关联企业自身、已经进入破产程序的关联企业的管理人、债权人。此外，例如深圳中院的《审理企业重整案件的工作指引（试行）》（深中法发〔2019〕3号，以下简称“《深圳规则》”）、《重庆规则》等还允许关联企业的股东申请适用实质合并程序。个人认为，鉴于实质合并破产程序的许多细节尚不清晰，地方法院可以自行探索、适当放宽申请适用实质合并破产的申请人范围，只要能够有利于案件审理即可。当然，放宽实质合并程序的申请主体范围难免会和“例外适用”的原则相冲突，这就需要法院加强作出裁定前的审查工作，严格执行听证程序并充分听取利害关系人的不同意见，从严把握适用标准，在确有必要时才可以裁定适用。也有一些法院比较含糊其辞，如四川省自贡中院的《关联企业破产实质合并审理工作指引（试行）》（自中法〔2021〕155号，以下简称“《自贡规则》”）规定债权人、债务人、管理人以外的“其他利害关系人”也可以申请适用实质合并，但并未规定、限定或列举其范围。厦门中院则比较特别，其制定的《企业破产案件关联企业实质合并破产工作指引》（以下简称“《厦门规则》”）不仅未明确申请人的具体范围，还允许法院主动适用实质合并程序。个人认为，允许法院主动适用不失为法院自行探索制度细节的一种有益的尝试，但未能明确申请人的具体范围实在是一大败笔。

（二）适用条件

《破产会议纪要》明确规定了实质合并破产的一套适用条件，即“各关联企业法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益”。此外，也有一些法院允许关联企业未达到高度人格混同程度但适用实质合并破产有利于公平清偿、重整的情况下也裁定适用实质合并破产。

1、“各关联企业法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益”的具体适用

《破产会议纪要》虽然规定了上述的实质合并破产的适用条件，但并未详述。司法实践中，法院在审查人格高度混同、区分成本过高、严重损害公平清偿利益这三要件时，往往以人格高度混同为中心，对其他要件的论述篇幅较小。以《最高人民法院关于发布第29批指导性案例的通知》（法〔2021〕228号，以下简称“第29批指导案例”）为例，其中的指导案例163号、165号记载了法院审查实质合并破产适用条件的具体论述，都以大篇幅判断关联企业是否存在人格高度混同；至于其他要件，两案并未展开单独论述。其他实质合并破产案件中，法院的审查和论述也主要集中于企业是否存在“人格高度混同”。仅有个别案件的文书对上述三要件分别进行了审查，如（2022）鲁0911破2号合并重整裁定书在说理部分就区分各关联企业成员财产的成本

是否过高、债权人公平清偿利益是否受到严重损害分别进行了精彩的详细论述。

在具体审查人格高度混同时，法院需要参考人员、业务、财务、场所等多方面因素，其中财务混同是核心因素。如指导案例163号“江苏省纺织工业（集团）进出口有限公司及其五家子公司实质合并破产重整案”、（2022）鲁0911破2号合并重整裁定书、（2022）赣0313破1号实质合并重整民事裁定书等司法文书的论述都较为详尽，本文不再赘述。近年来的实质合并破产案件审理中，越来越多的法院会采纳由会计师事务所出具的企业混同专项报告作为证据，并在裁判文书中大量引用其内容，从而界定关联企业是否存在混同情况，此现象值得关注。

少数法院还尝试以条文形式确定人格高度混同的判断标准，例如《深圳规则》第四十六条、《山西省晋中市中级人民法院关于关联企业实质合并破产工作指引（试行）》（以下简称“《晋中规则》”）第六条、《周口市中级人民法院关于关联企业实质合并破产工作指引（试行）》第十六条等。这些条文列举的一些情形固然具有参考价值，但总体而言意义不大。首先，这些条文也列举了诸如“董事、监事或高级管理人员交叉兼职”、“相互担保或交叉持股”等普遍存在于关联企业之中的情况，于判断人格高度混同并无太大参考意义。其次，这些条文都缺少明确的量化标准，执行中难以把握。

在破产案件以外的其他案件中，债权人可以通过举证证明负债企业和其他企业之间存在“法人人格混同”，进而否定法人人格、刺破公司面纱，要求混同的企业共同负担债务。这里的法人人格混同与实质合并破产案件的人格“高度”混同有何区别，法律条文并未明确阐释。对比指导案例163号和法人人格否定方面的经典案例——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”，两案中企业人格混同的情形和程度并无实质上的明显差异。个人认为，《破产会议纪要》所使用的法人人格“高度”混同之措辞意在强调例外适用，并非有意区分两种制度要求的混同程度如何不同，确有措辞不严谨之处。然而，实质合并破产案件涉及到对关联企业全体成员的所有债权人整体清偿，适用实质合并破产的决定却是通过相对简易的裁定程序做出的；而法人人格否定案件往往仅涉及对单个债权人的单独清偿，但其结论是通过完备的审判程序以判决的形式做出的。实质合并破产案件涉及企业更多却适用更简易的程序，这使得保障各利害关系人特别是债权人的正当权益变得更具有挑战性。司法系统在后续实践中应当回应这种合理关切，在听证、公告等环节做出能够合理保障各方利害关系人益的安排并严格执行。

2、各地法院的补充

一些地方法院在人格高度混同的情形以外，还针对关联企业未达到高度人格混同程度但适用实质合并破产有利于公平清偿、有效重整的情况另外规定了适用条件。例如，《深圳规则》第四十五条规定，“关联企业实质合并重整有利于增加重整价值，使全体债权人受益的”也可以申请实质合并破产。

又如,《北京规则》第七条第二款就规定:“关联企业部分或全部成员存在法人人格混同,虽不符合前款规定的高度混同标准,但其已经分别符合企业破产法第二条规定的情形,且关联企业符合下列情形之一的,也可以适用实质合并重整程序…”

注意,上述条文中还出现了“法人人格混同…虽不符合前款规定的高度混同标准”的措辞,但并未具体区分一般混同和高度混同。这种措辞显然是出于对《破产会议纪要》的错误理解。

(三) 被申请人是否符合破产条件

既然实质合并破产程序是一种特殊的破产程序,一个自然衍生出的问题就是关联企业成员是否需要符合《企业破产法》规定的破产条件。毕竟,将一家没有破产迹象的企业突然纳入破产程序,对企业股东、员工和债权人都不会啻于晴天霹雳。然而,《破产会议纪要》对此没有明确规定,留待各地法院探索解决。

各地法院对此问题的认识并不统一。大多数法院对此并无明示或默示的规定。一些法院允许将尚不满足破产条件的关联企业也纳入实质合并破产。例如,《北京规则》第七条第二款专门为全部符合破产条件的关联企业制定了另外的适用标准,此时就不宜再将“全部符合破产条件”作为启动实质合并的必要前提。另一些法院则持反对意见,如《重庆规则》第三十六条第

(二)项就要求“关联企业成员均具备重整原因”。

实质合并破产案件本就存在“区分各关联企业成员财产的成本过高”的情形,仅允许通过行使管理人的撤销权和追回权来保障债权人合理受偿无异于杯水车薪。如果还要求关联企业成员必须符合破产条件才能被纳入实质合并破产程序,那么只需要将各关联企业的全部财产集中于一家企业(或将该企业的债务全部转移),使其不符合破产条件,就可以轻易地转移资产、规避破产分配,使实质合并破产程序的制度目的落空。因此,不应要求关联企业成员全部需要符合《企业破产法》规定的破产条件。

但是,如果企业不存在无法清偿到期债务的行为和迹象,其债权人往往不会特别关注破产信息的各种发布途径,有很大概率忽略该企业被申请或裁定纳入实质合并破产的公告,无法及时参与听证、表达意见或提出复议,难以维护自身的合法权益。而一旦这种经营并无困难的企业被纳入破产程序,与其他经营困难的关联企业成员合并为一个整体进行清偿,则其债权人将面临债务清偿率显著降低的风险,是受到负面影响最严重的一批利害关系人。因此,有必要在后续的通知、公告、听证、复议等程序环节中充分保障此类债权人的权益。

(四) 收到申请后至听证前的通知和公告

对于从法院收到申请后到组织听证前的这一段时间,《破产会议纪要》仅规定法院“应当及时通知相关利害关系人并组织听证”,但没有补充更多细节,我们不能确定通知义务的内容是“收到申请”还是“举行听证”,故下文将分别讨论。

对于收到申请后的告知，各地法院的处理差异较大。相当一部分地方法院根本没有明确规定或照搬最高法原文。其余法院尝试为此阶段添加了部分细节，但也不甚清晰，例如《厦门规则》规定法院收到申请后“应当及时公告通知相关利害关系人，并组织听证”，但没有规定发出公告的时限、内容和途径。也有一些法院做出了明确的规定，如《重庆规则》规定在五日内通知利害关系人，《北京规则》规定在五日内通知未主动申请的被申请人，并在十日内予以公告。《深圳规则》是笔者所见规则中最为详细者，其要求自收到申请之日起五日内通知已知利害关系人，并公告不少于十日。

对于听证前的通知和公告，各地法院的差异则相对较小，多规定应当提前进行公告。《自贡规则》就规定应当于听证会召开五日前发布听证公告，并通知合并破产申请人及利害关系人参加。《北京规则》则规定在收到申请后将听证事宜一并公告，在听证前五日还需通知申请人、被申请人。

参与听证并表达异议是保障利害关系人正当权益的重要途径。前文已经指出，由于裁定程序相对简易，而现行规则又并不严格要求被申请人必须符合破产程序，对利害关系人特别是债权人的合法权益保护将受到严峻挑战。

然而，对于如何保障利害关系人特别是债权人参与听证的程序权利，不仅

《破产会议纪要》语焉不详，各地法院也没有给予足够的重视。建议在本阶段就听证公告规定更长的公告期，并且应强制要求法院在关联企业或其管理人的协助下通知已知债权人。例如，如果法院允许尚不满足破产条件的企业被纳入实质合并破产的范围，则可以同时要求法官主动依职权通知该企业的债权人参见听证。也可以要求管理人，如在申请适用实质合并破产的同时开展登记债权工作的，应在通知债权登记事项时一并通知实质合并破产事项。

实践中，法院一般通过“全国企业破产重整案件信息网

(<https://pccz.court.gov.cn/pcajxxw/index/xxwsy>)进行公告，如《晋中规则》也明确规定以之作为公告途径。

（五）异议期

有部分法院在听证程序前额外规定，利害关系人可以向法院提出异议。例如，《深圳规则》第四十七条第二款规定：“关联企业成员及其出资人、债权人、管理人等利害关系人对申请有异议的，应当在公告期届满前以书面方式提出。利害关系人提出异议的，合议庭应当组织听证调查。”《北京规则》第十六、十七条则规定了通知或公告后七日的异议期，并要求自异议期满之日起十日内组织听证。事前收集利害关系人的异议的确有助于更有效率地组织听证程序，但不应以程序正义与公平受偿为代价。以提出异议作为启动后续程序的前提，不仅与《破产会议纪要》的规定直接冲突，而且抬高了利害关系人参加听证的门槛，甚至预留了法院将限期提出异议与参加听证、申请复议挂钩的窗口，变相剥夺了利害关系人的表达权。

（六）听证参与人

关于法院如何组织听证，《破产会议纪要》和大多数法院规则都并未明确，少数法院则允许法官依职权决定。例如，《北京规则》第十八条规定：

“组织听证应当…通知申请人、被申请人，并可视情况通知已知主要债权人、职工代表等其他利害关系人参加。利害关系人也可以向本院申请参加听证。听证参加人在听证程序中可就其所主张的事实提交证据…本院还可以通知掌握关联企业财务账簿、文书等材料，了解关联企业财务或运营情况，或者其他有助于查明是否应当受理实质合并重整申请的人参加听证。”

实践中，法院拥有较大的职权决定如何组织听证，包括决定通知哪些主体参加听证。经查阅，如(2020)皖破终6号裁定书、(2020)鲁07破监1号裁定书等各地高院做出的复议裁定书均支持了法院自行决定通知或不通知哪些主体参加听证的作法。但这些裁定书也同时认为，主审法院的听证程序和上级法院的复议程序相互补充，共同保障了利害关系人就重整合并提出异议的实体权益；即使没有参与听证，利害关系人仍有权提出复议。

诚然，在法人人格混同这类个案情况复杂、差异较大的案件中不应过多限制法官权利。然而，如上所述，利害关系人特别是债权人参与听证的程序权利在实质合并破产程序中受到严峻挑战，应当在听证、公告等环节做出能够合理保障各方利害关系人利益的安排。具体到听证参与人方面，应当要求法官在申请人、被申请人之外适当扩大参与人范围。

（七）裁定的告知

对于裁定结果的告知，《破产会议纪要》仅规定需要通知相关利害关系人。经查阅部分地方法院的规定，绝大多数都仅只是简单规定“可以自裁定书送达之日起十五日内向受理法院的上一级人民法院申请复议”，既没有规定送达的范围，也没有规定送达的方式和时限，更没有规定是否允许公告送达。仅有《北京规则》详细规定了如何告知裁定结果。

上述情况不仅出乎本人意料，而且在本人看来相当糟糕。复议是实质合并破产裁定的兜底救济手段，和听证程序共同保障了利害关系人提出异议的实体权益。多家高院也裁定，即使没有参与听证，利害关系人仍有权提出复议。因此，法院对裁定结果应当予以公告，自行制定法院规则时也应明确规定，否则就变相剥夺了未参加听证的利害关系人的复议权，损害了破产程序的公平、公正。

实践中，允许公告的法院往往也会通过“全国企业破产重整案件信息网”发布裁定结果，供利害关系人查询。

Part 03 总结与建议

如上所述，各地法院除对实质合并破产程序的申请人范围、适用条件和听证组织方式达成一定共识外，对其他方面的规定都不尽相同。其中，北京、深圳、重庆等地法院制定的司法文件在《破产会议纪要》的基础上系统性地制定了自己的案件审判规则，在多方面做出了细化规定，进行了积极的探索和尝试，其做法和理念值得推广。

然而，这些努力尚不足以充分化解实质合并破产案件审理中的困难和挑战。如上所述，与一般的破产案件和法人人格否定案件相比，实质合并破产案件涉及企业更多却适用更简易的程序，这意味着法官必须充分利用做出裁

定前的有限时间，积极听取各方利害关系人的意见，做出能够公平确定各方合法权益的裁定。但各地法院目前制定的规则在一些关键环节存在模糊或不合理之处，大多不能满足此类案件的审理需求。

特别在债权人保护方面，现行规则的保护力度仍然有待加强。由于部分法院的现行规则允许不满足破产条件的关联企业成员被纳入实质合并破产范围，此类企业的债权人极易忽视正在进行的破产实质合并申请审查，错过宝贵的听证程序，往往只能诉诸复议维护自身权益。因此，有必要在后续的规则制定活动中充分考虑此类利害关系人的诉求，在通知、公告、听证、复议等程序环节中充分保障他们的合法权益。

笔者同时建议当事人和代理律师，不论是主动申请适用实质合并破产程序还是被动卷入，都采取以下措施进行应对：

1. 密切关注“全国企业破产重整案件信息网”和证券交易所网站等其他信息披露平台，及时掌握实质合并破产申请的审理进度和救济方式。

2. 查询审理法院的内部文件规定，了解是否有专门的实质合并破产规则，如有则应重点关注适用标准、通知公告、听证组织方式等方面的规定，做好准备积极参与。

3. 留心被申请人的人格混同状况特别是财务混同情况，必要时采取调查措施并可聘请会计师事务所出具专项报告。

4. 部分法院允许将不符合破产条件的被申请人纳入实质合并破产范围，因此对于财务状况良好的企业也不应低估被纳入实质合并破产程序的风险。

5. 复议是本程序的兜底救济手段，即使经过了听证程序和异议期（如有），也应注意反对实质合并者提出复议的可能。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/6b8jkgLTjojNJIcQPqqnA>

八、【视点】债权人参与破产重整债转股实践的若干问题评析

破产法维律 2022-09-08 09:10 发表于安徽

以下文章来源于金诚同达，作者吴华彦 罗灿

债权人参与破产重整债转股实践的若干问题评析

破产，可能是很多企业不曾企及的一个词语。而当前，新冠疫情的影响持续发酵，无论是企业自身还是企业债权人，都有可能因运维危机，被迫站在破产这一话题的两端。在此背景之下，笔者通过“东风破”系列文章，全面聚焦我国破产制度架构，立足破产程序中的广大债权人权利的保护与实现，剖析破产制度赋予债权人的各类权利及行使要点，以期解答破产程序中的债权人关注的各类实务问题，敬请期待。

所谓债转股，是指企业的债权人将其对企业所享有的债权转变为持有企业股权的一种债务清偿行为，因其具有快速修复困境企业资产负债表的功能，经常会被用于挽救困境企业的目的，在近年来的诸多破产重整案件中频频出现。据不完全统计，2020年共有13家A股上市公司重整计划被人民法院裁定批准通过，而这13家上市公司都采用了债转股的方式清偿债权。那么，究竟何为债转股、债权人参与债转股又能否实现受偿目标、参与债转股又需要注意哪些问题，本文尝试做简要探讨，以飨读者。

一、债转股制度概述

1. 债转股的历史沿革

从我国债转股的实践历程看，大致可分为两个发展阶段，第一个阶段是以政府为主导的政策性债转股阶段，第二个阶段为企业自主开展的市场化债转股阶段。

20世纪90年代后期，时值亚洲金融危机后调整期，我国宏观经济同样面临较大下行压力，大多数国有企业亏损不断、资产负债率高，普遍面临较为严重的债务危机，且因当时企业融资方式多以债权融资为主，银行作为国有企业贷款资金的出借人，其不良资产比例也因此快速上升。为了盘活商业银行不良资产、实现国有企业改革脱困目标，国家经贸委、人民银行于1999年7月印发了《关于实施债权转股权若干问题的意见》，在政府的主导下相继成立四大资产管理公司（AMC），以债转股的形式专门处置国有银行不良资产，将贷款变为股权，以收取每年分红的形式实现收益和退出。通过此轮的债转股实践，国有企业扭亏为盈、国有银行降低不良贷款率效果显著。然而，本轮债转股更多的是利用银行自身资源帮助债转股企业再融资，在推动国有企业治理结构改革方面的作用有限，而且其时因我国资本市场发展尚不完善，AMC在股权退出方面面临缺乏流动性和合理定价能力等问题，导致股权增值变现比较困难，银行也缺乏动力帮助债转股企业提升长期发展能力。

近年来，随着我国经济发展进入“新常态”，实体企业普遍面临债务杠杆率过高、债务规模增速过快、经营困难加剧等问题，加之宏观经济增速减缓、产能过剩，经济发展动力受限。为防范和化解金融风险，促进经济平稳健康转型，国家大力推动实施供给侧结构性改革，降低企业杠杆，提出利用债转股助推经济结构调整、产业升级转型。为此，国务院于2016年10月出台《关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》，将“市场化银行债权转股权”作为降低实体企业杠杆率的七大措施之一并以附件方式公布了《关于市场化银行债权转股权的指导意见》。2018至2019年期间，政府有关部门相继出台了一系列的激励政策及措施，推进市场化债转股进程，指导债转股向资金来源市场化、债权类型市场化的方向发展。可喜的是，本次债转股方案具有显著市场化特征。一方面，债转股参与主体更宽泛，不仅涵盖资产管理公司，而且吸收保险公司、国有资本投资运营公司等，同时鼓励社会资本参与；另一方面，适用债转股的对象企业完全由市场主体自主选择，转股定价上充分发挥市场作用，通过参考第三方评估机构或具体的二级市场价格等因素确定最终定价。新一轮债转股的启动，不仅有利于企业缓解财务压力降低财务费用，优化资产负债结构、提高股权融资比重，而且有助于商业银行降低账面不良贷款率，缓解核销压力。

2. 重整程序中的债转股法律属性

对于重整程序中债转股行为的法律属性问题的准确界定切实影响到债权人的权利保证内容。若其属于公司法上的投资行为或民法上的代物清偿行为，则在债转股实施后，债权人对破产企业所享有的原债权即归于消灭，无论转股价格如何确定，担保人均无需再承担责任，债权人无法就未获受偿的债权本息部分要求保证人承担保证责任；若其仅为一种债权清偿的程序性制度，则并不必然导致债权消灭的法律效果，而仅是构成对债务的部分清偿，此种情况下保证人仍应承担债权人未获受偿部分所对应的清偿责任，此等情况下债权人的实际清偿率才显得有意义。

有关债转股的法律属性，目前理论界尚未形成统一认识。有学者认为，破产重整程序中债转股既是破产法上的债务清偿行为，也是公司法上的以债权方式出资的投资行为，公司法重点调整的是常态下债转股的投资行为，而破产法的重点则是调整非常态下债转股的清偿行为，当二者出现不一致时，法律适用的重点应该是破产法；有学者则认为，破产重整程序中债转股是一种代物清偿或专为清偿行为，即债务人以股抵债，不具有投资的属性；也有学者认为，破产重整程序中债转股不能根据公司法或代物清偿的理论进行解释，其为破产法规定的、以分配出资人权益的方式清偿债权的特殊程序制度，因此仅发生程序法上债权消灭的效力，附随于债权的担保利益并不会因此而消灭。

笔者认为，破产重整程序中债转股是债务人公司在破产重整这一非常态下的债务清偿行为，该清偿行为要求原有股东将原本归属于其或应当归属于其的股权转让给债权人。根据特别法优于一般法的原则，破产重整程序中债

转股应优先适用《企业破产法》等破产相关法律规定，在股权变更、股东数量等特别法没有规定的问题上仍然适用《公司法》规定。该清偿行为具有重整程序中的若干特点，不仅要求对出资人权益进行调整，一般还要求对转股债权进行调整。破产程序清偿是一种公平清偿程序，一般债权受偿方案以货币方式进行，不仅简单方便，也能体现公平原则，故，即使受偿方案可以通过实物或其他财产性权利进行，但仍要体现公平原则，不得造成同一债权的清偿率相差过大。表面上看，债权人在破产重整程序中以货币或其他方式受偿后（如有），剩余的债权全部转为了股权，但这不代表债转股债权获得全额清偿，债转股债权仍是经过调整的，调整的幅度等于或接近于用货币清偿债权的比例。

3. 破产重整程序中债转股的法律后果

由于债权和股权在法律上属于性质完全不同的两种权利，所适用的法律规范不同，受到法律保护的方式不同，所面临的法律风险亦有不同。债权人参与破产重整债转股实践，对债权人的权利影响主要体现在如下方面：

第一，权利实现顺位的变化。在未参与债转股实践前，债务人以其所有的责任财产承担债务清偿义务，无论债务人是否有盈利，债权人均有权及有现实可能性能够实现债权本金和利息的收回；而通过债转股方式成为债务人公司股东后，仅可在债务人公司有利润时方得通过利润分配方式获得款项清偿，而在公司进入破产或清算阶段后，作为股东的债权人也仅可在债务人公司清偿全部债务仍有剩余财产可供分配情况下方可按照所持股权比例获得少量分配。所以，债权人参与债转股后，债权人的权利实现顺序由在先受偿的债权变更为劣后清偿的股权，因而客观上影响到债权人的权利实现可能性。

第二，债权款项获取方式变化。在参与债转股实践前，债权人按约定的期限和利率收取利息收益、按约定期限收取债权本金；而在债转股完成后，作为股东的债权人则需承担经营风险，通过公司分红、股权转让、清算分配等方式实现款项回收，此等情况下，不仅收益率、回收期限不确定，而且本金款项能否完整取得也面临不确定性，此外债权人要期待获得本金及收益还需遵照公司法的规定履行必要的决策程序。

第三，管理权利和义务变化。就普通的债权债务关系而言，债权人一般不参与债务人企业的决策和生产经营活动，对债务人企业没有参与管理的权利和义务，不掌握债务人企业的实际经营信息；而在参与债转股实践的情况下，债权人取得债务人企业的股东身份，有权按照公司法和公司章程的规定，行使各项管理权利，但也需同时承担公司章程约定及法律规定的各项义务，包括清算义务等。

正是因为债转股的法律属性以及参与债转股实践会导致其权利义务发生前述的重大变化，客观上影响到其债权的有效清偿，所以实践中债权人参与债转股决策应当尽量谨慎判断。

二、债权人参与债转股实践的案例评析

1. 债权人参与债转股实践的纠结

债务人一旦进入破产程序，通常意味着其所有者权益多为负数。作为债权人，尤其是清偿顺位靠后的普通债权人是否选择债转股的重整方案，往往处于纠结与徘徊之中。选择债转股方案，可以使债务人的负债迅速减少、经营状况得到较大改善，在恢复生产经营过程中吸引投资方参与拯救公司，从而取得公司未来发展的股权红利或者股权处置变现收益，以使得自身的债权能够获得完全清偿乃至盈利，但却面临将清偿顺位在先的债权转变为劣后受偿的股权情况下因重整失败或者未来经营状况恶化导致股权价值严重缩水情况下债务无法获得有效清偿的风险；若拒绝选择债转股方案的，债权人可以现实性的获得所清偿的部分债权，而无需承担债务人重整及经营风险，但此等情况下债权人获得清偿的债权比例较低而且因此可能丧失高比例受偿债权的机会。

