

企业破产清算 法律资讯

2024年2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

目录

一、动态	1
1、京沪广深破产法庭共建协作机制	1
2、关于公布实施《深圳市破产管理人协会破产管理人团队合规建设指导意见（试行）》的公告	2
二、研究	6
1、朱虎：债权人撤销权和破产撤销权的同频共振	6
2、法学 高圣平：债务人破产时债权人保证债权的行使	24
3、论破产程序中所有权保留的法律效力	41
4、中小微企业重整中出资人权益保留的理论证成与路径选择	58
5、律师在破产管理工作中非法收受他人财物的定性	74
三、实务案例	76
1、实务案例 债权人对于其在破产程序中未受清偿部分是否有权要求保证人承担连带清偿责任？如有权，如何计算保证人所需承担连带责任？	76
2、【破产法】湖南高院案例：应否以债务人有隐匿、转移财产等行为，为了逃避债务而申请破产为由驳回破产申请？	83
3、深圳首宗庭外重组案顺利办结	92
4、破产衍生诉讼裁判要旨 40 例	96

一、动态

1、京沪广深破产法庭共建协作机制

为贯彻落实最高人民法院关于建立破产法庭协作机制的工作要求，北京破产法庭会同上海、广州、深圳破产法庭协商会签了《关于建立京沪广深破产法庭工作协作机制的会商纪要》，共建四地破产法庭协作机制。

会商纪要就四地法庭办理破产案件中异地协助、协调委托、定期交流、建立常态化联络等事项建立起异地办理机制、协作办理机制、研讨交流机制，对管理人因客观原因无法履职而确需法官赴异地办理的事项，明确相互委托办理破产事务的范围、时限等工作流程，对清理对外投资子公司、协调处理管理破产案件，给予相互协调支持，对办理破产中的法律适用疑难问题、工作经验做法等开展研讨、交流，促进办案水平提升，推动破产办理提质提效。

会商纪要于2023年12月签署。签署当月，北京破产法庭在办理一宗深圳证券交易所上市公司重整计划执行案件中，债务人及管理人临时提出股票划转申请。为了帮助当事人及时办理这一跨地域的申请，北京破产法庭遂请求深圳破产法庭予以协助。深圳破产法庭专业、高效办理了受托事项，双方当事人表示非常满意，北京市第一中级人民法院特发来感谢信。这是协作机制建立后完成的首例异地协助案件。

协作机制的建立，有助于发挥跨地区办理破产司法联动作用，进一步推动办理破产提质效、降成本，更好地为一流营商环境建设提供司法服务保障。

来源于：深圳市中级人民法院微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/Jj4XpwwRSf4cxRSA2xfqAQ>

2、关于公布实施《深圳市破产管理人协会破产管理人团队合规建设指导意见（试行）》的公告

《深圳市破产管理人协会破产管理人团队合规建设指导意见（试行）》在充分征求会员意见的基础上，经深圳市破产管理人协会第二届理事会第五次会议审议通过，现予公布，自公布之日起施行。

特此公告。

附件：《深圳市破产管理人协会破产管理人团队合规建设指导意见（试行）》

深圳市破产管理人协会

2023年12月31日

深圳市破产管理人协会

破产管理人团队合规建设指导意见（试行）

（2023年12月29日深圳市破产管理人协会第二届理事会第五次会议审议通过）

第一章 总则

第一条 为深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，规范深圳市破产管理人协会（以下简称“协会”）会员单位履行破产管理人职责，促进破产管理人专业化团队合规建设，防范执业风险，依据《中华人民共和国企业破产法》《深圳经济特区个人破产条例》及其他相关法律法规、司法解释和规范性文件的规定，结合会员单位破产管理人团队实际情况，制定本意见。

第二条 会员单位应当建立破产管理人业务风控合规管理制度，落实相关风控合规岗位的主体责任，保障风控合规管理制度具体实施。

第三条 本意见为指导性意见，与相关法律法规、司法解释和规范性文件有抵触的，以相关法律法规、司法解释和规范性文件的规定为准。

第四条 协会会员单位及其相关工作人员从事破产管理人业务，适用本意见。

第二章 人员和岗位配置

第五条 会员单位应当组建破产管理人专业化团队（以下简称“管理人团队”），对破产管理人业务及从业人员实行统一管理。

管理人团队成员应包括案件负责人、法律和财务专业办案人员。案件负责人应有较高的民商事法律理论功底和较丰富的民商事诉讼或非诉办案经验，并掌握一定的财务知识。

管理人团队应当设置案件负责人、内勤和财务岗位，岗位人员可专职或兼职。

第六条 会员单位应当重视管理人团队建设，结合自身实际情况，建立长期、稳定的团队管理机制，对管理人团队进行常态化、制度化、专业化的管理。

第七条 会员单位应当将破产案件管理人团队名单在协会破产保护综合服务中心（即“深破通平台”）备案，若成员变动，应定期及时调整备案人员。

未列入破产案件管理人团队名单的人员，原则上不得参与管理人业务的办理。

第八条 会员单位应当根据个案情况指派案件负责人及其他办案人员，组建工作团队，工作团队应当根据工作计划及方案分工合作。会员单位应当定期评估团队成员的工作量，并根据需要调整工作，以保持工作的平衡和可持续性。

在案件办理中，如发现管理人团队成员存在不宜从事相关业务情形或不接受会员单位管理的，会员单位应当及时调整，并将调整结果书面报告人民法院。

第九条 会员单位应当保持管理人团队成员稳定，避免因人员频繁流动影响工作效率。如有相关工作未能完成交接等情形的，团队成员原则上不得变动。

第三章 案件流程管理

第十条 会员单位应当建立包括人事管理、财务管理、案件管理、办案流程管理、风险管理、印章管理、档案管理等内部管理制度，并切实遵行，实现管理工作规范化。

提倡会员单位结合自身实际情况建立业务学习培训、案件内部分配、案件讨论及汇报、案件质量控制及考核、管理人报酬分配与风险承担等相关管理制度。

第十一条 管理人团队应当通过深破通平台办理案件，进行案件流程管理。案件负责人应对破产案件各项事务审核把关。

第十二条 对于长期未结案件，会员单位应当整合管理人团队资源，合力推进案件办理。

第十三条 会员单位应当规范管理人团队财务支出审批程序。破产案件支付破产费用、清偿共益债务、清偿债权应按深破通平台确定的流程审批，应由会员单位分管负责人或管理人团队负责人、案件负责人审批，不得由办案人员自行审批，防止挪用、占用债务人资金。

因办理案件需要开立管理人账户的，账户密钥应当由两人分别保管，不得由个人独立操作

款项支付。

第十四条 管理人印章应由会员单位或管理人团队指定专人统一保管，不得由办案人员自行保管。文档用印须按深破通平台确定的流程进行审核。

会员单位应当对印章使用信息及时登记并将登记记录存入案件档案。深破通平台已有用印审核的除外。

第十五条 会员单位应当建立利益冲突检索制度。在人民法院正式指定管理人之后，应当对债务人及申请人进行利益冲突检索，经检索发现存在利益冲突的，应当主动申请回避；在债权申报阶段及债权审核阶段，应当对已申报债权的债权人进行利益冲突检索。

会员单位在被深圳市破产事务管理署提出为个人破产管理人人选后、人民法院正式指定管理人前，应当对债务人及申请人进行利益冲突检索，经检索发现存在利益冲突的，应当主动申请回避。

第十六条 管理人业务相关工作应当留痕，相应工作均应有对应的记录和资料。

会员单位应当妥善保管留存的工作底稿、资料，及时建立相关案件档案。管理人工作文档和履职获取的文书资料，应扫描上传深破通平台形成电子档案。

第十七条 会员单位应当对破产管理人业务办理过程及环节进行管控，落实各环节的责任主体，以保障业务质量。

第十八条 会员单位应当注重防范管理人履职风险，购买相关执业保险，加强风险管理。

第四章 报酬分配和费用负担

第十九条 提倡会员单位对案件的办理情况予以跟踪、记录、考核，结合自身实际情况建立合理的管理人报酬内部分配制度。

第二十条 若需管理人垫付破产费用的，会员单位应当明确垫付主体，无法明确的应当由会员单位及时垫付。

第二十一条 对破产财产不足以支付破产费用的案件，提倡会员单位为管理人团队提供合理的资金支持，垫付相关办案费用。

第二十二条 会员单位联合担任破产管理人的，应当建立良好的合作机制，明确各自分工、议事规则、经费承担、报酬分配、责任划分等相关合作事项。

第五章 业务培训和学习

第二十三条 会员单位应当注重管理人团队成员的培养，形成科学、合理的团队人员结构，以适应案件办理的需要。

第二十四条 会员单位应当定期组织内部业务培训，积极组织管理人团队成员参加协会等单位举办的业务培训及研究等活动。

提倡会员单位在办理案件过程中，及时讨论、分析重大疑难问题，不断总结办案经验。

第二十五条 提倡会员单位建立奖优评先的激励机制，鼓励管理人团队成员在各级管理人协会任职，钻研破产业务并积极发表论文、出版专著。

第六章 其他

第二十六条 会员单位应当积极参与和配合协会开展合规建设调研、检查和评比工作，及时对协会提出的问题进行处理和反馈。

第二十七条 本意见针对协会在调研中发现的突出问题进行规范。本意见未作出相关规定的事项，会员单位也应当根据相关法律法规、司法解释和规范性文件的要求，做好相关合规工作。

第二十八条 会员单位办理强制清算案件，亦适用本意见。个人管理人接受人民法院指定担任破产案件管理人的，办案团队之组建和管理亦适用本意见。

第二十九条 本意见自发布之日起施行。

来源：深圳市破产管理人协会微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/DyFkQ3Ggx5Zby2sq1Bb94A>

二、研究

1、朱虎：债权人撤销权和破产撤销权的同频共振

朱虎 中国人民大学民商事法律科学研究中心

摘要：债权人撤销权和破产撤销权需要在构成和行使方面，实现协调、区分、统合、衔接等多种关联。就诈害行为而言，两者需要在行为类型、不合理交易的认定方面尽量协调一致，且应通过不同方式考量债务人和相对人之间的内部关系。偏颇行为则是专属于破产撤销权的对象，其中包括个别清偿和为自身本来没有财产担保的既存债务提供财产担保。但是，为他人债务提供担保属于诈害行为，即使在破产撤销权中也应适度考量相对人的善恶意。即使债务人的行为已获得执行名义或已通过强制执行，撤销权也不应被排除。相对人应当成为撤销权诉讼的被告，无偿或者恶意的转得人也同样应作为被告。同时，债权人撤销权和破产撤销权在行使上也要相互衔接。

关键词：债权人撤销权 破产撤销权 诈害行为 偏颇行为 撤销权诉讼

《民法典》第 538-542 条规定了债权人撤销权，《企业破产法》（以下简称《破产法》）第 31 条、第 32 条规定了破产撤销权，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号，以下简称《民法典合同编通则解释》）第 42-46 条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2020〕18 号，以下简称《破产法规定二》）第 9-16 条又对两者进一步发展。债权人撤销权和破产撤销权存在诸多区别，例如，债权人撤销权的行使主体是个别债权人，而破产撤销权的行使主体为破产管理人；破产撤销权存在破产申请受理前的临界期这个特殊构成；破产撤销权所涉财产撤销后要归于破产财产等。但是，两者同为规制财产不当减损行为的制度，价值和规则必然具有同质性和很多重合之处，应当在两者功能适当区分的基础上进行尽量相同的解释和适用。在比较法上，德国《支付不能法》和《支付不能程序外的债务人法律上行为撤销法》（以下简称《撤销法》）关于诈害行为撤销的规则相互联动，美国《破产法典》和统一州法委员会示范法《统一可撤销交易法》（UVTA）的相关规则也同样如此。

因此,《民法典》和《破产法》中的债权人撤销权和破产撤销权规则存在诸多需要相互协调和相互解释之处。其中的关键,是需要在两者的相互关系中对两者进行准确的定位,分析其中的协调、区分、统合、衔接等多种关联可能,进而更为精准地观察两者的构成和行使,消弭不同法规范之间可能的矛盾冲突,实现不同规范功能之间的区分与衔接,平衡所涉不同利益主体的不同利益,以体现法秩序整体的融贯性要求,并解决两者在实践适用中的一系列问题。目前《破产法》正在修订过程中,关于两者关系的研究在解释论上的价值之外也取得了立法论上的价值,有助于“增强立法系统性、整体性、协同性、时效性”。

一、诈害行为的规则协调

(一) 无偿行为

破产撤销权的价值目标之一是债务人财产最大化,故其对象包括使债务人财产不当减少的诈害行为;债权人撤销权同样具有避免债务人财产不当减少的功能,故其对象也同样是诈害行为。诈害行为不当地减少了债务人责任财产,《民法典》第 538 条、第 539 条区分了无偿行为和有偿行为,无偿行为必然会减少债务人财产,而有偿行为只有在不合理交易时才会减少债务人财产。对无偿行为,较之原《合同法》第 74 条第 1 款中的“债权人放弃其到期债权或者无偿转让财产”,《民法典》第 538 条在原司法解释的基础上规定了更多的类型,有放弃债权(包括到期和未到期债权)、放弃债权担保、无偿转让财产;同时,存在兜底的“无偿处分财产权益”,据此,可能就包括放弃债权和担保之外的其他财产权益、放弃时效抗辩权、放弃担保顺位、通过设定用益物权或者租赁等方式允许相对人无偿使用财产、指定相对人为保险受益人或者信托受益人等。《破产法》第 31 条仅规定了“无偿转让财产”和“放弃债权”两种无偿行为,且不存在兜底规则,明显范围过窄,故应当扩充到无偿处分财产权益的所有行为。同时,对无偿行为而言,无论是债权人撤销权还是破产撤销权,都应当存在不得撤销这种例外规则。例如,自然人正常的日常小额赠与;债务人依据《公益事业捐赠法》第 2 条,自愿无偿向依法成立的公益性的组织捐赠财产用于公益事业的捐赠行为。《民法典》第 538 条还规定了“恶意延长其到期债权的履行期限”,该行为要求债务人为恶意,即知道其无对价地延长到期债权履行期限的行为会影响债权人的债权实现而仍然实施,具有延迟履行其对债权人的债务的实际意图。如果债务人的债权履行期限届满后,债务人的相对人暂时无力履行债务而与债务人就履行期限问题重新协商,相对人付出适当代价以换取履行期限延长的,则不属于《民法典》

第 538 条规定的情形。“恶意”与否取决于系争债务展期是否属于商业上合理的行为，取决于展期能否为债务人带来直接利益，且该利益是否明显大于因展期而丧失的期限利益。例如，债务人在债权人已经对其提起诉讼后，或者在债权人已经对相对人提起代位权诉讼后，方才延长对相对人到期债权的履行期限的，一般会被认定为“恶意”。而在债务人对相对人拥有多期债权的情况下，对相对人暂时无力偿还的某一期债权进行展期，有助于缓解相对人的流动性压力，使其生产经营不至于陷入崩溃，从而能更好地保障后续各期债权的实现，此时，即使债务人明知展期行为会危及债权人债权的实现，债务人仍并非“恶意”。事实上，恶意延长未到期债权的履行期限同样可能影响债权实现，应类推适用《民法典》第 538 条。破产撤销权并未规定此种情形，可考虑予以补充。

（二）有偿行为

对有偿行为，较之原《合同法》第 74 条第 1 款中的“以明显不合理的低价转让财产”，《民法典》第 539 条在原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5 号，已废止，以下简称《合同法解释（二）》）第 19 条第 3 款的基础上，规定了更多的类型，包括“以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产”，但欠缺相应的兜底规则，这导致存在规范漏洞。除了《民法典》第 410 条第 1 款所规定的以抵押财产折价抵债而抵押财产价值明显高于主债务，从而损害其他债权人利益这种情形外，实践中同样能够被撤销的还包括对价严重失衡的股权置换、低价出租、高价承租等诸多情形，甚至还有不合理的协议抵销、以物抵债以及不合理对价的自益信托等。《破产法》第 31 条则规定“以明显不合理的价格进行交易”，这能够涵盖更多的情形。因此，《民法典》第 539 条有目的性扩张到“以明显不合理的价格进行交易”的必要。据此，《民法典合同编通则解释》第 43 条将之扩展到“以明显不合理的价格，实施互易财产、以物抵债、出租或者承租财产、知识产权许可使用等行为”，不仅根据实践案例增加了类型的列举，并且通过兜底，部分弥补了上述规范漏洞。

在不合理价格的认定上，考虑到债权人和债务人之间的利益冲突，在为债权人提供客观保护的同时，债务人也有一定的处分自由，债务人的给付行为只有严重脱离正当范围时，才会被撤销。在非强制交易的情形中，《民法典合同编通则解释》第 42 条在原《合同法解释（二）》第 19 条、《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》（法〔2021〕94 号）第 9 条的基础上，

按照交易当地一般经营者的判断,并参考交易时交易地的市场交易价或者物价部门指导价予以认定;同时,为了便于认定,价格未达到交易时交易地的市场交易价或者指导价70%或者高于30%的,一般可以认定为明显不合理的价格。当然,“一般可以”意味着这个比例仅是一般性的参考示范标准,并非唯一的刚性基准,债务人和相对人可以提出相反事实和证据予以推翻。以转让股权为例,股权价格的确定不仅与公司的净资产有关,还包括了股权溢价、股东实际投入、公司未分配盈利、公司债权债务等有形或者无形的资产,以及供求关系、价格涨落、交易习惯等诸多因素,故股权价值并不能仅审查出资,还应综合考虑公司运营情况、盈利情况、资产情况等。实务中,判断股权价格的方法往往以净资产价值、所有者权益为基准,参考债务人转让公司股权价格是否明显低于其与其他人签署的股权转让合同价格、其他股东转让股权的价格、股权出质所担保的主债务金额、标的股权从前手转入的价格和时间等因素综合判断股权转让价格是否合理。还应当注意的是,如果价格约定合理,是否实际支付了约定价格仅影响合同的履行,并非判断价格是否合理的考量因素,即使未支付,债权人也可以通过代位权保护自己利益。有判决为了避免将合理价格约定作为无偿交易或者不合理交易的幌子,而认为未实际支付约定价格即为无偿交易;但是,如果有证据证明债务人以名为合理价格交易的方式掩盖实质上的无偿交易或者不合理价格交易,则完全可以实质认定。所有这些规则也可以适用于破产撤销权中不合理价格交易行为的认定。

《民法典合同编通则解释》第42条第3款还进一步规定了债务人和相对人存在内部关系时,不受前述价格比例的限制。这有助于特别打击内部交易行为,在政策方向上是正确的。但是,该款仅意味着,内部交易价格在交易时交易地的市场交易价或者指导价70%-130%这个区间之内的,并不必然是合理的交易,而不能反面解释认为内部交易必然是不合理的交易,为了避免打击到合理的此类交易行为,还应当综合其他因素判断是否是不合理的内部交易。这在破产撤销权中同样应当被注意到。

但是,除了不合理价格的交易之外,还有其他不合理条件的交易,这同样为相对人输送了利益,实质上减少了债务人的责任财产。例如,财产转让约定了合理价格,但却约定支付期在10年后,这在债权人撤销权和破产撤销权中可能都难以解决。学理上也认为,在合理对价的交易情形中也可能存在可撤销的诈害行为,例如与明显缺乏履行能力者进行交易并先行履行义务。《日本民法典》第424条之二即规定,即使存在合理对价,但如符合以下条件,仍构成可

撤销的诈害行为：①因不动产之金钱折价及其他有关处分而致财产种类发生变更，其行为将使债务人作出隐匿、无偿赠与及其他有害债权人之处分（“隐匿等处分”）之虞现实发生；②债务人于其行为当时，就作为对价而取得之金钱及其他财产，有作出隐匿等处分之意思；③受益人于其行为当时，知道债务人有作出隐匿等处分之意思。在美国法中也认为，债务人的唯一流动资产是股份，其有意地将这些股份以合理对价出售给知情的相对人，换取了非流动性资产，失去了债权人能够轻易得到的资产，此时是为妨碍债权人进行了股份转让，从而该行为可被撤销。因此，在债权人撤销权和破产撤销权中，都有将“以明显不合理的价格进行交易”扩张到“以明显不合理的条件进行交易”的必要。

在判断诈害行为时，要在个案中根据具体情况，综合考虑债务人的行为是否具备正当性、妥当性，结合债权人的债权情况、债务人的责任财产状况等在个案中判断，既要防止对债务人行为的不当、过分干预，也要防止设定过于严苛的条件妨害撤销权的正常行使，根据诈害行为的各个不同类型确立细致的判断标准。为增强司法操作可行性，美国UVTA第4条（b）规定了审查诈害行为的11个考量因素或者“欺诈标识”：是否向内部人转让财产、承担义务；财产转让后，债务人是否保留财产的占有或控制；转让财产、承担义务行为是被披露还是隐瞒；在转让财产、承担义务前，债务人是否被起诉或者被起诉威胁；是否债务人实质上所有的财产都被转让；债务人是否潜逃；债务人是否转移或隐匿财产；债务人获得的对价是否合理等值于被转让财产的价值、承担义务的数额；债务人是否无清偿能力或者在财产转让、义务发生后不久无清偿能力；是否在重大债务发生前或者发生后不久转让财产；债务人是否将主要的营业财产转让给担保权人，该担保权人随后将该财产转让给债务人的内部人。这些考量因素在债权人撤销权和破产撤销权的实践中都可以作为参考。

（三）其他要件

在债务人的主观层面，从强化对债权实现的保护力度出发，《民法典》不要求债务人必须要有损害债权的主观过错，只要是债务人的行为在客观上影响到债权人债权的实现就可以行使撤销权。在《破产法》中，债务人的主观意图一般也不影响破产撤销权的构成，但仍可以将债务人主观意图作为考量因素之一而规定不同的临界期，并在承认自然人破产时，将债务人主观意图作为考量因素之一规定债务人不予免责的情形。