2. 债权人参与债转股实践的成功案例评析

市场广为流传的适用债转股获得重整成功的案例是深交所上市公司盐湖股份，全称为青海盐湖工业有限股份公司，主营业务为氯化钾的开发、生产和销售，自2009年开始布局金属镁项目并通过银行贷款等有息负债方式扩大产能后，营收增长未达预期，公司财务状况不断恶化，于2018年被深交所实行“退市风险警示”处理。2019年9月，青海省西宁市中级人民法院（下称“西宁中院”）裁定受理对盐湖股份的破产重整申请，2020年1月，西宁中院裁定批准《青海盐湖工业股份有限公司重整计划》（下称“《重整计划》”）。根据《重整计划》的内容，对于普通债权，50万元以下的部分以现金方式一次性清偿；超过50万元的部分根据债权类型不同予以区分处理，其中非银行类普通债权仅可在留债或债转股方式中择一清偿，银行类普通债权视非银行类普通债权的选择情况而部分留债并实施债转股。2020年4月20日，西宁中院裁定《重整计划》执行完毕。2021年8月10日，盐湖股份恢复上市，复盘当日股价报收35.9元，较暂停上市时股价涨幅达306.11%，总交易金额高达299.2亿元，其中开盘后不到两分钟即成交超60亿元，当日换手达到14.46%，总市值达1950亿元。

随着盐湖股份的复盘，五家金融机构债权人通过债转股方式成为前十大股东之一，共享盐湖股份重整后的股权增值收益。回顾盐湖股份，公司核心业务处于拥有巨大发展潜力及上升期的行业或产业是其能够快速走出低谷、债权人短期内实现可观收益的根本原因。盐湖股份作为国内最大的氯化钾生产商，拥有显著的市场竞争力，业务毛利率较高、业务营收占营业总收入的比例不断增加，此外其另一项碳酸锂产品也遇上国内新能源产业的爆发式增长所产生的巨大需求，更加促进了公司业务效益。

3. 债权人参与债转股实践的启示

准确地选择可以实施债转股的破产企业，才能使债转股在破产重整进程中顺利地实施，也才能够使债权人有可能获得预期效率的债权受偿效果。笔者认为，能够实施债转股的企业应当是因高负债的成长型公司或因行业周期

性萧条导致一时资金困难而逆转有望的公司，或是涉及国家安全利益的战略性公司，亦或涉及民生企业等发展前景良好仅在短期内陷入困境的优质企业。显然，实施债转股的企业应当满足在行业中占据重要地位或主导地位，有广阔的发展前景，企业的产品为市场所需，具有品牌价值，符合国家规定的产业发展趋势，企业技术先进，企业用于生产的设备在行业中具有领先地位等其中一项或多项条件。对那些恶意逃废债务、不诚信企业、没有生存发展空间的僵尸企业、产能过剩的夕阳企业，要坚定不移地进行破产清算。

《关于市场化银行债权转股权的指导意见》（下称“《指导意见》”）似乎为债权人参与债转股实践提供了指引。根据《指导意见》的规定，债务人企业需要符合国家政策导向规定：1. 市场化债转股对象企业应当具备以下条件：（1）发展前景较好，具有可行的企业改革计划和脱困安排；（2）主要生产装备、产品、能力符合国家产业发展方向，技术先进，产品有市场，环保和安全生产达标；（3）信用状况较好，无故意违约、转移资产等不良信用记录。2. 鼓励面向发展前景良好但遇到暂时困难的优质企业开展市场化债转股，包括：（1）因行业周期性波动导致困难但仍有希望逆转的企业；（2）因高负债而财务负担过重的成长型企业，特别是战略性新兴产业领域的成长型企业；（3）高负债居于产能过剩行业前列的关键性企业以及关系国家安全的战略性企业。3. 禁止将下列情形的企业作为市场化债转股对象：（1）扭亏无望、已失去生存发展前景的“僵尸企业”；（2）有恶意逃废债行为的企业；（3）债权债务关系复杂且不明晰的企业；有可能助长过剩产能扩张和增加库存的企业。

三、债权人参与债转股实践的若干争议问题

因我国现行破产法中并没有关于破产重整债转股的直接法律规定及实施细则，债权人参与债转股实践往往也面临诸多争议难点问题，包括准入条件、表决机制及债权追偿等问题，对于此类问题的探析和厘定，有助于加深债权人对债转股实践的理解、也有利于进一步强化对债权人权利保障的关注。

1. “债转股”所适用的债权类型

无论是兴起于上世纪九十年代的“政策性债转股”还是本轮开启的“市场化债转股”改革，其核心适用对象都是银行等金融机构所持有的债权。但在破产重整程序中，除金融机构所持有债权外，还有其他诸多不同性质的债权类型参与其中，究竟哪些债权可以作为债转股的适用对象，是债权人首先需要予以关注的问题。而要解决破产重整程序中债转股的适用对象问题，首先需要厘清破产重整程序中债权类型的区分标准。现行《企业破产法》主要是按照债权的法律性质区分不同的债权类型并据此制定不同的债权调整及清偿方案。但商事实践远比法律规定要更加复杂，实务中还衍生出根据债权主体不同进行债权类型划分的标准。

从债权的法律性质上分析，主要包括有财产担保债权、职工债权、税收债权和普通债权四大类。从理论角度看，我国现行法律并未对债转股的适用对象范围予以明确限制，原则上各类型的债权都有参与债转股的可能性，但

从实践角度出发，除普通债权外，其他债权类型原则上都不适宜参与实施债转股。就以财产担保债权而言，债权人对破产重整企业的特定财产享有优先受偿的地位，通过正常参与破产重整清偿程序就能够实现足额清偿的目标，而其同意参与债转股方案就意味着其需要放弃对破产重整企业特定财产所享有的担保权利转而寻求不确定的股权清偿方案，对于理性的债权人而言，无疑是难以接受的。就职工债权和税收债权而言，该类债权人因其身份的特殊性，对于投资风险的判断和接受程度往往偏低，而且此类性质的债权依照法律规定通常能够在破产重整程序中获得全额清偿，故而企业职工、税务机关往往也无动力参与债转股实践。

从债权人的主体类型看，破产重整程序中通常包含银行类金融债权、非银行类金融债权、经营性债权、民间借贷债权等债权类型。在市场化债转股改革过程中，债权范围呈现不断扩大的趋势，其中2016年9月出台的《国务院关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》（国发〔2016〕54号）中规定银行债权可以作为债转股的实施对象，2018年1月出台的《关于市场化银行债权转股权实施中有关具体政策问题的通知》（发改财金〔2018〕152号）则拓宽了对象范围，即允许将除银行债权外的其他类型债权纳入转股债权范围，强调以银行对企业发放贷款形成的债权为主，适当考虑财务公司贷款债权、委托贷款债权、融资租赁债权、经营性债权等其他债权类型。根据现有政策规定，民间借贷类债权原则上不纳入债转股的适用范围，笔者认为主要理由在于本轮债转股改革虽强调市场化、法治化为原则，但仍处置银行不良资产具有缓解企业杠杆率高企、增强经济中长期发展韧性的宏观调控导向，仍具有一定的政策性考量而非完全的市场自发性行为。目前进行的供给侧结构性改革，再次将债转股作为去产能、去杠杆的重要政策抓手与金融工具。此外，即便银行等金融类债权是参与债转股实践的主要对象，但受限于监管政策的要求，银行不得直接将债权转为股权并进行持有，其需要通过将债权转让给资产管理公司等实施机构并由实施机构将受让的银行债权转为对象企业的股权的方式予以实现。

2. 债权人参与债转股的表决机制

根据《企业破产法》的规定，破产重整计划适用“多数决”的表决规则在实践中没有争议，存在较大争议的是破产重整中的债转股方案表决应否适用“多数决规则”，也即能否以债权人会议的多数表决方式强制对少数不同意的债权人实施债转股。对这一问题，理论界存在较大争议。

有支持的观点认为，债转股具有债务清偿和债权出资的双重法律性质，其不仅应遵循破产法中有关债务清偿的规则，还应遵循公司法、证券法有关股东出资的规定。在企业已陷入清偿危机的情况下，债转股将债权转为权利顺位劣后的股权，可能增加债权人的风险，所以应当经过每一个转股债权人的单独同意而不受债权人会议少数服从多数表决机制的约束。而反对的观点则认为，因为破产程序具有概括执行、集体执行以及多数决规则的特点，所有债权都将纳入这一终极程序之中，如果硬要求债转股这种代物清偿方式必

须得到每一债权人同意，则将与破产程序的上述性质相违背，可能导致债务人和债权人利益的“双输”境地。

笔者认为，破产重整程序中的债转股并非完全的意思自治行为，应当遵循“多数决”规则。首先，保障全体债权人公平受偿并强调债权清偿的效率是破产程序的核心价值，如果债转股实施方案需要取得每个债权人的同意，则因单个债权人基于自身利益的考虑难免会作出不符合整体利益的选择，由此将严重拖累破产重整程序的有效进行、降低破产债权清偿效率；其次，如果重整成功，通过债转股获得企业股权的债权人因此获利，相较于通过重整程序直接获得清偿的方式，清偿率可能更高，并有未来持续获利的可能性。企业能否实施债转股，债权人通过债转股方式获得企业的股权到底是风险还是机遇，这都是商业判断问题，需要债权人通过对破产企业的现有经营状况、财务数据及市场情况等复杂因素进行综合判断并由当事人自行进行商业判断和表决。

3. 债权人参与债转股后主张保证责任问题

债权人在参与债转股实践后对于剩余未能有效清偿的债权部分能否向保证人进行追偿的问题，切实影响到债权人对参与债转股实践的法律风险的有效评估。在司法实践中，存在两种截然不同的裁判观点：一种观点认为债权人的债权不因债转股而得到全额清偿，应当按照重整计划规定的清偿率直接扣减主债权并就剩余债权部分要求保证人承担担保责任。如山东天信集团有限公司等十五家公司重整案中，重整计划载明普通债权人的债权人在20万元（含20万元）以下的部分在重整计划执行期内以现金方式全额清偿，超过20万元的部分债权人可以选择按6.5%的清偿率清偿或者选择按照1比0.065的比例实施债转股清偿，而法院依照《中华人民共和国企业破产法》第九十二条第三款的规定，最终认定对于债权人无法从天信集团公司获得清偿的债权数额为债权金额扣减现金清偿的20万元再扣减按照6.5%清偿率计算确定的清偿额后的余额，保证人应当就该无法获得清偿的债权本息承担连带清偿责任。另一种观点则认为债权人的债权因重整计划的整体性安排包括现金清偿及债转股等而得到全额清偿。如东北特钢集团与东北特钢集团大连特殊钢有限责任公司、东北特钢集团大连高合金棒线材有限责任公司合并重整案中，一审及二审法院均认为依照重整计划的规定，债权人除获得现金清偿款50万元及二次受偿款外，剩余债权按照每6.5158元债权转为1元注册资本的比例获得重整后东北特钢集团股份，因此保证债权已获得全部清偿，主债权亦应归于消灭。

笔者观点认为重整计划中以债转股形式清偿债务的除非计划中明确约定视为全额清偿，否则不能做当然的认定，应当保障债权人向保证人主张承担保证责任的权利。理由如下：首先，从法律规定角度看，《企业破产法》第九十二条第三款规定，债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响，因此当债权人选择债转股清偿后，如果能测算出该债转股清偿行为的实际清偿比例，那么在股权交割后其部分债权即按照

该清偿率得到清偿，剩余部分仍有权向相关责任主体进行追偿，这样也更符合法律应有之义。其次，从公平清偿原则角度，破产重整程序下的债转股，仅是破产程序分配债务人财产的一种方式，债权人因接受出资人权益的分配而致其债权相应消灭，仅发生程序法上债权消灭的效力，如债权人可以向其他主体行使追偿权的，仍有权就剩余债权向其主张权利，这样符合公平清偿原则。最后，从挽救企业角度来讲，破产重整中选择债转股方案对债权人进行清偿均是因债务人清偿不能才采取的方案，若此时视为全部清偿，意味着当转股完成时，原债权消灭，同时，向其他责任主体追偿的权利亦随之消灭，这明显是会极大损害有担保的债权人的权益，因此视为全部清偿是十分不合理的，会极大的削弱债权人选择债转股方案的积极性，会导致债权人会议不能通过债转股类型的重整方案，进而会影响对困境企业的有效拯救。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/agQ7s5V2SjJdTqV00-esQg>

九、全国首例：破产管理人在执行案件中担任管理人

破产法实务 2022-09-14 20:01 发表于湖北

2022

破产管理人

经营监管+债务管理

为企业赢得“自愈期”

- 园法执行 -

近日，苏州工业园区人民法院在一起被执行人为餐饮经营企业的执行案件中，深化执破融合理念，借助破产管理人对被执行企业进行经营监管和债务管理，不但为企业恢复经营争取到了宝贵的“自愈期”，而且为执破融合机制的深度应用提供了有益探索和创新思路

缘起

餐饮企业面临的经营困境

某融资租赁公司与某饭店、某咖啡厅融资租赁合同纠纷案，经园区法院调解后双方当事人达成调解协议：该饭店和咖啡厅向融资租赁公司分期支付70余万元。调解达成后，因该饭店和咖啡厅未能按期履行还款义务，融资租赁公司遂向法院申请强制执行。

执行法官通过现场调查后发现，该饭店、咖啡厅均在正常经营，只是因为前期受疫情影响，无法正常营业才导致企业资金受困，未能按照调解协议履行还款义务。考虑到被执行企业实际情况，执行法官决定重新组织双方当事人对还款方案进行协商，但在多次协商后，双方均未能顺利达成还款协议。

融资租赁公司代理人

本案在诉讼过程中，公司已经与被执行人达成过和解协议，但却没有得到有效履行，所以我们对被执行企业的还款能力和信用持怀疑态度。

饭店和咖啡厅负责人

我们不是不想按照协议还钱，只是因为饭店和咖啡厅在疫情期间不但无法营业没有收入，而且还需要承担员工薪资、租金水电开支，实在是没有这么多资金。

至此，本案执行工作面临左右为难的困境，一边是法院作出的生效法律文书必须得到执行，另一边是如强制执行必然会导致两家企业彻底一蹶不振。

破局

执行法官与破产法官的会诊合议



▲ 组成合议庭并线上约谈当事人

经双方当事人同意后，执行法官决定参照破产程序，对被执行企业进行经营监管和债务管理。在预留足够企业经营成本的情况下，将经营利润

全部用于清偿债务，并且对企业负债进行集中管理和清偿，但在如何具体推进该项工作上再次犯了难。



执行法官

执行法官对执行案件的办理，特别在财产处置方面具有极为丰富的经验，但涉及到企业经营监管和债务管理上，往往不具备相应的专业储备和经验积累。

为了提高本案执破融合效率，进一步打破执行和破产壁垒，成立了由执行法官和破产法官组成的合议庭，共同推进涉案企业的经营监管和债务管理工作，实现执行和破产人员的融合。

探索

破产管理人的经营监管和债务管理尝试



▲ 现场摇号遴选破产管理人

经多次讨论和筹划，合议庭最终达成一致意见，决定参照破产管理人遴选制度选取本案管理人，案件顺利移交园区法院司法鉴定部门进行管理人遴选公告。

为提高本次遴选的公开性和透明性，在公开摇号遴选前，由执行法官和破产法官共同召开视频通报会，一方面向各家管理人机构介绍具体案情，

另一方面对本次遴选方式和管理职责进行详细介绍，共有22家管理人报名。2022年9月5日，园区法院通过摇号确定一家正式管理人机构和两家备选管理人机构。



▲ 管理人现场工作

目前，本次遴选的管理人团队已入驻被执行企业，开始对企业经营进行监管，并对相关债务进行统一管理。

破产管理人

在执行程序中直接对企业进行经营监管和债务管理，无疑是执破融合理念下又一项全新的机制创新，我们非常荣幸能够参与其中，并且将尽职尽责的完成好本次管理工作。

破产管理人对企业经营监管和债权债务管理具有专业优势，但如何将这种专业优势‘移植’到执行案件的办理中，则离不开执行和破产的深度融合。由执行法官和破产法官组建合议庭直接负责案件办理，从而为打破执破壁垒，快速提升彼此的融合度，提供了一条执破融合的‘捷径’。由破产管理人对企业经营进行监管，在预留足够经营成本的情况下，将经营利润全部用于清偿债务，既满足了企业持续经营的需求，又能够保证债权人顺利提取企业经营利润，实现“双困”变“双赢”。此外，管理人对被执行企业债务的管理，既能够减轻企业债务压力，集中精力做好生产经营，又能够避免债务持续恶化，为企业赢得“自愈期”。

供稿 | 朱文峰
美编 | 王 玥

责编 | 赵淑雯

江苏省苏州工业园区人民法院 决定书

(2022)苏 0591 执 4373 号

申请执行人仲利国际租赁有限公司与被执行人苏州卡法餐饮管理有限公司、姑苏区小团圆饭店、姑苏区蒙莎咖啡厅、胡强、董佳耀、姚晓艳融资租赁合同纠纷一案，本院于2022年8月22日裁定对苏州卡法餐饮管理有限公司、姑苏区小团圆饭店、姑苏区蒙莎咖啡厅的生产经营、债权债务进行执行监管和管理。经本院依法选定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十九条、第二百五十条、第二百五十一条之规定，参照《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第二十条之规定，指定苏州华明联合会计师事务所（普通合伙）担任本次执行监管和管理的管理人，陆华明为负责人。

一、管理人职责

管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务，履行管理人的各项职责，向人民法院报告工作，并接受人民法院监督。管理人职责如下：

1. 调查被执行企业财产状况，制作财产状况报告。对被执行企业日常自行管理财产的行为进行监管，被执行企业有转移、隐匿、损毁、变卖、抵押等处分行行为的，及时制止并向执行法官汇报。
2. 核查被执行企业债权债务情况，并与债权人进行协商，制定清偿方案。管理人应将债权债务调查情况及清偿方案提交法院，供执行法院审查、备案。
3. 监督被执行企业营业事务，确保营收利润用于清偿企

1/2

业负债，并于每季度向执行法院提交收益情况书面报告，供执行法院进行审核、备查。如有必要，还应协助执行法院制作收益分配方案。

二、执行监管和管理终结

本次执行监管和管理在以下情况终结：

1. 债权已经清偿完毕；
2. 债权人撤销执行申请；
3. 本院依法终结案件执行；
4. 被执行企业经营状况持续恶化，已不具备挽救可能；
5. 被执行企业拒不配合监管和管理工作，本院已重新启动强制执行程序；
6. 无益监管和管理。扣除管理人费用后，无剩余收益，本院将裁定终结本次监管和管理程序；
7. 更换管理人。当现管理人出现不适当履行责任、存在严重违法、犯罪行为或严重丧失市场信用、侵害被执行人合法权益、对被执行企业造成实质性侵害的，本院有权决定撤、换管理人。
8. 其他必须终结本次监管和管理事项。



感谢苏州工业园区人民法院授权《破产法实务》推送

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/aqv3JdjwmsjMZCRDP950JQ>

十、国务院办公厅 | 关于进一步优化营商环境降低市场主体制度性交易成本的意见

国务院办公厅 [中国破产法论坛](#) 2022-09-15 18:49 发表于北京



国务院办公厅关于进一步优化营商环境降低市场主体制度性交易成本的意见

国办发〔2022〕30号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

优化营商环境、降低制度性交易成本是减轻市场主体负担、激发市场活力的重要举措。当前，经济运行面临一些突出矛盾和问题，市场主体特别是中小微企业、个体工商户生产经营困难依然较多，要积极运用改革创新办法，帮助市场主体解难题、渡难关、复元气、增活力，加力巩固经济恢复发展基础。为深入贯彻党中央、国务院决策部署，打造市场化法治化国际化营商环境，降低制度性交易成本，提振市场主体信心，助力市场主体发展，为稳定宏观经济大盘提供有力支撑，经国务院同意，现提出以下意见。

一、进一步破除隐性门槛，推动降低市场主体准入成本

（一）全面实施市场准入负面清单管理。健全市场准入负面清单管理及动态调整机制，抓紧完善与之相适应的审批机制、监管机制，推动清单事项全部实现网上办理。稳步扩大市场准入效能评估范围，2022年10月底前，各地区各部门对带有市场准入限制的显性和隐性壁垒开展清理，并建立长效排查机制。深入实施外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度，推动出台全国版跨境服务贸易负面清单。（国家发展改革委、商务部牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

国务院办公厅

关于进一步优化营商环境降低市场主体制度性交易成本的意见

国办发〔2022〕30号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

优化营商环境、降低制度性交易成本是减轻市场主体负担、激发市场活力的重要举措。当前，经济运行面临一些突出矛盾和问题，市场主体特别是中小微企业、个体工商户生产经营困难依然较多，要积极运用改革创新办法，帮助市场主体解难题、渡难关、复元气、增活力，加力巩固经济恢复发展基础。为深入贯彻党中央、国务院决策部署，打造市场化法治化国际化营商环境，降低制度性交易成本，提振市场主体信心，助力市场主体发展，为稳定宏观经济大盘提供有力支撑，经国务院同意，现提出以下意见。

一、进一步破除隐性门槛，推动降低市场主体准入成本

（一）全面实施市场准入负面清单管理。健全市场准入负面清单管理及动态调整机制，抓紧完善与之相适应的审批机制、监管机制，推动清单事项全部实现网上办理。稳步扩大市场准入效能评估范围，2022年10月底前，各地区各部门对带有市场准入限制的显性和隐性壁垒开展清理，并建立长效排查机制。深入实施外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度，推动出台全国版跨境服务贸易负面清单。（国家发展改革委、商务部牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（二）着力优化工业产品管理制度。规范工业产品生产、流通、使用等环节涉及的行政许可、强制性认证管理。推行工业产品系族管理，结合开发设计新产品的具体情形，取消或优化不必要的行政许可、检验检测和认证。2022年10月底前，选择部分领域探索开展企业自检自证试点。推动各地区完善工业生产许可证审批管理系统，建设一批标准、计量、检验检测、认证、产品鉴定等质量基础设施一站式服务平台，实现相关审批系统与质量监督管理平台互联互通、相关质量技术服务结果通用互认，推动工业产品快速投产上市。开展工业产品质量安全信用分类监管，2022年底前，研究制定生产企业质量信用评价规范。（市场监管总局牵头，工业和信息化部等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（三）规范实施行政许可和行政备案。2022年底前，国务院有关部门逐项制定中央层面设定的行政许可事项实施规范，省、市、县级编制完成本级行政许可事项清单及办事指南。深入推进告知承诺等改革，积极探索“一业一证”改革，推动行政许可减环节、减材料、减时限、减费用。在部分地区探索开展审管联动试点，强化事前事中事后全链条监管。深入开展行政备案规范管理改革试点，研究制定关于行政备案规范管理的政策措施。（国务院办公厅牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（四）切实规范政府采购和招投标。持续规范招投标主体行为，加强招投标全链条监管。2022年10月底前，推动工程建设领域招标、投标、开标等业务全流程在线办理和招投标领域数字证书跨地区、跨平台互认。支持地方探索电子营业执照在招投标平台登录、签名、在线签订合同等业务中的应用。取消各地区违规设置的供应商预选库、资格库、名录库等，不得将在本地注册企业或建设生产线、采购本地供应商产品、进入本地扶持名录等与中标结果挂钩，着力破除所有制歧视、地方保护等不合理限制。政府采购和招投标不得限制保证金形式，不得指定出具保函的金融机构或担保机构。督促相关招标人、招标代理机构、公共资源交易中心等及时清

退应退未退的沉淀保证金。（国家发展改革委、财政部、市场监管总局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（五）持续便利市场主体登记。2022年10月底前，编制全国统一的企业设立、变更登记规范和审查标准，逐步实现内外资一体化服务，有序推动外资企业设立、变更登记网上办理。全面清理各地区非法设置的企业跨区域经营和迁移限制。简化企业跨区域迁移涉税涉费等事项办理程序，2022年底前，研究制定企业异地迁移档案移交规则。健全市场主体歇业制度，研究制定税务、社保等配套政策。进一步提升企业注销“一网服务”水平，优化简易注销和普通注销办理程序。（人力资源社会保障部、税务总局、市场监管总局、国家档案局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