在相对人的主观层面，为平衡债权人保护、债务人处分自由和相对人交易安全，《民法典》第 538 条、第 539 条将诈害行为区分为无偿行为和有偿行为，区别在于是否要求相对人的恶意。如果是无偿行为，相对人不需要保护，无论相对人善意还是恶意，都可以撤销；如果是有偿行为，则只有在相对人为恶意因而不值得保护时，才可以撤销。这表明无偿行为的可撤销性要强于有偿行为的可撤销性，同时，在有偿行为中，为保护相对人的交易安全，要考虑相对人的善意可能性。即使破产撤销权不考虑相对人的善恶意，仍然应当据此考虑不同的临界期。

相对人恶意是指相对人受益时知道或者应当知道债务人所为的行为是诈害行为即可，基于诈害行为会降低债务人清偿能力这种一般认知，不需要相对人对债权人有不利的意图。《民法典》第 539 条将原《合同法》第 74 条中的“知道”修改为“知道或者应当知道”，试图将相对人的恶意客观化，相对减轻债权人的证明责任，以使得债权人撤销权能够发挥功效。但即使如此，相对人恶意的证明仍是非常麻烦的问题。为了避免过分影响交易安全，学说上多认为应由债权人对相对人的恶意承担举证责任。但另有学说和一些立法例认为，在债权人举证证明债务人存在诈害行为后，推定相对人恶意的存在，除非相对人举证证明债务人向其提供了诸如重大投资回报利益、急需资金等合理的正当理由而证明自己为善意，如果相对人不能举证证明其为善意，则不能阻止撤销权的行使。能够相对协调两种观点的可能思路之一，就是根据具体的一些事实推定相对人为恶意。例如，如果在客观上存在可得推知债务人即将破产的情事，此时可推定相对人恶意。最为重要的是，在债务人和相对人存在内部关系从而相对人为内部人（insider）时，推定相对人存在恶意。这也符合《民法典合同编通则解释》第 42 条第 3 款中所蕴含的特别打击无偿的或者不合理的内部交易行为的价值考量。基于此种价值考量，在破产撤销权中，即使完全不考虑相对人的善恶意，债务人实施可被撤销的行为且其和相对人存在内部关系时，也应当确立更长的临界期。

债权人撤销权除了上述要件之外，《民法典》第 538 条、第 539 条还规定了“影响债权人的债权实现”。目前通说采取“无资力说”，且债务人的无资力状态在债务人实施处分行为时即已发生，在债权人行使撤销权时也仍然持续。该标准与《破产法》第 2 条第 1 款所规定的破产原因，即“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的”，没有本质差异。此时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（法释〔2011〕22 号，以下简称《破产法规定一》）第 3 条、第 4 条可以适用于债

权人撤销权“影响债权人的债权实现”这个要件的判断中。例如，在实践中，债务人是否具有资力一般进入执行程序才能够确定，所以很多案例将债权人对债务人取得生效裁判文书并进入执行程序后，因无可供执行的财产而终结本次执行的裁定作为判断标准。这与《破产法规定一》第4条第3项中的“经人民法院强制执行，无法清偿债务”类似。但需要注意的是，上述标准仅是标准之一，即使不具备该标准，但符合其他标准之一的，仍可以认为构成“影响债权人的债权实现”。例如，债务人已经被强制执行，但根据执行进展情况被判决判定的债权绝大部分尚未执行到位，被保全的多项财产尚不能确定价值，后续在执行款项分配上也存在他人参与分配的可能性，使得债权人的债权受偿有较大的不确定，此时也可认为构成“影响债权人的债权实现”。但是，债务人内部的股权变动不能构成“影响债权人的债权实现”；债务人企业剥离出优质资产与他人组建新公司，按照《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2020〕18号）第7条，新设公司应当在所接收的财产范围内与原企业共同承担连带责任，这意味着，债权人的债权实现一般不会受到影响。

在债权人撤销权中，债权人除应当证明债务人实施了诈害行为外，对“该行为影响债权人的债权实现”也要承担举证责任。即使可根据上文所述标准对“影响债权人的债权实现”予以证明，但该要件的证明仍存在诸多困难，毕竟债权人通常较难证明债务人的全部资产负债状况。此时，还可考虑，只要债务人不支付到期债务且存在诈害行为，就转而由债务人证明其行为未对债权人造成损害。

二、偏颇行为的功能区分

（一）偏颇清偿

破产法除了追求债务人财产最大化的价值目标，还有公平清偿债权的价值目标，因此，破产撤销权的客体也分为诈害行为和偏颇行为。诈害行为关注的是债权人相对于债务人的权利，对其的撤销主要在于实现全体债权人利益最大化的价值目标；而偏颇行为关注的是特定债权人相对于其他债权人的权利，对其的撤销主要在于实现债权人之间平等受偿的价值目标。债权人撤销权是否以及在多大程度上关注偏颇行为，关键是要考虑民事实体法与强制执行和破产制度在债务处理中的功能分工。

债权人平等受偿是破产法的价值目标之一；《破产法》依据第2条仅能适用于企业法人，在此前提下，执行中的参与分配制度是与破产具有类似功能的“小破产”。但是，参与分配制

度的缺陷在于其不存在与破产撤销权类似的规则,无法纠正债务人的偏颇行为。基于此等状况,可能的观点就是通过债权人撤销权弥补参与分配制度的上述缺陷。由此,对适用《破产法》的债务人,通过破产撤销权保障债权人平等受偿,偏颇行为无需成为债权人撤销权的对象,破产程序外的民事执行程序则采取“先到先得”“勤勉竞争”的优先主义原则,以“倒逼”不能受偿的“后到”债权人申请破产;而对不适用《破产法》的债务人,则将债权人撤销权作为强制执行准备的准备,保留其对偏颇行为纠正的空间,强调债权人平等受偿,并配合参与分配制度的运用,弥补《破产法》的功能缺陷,此时将债权人撤销权和破产撤销权对偏颇行为撤销的实质条件尽量保持一致,使得法秩序内部的实质评价标准保持统一。该观点以《破产法》的适用范围有限作为前提,但是,从立法角度来看,最需要做的恰恰是完善破产制度,将《破产法》的适用范围扩大。如此,则可以考虑通过破产撤销权统一解决偏颇行为的问题,而债权人撤销权仅解决诈害行为的问题。

《破产法》第32条规定了在临界期内基于既存债务对个别债权人的偏颇清偿行为的撤销,一般而言,此种清偿行为虽然减少了债务人的积极财产,但同样使得消极财产相应减少,故并非诈害行为,而是偏颇行为,不属于债权人撤销权的对象。另外,从国外相关立法例来看,债务人清偿股东借款等行为中,因为股东借款债权等属于衡平居次的债权,上述行为实质上导致股东借款的优先性提升,如果股东直接或者间接地使得债务人为不合营业常规或者其他不利益之经营作出上述行为,则该行为可能被作为诈害行为而非偏颇行为而被撤销。

应当注意的是,第一,偏颇“清偿”是广义的清偿概念,还包括合理对价的以物清偿等,这不应成为债权人撤销权的对象;如果是不合理对价的以物清偿,如上所述属于诈害行为,应属于债权人撤销权的对象。同时,银行贷款合同中的加速到期条款在适用事由合理的情况下,虽可认定有效,但银行据此扣划资金的行为仍可能构成偏颇清偿。

第二,偏颇清偿不包括使得债务人财产受益的——更准确而言,是不损害其他债权人利益的——清偿行为,《破产法》第32条和《破产法规定二》第16条第3项作出了明确规定。因此,偏颇清偿也不包括债务人对以自有财产设立担保物权的债权或享有法定留置权的债权,在担保财产的价值内进行的清偿,该清偿行为不会损害其他债权人的利益;当然,在担保财产的价值低于债权额时,债务人对超出担保财产价值的债权部分的清偿仍属于偏颇清偿,《破产法规定二》第14条对此明确规定。

第三，偏颇清偿指的是对到期债务的清偿，《破产法》第31条第4项规定的“对未到期的债务提前清偿”事实上是无偿放弃期限利益，仅在此范围内属于诈害行为，属于破产撤销权和债权人撤销权的对象；就债权人撤销权而言，应当认为对未到期的债务提前清偿属于《民法典》第538条中的“无偿处分财产权益”。如果债务人虽然对未到期债务提前进行了清偿，但该债务在破产受理前已到期，即使之前未提前清偿，但到期后也符合清偿的条件，此时就不属于《破产法》第31条第4项所规定的应予撤销情形；但债务的实际到期日是在破产申请受理前6个月内，那么按照《破产法》第31条第4项规定无法撤销的情形，也构成偏颇清偿，可按照《破产法》第32条予以撤销。《破产法规定二》第12条对此明确规定。

第四，偏颇清偿也有一些例外的“安全港”规则，此时的清偿不得撤销。《破产法规定二》第16条规定了：债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等，即债务人为维系正常生产经营和生活而作出的清偿；债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金，基于保障被清偿人生存的立法目的，也应包括债务人支付抚养费、赡养费和扶养费。除此之外，临界期内的偏颇清偿应予撤销的例外还可以包括：债务人缴纳社会保险费和税款；债务人与债权人临界期内订立双务合同并已履行完毕，例如即时清结的现金交易行为等；为保障持票人利益，债务人为汇票、支票等票据的清偿；依法采取终止净额结算的合格金融交易，此时仅可考虑按照协议进行净额结算后的净额；除为维系正常生产经营和生活而作出的清偿外，债务人基于其他常规交易行为而作出的清偿，这是为了避免债务人无法维持经营而整体破产，或者至少在进入破产程序时能有更好的财务状况，有利于实现债务人资产价值的最大化，进而有利于债权人整体。另外，由于偏颇清偿行为往往是实践中的正常交易，此时，可以适当考虑相对人的善意，避免过分妨碍交易安全。

（二）提供担保

最有争议的是债务人提供担保的行为。《民法典》第539条规定“为他人的债务提供担保”可以成为债权人撤销权的对象，而《破产法》第31条规定“对没有财产担保的债务提供财产担保”可以成为破产撤销权的对象。其中，“对没有财产担保的债务提供担保”，首先，对比《民法典》第539条，强调的是对债务人自己的债务提供担保；其次，是“事后”为自己的本来无担保的既存债务设定财产担保，即主债务原来没有财产担保或者担保不足而事后提供或者追加财产担保。此种为自身没有财产担保的债务提供或追加担保的行为，虽然减少了债务人的责任

财产，但使被担保的债权从责任财产所保障的一般债权总额中剥离出来，并未导致责任财产总额发生变化，只是担保权人的债权取得了优先受偿性，影响了债权人之间受偿的平等，故该行为不属于诈害行为，而属于偏颇行为，不应成为债权人撤销权的对象，仅为破产撤销权所涉及。

《破产法规定二》第13条关于破产管理人不行使对诈害行为的破产撤销权时债权人可以行使撤销权的规定中，也将《破产法》第31条中的“对没有财产担保的债务提供财产担保”特别予以排除，这同样意味着该行为并非诈害行为，不属于债权人撤销权的对象。

在临界期内的此种偏颇行为中，应当注意的是：

1.如果被担保的债务并非既存债务，而是与财产担保同时成立，则不构成可撤销的偏颇行为。如果债务和财产担保同时成立，该交易给债务人带了新的价值或者新的利益，要鼓励人们在正常条件下与存在困难的债务人进行交易。据此，《民法典》第388条采取功能主义的担保观念从而使财产担保的概念扩大，此时，即使将所有权保留、融资租赁等认为是物保，但由于该担保与主债务同时成立，故不属于偏颇行为。《民法典》第416条所规定的购买价款担保也同样不属于偏颇行为。相对人同意放弃在旧设备上的担保权益来换取新设备上的担保权益，构成了同时交换新价值，同样不属于偏颇行为。债务人为自己提供纳税担保的，同样可认为不属于撤销范围。

2.提供或者追加担保的形式多样。例如，设立最高额物保将既存债务一并纳入担保范围，通过“借新还旧”将无担保的旧债务转变成有物保的新债务，都属于此种偏颇行为；迂回地通过与债权人有关联关系的第三人融资并设立物保，并归还已届清偿期的特定债权人债权（实质上的“借新还旧”），此时设立物保行为同样构成偏颇行为；债务人为担保人的未来追偿权追加财产担保或者反担保，看似不构成既存债务追加担保，但实质上将追偿的一般债权转换成有物保的债权，仍构成可撤销的偏颇行为。《担保制度解释》第52条第2款明确规定了债务人在破产临界期内对没有财产担保的债务设立抵押预告登记同样构成此种偏颇行为。

3.财产担保是否处于临界期内，应当以财产担保登记时间为准。采取登记生效主义的财产担保，未登记就没有担保，自然应当如此。采取登记对抗主义的财产担保，虽然担保合同生效后已经产生担保，但依据《担保制度解释》第54条第4项，此时未登记的担保权人不能主张对担保财产优先受偿，担保权人的地位并未提升，没有影响债权人平等受偿，因此，应当以担保登记而非设定担保的时间来判断该行为是否处于破产临界期内。这也有助于避免伪造担保合

同或者担保合同签订日以绕开破产撤销权的道德风险。相应的,《民法典合同编通则解释》第28条所规定的担保型以物抵债也可以同样处理,依据《民法典合同编通则解释》第28条第3款和《担保制度解释》第68条第1款、第2款,只有当事人完成财产权利变动公示,债权人对该财产享有优先受偿权,因此,同样应当以完成财产权利变动的公示时间判断该行为是否处于临界期内。但是,债务人订立合同时约定以自身财产作为债务担保,在一定的合理期限内设立担保权或者赋予担保对抗效力,即使担保权的设立或者担保权对抗效力的取得发生在临界期内,也不应属于为自身没有财产担保的债务提供财产担保的情形。

与此不同的是《民法典》第539条规定的“为他人的债务提供担保”。债务人为他人债务提供担保,无论担保的形式是物保还是保证,都可能会减少债务人的责任财产,尤其在被担保的主债务人丧失清偿能力的情形中,担保人对主债务人的追偿权是难以实现的债权,故能够作为诈害行为。根据同样的理由,加入他人债务也应作相同处理。《破产法》则对此种情形未明确规定,但是,从体系上看,如果在非破产语境中,为他人债务提供担保都能够成为债权人撤销权的对象,在破产语境中也无不可撤销的理由。换言之,《破产法》不应从民商法体系中完全剥离,就诈害行为而言,其会影响到债权人的债权实现,无论是否在破产语境中都是如此;如果在非破产语境中可以撤销,而在破产语境中不可以撤销,法体系内部就出现了断裂和矛盾,这也是破产法的原则之一是尊重非破产法权利的原因所在。因此,破产撤销权应当明确地将为他人债务提供担保作为诈害行为之一。

进一步的问题是,撤销为他人债务提供担保时是否应当考虑相对人的善恶意?对此可能的观点是从担保人的追偿权实现的可能程度,区分为他人债务提供担保是有偿行为还是无偿行为。但是,一方面,担保人的追偿权实现可能难以判断,并且判断还似乎应当以担保合同生效时而非担保人承担担保责任时为时点,这些无疑增加了审查困难。另一方面,追偿权的实现可能性,最多是判断担保人提供担保的行为对主债务人而言是否是无偿转移财产权益行为的考量因素,但是,为他人债务提供担保的真正重心是担保权人的利益,担保合同是担保权人和担保人之间的合同,追偿权是担保人依据法律所享有的对主债务人的权利,即使担保人无法实现追偿,这也仅是担保人应当承担的风险,无法据此判断担保权人和担保人之间的行为是否是无偿。事实上,与无偿处分财产权益行为相比,为他人债务提供担保的行为在商业上更为常见,也更可能具有交易合理性,故担保权人的利益就更有加以考虑的必要性。如果担保权人基于担保而

与主债务人签订了主合同、向主债务人实际履行了义务或者做出了展期等行为，则可以认为担保权人已经付出了对价，则担保权人的利益就有保护的必要性，此时担保行为对担保权人而言就应当是有偿行为，进而能够通过担保权人的善恶意而对担保权人的利益加以权衡。因此，《民法典》第 539 条将此种情形与其他有偿的诈害行为并列，进而考虑相对人的善恶意。

基于此，如果在破产程序中，将为他人提供担保（包括物保、人保，债务加入也同等处理）作为诈害行为，而为破产撤销权所涉及，则同样也应适当考虑担保权人的善恶意，以在债权人保护和担保权人利益之间有平衡的可能。否则，在担保人尚未破产而存在正常外观的情况下，要求担保权人突破外观而进行实质性的资信审查，这会过分增加担保交易的成本、降低交易效率和危害交易安全，毕竟担保权人预见担保人是否会在提供担保后的一定期限之后破产的成本非常高，这与主债务人自己提供担保的情形不同，主债权人对主债务人的状况应当更为了解。即使在大多数为他人债务提供担保的情形中，担保权人的恶意可能性很大，但仍然有担保权人为善意的可能性。据此，可以通过各种证据证明担保权人的恶意可能性，例如，债务人在临界期内为担保权人提供或者追加担保，或者为巨额债务提供担保等。在担保人和主债务人存在关联关系的情形，例如集团内担保，公司为集团内的其他公司的债务提供担保，集团本身可能因贷款获得发展，是否应当考虑以及如何考虑此种间接对价，素有争议，但是，如果有证据证明主债务人已经事实上破产，而担保权人此时的恶意可能性也较高，提供担保就可能会被认为是诈害行为而被撤销。从国外实践来看，为他人债务提供担保的行为被撤销，被扩展适用于杠杆收购情形中，此种收购的实质是管理层对外借款对目标公司股份进行买断，以目标公司的资产为借款债务提供担保，此时也被作为诈害行为，担保权人的恶意可能性同样较高，此时允许撤销，能够避免将目标公司的净资产转换为债务，以原有股东和新股东的受益而使得目标公司债权人受损，促使贷款人协助选择有良好收购前景的企业，使得公司并购更有效率。

（三）生效裁决

《破产法规定二》第 15 条规定，债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿，管理人不得请求撤销，除非债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益。该规定仅适用于针对偏颇清偿的破产撤销权，有利于维持生效裁决的既判力。但是，诉讼、仲裁、执行程序而完成的清偿仍然是清偿，仅是实现方式由当事人自愿调整为国家强制，但这并未改变行为的本质和背后的利益格局，似乎并不妨碍破产撤销权的行使；且由于恶意串通证明难度很高，有

可能增加债务人和个别债权人之间通过虚假诉讼逃债的道德风险。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第120条将该规定扩展适用于针对诈害行为的债权人撤销权和破产撤销权之中,由此就会产生对债权人的救济问题,而享有撤销权的债权人不是《民事诉讼法》第56条(现第59条)规定的有独立请求权以及无独立请求权的第三人,本无权提起第三人撤销之诉,但考虑到第三人撤销之诉的立法目的是为了为了保护受错误生效裁判损害的未参加原诉的第三人的合法权益,故例外允许本来享有债权人撤销权和破产撤销权的债权人提起第三人撤销之诉。据此,至少在债务人和相对人的权利义务通过生效裁判文书确定的情形中,债权人的救济只能通过第三人撤销之诉实现,而不能提起债权人撤销权和破产撤销权。

但是,在国外立法例和学说中,多认为债权人撤销权和破产撤销权不应因债务人法律上的行为已获得可执行的债务名义或已通过强制执行而被排除。从学理上而言,债权人并未参加到债务人和相对人之间的诉讼程序中,债务人和相对人之间的生效裁判缺少直接约束债权人的形式结构和实质理由,并未对撤销权本身作出终局确认和判定,而撤销权恰恰建立在肯定债务人和相对人之间的行为有效性的基础上,对后者进行确认或者判定的生效裁判不能排除和阻却债权人撤销权。从实践而言,对比第三人撤销之诉和撤销权,前者行使期限是较短的6个月,构成要件包括因不能归责于本人的事由未参加诉讼、有证据证明生效裁判内容错误,并且存在限制第三人撤销之诉胜诉的现实倾向,因此,仅通过第三人撤销之诉对债权人进行救济存在诸多不足。既然如此,对债权人而言,至少应当允许撤销权这种实体救济和第三人撤销之诉这种程序性救济不相互排斥,即使债务人的行为经诉讼、仲裁、执行程序确认,并不能当然排除债权人撤销权和破产撤销权。在债权人或者管理人通过行使撤销权撤销了债务人和相对人之间的行为后,债务人和相对人之间的执行依据虽然存在,但执行依据确认的实体权利已经消灭,此时,应当依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2020〕21号)第7条第2款,允许被执行人(债务人)提起执行异议,在债务人怠于提起执行异议时,债权人有权代位行使,请求法院剥夺债务人和相对人之间生效裁判的强制执行力。

三、权利行使的补充衔接

(一) 相互补充

无论是债权人撤销权还是破产撤销权,都是通过诉讼行使,这就必然涉及诉讼构造的问题。破产程序中,破产管理人承担集中行使之责,破产撤销权诉讼的原告是破产管理人。但在债权

人撤销权诉讼中，原告是特定债权人，就会产生多个债权人的诉讼行使问题。多个债权人当然可以就债务人的同一行为一起提起撤销权诉讼，此时他们为共同原告。如果其中一个债权人先行提起撤销权诉讼，并不会阻碍其他债权人就债务人的同一行为另行提起诉讼。《民法典合同编通则解释》第44条第2款规定法院此时可以合并审理，这有助于节省当事人和法院的诉讼成本，避免裁判的不一致。但是，如果其中一个债权人先行提起撤销权诉讼，其仅是因自己债权而行使撤销权，并非基于为全体债权人的目的而就全部债权行使权利，故并非其他债权人的法定诉讼担当人，因此，对债权人的撤销判决，最多对其他债权人有利扩张，否则，在一个债权人的撤销判决败诉时，其他债权人并未参与到诉讼中而承担不利益，有剥夺其他债权人程序权利之虞。

困难的问题在于诉讼的被告。根据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号，以下简称《合同法解释一》）第24条规定，债务人为被告，债权人未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。但对此有不同观点，认为应当区分情形，相对人在所涉行为是双方行为或者负有返还义务时能够作为被告。在很多比较立法例中，撤销权诉讼的被告是相对人而非债务人；实践中，债权人请求追回转移财产时，将债务人和相对人列为共同被告也很常见。对债务人而言，其是所撤销行为的行为人，也可能作为利益返还的受领主体，此时债务人作为被告是可以接受的，以保障其诉讼权和程序参与权。更为重要的是相对人。依据《破产法规定二》第9条规定，管理人提起破产撤销权诉讼的，有权请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返还债务人财产；据此在破产撤销权诉讼中，一般认为相对人得为被告，不列债务人为被告。在债权人撤销权中，即使债务人的行为是单方行为，但相对人仍为受益人，仍然是债务人和相对人之间的行为，裁判效力应当直接及于相对人，而不只是案件的处理结果与相对人有利害关系；将相对人作为无独立请求权第三人，依据《民事诉讼法》第59条第2款和《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》（法释〔2022〕11号，以下简称《民事诉讼法解释》）第82条，如果未判决相对人承担责任，其无权上诉，但判决效力及于相对人，并不妥当；如果承认撤销权诉讼产生相对人返还的法律效果，则相对人是直接的义务主体。在第三人撤销之诉中，根据《民事诉讼法解释》第296条，即将生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，债权人撤销权和第三人撤销之诉的背后法理是相通的，因此，将相对人作为被告更

为妥当。《民法典合同编通则解释》第44条第1款明确修正了原司法解释中的观点，不区分债务人行为为单方行为和双方行为，而将债务人和相对人作为共同被告，并根据《民事诉讼法》第22条第3款，由债务人或者其相对人的住所地人民法院管辖，无疑更为妥当。同时，该款规定的是债权人“应当”以债务人和相对人为共同被告，这似乎意味着此时是固有的必要共同诉讼；此时，如果债务人或者相对人之一没有参加诉讼的，法院应当依据《民事诉讼法》第135条通知其参加诉讼，当事人也可以依据《民事诉讼法解释》第73条申请法院追加。如果相对人破产，债权人可以向相对人的破产管理人主张债权人撤销权。

无论是债权人撤销权还是破产撤销权，《民法典》和《破产法》均未规定连续转让中的转得人问题。对此，有的观点认为构成法律漏洞，应予补充；有的观点认为不存在法律漏洞，善意取得规则能够使得转得人对抗债权人的返还请求。问题的关键是善意取得规则能否解决连续交易中的转得人问题。首先，善意取得规则的适用范围有限，对物权转让或者设立、股权转让等能够解决善意转得人保护问题，但对债权转让等情形，可能无法解决。其次，在善意转得人未依法取得权利公示的情形中，不符合善意取得的构成要件，无法通过善意取得得到保护。再次，即使符合善意取得的构成要件，实体法保护和实现该保护的程序机制也并不矛盾，即使在程序法上认为在诉讼系属前转移争议的民事权利义务时既判力发生扩张，但这仍然无法完全解决转得人是否符合善意取得要件的问题，而如果允许对转得人同时提起诉讼，则撤销权人可以针对转得人取得执行根据。为实现债权人保护和转得人利益之间的平衡，《民法典合同编通则解释》（征求意见稿）第46条曾规定了连续转让中的转得人规则，在符合债权人撤销权构成要件的前提下，转得人从相对人处无偿取得，或者通过不合理交易取得且转得人为恶意的形态中，债权人可以一并撤销相对人的行为（转得行为），此时能够请求转得人返还。但该条目前被删除。事实上，这种观点仍具有正当性。在破产撤销权中，也应当采取同样观点。此时，对于利益返还的请求（给付之诉）而言，相对人和转得人也同样可以作为共同被告，更可能构成类似的必要共同诉讼。债权人可以选择请求相对人予以价值返还，或者选择请求转得人原物返还；甚至同时请求相对人价值返还和转得人原物返还，在价值返还无法实现的情况下由转得人原物返还，此时构成主观的预备性诉的合并。当然，如果转得人通过继承等概括继受方式从相对人处取得，无论是债权人撤销权还是破产撤销权，都应当能够向该等转得人主张撤销。

另外,《民法典》第 541 条规定了债权人撤销权的行使期间,尤其是前句的一年期间,也应类推适用于破产撤销权,即破产撤销权的行使期间是管理人知道或者应当知道撤销事由之日起一年。关于行使的必要费用,《民法典》第 540 条规定由债务人负担,但原《合同法解释一》第 26 条还规定了有过错的相对人应当适当分担,《民法典合同编通则解释》对此也并未规定。但是,可以认为,相对人确有明知债务人行为损害债权等过错时,仍可依据《民法典》第 1165 条第 1 款向相对人主张承担适当费用。这同样也适用于破产撤销权。

(二) 行使衔接

债权人撤销权和破产撤销权在行使上还需要相互衔接。一旦债务人的破产程序开始,破产撤销权具有优先性,应当依据《破产法规定二》第 9 条由管理人统一行使撤销权,不允许债权人个别行使撤销权。如果债权人在破产程序开始前已经提起撤销权诉讼而尚未审结的,破产程序开始后,债权人撤销权诉讼应当中止审理;债务人破产宣告前,法院依法裁定驳回破产申请或者终结破产程序的,中止审理的债权人撤销权诉讼应当依法恢复审理;债务人破产宣告后,应当判决驳回债权人撤销权诉讼(参照《破产法规定二》第 21 条)。破产程序终结后一定期限内,发现债务人可撤销的行为时,依据《破产法》第 123 条第 1 款第 1 项,债权人可以请求法院按照破产财产分配方案进行追加分配。当然,债权人会议可以在破产程序终结前授权管理人行使破产撤销权。

依据《破产法规定二》第 13 条,如果管理人未行使破产撤销权,债权人可以行使债权人撤销权,请求撤销债务人的诈害行为并将追回财产归入债务人财产,且不受债权人债权范围的限制。此时,同样可以类推《民法典》第 541 条规定的一年行使期间,只是该行使期间不应当从债权人知道或者应当知道撤销事由之日起算,而应当从债权人知道或者应当知道管理人未行使撤销权之日起算。但是,尚未解决的问题是,债务人的行为可能符合债权人撤销权但不符合破产撤销权的构成要件,例如,债务人于临界期前实施了无偿转让财产的行为,但债权人在破产受理后才知道或者应当知道,此时不符合破产撤销权的构成要件,但并未超出《民法典》第 541 条规定的行使期间。此时,债权人撤销权的构成要件虽满足,但破产程序中个别债权人一般不能直接向债务人行使权利,同时《破产法规定二》第 13 条也无法适用,因为管理人根本不享有破产撤销权,当然谈不上“未依据企业破产法第三十一条的规定请求撤销”。如果认为债权人也不能行使撤销权,显然又会出现评价矛盾,为何债务人的同一行为通常会被撤销,而

在破产程序中就完全不可撤销？实践中的解决方案主要包括两种：一是由管理人代表债权人行使债权人撤销权；二是由债权人行使债权人撤销权。管理人在破产程序中代表债务人财产的整体利益，追回不当流失的债务人财产是管理人的职责，故应由管理人代表债权人行使债权人撤销权；管理人怠于代表债权人行使债权人撤销权的，可以类推适用《破产法规定二》第13条允许债权人自己提起撤销权诉讼。

四、结论

债权人撤销权和破产撤销权存有协调、区分、统合、衔接等多种关系，既要在可撤销行为和其他构成方面实现规则协调和功能区分，又要在诉讼规则方面考虑趋同，还要在行使方面相互衔接。简单而言，就是诈害行为的协调、偏颇行为的区分、诉讼构造的统合和行使上的衔接。具体而言，本文的主要结论如下：

第一，在诈害行为方面，基于两者价值目标的相同，需要诸多的规则协调，两者原则上应当保持一致。①就无偿行为而言，破产撤销权应设置“无偿处分财产权益”的兜底条款、扩充恶意延长债权的履行期限这种类型，破产撤销权和债权人撤销权都应设置撤销的例外规则。②就有偿行为而言，债权人撤销权和破产撤销权都应扩充至“不合理条件的交易”，在不合理价格和条件的具体认定上也尽量统一，以协调债权人利益保障和交易安全。③相对人的主观意图会影响债权人撤销权的构成，在证明上可通过债务人和相对人之间的内部关系推定相对人的恶意，这些对破产撤销权，尤其在临界期的确定上，也应具有一定影响。④在债权人撤销权中，破产原因可以作为认定“影响债权人的债权实现”这个要件的标准之一。

第二，在偏颇行为方面，基于民法和破产法在债务处理上的功能分工，偏颇行为是破产撤销权的对象而非债权人撤销权的对象。①广义上的个别清偿原则上是偏颇行为而非诈害行为，但在具体情形中仍要细致区分，且其中有些个别清偿行为也不能通过破产撤销权予以撤销。②为自身本来没有财产担保的既存债务事后提供财产担保，是偏颇行为而非诈害行为，是破产撤销权而非债权人撤销权的对象，该行为是否处于临界期内，应当以担保登记时间为准。③债务人为他人债务提供担保（包括保证和物保）或者加入他人债务，是诈害行为，破产撤销权应当明确地将为他人债务提供担保作为诈害行为之一；并且，该行为可能具有交易合理性，债权人撤销权已经考虑了担保权人的善恶意，破产撤销权同样也应对此适当考虑，以平衡债权人保护和担保权人利益，避免增加担保交易成本。④债权人撤销权和破产撤销权不应因债务人的行为

已获得可执行的债务名义或已通过强制执行而被排除,至少应当允许撤销权的实体救济和第三人撤销之诉的程序救济不相互排斥。

第三,债权人撤销权和破产撤销权的诉讼构造的协同和行使的衔接。①债权人撤销权和破产撤销权诉讼中,将相对人作为被告更为妥当。符合撤销权构成要件时,善意取得无法完全保护有偿且善意的转得人,且欠缺程序机制,无偿或者恶意的转得人同样应作为被告。②债权人撤销权和破产撤销权在行使上还需要相互衔接。债务人破产程序开始后,破产撤销权具有优先性,但如果管理人不行使、拒绝行使破产撤销权,或者债务人的行为可能符合债权人撤销权但不符合破产撤销权的构成要件,此时可以行使债权人撤销权。

来源: 清华法学微信公众号

网址: https://mp.weixin.qq.com/s/yOZq2liP7WIL_WrLhIzj5w

2、法学 | 高圣平：债务人破产时债权人保证债权的行使

高圣平 中国人民大学民商事法律科学研究中心

【内容摘要】 在债务人破产时，债权人既可以向破产管理人申报破产债权，也可以请求保证人履行保证债务，还可以在申报破产债权的同时或者之后请求保证人履行保证债务。为避免债权人同时向破产管理人和保证人主张权利所可能导致的超额受偿问题，在债权人因保证人的代偿行为获得全部清偿的情形下，保证人法定地承受债权人的地位，在债务人破产程序中行使权利。在债权人因保证人的代偿行为未获全部清偿的情形下，保证人同样在其代偿范围内承受债权人的地位，债务人的破产管理人原已确认的债权人的债权由债权人和保证人“准共有”，若保证人已经履行全部保证债务，则债权人与保证人在债务人破产程序中平等受偿；若保证人仅履行了部分保证债务，则债权人的剩余债权就同一债权的破产分配额优先于保证人而受偿。债权人无论采取何种方式主张保证债权，均受保证期间和保证债务诉讼时效的限制，关于债权人在“破产程序终结后6个月”内主张保证债权的规则即应不再适用。

【关键词】 债务人破产 禁止重复申报 申报恒定 保证期间 保证债务诉讼时效

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形，保证债权的实现条件成就。在非破产语境下，若保证人承担的是一般保证责任，债权人不得在就债务人责任财产强制执行之前单独起诉保证人，但可以同时起诉债务人与保证人；若保证人承担的是连带责任保证责任，债权人可以参酌具体情形，选择向债务人主张主债权和/或向保证人主张保证债权。在债务人破产的情形下，债权人向债务人主张主债权体现为向破产管理人申报破产债权。债权人可否同时请求保证人履行保证债务？若可以，应如何防止债权人超额受偿的问题？在债权人向保证人主张保证债权时该如何适用保证期间和保证债务诉讼时效？这些均为破产实践中的争议问题。在《民法典》实施之前，原《担保法》、原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称原《担保法解释》）、《企业破产法》以及最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称《破产审判会议纪要》）在原有的保证规则之下对这些问题作了部分规定。《民法典》大幅修改了此前的保证规则，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度解释》）囿于其调整范围的限制，

并未对上述问题作出全面回应。如此，基于原有保证规则所作的相关规定也就没有得到全面修改，增加了司法实践中的解释困难。本文不揣浅薄，拟就此一陈管见，以求教于同仁。

一、债务人破产时债权人行使保证债权的途径

在通常情况下，债务人破产并不影响债权人保证债权的行使。依据《民法典担保制度解释》第23条第1款，债务人破产之时，债权人可以在申报破产债权的同时或者之后请求保证人履行保证债务。在解释上，债权人此际就其债权的实现并不仅以同时主张两种权利为限，债权人尚可仅向破产管理人申报破产债权，还可仅请求保证人履行保证债务；债权人向保证人主张保证债权的方式也不仅以“向人民法院提起诉讼”为限，申请仲裁、直接向保证人主张权利等均无不可。

（一）债权人既申报破产债权，又向保证人主张保证债权

就债务人破产时债权人行使保证债权的途径而言，原《担保法解释》第44条第1款使用了“既可以……也可以……”的表述，但并未规定债权人可以同时申报破产债权和主张保证债权，因而在解释上存在“择一说”和“并行说”的争论：“择一说”认为债权人仅得选择两种方式之一而主张权利；“并行说”认为债权人可以同时主张两种权利。我国实定法上类似表述的解释论并不一致。例如，《民法典》第752条（原《合同法》第248条）中“可以……也可以……”的表述就被解释为出租人仅可在两种救济路径之间享有选择权，但不能同时主张，明显采取了“择一说”的观点；而《民法典》第688条第2款、第766条中“可以……也可以……”的表述却被解释为债权人在两种救济路径之间既可以择一主张，也可以同时主张，两者之间不构成非此即彼的关系，即采纳了“并行说”的观点。

原《担保法解释》第44条第1款的原意是采纳了“择一说”。在债务人破产时，债权人可以选择向破产管理人申报破产债权或者向保证人主张保证债权，但不得同时主张。其一，若债权人选择申报破产债权，在破产程序终结前，无法确定其自破产分配得以受偿的具体数额，也就无法同时就其未受清偿的部分向保证人主张权利，因此债权人此际“暂时无权向保证人主张权利”，否则“会出现同一债务双重受偿的结果”。原《担保法解释》第44条第2款的适用以债权人已经申报债权为前提，仅在此种情形下，债权人才能就其在破产程序中未受清偿的部分向保证人主张权利。因此，从该款的规定也可以反推出债权人不能同时向破产管理人申报破产债权和向保证人主张保证债权的结论。其二，若债权人选择向保证人主张保证债权而不申报破

产债权的，债权人应通知保证人，由保证人预先行使追偿权，向破产管理人申报破产债权。债权人既未申报破产债权，也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任（原《担保法解释》第45条）。如此，这一问题在原《担保法解释》所确立的规则体系内部得到了相对圆满的解释，并得到较多裁判的支持。

但是，“择一说”确实限制了债权人在债务人破产时的权利行使，大大延长了债权人向保证人主张权利的时间，增加了债权人权利实现的风险。其一，与非破产语境下债权人实现债权时的选择权相违背。就连带责任保证而言，在保证债权可得行使时，债权人可以请求债务人履行主债务，也可以请求保证人履行保证债务（《民法典》第688条）。在解释上，债权人还可以同时主张这两种权利。就一般保证而言，在债务人破产构成先诉抗辩权的阻却事由之下，一般保证人的地位已与连带责任保证人无异（容后详述）。“择一说”限制债权人的选择权并无正当理由。其二，《企业破产法》就此并未作出例外安排。《企业破产法》第124条的规定并未将债权人向保证人主张权利限于破产程序终结之后，也未将债务人破产时保证债权的行使范围仅限于“依照破产清算程序未受清偿的债权”，而是仅涉及“在破产程序终结后”主张保证债权这一种情形，并不涉及债权人选择向保证人主张保证债权的情形，也不至于债权人同时申报债权和主张保证债权的情形。由此可见，《企业破产法》第124条并不能作为采行“择一说”的规范基础。

在原《担保法解释》实施之后，司法实践开始反思“择一说”的弊端。《最高人民法院对〈关于担保期间债权人向保证人主张权利的方式及程序问题的请示〉的答复》（〔2002〕民二他字第32号）在一定程度上认可了“并行说”的观点，即允许债权人在申报破产债权的同时或者之后诉请保证人履行保证债务，但“径行判决”仅限于保证人于破产程序终结后对债权人未受清偿的部分承担连带清偿责任，不可判决由保证人直接承担保证责任。由此可见，无论是“中止诉讼”还是“径行判决”，均须首先确定债权人在破产程序中的受偿数额，从而将保证人的责任界定为补充责任。破产程序复杂而冗长，这一答复意见不仅增加了债权实现的风险，而且使债权人蒙受了该期间停止计息的额外损失。因此，上述答复的意义仅在于赋予债权人起诉保证人的权利，并未在实体层面彻底解决债权人的权利实现难题，仍然会出现保证债权得不到及时充分实现的问题。

《民法典担保制度解释》第23条第1款已经改变了〔2002〕民二他字第32号的司法态度。

债权人自可在向破产管理人申报破产债权之时或者之后向保证人主张保证债权。依据《企业破产法》第46条第1款的规定，在债务人破产时，未到的主债权即应视为到期，保证人原本基于从属性可得主张的债务人的期限利益随即丧失，债权人自可向保证人主张保证债权。此外，《民法典担保制度解释》第23条第1款采用了“人民法院依法予以支持”的表述，即意味着人民法院不仅应受理担保纠纷诉讼，还应就债权人的主张予以实体审理并作出相应判决，而不应驳回起诉或者裁定中止诉讼。因此，《民法典担保制度解释》实际上采纳了“并行说”。在“并行说”之下，债权人既可以从债务人破产程序中受偿，又可自保证人处受偿，债务人破产不影响债权人保证债权的行使，但也不能使债权人额外获益。如此，债权人分别自债务人和保证人所获清偿不能超出其债权总额。由此可见，在债务人破产时所欲规制的是债权人超额受偿，而非重复受偿（双重受偿）。若债权人自债务人和保证人的重复受偿之和并未超过其债权额，自应允许。至于其中可能出现的债权人超额受偿的风险，尚须借助于其他制度予以解决，容后详述。

（二）债权人申报破产债权，在破产程序终结后向保证人主张保证债权

依据《企业破产法》第124条的规定，债务人因破产而免责，但免责的效力并不及于保证人，保证人对债权人在债务人破产程序中未受清偿的部分仍应“依法”承担保证责任。尚存疑问的是，债权人在破产程序终结后向保证人主张保证债权是否受到期限限制。就此，原《担保法解释》第44条第2款规定，债权人应当“在破产程序终结后六个月内”请求保证人履行保证债务；《破产审判会议纪要》第31条延续了这一规定。之所以规定为6个月，是因为保证期间被推定为6个月。只不过，在正常情形下推定为主债务履行期限届满之日起6个月，在债务人破产时改为破产程序终结后的6个月。

在“择一说”之下，债权人申报债权后即无法在破产程序终结之前向保证人主张权利。保证期间在破产程序开始时尚未过而在破产程序中经过的，“考虑到债权人在债务人破产期间不便对保证人行使权利，债权人可以在债务人破产终结后6个月内要求保证人承担保证责任”。也就是说，“该6个月具有延长保证期间的作用”，“保证期间一直持续至破产程序终结之日起6个月”。

关于“破产程序终结后6个月”的法律意义，学说和裁判存在不同的认识。第一种观点认为，“6个月”是债权人向保证人主张权利的宽限期，不能发生取代保证期间的效果，实质上

具有延长保证期间的作用，在性质上仍然属于保证期间。在债务人破产程序终结后，保证人的保证期间尚未届满的，债权人应当在保证期间内向保证人主张权利，不适用该“6个月”期间的规定。在债务人破产时保证期间尚未届满，而在债务人破产过程中保证期间届满的，债权人在债务人破产程序终结后仍然享有6个月的保证期间，若债权人超过该期限主张权利，人民法院不予支持。第二种观点认为，“6个月”并非保证期间，而是保证人在保证期间经过之后仍须履行保证债务的特殊规定。除了适用于保证期间在破产程序开始时尚未经过而在破产程序中经过的情形之外，还应适用于债务人破产程序开始之前债权人已请求保证人履行保证债务，保证期间失效、保证债务诉讼时效开始计算，诉讼时效期间内债务人破产等情形。在程序法意义上，“6个月”期间届至之前应属《民事诉讼法》第127条第6项规定的“在一定期限内不得起诉的案件”的情形。若在该期限内起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