二、进一步规范涉企收费，推动减轻市场主体经营负担

（六）严格规范政府收费和罚款。严格落实行政事业性收费和政府性基金目录清单，依法依规从严控制新设涉企收费项目，严厉查处强制摊派、征收过头税费、截留减税降费红利、违规设置罚款项目、擅自提高罚款标准等行为。严格规范行政处罚行为，进一步清理调整违反法定权限设定、过罚不当等不合理罚款事项，抓紧制定规范罚款设定和实施的政策文件，坚决防止以罚增收、以罚代管、逐利执法等行为。2022年底前，完成涉企违规收费专项整治，重点查处落实降费减负政策不到位、不按要求执行惠企收费政策等行为。（国家发展改革委、工业和信息化部、司法部、财政部、税务总局、市场监管总局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（七）推动规范市政公用服务价外收费。加强水、电、气、热、通信、有线电视等市政公用服务价格监管，坚决制止强制捆绑搭售等行为，对实行政府定价、政府指导价的服务和收费项目一律实行清单管理。2022年底前，在全国范围内全面推行居民用户和用电报装容量160千瓦及以下的小微企业用电报装“零投资”。全面公示非电网直供电价格，严厉整治在电费中违规加收其他费用的行为，对符合条件的终端用户尽快实现直供到户和“一户一表”。督促商务楼宇管理人等及时公示宽带接入市场领域收费项目，严肃查处限制进场、未经公示收费等违法违规行为。（国家发展改革委、工业和信息化部、住房城乡建设部、市场监管总局、国家能源局、国家电网有限公司等相关部门和单位及各地区按职责分工负责）

（八）着力规范金融服务收费。加快健全银行收费监管长效机制，规范银行服务市场调节价管理，加强服务外包与服务合作管理，设定服务价格行为监管红线，加快修订《商业银行服务价格管理办法》。鼓励银行等金融机构对小微企业等予以合理优惠，适当减免账户管理服务等收费。坚决查处银行未按照规定进行服务价格信息披露以及在融资服务中不落实小微企业收费优惠政策、转嫁成本、强制捆绑搭售保险或理财产品等行为。鼓励证券、基金、担保等机构进一步降低服务收费，推动金融基础设施合理降低交易、托管、登记、清算等费用。（国家发展改革委、人民银行、市场监管总局、银保监会、证监会等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（九）清理规范行业协会商会收费。加大对行业协会商会收费行为的监督检查力度，进一步推动各级各类行业协会商会公示收费信息，严禁行业协会商会强制企业到特定机构检测、认证、培训等并获取利益分成，或以评比、表彰等名义违规向企业收费。研究制定关于促进行业协会商会健康规范发展的政策措施，加强行业协会商会收费等规范管理，发挥好行业协会商会在政策制定、行业自治、企业权益维护中的积极作用。2022年10月底前，完成对行业协会商会违规收费清理整治情况“回头看”。（国家发展改革委、民政部、市场监管总局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十）推动降低物流服务收费。强化口岸、货场、专用线等货运领域收费监管，依法规范船公司、船代公司、货代公司等收费行为。明确铁路、公路、水路、航空等运输环节的口岸物流作业时限及流程，加快推动大宗货物和集装箱中长距离运输“公转铁”、“公转水”等多式联运改革，推进运输运载工具和相关单证标准化，在确保安全规范的前提下，推动建立集装箱、托盘等标准化装载器具循环共用体系。2022年11月底前，开展不少于100个多式联运示范工程建设，减少企业重复投入，持续降低综合运价水平。（国家发展改革委、交通运输部、商务部、市场监管总局、国家铁路局、中国民航局、中国国家铁路集团有限公司等相关部门和单位及各地区按职责分工负责）

三、进一步优化涉企服务，推动降低市场主体办事成本

（十一）全面提升线上线下服务能力。加快建立高效便捷、优质普惠的市场主体全生命周期服务体系，全面提高线下“一窗综办”和线上“一网通办”水平。聚焦企业和群众“办好一件事”，积极推行企业开办注销、

不动产登记、招工用工等高频事项集成化办理，进一步减少办事环节。依托全国一体化政务服务平台，加快构建统一的电子证照库，明确各类电子证照信息标准，推广和扩大电子营业执照、电子合同、电子签章等应用，推动实现更多高频事项异地办理、“跨省通办”。（国务院办公厅牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十二）持续优化投资和建设项目审批服务。优化压覆矿产、气候可行性、水资源论证、防洪、考古等评估流程，支持有条件的地方开展区域综合评估。探索利用市场机制推动城镇低效用地再开发，更好盘活存量土地资源。分阶段整合各类测量测绘事项，推动统一测绘标准和成果形式，实现同一阶段“一次委托、成果共享”。探索建立部门集中联合办公、手续并联办理机制，依法优化重大投资项目审批流程，对用地、环评等投资审批有关事项，推动地方政府根据职责权限试行承诺制，提高审批效能。2022年10月底前，建立投资主管部门与金融机构投融资信息对接机制，为重点项目快速落地投产提供综合金融服务。2022年11月底前，制定工程建设项目审批标准化规范化管理措施。2022年底前，实现各地区工程建设项目审批管理系统与市政公用服务企业系统互联、信息共享，提升水、电、气、热接入服务质量。（国家发展改革委、自然资源部、生态环境部、住房城乡建设部、水利部、人民银行、银保监会、国家能源局、国家文物局、国家电网有限公司等相关部门和单位及各地区按职责分工负责）

（十三）着力优化跨境贸易服务。进一步完善自贸协定综合服务平台功能，助力企业用好区域全面经济伙伴关系协定等规则。拓展“单一窗口”的“通关+物流”、“外贸+金融”功能，为企业提供通关物流信息查询、出口信用保险办理、跨境结算融资等服务。支持有关地区搭建跨境电商一站式服务平台，为企业提供优惠政策申报、物流信息跟踪、争端解决等服务。探索解决跨境电商退换货难问题，优化跨境电商零售进口工作流程，推动便捷快速通关。2022年底前，在国内主要口岸实现进出口通关业务网上办理。（交通运输部、商务部、人民银行、海关总署、国家外汇局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十四）切实提升办税缴费服务水平。全面推行电子非税收入一般缴款书，推动非税收入全领域电子收缴、“跨省通缴”，便利市场主体缴费办事。实行汇算清缴结算多缴退税和已发现的误收多缴退税业务自动推送提醒、在线办理。推动出口退税全流程无纸化。进一步优化留抵退税办理

流程，简化退税审核程序，强化退税风险防控，确保留抵退税安全快捷直达纳税人。拓展“非接触式”办税缴费范围，推行跨省异地电子缴税、行邮税电子缴库服务，2022年11月底前，实现95%税费服务事项“网上办”。2022年底前，实现电子发票无纸化报销、入账、归档、存储等。

（财政部、人民银行、税务总局、国家档案局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十五）持续规范中介服务。清理规范没有法律、法规、国务院决定依据的行政许可中介服务事项，建立中央和省级行政许可中介服务事项清单。鼓励各地区依托现有政务服务体系提供由省级统筹的网上中介超市服务，吸引更多中介机构入驻，坚决整治行政机关指定中介机构垄断服务、干预市场主体选取中介机构等行为，依法查处中介机构强制服务收费等行为。全面实施行政许可中介服务收费项目清单管理，清理规范环境检测、招标代理、政府采购代理、产权交易、融资担保评估等涉及的中介服务违规收费和不合理收费。（国务院办公厅、国家发展改革委、市场监管总局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十六）健全惠企政策精准直达机制。2022年底前，县级以上政府及其有关部门要在门户网站、政务服务平台等醒目位置设置惠企政策专区，汇集本地区本领域市场主体适用的惠企政策。加强涉企信息归集共享，对企业进行分类“画像”，推动惠企政策智能匹配、快速兑现。鼓励各级政务服务大厅设立惠企政策集中办理窗口，积极推动地方和部门构建惠企政策移动端服务体系，提供在线申请、在线反馈、应享未享提醒等服务，确保财政补贴、税费减免、稳岗扩岗等惠企政策落实到位。（各地区、各部门负责）

四、进一步加强公正监管，切实保护市场主体合法权益

（十七）创新实施精准有效监管。进一步完善监管方式，全面实施跨部门联合“双随机、一公开”监管，推动监管信息共享互认，避免多头执法、重复检查。加快在市场监管、税收管理、进出口等领域建立健全信用分级分类监管制度，依据风险高低实施差异化监管。积极探索在安全生产、食品安全、交通运输、生态环境等领域运用现代信息技术实施非现场监管，避免对市场主体正常生产经营活动的不必要干扰。（国务院办公厅牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十八）严格规范监管执法行为。全面提升监管透明度，2022年底前，编制省、市两级监管事项目录清单。严格落实行政执法三项制度，建

立违反公平执法行为典型案例通报机制。建立健全行政裁量权基准制度，防止任性执法、类案不同罚、过度处罚等问题。坚决杜绝“一刀切”、“运动式”执法，严禁未经法定程序要求市场主体普遍停产停业。在市场监管、城市管理、应急管理、消防安全、交通运输、生态环境等领域，制定完善执法工作指引和标准化检查表单，规范日常监管行为。（国务院办公厅牵头，国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（十九）切实保障市场主体公平竞争。全面落实公平竞争审查制度，2022年10月底前，组织开展制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动。细化垄断行为和不正当竞争行为认定标准，加强和改进反垄断与反不正当竞争执法，依法查处恶意补贴、低价倾销、设置不合理交易条件等行为，严厉打击“搭便车”、“蹭流量”等仿冒混淆行为，严格规范滞压占用经营者保证金、交易款等行为。（国家发展改革委、司法部、人民银行、国务院国资委、市场监管总局等国务院相关部门及各地区按职责分工负责）

（二十）持续加强知识产权保护。严格知识产权管理，依法规范非正常专利申请行为，及时查处违法使用商标和恶意注册申请商标等行为。完善集体商标、证明商标管理制度，规范地理标志集体商标注册及使用，坚决遏制恶意诉讼或变相收取“会员费”、“加盟费”等行为，切实保护小微商户合法权益。健全大数据、人工智能、基因技术等新领域、新业态知识产权保护制度。加强对企业海外知识产权纠纷应对的指导，2022年底前，发布海外重点国家商标维权指南。（最高人民法院、民政部、市场监管总局、国家知识产权局等相关部门和单位及各地区按职责分工负责）

五、进一步规范行政权力，切实稳定市场主体政策预期

（二十一）不断完善政策制定实施机制。建立政府部门与市场主体、行业协会商会常态化沟通平台，及时了解、回应企业诉求。制定涉企政策要严格落实评估论证、公开征求意见、合法性审核等要求，重大涉企政策出台前要充分听取相关企业意见。2022年11月底前，开展行政规范性文件合法性审核机制落实情况专项监督工作。切实发挥中国政府网网上调研平台及各级政府门户网站意见征集平台作用，把握好政策出台和调整的时度效，科学设置过渡期等缓冲措施，避免“急转弯”和政策“打架”。各地区在制定和执行城市管理、环境保护、节能减排、安全生产等方面政策时，不得层层加码、加重市场主体负担。建立健全重大政策评估评价制度，政策出台前科学研判预期效果，出台后密切监测实施情况，2022年底前，

在重大项目投资、科技、生态环境等领域开展评估试点。（各地区、各部门负责）

（二十二）着力加强政务诚信建设。健全政务守信践诺机制，各级行政机关要抓紧对依法依规作出但未履行到位的承诺列明清单，明确整改措施和完成期限，坚决纠正“新官不理旧账”、“击鼓传花”等政务失信行为。2022年底，落实逾期未支付中小企业账款强制披露制度，将拖欠信息列入政府信息主动公开范围。开展拖欠中小企业账款行为集中治理，严肃问责虚报还款金额或将无分歧欠款做成有争议欠款的行为，清理整治通过要求中小企业接受指定机构债务凭证或到指定机构贴现进行不当牟利的行为，严厉打击虚假还款或以不签合同、不开发票、不验收等方式变相拖欠的行为。鼓励各地区探索建立政务诚信诉讼执行协调机制，推动政务诚信履约。（最高人民法院、国务院办公厅、国家发展改革委、工业和信息化部、司法部、市场监管总局等相关部门和单位及各地区按职责分工负责）

（二十三）坚决整治不作为乱作为。各地区各部门要坚决纠正各种懒政怠政等不履职和重形式不重实绩等不正确履职行为。严格划定行政权力边界，没有法律法规依据，行政机关出台政策不得减损市场主体合法权益。各地区要建立健全营商环境投诉举报和问题线索核查处理机制，充分发挥12345政务服务便民热线、政务服务平台等渠道作用，及时查处市场主体和群众反映的不作为乱作为问题，切实加强社会监督。国务院办公厅要会同有关方面适时通报损害营商环境典型案例。（各地区、各部门负责）

各地区各部门要认真贯彻落实党中央、国务院决策部署，加强组织实施、强化协同配合，结合工作实际加快制定具体配套措施，确保各项举措落地见效，为各类市场主体健康发展营造良好环境。国务院办公厅要加大协调督促力度，及时总结推广各地区各部门经验做法，不断扩大改革成效。

国务院办公厅
2022年9月7日

网址链接：https://mp.weixin.qq.com/s/RJ0qizzQK6KK_Lr7BLNWTw

十一、恩施 | 企业破产处置不动产相关问题的若干意见（试行）
破产法实务 2022-09-15 21:45 发表于湖北

恩施州中级人民法院
恩施州自然资源和规划局 文件
恩施州住房和城乡建设局

恩中法（2022）65号

关于印发《企业破产处置不动产相关问题的若干意见（试行）》的通知

各县市人民法院、自然资源和规划局、住房和城乡建设局：

经研究，现将《企业破产处置不动产相关问题的若干意见（试行）》
印发给你们，请结合各自实际，抓好贯彻落实。

恩施州中级人民法院
恩施州自然资源和规划局
恩施州住房和城乡建设局
2022年8月26日

企业破产处置不动产相关问题的若干意见
（试行）

一、建立常态化破产处置府院联动机制

1. 支持管理人依法履职

破产案件管理人或强制清算案件清算组持人民法院受理破产或强制清算案件民事裁定书、指定管理人或清算组决定书、管理人（含清算组，下同）委托书、经办人身份证复印件（原件供核对）向自然资源规划部门、住建部门等单位查询（办理）破产或强制清算企业名下的不动产登记、商品房合同备案、规划建设许可等方面的文件或信息，视为该企业的行为，无需人民法院另行出具《律师调查令》，应予以办理。不能现场办理的，应告知管理人具体办结时间。

2. 建立信息共享机制

人民法院在办理企业破产案件中，应会同企业破产财产中不动产所在地自然资源规划部门、住建部门建立有关涉不动产信息共享机制。

二、关于土地及地上附着物处置

3. 关于出让土地

为了实现城市规划管控，集约节约高效利用土地，实现土地综合效应最大化，土地使用权证或不动产权证书以及土地使用权出让合同等对破产（强制清算）企业名下的土地、房产转让有限制或禁止性条件的，处置破产（强制清算）企业名下的土地、房产时，应披露土地使用权的现状，买受人（受让人）按照土地使用权的权利现状取得土地，后续的产权登记或变更事项由买受人（受让人）自行负责。

4. 关于划拨用地

（1）破产企业以划拨方式取得的国有土地使用权不属于破产财产。在企业破产时，管理人应就划拨土地处置问题报告当地自然资源和规划部门，由自然资源规划部门报请有批准权的人民政府决定。有批准权的人民政府批准转让的，管理人应当通过公开拍卖或变卖的方式转让。拍卖或变卖成交的，由受让方依法办理土地使用权变更登记手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。不动产登记部门根据管理人、买受人的转移登记申请等相关资料，办理不动产权证书。未批准同意的，由政府有偿收回划拨土地使用权及地面附着物，管理人不得自行处置。

（2）债权人会议决议或人民法院裁定认可在不变更划拨土地性质的情况下进行实物分配（抵偿），且受让人为国有企业、事业单位或机关法人，符合划拨土地使用条件的，经有批准权的人民政府批准，不动产登记部门应根据管理人、受让人的转移登记申请破产财产分配方案（或重整计划、和解协议，下同）、人民法院批准破产财产分配方案的裁定书及政府批准材料等相关资料，为受让人办理国有划拨用地性质、不动产权利人为受让人的不动产权证书。

5. 关于土地出让金

（1）房屋已销售的，破产企业未按出让合同约定足额缴纳土地出让价款，可报经地方人民政府同意，按照“证缴分离”原则办理不动产登记。

（2）房屋尚未销售的，破产企业未按规定缴纳土地出让价款和相关税费的，经有批准权的人民政府批准同意后，可以由管理人采取对外公开拍卖或变卖的方式转让地上建筑物及相关土地出让合同的合同权利。成交后，由受让人缴纳欠缴部分的土地出让价款和相关税费。违约金按土地出让方同级人民政府批准的处置意见予以办理。依法缴纳所欠土地出让价款和税费后，可以办理不动产登记。

6. 关于建筑物

管理人应先行办理破产企业不动产首次登记，属历史遗留问题造成的“登记难”按照“查办分离、查办并行”的原则办理。暂无法办理首次登记的，管理人原则上进行“现状处置”，并告知可能无法办理不动产权证的风险，买受人（受让人）按照建筑物的权利现状取得建筑物，自行承担相关后果。

三、关于建设工程验收

7. 破产企业的建设工程，虽在破产案件受理前完工但未竣工验收，或在破产程序中续建完工，需要对该工程的规划、消防、人防、绿化、防雷、节能开展有关专项验收的，应按照审验一致的原则（即项目验收与设计、审查时采用的标准、规范相一致）进行竣工验收。如在施工期间因相关设计标准变更已实施了部分设计乃至施工变更，且现行标准宽于原有标准的，则按现行设计标准执行。

四、不动产保全措施的解除

8. 破产案件受理后，债务人的不动产保全措施应予解除。原保全措施系受理破产法院办理的，由受理破产法院办理保全措施的解除。不动产登记经办机构应及时注销查封登记。

9. 债务人的不动产被其他具有强制执行力的国家机关采取保全措施的，受理破产法院应协调有关单位，由有关单位解除针对破产企业财产采取的强制措施，依法将财产移交管理人接管，法律、行政法规另有规定的除外。

五、不动产抵押权登记的注销

10. 债务人不动产上设定抵押权的，管理人应积极协调抵押权人配合办理抵押权的注销登记。抵押权人可委托管理人办理注销登记。

11. 抵押权人不配合办理抵押权注销登记的，由受理破产法院出具注销抵押权登记的协助执行通知书，办理债务人不动产抵押权登记的注销。抵押权人对抵押权登记的注销提出异议的，由管理人给予解释。

恩施州中级人民法院办公室
2022年8月26日印发

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/47tVAg9bBkgWE4LKKvixEg>

十二、浅谈破产程序中审计的重要性

原创 熊立君 [破产法实务](#) 2022-09-15 21:45 发表于湖北

浅谈破产程序中审计的重要性

作者 | 熊立君 贵州贵达律师事务所

《破产法实务》

前言

《企业破产法》第24条规定：“管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。破产法规定除传统专业机构税务师事务所未明确体现在破产管理人范围内，律所，会所都在其范围。律所，会所做为管理人，两者基于自身内在专业领域（法律，会计、审计）在指定为管理人时有着不同方面的侧向；同时也难免存在一定缺陷，比如律所作为管理人，对于会计凭证的使用、税务债权申报审查、纳税申报、税务注销等事项，一对于事务性事项需要一个熟悉过程，二对于一些财税专业复杂知识更多停留在表面的使用，限于专业知识无法更深一步查实企业债权债务、资产情况，如：公私账户混用而隐匿收入，忽略往来款的形成原因，资产的费用化，破产企业破产的真实原因，不同科目确认、计量的分类及原则，这里也体现行业操作指引的欠缺，如检查程序的规范，适用，这点可参考审计方面相关准则和思维模式。对于会所来说，债权债务法律关系的认定是一个不可忽视的硬伤，比如公司对自然人股东借款承担保证责任，借款属于双方都是自然人情况下，该合同生效时点的确认，实践与诺成有关合同之债的界定；买卖合同风险转移的界定，是需要交付承运人还是不需要；更难的包括工程施工合同中实际施工人法律关系的认定等一系列法律关系认定事宜。在已经作为管理人的律所、会所有自己的方式去做弥补和完善，比如外聘有关律师、会计师作为专业顾问；又比如律师考取会计有关证书弥补专业知识的不足，同样会所工作人员去考取法律相关资格证书；这样的方式可以从一定程度弥补，但是无法做到根除，原因有二，一是聘请专业顾问精力有限，不可能全程介入，更不可能长期待在现场，而现场管理人本身对于其他领域的专业度不够精通，在传递信息的时候又发生传递信息的“失真”，致使专业顾问的建议力度、方向都难以保障有效。二是管理人考取另一面的专业证书虽可弥补专业知识的不足，但不足以解决根本问题。原因在于两个行业最大的特点就是需要大量的实操性，通过不断的实操总结经验成为一名专业“工匠”；如果需要律师去耗费太多时间成本一名财务专家一不现实二对于大都管理人来说没有必要性，反之会所亦然。在此情况下，就共生另外一种模式—律所与会所建立一个沟通桥梁，双方理解对方的需求、工作内容，通过自身不断实践的成果、经验助力管理人在勤勉尽责的基础上进行拔高。

以下通过律所为管理人，说明会计师事务所如何与之相互理解、搭配，合理、高效完成一个破产案子。

审计介入时点

法院指定管理人后，管理人前期更多的工作放在债权申报公告与接受债权申报工作上，审计可在此阶段适时入场开展工作，为管理人的财产调查，债权债务认定提供基础和补充。除此之外，可在预重整阶段根据需要聘请会所介入。

需求与提供服务的理解偏差

通常律所作为管理人，不涉及无产可破、简易破产程序，一般会招募会计师事务所介入。通过会所介入出具专项审计报告，对破产企业破产受理时点的资产负债，经营情况出具报告。

但律所作为管理人在使用审计报告时会出现需求和审计人员所提供的报告理解上的偏差，表现在事实、证据、法律适用问题的理解，对数据错误偏差容忍程度的理解偏差。

一、事实、证据、法律适用问题理解偏差

财务报告从出具者、严谨性考虑递进的分为几个阶段：初中高级报告；初级报告由破产企业自己编制，可靠性、独立性最弱，方面包括会计核算的正确性，法律关系的认定性，有利、不利方面的倾向性认定及披露，这当中有个特例为破产企业单独聘用的第三方审计机构出具报告，因存在利益关系，其审计报告的公正性、独立性存疑；中级报告由多方共同委托或管理人委托聘用会计师事务所出具的审计报告，该报告有较好的公正、独立性，但存在一些弊端，关键点在于对法律关系的认定上；该审计报告应理解为“事实上的财务报告”而非“法律上的财务报告”，可以较好描述事实发生的状况，但不能完全达到管理人上对事实行为认可之后上升至法律关系认定而形成的财务报告。财务虽不是法律上的概念，但底层基础是法律关系，不能事实而忽略法律关系的认定。大部分的债权债务法律关系明、直接，审计人员可很好把握，但对于一些复杂事项将难以做到合理把控，如隐名代理实际债权债务人的确定，未决诉讼或有负债的确认。而高级报告是在其基础上完善法律关系的认定，审计人员通过与管理人充分沟通所发现的事实情况重新评价债权债务关系，从而达到管理人期许的“法律上的财务报告”。

上述也是律所作为管理人对于财务报告使用和认识上需要注意的第一个重要方面，避免理解上的错误；即确认出具的审计报告按照是对于事实的描述而非法律上的界定去使用，更看重报告数据背后所提供的支撑包括债权债务事实部分查清，对应证据的合法，完整收集。

因为分工的不同，不可能也不能要求审计人员对债权债务法律关系的认定达到律师的知识、经验储备标准。但管理人与审计人员双方可就开展审计之前沟通，告知审计人员在查明事实、收集证据方面核实清楚并在底稿当中详细描述事实的具体情况，通过后附依据去做印证，而对于证据收集，管理人可按照诉讼证据的三性效力提供审计人员在具体开展当中采纳并留痕。

二、数据错误偏差容忍程度的理解偏差

上述第一点从债权债务性质认定存在理解偏差做了分析，双方可以通过明确分工来进行协同作战，审计人员对于事实清楚、证据充分两点重点着手夯实，法律适用问题由管理人结合前两部分得出最终债权债务认定情况。在认定债权债务法律性质之后，需进一步对具体金额进行认定，而第二点的理解错误就发生在这点。

在审计人员按照审计准则开展审计业务过程中，会对容错率根据不同的场景设定不同的差错可容忍度，准则中称为一重要性水平，当风险过高水平高，当预判风险低，重要性水平随之会有所降低，重要性水平随着风险的高低正方向变化。

但在一般的专项审计中，即便风险预判高，也不一定会出现不允许100%出错，故当审计人员初入破产案件专项审计时，会参照惯例允许一定数据的差错，结合实际审计程序就出现如查询一笔资金往来较多的债权时，采取抽凭而非详查即逐笔检查的方式开展。而站在管理人角度，破产程序所查明的事实、证据是要做好债权人、债务人反驳乃至被起诉时作为证据使用，除了事实清楚，法律适用正确外不容出现证据上的重大瑕疵甚至是风险点，这点就包括作为将来证据使用的债权形成过程中每一笔金额的发生是否核实清楚。可看出若管理人与审计人员事前未充分沟通，后续将给管理人埋下风险的隐患。