这种基于“择一说”的规则设计和学说发展带来了难以化解的解释冲突。本来具有保护保证人功能的保证期间制度，在债务人破产时却失去了保护保证人的功能，造成了破产与非破产语境下的不同处遇，而这一不同处遇并无上位法的支撑。保证期间制度的规范目的即在于敦促债权人及时行使权利，降低保证人的代偿风险。在债务人破产程序中，债权人不积极行使权利而导致保证期间经过，债权人的保证债权即告消灭，但原《担保法解释》第44条第2款却规定债权人在破产程序终结后仍可恢复行使本已消灭的保证债权，此与保证期间属于不变期间，不因任何事由（包括债务人破产）发生中止、中断、延长的既有政策选择相冲突，不利于债权人与保证人之间的利益平衡。即使保证人不因债务人的破产而免责，也只是保证人不享有额外利益，但这并不意味着保证人责任的扩大，其承担保证责任的范围和强度在债务人破产的情形下仍然不得大于原来约定的范围和强度，否则即违背了保证人在保证合同订立时的合理期待。担保制度的功能在于增强债权的效力，提高债权获偿的可能性，其真正发挥作用即在债务人破产时。若债务人具有足够的清偿能力，担保制度的社会功能也就仅在于促成资金高效率运用。由此可见，除非法律另有特别规定，在债务人破产时，民法典担保制度当然具有普遍适用的价值。

正是基于此，《民法典担保制度解释》第23条在采行“并行说”的同时，删去了原《担保法解释》第44条第2款的前述规定。在原《担保法解释》已被废止的情形下，其第44条第2款的内容因“已被《民法典担保制度解释》第23条吸收并修改”而不在司法实践中沿袭适用。

基于该款的《破产审判会议纪要》第 31 条第二句亦应停止适用。前述《企业破产法》第 124 条规定中的“依法”当然包括保证期间和保证债务诉讼时效等相关规则的适用。由此可见，在债务人破产的情形下，保证人仍受保证期间和保证债务诉讼时效制度的保护，因此并无再设定其他期间予以保护的必要。在《民法典担保制度解释》第 23 条未就债务人破产时保证期间制度的适用作出特别安排的背景下，债权人在债务人破产程序终结之后向保证人主张保证债权，自应适用保证期间和保证债务诉讼时效的一般规则。

（三）债权人不申报破产债权，仅向保证人主张保证债权

在保证方式为连带责任保证的情形下，《民法典》第 688 条第 2 款的规定即表明保证人对债务人而言并无顺序利益，债权人在此享有充分的程序选择权。在“并行说”之下，债权人自可不申报债权而仅向保证人主张保证债权。

在保证方式为一般保证的情形下，保证人享有先诉抗辩权。在解释上，尽管债务人破产即意味着对其破产财产的概括执行，但人民法院受理债务人破产案件即产生中止执行程序的后果，此际，债权人不能再通过强制执行程序向债务人主张个别清偿，债务人显然已经陷于履行不能的状态，若仍然允许保证人援引先诉抗辩权，将徒增债权人行使权利的成本费用。基于此，《民法典》第 687 条第 2 款规定，人民法院受理债务人破产案件，即构成先诉抗辩权的典型阻却事由。但关于债权人如何向一般保证人主张权利尚存争议。

第一种观点认为，债权人只有在保证期间失效之后，才谈得上是否阻却先诉抗辩权的问题，而债权人尚须依法行使权利才能使保证期间失效。如此，在债务人破产时，债权人虽然在程序上不能对债务人提起诉讼或者申请仲裁，但仍须通过向破产管理人依法申报破产债权而使保证期间失效，转而才能向保证人主张权利。这就意味着在一般保证的情形下，债权人若未向破产管理人申报破产债权，则无法向保证人主张权利。

第二种观点认为，在债务人破产时，阻却先诉抗辩权的行使仅在于程序上的意义，亦即债权人可以直接向保证人主张保证债权，但并不影响保证人实体上责任的承担。丧失先诉抗辩权的一般保证人仍仅承担补充责任，亦即保证人承担的责任仍应扣减债权人自债务人破产分配中已获清偿的部分。这就意味着在一般保证的情形下，债权人虽然无须向破产管理人申报破产债权而直接向保证人主张权利，但保证人具体承担保证责任尚须以债权人已在债务人破产程序中受领破产分配给付为前提。

第三种观点认为，在先诉抗辩权被特定事由阻却时，债权人自可直接向保证人主张保证债权。在债务人破产的情况下，一般保证即转化为连带责任保证，此时依据《民法典》第688条之规定，自应允许债权人直接请求保证人承担保证责任，保证人此时丧失顺序利益，应债权人的请求即应承担全部的保证责任。准此以解，在债务人破产时，保证人丧失实体和程序意义上的顺序利益，债权人无须向破产管理人申报破产债权即可直接请求保证人履行保证债务。

本文赞成上述第三种观点，理由如下。其一，债务人破产构成先诉抗辩权的阻却事由，即意味着在债权人向一般保证人主张保证债权时，保证人不得以先诉抗辩权对抗债权人，一般保证人于此际的法律地位已与连带责任保证人相同。这也就意味着债权人无须向破产管理人申报破产债权即可向保证人主张保证债权。第一种观点即不可采。其二，赋予保证人顺序利益是先诉抗辩权制度的本旨，即保证人与债务人履行债务有顺序之分，保证人履行债务即具有补充性，仅就债务人不能履行的部分承担责任。由此可见，先诉抗辩权兼具实体和程序的双重意义。阻却先诉抗辩权的行使即意味着保证人丧失顺序利益，亦即在债权人主张保证债权时，保证人不得主张仅承担补充责任。故第二种观点亦不足采。

值得注意的是，在债务人破产程序开始之前，债权人已在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间虽已失效，但一般保证人仍受先诉抗辩权的保护，在先诉抗辩权消灭之前，一般保证人均可据此对抗债权人的权利主张。一旦债务人破产程序开始，一般保证人即丧失先诉抗辩权。此际，债权人无须等待破产程序结束即可请求保证人履行保证债务。如此看来，在一般保证的情形下，无论债权人在债务人破产之前是否依法对债务人行使了权利，一旦人民法院裁定受理债务人破产案件，债权人自可不向破产管理人申报破产债权，而仅向保证人主张保证债权。第三种观点也就一以贯之地适用于一般保证的情形。

二、债务人破产时避免债权人超额受偿的程序保障

在非破产语境下，债权人同时就对债务人和对连带责任保证人的胜诉给付裁判，在同一执行程序中的执行目的均在于使债权人的债权获偿，具有同一性，不会出现债权人分别自债务人和保证人之处受偿的总和超过债权总额的问题。在债务人破产时，债务人破产程序和就保证人的个别执行程序是两个各自分离的程序，若债权人仅择一向破产管理人申报破产债权或者向保证人主张保证债权，也不会出现超额受偿的问题，但若债权人同时主张两种权利，即可能出现债权人在破产程序中的受偿额加上自保证人的受偿额超过债权人债权总额的问题。在《民法典

担保制度解释》第23条第1款采行“并行说”的情形下，该条第2款、第3款区分债权人是否先自保证人受偿还是先在债务人破产程序中受偿，就破产程序与保证责任的衔接进行了规定。这两款规定着力避免的不是债权人双重受偿，而是债权人超额受偿，所秉持的仍然是债的担保制度的本旨，即仅为确保债权的实现，而非使债权人额外获益。

就债权人先在债务人破产程序中受偿的情形，《民法典担保制度解释》第23条第3款、《企业破产法》第92、101、124条均规定，担保人仍须对债权人未获清偿的部分继续承担担保责任。由此可见，尽管担保人尚须就债权人未受清偿的债权承担担保责任，但不会出现债权人超额受偿的问题。就债权人的超额请求，担保人自可主张本属于债务人的抗辩——主债务已经部分消灭。债权人就其在债务人破产程序中未受清偿的部分请求保证人承担清偿责任的，自应受到保证期间和保证债务诉讼时效的限制，已如前述。下文主要就债权人先自保证人受偿时避免债权人超额受偿的程序保障问题展开论述。

基于债权人的权利主张，若保证人承担了保证责任，可能出现的情形包括以下三种：其一，债权人因保证人承担全部或者部分保证责任而受全部清偿；其二，债权人因保证人承担部分保证责任而受部分清偿；其三，虽然保证人承担了全部保证责任，但债权人仅受部分清偿[保证人依约定仅提供有限保证责任（如最高额保证）和部分保证责任（如仅担保原本债权而不担保从债权）]。在不同案型下，债权人、保证人的处遇并不一样，但其解释基础应是相同的。

（一）保证人承担保证责任使债权得以足额清偿的情形

在债权人已向破产管理人申报全部破产债权的情形下，保证人不得申报其追偿权（《企业破产法》第51条第2款），否则将导致同一债权两次申报的结果。禁止重复申报原则表明，债务人的破产财产不应用以清偿就同一债务多重申报的债权，否则将扭曲平等的破产分配原则。在债权人已自保证人获得足额清偿的情形下，其虽然事先申报了破产债权，但该破产债权已因保证人的代偿行为而消灭。此时，根据《破产审判会议纪要》第31条前句，保证人不能再申报其追偿权，只能请求债务人向其转付债权人在债务人破产程序中应予分配的部分。其解释基础仍然是沿着保证人追偿权的进路。

《民法典担保制度解释》第23条第2款前句规定，保证人代偿之后自可“代替债权人在破产程序中受偿”。此处的“代替”是对保证人清偿承受权的经典表述，保证人代偿后承受债权人在破产程序中的地位，可在债权人申报债权的范围内直接获得清偿，不必另行申报。此处

的解释基础是《民法典》第700条所规定的保证人清偿承受权，而非该条规定的保证人追偿权。基于《民法典》第700条，保证人在承担保证责任后享有债权人对债务人的权利。在解释上，承担了保证责任的保证人法定地承受债权人地位，对债务人享有权利。这也就意味着即使保证人承担了保证责任，破产债权债务仅在债权人与破产管理人两者之间相对地消灭，但仍然存续于保证人与破产管理人之间。如此，保证人“可以代替债权人在破产程序中受偿”。

此时的程序供给自然也就不仅限于《破产审判会议纪要》第31条前句指出的“转付”方式。已受足额清偿的债权人已经不是破产程序中的利益相关者，其是否有动力充分行使本已由保证人承受的权利尚值怀疑。此时直接令保证人取代债权人，行使在破产程序中的权利，如知情权、参与权、表决权，实为上选。就债务人的破产管理人而言，在保证人因代偿而承受债权人权利的情形下，因保证人承受的债权与债权人的债权具有同一性，债务人的破产管理人也就无须对债权进行重复审查和确认。

（二）保证人承担保证责任仅使债权得以部分清偿的情形

依据《民法典担保制度解释》第23条第2款，在债权人仅自保证人获得部分清偿的情形下，保证人虽因其代偿行为而取得对债务人的追偿权，但依据《民法典》第700条，该追偿权不得损害债权人的利益，如此，保证人的追偿权劣后于债权人的剩余债权而受偿，保证人则不得就代偿部分代替债权人在破产程序中受偿，但有权请求债权人就超出部分在其承担保证责任的范围内予以返还。在程序法上，申报恒定原则要求债权人在申报债权之后即使自其他债务人获得了清偿，也无须对原申报数额进行调整。

在我国法此前不承认保证人清偿承受权的情形下，这一解释路径在一定程度上解决了债权人超额受偿问题，但无法解释其中的基本法理。例如，既然债权人已受部分清偿，就表明该部分破产债权已在该债权人与破产管理人之间相对地消灭，缘何破产管理人不能降低该债权人的破产债权数额，仍然以其申报并经确认的原破产债权为基础而清偿？此时承担了保证责任的保证人不能参与破产程序，仅能请求债权人返还超额受偿部分，其请求权基础何在？已经承担全部保证责任但仅使债权部分清偿的保证人，在债务人破产前后处遇不同的正当性何在？

保证人的追偿权是因其代偿行为而新生的权利，在债权人已经申报全部破产债权的情形下，基于债权人的债权与保证人的追偿权（债权）的同一性，保证人已经无从再申报其追偿权。与此相反，保证人的清偿承受权仅为法定地承受债权人的权利，这一权利并非新生的权利，已

经代偿的保证人也就可以在破产程序中承受破产债权人的地位。在《民法典》第700条所确立的清算承受法理之下，规制债权人超额受偿的目标更容易达致，且能同时保护保证人的利益。在债权人已经申报全部破产债权的情形下，保证人的代偿行为，无论是承担全部保证责任还是承担部分保证责任，若仅使得债权人的破产债权得到部分清偿，保证人同样承受债权人的法律地位，只不过是在其承担保证责任的范围之内。此时，债权人原已申报的破产债权由债权人和保证人共同享有（“准共有”）。就债务人的破产管理人而言，仍然将该破产债权作为整体予以确认和清偿，而无须对整体债权额进行重新确认和调整。如此处理并不违背申报恒定原则。至于《民法典》第700条所称“不得损害债权人的利益”，仅仅表明在该破产债权作为整体而获得破产清偿之后，在“准共有”关系内部优先清偿债权人的剩余债权。但即便如此，也不表明承担了保证责任的保证人不得承受债权人的地位，不得参与债务人破产程序。此时，保证人承受的债权，以破产分配款超过债权人剩余债权的部分获得清偿，是基于其破产债权“准共有人”的地位，而非请求债权人返还清偿总额中超出债权的部分。至于该“准共有”的破产债权在破产程序中的行使，则类推适用《民法典》的共有规则。准此以观，在债权人仅自保证人获得部分清偿的情形下，破产债权的行使和受偿问题即可得到妥适的解决方案。

这一解释方案以保证人的清偿承受权为基础，旨在于债务人破产程序中一次性地解决承担了保证责任的保证人的权利保护问题，并不违背禁止重复申报原则和申报恒定原则。在债务人破产程序中，保证人承担保证责任未使债权人足额受偿的，仅在其承担担保责任的范围内承受债权人的权利，并无意调整债权人原已申报的债权，也就并未增加债务人的破产管理人的负担。至于债权人和保证人等“准共有人”之间的内部分配关系，则非债务人的破产管理人这一外部人的职责范围。即使认为债务人的破产管理人尚须确认同一破产债权内部债权人与保证人之间的分配比例或者分配数额，债务人的破产管理人也仅须基于保证人代偿以及是否承担了全部保证责任的简单事实加以确认，尚未过分增加债务人的破产管理人的负担。

《民法典担保制度解释》第23条第2款后句以保证人追偿权作为解释基础，保证人不得作为破产债权人参与债务人破产程序，而仅能在破产程序终结之后请求债权人返还其受偿总额中超出债权的部分。这一处理模式并不利于保护保证人的权利。一则，一旦债权人受领破产分配给付，即成为债权人的责任财产，构成其清偿所有债权的财产基础，而保证人此际仅为该债权人的债权人之一，该债权人是否有能力返还其受偿总额中超出债权的部分存在不确定性。例

如，债权人的债权总额为 100 万元，保证人已经代偿 50 万元，破产分配中债权人受偿 70 万元。债权人在受领该给付之后，将其所有流动资金给付其债权人以清偿债务，其中包括这 70 万元。此际，保证人的给付请求即有可能不获满足（设该债权人的所有固定资产均为他人设立了担保物权）。二则，虽然保证人可以“待债权人超额受偿的结果出现，要求债权人返还额外的受偿金额”，但是这仅保护了保证人的“受偿利益”，却忽视了保证人作为破产债权人的程序利益，已经承担了保证责任的保证人作为债权人依据《企业破产法》的规定享有一系列的程序性权利，诸如参加债权人会议、行使表决权等。

尚存争议的问题是，在保证人仅承担有限保证责任（例如最高额保证）和部分保证责任（例如仅担保原本债权而不担保从债权）的情形之下，是否以及如何适用《民法典》第 700 条所称“不得损害债权人的利益”。《民法典》第 700 条所规定的“不得损害债权人的利益”是《民法典担保制度解释》第 23 条第 2 款的解释前提，在保证人仅承担有限保证责任或者部分保证责任的情形之下，承担了全部保证责任的保证人的追偿权据此将劣后于债权人的剩余债权而受偿。但这一解释结论有违立法本意。在债权人未获足额清偿的情形之下，尽管承担了部分担保责任的保证人亦取得对债务人的追偿权，但该保证人追偿权的行使“不得损害债权人的利益”，如此，保证人的追偿权将劣后于债权人的剩余债权而受偿。其法理基础在于，保证人就债权人的剩余债权仍应承担保证责任，保证人行使追偿权所取得的款项仍应向债权人清偿，以履行剩余的保证债务。正是基于此，才破除债权平等受偿的基本原则，令债权人的剩余债权优先受偿。但本文认为，在保证人仅承担有限保证责任或者部分保证责任的情形之下，保证人已经承担了全部的保证责任，对于债权人剩余债权的清偿并不再承担保证责任，此时应回复债权平等受偿原则，使保证人的追偿权与债权人的剩余债权平等受偿。如此，《民法典》第 700 条和《民法典担保制度解释》第 23 条第 2 款的适用应予限缩，仅限于保证人提供无限保证的情形。

设债权人甲对债务人乙有 100 万元债权，保证人丙提供 50 万元的限额担保。若甲既申报破产债权，同时又向丙主张保证债权，在乙的破产程序中受偿 30 万元，丙承担了 50 万元的全部保证责任。依据《民法典担保制度解释》第 23 条，甲获偿 80 万元（50 万元+30 万元），承受 20 万元的损失，丙承受 50 万元的损失。如采纳本文的观点，甲申报的 100 万破产债权由甲和丙“准共有”（各占 50 万元），破产分配的 30 万元亦由甲和丙“准共有”且按债权比例平等受偿，各分得 15 万元。如此，最终不能从乙获偿的风险，甲承受 35 万元，丙承受 35 万元。

如此，不加区分地适用《民法典担保制度解释》第23条，债权人的不同权利主张将导致不同的受偿结果，且将不当地损及保证人追偿利益。因此，即使债权人未受足额清偿，此时保证人的追偿权与债权人的剩余债权平等。保证人追偿权的范围也就并不限于“债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分”，而应与债权人的剩余债权平等受偿。

三、债务人破产时债权人行使保证债权的时间限制

在债务人破产的情形下，债权人无论采取前述何种方式主张保证债权，均涉及时间限制的问题。在我国实定法采行保证期间强制适用主义的背景下，任何保证债务均有保证期间的适用。若债权人没有在保证期间内依法行使权利，则保证期间经过，保证债务消灭，自无保证债务诉讼时效适用的空间；若债权人在保证期间内依法行使了权利，则保证期间失效，保证债权是否可得实现，则受保证债务诉讼时效的限制，只不过保证债务诉讼时效的起算因保证方式的不同而存在差异。在我国实定法未对破产情形下的保证期间作出特殊规定的情况下，债权人在债务人破产时向保证人主张保证债权，同样应当受到保证期间和保证债务诉讼时效的约束。由此可见，无论债权人在何时向保证人主张保证债权，均有保证期间的适用；在保证期间失效的情形下，还存在保证债务诉讼时效的适用空间。

（一）债务人破产程序开始时保证期间已经开始计算的情形

在债务人破产程序开始时，保证期间已经经过且债权人未依法实施特定行为的，保证债务消灭，保证人无须再承担保证责任，人民法院受理债务人破产案件的事实，并不产生恢复已经消灭的保证债权的请求力和执行力的效果。在债务人破产程序开始时，保证期间已经开始计算且并未经过的，由于保证期间为不变期间，不发生中止、中断和延长（《民法典》第692条第1款），人民法院受理债务人破产案件的事实也就不影响已经开始计算的保证期间的继续计算。由此可见，我国《民法典》就连带责任保证和丧失先诉抗辩权的一般保证的保证期间计算之规定，并不与主债权债务关系的实际履行相勾连，债务人破产并不导致保证期间中断计算，但对于保证债务诉讼时效的进行可能会发生影响。以下区分连带责任保证与一般保证分别讨论。

1. 连带责任保证的情形

就连带责任保证而言，债权人在债务人破产程序开始之前已在保证期间内向保证人主张保证债权的，保证期间失效，保证债务诉讼时效开始计算（《民法典》第694条第2款）。由于我

国实定法采行主债务诉讼时效和保证债务诉讼时效各自分别计算的方法，人民法院受理债务人破产案件仅发生主债务诉讼时效中断的效果，债权人申报债权也仅发生主债务诉讼时效中断的效果，两者对于保证债务诉讼时效的计算均不发生影响。无论破产程序是否终结，债权人若未在保证债务诉讼时效期间内向保证人主张保证债权的，保证人对于债权人的履行请求均可主张时效经过抗辩权。

若债权人在债务人破产程序开始之前并未向保证人主张权利，人民法院受理债务人破产案件的事实对于保证期间的继续计算并不发生影响。在破产程序开始后，债权人已在保证期间内向保证人主张保证债权的，保证期间失效，开始计算保证债务诉讼时效；债权人未在保证期间内向保证人主张保证债权的，保证期间经过，保证债务消灭。

2. 一般保证的情形

就一般保证而言，债权人在债务人破产程序开始之前已在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁（《民法典》第 693 条第 1 款），或者在保证期间内基于依法赋予强制执行效力的公证债权文书对债务人向人民法院申请强制执行（《民法典担保制度解释》第 27 条）的，保证期间失效。在非破产语境下，保证债务诉讼时效自保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起开始计算（《民法典》第 694 条第 1 款）。但“人民法院已经受理债务人破产案件”即意味着保证人拒绝承担保证责任的权利消灭（《民法典》第 687 条第 2 款第 2 项）。此际，人民法院受理债务人破产案件的事实对保证债务诉讼时效的计算发生影响，即保证债务诉讼时效自债权人知道或者应当知道人民法院裁定受理债务人破产案件之日开始计算，而无须等到破产程序终结之日。

基于破产申请主体的不同，在人民法院裁定受理债务人破产案件之日，债权人不一定知道或者应当知道人民法院已经裁定受理债务人破产案件，并进而知道或者应当知道其权利受到了侵害。《民法典担保制度解释》第 28 条第 2 款“债权人知道或者应当知道该情形之日”的规定仍然坚持了《民法典》第 188 条所确立的主观起算标准。具体起算的情形包括以下三种。其一，债权人提出破产申请的，人民法院受理破产申请的裁定送达该债权人时，该债权人即“知道或者应当知道该情形”。其二，已经收到人民法院关于受理破产申请通知的债权人，即“知道或者应当知道该情形”，包括债务人提出破产申请情形下的已知债权人，以及债权人提出破产申请情形下的其他已知债权人。其三，未收到裁定或者通知的债权人，自其知道或者应当知道受

理破产申请的公告或者“人民法院已经受理债务人破产案件”的其他事实，即“知道或者应当知道该情形”。

若债权人在债务人破产程序开始之前未依法实施特定的行为，人民法院受理债务人破产案件的事实对于保证期间的继续计算并不发生影响，但使得一般保证转变为连带责任保证。债权人未在保证期间内向保证人主张保证债权的，保证期间经过，保证债务消灭；债权人已在保证期间内向保证人主张保证债权的，保证期间失效。此时，保证债务诉讼时效的计算与连带责任保证相同。若债权人并不知道也不应当知道“人民法院已经受理债务人破产案件”的事实，并未及时调整其行权方式，而是在保证期间内向债务人提起诉讼或者申请仲裁，是否仍然可以产生保证期间失效的法律后果？此际，债权人系依据约定的保证方式在保证期间内行使权利，“既符合民法典之规定，亦符合当事人预期，应当对于债权人行为的效力予以认可”。亦即此时仍应认为保证期间已经失效，并依照《民法典担保制度解释》第28条第2款确定保证债务诉讼时效的起算点。

（二）债务人破产程序开始时保证期间尚未开始计算的情形

当事人约定的或者法定的保证期间始期尚未届至，债务人破产是否导致保证期间提前起算，不无疑问。在非破产语境下，保证期间的起算遵循以下规则。其一，保证期间的始期可由债权人和保证人约定；未约定者，推定为主债务履行期限届满之日（法定起算点）。其二，如约定的保证期间始期早于法定起算点，视其约定的终期是否晚于法定起算点而确定其效力：晚于法定起算点者，提早的保证期间始期约定没有法律意义，保证期间自法定起算点至约定的终期；早于法定起算点者，视为没有约定保证期间，保证期间自法定起算点起6个月。其三，如约定的保证期间始期晚于法定起算点，始期约定有效。无论上述何种情形，主债务履行期限届满之日对于保证期间的确定均具有十分重要的意义。由于债务人破产构成一般保证人先诉抗辩权的阻却事由，此时保证债务已丧失清偿顺序上的补充性，以下仅以连带责任保证为中心讨论保证期间与保证债务诉讼时效。

在债务人破产时，保证期间的始期尚未届至的，尚须结合债务人破产的事实首先确定主债务履行期限届满之日，再依据前述规则确定保证期间的起算点。依据《企业破产法》第46条第1款的规定，即使在债务人破产程序开始时主债务履行期限尚未届满，也视为届满。此时，保证债务是否随着主债务一起提前到期尚存解释上的疑问。

第一种观点认为，保证债务从属于主债务，在主债务因债务人破产而提前到期的情形下，依据《民法典》第688条第2款，债权人可以向破产管理人申报破产债权，也可以向保证人主张保证债权。基于此，保证期间即应自债务人破产之日起开始计算。

第二种观点则认为，债务人破产虽然可以基于《企业破产法》第46条的规定发生使主债务提前到期的效果，但保证人并不受该条的限制。债务人破产程序开始时主债务履行期限尚未届满的，保证人并无提前履行保证债务的义务，债权人须在主债务履行期限届满后方可向保证人主张权利。担保的从属性无法证成未到期保证债务因债务人破产而提前到期。由此所带来的保证期间的始期晚于法定起算点，并不违反担保的从属性原则。

此处涉及两个层面的问题：(1) 在债务人破产的情形下，债权人的保证债权可否行使；(2) 若可得行使，保证期间自何时起算。

就第一个问题而言，《民法典》第681条将保证债权的行使条件界定为“债务人不履行到期债务”以及“发生当事人约定的情形”。若债权人与保证人之间就债务人破产时债权人即可请求保证人履行保证债务作出了明确约定，保证债权在债务人破产时即可得行使，对此并无争议。解释上的疑问在于，债务人破产是否构成“债务人不履行到期债务”。依据《企业破产法》第2条，债务人“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”是破产原因。就债务人的到期债权人而言，债务人破产同时构成《民法典》第681条规定的“不履行到期债务”和《企业破产法》第2条规定的“不能清偿到期债务”即属当然之理。就债务人的未到期债权人而言，虽不构成《企业破产法》第2条规定的“不能清偿到期债务”，但债务人破产时视为到期，同样构成《民法典》第681条规定的“不履行到期债务”。如此，债务人破产的，“债务人不履行到期债务”这一保证债权的实现条件即已成就。

上述第二种观点所谓“债权人须在主债务履行期限届满后方可向保证人主张权利”，在债务人破产的情形下，该如何认定“主债务履行期限届满”？是依据原约定，还是依据法律的直接推定？在解释上，“主债务履行期限届满”自应包括因债务人破产等导致主债务履行期限提前届满的情形。《民法典》第681条允许当事人自行约定保证债权的实现条件，其中即包括债务人破产，此时即涉及保证人在原约定的主债务履行期限届满前履行保证债务的情形。若认为《民法典》第692条规定的“主债务履行期限”仅指当事人原约定的履行期限，当事人的上述约定即因违反《民法典》之规定而被认定无效，这一解释结论有悖立法原意。

就第二个问题而言，依据《民法典》第 692 条第 2 款的规定，当事人可以约定保证期间的始期晚于法定起算点，主债务履行期限届满也就并不意味着债权人必须立即行使保证债权。即使主债务履行期限届满，债权人在保证期间的始期届至之前向保证人主张保证债权的，保证人可以主张保证期间的始期尚未届至的抗辩。如此，《民法典》第 688 条第 2 款虽然规定在保证债权实现条件成就时债权人即可请求保证人履行保证债务，但其应限缩适用于保证期间自法定起算点起算的情形。若当事人约定的保证期间始期尚未届至，即使保证债权实现条件成就，债权人亦不得对保证人主张保证债权。

准此以解，因债务人破产而导致主债务提前到期时，确定保证期间的始期存在两种情形。其一，当事人约定的保证期间始期晚于法定起算点的，即使主债务因债务人破产而提前到期，保证期间亦应自当事人约定的始期开始计算，而不是自债务人破产之日起开始计算。其二，当事人约定的保证期间始期为法定起算点，或者当事人没有约定保证期间的始期而推定保证期间自法定起算点起算的，债务人破产之日即为主债务履行期限届满之日（法定起算点），自此开始计算保证期间。至于当事人约定的保证期间始期早于法定起算点的，视为没有约定，依前述推定规则，保证期间自债务人破产之日起开始计算。

四、结语

《民法典》虽然大幅修改了担保规则，但囿于调整范围的限制，未就破产程序中担保权利的行使作出全面规定，由此出现了现有破产规则与《民法典》既有政策选择相冲突的问题。在法律未作特别规定的情形下，在债务人破产时债权人保证债权的行使适用《民法典》的一般规则，诸如债权人实现其债权时的选择权、保证期间和保证债务诉讼时效规则。破产程序作为总括强制执行程序，置重于所有破产债权的公平清偿，自有其特殊性。诸如，债务人破产构成阻却先诉抗辩权的法定事由，如此一般保证人的法律地位已与连带责任保证人相当。

至于债权人同时自债务人和保证人受偿时所可能出现的超额受偿问题，自可借助《民法典》增设的清偿承受规则加以解决。首先，在债务人破产程序中，保证人的代偿行为使债权人得以足额清偿的，由保证人承受债权人地位而参与债务人破产程序。其次，保证人的代偿行为未使债权人得以足额清偿的，同样由保证人在其代偿范围内承受债权人地位，债务人的破产管理人原已确认的债权由债权人和保证人“准共有”。其中，保证人承担了全部保证责任的，保证人基于清偿承受权所取得的债权与债权人的剩余债权的清偿顺位平等，由保证人与债权人按比例

分配该“准共有”债权在破产程序中的分配额。最后，保证人仅承担了部分保证责任的，保证人基于清偿承受权所取得的债权劣后于债权人的剩余债权，就该“准共有”债权在破产程序中的分配额在优先清偿债权人的剩余债权之后受偿。这一解释结论并不违反禁止重复申报原则和申报恒定原则。

来源：华政法学微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/XXZrtbAtsBcKg3anQFayrg>

3、论破产程序中所有权保留的法律效力

范志勇 北京交通大学法学院副教授

摘要：功能主义担保观下的所有权保留呈现出担保权利构造的特点。破产程序中的所有权保留买卖合同符合待履行合同的特点，破产管理人对此享有选择履行权。我国民事立法中保留所有权关系的买受人不享有具有物权效力的期待权，在出卖人破产时，买受人的期待利益不会阻碍破产管理人享有选择履行权。出卖人的保留所有权未经登记不得对抗买受人的普通破产债权人。登记保留所有权的出卖人，有权向买受人的破产管理人主张取回标的物，但应参照担保物权的实现程序，适用归属清算或者处分清算的规则，出卖人行权应承受破产法施加于担保物权的程序限制。出卖人的破产管理人对于标的物的取回权性质为民法取回权，其行使受到民事立法登记公示对抗力规则的约束。

关键词：所有权保留；对抗力；取回权；待履行合同；选择履行权

导论

伴随现代社会商事实践的蓬勃发展，概念法学框架下的形式担保观遭受重大挑战，我国民事立法借助制定《民法典》的契机，在比较、借鉴大陆法系民法传统，并总结、吸取我国担保司法实践经验、教训的基础上，融合了以美国《统一商法典》（Uniform Commercial Code，简称“U.C.C”）第9编为规范典型的实质担保观的立法理念，赋予所有权保留等所有权移转型的非典型担保以经由登记公示获得担保物权资格的合法性地位。在形式主义和功能主义相结合的我国《民法典》的担保立法态度之下，出卖人所保留的所有权经由登记可被功能化为担保物权，但也保留了所有权的部分元素，尤其表现在附加了归属清算与处分清算义务的取回权上。而以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《破产法解释二》）第34至第38条为代表的我国破产立法规定，未照应《民法典》对于所有权保留所设置的担保权利构造与登记公示规则的新变化，产生了破产法与民事立法在所有权保留领域中的规范抵牾问题，亟待对二者予以法理与规范的调适。笔者将立足破产程序的特别价值目标与规则体系，以破产管理人针对双方均未履行完毕的双务合同所行使的选择履行权制度为前提，结合《民法典》视阈下所有权保留的担保权利构造与法律性质的法理依据与规范

基础，系统探究破产程序中所有权保留的法律效力，以明晰我国破产立法规范的完善路径，维护我国法律规范的体系和谐。

一、《民法典》视阈下所有权保留的担保权利构造与法律效力

属于所有权移转型担保的所有权保留历来是一种重要的非典型担保类型，伴随着非典型担保的合法化进程而在我国《民法典》中实现了经由依法公示以获得担保物权法律地位的目标。在民事立法确立了所有权保留的法律地位之后，破产法应以此为基础解析其权利构造与法律性质，将其作为探究所有权保留在破产程序中的效力之规范前提。

（一）所有权的价值化与所有权移转型担保的合法化

近现代社会的商事实践获得了长远的发展，出现了所有权的价值化现象，使所有权作为实现当事人担保目的之工具成为可能，所有权移转型担保在被赋予了全新内涵后华丽回归。但所有权移转型担保于大陆法系国家，长期被视为非典型担保而为实定法所未涉及，其担保物权的地位游离于合法化之外。譬如，非典型担保，在日本民事法理中被称为“变相担保”，是对处于实定法规范之外的、由当事人约定所产生的、以特定物的价值保全债权的担保形态的统称。即便如此，源于交易实践的非典型担保方式，其作为物的担保形态往往为司法判例、法理学说所承认，譬如德国的所有权保留与让与担保。日本判例法上确立的权利移转型非典型担保的类型包括：回赎、再买卖约定；让与担保；临时登记担保；所有权保留等。在英美法系，尤其以盛行实用主义哲学的美国为代表，于其制定的《统一商法典》的担保权法律规范中充分彰显了功能主义思想，创立了体现实质担保观的担保权益规范，影响深远，得到了两大法系诸多国家民事立法的借鉴，我国也借助制定《民法典》的契机于形式主义担保物权框架下融入了实质担保观，从而在一定程度上实现了所有权移转型担保之担保物权地位的合法化目标。

非典型担保法律关系的担保目的、担保方式实则与典型担保物权制度相差无几，均以特定物的交换价值保障债权的实现，但前者的非法定地位带来了当事人进行权利的法定公示的困难，由此而难以产生担保物权的对世效力。因此，非典型担保的约定也只是自我赋予了潜在的担保物权。非典型担保行为的物权化必须经由合法化路径才能实现，以此满足物权法定原则的基本要求，突破其仅具债权之相对效力的桎梏。唯有非典型担保地位的合法化才能为其提供有效的公示方式，进而由公示的法律效力形成面向第三人的对抗力，非典型担保才得以转化为担保物权。而成为担保物权体系一员的非典型担保，将要受到物权立法施加于担保物权的相应规

制规定，譬如担保物范围的限制、针对担保物权实现的禁止流担保约定、公示与清偿顺位规则等等。

我国《民法典》第 388 条第 1 款规定担保合同包括抵押合同与质押合同之外的“其他具有担保功能的合同”，直接采用了功能主义这一实质担保观的核心标准来认定担保合同的范围，这就为所有权移转型的具有担保功能的协议被认定为担保合同奠定了基础。虽然该款规范被置于担保物权分编之中，但成立了担保合同，并不必然使得担保物权被设立，譬如以债权担保债权的保证合同，该款规范只是指出担保合同是意定担保物权设立的前提。同时，针对《民法典》第 388 条第 1 款，并结合第 641 条与第 745 条、第 414 条第 2 款，进行体系解释可以得出，考虑到维护交易安全与第三人的预期，担保物权的对抗效力只能基于有效的公示产生，实质担保观的功能主义必须通过传统大陆法系国家的债权与物权法理予以限缩，否则将会导致民事担保法律关系的漫无边际，混淆物权性质的担保与债权性质的担保之间的界限。如同债之抵销制度、违约金制度等，虽然蕴含担保功能，但其基本制度价值与作为债之保全制度的担保相悖，认可其担保的法律地位将会消解该类法律制度本身所具有的核心功能与制度价值，出现“本末倒置”的问题，也犯了以事物之内的偶素而非非常素界定其范畴的逻辑错误。而保证等人保类型，因无法启用登记等公示方式，不能完成对世的公示手续，其与担保物权的定性无缘。如所有权保留等所有权移转型的担保形态在传统物权法理中即被认定为担保，只是考虑到实定法暂未将其纳入，被统称为“非典型担保”，当突破了登记公示的障碍之后，其应当被赋予担保物权的法律地位。换言之，能够完成登记公示的以担保为目的的所有权移转型的担保合同可以具有担保物权的效力，其优先受偿力将在债务人破产程序中得到尊重与维持，作为所有权移转型担保重要一员的所有权保留亦应作此对待。由此，在担保物权领域融合形式主义与功能主义立法理念的《民法典》，正式建构了针对“非典型担保”的具有中国特色的“自主知识体系”。

（二）形式主义与功能主义结合下所有权保留的效力

依据《民法典》第 641 条的规定，自买卖合同签订之日起，至买受人依约履行支付价款或者其他义务之前，所有权保留买卖合同中所涉标的物的所有权在此期间未因买卖交易关系发生变更，出卖人仍为标的物的形式意义上的所有权人，我国《民法典》第 642 条所确立的即此出卖人享有的民法取回权。民法取回权是标的物之所有权人享有的回复占有的物权请求权的具体权能之一，为物权请求权的形式主义效力使然。与典型担保物权在他人之物上为保障债权的实

现而设定担保不同，所有权保留是在自己之物上为自己债权的实现所提供的担保。我国《民法典》在功能主义立法模式下的相关规定采纳了所有权保留权利构造之担保物权说。据此，《民法典》第 642 条的适用有着前提条件，即未发生善意第三人的请求权与之对抗的情形，这与动产抵押权的权利对抗规则保持了一致。否则，未登记的保留所有权因对抗善意第三人的效力之缺失，出卖人不得主张民法取回权；已登记的保留所有权在遭遇善意第三人的情况下，因功能主义担保观影响下相关规范的设置，出卖人得以主张的权利性质也将发生转变，由民法取回权转变为类担保物权，出卖人可参照担保物权人就担保物优先受偿的规则行权。换言之，之所以承认出卖人的民法取回权，是因为所有权保留不同于典型的动产抵押物权，在买受人尚未丧失债务清偿能力的情况下，原则上，买受人的债务人仍得基于债务人的一般财产而足额受偿，出卖人取回标的物以满足自身债权需求不影响买受人的其他普通债权人的公平受偿利益，未逾越当事人之间意思自治的范畴。

针对所有权保留的效力以登记公示为标准而予以划分，不仅仅是动产抵押物权的体系化要求，也是消灭隐形担保的立法政策之规范目标。担保物权不是相较于其他债权人的债权优先实现的一般优先权，而是对应于特定担保物的特别优先权，因此，获得非占有型担保利益的债权人可能会造成隐形担保或表面所有权的问题，其有义务通过担保权益的公示来消除此项对交易安全的风险。在登记公示时，只需要将特定物上已经或在将来存在担保物权的负担公开即可，债权人无须登记担保交易的细节信息，其在善意的以登记公示的方式解决了隐形担保或表面所有权的问题之后，方才有权就债务人的特定财产优先受偿。这也是我国《民法典》第 403 条针对动产抵押权的对抗力之规定所依据的核心法理。标的物的所有权与占有的分离历来被认为存在对第三人的欺诈风险，尤其对于动产标的物而言，倘若无有效的防范债务人不当行为的规则，允许当事人通过合同创设非占有型的物权担保权益对于外部而言蕴含着潜在的危险，因为债权人难以通过低成本的方式确定标的物上是否设定了担保负担。因此，将“表面所有权”等同于欺诈的观念是一条简单但有效的规则，以外部可见的占有公示方式作为判断的可行标准，来向第三人传递必要的信息，从而使其能够预先安排自我的市场行为。除非担保立法确立了其他的公示方式以解决表面所有权的问题，譬如物权担保债权人不必占有标的物，作为代价其必须依法公开登记相关信息，然后才能实现控制风险的目标，这也是现代担保物权公示制度的重大发展成果之一。而消灭隐形物权，与消灭隐形担保同理，且二者在移转所有权型的非典型担保中也

时常难以精准区分，故消灭隐形物权亦为我国《民法典》基于物权的对世性所提出的物权规范建构的核心要求与目标，无公示的动产所有权而造成的“表面所有权”问题，同样会对交易安全造成破坏。出卖人未予以登记的保留所有权，不具有物权的对世效力，只产生限于当事人之间的相对效力，当买受人违约或发生当事人约定的特定事项之时，在不涉及第三人权益时的双方当事人之间，出卖人基于保留的所有权的归属权能有权取回标的物，或进行清算处理，或直接充抵债务，全凭当事人之间的约定内容，法律自无干涉的必要。

（三）登记保留所有权为出卖人有效的避险方式

登记公示保留的所有权，本身有利于出卖人行使取回权，对出卖人有利。未登记的保留所有权，即使不涉及对抗第三人的效力问题，较登记的保留所有权，出卖人仍然存在取回不能的风险，因为由买受人占有的未登记公示的标的物不易特定化，倘若买受人未能进行独立的仓储保存或者使标的物混同于买受人自有的财产中，那么出卖人将无法实际取回标的物，也就无法就其标的物优先受偿。法国《商法典》第 L62416 条即规定，出卖人取回标的物的前提是标的物于破产程序开始时仍处于实物状态，对于标的物混同于买受人的财产之中，但买受人持有与标的物同种类、同等质量的财产的，出卖人还可以行使取回权。如此便于标的物的特定化以使出卖人得以行使取回权，若采取登记公示的方式，即使实物形态消失，也不存在种类物的情况下，但对于标的物的交换价值，出卖人仍有权优先受偿，如行使物上代位权，这在比较法上有所体现，譬如德国学理上所称谓的于纵向上延长的所有权保留，即指称的出卖人对再销售标的物或标的物的变形物的价款也保留所有权，同时，德国学理上还有于横向上的扩张的所有权保留，指的是出卖人的所有权不仅担保其向买受人出卖标的物的价款，还担保出卖人对债务人的其他关联债权。延长与扩张的所有权保留在德国商事实践中，往往由当事人达成相应的延长或扩张所有权保留的协议条款来实现。但此项约定若要产生对抗力，在我国民事立法背景下，仍须纳入保留所有权的标的物范围一并登记公示。此外，针对未登记的保留所有权，出卖人将动产标的物向买受人预先转移占有，就此埋下了买受人无权处分而导致出卖人取回不能的隐患，因为第三人得基于买受人占有动产的外观而善意地取得标的物的物权，如设定意定担保物权，依据《民法典》第 414 条的规定，未登记的保留所有权无法对抗已公示的担保物权。对此实践中有两种规避风险的方式。其一，出卖人放弃保留所有权，转变为常规买卖交易，并要求买受人在标的物上为出卖人设定动产抵押权，为求得对抗善意第三人的安全目的，动产抵押权需要

完成登记,此种方式不属于所有权保留制度体系内的操作方式,且既然均需登记,出卖人早先针对保留所有权登记,自然也可以获得对抗善意第三人的效力,无需采取如此浪费成本的措施;其二,仿照实践中依据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条的规定所设立的融资租赁中的所有人抵押的模式,所有权人保留未登记的所有权,并要求买受人在标的物上为出卖人设立登记的动产抵押权,首先,该方式同样存在着需要登记的问题,其次,所有权保留交易关系中的出卖人抵押权的设立尚无明确的法律依据。因此,实践中尚无有效、合法、低成本的规避买受人无权处分风险的方式,唯有出卖人积极登记保留的所有权,方为安全之道。