上述两点是从债权债务性质认定的分工，证据的如何收集作为主要两方面去描述管理人使用会所进场时需要沟通消除理解偏差的举例，而在适时解决该问题之后，审计人员的工作可以解放管理人的工作量，而将工作重点放在其他更加重要的层面及重新规划整个破产程序推进的排兵布阵之上。

审计的作用

律所作为管理人与会所在破产程序中基于双方的专业分工不同，会倾向发挥各自优势；同时也需确保双方工作衔接是不可断档，那就需要充分进行事前沟通；经过以上双方达成共识之后，审计人员的工作成果及作用可逐渐显现，具体如下：

（一）进一步核实资不抵债

资不抵债是破产受理的重要条件之一，债务人可提异议，资不抵债异议情形包括债权人提申请要求企业破产，债务人以未出现资不抵债、要求法院不予受理破产，也包括债务人主动提出破产倾向逃废债，法院怀疑真实性，管理人介入后要求第三方会所查实。无论是否受理破产，资不抵债都是一个绕不开的必做题，而如何认定资产抵债，目前在做申报时未做强制要求提供，也跟破产企业实际情况有关，更多的是要求债务人提供财产状况报告及债权债务清册。不过既然资不抵债主要涉及财务参数的定性分析，第三方审计的介入对于核实破产受理、破产真实性可以起到定分止争的参照选择。

需要说明，最能反映企业资不抵债实为管理人介入之后查明破产企业债权债务及资产情况通过法律关系界定而来即通过法律关系界定财务资不抵债的事实。但基于目前先受理后核定的程序，除开预重整等特殊事宜之外，需要在受理时就需要大方向判定破产受理条件，无法本末倒置。后续管理人的进一步核实是对受理条件的再次认定，前期依然需要依托于财务数据本身，淡化法律关系的穿透深入比如债权债务诉讼时效问题、未申报债权事宜等；而财务数据本身可做采用，不限于审计报告，法院采取态度是更倾向于形式满足资不抵债即可；但在债务人本身提出异议、对债务人本身申请破产条件存疑、债权人与债务人串通损害其他债权人权益等情况时，经第三方审计的财务报告可信性会介于形式申请与管理人法律界定之间，也能更能良性疏导破产程序的开展，避免恶意破产损害债权人权益。需要强调审计在做专项审计时，对于往来款坏账准备、债务豁免等事项谨慎使用，尽量以体现历史成本记账金额为主，对坏账计提、债务豁免等可在强调事项段做出披露。

（二）协助查实债权债务情况

破产企业的债权债务认定，关乎企业重整价值、债权人债权清偿，特殊民生项目公众权益的保护倾向；在破产企业中，管理人对于对外债务常采用程序是以公告方式对不确定对象债权人开展告知；同时开展对已知明确债权人主动通知进行债权申报，已知明确债权人一般通过企业告知，账面负债类往来款余额获悉。该方式对于以律所为管理人的情形能够行之有效的解决通知义务，合理确保债权人的完整性。但因其涉及到账面取数，破产企业常常伴随内控缺失、人员流动大等情况，可能存在多个往来款科目核算并伴有调账、留守人员并非充分了解业务性质及保留联系方式。这时可尽量使用审计介入查明，对管理人获取债权人清单进行补充，审计人员从审计思维查明、完善债权债务名单以及每笔往来款逐笔发生形成账面余额的后附依据。虽然债权申报是债权人的权利，可自由选择，但在不同情形下往往鉴于债权人的获取信息途径有限，采取公告方式、破产企业告知的方式尚有缺失，尤其在涉及民生的破产案件当中，如何合理、有效的告知方式会显得更加重要，如房开企业破产，众多普通民众购房者的有效通知，可通过审计人员的审计介入进行进一步债权清单补充，避免履职风险同时合理确保债权人的通知到位。除了债权人清单的补充之外，审计人员对于债权债务的认定成果才是可以真正协助管理人工作的一大重点。

以事实为依据，以法律为准绳，律所作为管理人能够很好的运用这一法则，而会所可以在做好前半段的基础上尽可能向第二部分靠拢，以达到事实和法律“无缝衔接”，也是为了达到审计报告可以做到管理人适用、有用的效果。通常破产企业法律关系成立、生效是以订立书面合同为起点，审计人员在介入之后也可通过资金流、合同流、发票流、物流票据流等“三流”、“四流”结合凭证做账习惯了解基本事实情况，再结合向公司相关留守人员进行访谈最终认定各项债权债务事实基础情况及单纯业务法律关系的初步认定，除此之外若出现未签订书面合同的业务、涉及第三方未签订合同

而对已签订合同业务的介入等法律关系的认定，审计人员就显得较为吃力，尤其是相关事实行为有关证据用途是用于核实申报债权用，甚至可能是将来用于确认之诉的证据层面上；这方面管理人就需要提前明确与审计人员说明清楚，避免审计结果无用或存在返工耽误整体破产程序的推进。

建议审计人员在这块可采取专项审计底稿模板，对往来款辅助余额采取一事一议形成审计底稿，在底稿记载对每一笔往来款背后的业务模式进行详细描述并根据风险导向原则对所采取的审计程序及得出审计结论进行描述；审计结论包括对该笔债权债务事实方面进行认定，另外对其法律关系进行初步认定，最后得出该笔债权债务按照会计制度应如何核算确认、计量、报告，对于重大复杂法律事宜、事实不清、证据不齐等特殊情况及与管理人沟通并在报告中披露列为强调时段。同时在底稿中标注后附证据清单，审计底稿所支撑底层资料、证据扫描件备查并给予管理人一份；需注意对往来款辅助余额项目必须做到每笔发生额都需详查且证据留底。

审计人员通过审计账面已反映债权债务情况外查明事实，收集保留证据之外，尚需进一步采取审计程序，目的在于合理保证破产企业债权债务数量与金额的完整性，尤其是对债权债务数量的完整性、真实性获取保证。采取方式包括不限于业务访谈，资金流水查询，销售单、出库单、物流单信息倒查，外部信息获悉，验证其中是否存在隐匿资产可向相关人员乃至股东追偿公司资产的情形。最后可以结合资产盘点、工程竣工结算等资料核实往来款的真实性，如往来款对应购买资产与实盘资产数严重不匹配，对方也提供不了供货依据；长期挂账工程往来款，未做支付，对方未做催收，缺少竣工结算资料等。最后需要对未决诉讼在报告中披露提供管理人。

（三）核实企业的资产状况

管理人通常采取收集外部第三方数据如不动产，车辆乃至网络查控数据结合企业破产企业账面固定资产及企业实盘可查资产来汇总实物资产状况。而审计可做补充，如通过财务审计核实是否存在费用化资产即，也可通过审计核实是否存在账外资产，如个人私人账户收取货款等货币资金，往来款长期挂账实为固定资产未做借款报销等；除此之外可核实重要存货实际使用情况，如破产受理近期是否存在贵重白酒使用异常、重要生产原材料如铝锭等领用异常，存在盗用、公司资产私人占有、无偿使用等情形。

（四）对于可撤销行为的核实

结合破产法第31-33条规定，审计通过分析往来款一年之内的变动情况，重要资产、重大资金变动情况，关联方交易，其他涉及重大资金交易，企业访谈等核实是否存在业务性质不公允，损害多数债权人利益而变成可撤销情形。对于隐匿资产，虚构业务需做延伸审计结合公司情况追溯以前年度数据核实是否公私账户混用、长期挂账往来不做资产入账、业务实质履行情况核实等。

（五）关联交易的审计

审计结合破产企业不同性质，采用企业会计准则，上市公司相关制度合理界定破产企业关联方清单。界定关联方清单目的着重在于关联方之间的交易容易出现不公允、不合理性，包括通过关联方转移出资金额、关联交易不公允转移利润导致政府投入资金的亏损、债务提前清偿、债务豁免、额外提供担保等。通过审计核实关联方名单，在审查时除了常用审计程序之外，需根据风险导向原则进一步采取审计程序，重点查实交易的真实性和合理性。如关联方与破产企业存在上下游的交易业务，通过不公允交易转移企业利润致使亏损破产，若在其他条件如人财物存在高度混同情形及时向管理人通报，不排除向着合并破产考虑。

（六）抽逃出资的审定

结合《公司法解释三》第十二条对于抽逃出资方式的认定，再结合第二十条对于举证责任的分配，审计人员在核实股东实际出资的同时延伸检查股东出资不久后是否存在同样金额的关联方或疑似关联方资金转款支出并及时向管理人通报，要求股东提供依据并配合核实情况，不排除建议管理人申请调查令查实是否最终流向股东。

（七）查实期间费用报销合规性

除开往来款容易出现“藏污纳垢”外，期间费用的不合规列支也容易出现。破产企业控股股东、董监高、实控人、关联方人员在民企当中尤为突出，对于公私不分随意使用企业资金、报销营业之外费用现象较为常见，按照税务规定与企业经营无关支出不能税前扣除需做纳税调增；考虑诉讼时效问题，审计人员可在受理破产前三年的数据进行重点审计核实是否存在与企业经营无关支出报销、虽与企业经营有关但依据不足无法后补票据等情形进行统计，同时对于破产受理前三年以上重大金额报销进行核实并进行纰漏，通报管理人是否可考虑按照代付资金以借款关系处理，保留追回相关资金的救济渠道。

（八）向法院、管理提供企业合并破产依据参考

审计人员除开传统以财务数据为基础的专项审计，也提供内部控制相关审查；对于破产企业人财物高度混同情形，结合关联方清单不排除给予法院、管理人合并破产相关参考依据。

（九）对企业破产原因进行定性分析

审计人员通过两个方面对企业破产原因进行定性分析，首先通过企业历年财务数据包括资产情况、经营成果、现金流量三个维度采取同比、环比分析、财务管理模型公式等对企业综合经营情况得出结论；其二采取内部控制体系评价企业在经营效率、效力情况，报告可靠性，遵循法律规定方面的现状；通过财务、非财务两方面重在分析企业破产所遭遇到的经营问题及风险并给予企业、管理人、法院乃至政府一定参考建议，反思破产企业的产生从政策到企业实际经营当中可供改进、完善、加强监督之处。

（十）审计思维的借鉴

审计是一门专业技术，其方式是通过质疑的态度对待未知事项，建立风险导向原则，通过采取一系列的审计程序逐一核实，查明事实，依据参照标准得出结论并合理保证结果的公平、公正性。审计虽主要鉴证财务数据是否符合标准得出结论，但其思维方式对于其他行业检查、调查工作有可参照之处；另外采取的审计程序也成立体系，包括检查、观察、询问、函证、重新计算、重新执行、分析程序等当中一个或多个程序可供通用，可比较完善对于未知事项的检查、调查提供“抓手”。

（十一）涉税事项提供财税建议、咨询

破产案件当中伴随着与政府部门之间的交涉，其中税务机关是不可避免的重要一环，审计人员基于财税知识的掌握和运用，可在具体涉税事项当中给予管理人建议、咨询。

1、涉税预缴行为与税款债权认定的建议

在房开企业业务中涉及到一些特殊税务操作，如增值税、所得税预缴税款机制；在进入破产程序之后这类款项是否满足税款债权申报条件，审计人员可通过几方面给予管理人建议及参考，以增值税举例：

（1）行为是否达到应税行为

在税收征管当中，税款的征收基础条件是属于应税行为，再结合交易性质、交易金额等认定是否缴纳税款。对于增值税应税行为的界定在《中华人民共和国增值税暂行条例》已提出，如：“第一条在中华人民共和国境内销售货物或者加工、修理修配劳务(以下简称劳务)，销售服务、无形资产、不动产以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人，应当依照本条例缴纳增值税。”；而对于应税行为具体的释义在《在中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》（以下简称“实施细则”），《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（以下简称“通知”）财税[2016]36号都有提及，如：实施细则“第三条条例第一条所称销售货物，是指有偿转让货物的所有权。”；通知“销售服务、无形资产、不动产注释，三、销售不动产销售不动产，是指转让不动产所有权的业务活动。”之规定可知晓房开采取预售方式收取房款是达到应税行为标准即属于转让不动产所有权的业务活动。税法上述规定实操倾向于形式要求即做字面扩大解释，当双方签订的合同构成上述业务即属于应税行为，在应税行为判断上不做穿透考虑是否最终结果构成转让不动产所有权。税法这样的规定目的在于确保国家税款征收工作的合理保证，故采取形式符合为主，实际核查、规定为辅。当形式应税行为发生之后涉及法律关系的无效、虚假表示、终止、解除等不构成不动产转让所有权，可依照税法有关规定处理，如抵减后期税款，申请退税等。

（2）是否达到纳税义务发生时间

当符合应税行为，排除一些特殊情况如纳税起征点，将触发纳税义务发生时间进入税款申报阶段。增值税缴纳触发纳税发生时间归纳主要为三点，

即收款、开票、合同约定收款日，三者孰先原则，满足其一触发。房开预售从行为上已满足实际收款从而触发纳税发生时间。

上述两点，房开预售房屋的行为已构成应税行为，同时收取预售款的时点已构成纳税义务时间的触发。上述预售业务和收款事宜发生在破产受理之前，应认定为税款债权，在面对税务机关税款债权申报时，建议管理人可依法依规合理认定。

（3）房屋预售预缴税款的理解

针对房屋预售预缴税款具体是在《房地产开发企业销售自行开发的房地产项目增值税征收管理暂行办法》（以下简称“暂行办法”）国家税务总局公告2016年第18号及通知中规定。而在上位法当中并没有此规定，从形式上存在违反上位法的规定。但从实际分析，该预缴税款并非文字本身预缴含义，预缴税款通过上面分析满足纳税条件。根源在于国家为了平衡税负，考虑房开期初增值税进项税额不足，若完全按照税率、征收率要求企业纳税申报将对房开初期项目建设造成资金压力层面影响。同时房开整体开发周期长，为保障国家税款的征收所采取的变通方式，由税率、征收率正常纳税申报变为预征率预缴申报，税负从10%，5%降为3%，故预缴的实际含义是降低前期税负而采取的特殊纳税申报。

综上，笔者认为预缴实为满足应税行为、纳税义务发生时间，管理人在审查此类税款债权时根据房开已实际收取预售房款按照新老项目根据税率、征收率结合预征率计算预缴税款，扣除前期已付部分应认定为税款债权。预缴税款计算公式详见暂行办法规定。

2、多交税款退还是否必然受三年时限限制

企业基于客观原因会出现多交税款的现象，税务局常用征管法第51条来衡量、判定退税事宜是否满足退税条件，关键主要在于3年时效的认定。该条款建议从几方面来做把握：（1）税务机关主动发现应及时退还，不受时效限制；主动之外通过其他渠道获取如纳税义务人告知，在核实之后也应立即退还，体现公权力的公平、公正性（2）纳税义务人在计算错误的情况下发现有多缴税款可在结算税款3年内要求退还并要求税务计算利息，该3年应理解不适用时效的中止、中断、延长；3年时效限制其一仅是计算错误需在结算3年内申请退税，才加算利息并不是过了3年就不应退还税款，原因在于依据民事债权原则三年从知道或应当知道起算，最终20年时效，举轻以明重，国家欠付纳税义务人应退税款理应更注重公权力的公信力，带有不当得利成分；其二除了计算错误，其他原因导致退税应不受3年限制，至少不能按照除斥期间来理解，应更加合理按照知道或应当知道3年内提出即可满足退税时效规定，计算错误之外的退税情形如：合同的变更、终止、解除、无效等。

上述对于退税时效事宜进行阐述可按此与税务局沟通，对于退税事宜税务机关一向表示慎重，尤其在破产程序当中，对于退税是否延误破产程序

的推进，退税对破产程序、债权清偿率的影响，需要管理人去做评断，而对于退税涉及的实际操作和财税专业事宜可由审计人员与之沟通给予建议。

3、房屋未达到交付条件，进行转让属于债权还是物权转让

破产案件当中常常面对实物资产的处置而获取货币资金对债权按比例进行清偿，其中房屋的处置是重要的一部分。但在对房屋进行处置的过程中，也常面临房屋未达到交付条件无法办理产权过户。笔者认为该类房屋处置实为非金钱债权的转让属于债权转让而非物权转让，原因有几方面构成：其一，企业购置房产在未达到交付条件时，所支付的款项确认在预付账款科目，而非确认在固定资产当中，这点与法律关系的认定有相通之处。在于财务要确认为固定资产除了看中形式外观拥有产权证之外，更看重其中的风险是否转移；但房屋未做交付之前风险依然在房开而并未转移，故财务账面确认预付款项而非固定资产；其二，若做为物权转让，涉及房屋过户事宜。而当房屋不具备交付条件，卖家在不具备产权证的状态，又将房屋过户给到买家，不动产登记中心是无法办理业务，就涉及到即便缴纳了过户买方承担的契税也无法继续办理过户业务，即证实不能以买卖房屋所有权界定该业务，从而卖家不能为此缴纳流转税；应按照债权转让处理，这点也在财务做账时给予侧面佐证。当所购置房屋为做交付，账面确认为预付款项，当处置时同样达不到过户条件，财务账面是将该项预付账款处置换取对价货币资金而非作为固定资产处置。其三，对于增值税的应税行为已在上面深入探讨，表明虽然从房屋买卖合同外观满足增值税应税行为，原则是要缴纳税款，但同样表明该业务模式满足特殊情况，即卖家作为破产企业，在破产注销主体前已经预期不可能获取房屋的交付更谈不上过户，产权证的办理，在此情况就不应在按照合同形式外观认定为物权的转让，这点不光从实操，也从原理说明不应这样理解和实操。

很可惜，税务机关尤其是基层税务机关并非完全接纳该观点，笔者办理破产案件中，税务机关仍然坚持作为物权转让并做纳税申报。在此也希望通过与管理人的深层次沟通，双方对于财税法衔接问题达成共识的基础上共同努力，向税务机关传导，望早日取得财税法律层面的统一共识。

总结

审计的作用归纳总结三部分：1. 理账 2. 企业破产原因财、税、内控分析 3. 管理建议理账：理账最大直接作用是审计通过审计程序核实企业债权债务完整性清单，初步核实法律关并夯实事实、证据部分便于管理人债权审查，债务催收、追索；除此之外可以核实受理前可撤销情况、进一步核实资不抵债情况、资产摸底、税务事项咨询、建议等。

企业破产原因财、税、内控分析：在理账的基础上升华，通过宏观如报表数据结合微观如明细账、费用的历年数据变化、资金流的走向、内部制度的建立、执行、监督情况等分析企业从成立至今到破产受理通过财、税、内控反映了企业发展的过程，并合理找寻企业破产的根本原因是法律风险、经营风险、还是内控缺失、存在舞弊、管理层凌驾制度等原因造成。

管理建议：破产企业往往伴随着内控的缺失，导致对外面临法律风险，对内承担经营风险，造成内忧外患的局面最终走向破产。根据企业风险管理理论，审计人员可以在理账的基础上很好了解企业的发展史，对于企业风险管理的目标：战略目标的实现，经营效率、效力的确保，报告的可靠性，遵循法律合规性当中的前三部分通过财务、税务、内控的维度，同时对发现的法律层面事宜给出参考向管理人、乃至法院、政府、法律制定者提出实际业务层面的建议。

国家制定破产法用意是“适可而止”，给予破产企业、股东合法、合理的解脱负债，重新再来的机会。但不排除实际破产企业、股东滥用该项制度存在如“逃废债”的情况。通过审计人员的介入可以较好给予管理人建议的补充，如控股股东、实控人、董监高是否存在重大过失、故意逃废债，未勤勉尽责导致企业破产；在企业存在经营危机时还采取明显不合理方式加大企业经营困难；形式包括关联方转移利润、高管舞弊、凌驾于制度上的管理、公私账户资金混同、资金抽逃。建议包括全面推广、强制启用合规体系，通过上层法律体系的搭建，完善破产法，加大破产企业控股股东、实控人、董监高等关键人员的责任。

综上审计可在管理人的实际工作中提供重要助力，甚至做到部分管理人职责的“外包”。“外包”的意义不再于管理人自身工作的不开展、部分开展，而在于可以更好的把时间、精力放在更为重要的一面。如：疑难杂症债权的研判、重大债权人、债权人代表、法院、政府的有效，持续沟通，战略投资者的进一步深挖，破产业务管理、战投、融资业务的升级、拓展上。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/-1xmPp7rRScaaiSrAm0dgg>

十三、浅析实质合并破产中债权申报停止计息日的确定——以某矿业公司为例

破产法维律 2022-09-16 08:45 发表于安徽

作者：甄振邦 郭宁宁，新疆天阳律师事务所

摘要：根据《企业破产法》第四十六条之规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。某一企业单独破产时，该条款清楚明确，径行适用该条规定即可，但在企业集团化运行趋势日益增强的背景下，出现了关联企业实质合并破产（重整）的情况，此情况下可能存在多个“破产申请受理日”，以哪个受理日为准确定停息日往往成为债权人和债务人争议的焦点，而目前立法和司法解释尚无明文规定，在理论界和实务界观点不一。作者倾向以关联企业中最早进入破产程序的时点为停止计息日，既符合实质合并破产内在价值，彰显实质公平，也便于操作，有利于提高破产工作效率。关键词：实质合并 停止计息 公平受偿引言：在多个关联企业先后进入破产程序并最终裁定实质合并破产（重整）的情况下，可能存在多个“破产申请受理日”，此时停止计息日如何确定？最高人民法院于2018年3月4日印发了《全国法院破产审判工作会议纪要》（法〔2018〕53号），规定了实质合并破产的适用原则、审查程序、管辖、法律后果、权利救济等内容，没有规定实质合并破产中债权停止计息的时间如何确认。

本文以某矿业公司及其关联企业实质合并重整案为例，在对各方观点进行分析比较的基础上，结合已公开的裁判文书，拟对关联企业实质合并破产中债权申报停止计息日的确定予以探讨。

一、问题的提出：实质合并破产中债权申报停止计息日如何确定？

（一）某矿业公司实质合并重整概述

某矿业公司（以下简称A公司）成立于2010年8月5日，注册资本1个亿，股东为张某、李某、王某，公司类型为有限责任公司，经营范围为铁矿石开采、普通货运等。法院于2017年11月裁定A公司重整，2018年7月裁定A公司控股的融资平台B、C公司重整。管理人在接管债务人财产、审查债权的过程中发现上述3家关联企业之间法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、若适用单独重整将严重损害债权人公平清偿利益。管理人提出3家公司实质合并重整的申请，法院于2018年8月裁定3家公司实质合并重整。

（二）债务人、债权人观点不一

上述3家公司中A公司即核心控制公司于2017年11月最早进入破产程序，B、C公司于2018年7月进入破产程序，法院于2018年8月裁定3公司实质合并重整。管理人在审查债权过程中查明，A公司对外有近3个亿的债务，B、C公司对外借款本金2个亿，利息8000万元（其中自A公司进入破产程序到B、C公司进入破产程序之间约8个月的时间产生了近3000万元利息），各公司债权申报停止计息日以哪个日期为准？其中B、C公司的债权人主张以关联企业各自进入破产程序的时间分别确定停止计息日，如此B、C公司的债权人将比A公司的债权人多出8个月的计息期，同时B、C公司的债权人在A公司不能补充申报的情况下表决权比例将增大；A公司的债权人主张以法院作出实质合并裁定之日确定停止计息

日,如此A公司债权人的计息日将延长9个月,A公司债权人也将补充申报5400万元利息;A公司即债务人则主张以关联企业中最早进入破产程序的时点为停止计息日,此方法不仅缩减了公司债务,在法定代表人为公司对外借款提供了连带保证的情况下,还减轻其自身担保责任。以哪个观点为准,债权人、债务人产生了重大分歧。《企业破产法》第46条规定:附利息的债权自破产申请受理时起停止计息,此时我们发现出现了3个破产申请受理日。那么在法院裁定实质合并重整的情况下,以哪一个时间点为债权申报停止计息日?