二、破产管理人对于进行中的所有权保留买卖合同享有选择履行权

按照《破产法解释二》第34条的规定,在标的物所有权未依法转移给买受人前,一方当事人破产的,即进行中的所有权保留买卖法律关系在破产程序中首先将被视为双方均未履行完毕的双务合同,即待履行合同,根据《企业破产法》第18条的规定,破产管理人在此情形下享有选择履行权,管理人有权基于破产财产价值最大化与最有利于全体债权人的债权受偿利益的价值考量,而相应选择解除合同抑或继续履行合同。从法理角度分析,进行中的所有权保留合同本身契合待履行合同的本质特征,无论是出卖人破产,抑或买受人破产,破产管理人基于进行中的所有权保留合同,均得以主张选择履行权。

(一) 进行中的所有权保留契合待履行合同的本质标准

破产管理人行使选择履行权的对象是待履行合同。双务合同“待履行”状态的认定,首先应以其于破产程序启动前合同未终止为前提。除此形式特征之外,学理上对其本质的判断标准存有争议。康特里曼(Countryman)教授针对双方均未履行完毕的合同(Executory contract)创造了“实质违约”(material breach)检验标准,进行反向论证。具体而言,任何一方当事人不履行该义务将构成实质违约,另一方当事人将因此得以豁免合同义务的履行,此类双方义务未得以履行的合同,即为待履行合同。安德鲁(Andrew)教授为实质违约说提供了注脚,其认定待履行合同的真正意义在于合同的继续履行,所以若一方当事人停止履行义务,则无权要求相对方履行,该合同就是待履行合同。美国司法裁判观点认为实质违约说具有理论价值,但不具有可行性,认定待履行合同的的关键应从破产价值论的角度入手,如果管理人行使选择履行权,有助于实现破产财产价值最大化的破产法主旨目标,应尽量倾向于认定待履行合同的构成,

但若该破产价值目标已实现或者管理人选择履行合同与否，均不会对此目标产生影响，那么可以不认定该合同为待履行合同。而从破产立法赋予管理人以选择履行权的目的而言，就是为了尽量扩大破产财产的价值，以及拯救破产债务人的营业，该说契合了管理人选择履行权的制度价值，其实质上在实质违约的学理逻辑标准的基础上，附加了司法实用主义与功利主义标准辅助判断，可以称之为破产价值功利说，但其无疑不具有作为单独标准的理论内涵。在实质违约标准的基础上，有学者还提出了双方当事人实质义务未履行说，从正面判断待履行合同是否成立。以双方当事人尚存实质性的合同义务未履行为限，即便双方当事人均剩余合同义务内容待履行，而一方或双方当事人已经实质性地履行完毕主要合同义务，将不成立待履行合同。换言之，双方均未履行完毕的双务合同，特指双方均未完成主合同义务的履行而言。

笔者认为，判断待履行合同是否成立的上述诸说均从某个侧面试图确立判断标准，但无疑均具有一定的片面深刻性，宜综合采用正面的实质义务未履行说、反面的实质违约说一并判断，在得出的结论仍然存疑之时，则可以使用破产价值功利说进行决断，进而得出唯一的结论。据实质义务未履行说判断，进行中的所有权保留合同，出卖人与买受人所各自承担的未履行的实质义务分别为：转移标的物所有权；支付价款或者其他约定的作为出卖人转移所有权之对待给付的义务。倘若一方已实际履行了上述实质义务，所有权保留合同关系将归于消灭，不再成立待履行合同关系。考察实质违约说在所有权保留合同中的适用，在对方未违约的情况下，出卖人表明自身将不再履行未来依约定转移所有权义务时，也无权要求买受人继续支付价款或者履行其他约定义务；在买受人未依约支付价款或履行其他义务的情况下，买受人也无权要求出卖人向己方转移标的物的所有权。而无论出卖人破产，抑或买受人破产，破产管理人对于进行中的所有权保留合同行使选择履行权，均有助于实现破产财产价值最大化的目标。因此，进行中的所有权保留合同契合待履行合同的本质特征，应当被认定为待履行合同。

（二）破产管理人基于所有权保留合同享有选择履行权的场景

无论出卖人破产，还是买受人破产，破产管理人均依法针对进行中的所有权保留买卖合同享有选择履行权，这也是破产法治发达国家的普遍规范做法。不同于我国《破产法解释二》第34条的规定，德国《破产法》第107条只赋予了买受人的破产管理人以选择履行权，而对于出卖人破产的情形，根据该条第1款规定，出卖人于其破产程序启动前保留动产标的物的所有权并向买受人转移占有的，买受人可以向出卖人的破产管理人要求履行买卖合同以及其他尚未

履行的义务。前已述及，针对作为待履行合同的进行中的所有权保留合同，由出卖人的破产管理人行使选择履行权，是实现破产立法价值的要求，这不仅有助于产生对破产出卖人之全体债权人最有利的结果，而且于买受人并无实质损害，因为管理人若决定解除合同以取回标的物，仍应对买受人负担归属清算或处分清算的义务，出卖人不会由此不当得利。而在买受人破产的情况下，买受人继续履行剩余的合同义务存在困难，甚至可能出现因继续履行合同而失去被拯救希望的情况，但也不排除获得标的物的完全所有权对于买受人的破产财产的价值最大化或者实现事业的再生具有重大助益，因此，亦应赋予买受人的破产管理人以选择履行权，这在一定程度上也是由破产法的价值目标所决定的。此时对于出卖人而言，在我国《民法典》吸收的功能主义担保观的立法理念下，经登记的保留所有权获得类担保物权的破产别除权效力，出卖人就标的物的优先受偿权能够对其价款债权受偿利益以充分的保障；至于出卖人因未登记而不得对抗普通无担保破产债权人所不能就标的物优先受偿的情形，盖因其于破产程序启动前未登记的行为具有可归责性，不符合我国民事立法消灭隐形担保、隐形物权的立法政策，出卖人应承担其基于自由意志选择所导致的不利后果。

莱因哈德·波克教授对于德国《破产法》第 107 条规定的解释是，对于所有权保留买卖合同的买方而言，通过履行完毕支付价款等合同义务，就应当享有出卖人所移转的所有权，买方对此享有期待利益，构成具有一定物权性质的期待权，破产立法对此也应予以保障，所以，出卖人破产的情况下，破产管理人不得行使选择履行权。

笔者认为，从功能主义担保观的视角而言，所有权保留买卖合同法律关系的本质性质确实在于担保出卖人的债权的实现，在出卖人与买受人均未丧失债务清偿能力的情况下，双方当事人继续履行完毕双务合同，往往是对双方利益最好的结果，但出卖人或买受人一方进入破产程序的情况下，破产价值目标与债务人自身利益不一定具有完全的一致性，而破产管理人行使选择履行权的根本目的在于践行破产法的立法主旨，所以，赋予破产管理人对所有权保留买卖合同的选择履行权能够照顾到破产法的特殊调整需求，更具有灵活性，而且，通过适用归属清算或处分清算的处分规则，双方当事人的利益格局不会出现失衡，相反有利于在破产程序中的所有权保留法律关系中贯彻实质正义。

此外，我国立法不必赋予买受人以物权性质的期待权，主要理由在于：第一，根据德国《民法典》第 161 条的规定，买方的期待权具有对抗出卖人对标的物的处分权的效力，出卖人未获

得买受人同意而对标的物的处分行为是无效的。而依据我国《民法典》的规定，即使买方不享有期待权，倘若所有权保留已登记，出卖人仅享有类担保物权的保留所有权，无权以完全所有人的身份对标的物进行自由处分；所有权保留未登记时，由于标的物为买受人占有，出卖人享有的形式所有权不具有对抗善意第三人的效力，其对标的物的处分权受到更多的限制。可见，通过买受人的期待权来对抗出卖人保留的所有权，来限制出卖人对标的物的处分权，其与我国《民法典》采纳的功能主义担保观不符，况且，在全面的物权公示制度下，已登记所有权保留的担保物权构造本身已形成对出卖人处分权的合理限制。第二，买受人对未来获得标的物所有权的期待利益随着其支付价款的增加而上升，但无法确定固定的比例证明其期待利益发生了质的变化，而得以转变为一种固定的期待权，对于买受人支付了大部分价款而限制出卖人行使民法取回权的法律规范是基于立法政策的特别考量，于法理上并无可靠依据。第三，倘若如德国法赋予买受人以期待权，并将其视为所有权的亚种，将形成类似于英美信托法上的双重所有权的权利格局，与大陆法系传统的一物一权法理相悖。如果不将期待权认定为类所有权，又无法法律依据将其归为担保物权或用益物权体系，物权法定原则限制了期待权被作为定限物权的可能。第四，若期待权作为物权，则它可以成为买受人处分的对象，但出卖人的保留所有权尚存未登记的可能，买受人的期待权并无专门登记公示的规范要求，买受人对期待权的处分虽可获得一定的财产利益，但对交易安全破坏较大，不宜获得实定法的肯定。总之，我国民事立法并未规定具有物权效力的期待权类型，在法理上也无设定买受人之物权期待权之必要。因此，我国破产立法无须基于保障买受人期待权的考虑，而禁止出卖人的破产管理人享有选择履行权。将期待权除外之后，买受人所享有的期待利益无法对抗破产法价值的调整要求。而且，虽然德国破产法无法影响买方的期待权，但买方不支付价款或不履行相关合同义务的，卖方的管理人则可以行使民法上的救济权利，根据德国《民法典》第 323 条、第 449 条第 2 款、第 985 条的规定解除合同，并要求买受人返还标的物，这在一定程度上实现了出卖人的破产管理人通过行使选择履行权解除所有权保留合同的效果。

针对买受人破产与出卖人破产的不同情形，虽然破产管理人均享有选择履行权，但其行权要求不同，这是由我国《民法典》对保留所有权所可能展现的不同法律效力的规定以及破产法公平解决债权债务关系的价值主旨所决定的，目前我国《破产法解释二》针对所有权保留的部分规范内容存有商榷的余地。笔者将以《民法典》及其司法解释关于保留所有权之效力规定为

基础，区分买受人破产与出卖人破产的不同情形，结合破产管理人选择继续履行所有权保留合同抑或解除合同，划分四种情形来探讨破产程序中所有权保留的法律效力。

三、买受人破产程序所有权保留的效力

所有权保留买卖合同法律关系中，买受人破产后，出卖人行使取回权将直接遭遇买受人的无担保普通破产债权人的对抗，出卖人基于登记的保留所有权才具备于买受人破产程序中被作为破产别除权对待的资格。

（一）未登记的保留所有权不得对抗买受人的无担保破产债权人

在买受人破产的情况下，其无担保的普通破产债权人的债权受偿利益通常无法得到全额满足，出卖人对标的物的直接取回直接“剥夺”了普通债权人对该特定物受偿的机会，出卖人与普通债权人在买受人破产程序中就标的物形成了激烈的竞争，未经登记的保留所有权的出卖人，将与买受人的普通破产债权人产生利益对立。我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 67 条规定，在所有权保留与融资租赁合同中，未登记的出卖人或出租人的所有权不得对抗的善意第三人的范围与效力参照第 54 条的规定，而第 54 条将破产的抵押人的普通破产债权人明确纳入未登记的动产抵押权不得对抗的善意第三人的范围之内。因此，倘若出卖人就其保留的所有权未予以登记，出卖人的民法取回权将不具有对抗买受人的普通破产债权人的效力。我国《担保制度解释》第 63 条也明确规定，非典型担保具有物权效力的前提是当事人在法定的登记机构依法登记。据此，在买受人破产程序中，出卖人享有未登记的保留所有权将无法产生担保物权的破产别除权效力，出卖人在无权行使民法取回权的同时，亦不得向破产管理人主张参照担保物权的行权规则就标的物优先受偿，标的物将纳入破产财产成为供无担保破产债权人受偿的财产基础。日本破产法同样强调了出卖人保留取回权的对抗效力，无论行使破产取回权，抑或进行归属清算/处分清算的处理，在日本破产立法中，权利人所基于的权利均须具有得以对抗破产债权人的要件，如登记公示。

根据我国《民法典》的相关规定，在买卖合同当事人之间进行保留所有权约定的出卖人，若其寻求就该交易方式进行登记，仅能依据功能主义的原则被登记为类担保物权，即采取视同担保物权的法律效力与实现路径，而无被登记机关肯认出卖人享有完全所有权之可能。出卖人登记的保留所有权就此将在买受人破产程序中被实质上作为担保物权对待，当事人可以依据先

前的保留所有权之协议条款，由出卖人在破产管理人处取回标的物，但受到其所登记的权利性质的限制，出卖人取回权中须负担清算的义务，标的物超越出卖人未受偿债权额的价值须返还于破产管理人，以纳入债务人财产中供普通破产债权人受偿；倘若当事人未就如何处置标的物达成合意的，破产管理人可依据《民法典》的规定，直接按照担保物权的实现程序处理。

（二）管理人选择解除合同时所有权保留的效力

当买受人破产，破产管理人决定解除所有权保留买卖合同的，基于买受人未依约履行所有权保留买卖合同的事实，出卖人得以根据我国《民法典》第 566 条的规定，向买受人的破产管理人主张买受人承担违约责任，对于已经履行的合同内容，出卖人可以请求恢复原状与赔偿损失。首先，出卖人主张买受人承担违约赔偿责任等的权利均为债权请求权，在买受人破产程序中应当作为普通破产债权按债权额比例受偿。其次，出卖人已预先将标的物交由买受人占有、使用，在买受人违约时可以要求恢复原状，具体表现为向买受人请求取回标的物，前已述及，出卖人行使此项民法取回权须以不涉及与善意第三人权利对抗情形为前提，而在买受人破产程序中不构成此前提。由于登记的保留所有权被赋予准用担保物权的实现规则的资格，所以，此时出卖人的请求权性质与其基于完全所有权的破产取回存在本质区别，出卖人能够向破产管理人主张的实则为破产别除权，得以就标的物优先受偿，并应承担担保物权在破产重整程序中受到的限制。这也是比较法上的普遍做法，譬如，在日本民事再生程序中，非典型担保物权也是法院中止担保物权行权命令的对象，可以类推适用破产重整程序中限制担保物权行权的规则。我国《破产法解释二》第 38 条第 1 款未区分所有权保留登记与否，并一概肯认出卖人行使取回权，与我国《民法典》将登记的保留所有权按照类担保物权对待以及经由登记公示获得物权对抗效力的规定相悖。进一步分析《破产法解释二》第 38 条第 2 款的规定，其实质上使出卖人对于标的物的取回被附加了归属清算或处分清算的义务，包括出卖人在恢复对标的物享有的完整所有权的同时，须返还买受人已支付的价款，对于标的物价值明显减少造成出卖人损失的，出卖人可以扣除相应金额后将出卖人支付价款的剩余部分再予以返还，这实则已不同于破产取回权，更非民法取回权。破产取回权，是指破产管理人在接管的债务人财产中有属于他人财产的，该财产的权利人享有的不受破产程序限制取回其财产的权利，破产取回权的基础权利主要是所有权。破产取回权与民法取回权的实质权利内容基本一致，主要是行权程序存在差别，一为破产程序，一为非破产程序。可以说，一般破产取回权的行使并无清算义务负担，《破产

法解释二》第 38 条第 2 款规定的出卖人取回权与破产取回权不同。而基于买受人破产程序的启动，出卖人已无在买受人破产程序中行使民法取回权的可能。在所有权保留的担保物权构造下，在破产程序中被附加了归属清算或处分清算义务的取回权的实质内容与破产别除权无异，但为何不作担保物权或破产别除权的称谓，仍然称为“取回”呢？根本原因在于所有权保留是权利移转型的非典型担保物权，虽然经由登记可以获得担保物权的法律地位，但出卖人是以自有财产来实现担保目的，其权利构造的形式不同于典型的担保物权，在形式主义物权体系与功能主义担保观的双重影响下，遂形成本质内容为破产别除权，却受到物权体系影响而被称为“取回权”的特别权利，它仅具有一般破产取回权的部分形式外观，笔者不揣冒昧，以一家之言称之为“破产别除取回权”，以示其与一般破产取回权、民法取回权、破产别除权的殊异。

此外，《破产法解释二》第 38 条第 2 款规定买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物贬损价值的，出卖人得主张其相应债权作为共益债务的顺位清偿，其法理依据不足。该债权的产生是由于管理人选择解除待履行合同而非履行合同所致，我国《企业破产法》第 42 条明确列举的六类共益债务类型无法涵盖出卖人此时的债权请求权情形，出卖人仅能主张普通破产债权。至于出卖人所享有的未登记的保留所有权，不具有对抗普通破产债权人的效力，买受人的破产管理人得以拒绝出卖人的取回请求，出卖人仅得就其因此受到的损失以及合同中的违约责任的约定内容，主张买受人承担赔偿责任，出卖人在买受人破产程序中将因此成为无担保的普通破产债权人。

（三）管理人选择履行合同时所有权保留的效力

当买受人破产，破产管理人决定继续履行所有权保留合同的，出卖人对于买受人所享有的债权在破产程序启动后适用加速到期规则，买受人的破产管理人可以选择继续履行合同，依约向出卖人清偿债务以及履行其他约定义务，之后，出卖人在债权诉求得以满足后应当依照合同约定移转标的物的所有权的归属权能，进而，破产管理人以履行合同义务的代价得以最终获得标的物的完全所有权。我国《破产法解释二》第 37 条第 1 款的规定没有问题。

但是，虽然买受人的破产管理人选择继续履行合同，但无论由于破产财产不足以支付履行合同的成本，或者破产管理人故意不履行相关合同义务，最终出现破产管理人未依约支付价款或者未履行抑或未完全履行其他义务等情况，出卖人获得破产管理人继续履行的期待利益实际上已无法实现，出卖人有权向破产管理人行使以下请求权：

第一，出卖人应得以向管理人主张其承担违约赔偿责任。同时，根据我国《企业破产法》第42条的规定，破产管理人决定履行双方均未履行完毕的合同，而请求对方当事人履行所产生的债务，列入破产共益债务之中。据此，出卖人的违约赔偿请求权可以享受破产共益债务的待遇，由破产财产随时、优先清偿。

第二，对于已预先完成登记的保留所有权的情形，出卖人在管理人继续履行不能时可以主张取回标的物，并根据双方各自义务的履行情况进行标的物的归属清算或处分清算的处理，即出卖人向破产管理人主张行使破产别除取回权；同样，买受人已支付的价款不足以覆盖标的物价值之贬损的，出卖人在取回标的物后可向管理人主张损害赔偿，由于管理人已选择合同履行在先，此项损害赔偿请求权同样得以作为破产共益债务处理。当取回适用归属清算或处分清算的原则之后，我国《破产法解释二》第37条第2款设定的买受人支付价款超过标的物价值的百分之七十五的限制取回规则不再具有必要性；第2款关于第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的禁止取回的规定不合理，因为标的物的新所有权人在受让标的物之前，是能够通过统一的动产与权利登记系统了解到标的物上存在的保留所有权负担的，其在知晓相关信息后仍选择受让标的物，则应适用风险自担规则，不会成为物权的善意取得人，登记的保留所有权准用担保物权的效力规则，出卖人也得以享有担保物权的追及效力，向标的物的新所有人主张取回，并适用归属清算或处分清算的规则，也就是说，标的物的新所有人应当于标的物上负担类担保物权的出卖人保留的所有权，这符合公平原则。而对于第三人取得的标的物的其他物权，如针对用益物权，应适用取得所有权同样的负担登记的保留所有权的规则，又如在取得担保物权情形下，出卖人基于已登记的保留所有权所主张的破产别除取回权可以依据《民法典》第414条关于担保物权之间权利冲突的清偿顺位规则处理即可，保留所有权较第三人取得的标的物的担保物权登记在先的，出卖人将优先于担保物权而行使破产别除取回权，进而得以就标的物优先受偿。而对于未登记的保留所有权，因出卖人享有的相对所有权无对抗无担保的普通破产债权人的效力，出卖人无权主张破产别除取回。由此，《破产法解释二》第37条第2款所涉及的出卖人取回标的物的规定以及相应取回除外的情形，均不应再适用于未登记的保留所有权的情况。

第三，对于买受人的破产管理人选择继续履行合同之时，出卖人依据《企业破产法》第18条第2款的规定，要求管理人提供担保，管理人提供了相应担保的，倘若破产管理人欠缺

合同履行能力，出卖人可以选择行使担保权，或者向管理人主张其承担违约赔偿责任，或者基于已登记的保留所有权向管理人主张行使破产别除取回权，出卖人仅能够择一作出选择。若管理人不依出卖人的要求提供相应担保的，依据《企业破产法》第 18 条第 2 款的规定，视为解除合同，所有权保留将适用管理人选择解除待履行合同的效力。

四、出卖人破产程序中所有权保留的效力

当出现出卖人破产的情况，同样应当区分出卖人的破产管理人对进行中的所有权保留合同行使何种选择履行权来分类研讨所有权保留的效力，但与买受人破产情形不同的是，出卖人的破产管理人所主张对标的物取回时，其权利性质为民法取回权，而非一般破产取回权或者破产别除取回权。

（一）管理人选择解除合同时所有权保留的效力

对于出卖人的破产管理人选择解除所有权保留买卖合同的，破产管理人可以取回标的物。对于仅出卖人破产的，因出卖人享有保留的所有权，即所有权的归属权能在破产的出卖人处，在与善意第三人的权利诉求无涉的情况下，出卖人的破产管理人是否取回为买受人所占有的标的物，仅涉及双方当事人的利益，在出卖人破产的情况下，出卖人的利益应当相应转化为出卖人的全体债权人的清偿利益，但仍不妨碍将出卖人的全体债权人视为一个利益整体，而得以一致对外。因此，当买受人尚保有债务清偿能力，又无善意第三人介入之时，出卖人是否取回标的物与买受人的债权人或其他利害关系人无关，不会影响交易安全与交易秩序。因而无论出卖人的保留所有权是否已登记，出卖人均可以基于所有权保留合同的基础债权债务关系，向债之关系的相对方行使取回权。所须辨析的是，出卖人的破产管理人取回标的物的权利只是依据《民法典》第 642 条产生的民法取回权，而非破产取回权，因为破产取回权的内涵在于第三人基于其对标的物的所有权而向破产管理人所主张取回不属于债务人所有的标的物，进而使该特定物不被纳入破产财产之中，而出卖人的破产管理人取回标的物的主要目的就在于将其纳入出卖人的破产财产范围。我国《破产法解释二》第 36 条第 1 款明确规定，出卖人的破产管理人要求买受人向其交付买卖标的物的权利规范基础为《企业破产法》第 17 条，即破产程序启动后，债务人的财产持有人应当向管理人交付财产，出卖人的破产管理人此时的交付标的物请求权实则为民法取回权。然而，当出现依据《担保制度解释》第 54 条规定的善意第三人的权利冲突时，譬如，标的物的善意受让人或善意承租人、申请执行标的物的买受人之申请执行人、买受

人的破产管理人，应当引入《民法典》第 641 条第 2 款的所有权保留的登记对抗力判断规则，出卖人的破产管理人针对已登记且登记在先的保留所有权，可以有效对抗冲突的善意第三人的请求权，从而得以不受限制地行使民法取回权；而保留所有权未登记时，出卖人的破产管理人将无权主张针对标的物行使民法取回权。《破产法解释二》第 36 条第 1 款未区分基于登记与否划分的所有权保留不同的效力情形，而一概肯定出卖人破产管理人的民法取回权，存在立法疏漏。

在出卖人的破产管理人依法行使民法取回权后，还涉及如何平衡与妥当保障买受人的合法权益的问题。根据《破产法解释二》第 36 条第 3 款规定，出卖人的破产管理人取回标的物后，买受人基于履行合同义务所产生的债权作为共益债务清偿，符合我国《企业破产法》第 42 条的规定，具有合理性，但该款第 2 句针对买受人存在违反合同约定情形的，其债权将被降级为普通破产债权处理是没有法律依据的，也不符合法理。对于同时存在的买受人因履行合同义务而产生的债权与其违约行为，由出卖人的破产管理人综合衡量其债权主张与因违约所须负担的违约责任即可，若前者债权额大于后者的违约赔偿额，那么，买受人仍应就此差额债权主张享有破产共益债务的待遇。此外，《破产法解释二》第 36 条第 3 款还忽视了买受人在占有标的物期间造成标的物损耗的问题，对出卖人因此受到的损害应一并予以评价，在管理人确定按照共益债务清偿买受人主张的因履行合同义务而产生的债权时，应扣除买受人造成的标的物的损耗，方为公允。

（二）管理人选择履行合同时所有权保留的效力

倘若出卖人的破产管理人选择继续履行所有权保留买卖合同，买受人应当依约支付相应价款或者履行其他合同义务，破产管理人则须按照合同约定转移标的物的所有权归属。对此，《破产法解释二》第 35 条第 1 款作出了明确规定，符合法理。同时，《破产法解释二》第 35 条第 2 款规定，在买受人欠缺履行合同能力或者不当处分标的物的情况下，破产管理人可以依法取回标的物，出卖人的破产管理人所主张的请求权基础为《民法典》第 642 条，其性质为民法请求权，同样应当受到《民法典》第 641 条第 2 款的约束，在出现善意第三人的请求权冲突时，出卖人的破产管理人仅得以基于登记的保留所有权主张就标的物行使民法取回权。同时，为避免出现出卖人不当得利的问题，出卖人的破产管理人取回标的物，并应负担归属清算或处分清算的义务，由此所拖欠的买受人已支付的价款等债权，应当列入破产共益债务序列优先受偿。

由此，第35条第2款第2句中的但书条款没必要规定，即“买受人已经支付标的物总价款百分之七十五以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外”，前文已述及，在归属清算或处分清算规则的实施下，买受人已支付价款占标的物总价款的比例失去了考察的意义，而第三人的善意取得问题可为担保物权构造下的保留所有权的登记公示效力所涵盖。《破产法解释二》第35条第3款就买受人欠缺履行合同能力等情况所作出的破产管理人取回标的物不能时，向买受人主张其继续履行义务或赔偿损失的规定，不存在法理障碍与规范冲突的问题。

结 语

大陆法系国家的民事法律体系以民事权利为主线进行建构，而物权与债权是民事法律权利系统中重要的权利类型，“物债二分”在一定程度上决定了民法学理的高度与厚度。我国企业破产法律制度以公平清理民事债权债务关系为基本目标，而债之关系以信用交易为本质内容，可以说，破产源于信用交易，但破产法对其中所涉物权的评价过于简单，面对现代社会物权制度的大发展与丰富的物权类型的变化，破产法“一刀切”式的对待方式有时会导致有失公允的结果。为应对时代的挑战与担保物权制度的发展，破产法有必要对实质担保观下以转移所有权为特征的传统非典型担保方式的法律效力进行妥适的评价。在所有权移转型担保中，所有权保留是重要的担保类型，具有典型的分析意义。

受益于实质担保观的启发，我国《民法典》正式确立了所有权保留的合法化地位以及得以突破债权效力的局限而参照担保物权实现程序的资格与途径，其间充分贯彻了消灭隐形物权与隐形担保的立法思想。唯有有效登记的保留所有权，出卖人才能够参照担保物权的实现程序，取回标的物并进行清算处理。换言之，鉴于所有权保留的移转所有权的外观，登记权利的出卖人仍须行使形式上的取回权，但其蕴含着破产别除权的本质，其权利内容不同于一般破产取回权，要求出卖人就取回的标的物再附加一道归属清算或处分清算的程序，此时的取回据此也得以成为破产别除权的特别行使方式。结合所有权保留买卖合同与破产程序的特点，破产程序中的所有权保留有着不同于普通担保物权以及纯粹债权的特殊性。在破产程序启动后，进行中的保留所有权的买卖合同，买受人并未履行完毕支付价款或其他合同义务，而出卖人也据此未移转标的物的所有权于买受人，双方当事人对于合同之主义务的均未履行状态，使破产程序中的所有权保留买卖合同符合待履行合同的特点，进而破产管理人针对待履行合同所享有的选择履行权得以适用于所有权保留买卖合同之中，探究所有权保留于破产程序中的效力须首先建立在

管理人如何处理待履行合同的基础上。在出卖人破产抑或买受人破产的不同情境下，破产管理人对所有权保留买卖合同的选择履行权的不同行使决定，影响着破产程序中所有权保留的效力。

来源：上海交通大学学报哲学社会科学版微信公众号

网址：https://mp.weixin.qq.com/s/_Fy2TIPBUN86FAJb3as8Zw

原文《论破产程序中所有权保留的法律效力》刊于《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期（第132-146页）。若下载原文请点击：

https://kns.cnki.net/kcms2/article/abstract?v=Po8pyFOsBQ7NR59LaAhgx4NcUgtzmF8LI3AQYGWyAiesNJR2_t0ZNsVmZFbY-REZmNIta77juP0RKYb41UrqYyosfh6VVbJcENb5M1ybdIe-K9devBugMABXsAwj_1rXEWN7renE9cA=&uniplatform=NZKPT

4、中小微企业重整中出资人权益保留的理论证成与路径选择

金春

摘要: 中小微企业重整规则设计应当充分体现出资人权益保留与专业人员监督下的债务人自行管理的标准化和常态化,完善重整计划批准要件,并兼顾经营者保证债务的豁免。绝对优先原则的支持者没有关注重整收益分配优先规则在正常批准重整计划中的适用性和适配性问题。重整程序内在的谈判框架功能、对前顺位权利人的保护以及清算价值保障原则的实质遵守等考量,均要求正常批准重整计划时适用相对优先原则,强制批准重整计划时亦同。对绝对优先原则的反思和相对优先原则的普遍采用为中小微企业重整中保留出资人权益的可能性提供了法理依据。中小微企业出资人与经营者合一等特殊属性为原则上保留出资人权益提供了正当性基础。经由债权人分组表决机制的放弃牵引的对担保权人与劳动债权人等前顺位权利人的特别保护。这种正当性又获得了进一步的补强。

关键词: 重整计划 强制批准 绝对优先原则 相对优先原则 出资人 中小微企业

一、引言

中小微企业重整的制度完善和规则建构是我国现行2006年《企业破产法》修改的重要任务之一。现行重整程序繁杂、成本高、耗时长,与挽救中小微企业营业的目的不匹配,和解程序的挽救功能也有限,未能发挥出企业重整制度的效能。最高人民法院于2022年1月发布《关于充分发挥司法职能作用助力中小微企业发展的指导意见》(法发〔2022〕2号,简称《意见》),要求有效发挥司法对中小微企业的挽救功能(参见《意见》五);于4月19日发布人民法院助力中小微企业发展的15个典型案例和创新机制,强调繁简分流,缩短案件办理周期,鼓励探索针对中小微企业重整的特殊规则。2022年4月25日,北京破产法庭出台国内第一份专门规范中小微企业重整的司法文件—《中小微企业快速重整工作办法(试行)》(简称《北京破产法庭工作办法》)。

出资人权益保留是中小微企业重整规则设计中最重要议题。一方面,中小微企业的经营高度依赖经营者,经营者离任会让企业丧失运营或存在的基础;另一方面,中小微企业所有权与经营权难以拆分、原出资人与经营者的人格高度重合。在重整程序中保留出资人/经营者权

益，对我国中小微企业重整特殊规则的构建发挥着决定性作用。

然而，我国破产法理论大多支持美国法上的绝对优先原则（absolute priority rule）。按照该原则，重整程序中法院强制批准重整计划必须恪守破产法外权利秩序中的清偿顺位，资不抵债的中小微企业重整中，无担保债权人不能获得全额清偿，处于最下位的出资人权益自然难以保留。受此影响，既有研究普遍关注中小微企业重整程序能否例外地排除适用绝对优先原则。但是，将绝对优先原则作为重整收益分配一般规则和中小微企业重整中出资人权益保留的制度障碍的前提本身是值得商榷的，包括规则发源地的美国等国家，对该原则的质疑从未间断过（第二部分）。事实上，绝对优先原则不是比较法的通例，在日本自始至终采用允许出资人等后顺位权利人保留一定权益的相对优先原则（relative priority rule）（第三部分）。中小微企业出资人与经营者合一的属性与债务人自行管理的内在需求，对于保留出资人权益的必要性及其程度具有独立且重要的作用（第四部分）。实现简易、高效的应有之义——放弃债权人分组表决机制和担保权人、劳动债权人等前顺位权利人的特别保护，也将对出资人权益保留制度带来不容忽视的影响（第五部分）。

后文中，笔者将围绕上述四个问题展开论证，探讨我国中小微企业重整中出资人权益保留的正当性基础，并在解释论和立法论上提出实现出资人权益保留的具体路径（第六部分），以期为我国中小微企业重整特殊规则的建构和审判实践提供参考。

二、绝对优先原则的反思

（一）绝对优先原则的内涵

我国当前中小微企业重整研究聚焦于例外事由的建构，探讨中小微企业重整能够在多大范围内排除适用绝对优先原则，以实现出资人权益保留和经营者的留任。

绝对优先原则，是指适用破产法外（Non-bankruptcy）权利秩序中的清偿顺序决定重整计划中不同组别权利人之间的重整收益分配，除非前顺位的组别获得全额清偿，否则后顺位组别不应获得任何清偿。

绝对优先原则的源头是19世纪末美国联邦最高法院一系列铁路公司重整判例确立的衡平接管规则（equity receivership）。在后续成文化化的过程中，围绕重整计划的批准要件“公平且衡平”（fair and equitable）的解释问题，绝对优先原则通过与相对优先原则展开的激烈论战，确立了其绝对优势。现行1978年《美国破产法典》重申了绝对优先原则，但仅限于法院强制

批准重整计划时必须满足的要件，即“公平且衡平”[U. S. C. § 1129 (b)]的测试。具体来看，“公平且衡平”是指“除非前顺位的无担保债权或出资人获得全额清偿，后顺位组别的任何无担保债权人或出资人均不得基于该债权或股权顺序获得或留存任何财产”[U. S. C. § 1129 (b) (2) (B) (ii)]。不难看出，如果严格适用绝对优先原则，中小微企业重整程序中的出资人权益将归于零。

绝对优先原则有一个新价值例外（new value exception）规则。如果原出资人为重整后的企业提供了新的出资，即便前顺位权利人不能获得全额清偿，也允许原出资人获得或留存其地位。但是，根据美国联邦法院的一系列判例，新价值例外规则的适用极其严苛，必须满足该出资系“新的”出资、具备实质性、系金钱或具有金钱价值、对重整成功所需、与获得或留存的股权在价值上合理对等的要件。并且，“新的”出资必须经过市场化审查，未来提供服务的承诺或其他无形的非资本性出资不属于“新的”出资。

我国《企业破产法》没有明文规定绝对优先原则。《企业破产法》第 87 条第 2 款对法院强制批准重整计划要件作出规定，其中第 5 项规定，“重整计划草案公平对待同一表决组的成员，并且所规定的债权清偿顺序不违反本法第一百一十三条的规定”，而第 113 条仅明确按照劳动债权、税收债权、普通债权的顺序清偿，未涉及出资人权益。尽管如此，我国破产理论还是将绝对优先原则作为贯穿重整程序的基本理念。有学者认为，从剩余索取权角度出发，破产企业普遍陷入资不抵债的情况下，出资人不能继续保留公司股份。也有学者认为，《公司法》第 186 条第 2 款、第 3 款在公司解散和清算规定中明确债权优于股权，破产法外语境中的这种性质差异决定了重整程序中债权的清偿顺序当然优先于股权。还有学者站在立法论的角度，提出明文规定绝对优先原则。

绝对优先原则的普遍适用将会剥夺和排除出资人权益，特别是在中小微企业重整中造成不容忽视的负面后果。它不仅打消了中小微企业出资人/经营者提早申请重整的动力，即便进入程序，也会因对重整不可或缺的经营者的出局而使程序无法推进。另一方面，绝对优先原则内在的新价值例外规则并不能为中小微企业出资人权益保留提供便捷路径。通常，中小微企业出资人/经营者在企业融资实践中以自己财产提供担保或者承担连带责任保证，没有多余的资金追加新的出资，从金融机构获得新的融资注资企业更是难上加难。既有中小微企业重整研究关注绝对优先原则例外事由的建构，乃上述背景使然。

(二) 绝对优先原则的缺陷

但在笔者看来,把绝对优先原则视为重整收益分配一般规则并将其作为中小微企业重整中出资人权益保留的制度障碍的观念本身是值得商榷的。其实,无论在该原则的发源地美国,还是在采用相对优先原则的日本等比较法法域,对绝对优先原则的质疑从未间断。

第一,企业重整价值评估的不确定性。这是对绝对优先原则最为传统和普遍的质疑。重整企业拟分配的企业营运价值受重整计划执行情况直接影响,是非静态的、随时变动的。这种评估旨在提供一种在未来可能实现的、具有不确定性的模糊价值,任何评估标准和时点都难以做到客观、准确的评估。绝对优先原则要求严格依照破产法外的权利秩序分配企业营运价值,将企业营运价值神圣化,不仅使后顺位债权人独自蒙受估值过低的风险,还会导致权利人之间围绕估值展开激烈博弈,不必要地抬升重整的成本。正是由于估值的不确定性,《美国破产法典》将绝对优先原则限定在法院对重整计划的强制批准的情形下,排除其在所有组表决通过后法院正常批准时的适用,但这并不意味着缺陷就此不复存在了。

第二,绝对优先原则未能正确反映企业营运价值的分配规则。绝对优先原则的实质是清算程序中的清偿顺序在重整程序的体现。然而,当代企业的重整程序不是纯粹的债务清理程序,重整计划权利分配收益的底线虽然不得低于清算所得,即必须满足清算价值保障原则[又称“最佳利益标准”(best interests rule)或清算地板规则(liquidation floor)]的测试,但其最终分配的对象是企业营运价值这一整体价值,这一价值有赖于企业未来的实际运营和收益,各类权利人对该价值的形成都能在不同程度上做出贡献、发挥影响。对于如何在利益关系错综复杂的权利人之间分配溢价,即分配企业运营价值超过清算价值的部分,破产法外的权利秩序没有预设。有学者以破产财产膨胀主义为核心排除绝对优先原则,是基于同样的考量。

第三,也是最为重要之处,绝对优先原则忽略了正常批准重整计划时的适用性和适配性问题。支持绝对优先原则的观点一般认为该原则是强制批准重整计划的标准,不适用于所有组表决都通过后法院正常批准的情形。但这种观点面临如下的困境。其一,按照上述立场,所有组以多数派的同意表决通过时,反对计划的少数派无法获得绝对优先原则抑或其他任何优先规则的保护,这与绝对优先原则一贯强调的保护前顺位权利人规则相悖,而多数表决制又不能为剥夺少数派适用优先规则的正当权利提供合法性基础。其二,放任正常批准时排除任何优先规则的适用,可能增加清算价值保障原则无法获得实质性遵守的风险。清算价值保障原则的意旨在

于保护反对重整计划的少数派的权益底线，即使所有的组通过了计划，未通过该原则的测试将不能得到法院批准，这是重整计划正常批准和强制批准都应当遵守的铁律。通常而言，只有进行企业清算模拟，才能确定在清算场景里权利人获得的清偿额。显然，模拟清算价值不管其评估方法和时点（不论是程序启动时还是重整计划批准时）都内含评估上的不确定性，本身就存在无法被实质性遵守的风险，而上述正常批准时排除优先规则的立场将显著增加这种风险。其三，反过来，如果聚焦于法院正常批准重整计划的情形，绝对优先原则根本不具有适配性。重整程序的最核心机制在于当事人意思自治和谈判协商、多数表决制，由于绝对优先原则已经事前安排好了严格的分配规则，当事人之间不存在任何谈判和博弈的空间。换言之，在正常批准重整计划时严格适用绝对优先原则，有悖于重整程序的核心本质。

综上所述，绝对优先原则存在多重的缺陷，尤其在正常批准重整计划的适用性和适配性方面的内在缺陷不容忽视。我国破产理论应当反思将绝对优先原则作为重整收益分配一般规则的既有观念，不应以该原则为逻辑起点，为中小微企业重整中的出资人权益保留设置障碍。

三、相对优先原则的采用

（一）相对优先原则的内涵

相对优先原则是关乎中小微企业重整中调整出资人权益的另一个重整规则。相对优先原则的内涵较为丰富，传统上是指针对重整计划的不同组别，即使前顺位的组别未获得全额清偿，后顺位组别也可以根据公平且衡平原则获得一定的清偿，但不得比前顺位组别更为有利。换言之，相对优先原则立足于“内容”而不是“绝对顺位”，允许包括中小微企业的资不抵债重整企业的出资人等后顺位权利人保留一定权益，只是在清偿内容上要弱于前顺位权利人。

由于绝对优先原则的缺陷，一些国家和地区将相对优先原则作为了重整收益分配的一般规则。其中，日本法最具代表性，自始至终都采用相对优先原则。日本《公司更生法》第168条第1款、第3款规定，重整计划对不同类型的权利人进行权利调整的，应当在考量担保债权、优先债权（职工债权及税收债权）、普通债权、劣后债权、优先股权、普通股权顺序的基础上，作出“公平且衡平”的区别对待。“公平且衡平”既是正常批准重整计划时的要件，也是法院强制批准时对未通过组别的权利人采取权利保护措施的原则（第199条第2款第2项、第200条第1款）。不过，日本法的关注焦点在前者。尽管日本《公司更生法》的母法是从美国法继受的“公平且衡平”条款，但美国法苛刻的绝对优先原则遭到了日本立法界、理论界、实务界

等各界的普遍拒绝。日本通说认为，“公平且衡平”是指“给予前顺位权利人的清偿必须比后顺位权利人相对更多”抑或“前顺位权利人不能比后顺位权利人承担更多的不利结果”。需要注意的是，相对优先原则与清算价值保障原则互相配合。比如，某重整企业的清偿资金（企业营运价值）为1亿日元，担保债权和普通债权各为8000万日元。那么，在满足清算价值的前提下，重整计划向担保债权组别清偿6000万日元（清偿率75%）、向普通债权组别清偿4000万日元（清偿率50%），符合相对优先原则。又如，另一个重整企业案件中，出资人权益组别的调整比例（5股缩为1股，减免率80%）低于普通债权组别的减免比例（清偿率40%，即减免率60%，且必须满足清算价值），符合相对优先原则。显然，在相对优先原则之下，中小微企业重整中存在出资人权益保留的空间。

对相对优先原则内涵的理解需要注意以下三点。第一，相对优先原则不仅适用于出资人与无担保权人之间，还适用于担保权人与后顺位权利人之间。日本通说认为，法院对担保权人组采取权利保护措施时应当满足的“公平的交易价格”（日本《公司更生法》第200条第1款）是指清算价值而不是市价。因此，只要符合清算价值保障原则，允许对担保权作出延期清偿或减免处理，同时给后顺位权利人保留一定权益。第二，相对优先原则不仅适用于法院强制批准重整计划，更立足于正常批准的场景。除了顺位最劣后的出资人，其他组别的单个权利人都拥有获得相对优先原则保障的绝对性权利。因此，除非出资人之外的所有组别都明示放弃，否则无法以所有表决组都通过了重整计划为由拒绝对反对计划的少数派遵循相对优先原则。第三，相对优先原则在日本也存在一些争议。比如，一些美国学派学者认为，中小微企业重整应适用相对优先原则；大型企业重整一般适用绝对优先原则，但在确有必要时仍例外地允许大型企业出资人保留一定权益。该学说当前面临的质疑是，当绝对优先原则适用边界如此缩小，如何与相对优先原则加以明确的区分？