二、实质合并中确定债权申报停止计息日的各方观点

根据集团企业的不同情况,各关联企业进行实质合并破产的启动方式也有所区别。目前实践中主要存在两种启动方式:第一种,各关联企业分别进入破产程序再进行实质合并,正如本文上述举例;第二种方式部分企业先进入破产程序,再对已进入破产程序和未进入破产程序的关联企业进行实质合并,如北大方正案、海航案。采用上述两种启动方式进行实质合并破产的案件中各个关联企业破产申请受理日往往不一致,本案中最早进入重整程序与最后法院裁定实质合并重整程序的相隔9个月之久,计算的利息相差近5400万元。停止计息日的确定将直接关系到申报债权利息多少,因此如何确定停息日往往成为债权人和债务人争议的焦点。立法和司法解释尚未确立实质合并中债权申报停止计息日确定规则,在理论界和实务界观点不一,目前有三种主流观点。

(一) 第一种观点主张分别确定停止计息日,即 B、C 公司债权人观点

王欣新教授指出,由于实质合并破产并不是企业的组织合并,并不履行公司法上的合并程序,而仅仅是在破产程序进行中对各关联企业的资产与负债合并处理,所以破产法上的各种时间期限,原则上只需按照关联企业各自实际进入破产程序的时间确定。[1]北京市第一中级人民法院也支持此观点,该院于2022年4月28日发布《关联企业实质合并重整工作办法(试行)》,其中第三十九条规定“实质合并重整案件,对相应关联企业成员的附利息的债权,一般自对相应关联企业成员的破产申请受理之日停止计息,法律另有规定的除外。”辽宁省高级人民法院(2021)辽民申8843号同样支持以关联企业各自进入破产程序的时间确定停止计息日。辽宁高院认为,沈阳市中级人民法院于2021年3月3日作出(2020)辽01破21-1号民事裁定,受理华晨集团公司管理人对包括本案再审申请人华晨汽车大连公司在内的11家公司的重整申请,并对华晨集团公司等12家公司适用实质合并重整方式进行审理。原审依据上述裁定认定案涉利息债权计算至2021年3月3日,认定事实和适用法律并无不当。此观点的反对者提出:当关联企业成员互为其他连带债务人时,债权人申报其对多个连带债务人的债权的,管理人在制作债权表时应登记为一笔债权,即同户名债权进行合并。若以各自实际进入破产程序的时间确定停止计息日,则会产生诸多关联破产企业的利息债权不统一的矛盾情况。同时后进入破产程序的关联企业成员的债权人利息计算期限更长,其债权利益明显优于先进入破产程序的关联企业。

(二) 第二种观点以关联企业被裁定合并破产的时间为准,即A公司债权人观点

法院裁定合并破产后，破产程序中不再考虑关联企业成员的独立法人地位，将关联企业视为一个单一企业实施破产，由管理人继续审查并编制统一的债权表，因此停止计息日应以关联企业被裁定合并破产的时间为准。“自裁定关联企业实质合并重整之日起至重整程序终止，为实质合并重整案件的重整期间”[2] 法庭做出企业实质合并重整的裁定后，标志着一个新的程序的开始，且在三种观点中此方法的利息计算期更长，因此大多数债权人主张以法院裁定实质合并重整的时间为停止计息日。反对者提出：该观点明显是不具备规范性与操作性的，很难判断究竟哪一家企业会是被合并的最后一家，当新的关联企业加入破产程序时，会有新的合并破产裁定出现，新的合并破产裁定出现之前申报的利息是否要重新计算？按照此观点，本文前述所举ABC 3家公司是否需要补充申报，当补充申报债权的公司达到几十甚至几百家时，债权申报工作将出现混乱。

（三）第三种观点主张以关联企业中最早进入破产程序的时点为停止计息日，即债务人观点

进行实质合并的各企业成员的财产作为合并后统一的破产财产由各成员企业的债权人在同一程序中按照法定顺序公平受偿，同类债权人实行同等顺位、同等比例的清偿。基于公平清偿的原则，不同关联企业债权计算方式应予一致，按照统一的时间点停止计息，即适用一个停息日。而选择关联企业中最早进入破产程序的时点为停止计息日还可以缩减债权总额，提高总体清偿率。此观点彰显实质公平。以关联企业中最早进入破产程序的时间为准既便于操作，有利于提高破产工作效率，同时也更符合实质合并破产内在价值。法院裁定实质合并后，破产管理人对同户名债权进行合并，将后破产企业财产、债权归并到先破产企业中统一进行清偿，适用相同的债权申报方法，孳息债权计算统一截止至先破产企业裁定受理日。在最早受理日和最晚受理日间隔时间可能长达9个月或更长的情况下，选择关联企业中最早进入破产程序日，避免关联企业债务扩大，提高债权人清偿率，从而有利于发挥破产保护功能。在“郑志锋”一案中，[3] 最高人民法院支持了二审法院“孳息债权计算统一截止至先破产企业镭宝机械破产裁定受理日”的做法。在（2019）最高法民申265号一案中对这一问题的论述：孳息债权计算统一截止至先破产企业破产裁定受理日的做法符合《中华人民共和国企业破产法》第一条“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”的立法目的，也不违反该法第四十六条“附利息的债权自破产申请受理时起停止计息”的规定，并且充分保障了全体债权人能公平有序受偿的立法目的。

三、结论

具体采用哪个时间点计算，应结合实质合并案件的特点对法律做出合理恰当的解释，进而解决该规定的法律适用问题。

（一）实质合并重整案件的特点

关联企业实质合并破产案件与单独破产案件相比，一个显著特点是关联企业的核心控制企业有可能滥用其控制地位，导致有的企业资产较多而债务较少，

另一些企业则资产较少而负债较多,由此使各企业单独破产时,各企业的债权人之间不能得到真正公平的清偿。[4]实质合并破产实际上已经否定了各关联企业的法人独立性,相应的其做出的法律行为原则上也均应视为系由核心控制企业做出。故此,原则上也应当以实质合并破产案件中第一个被受理破产的企业进入破产之日起作为债权申报停止计息日。

(二) 本案中B、C公司债务形成的过程和效果分析

回到文章开头的举例,因A公司、B、C公司之间存在持续、广泛、显著地法人人格高度混同,法院裁定进行实质合并重整。纵观B、C公司债务形成的过程和效果,可见:1.B、C公司并非为本公司利益向外借款。B、C公司只是A公司的一个融资平台,所借款项全部用于A公司项目开发建设,与B、C公司不存在直接关系;2.A公司因资金链断裂,授权B、C公司对外借款。B、C公司的对外借款行为实质上是A公司控制下做出,而非B、C公司独立做出。3.从效果上看,在进入实质合并程序后,由于B、C公司本身没有资产,事实上由核心控制公司A公司的财产作为合并后统一的破产财产由3家公司的债权人公平受偿,相当于B、C公司从A公司的债权人处分了一杯羹,此时如果仍然要利用其后进入破产程序的“优势”延长利息计算期间,必定使得A公司债权人可得清偿部分再次被B、C公司债权人瓜分,严重损害A公司债权人公平清偿利益。

(三) 将合并破产企业的债权利息均计算至最先进入破产的企业破产受理日符合立法目的

综上,B、C公司对外借款行为既非为自己的经营而做出,且做出该行为时已经丧失法人独立人格,该行为实际上是核心控制企业A公司做出,损害了A公司债权人公平清偿利益。将合并破产企业的债权利息均计算至最先进入破产的企业破产受理之日,符合公平清理债权债务,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的立法目的。目前全国人大财经委正在紧锣密鼓地推进《企业破产法》修定工作,破产法理论界与实务界对破产法的制度修改与法律实施充满了热情和期待,希望本文的探索能够引发大家的关注和进一步的探讨,为关联企业实质合并制度的补充完善贡献智慧。

注释及参考资料

[1]王欣新:《破产王道-破产法司法文件解读》,法律出版社2021年版,第186页。

[2]北京市第一中级人民法院2022年4月28日发布《关联企业实质合并重整工作办法(试行)》,第二十七条

[3]相同案例参见(2021)豫1402民初7055号。

[4]王欣新《破产王道-破产法司法文件解读》,法律出版社2021年版,第150页。

网址链接: <https://mp.weixin.qq.com/s/L5i380eUu6Pcya9Ai6E4zw>

十四、重整项目放心投！佛山市破产重整投融资平台正式上线

破产法实务 2022-09-07 20:11 发表于湖北

破解困境企业融资难题

佛山又有新突破啦



9月7日，“重整放心投，佛山‘益晒你’”佛山市破产重整投融资平台上线仪式暨投融资项目签约仪式举行。由佛山中院联合佛山市破产管理人协会、阿里巴巴集团（阿里资产）等共同打造的佛山市破产重整投融资平台升级上线运行。当天，广东高骏实业投资集团有限公司获佛山市顺德农商银行直接融资3000万元，平台融资迎来“开门红”。



背景

征信受限、信息不对称

困境企业融资成难题

破产案件处置过程中，职工安置、恢复生产经营、支付破产费用等环节均需资金支持，而资产变现与资金支出经常不同步，使得**破产企业的融资需求尤为迫切**。但企业进入破产重整程序后，往往因征信受限难以获得银行贷款。此外，重整投资人招募作为破产重整程序的关键一环，直接关系到重整成功与否。囿于信息不对称，重整案件在寻觅合适的重整投资人路上“波折重重”，**融资难成为不少破产重整企业难以承受之重**。

着眼于此，为了更好地调动市场主体积极性，有效破解上述难题，在佛山法院的指导下，佛山市破产管理人协会联合阿里巴巴打造了全国首个依托府院联动的重整投融资平台。



破局

打造佛山特色的一体化平台
金融、科技赋能助力破产重整提速



陈刚佛山市破产管理人协会会长

上线仪式上，佛山市破产管理人协会会长陈刚介绍了投融资平台的建设情况。陈刚会长表示，投融资平台是立足原有府院合作制度，以与多家银行机构达成合作框架为建设基础，通过创新融资模式、引入具有资质和实力的资产管理公司、借力互联网金融科技等方式，不断实现迭代升级，在**破产资产处置效率提升、重整价值精准识别和破产重整融资支持力度**方面有了更大突破。



姜天萃阿里资产破产业务总监

“通过平台，能让投资人发现企业的价值，让有价值的企业重获新生。”阿里资产破产业务总监姜天萃介绍了投融资平台的优势和特点。姜天萃表示，依托互联网、大数据、云计算等技术，平台致力优化用户体验和提高投资人招募效率。其中，平台**首创破产重整信息提前发布制度**，整合政府部门、网络拍卖机构、金融机构、行业投资者等资产处置优势资源，致力打通破产程序“资产处置—投资人招募—融资渠道接洽—管理人履职监督”全链条堵点。



平台设有“找企业项目”“找投资人”“找配资机构”“重整价值识别”“重整计划指导”等五个功能板块，提供项目推介、评估询价、拍卖竞价、融资配资等集约化资产处置服务。

精准推送 提高效率

平台利用资产大数据建立数字化模型，通过网络竞价对企业重整价值进行市场化定价，利用云计算技术对目标投资人精准画像并推送信息，全面提高重整融资效率。

对接政府 数据共享

平台还对接佛山破产案件一体化管理系统，实现与政府有关部门的政务数据共享，特别是强化与招商部门合作，将破产工作融入招商大局，进一步拓宽重整投资人招募途径。

成效平台融资迎来“开门红” 法治化营商环境助企业“涅槃重生”

活动当天，还举行了投融资项目签约和重整交接仪式。现场，广东顺德农商银行大良支行与广东高骏实业投资集团有限公司破产管理人签订了共益债融资项目书。佛山分析仪有限公司、佛山市佛分环保仪器检测设备制造有限公司的破产管理人分别与佛山市千汇创置业有限公司、深圳市景泽叁号投资合伙企业（有限合伙）及华润资产管理有限公司进行了重整事务的移交签约。



“我们出现融资困难后，通过平台‘牵线搭桥’以及法院、市管理人协会的大力协助，公司、破产管理人与顺德农商行就共益债资金划拨方式等融资细节进行了充分沟通，今天的签约是重生的开始。”高骏公司负责人难掩激动之情。



通过平台成功突破投融资困境，高骏公司并非个例。佛山分析仪有限公司的顺利重生，同样得益于投融资平台的建设。分析仪公司前身是曾位列全国四大分析仪器厂之一的佛山分析仪器厂，年销售收入额曾高达1.5亿元，参与制定了多个地方、行业、国家标准，也是国内少数几家有资质制造、生产一氧化氮气体流量控制仪和检测设备的生产商。但由于公司实控人突然去世，加之疫情冲击，公司资金链断裂引发债务危机。重整过程中，正值投融资平台升级改造，在佛山中院、破产管理人等多方努力下，分析仪公司最终通过该平台成功招募意向投资人，推动重整计划顺利执行完毕。

“平台目前已经集聚了12家金融机构，每年能为进入破产程序的企业提供至少25亿元额度的授信支持。”佛山中院民五庭庭长黎健毅表示，破产重整投融资平台的建立是市场化、法治化推进企业破产制度的体现，也是佛山“益晒你”行动方案的重要举措。作为佛山法院年度十大营商环境重点工作举措及为民办实事重点推进项目，未来投融资平台有望在破产企业融资机制创新、促进困境企业重生方面发挥积极作用。

当天，佛山中院党组副书记、副院长杨炯，民五庭庭长黎健毅等领导；佛山五区法院领导；佛山市金融工作局、佛山市招商办、中国银行保险监督管理委员会佛山监管分局、中国人民银行佛山市中心支行领导；佛山市地方金融促进会、佛山市金融债权及特殊资产管理协会、佛山市创业与风险投资协会领导；佛山市破产管理人协会、阿里巴巴公司、合作银行、合作金融机构等相关领导及代表出席活动。

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/1QoCp4DvzEc7rbHC0SK9-Q>

十五、《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》

破产法实务 2022-09-05 00:09 发表于湖北

浙江省发展和改革委员会

ZHEJIANG PROVINCIAL DEVELOPMENT AND REFORM COMMISSION

省发展改革委等 17 部门关于印发《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》的通知

浙发改财金〔2022〕192 号

各市、县（市、区）人民政府，省直属各单位：

为全面贯彻落实国家发展改革委、最高人民法院等 13 个部门《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的意见》（发改财金规〔2021〕274 号）精神，完善与破产法律法规相配套的政策制度，推动和保障管理人依法履职，提高破产效率，充分发挥破产制度作用，解决企业退出难问题，优化要素配置，加快打造市场化、法治化、国际化营商环境，结合我省实际，特制定《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》，经省政府同意，现予印发，自 2022 年 9 月 20 日起施行。请认真组织实施，抓好任务落实。

附件：《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》

浙江省发展和改革委员会
浙江省高级人民法院
浙江省财政厅
浙江省人力资源和社会保障厅
浙江省自然资源厅
浙江省住房和城乡建设厅
中国人民银行杭州中心支行
浙江省人民政府国有资产监督管理委员会
中华人民共和国杭州海关
国家税务总局浙江省税务局
浙江省市场监督管理局
中国银行保险监督管理委员会浙江监管局
中国证券监督管理委员会浙江监管局
浙江省档案局
浙江省公安厅

浙江省消防救援总队
浙江省人民检察院
2022年8月2日

浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见

为贯彻落实国家发展改革委等十三部门《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》（发改财金规〔2021〕274号）精神，完善与破产法律法规相配套的政策制度，推动和保障管理人依法履职，提高破产效率，充分发挥破产制度作用，解决企业退出难问题，优化要素配置，加快打造市场化、法治化、国际化营商环境，结合我省实际，特制定本实施意见。

一、总体要求

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持稳中求进工作总基调，立足新发展阶段，贯彻新发展理念，构建新发展格局，以推动高质量发展建设共同富裕示范区为主题，以深化供给侧结构性改革为主线，坚持市场化、法治化改革方向，深化数字化改革，完善破产制度配套政策，更好发挥政府和法院在企业破产程序中的作用，推动和保障管理人依法履职，降低破产制度运行成本，加快“僵尸企业”出清。

二、主要举措

（一）优化破产企业注销和状态变更登记制度

1. 落实企业破产和退出状态公示制度。

根据实际情况，实现企业破产重整案件信息网、企业信用信息公示系统等平台的互联互通、数据同步、信息共享，及时更新公示我省破产企业信息状态，进一步拓宽破产管理人破产程序信息推送渠道。（省法院、省市场监管局、省发展改革委等按职责分工负责）出台具体实施细则，贯彻落实“破产清算程序终结以及重整或和解程序终止前，非经破产案件审理法院同意或管理人申请，不得办理企业登记事项变更手续”的要求，保障债权人利益，确保破产程序顺利推进。（省法院、省市场监管局等按职责分工负责）

2. 细化落实破产企业注销制度。

严格落实破产企业简易注销办理标准、要求和步骤，各级市场监管部门不得再额外设置简易注销条件。优化简易注销服务，营业执照遗失的破产企业通过国家企业信用信息公示系统免费发布营业执照作废声明或在报纸刊登遗失公告后，可直接向企业登记机关申请简易注销，无需申请补发营业执照。（省市场监管局负责）

3. 落实破产企业相关人员任职资格限制登记制度。

根据国家相关规定，落实破产企业相关人员任职限制登记制度。畅通申报机制，便利管理人对债务人企业董事、监事或高级管理人员及时进行任职限制申报。（省法院牵头，省市场监管局、人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责，其中上市公司的管理由浙江证监局牵头）适时总结发布典型案例，鼓励各级法院在相关案例中积极落实对破产企业董事、监事、高级管理人员及实际控制人、控股股东等对企业破产负有相关责任的人员违反忠实义务、勤勉义务的惩戒，不断完善直接责任人员失信行为联合惩戒机制。企业董事、监事或高级管理人员违反忠实勤勉义务，未履职尽责，致使所在企业破产，被人民法院判令承担相应责任的，管理人可以凭生效法律文书，通过全国企业破产重整案件信息网等向市场监管、金融管理等部门申请对相关人员的任职资格限制进行登记。（省法院牵头，人行杭州中心支行、省市场监管局、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

（二）加强金融机构对破产程序的参与和支持

4. 强化金融服务支持。

金融机构应当支持管理人依法履行接管破产企业财产等法定职责，建立和完善与破产程序相衔接的金融服务工作机制，加强对企业重整、和解的支持。（人行杭州中心支行、浙江银保监局牵头，浙江证监局等按职责分工负责）对于商业银行、证券公司、保险公司等金融机构或在本地有重大影响的企业破产案件，清算组作为管理人的，人民法院可以依法指定金融资产管理公司作为清算组成员参与破产案件。（省法院牵头，人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等协同配合）

5. 便利管理人账户开立和展期。

管理人可以凭人民法院破产申请受理裁定书、指定管理人决定书及管理人负责人身份证材料，向金融机构申请开立管理人账户。金融机构应针对管理人账户的开立确定统一规则，在充分履行客户身份识别义务、确保风险可控的前提下，进一步简化账户开立流程和所需材料，缩短开户周期，提升管理人账户权限，优化管理人账户展期、注销办理流程。鼓励金融机构适当减免管理人账户开立使用的相关费用，鼓励金融机构对“无产可破”企业管理人账户免收相关费用。管理人应当在终止执行职务后，及时办理管理人账户注销手续。（人行杭州中心支行牵头，浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

6. 支持管理人依法接管破产企业账户。

积极落实国家有关规定，管理人可以凭人民法院破产申请受理裁定书、指定管理人决定书和债务人印章或者经依法备案的管理人印章接管破产企业账户，依法办理破产企业账户资金划转，非正常户激活或注销，司法冻结状态等账户信息、交易明细、征信信息查询等业务，金融机构应当予以配合并及时办理。（省法院牵头，人行杭州中心支行、浙江银保监局等按职责分工负责）

7. 协助配合推进破产程序。

强化金融机构债权人委员会和债券持有人会议等机制，充分尊重和发挥集体协商机制在破产程序的协调、协商作用。探索金融机构债权人委员会制度和庭内债权人委员会制度的程序转换和决议效力认可等机制。相关政府部门依法对金融机构债权人委员会进行指导、协调，对金融机构债权人委员会的费用分担等问题进行适当支持。（浙江银保监局、省法院牵头，人行杭州中心支行、浙江证监局等按职责分工负责）鼓励金融机构积极高效行使表决权，协助配合推进破产程序；鼓励金融机构下放审批权限、简化审批流程，优化审批标准。（人行杭州中心支行、浙江银保监局牵头，浙江证监局等按职责分工负责）

8. 加强重整企业融资支持。

金融机构要支持重整过程中的企业合理资金需求，在审慎审查的基础上，创新和改进融资服务，探索符合重整企业特点的贷款模式，合理确定融资成本，不额外增加企业负担，支持重整企业回归正常经营。优化银行绩效考核机制，推行尽职免责制度。（人行杭州中心支行牵头，浙江银保监局等按职责分工负责）支持私募股权投资基金、产业投资基金、不良资产处置基金等各类基金在破产程序中按照市场化、法治化原则向符合国家产业政策方向的重整企业提供融资支持。（省发展改革委牵头，人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）探索打造市场化运作的可转换重整投资机构，建立可转换重整投资机构与金融机构的沟通机制。（人行杭州中心支行牵头，浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

9. 支持重整、和解企业金融信用修复。

优化破产企业信用管理，督促商业银行配合破产管理人管理企业账户，落实破产企业信用修复。推动出台简化重整、和解程序中银行债权人减免破产企业债务所需履行的手续等方面的措施。（人行杭州中心支行牵头，浙江银保监局等协同配合）金融机构对重整计划或破产和解协议经裁定批准后企业的合理融资需求应参照正常企业标准依法依规予以审批，不得以征信系统内原不良信用记录而一票否决。（人行杭州中心支行牵头，浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

10. 切实保护职工合法权益。

有效保护职工劳动报酬、社会保险等合法权益，优化破产企业职工社保工作，依法优先清偿企业所欠职工工资、社会保险费等费用。对于符合退休条件或要求转出养老保险关系的职工，如果职工个人同意补缴本人及企业应承担的全额欠费本金的，可由个人先行缴纳后办理退休或转移手续。应由企业负担部分的社保费本金，个人垫缴后列入破产债权优先清偿。破产企业涉嫌拖欠职工劳动报酬的，破产案件审理法院应主动加强与人社保行政部门的协调沟通，妥善化解欠薪问题，维护社会稳定。（省人社保厅牵头，省法院、省国资委、省税务局等按职责分工负责）

11. 依法防范和打击“逃废债”。

破产企业涉嫌刑事犯罪的，破产案件审理法院应加强与刑事办案机关的协调沟通，妥善解决破产案件程序启动、破产财产保全解除、破产企业接管等问题，刑事办案机关应当予以配合。省法院牵头研究建立和完善在破产审判过程中发现犯罪嫌疑的移送侦查工作机制，为形成打击“逃废债”合力提供制度化保障。加强打击破产程序中“逃废债”的典型案例分析，为形成打击逃废债合力提供保障。（省法院牵头，省公安厅、省检察院等按职责分工负责）破产企业的有关人员可能涉嫌犯罪的，管理人应当及时将犯罪线索报送司法或监察机关。对企业相关人员启动刑事程序后，因破产案件审理需要，破产案件审理法院可以与刑事办案机关协调，依法会见、询问涉嫌犯罪的企业相关人员。（省法院牵头，省公安厅等按职责分工负责）加强管理人对破产企业财产的追查和管理，及时向金融机构债权人委员会、债权人会议报告有关情况。（省法院牵头，人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）金融机构应依法依规积极支持管理人追查破产企业财产，严查债务人利用体外公司及个人账户进行的非法资金转移行为，建立信息共享机制，金融机构如发现破产企业及其董事、监事、高管、股东和实际控制人有逃废债信息或线索的，人民银行督促金融机构将逃废债信息和线索提供给管理人，人民法院督促管理人尽职审查，并协助、配合金融机构打击“逃废债”，有效保护债权人、投资者合法权益。（省法院牵头，人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

（三）便利破产企业涉税事务处理

12. 保障破产企业必要发票供应。

破产程序中的企业应当接受税务机关的税务管理，管理人负责管理企业财产和营业事务的，由管理人代表破产企业履行法律规定的相关纳税义务。破产企业因履行合同、处置财产或继续营业等原因在破产程序中确需使用发票的，管理人可以以纳税人名义到税务部门申领、开具发票。税务部门在督促纳税人就新产生的纳税义务足额纳税的同时，按照有关规定满足其合理发票领用需要，不得以破产企业存在欠税等情形为由拒绝。（省税务局负责）

13. 依法核销破产企业欠缴税款。

税务、海关等部门在破产清算程序（包括破产清算、重整、和解）中依法受偿破产企业欠缴的税款本金、滞纳金（包括因欠缴社保费用产生的滞纳金）、罚款后，应当按照人民法院裁定认可的财产分配方案中确定的受偿比例，办理欠缴税款本金、滞纳金、罚款的入库，并依法核销未受偿的税款本金、滞纳金、罚款。（省税务局牵头，杭州海关等按职责分工负责）

14. 便利税务注销。

经人民法院裁定宣告破产的企业，管理人持人民法院终结破产清算程序裁定书申请税务注销的，税务部门即时出具清税文书，按照有关规定核销

“死欠”，不得违反规定要求额外提供证明文件，或以税款未获全部清偿为由拒绝办理。（省税务局负责）

15. 支持企业纳税信用修复。

重整或和解程序中，税务机关依法受偿后，管理人或破产企业可以向税务机关提出纳税信用修复申请，税务机关根据人民法院出具的批准重整计划或认可和解协议的裁定书评价其纳税信用级别。已被公布重大税收违法失信案件信息的上述破产企业，经税务机关确认后，停止公布并从公告栏中撤出，并将相关情况及时通知实施联合惩戒和管理的部门。有关部门应当依据各自法定职责，按照法律法规和有关规定解除惩戒，保障企业正常经营和后续发展。（省税务局牵头，省发展改革委等按职责分工负责）

16. 落实重整与和解中的所得税税前扣除政策。

进一步落实债务重组、资产处置所涉及的税收优惠政策，对于破产企业根据资产处置结果，人民法院裁定批准或认可的重整计划、和解协议确定或形成的资产损失，可依法进行资产损失扣除。（省税务局牵头，省财政厅等按职责分工负责）破产程序中，税务机关对破产企业提交的与此有关的申请材料应快捷审查，便利办理。（省税务局负责）

（四）完善资产处置配套机制

17. 有效盘活土地资产。

破产企业以出让方式取得的土地使用权及房产，允许破产企业的土地、房产按照相关规定进行转让；对确实需要分割转让，并且具备独立分宗条件和独立使用功能的土地，在确保分宗后各自能满足消防等安全要求、土地用途不改变的前提下，由管理人代表破产企业申请分割转让，经自然资源等相关部门审批后，允许分割转让。对因相关规划调整等因素确需为不动产处置设置附加条件的，应征求自然资源等部门意见，相关部门应在30日内向管理人告知具体明晰的标准及其依据。破产企业以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应征求自然资源主管部门意见，并依法报有批准权的人民政府审批。（省自然资源厅牵头，省法院、省建设厅、省消防救援总队等按职责分工负责）

18. 妥善认定资产权属。

依法积极推动已竣工但存在未办理验收等瑕疵的不动产完善有关手续，明确权属，为破产企业不动产及时办理权属登记手续，支持管理人加快破产企业财产处置。在完善相关手续时，对人民法院受理破产案件前发生的违法违规违约事项，相关部门已依法做出行政处罚等决定的，应将罚款或违约金按照《企业破产法》有关规定进行债权申报、依法受偿。（省法院、省发展改革委、省自然资源厅、省建设厅等按职责分工负责）建立并完善破产程序中担保财产处置预分配制度，进一步明确管理人担保财产管理和处置的报酬协商制度，有效利用网络平台（包括合适的各类资产的多元化专业交易流转平台），充分发挥交易市场的价格发现、价值实现功能，提升管理人的资产

处置效率。（省法院牵头，省自然资源厅、省建设厅、省税务局等按职责分工负责）

19. 依法解除破产企业财产保全措施。

法院裁定受理企业破产案件后，管理人持受理破产申请裁定书和指定管理人决定书，依法向有关部门、金融机构申请解除对破产企业财产的查封、扣押、冻结等保全措施的，相关部门和单位应当根据《企业破产法》有关规定予以支持配合，由管理人在法院和债权人会议监督下做好解除查封、冻结措施后破产财产的接收、管理和处分事务。保全措施解除后，管理人应当及时通知原采取保全措施的相关部门和单位。（省法院牵头，省自然资源厅、人行杭州中心支行、杭州海关、省税务局、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）管理人申请接管、处置海关监管货物的，应当先行办结海关手续，海关应当对管理人办理相关手续提供便利并予以指导。（杭州海关牵头，省法院等配合）

20. 规范破产企业档案处置。

建立健全破产企业档案处置制度规范，完善档案处置内控机制，明确档案归属与流向，优化档案处置公共服务体系，切实降低档案处置制度成本，支持管理人加快破产企业档案处置。（省档案局牵头，省法院等配合）

（五）加强组织和信息保障

21. 建立常态化协调机制。

各地区应建立和健全完善各级“破产审判便利化”府院联动联席会议制度，吸纳涉及社会稳定、职工权益、经费保障、信用修复、企业注销、企业税收、不动产管理、企业档案处置等相关主管部门参加，积极支持人民法院破产审判工作，推动和保障管理人依法履职，更好发挥政府在企业破产程序中的公共服务职能作用，避免对破产司法和管理人工作的不当干预。（各地方人民政府牵头，省法院等配合）

22. 强化信息共享和沟通。

推进破产程序数字化改革，实现数字政府、数字经济、数字法治的横向贯通。加强省金融综合服务平台和全国企业破产重整案件信息网、全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统等互联互通和信息共享，加强相关部门、金融机构与人民法院、管理人的信息沟通，推动破产程序中的数据共享、业务协同，提高各相关利益主体信息知晓便利度，便利管理人依法履职。（省法院、省发展改革委、人行杭州中心支行、省国资委、省市场监管局、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）研究通过适当方式向管理人开放金融信用信息数据、法院网络执行查控系统等平台的信息。（省法院、人行杭州中心支行、浙江银保监局、浙江证监局等按职责分工负责）

本实施意见自 2022 年 9 月 20 日起施行。

关于《浙江省关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的实施意见》的政策解读

一、起草依据

根据《企业破产法》和最高法院的相关规定，破产管理人是指破产宣告后依法成立的，在法院的指挥和监督之下全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配，总管破产清算事务的专门机构。在目前破产实践中，破产管理人由法院指定有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。

作为市场主体退出制度改革的配套政策，2021年2月，经国务院同意，国家发展改革委、最高人民法院等13个部委印发了《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的意见》。为贯彻落实国家文件精神及省领导批示要求，省发展改革委认真开展调查研究，会同省级相关部门共同研究编制了本《实施意见》。

二、起草过程

一是省发展改革委先后商请省级相关部门和破产管理人协会、省银行业协会等行业组织提供破产工作实践的有关材料，并先后赴浙江银保监局、省银行业协会、省破产管理人协会、省法院、遂昌县法院等部门调研座谈；二是以《国家意见》为依据，结合我省工作实际和调研情况，省发展改革委起草了《实施意见(征求意见稿)》，向“破产审判便利化”府院联动省级联席会议成员单位和各市发展改革委、省工商联、省银行业协会、省破产管理人协会等广泛征求意见，同时通过网络公开征集意见。三是省发展改革委根据反馈情况修改完善后，再次征求相关省级部门意见，并完成部门合法性审查。四是召开专题会。报请省政府审查前，省发展改委会同省法院联合主持召开专题会议，邀请拟联合发文部门座谈征求意见，并根据最新情况作了进一步充实完善，最终形成本《实施意见》。

三、主要内容

以贯彻落实党的十九大和十九届历次全会精神为总目标，围绕省委、省政府高质量发展建设共同富裕示范区的相关要求，着眼于管理人履职赋能，既贯彻落实《国家意见》基本内容，又体现浙江改革实践成果。

(一) 主要条款

我省《实施意见》全文分为“总体要求”和“主要举措”两部分，针对当前破产办理中面临较多问题的五大领域提出了22条举措。

总体要求部分，强调以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持市场化、法治化改革方向，完善破产制度配套政策，更好发挥政府和法院在企业破产程序中的作用，推动和保障管理人依法履职，降低破产制度运行成本。

主要措施方面，共分5部分22条。第一部分“优化破产企业注销和状态变更登记制度”方面共3条，包括落实企业破产和退出状态公示制度、细化落实破产企业注销制度、落实破产企业相关人员任职资格限制登记制度等。

第二部分“加强金融机构对破产程序的参与和支持”方面共8条，包括强化金融服务支持、便利管理人账户开立和展期、支持管理人依法接管破产企业账户、协助配合推进破产程序、加强重整企业融资支持、支持重整及和解企业金融信用修复、切实保护职工合法权益、依法打击“逃废债”等。第三部分“便利破产企业涉税事务处理”方面共5条，包括保障破产企业必要发票供应、依法核销破产企业欠缴税款、便利税务注销、支持企业纳税信用修复、落实重整与和解中的所得税税前扣除政策等。第四部分“完善资产处置配套机制”共4条，包括有效盘活土地资产、妥善认定资产权属、依法解除破产企业财产保全措施、规范破产企业档案处置等。第五部分“加强组织和信息保障”共2条，包括建立常态化协调机制、强化信息共享和沟通等。

（二）创新和细化的内容

我省《实施意见》除了落实《国家意见》的基本内容以外，还根据我省实践作了进一步细化和创新：

一是细化完善内容。根据浙江实践，对部分内容进行了细化完善。在“落实破产企业相关人员任职资格限制登记制度”上，细化畅通申报机制，鼓励各级法院积极落实对破产企业董事、监事、高级管理人员及实际控制人、控股股东等企业破产负有相关责任的人员违反忠实义务、勤勉义务的惩戒。在“便利管理人账户开立和展期”中，便利实施主体由“银行”优化进一步扩大为“金融机构”，明确提出鼓励金融机构对“无产可破”企业管理人账户免收相关费用。“支持管理人依法接管破产企业账户”中，根据破产实践增加了“债务人印章或者经依法备案的管理人印章”内容。在“依法核销破产企业欠缴税款”方面，听取了行业管理协会的意见，对破产清算程序细化为“破产清算程序（包括破产清算、重整、和解）”，对滞纳金细化为“滞纳金（包括因欠缴社保费用产生的滞纳金）”。另外，在有效盘活土地资产（土地分宗等）、建立常态化协调机制等多个方面也都有细化完善。

二是补充新增内容。在“加强重整企业融资支持”方面，在《国家意见》的原则性规定基础上，进一步提出“创新和改进融资服务，探索符合重整企业特点的贷款模式，合理确定融资成本，不额外增加企业负担，支持重整企业回归正常经营。优化银行绩效考核机制，推行尽职免责制度”。在协助配合推进破产程序中，对金融机构债权人委员会制度和庭内债权人委员会制度进行优化，提出探索两者的程序转换和决议效力认可机制等。在职工权益保护方面，在国家“有效保护职工劳动报酬、社会保险合法权益”原则基础上，结合我省实际，提出“依法优先清偿企业所欠职工工资、社会保险费等费用。对于符合退休条件或要求转出养老保险关系的职工，如果职工个人同意补缴本人及企业应负担的全额欠费的，可由个人先行缴纳后办理退休或转移手续。应由企业负担部分的社保费及滞纳金，个人垫缴后列入破产债权”。在“完善资产处置配套”机制方面，补充新增了“破产档案处置规范”

有关内容，提出“建立健全破产企业档案处置制度规范，完善档案处置内控机制，明确档案归属与流向，优化档案处置公共服务体系，切实降低档案处置制度成本”。在“依法打击逃废债”方面，结合我省实际，补充新增了“破产企业涉嫌刑事犯罪的，破产案件审理法院应加强与刑事办案机关的协调沟通，妥善解决破产案件程序启动、破产财产保全解除、破产企业接管等问题，刑事办案机关应当予以配合”等多方面内容。另外，还在“妥善认定资产权属”中新增了财产处置预分配制度、管理人担保财产管理和处置的报酬协商制度，以及在“建立常态化协调机制”、“信息共享及沟通措施”中贯彻融合了我省数字化改革成果、“破产审判便利化”府院联动联席会议制度等内容。

四、解读机关、解读人

(一) 解读机关：浙江省发展和改革委员会财金处

(二) 解读人：傅文军，省发展改革委财金处处长；联系电话：87052949。杨军，省发展改革委财金处二级调研员；联系电话：87059359。

来源：浙江省发展和改革委员会

网址链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/vuKukm4WGA-8rSqjZ2hJRw>

十六、浅谈重整程序中共益债投资

破产法实务 2022-09-02 00:00 发表于湖北

浅谈重整程序中共益债投资

作者 | 陈昊 栾友辉

北京德恒（重庆）律师事务所

来源 | 作者投稿《破产法实务》

摘要：

受市场经济以及“新冠疫情”的影响，大量的企业因资金严重短缺纷纷被迫进入破产程序，尤其是房开企业，一旦资金链断裂，就面临着项目烂尾的境地，势必会产生一系列的民生问题，严重影响社会的稳定。此时，新的资金的注入至关重要，也是房开企业能否重整成功的关键，而共益债投资是企业重整过程中引进资金的主要方式之一，能够为重整企业输入新的“血液”，帮助企业重整成功，随着《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《企业破产法司法解释（三）》”）的出台，这种投资方式不仅具有较为广阔的市场需求，而且具有现实的可行性与必要性。但是，如何保障共益债投资的资金安全以及共益债投资人的权益，关系到重整企业能否通过共益债投资的方式融资成功，进而完成重整。本文重点从共益债投资的概念及其在房开企业重整过程中的介入、权利保障等方面进行论述，进而使投资人、债权人、债务人等各方均受益。

关键词：破产程序 共益债投资 共益债务

一、概念

在房开企业重整程序中，企业为了续建项目以及其他经营所需等，一般通过以下几种方式引进资金：一是通过股权转让或者发行新股（上市公司）等方式的股权型融资；二是通过借款或者发行债券等方式的债权型融资；三是混合型融资，该种方式是股权型融资与债权型融资同时存在。而共益债投资属于债权融资的一种方式，即是指重整程序中管理人或者债务人为了维持企业继续经营向投资人借款，并以生产经营所得款项通过共益债债务或者其他优先清偿的方式偿还投资人本息的一种新型投资方式。

从上述概念不难发现，共益债投资的外观为“借款”，而且这种“借款”作为共益债务优先受偿有了法律依据，具有合法性。如《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《企业破产法》”）第四十二条规定了为破产企业继续营业而应支付的相关费用为共益债务；《企业破产法》第四十三条规定了共益债务可由债务人财产随时清偿，即具有优先受偿的权利；《企业破产法司法解释（三）》第二条更是明确了破产程序中经过许可的该种“借

款”为共益债务，受偿顺序为优先于普通债权，但劣后于担保债权。综上所述，共益债务具有如下特征：（1）发生时点为破产申请受理后；（2）目的为全体债权人的共同利益；（3）用途是债务人能够继续生产、营业等；（4）经相关程序许可，即经债权人会议表决通过或者经人民法院许可。

二、重整程序中共益债投资的必要性与可行性

（一）共益债投资的必要性

1. 共益债投资的权益在某些项目上较容易获得保障。

若一些项目仅仅因为缺少资金，导致资金链断裂而烂尾，被迫进入破产程序，但其资产比较优质，比如说其资产的销售价值较高、市场前景较好等，采取共益债投资的方式，不仅可以快速的启动项目良性运转，资产较快进入市场进行交易销售，而且还可以较快的回笼投资本息，缩短投资本息回笼周期。当然，一些较为复杂的项目，资产状况虽有一定的重整价值，但并不是非常的优质，仍然可以采取共益债投资的方式进行投资。只不过为了保护共益债投资的权益，投资人可以要求债务人或者其他第三人提供相应的担保，保障投资本金及收益的安全。

2. 共益债投资对重整企业的营运价值影响较大。

在《企业破产法司法解释（三）》颁布实施以前，管理人或者债务人的“借款”能否作为共益债务优先受偿争议很大，大多数的投资主体在采取这种方式进行投资时顾虑较多，担心投资本息能否安全退出，可能会选择其他方式进行投资，企业原有的运营价值可能也随之改变，甚至降低。现随着《企业破产法司法解释（三）》的出台，共益债投资得到了法律的认可，很大程度上增加了更多的投资主体的参与度。同时，破产企业也可以获得更多“输血”的机会，提升其运营价值。

3. 共益债投资的社会价值较大。

一些规模较大、资产较为优质的房开企业进入破产程序，其债权债务一般都较为复杂，而且购房户数量较为庞大，情绪较为激动，严重影响社会的稳定。若通过共益债投资的方式，向破产企业注入新的资金，快速的恢复施工复建，不仅保证投资人自身的投资权益，而且也保护了广大债权人的利益，缓和了社会矛盾，维护了社会的稳定。

（二）共益债投资的可行性

1. 共益债投资优先受偿获得了法律上的认可，降低了投资人的投资风险。

《企业破产法司法解释（三）》颁布生效后，共益债投资作为共益债务优先受偿有了法律依据，共益债投资有了法律保障，很大程度上降低了共益债投资人的投资风险。当然，共益债投资人在投资时也可以要求债务人或者相关的第三方提供担保，提高其优先受偿的顺位，保障其投资权益，也是共益债投资人降低投资风险的一种方式。

2. 共益债投资不需要相关特殊资质，扩大了投资人的群体范围。

目前，没有相关的法律及司法解释等对共益债投资的主体资质进行限制，无疑是有利于更多的民间资本参与到破产重整程序中来，进行共益债投资。

三、共益债投资的介入

从《企业破产法司法解释（三）》第二条的规定不难发现，管理人或者债务人在企业破产受理后，为了全体债权人的利益而向第三方的借款，经过程序许可后可以列为共益债务，由此可见，共益债投资的时间介入点为债务人破产受理后。因此，在债务人破产受理后，共益债投资人拟在对债务人破产重整进行投资，须对债务人及其各个项目进行全方位调查论证。

（一）项目论证

共益债投资对于投资人来说，最主要的核心是资金安全以及快速回笼资金。那么，投资人在选择项目时须对进入重整程序的债务人进行筛选，尤其是房开企业，应对其的重整的价值及可行性进行论证，包括但不限于对债务人的现有工程质量、周边房屋的参考价格、复工的期限、未来市场定位以及销售前景等方面进行评估。

首先，项目是否具有重整价值及可行性，共益债投资人不仅要从法律角度进行论证判断，还要从该项目的社会价值、投资成本、市场销售的前景等方面进行论证，这些方面都将是影响共益债投资人决策的因素。另外，因房开企业的破产重整涉及的利益群体较为广泛，关系到地方的稳定；同时，相关证件的办理以及相关部门的协调，都需要当地政府的支持。因此，共益债投资人还应当充分考虑当地政府的意见。

其次，资金回笼的期限，尽可能缩短投资的时间点与物业形成销售的周期。实践中，进入破产重整程序的房开项目大部分因为资金链导致项目“烂尾”，如果这类项目的工程质量等方面不存在问题，投资人的前期工作准备充分，项目的恢复施工比较顺利，项目的销售回款周期缩短，尽快实现投资款项的回笼。另外，“烂尾”期限较长的项目风险较大，尤其是工程质量问题较多，投资人应谨慎介入。

最后，共益债投资人可以根据债务人项目的具体情况，测试前期的投资金额，尽可能的减少前期资金的投入，降低投资的风险，可及时对债务人项目的原有物业或者新建物业进行销售，回笼资金，通过滚动开发建设的方式，实现整个项目资金的良性运转。

（二）尽职调查

共益债投资人拟对债务人进行投资，对债务人进行尽职调查是必不可少的步骤，且极为关键。在重整投资人招募公告发布后，共益债投资人可以根据招募公告的要求，完善相关手续，依法向管理人调取有关债务人的相关资料，包括但不限于债务人债务、资产以及项目等方面的具体情况。

1. 债务人项目的具体情况。投资人通过管理人提供的配合，更进一步的调查债务人项目的具体情况，如该该项目建设面积，以及其中商业面积、住宅面积、车库面积等；该项目的施工情况，以及完成施工的情况、尚

未动工的土地以及工程施工的程度等；该项目的销售情况，是否办理产权过户手续等；该项目烂尾期间、工程质量问题等方面。

2. 债务人的资产状况。

通过管理人进一步调查核实债务人项目的土地使用权面积、是否进行抵押、抵押贷款的金额、在建工程、应收账款等以及资产的评估价值情况等。

3. 债务人的负债情况。

根据管理人的债权申报和债权审查情况，详细了解债务人的购房人优先权、建设工程价款优先权、担保债权、职工债权、社保债权、税金债权、普通债权有等，还需要注意土地出让金是否缴纳完毕等方面的问题。

4. 其他。

投资人通过尽职调查了解债务人的各种证照是否完备齐全，如是否有规划许可证、建设工程施工许可证、商品房预售许可证等以及各种证照是否存在瑕疵等等。

四、共益债投资的保护

通过尽职调查，投资人认为可以进行共益债投资，为了保证共益债投资的资金安全及投资收益，须采取相应的保障措施对共益债投资予以保护。

（一）作为共益债务优先受偿

1. 通过一定的程序进行确认或者认可共益债投资优先受偿

从《企业破产法司法解释（三）》第二条的规定可以看出，管理人或者债务人在重整程序中为了全体债权人的利益，并经过相关程序许可后可以对外进行借款，该借款作为共益债务，优先于普通债权进行清偿；《企业破产法》第六十九条也规定了管理人在向债权人委员会或者人民法院报备后，可向外进行借款。因此，投资人在重整期间通过“借款”的方式进行投资时，务必通过相关的程序确认或者认可共益债投资优先受偿的合法性。

从另外一个角度来说，管理人或者债务人为了给企业输入新的“血液”，尽快恢复生产，起死回生，保护全体债权人的利益，在破产重整期间对外进行借款，以期帮助企业度过难关，增加债务人的资产，提供广大债权人的受偿比例。但是，如果重整失败，而该笔“借款”将作为共益债务进行优先清偿，无疑会增加债务人的负担，降低广大债权人的受偿比例，尤其是普通债权，涉及人数多，债权金额大，受到的影响亦比较严重，甚至影响社会的稳定。因此，为了减少重整失败后引发的不必要的争议，该借款作为共益债务应当交由债权人会议表决通过，同时，也为人民法院将该“借款”认定为共益债务排除程序上的阻碍。

2. 请求人民法院确认共益债投资且优先受偿

尽管《企业破产法司法解释（三）》第二条规定了债务人为了全体债权人的利益，所借款项可以作为共益债务，但共益债投资人为了保护自身的投资利益，降低共益债投资的风险，尽可能在提交债权人会议表决前，获取人民法院的确认，将该“借款”认定为共益债务并优先清偿。如：管理人在该笔“借款”提交债权人会议表决前，可以将载明投资人、投资方式以及优

先清偿等内容投资方案提交人民法院，征求人民法院的意见，为了确保共益债投资优先受偿，可以由人民法院以“复函”或者“裁定”等适当方式予以答复。

3. 在重整投资的各种文件中明确借款性质且为共益债务优先受偿

为了企业继续经营，管理人或者债务人可以进行借款，该借款经过一定的程序认可后可以作为共益债务。但是，为了进一步确保共益债投资人的投资利益，可以获得优先受偿，应在包括但不限于《重整投资方案》、《重整投资协议》、《重整计划草案》等重整投资的各种文件中进行明确：该笔款项为借款，用于企业的继续经营，且专款专用；同时，不管重整成功与否，该笔款项均列为共益债务予以优先清偿；尤其是重整失败，对于已投资的尚未使用的款项应该及时退还给投资人，未退还部分作为共益债务予以优先清偿。

（二）设定担保

从《企业破产法司法解释（三）》第二条的规定不难看出，共益债务优先于普通债权进行受偿，但劣后于有财产担保的债权进行受偿。因此，共益债投资人应核实清楚债务人企业中享有财产担保的债权金额后再决定是否进行投资，并测算项目的预期利益能否在清偿有财产担保的债权后覆盖共益债投资的本金及收益等。如果项目的预期利益无法覆盖共益债投资的本金及收益，或者虽可以覆盖但项目的预期利益存在一定的不确定性，共益债投资人为确保其投资资金的安全进而保障其投资利益，可以要求债务人提供相应担保。而且，《企业破产法》第七十五条亦进行了相关规定，在重整期间，因共益债投资而产生的“借款”是可以为其设定担保的。但是，在实践中，债务人的资产在进入破产程序前基本全部设立了权利负担，共益债投资人希望债务人提供无权利负担的资产进行抵押的设想基本无法实现。此时，共益债投资人为了自身利益的考虑，可以要求债务人的关联方或者其他第三方提供实物抵押或者其他担保。

当然，投资人也可以通过债权收购的方式进行投资。如：收购有财产担保的债权，进而将收购的有财产担保的债权纳入到共益债投资的额度内，以期获得更高层次的优先权。

（三）加强监管

共益债投资人为了保障投资款项及收益的安全且及时受偿，投资人在投资全部退出前，可以通过设立共管账户、共同保管相关印章及密码器等方式监控资金的使用，保障资金专款专用，防止资金被挪作他用；可以根据债权人会议表决通过的销售方案，对项目的销售情况进行跟踪、监督，同时要求管理人及时披露或者通报销售及回款的情况，必要时可提前请求清偿投资款项及相关收益；也可以指派相关专业的人员对债务人及资产的经营管理进行监管，确保重整计划顺利执行。

（四）博取“超级优先权”

上文提到，根据《企业破产法司法解释（三）》第二条的规定，共益债务虽然优先于普通债权进行受偿，但由于其劣后于有财产担保的债权。因此，共益债投资人拟继续选择投资，对债务人的债务情况和资产状况进行全面的尽职调查尤为重要，关系到债务人的资产在覆盖全部担保债权及其他更优先的债权后，还能否覆盖共益债投资的本金及收益等问题。如果债务人资产及重整的预期利益均不足以覆盖共益债投资的本金及收益怎么办？除了上文提到的要求债务人提供关联公司或其他第三方担保外，投资人还可以通过与担保债权人、建设工程价款优先权人等进行谈判协商，获得优先于担保债权人、建设工程价款优先权人等优先债权清偿顺位，确保其投资及收益的安全。

虽然《企业破产法司法解释（三）》第二条规定了共益债务优先于普通债权清偿，且劣后与担保债权受偿。但是，法律并未禁止私权利主体之间的意思自治。企业重整过程中，利益群体较为复杂，如果通过共益债投资，可以使抵押物增值、物业销售价格提高、整体资产价值大幅度提升等，尤其是财产担保的债权人以及建设工程价款优先权人的权利可以获得更大的保护。那么，有财产担保的债权人以及建设工程价款优先权人基于债务人的具体情况以及自身利益的考虑，愿意与投资人进行商业谈判，为了获得更大的利益，存在其放弃自身优先权利或者让渡其优先权给投资人的可能。

如果财产担保的债权人以及建设工程价款优先权人同意共益债投资人获得“超级优先权”，可以通过书面协议或者书面承诺的方式同意劣后于共益债投资受偿。必要时，可以由人民法院进行见证。同时，共益债投资人与其他更优先层次的优先权人协商取得“超级优先权”后，须在重整计划草案中对该“超级优先权”进行明示，便于在重整计划草案表决通过后及时获得司法确认。

五、结语

随着《企业破产法司法解释（三）》的出台，将重整期间的“借款”列为共益债务，为其优先受偿提供法律依据，大大降低了投资人的投资风险，有利于增加资金方在企业重整过程中进行投资的意愿，更有利于提高债务人重整成功的概率。但是，共益债投资人为了进一步保障投资的成本及收益，积极采取相关措施保证其共益债投资的优先受偿。

网址链接：https://mp.weixin.qq.com/s/IXRfni5sG_kTL4E8hKygLw

十七、控制股东申请强制清算须提供财务账册等文件

上海破产法庭 2022-09-06 19:50 发表于上海

裁判要旨

《公司法》和《会计法》对公司依法设置会计账簿均有规定。公司股东因自行清算不能而向法院申请强制清算的，应区分股东对公司的控制程度，要求其提供财务账册。如申请股东为控制股东，负责公司日常经营管理但却不能提供财务账册，对其申请依法不予受理。

上海市高级人民法院 民事裁定书

(2021)沪清终2号

上诉人(一审申请人):周荣芬,女,1956年12月6日出生,汉族,住上海市黄浦区。

委托诉讼代理人:于琦,上海市大公律师事务所律师。

委托诉讼代理人:钱建荣,上海市大公律师事务所律师。

被上诉人(一审被申请人):上海燊裕金属制品有限公司,住所地上海市金山区。

法定代表人:周荣芬。

上诉人周荣芬不服上海市第三中级人民法院(2021)沪03清申26号民事裁定,向本院提起上诉。本院受理后依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。

周荣芬上诉请求:请求二审法院直接指定清算组对上海燊裕金属制品有限公司(以下简称燊裕公司)进行清算,或指定一审法院受理其清算申请,依法指定清算组对燊裕公司进行清算。事实和理由:1.燊裕公司的股东苏钿裕在听证时陈述对公司业务不参与,后又陈述其与另一实际经营人因公司经营问题产生矛盾,其前后陈述矛盾,原审法院未予查明。2.燊裕公司的账册在苏钿裕与案外人发生冲突时被苏钿裕全部抢走,周荣芬穷尽所有手段均无法提供,燊裕公司的账户流水等信息可以依法查明,原审法院未予查明。3.燊裕公司已处于依法被吊销状态,且苏钿裕拒不配合进行清算的行为已经严重损害了周荣芬的合法权益,如不进行清算,将继续给周荣芬带来无法估量的损失。综上,原审法院认定事实不清,请求二审法院依法查明案件事实,维护其合法权益。

本院认为:我国公司法第一百八十三条规定,公司因出现法定解散事由而解散的,应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始自行清算。有限责任公司的清算组由股东组成。因此,股东在公司出现法定解散事由后对公司进行清算是其法定义务。本案中,燊裕公司于2019年1月9日被依法吊销营业执照,周荣芬和苏钿裕作为燊裕公司的股东,应当按照法律和章

程规定组成清算组对公司进行清算。周荣芬虽提出公司无法组成清算组进行清算系另一股东苏钿裕不配合所致，但其并未提供证据证明其已按照法律和章程的规定就公司清算事宜穷尽了公司内部救济措施，故在此情况下，周荣芬通过径行提起诉讼的方式要求启动对燊裕公司的强制清算程序，并不符合公司法及其司法解释规定的股东提起强制清算申请条文之意旨。此外，根据公司法第一百六十三条的规定，公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度，并对相关账册及其他重要文件予以妥善保管。因此，股东在申请对公司进行强制清算时，有义务提供公司的账册及相关的重要文件，以协助清算组履行清理公司财产，编制资产负债表和财产清单等职权。本案中，周荣芬作为燊裕公司的法定代表人和大股东，却不能提供公司财务账册等清算必需文件，有违常理。一审法院在燊裕公司两股东均无法提供公司账册的情况下，对周荣芬的强制清算申请不予受理，并无不当，本院予以认可。

综上，周荣芬的上诉理由不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审 判 长 徐川

审 判 员 贺幸

审 判 员 夏青

二〇二一年五月二十日

法官助理 陈姝

书 记 员 陈姝

一审文书

上海市第三中级人民法院

民事裁定书

(2021)沪03清申26号

申请人：周荣芬，女，1956年12月6日出生，汉族，住上海市黄浦区。

委托代理人：于琦，上海市大公律师事务所律师。

委托代理人：钱建荣，上海市大公律师事务所律师。

被申请人：上海燊裕金属制品有限公司，住所地上海市金山区。

法定代表人：周荣芬。

申请人周荣芬以被申请人上海燊裕金属制品有限公司(以下简称燊裕公司)出现法定解散事由后未能自行成立清算组进行清算为由，向本院申请指定清算组进行清算。被申请人燊裕公司的另一名股东苏钿裕参与听证。

本院查明：燊裕公司于2011年9月19日登记设立，注册资本金人民币200万元，现股东为周荣芬(占股60%)和苏钿裕(占股40%)，法定代表人为周荣芬，营业期限为2011年9月19日至2021年9月18日。根据国家企业信用信息公示系统公示信息及公司章程约定，燊裕公司法定代表人周荣芬兼任执行董事，苏钿裕任监事。听证中，申请人陈述上海金山区市场监督管理局于2019年1月9日对燊裕公司作出吊销营业执照的行政处罚决定，后燊裕公司没有就该处罚决定提出复议或是提起诉讼，认可该处罚决定。被申请人股东苏钿裕也未就此提出异议。另，周荣芬与苏钿裕均称燊裕公司的证照、印章、财务账册不由其自己保管。

本院认为，被申请人燊裕公司已被依法吊销营业执照，公司股东应当依法成立清算组进行清算。但为防止司法程序被工具化，促进股东依法、诚信履行清算义务，股东向人民法院申请强制清算，尤其是担任公司职务的控股股东，应当提供财务账册等清算必需文件。申请人周荣芬占股60%，还是燊裕公司法定代表人和执行董事，却无法提供公司财务账册等清算必需文件，不符常理。周荣芬称另一股东苏钿裕保管公司证照、印章和财务账册，但苏钿裕予以否认。申请人周荣芬亦无证据证明公司财务账册等重要文件由苏钿裕保管。若在此情况下仍受理强制清算，则无法查清公司真实资产、负债情况，使强制清算程序形同虚设，无法达到在全面清算基础上注销公司的目的，损害司法公信。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百八十三条之规定，裁定如下：

对申请人周荣芬的清算申请不予受理。如不服本裁定，可在裁定书送达之日起十日内向本院提交上诉状，并按对方当事人人数提交副本，上诉于上海市高级人民法院。

审 判 长 黄贤华
审 判 员 王益平
审 判 员 李丽丽
二〇二一年三月十八日
法官助理 刘 颺
书 记 员 刘 颺

网址链接：https://mp.weixin.qq.com/s/VUa8PCyT_zhSZsznPBBTMQ

十八、【视点】中小银行破产（重整）法律问题浅析

郭飞 [破产法速递](#) 2022-09-05 09:01 发表于安徽

前言：金融机构破产是一个被很多人刻意回避但又最终无法回避的问题。既然无法回避，不如直接面对。其实纵观全世界，破产，特别是金融机构破产从来不是一个讨喜欢的话题，但随着经济社会的发展，作为优胜劣汰、适者生存的市场经济，破产如公司成立一样，必将成为常态。笔者所在团队长期关注于金融业务和破产业务，在当前形势下更是感觉金融机构破产（重整）大势即将到来。本文权且当作事前储备。以中小银行为题，仅是认为金融机构破产（重整）工作中，中小银行必然首当其冲。以破产（重整）为题，主要是认为金融机构破产工作基本都是破产中的重整一类，但只写重整，又怕与习惯概念上的重组混淆。

一、关于中小银行破产（重整）问题的提出

当前金融形势不是笔者可以判断的，故不在此引用数据或详细论述；但深耕其中的监管机构和中小银行高管，对究竟有多少家中小银行已经处于高风险、达到破产（重整）条件是心知肚明又心照不宣的。下面，笔者从监管层表态、立法进程和金融机构破产案例三个维度简要证明“中小银行破产（重整）问题”提出的现实意义。

（一）监管层表态

2014年6月，时任央行副行长刘士余向全国人大常委会报告加强金融监管防范金融风险工作情况时明确提出“研究制定金融机构破产条例，对严重违法违规、经营不善导致资不抵债的金融机构依法实施市场退出”。2016年1月，时任银监会主席尚福林在《中国金融》杂志撰文表示，要“建立适合中国国情的银行业金融机构处置和破产法律体系……推进金融市场退出机制常态化及规范化”。2016年6月，时任央行副行长张涛在陆家嘴论坛上表示，“要建立有序的处置和退出框架，允许金融机构有序破产。该重组的重组，该倒闭的倒闭”。2017年中国银监会在“十二届全国人大五次会议第2691号建议的答复”中透露，《商业银行破产风险处置条例》正在起草过程中。2018年央行、发改委等九部委联合制定的《“十三五”现代金融体系规划》中明确提出“明确对问题金融机构接管、重组、撤销、破产处置程序和机制，推动问题金融机构有序退出”。2019年两会期间，银保监会主席郭树清曾表示，金融企业不能只生不死，要有正常的淘汰。2022年“两会”上，全国人大代表、中国人民广州分行行长白鹤祥在人民广州分行行长白鹤祥提出，加快问题金融机构风险处置法治化进程，完善《企业破产法》金融机构破产重整制度。受到各媒体广泛报道并引发热议。可以说，从监管层面的表态及媒体动向上看，解决问题金融机构的方式从之前的接管、重组已不断推进到破产（重整）程序上来，至于推进的速度和进程，只是时间及时机问题。

（二）相关立案进程

2006年，全国人大常委会通过《中华人民共和国企业破产法》（下称“破产法”），第一百三十四条中将商业银行、证券公司、保险公司等金融机构破产的事项立法权授权给国务院，并将相应实施办法的效力位阶定为行政法规，这为金融机构破产立法预设了空间。2008年4月，银监会与中国政法大学联合完成《银行金融机构破产条例》初稿，2009年初正式讨论稿形成。但恰逢全球金融危机，出于多方面因素考虑，条例起草工作暂时搁置。2011年，《银行金融机构破产条例》起草工作重启。另外，《商业银行法》第64—72条中从接管至破产均进行了制度性安排；《银行业监督管理法》第38条规定了接管及重组的条件及主体；《商业银行资本充足率管理办法》38、41条从资本充足率角度规定了接管条件和可采取的相关措施，上述法律文件中的重组与破产重整实质内容一致。作为实施银行金融机构破产的制度保障及必要辅助性法律规定，2013年5月，《中国人民银行金融消费者权益保护工作管理办法（试行）》出台。2013年党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确要求“建立存款保险制度，完善金融机构市场化退出机制”，2015年2月17日，国务院颁布《存款保险条例》，防止因银行金融机构破产导致存款人合法权益受损，解决了金融安全体系缺失的问题。2018年11月27日，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联合印发《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》，通过制定特别监管要求和建立特别处置机制两条途径完善系统重要性金融机构监管，确保系统重要性金融机构合理承担风险，在发生重大风险时，能够得到安全、快速、有效处置。2022年4月6日，中国人民银行发布《中华人民共和国金融稳定法（草案征求意见稿）》。其中对金融机构破产（重整）工作有重要规定。《金融稳定法》草案根据《关键要素》等国际标准，新增整体转移资产负债、设立过桥银行和特殊目的载体、暂停终止净额结算等处置工具；并按照市场化法治化原则，规定对被处置机构可以依法实施股权、债权减记和债转股等处置措施。在此过程中，强调债权人和相关利益主体通过风险处置所得不低于破产清算所得。此外，《金融稳定法》草案规定了行政化的风险处置措施和司法程序衔接的配套制度，明确风险处置的集中管辖原则和处置部门解除保全措施的权限，并可要求中止民事诉讼、执行和商事仲裁程序；而相关处置程序则有可能受到司法审查。此种安排既保障处置部门能专业、迅速地采取维稳措施，也授权司法部门保障债权人等相关利益主体的权益。从上述法律制度看，并结合较为成熟的《破产法》体系，在银行金融机构内先易后难、先小后大、先非银行金融机构后商业银行，特别针对高风险中小金融机构推进破产（重整）工作的法律制度条件已具备。

（三）已有的银行被接管及破产（重整）案例

1、1998年海南发展银行，最终由工商银行托管；2、2011年汕头商业银行，重组为广东华兴银行；3、2012年河北肃宁县尚村农村信用社，因经营不善被迫关闭。4、2019年包商银行是第四家被接管的银行，经过为期一年半的接管，包商银行申请破产。由此，包商银行成为我国首个通过司法程序退出市场的银行金融机构。包商银行破产案件，如果从历史的眼光看很可能是我国金

融行业具有里程碑意义的事件。从包商银行破产案件的前后始末仔细分析，国家相关部门是做了认真分析研究和充分准备的，不仅运用了现有规定中关于行政接管、行政与司法衔接、行政主导等规则，而且吸收借鉴了英美国家银行破产制度中的经验和做法，在很多方面进行了大胆地创新性的尝试。从这个角度看，如此精心的准备和尝试，必然不仅只限于解决包商银行问题，从中完全可以体察出监管层、甚至国家最高层对于问题银行处置的探索，很多经验和成果在不久的将来必然形成相对稳定的政策，甚至法律规范。

二、从普通破产（重整）制度看银行的破产（重整）制度

实际上，民众、监管层，甚至非从事破产事务的律师对破产（重整）知之有限。笔者在实务中的感知是，民众对破产（重整）的理解就是企业的“灰飞烟灭”“烟消云散”，认为一旦破产就什么也没有了；很多政府官员对破产（重整）的理解还停留在九十年代的国企破产重组，脑海里的印象就是“下岗”，最大的担心就是社会群体性事件。当然，对于银行在内的金融机构破产（重组）而言，国家层面、监管层面关注的层面更多的是社会稳定，特别是金融稳定和金融信誉。但几乎上述的担心都是基于感性的朴素认识，很少人真正去学习了解现行破产（重整）法律制度，更不用说世界上成熟经济体的破产（重整）制度。故有必要普及一些基本知识，并厘清银行破产（重整）与普通企业破产（重整）的差异。

（一）现行企业破产（重整）制度

1、什么是法律意义上的破产制度。

法律意义上的破产制度，是指在债务人丧失清偿能力时，法院介入，并通过司法程序，强制对其全部财产清算分配、公平清偿债权人，或通过债务人和债权人会议达成的和解协议清偿债务，或进行企业重整的解决方法。法律意义上的破产包括了三种方式：破产清算、破产重整、破产和解。而目前很多人理解的破产就是破产清算，这可以说明对破产制度最大的误解。一些企业在经营过程中，会出现“资不抵债、债务无法清偿”的情况，此时该企业不仅会债务缠身，而且通常会出现以下情形：公司治理失灵、内部管理混乱、官司不断、公司和股东处于被执行状态、各种矛盾纷繁复杂、相关人员涉刑。此时如果不是外力强势介入，很难理清其中复杂的法律关系，彻底解决公司面临的诸多问题。在现行制度中，诸如企业自救、诉讼、司法执行、行政协调已无法解决企业面临的诸多复杂问题；即使企业确实仍然具备市场发展前景，外部战略投资在企业如“乱麻”一般的纷争和麻烦中也不会介入。只有进入破产程序，才能完成对债务人现存全部法律关系的彻底清算，一揽子解决企业所有问题。《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）第一条：“为规范企业破产程序，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，制定本法”。从《破产法》的立法目的宗旨及实施效果可以看出，企业进入破产程序就是实现以下目的：一是通过在公权力介入后多方权利和利益的让渡，一次性、全方位解决债务清偿纠纷；二是为人们提供保障债务关系公平、最终有序实现的法律途径；三是在有机会的情况下，最大限度挽救

有希望和市场价值的企业，实现债权人、债务人、社会多赢目标；四是弥补现有诉讼及执行中解决单一债权债务关系和纠纷的不足，遏阻矛盾的扩大和深化，从根本上解决多方矛盾；五是在破产法总体规制下，最大限度整合债权人、债务人以及其他利害关系人的意愿，特别是通过重整、和解等方式，尽可能找到最大公约数，理性、合法地解决复杂问题，妥善化解多重矛盾；六是在现有国情下，可以调动各方力量（府、院），在依法开展的前提下，有针对性、有重点地解决企业自救、司法常规审判执行、单一政府协调中均无法解决的突出问题。可以看出，破产法律制度，就是帮助陷入僵局、病入膏肓、常规途径无法解决问题的企业一次性解决所有问题的方法。破产，不仅指破产清算，还包括了破产和解，特别是破产重整，后二者的目的就在于把有挽救希望的企业救活。所以有人从这个意义上提出，《企业破产法》不应该叫“企业破产法”，应该叫“企业拯救法”，至少破产和解、特别是破产重整确实有拯救企业的目的和作用。《企业破产法》中有一系列系统、复杂的技术性制度安排，因本文篇幅所限，不再赘述。

2、关于破产重整制度

20世纪70年代以来，世界范围内出现一场破产法改革运动，其中一个重要趋势便是适应市场经济的发展，建立和完善以企业挽救复兴为目标的再建型债务清理制度，其中最为典型的的就是破产重整制度。重整具有债务清偿与企业重组结合、私法保护与社会利益协调的特点。破产法的发展经历了从债权人本位，到债权人与债务人利益平衡，再到债权人、债务人及社会利益共同本位、多方共赢的变化过程。重整就是破产法社会价值取向发展中的一次突破。重整制度体现国家公力透过司法程序对市场经济活动的介入，在维护当事人权益的同时，也注重保护社会的整体利益，综合利用各类法律规范协调破产所面临的社会问题，挽救具有营运价值的企业。重整制度将债务清偿与企业挽救两个目标紧密结合了起来，将一些存续价值高于清算价值、企业的重整价值得到市场认可的企业，在彻底清产核资后，对债务清偿、员工安置、投资人利益保障、下一步的经营管理、政府及法院配合、重整过程的监督和调整等关键性问题作出统一安排，使企业“起死回生”。与企业自救和政府协调解决不同的是，破产重整有司法权力的介入，重整方案一旦通过即有法定性和强制性，受到司法保护，应为所有原股东、债务人、债权人、投资人所遵守。在通常企业中，新资本的投入是企业是否能够“救活”的关键，而只有通过破产重整，才能对企业资产负债情况进行一次彻底、深入的摸排，进而能通过团体决策机制将不同意见统一化，最终将企业的重整方案通过司法确认的方式法定化。也有只在这种情况下，投资人才能、才敢投资。破产重整有很多类型，概括而言主要包括三类：存续式重整、出售式重整、清算式重整。实践中，破产重整的方式十分灵活多样，可以针对企业实际情况有针对性的调整创新。以包商银行破产案例为例，虽名为破产清算，实际上是对存续式重整、出售式重整、清算式重整的综合应用，其中还运用了“桥银行”等复杂技术手段。

（二）银行破产（重整）制度

目前，我国还没有关于银行破产（重整）的统一立法，相关规定散见于各法律文件中。主要内容包括：

1、银行破产（重整）制度的法源

《破产法》第134条规定：“国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的，国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法”。上述条文至少可做以下理解：一是国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。这就从法律上赋予了监管部门行政破产（重整）的权力，金融机构一旦被接管、托管，就有了类似进入司法破产程序的效果——向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序，也即，被接管、托管机构的法律争议由接管、托管部门先行处置。二是金融机构的破产制度，法律授予国务院具体制定实施办法。

2、行政主导的破产（重整）制度

《商业银行法》第64—72条、《银行业监督管理法》38条、《商业银行资本充足率管理办法》具体规定了监管部门对银行的接管、重组规则，结合《破产法》第134条，实际上我国已确立监管部门主导的行政破产（重整）制度。必须说明的一点是，监管部门的接管、重组，实际上与破产法意义上重整十分雷同，同样要进行清产核资、同样可以夺取或限制原企业管理层权力、同样要对企业面临的重大问题作出一揽子的系统安排、同样最终的处置方案对相关人员均产生约束力。而在行政性破产（重整）程序中，金融监管部门通过早期干预、接管、撤销等程序主导着金融机构的破产程序，享有极大的自由裁量权，扮演着发起人、接管人、清算人和监督人等多种角色。具体表现在以下方面：

（1）早期干预介入。

《银行业监督管理法》规定监管机构在银行违反审慎规则或者严重危害存款人和其他顾客利益时采取下列纠正措施：“责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；限制分配红利和其他收入；限制资产转让；责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；停止批准增设分支机构。”通过早期干预介入，以期对金融机构进行早期处置而不进入正式的破产程序。违反审慎原则是启动早期干预措施的触发点。2004年，银监会的《商业银行资本充足率管理办法》首次将资本作为启动银行早期干预措施的标准。该办法将商业银行分为资本充足、资本不足和资本严重不足三类。银监会将根据银行资本的恶化程度采取日趋严厉的纠正措施。如对资本充足的银行，要求改善风险管理体系、限制高风险活动和制订可行的资本维持计划；对于资本不足的银行，将限制其业务、降低风险资产规模和限制分红；对于资本严重不足的银行，将要求银行调整高管、实行接管、重组或者予以撤销。但是相关法律并没有为审慎标准提供相应的解释，使得监管机构享有极大的自由

裁量权去启动早期干预措施。

(2) 进行整顿、接管。

当早期干预无法实现目标时，监管机构将让金融机构进入整顿或接管程序。这将剥夺股东对企业的控制权。《保险法》授权监管机构建立整顿组，对公司进行整顿，被整顿公司将在整顿组的监管之下开展活动；监管机构也可以对其活动施加限制，如停止接受新业务或者调整资金运用等。整顿程序可以视为早期干预程序的延续，整顿的目的是让保险公司恢复到正常经营状态。遗憾的是，银行业并没有类似的整顿措施。除了整顿程序，监管机构还可以对金融机构进行接管。整顿和接管将剥夺公司管理层与股东的治理权。金融机构的清偿能力和公共利益的需要成为接管的重要理由。《商业银行法》第64条规定：“商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。接管的目的是对被接管的商业银行采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。”接管不改变原先的债权债务关系，接管的目标是让金融机构恢复正常经营能力。法律同时授权监管机构向法院申请中止针对被接管机构的诉讼或执行程序。原因是在接管期间，可能发生债权人通过向各地法院提出诉讼或对诉讼结果要求强制执行，抢先取得银行机构的财产，使监管部门采取的行政处置措施无法正常实施。为了顺利处置出现风险的金融机构，维护金融和社会稳定，有关监管机构只能进行个案处理，因此最高人民法院发出通知，要求各级法院中止对被接管、托管的金融机构的民事案件的受理、审理和执行，这也体现到了《企业破产法》之中。从现有的法律规则来看，中国的整顿程序与接管程序发挥着类似的功能，接管程序完全可以实现整顿程序所要实现的功能。整顿与接管程序更多地体现着行政主导型金融机构的风险处置方式，这类似于行政性重整程序。而立法还提供了司法性重整的途径——《企业破产法》规定监管机构可以向司法机关申请重整。由于行政性重整的程序相对便捷，无须经过拖沓的司法程序，行政机关拥有更大的主动性和专业性，使得监管机构更倾向启动行政性重整程序。

(3) 有权向法院提出重整或者破产清算的申请。

在一般企业的破产中，能够对债务人提出破产申请的，只有债务人与债权人，以及处于清算中的债务人的有关人员，如股东等。而银行机构达到破产界限的，监管部门可以向人民法院提出对该银行机构进行重整或者破产清算的申请。这对监管部门来说是一种特定的权力。而在银行机构破产（重整）中，需要破产的金融机构及其债权人，通常都不会主动提出破产申请，其风险和债务会继续积累、扩大。金融监管机构对其监管的金融机构的风险既了解得比较详细，其评价也比较客观，因此规定金融监管机构向人民法院提出破产或重整申请对于及时防范、发现和处理这种经营风险十分必要，也有利于对出现经营困难的机构进行及时救助，使其摆脱困境，起死回生。

(4) 撤销与清算权。

早期干预与接管制度是为了让问题金融机构恢复到正常状况。而当这种目

的无法实现时，关闭并清算金融机构则成了最终选择。监管机构可以出于审慎监管、偿付能力不足和公共利益的考量撤销金融机构，此时监管机构将组织清算组进行清算。除了被动地进入清算程序之外，金融机构经监管机构同意也可主动进入清算程序，此时监管机构将对清算程序进行监督。上述撤销与清算程序具有鲜明的行政性特点，金融监管机构主导着整个程序，几乎不需要司法机关的参与和介入。除了行政清算程序，立法同样规定了司法性清算程序。当金融机构符合破产条件时，经监管机构同意由法院宣告破产并进行清算，即使如此，清算组仍以监管部门为主组成，实质还是借助司法的确认完成行政性清算。

3、银行被接管及破产（重整）的法定条件

普通企业破产与银行被接管或破产（重整）的法定条件并不完全相同。对于普通企业而言，《企业破产法》第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整”。也即，普通企业进入破产（重整）的法定条件是“资不抵债”和“明显缺乏清偿能力”。而银行被接管的条件是：（1）已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人或其他客户合法权益；（《商业银行法》第64条、《银行业监督管理法》第38条）；（2）资本严重不足，具体指资本充足率不足4%，或核心资本充足率不足2%（《商业银行资本充足率管理办法》第38、41条）。此接管、重组条件实际上也是行政破产重整的条件；如果在接管、托管期满无法恢复正常经营能力的，可以申请进入司法破产程序。

4、银行破产（重整）在清偿顺序上有特殊规定

《企业破产法》第113条规定了普通企业破产时的偿还顺序：“破产财产在优先清偿破产费用和公益债务后，按下列顺序清偿：1、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；2、破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；3、普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配”。这一规定，让很多人理解为这就是破产清偿的最终顺序。实际上，应结合《企业破产法》相关条文及其他法律规定进行综合认定，因此并非本文重点，笔者仅将梳理出的清偿顺序总结如下：1、破产费用、共益债权；2、拆迁户债权（如果有）；3、消费者购房人债权（如果有）；4、担保物权；5、消费者之外及其他实际购房人债权（如果有）；6、职工债权（包括：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；）7、社会保险费用和破产人所欠税款；8、普通破产债权（人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权）；9、劣后债权：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。不同于普通企业破产，银行破产（重整）有其鲜明的特殊性。

银行不同于一般企业，因为银行的自有资产与银行负责管理的客户财产是分离的，而他们的经营又要包括客户资产。一旦出现破产，他们只能以自有的资产清偿债务，而不能轻易动用客户资产。加之金融机构的破产涉及众多客户的财产利益，针对金融机构破产的这种特点，有关法律对于金融机构破产规定有一些相应的措施。《商业银行法》第64条规定：“被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化”；第71条规定：“商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。”可见，在银行破产（重整）中，个人储蓄存款的本金和利息是优先于税款和普通债权的。也正因银行自有资产与管理的客户财产的特殊性，2013年颁布的《中国人民银行金融消费者权益保护工作管理办法（试行）》和2015年国务院《存款保险条例》作为银行破产（重整）的配套措施才显得异常重要。如果没有上述规定，特别是《存款保险条例》，银行破产（重整）基本无法实施。

（三）综合评价

从上述《企业破产法》关于企业破产（重整）制度及银行破产（重整）制度的特殊性来看，是一般法与特殊法的关系。普通的公司破产制度程序较为漫长、管理人及法院均缺乏金融专业性和接管银行的能力，无法有效处置银行破产问题，普通的公司破产管理人和清算人也难以承担银行破产的任务。而且在普通公司破产程序下，存款人通常要经过漫长的等待才能重新获得资金，这削弱了存款保险的作用，存款人的不安全感会引发巨大的社会问题。因此，监管部门在银行的破产（重整）中有着重要地位和作用，其专业性、行业的权威性、监管手段的多样性无疑是法院和管理人不具备的。具体表现为：一是“监管性”破产标准和监管机构排他性破产发起人的位置有利于保护银行资产；二是相对于普通企业破产制度对法院和管理人的角色限制，监管部门能快速对银行进行处置，此种速度上的优势对于维护金融体系稳定，处置金融危机优势较为明显；三是现代银行大量参与复杂的金融活动，拥有更强专业性知识的监管部门能解决公司破产制度专业性缺失的问题。但对普通企业破产（重整）中的程序、技术性处理方法无疑是可以充分参考借鉴的，特别是《企业破产法》中破产重整的优势是完全可用的。例如：将问题银行日常运营处于强监管之下，防止问题和矛盾进一步扩大、恶化；优先保护个人存款客户，尽可能避免群体性社会事件；彻底清理问题银行的资产债务情况，真实暴露之前隐藏的风险；一次性解决公司治理问题，特别是集中处理问题股东和有责任的高管；消除或然性风险，打消因信息不对称引发的顾虑和风险；为下一步的兼并重组、引入投资奠定基础。因此，非常有必要把普通企业破产中的程序性、技术性处理思维和方法引入到监管为主导的银行行政性破产（重整）工作中来，两者相得益彰，才能充分发挥破产制度在挽救有重整希望的银行、确保金融安全与稳定、保护广大存款客户和金融消费者方面的重要作用。至于监管部门主导的行政性破产重整中，监管部门自由裁量权过大、角色身份冲突、相关利益主体救济途径不畅等问题，尚需要通过制定相应的规则进行细化规范，但此不在本文讨论范围，故不详述。

三、他山之石——美英德三国金融机构破产制度简介

全世界范围看，相对而言美英德三国金融机构破产制度较为完善，其经验和做法有很多地方值得借鉴。

（一）美国金融机构破产制度

美国是全世界最早制定银行破产制度的国家。早在19世纪初就出现了适用于银行的特殊破产规则。1929年至1933年的经济大萧条后，美国制定了银行特殊破产制度，此后，许多国家向美国学习引入银行特殊破产制度。美国的银行破产制度体现了高度集权的特征，美国联邦存款保险公司是处置银行所有权限的唯一机构，集监管机构、存款保险机构、接管人、管理人和清算人等多种职能于一身。

美国也实行早期干预制度，美国联邦存款保险公司会根据银行的资本弱化程度，对其施加干预以保护存款保险金。《联邦存款保险公司改进法》规定，监管机构将银行归为下列五类：资本状况良好、资本充足、资本不足、资本严重不足和资本极端不足。在进行资本分类时，监管机构享有不受约束的自由裁量权，一旦发现银行处于“不安全或不稳健状态”，或进行了“不安全或不稳健的活动”，则可以对资本进行重新分类。这种立法的故意模糊是为了便利监管机构进行早期干预，这一制度解决了“监管姑息”问题，让监管机构有更强的动机对问题银行进行干预，对保护存款保险金起到了一定的作用。

及时干预制度下，监管机构可以对问题银行实行严厉的干预性措施。《联邦存款保险公司改进法》中规定，所有银行不得进行资本分配或支付高管薪酬，以避免银行通过分红或支付高管薪酬而变相抽逃资本；监管机构还要对资本不足的银行进行严密监控，要求银行在45日内制定可接受的“资本恢复方案”；银行提交计划后60日内实施该方案，监管机构监督“资本恢复方案”的实施。对资本严重不足的银行，监管机构可以通过出售股权进行增资、限制与关联企业的交易、限制资产扩张、限制利率、开除银行高层、限制高级职员的奖金和工资、要求对银行可能产生风险的附属企业或母公司进行剥离。如有必要，监管机构可以同时实施上述措施。对归类为“资本极端不足”的银行，监管机构会施加更为严厉的措施，除了上述类似限制之外，监管机构必须在90日内为银行任命接管人或管理人；在监管机构认为必要时，一个具有清偿能力的银行也可能被关闭。

《联邦存款保险公司改进法》中规定，银行监管机构可以任命美国联邦存款保险公司为问题银行的管理人或接管人；美国联邦存款保险公司也可以自我任命为问题银行的唯一接管人或管理人。如果没有获得金融援助或再注资，问题银行通常无法通过重整程序得到挽救，因此，银行监管机构通常会直接任命美国联邦存款保险公司为问题银行接管人。美国联邦存款保险公司在银行破产中扮演的多种角色，在以管理人或接管人的身份行事时，严格限制了法院的司法审查权，规定法院不能对美国联邦存款保险公司以管理人或接管人身份的行为进行司法干预。作为管理人或者清算人，美国联邦存款保险公司享有大量的权限。美国联邦存款保险公司概括承受了问题银行的一切权利，行使该银行的

所有功能，管理人或接管人则剥夺了银行股东对银行的控制权，可以对被接管机构进行清算和财产清理，可以将问题银行与其他银行进行兼并或转移其资产或债务可以不承认银行债权人的债权、优先权或担保权，甚至可以挑战银行与其控股公司之间的有限责任原则，如为了避免破产，其可以强制银行的控股公司为其提供金融援助。而作为破产银行的保险人，其主要以公司的身份支付保险金，并取得代位求偿权；为了避免体系性风险，美国联邦存款保险公司还可以对银行提供经济援助但必须遵循“最低成本”原则，这种援助有时发挥着类似于中央银行的最后贷款人的功能。

美国对金融业一直实行高度国家干预制度，在银行破产制度上也选择了权力高度集中的处置模式。这种以美国联邦存款保险公司主导的“及时干预制度”为核心的银行特殊破产制度解决了监管姑息问题，但权力的过度集中，产生了严重的利益冲突问题，这一直为金融行业忧虑和警惕。

（二）英国金融机构破产制度

英国的银行业监管也是从最初的行业自律到实行严格监管，逐步增强了监管机构在银行业立法中的角色。2007年的金融危机则为银行特殊破产制度提供了推动力，进一步从司法主导型的银行破产体系转向了行政主导。在金融危机发生时，快速处置问题银行以及潜在的问题银行成为执政者和监管机构的共同目标。而行政主导型的破产制度则为实现这一目标扫清了障碍，两者在危机时刻联手促成了英国特殊的破产制度。英国2009年《银行法》对银行破产制度进行了根本性变革，该法引入了特殊破产制度。该制度主要由特殊处置程序、银行破产程序和银行管理程序几部分组成。

特殊处置程序主要适用于监管性破产，即此时银行资产仍然大于负债，也有能力支付到期债务。其目的在于对银行进行早期干预，避免公共资金的损失。“特殊处置程序”包括处置选择权和处置权。立法授予相关机构处置权，以便对银行进行快速处置。处置选择权包括将银行股权、部分或全部资产转移给私人买家，建立“搭桥银行”和临时国有化措施等。金融服务局、英格兰银行和财政部在处置程序中各自发挥不同的作用，金融服务局主要决定是否应当对银行启动特殊处置程序。该程序的发起也受到一定的限制，只要财政部或央行给银行提供了财政援助，则必须启动处置程序，这一条款主要为了避免监管姑息和保护公共资金。进入特殊处置程序后，英格兰银行和财政部行使处置权。

《银行法》为英格兰银行行使处置权规定的条件十分灵活：①行使处置权对于维护英国的金融体系稳定、公共信心和保护存款人是必要的；②财政部出于公共利益考虑，推荐英格兰银行行使处置权；或英格兰银行认为为了保护公共利益，行使处置权是恰当的。一旦条件满足，英格兰银行则可以将银行股权或资产转移给私人买家，也可以将银行的部分或全部业务转移给英格兰银行独家控股的银行（搭桥银行）。特殊处置程序首次以法定形式明确了财政部在银行破产和危机管理中的作用，如果符合下列任一条件，财政部则可以将银行国有化：①为了解决或降低对英国金融系统的稳定，国有化是必要的；②当财政部已经给银行提供了援助，为了保护公共利益，有必要对其进行国有化。英国的“特

殊处置程序”与美国的“及时干预措施”一样，行政权力主导权力十分强大。银行破产程序以英国《公司法》为蓝本，增加了金融服务局和英格兰银行在破产程序中的作用。《银行法》规定，银行破产程序由金融服务局、英格兰银行和国务秘书依据一定条件，向法院提出破产申请，法院任命清算人，而清算人则将银行存款人账户转移到另一银行或支付存款保险金，并对银行进行清算。银行破产程序确立了两大目标：保护存款人和保护所有债权人的利益，保险限额内的存款人的利益优先于其他债权人。破产程序无论从清算委员会的构成和权限、债权人会议的权限、银行破产替代程序的规定都处处体现了对存款人利益的保护。而其他债权人的权利则放在其次。当清算委员会通过决议认为银行破产的首要目标已经实现时，则破产清算人可以根据普通公司破产程序行使清算人职能。除了银行法关于银行破产的特殊规定，公司破产法的很多条款依然适用于银行破产程序。此种立法模式充分利用了已有的法律资源，维持了法律的相对确定性。

英国《银行法》在管理制度方面，规定了新银行管理程序与一般管理程序的关系。新银行管理程序的目标与一般管理程序有着显著差异，新银行管理程序并非为了拯救问题银行，而是将支持“私人买家”和“搭桥银行”作为银行管理程序的首要目标，新银行管理程序是“特殊处置程序”的后续程序，相关机构将银行资产或股权转移到私人买家或“搭桥银行”后，“剩余银行”适用新银行管理程序。当英格兰银行发布决议表明银行管理的首要目标已经实现时，则将“普通管理”作为次要目标。“普通管理”是为了拯救被转移银行的剩余部分，维护“剩余银行”的债权人的利益最大化。英格兰银行在银行管理程序中发挥着控制性作用，只有英格兰银行才能向法院申请银行管理令；管理人必须与英格兰银行密切合作，并与其签订协议，确保“剩余银行”的业务或服务为“私人买家”或者“搭桥银行”提供服务。英格兰银行负责监督管理人履行协议的情况，并全程参与管理程序；在英格兰发布管理首要目标已实现的决议前，英格兰银行取代债权人委员会的一切权利和功能。只有在银行管理的首要目标实现之后，债权人委员会和管理人才能行使《破产法》中普通管理的权力。此时，管理人可以提议“剩余银行”与其债权人达成债务清偿协议程序或“剩余银行”进入解散程序，两个程序都适用公司破产法的相关规定。在此阶段，债权人会议才能发挥作用，但对于一个破产银行而言，此时已经基本上不可能有多余的资产可供债权人分配了。

（三）德国的金融机构破产制度

德国通过立法建立了金融机构破产的预警机制，设立了专门的联邦银行贷款监督管理局，各类银行每年须向监督管理局上报年度财务审计报告。监督管理局对银行实行分类管理。一是对风险较大的银行实行以下措施：进行放贷限额管制；必要时冻结银行资金；重新选择银行主管；禁止银行向其股东分红；派员进驻银行以改善其工作。二是对危机严重的银行从严处理，措施包括：全面冻结银行资产（即停业）；积极寻求新股东注入资金以挽救危机（最长不能超过六个月）；申请银行破产。三是注重预警机制，实行银行再保险基金制度。

即要求所有银行在开业时按业务额自动交纳一定会费形成基金，一旦银行破产，以此基金支付储户。

德国银行破产主要适用德国破产法一般程序，但由于银行属于特殊企业，涉及面广影响大，德国联邦金融监管局为维护债权人、破产银行资产保全的考虑，对银行破产的启动程序、破产申请作出了具体规定。如果某机构或金融控股公司等濒临破产或资不抵债，无法按时履行到期债务，上述机构的高级管理人员、独资企业的所有者或金融控股公司的实际所有人应立即向金融监管局报告，封存相关文件，并向金融监管局提交。任何人故意不履行破产或资不抵债报告义务的，最高可处3年监禁，或处以一定金额的罚款。若因工作疏忽未能履行上述义务的，最高可处1年监禁或处以一定金额的罚款。破产法庭应在咨询金融监管局后指定破产管理人，并将破产程序转达金融监管局。金融监管局可以随时向破产法庭和破产管理者询问破产的进展情况。

四、关于对下一步银行破产（重整）工作的几点看法

（一）主动顺应形势，首先从改变观念做起

破产（重整）不是新生事物，但对于市场经济发展不久的我国而言却是近十年、二十年的新生事物。我国从1984年在沈阳、武汉、重庆、太原等地试行破产制度开始，跌跌撞撞走到2006年才通过了正式的《企业破产法》。但即使《企业破产法》通过实施，开始时也只有在经济较为发达的江浙、广东地区才有破产案件；时间一直到2015年之后，全国范围的破产案件才骤然增多。这一方面与经济发展有关，但更重要的原因是地方政府顾虑较多，担心发生群体性事件。但从这些年破产起步较早的江浙、广东来看，企业破产不仅没有引发群体性事件，而且解决了诸多长期无法处置、社会争议极大、诉讼执行困难的一系列复杂问题。优胜劣汰是市场经济的应然法则，企业的消亡与诞生一样是自然的过程和现象，不以任何人的主观意志为转移。

中国银行业高速扩张多年，出现了现在遍地银行的景象，很多中小银行的不良率、核心资产比率、公司治理和内控水平究竟怎么样监管部门心知肚明，通过注入资本能不能解决一些问题银行的困境，应该很多人心里都有答案。合并、重组当然是最好的选择，但掺杂在其中的股东争议等问题很可能限制了合并、重组的进程。笔者在之前写过一篇《关于抽逃出资股东除名制度及实务中的八个问题》文章，仅提供了解决股东问题的一种思路和做法，但对以股份制为主要公司形式的银行而言在实际操作中还有存在一些障碍。要彻底解决问题，恐怕除了“接管——破产（重整）”之外没有更好的办法。从笔者处理的几起涉及人数众多的房地产破产案件看，政府从开始的抵触破产，到后来通过各种方法无法解决问题不得不进入破产程序，到现在面对很多复杂问题时主动向律师咨询可否通过破产程序解决，态度发生了很大改变，原因在于通过实践，一些政府领导了解了破产（重整）的优势，消除了之前的很多顾虑。

一个缺少适度破产风险意识和压力的金融市场，不符合市场经济规律，既容易累积深层风险酿成事件甚至危机，又难以培养造就有竞争力、高质量的市场主体，提升金融资源配置效率。随着市场经济体制的逐步形成与完善，对金融机

构陷入困境的问题还是要通过市场的方式、法律的途径来解决，银行的破产（重整）是市场经济规律下必然的、无法回避的事情。因此，笔者一直以来的观点是，与其在概念上遮掩回避，不如直接面对。

（二）运用好现有规则，将监管法规与《企业破产法》深度融合。

金融监管部门在银行“接管—破产（重整）”中，具有法律赋权的天然优势，实际上现行《商业银行法》《银行业监督管理法》中所称的“接管、重组”本身就是行政破产（重整）的重要内容，与当下破产业务中“预重整”的操作方法十分类似，而且近年来监管部门接管金融机构的事件并不少见，监管部门已经积累了许多经验，唯一不同的是，监管部门仅站在行政管理的角度进行了风险处置，并没有从《企业破产法》的角度思考和应用。

监管部门对符合接管条件的商业银行，可以按照《商业银行法》第64条、《银行业监督管理法》第38条进行接管。接管后，监管部门可以允许被接管机构的高管开展正常业务，但要全面贴身监督；也可以委托其他商业银行进行托管，协助监管部门对被接管银行的日常管理。以村镇银行为例，从发起行主体责任角度出发，监管部门完全可以将该村镇银行托管给发起行。监管部门进入后，可以自行、也可以委托第三方机构（会计审计事务所、律师事务所）共同对被接管银行进行全面清查，包括但不限于清产核资、审查公司治理及内控、穿透性审查关联交易、查视董监高履行忠诚履职情况、梳理或然负债等，还可以与股东商谈增加注册资本、引入战略投资人，还可以向相关部门移送涉嫌犯罪的案件、与法院协商加强债权案件执行等。在全面清查并初步明确下一步工作后，提出具体处置方案。处置方案中，可以有整体转移资产负债、设立过桥银行和特殊目的载体、暂停终止净额结算、股权债权减记和债转股、损失追回、损害银行利益合同的撤销等处置措施。而且，在监管部门设计方案时，可以综合运用存续式重整、出售式重整、清算式重整等一系列方法，比如可以参考英国的做法，在依法保护存款人合法权益及依约保障“搭桥银行”利益的情况下，对原银行进行破产清算。

如果该方案涉及股东权益调整、债权人利益时，应与股东与债权人协商，协商一致，方案即通过执行；没有协商一致的，可向法院申请进入破产（重整）程序。这就是上文所说的“接管——破产（重整）”的衔接。进入破产（重整）程序的好处在于：（1）对银行重整方案的通过实行分组表决制，不同类型的债权人分组表决（对股东权益调整的，另设股东组）；对重整计划草案进行表决时，出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。

（2）重整计划即使未获全部级别表决通过的情况下，法院基于重整程序的社会本位性质，在符合法定条件时，法院在综合考虑后，仍可批准该重整计划；《破产审判会议纪要》对法院的强制裁定通过权有明确规定，首先是重新企业有营运价值，而且各表决组中反对者能够获得的清偿利益不低于依照破产清算程序所能获得的利益。这一点与《中华人民共和国金融稳定法（草案征求意见稿）》所规定的“债权人和相关利益主体通过风险处置所得不低于破产清算

所得”一致。(3)经法院裁定批准的重整方案对债权人和债务人均有约束力,这是破产(重整)与接管处置最大的不同,尤其是涉及所有者权益调零、股权债权减记时,银行重新方案经法院裁定批准后即对股东、债权人以及相关各方均有强制约束力。

银行接管、重整、破产涉及公共利益,社会影响较大,单靠监管部门很难独立完成,需要政府、法院的协同配合。而各级政府、法院近年来力推的“府院联动”机制正是要解决这类问题。如果把监管部门对银行的接管纳入到破产程序中来,将改变监管部门单打独斗的局面。

先期的尝试探索,可遵循先易后难,先小后大,从资产规模较小、客户较少、区域影响力较小的银行入手。在积累了一定的处置经验之后,再逐步扩大范围,最终实现常态化、市场化的金融机构新陈代谢机制。这也是本文题目定位为“中小银行”的原因所在。就笔者来看,目前从村镇银行入手是最优的选择。《中国银保监会办公厅关于进一步推动村镇银行化解风险改革重组有关事项的通知》(银保监办发[2020]124号)下发后,各地监管部门及发起行均行动起来,但到目前为止进展迟缓,并未完成预订计划。笔者在接受咨询和办理案件过程中,一直认为对一些存在问题较多、股东意见差异较大、涉及行民—刑民交叉等法律关系复杂的村镇银行,光依据发起行力量及资本注入、合并重组等常规手段,很难解决。而发起行无奈之下引入刑事手段,反而在一定程度上增加了处置的难度。最终要解决这些村镇银行的问题,还是应该考虑“接管—破产(重整)”的方法。监管部门担心的能力不足、人手不够、压力过大的问题实际上大可不必,具体干活的是发起行。但没有监管介入、没有引入“接管—破产(重整)”程序,发起行没有监管的“尚方宝剑”和司法权力的介入,恐怕很难解决问题。

(三) 不断推进金融机构破产制度立法,通过法制化为长期金融市场的健康发展奠定基础。

在我国《企业破产法》起草过程中,对于金融机构破产的问题一直存有争议。有人主张纳入《企业破产法》,使金融机构的重整破产完全按市场规律办事;也有人主张不纳入《企业破产法》,直接针对金融机构破产制定专门法律。经过反复讨论和征求意见,最后通过的《企业破产法》作出了将其纳入该法的规定,但由于金融机构的特殊性,《企业破产法》第134条第2款又作了授权性规定:“金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定实施办法。”

从现有规定来看,《商业银行法》《银行业监督管理法》《商业银行资本充足率管理办法》关于接管、破产等内容虽有规定但多为原则性规定,缺乏可操作性。接管的法律性质没有明确,最终方案的强制力不强,对人民银行、银保监会部门、存保基金、托管银行、政府、法院在银行“接管——破产(重整)”中的职责没有规定,且并未引入当前破产领域及国外金融机构破产中常用的团体表决、预重整、重整、银行技术性方法。应该说,在当前形势下,金融破产立法(修法)确实应摆上日程。

关于金融机构破产立法还是修法，尚存争议。有学者提出，通过完善现有条款并规定引致条款（《企业破产法》第 113 条和第 134 条），结合《商业银行法》《银行业监督管理法》《商业银行资本充足率管理办法》等，就足以满足实践需求；也有学者认为，需要在破产法中设立专章才能解决问题；还有学者表示应当单独立法。笔者的观点是，最好在《企业破产法》基础上，按照第 134 条规定，由国务院出台行政法规。分散式立法，法条冲突和空白法条现象同时存在，各级各类法律文件无法在原则价值层面和立法精神层面实现完全契合，而且因银行的专业性和涉及利益的特殊性，《商业银行法》及监管层面的规定很难直接套用到《企业破产法》上来；而修法和设立专章只会让本已复杂艰深的《企业破产法》及司法解释更加晦涩难懂，且在强化金融系统性监督的宏观立法背景下，不足以搭建统一的金融机构破产体系；而从目前立法准备及近年来重大金融风险处置经验来看，单独设立行政法规已完全具备条件。

网址链接：https://mp.weixin.qq.com/s/HwFGpJqr5ssFw_2aJu_-0Q