（二）相对优先原则的优势

相对优先原则符合中小微企业重整保留出资人权益的实践需求，作为重整收益分配的一般规则，相对优先原则对绝对优先原则的优势经得起理论和实践层面的推敲。

第一，就企业重整价值评估的不确定性而言，尽管相对优先原则仍然需要评估企业的重整价值，但这种评估不要求绝对优先原则那样的精确性，不再被视为绝对化，极大地缓解了评估困难与评估成本的困扰。不过，相对优先原则下的评估也可能得出估值过高的结果，使前顺位

和后顺位权利人均可以获得一定清偿的皆大欢喜的重整计划草案。就此而言，两种优先原则对各方当事人的影响没有下文阐述的理论上那么大。

第二，就企业营运价值相对于模拟清算价值的溢价的归属问题而言，相对优先原则存在优势。如前所述，破产法外的权利秩序无法推导出对溢价部分适用绝对优先原则的必要性。正如日本通说指出，这一点对于担保权人同样适用。尽管破产法外权利秩序也不能反向推导出适用相对优先原则的必要性，但两相对照，相对优先原则因兼顾后顺位权利人的权益拥有灵活性的优势，并且也实现了对前顺位权利人有利的清偿顺位安排，更具合理性。

第三，相对优先原则更明显的优势是阐明了与正常批准重整计划的关系。相对优先原则不仅可以适用于强制批准，也可以适用于正常批准。与绝对优先原则不同，在正常批准时适用相对优先原则能够发挥重整程序为达成重整计划设置谈判框架的作用，符合债权人多数表决制和重整程序的本质。尽管“相对”二字具有模糊性，但概念上的弹性反而提供了促进谈判的功能，并且，相对优先原则下的谈判并不突破对前顺位权利人进行更有利的清偿顺位安排。加之，相对优先原则始终与清算价值保障原则共同发挥作用，降低了只适用清算价值保障原则时因模拟清算价值估值不确定性而导致的该原则不能被实质遵守的风险。相对优先原则在日本保持通说地位至今，正因基于上述理由。当然，相对优先原则的实践中，需要避免估价过高、重整计划草案损害权利人利益、当事人之间谈判能力明显不对称等问题。对此，需要完善信息披露和公开制度、赋予债权人提出重整计划的权限等配套措施。

笔者认为，相对优先原则应当成为重整收益分配的一般规则，重整计划要求的“公平且衡平”的内涵就是相对优先原则。“公平且衡平”不仅是重整计划强制批准的审查要件，更应当是正常批准的审查要件。相对优先原则不仅可以为上市公司重整中维护壳资源和企业价值，在重整计划中为出资人保留一定权益的实践需求提供基础，更可以为中小微企业重整保留出资人权益的可能性和可行性提供法理依据和前提条件。

四、出资人与经营者合一

绝对优先原则的反思和相对优先原则的采用为中小微企业重整保留出资人权益的可能性提供法理依据和前提条件。但是，这种保留是例外性的还是常态化和普遍性的，是部分保留还是全部保留，需要我们进一步展开。事实上，这些问题的解答都与中小微企业的内在属性，即经营者留任不可或缺以及出资人与经营者合一的特殊性质紧密相连。

(一) 专业人员监督下的债务人自行管理的常态化

各国中小微企业的组织性质和经营形式千差万别,但其资产构成往往具有区别于大型企业的重要特征。即,出资人/经营者掌握的专业技术和知识、企业信息、客户资源、市场资源、人脉关系以及经营企业相关的其他能力等人力资源是企业的核心资产,甚至是企业唯一有价值或不可替代的资产。中小微企业的持续营业高度依赖经营者的个人能力,只有允许重整时留住经营者,才能促进企业尽早申请重整并有效地推进重整。

为此,域外的中小微企业重整一般在规则层面上明确将债务人自行管理作为原则,并兼顾防止制度滥用的配套措施。例如,日本《民事再生法》规定,程序开始后的债务人“继续保留营业事务或者管理处分其财产的权利”(第38条第1款)。同时,法院任命一名律师作为监督人,行使撤销权、调查权、协助制定重整计划的权限,以及重整计划执行阶段的监督权(第54条、第56条、第59条、第186条2款)。普通的民事再生程序中,自行管理债务人实施财产和经营相关的重要行为时,还应获得监督人或法院的事前许可(参照第41条1款);但在针对个体工商户的小规模个人再生程序中,出于简化程序的考虑,债务人实施这些行为不需要许可(第223条第2款)。美国的小企业债务人重整程序也采用债务人自行管理的模式(U. S. C. § 1184, 1185),同时要求任命管理人(trustee),管理人的履职重点在于制定重整计划草案,并确保债务人执行(U. S. C. § 1183)。澳大利亚的小型公司在已经或可能陷入无力偿债时,可以从注册清算师中自行任命重整执业人员,以启动小型公司重整程序,无需法院作出裁定[Corporations Act 2001 (Cth), s453 A, s 453B (1)]。小型公司重整程序由公司自行管理,重整执业人员的职责不涉及日常经营管理,主要是辅助和监督重整程序和重整计划的执行。

由此观之,债务人自行管理常态化并由专业人员监督和辅助,是中小微企业重整实施的必由之路。这种制度模式既可以发挥债务人自行管理在中小微企业重整中的优势,又比组建债权人委员会等传统监督措施的成本更加低廉,有利于债务人自行管理的标准化和常态化,使出资人/经营者产生留任的充分预期,尽早申请重整。关于这个问题,中国法也在逐渐破冰。《北京破产法庭工作办法》第13条第1款规定,符合一定条件时“经申请,人民法院一般应当批准”债务人自行管理。相比《企业破产法》上重整程序“经债务人申请,人民法院批准”(第73条第1款)的表述,迈出了关键性的一步。不过,这种做法仍然过于保守。更为开放的做法是,明确无需法院裁定即可原则上适用债务人自行管理,法律文本可表述为“法院受理中小微企业

重整案件后，应当适用债务人自行管理”。其次，再从防止制度滥用角度，作出“不管前款规定，债务人不公正执行管理财产和营业事务或者存在其他严重损害债权人利益的行为时，法院可以裁定不适用或者终止债务人自行管理”的规定。为了提高制度的公信力，我国现行的重整程序要求管理人对自行管理债务人进行监督（《企业破产法》第73条第2款）。这种专业人员的监督显然是必要的。只是，过度的监督可能使债务人自行管理流于形式，也不利于节约管理人等专业人员的报酬。因此，中小微企业重整立法有必要作出进一步的改进，尽可能缩小监督事项的范围。

（二）原则上保留出资人权益

所有权与经营权的不可分割性、出资人与经营者的高度一致性决定了中小微企业重整中债务人自行管理与保留出资人权益是表里一体的关系。经营者的留任是中小微企业重整中探讨出资人权益保留问题关键的内因。

如前所述，经营者的留任和债务人自行管理对于中小微企业持续营业和重整来说不可或缺。同时，中小微企业经营者往往就是出资人，剥夺出资人权益必将严重影响经营者留任和债务人自行管理。换言之，只有保留中小微企业的出资人权益，才能留住经营者，激励其尽早申请重整并实施重整。法与经济学视角下的模拟谈判者理论（Creditors' Bargain Theory）能够为此提供理论支撑。中小微企业的原出资人在重整谈判中兼具核心经营者的身份，这一身份赋予了原出资人谈判筹码。即，原出资人以中止提供经营管理服务为要挟时，并非是作为原出资人参与谈判，其筹码是自己作为企业经营的重要资源的身份。

在更广义的层面，重整制度经常为了维持企业继续经营、提升重整的成功率，突破法定的优先顺序，向企业的核心资源提供者给予相应的制度倾斜。例如，考虑到“关键”供应商债权人未来可能拒绝提供货物或服务，阻碍债务人持续营业和重整实施，美国联邦法院援引《破产法典》第105(a)条的“衡平法权力”（equitable powers），批准提前、全额清偿“关键”供应商的既有无担保债权。在日本，为避免供应商债权人拒绝供货阻碍债务人持续营业，同时也为了降低债权人的人数以便快速实施重整，法律明文规定允许重整型程序启动后随时清偿小额债权，或在重整计划中作为平等原则的例外向其全额清偿（日本《民事再生法》第85条第5款，《公司更生法》第47条第5款）。实践中，所谓“小额”没有定量标准，而是根据该笔债权的金额在总负债的比例综合判断。

中小微企业出资人与经营者合一的特殊属性给该类企业的重整立法带来了深刻的影响。1999年制定的日本《民事再生法》不仅把出资人权益保留法定化，还确立了不调整（即全部保留）为原则、调整为例外的制度模式。具体而言，只有当债务人已经资不抵债且法院特别批准的例外情形之下重整计划中才可设置减资、发行新股等条款（第154条第3款，161条、166条之2、183条之2），一般认为，这些情形包括需要追究公司高管、股东责任或者引入新投资人。澳大利亚的小型公司重整程序的目的在于“为适格公司提供一个使其持续管理公司营业、财产与业务的机制，并在重整执业人员的辅助下制定重整计划，与债权人缔结计划”[Corporations Act 2001 (Cth), s 452A]。小型公司重整计划的清偿期限原则上不超过3年，清偿方法必须是对普通债权实施现金清偿，不得设置债转股等代物清偿，出资人权益不在其调整范围之内。

日本法和澳大利亚法的模式颇具启发性。原则上允许出资人全部保留权益是满足中小微企业重整特殊性的内在需求，是激励经营者尽早申请并有效实施重整的必要机制。应当认为，相对优先原则为中小微企业重整中出资人权益保留的可能性提供了前提条件，而中小微企业重整中债务人自行管理的常态化以及出资人与经营者合一性又为该类企业重整中原则上保留出资人权益提供了正当性基础。经由下文的分组表决机制的放弃牵引的对担保权人、劳动债权人等前顺位权利人的特别保护，这种正当性将获得进一步的补强。

五、担保权人与劳动债权的特别保护

中小微企业重整中的出资人权益保留之所以成为关注的焦点，是因为在破产法之外的权利秩序下，资不抵债企业出资人的清偿顺位处于最劣后的位置。破产法保留出资人权益必然导致前顺位权利人的清偿额减少，甚至使清偿顺位本身发生逆转。即便在相对优先原则之下，由于该原则是适用于包括担保债权人组的所有权利人组别的优先规则，中小微企业重整中原则上保留出资人权益直接牵涉到担保权人、劳动债权人等前顺位权利人的权益。相反，如果担保权人、劳动债权人等获得完全或充分保护的前顺位权利人的种类或人数越多，原则上保留出资人权益的现实基础就会获得越多重要的补强。在中小微企业重整的场景中，这些问题与贯彻简易、高效理念下放弃债权人分组表决机制的制度选择紧密相联。

（一）分组表决机制的放弃

所谓分组表决机制，是指根据同一性质的权利人平等对待、不同性质的权利人区别对待的

原则和规范目的，按照法律规定的债权类别将权利人分为不同的组，重整计划草案对不同类别的权利分别制定清偿方案，计划表决时以表决组为单位进行表决。分组表决是当代重整制度的通行做法。

我国的现行重整程序也将担保权人、劳动债权人、税收债权人、普通债权人（及小额债权人）、出资人等所有权利人分成了不同类别的小组（《企业破产法》第 82 条、第 85 条）。在上市公司及其他大型企业陷入债务危机时，通过重整计划限制和调整所有权利人的权益，能有效化解企业负债的问题，对重整成功具有关键意义。为最大限度尊重破产法外的权利秩序，把权利按照其在实体法中的性质分成不同的表决组，具备制度上的必要性和合理性。

然而，当回到中小微企业重整场景，严格的债权人分组表决机制导致的畸高的程序成本，使重整企业不堪重负。债权人分组表决机制的运行实践中，争取各债权组对重整计划草案的支持，需要付出高昂的沟通、谈判成本，繁杂的分组表决程序又进一步加重了财力和时间负担。这些局限性显而易见，在大型企业重整程序中，由于内在的制度功能和目标居于较高的位阶，并未引起明显的正当性争议。但在以简易、高效为核心理念的中小微企业重整中，分组表决机制却会成为对立法本意的重大阻碍和挑战。

为解决这个问题，日本在为中小微企业量身定制《民事再生法》之际，聚焦于放弃和简化分组表决机制。首先，担保权行使原则上不受限制，仅在标的物对债务人营业不可或缺时，法院才得下达中止担保权行使程序或以债务人交付标的物价款为条件消灭担保权的命令（第 38 条、第 53 条、第 148 条）。其次，劳动债权和税收债权以其全额在程序中随时清偿（第 122 条）。再次，资不抵债企业的出资人自始不享有表决权。因此，出席债权人会议以及书面投票的普通债权人过半数同意，且其代表的表决权额占表决权总额的二分之一以上的，再生计划通过（第 171 条、第 172 条）。适用于债务总额不超过 5000 万日元的小规模个人再生程序则采用了彻底的视同认可制。即，只要持反对意见的债权人人数低于有表决权的总人数的一半，且其代表的表决权额未达到表决权总额的二分之一，视为计划通过（第 230 条第 6 款）。

澳大利亚的小型公司重整程序同样不青睐债权人分组表决机制。债务人通常应当在程序启动后的 20 个工作日内制定重整计划，由重整执业人员对此出具合规声明后提交给债权人，但是在提交之前债务人必须先全额支付劳动债权。对于税收债权则延续了清算程序中将其降级为普通债权的态度[Corporations Act 2001 (Cth) , s 556]。担保权行使程序原则上被中止和禁止 (s

453R)。不过，除非标的物为重整所必需，重整计划不涉及担保权，计划生效后，担保权人恢复行使担保权[s 64 (b)]。简言之，对小型公司重整计划草案行使表决权的只有普通债权人，答复同意的债权人所持债权占有所有答复债权人所持债权总额一半以上的，重整计划通过并生效。

(二) 担保权人与劳动债权人的特别保护

上文比较法考察表明，放弃分组表决机制以简化重整计划机制是贯彻简易、高效理念的直接体现，是建立中小微企业重整特殊规则的应有之义。但在把这项机制嵌入中小微企业重整立法时，必须兼顾前顺位的特殊类型权利人的权益保护，由此也造就了原则上保留出资人权益的补充依据。

首先，对担保权而言，必要但最低限度的担保权限制可以有效减少因管理重整非必需的担保标的物带来的业务成本，即便当下的重整实践也不否定这一视角，中小微企业重整更应该把这种做法推向极致。具体而言，中小微企业重整中原则上应当允许行使担保权，仅在标的物对重整不可或缺时才得例外地中止担保权行使并责令其通过重整计划优先受偿。

其次，中小微企业重整中应当明确劳动债权可随时和全额清偿。职工与企业订立合同时处于不利的经济地位，无法就合同内容进行充分的谈判，对其予以特别保护具备一定的合理性。再看个人破产程序，基于雇员比债务人本人更具可保护性的考量，劳动债权被作为非免责债权处理。中小微企业重整出资人与经营者个人合一，个人破产中的前述利益考量应当被吸收而加强劳动债权的保护。与此相对，税收债权不作为全额清偿的对象，因为沉重的税收负担往往是中小微企业破产的原因之一。有学者进而主张，中小微企业重整中应将税收债权从优先债权降为普通债权。从立法论角度，这种观点颇值得关注。

关于资不抵债重整企业出资人对重整计划的表决权，我国不少观点持否定说，笔者亦同。相对优先原则允许保留出资人权益，但保留并不是出资人的当然权利。本文立足于中小微企业的特殊属性提倡原则上保留出资人权益，本意在于强调维持企业继续经营和促进企业重整成功，仍不影响在程序上否定出资人表决权的结论。

按照上述设计，仅普通债权人、税收债权人（假设税收债权仍作为优先债权）、其标的物对重整不可或缺的个别担保权利人享有中小微企业重整计划的表决权。考虑到中小微企业重整规则应适度创新和打破陈规，基于简易、高效理念，在立法政策层面采用同一组别表决更加妥

当。

综上所述，在我国中小微企业重整制度改革中，放弃分组表决机制具有必要性和可行性。但与此同时，必须为担保权人、无担保权人中的劳动债权人引入相应的特别保护措施。由于这些特别保护措施主要牵涉担保权人、劳动债权人与出资人的顺位关系，不涉及普通债权人和出资人之间的顺位关系，故不能单独地为中小微企业重整程序中的出资人权益保留提供正当性依据。然而，当上述举措与相对优先原则、中小微企业出资人与经营者合一的特殊属性相辅相成时，却能够为原则上保留出资人权益提供重要的补充依据。

六、出资人权益保留的实现路径

中小微企业重整中出资人权益保留理论的阐明，为实现我国中小微企业重整中出资人权益保留的具体路径指明了方向，同时也佐证了《企业破产法》的修改中增设中小微企业重整特别程序的必要性。笔者认为，中小微企业重整特殊规则设计中应当通过以下间接或直接几个方面的路径来实现出资人权益的保留。

（一）改革重整计划权利调整条款

重整计划是各利益主体权利义务的总体安排，而债权减免等权利调整条款是重整计划的必须记载事项（《企业破产法》第81条）。因此，中小微企业重整中出资人权益能否以及在多大程度上获得保留，直接反映在权利调整条款之中。

对此，《北京破产法庭工作办法》第26条规定：“中小微企业的出资人承诺投入资金或实物、知识产权、股权等非货币财产，或者承诺继续投入商业资源、专业能力等，有利于债务人重整的，重整计划草案可以规定保留部分或全部出资人权益。”本条规定颇具前瞻性，但仍然存在不足。具体来说，该规定为出资人权益保留设定了条件，其解释论与实务走向均不明朗，不利于消除中小微企业出资人/经营者的顾虑并使其尽早提出重整申请，可能导致实现中小微企业继续经营和重整的制度目的落空。

前文的分析已经阐明，为使出资人/经营者产生留任的充分预期，尽早申请重整，中小微企业重整特殊规则应当明确无需法院裁定的债务人自行管理为原则，即明确规定“法院受理中小微企业破产重整案件后，应当适用债务人自行管理”。其次，设置“不管前款规定，债务人不公正执行管理财产和营业事务或者存在其他严重损害债权人利益的行为时，法院可以裁定不适用或者终止债务人自行管理”的条款，并要求管理人对自行管理债务人进行必要但最低限度

的监督，以防止制度滥用。与之相应，中小微企业重整的权利调整条款规则也需要明确宣布标准化和常态化保留出资人权益。因此，较为合理的权利调整条款应表述为，“重整计划草案应当保留出资人权益”。同时，在下位条款作出“不管前款规定，不适用债务人自行管理或存在不利于重整程序的特定事由的，法院可以裁定调整出资人权益”的规定，以兼顾防止制度滥用和保护债权人的利益。此外，为了防止债务人独占重整计划草案提交权，作出在特定条件下允许债权人提交重整计划草案的条款，重整计划的最长清偿期限不宜超过5年等特别规定。

（二）优化重整计划批准要件-预期可支配收入标准与最低清偿额标准

根据前文考察，中小微企业重整特殊规则对担保权人和劳动债权人予以特别保护以换取分组表决机制的放弃。在债权人表决通过中小微企业重整计划并交法院正常批准，或者表决未通过由法院强制批准时，法院的审查要件不仅应当包括清算价值保障原则的测试，还应当包括“公平且衡平”要件。在只设立单一债权人组的立法选项之下，法院强制批准重整计划的功能是作为破解该债权组中当事人意思自治陷入僵局最后手段。但是，中小微企业重整特殊规则在重整计划批准要件中需要增加一个条款，即，明文规定保留出资人权益不违反“公平且衡平”的原则，以避免破产法的理论和实务在绝对优先原则、相对优先原则的选择上产生歧义。

值得注意的是，美国的小企业债务人重整程序引入预期可支配收入标准，作为强制批准的要件。具体而言，只要债务人把最少3年、最多5年的预期可支配收入（收入减去生活费、抚养费以及企业运营支出后的剩余部分）用于偿还债务，法院可以强制批准保留出资人权益的重整计划[U. S. C. § 1191 (c)]。受此启发，有观点认为，应当把预期可支配收入偿还作为我国中小微企业重整计划的强制批准要件，以换取出资人权益的保留。由于大量的个人破产案件无资产或只有很少的资产，而仅靠清算价值保障原则无法避免出现清偿率极低的清偿计划，为了切实地保护债权人利益，作为清算价值保障原则的补充，美国国会于1984年在《破产法典》第13章个人债务整理程序首次引入了预期可支配收入标准[U. S. C. § 1325 (b)]。应当认为，预期可支配收入标准是无资产或少资产的重整案件中对清偿价值保障原则的补充。换言之，模拟清算价值越低、越偏离预期可支配收入，预期可支配收入标准的意义就越大；反之，模拟清算价值越高、越接近预期可支配收入，清算价值保障原则就越能发挥作用，预期可支配收入标准的意义就越小。

考虑到在中小微企业重整中，债务人无资产或少资产现象并不少见，因此，至少在法院强

制批准出资人权益保留的重整计划的场景下,引入保护债权人特别路径的上述观点具有一定的合理性。不过,与工薪阶层相比,商事主体的收入并没有充分的规律性和固定性,其营业性支出更加不容易预测,引入预期可支配收入标准将导致复杂的计算和不确定性。因此,日本立法者,在适用于个体工商户的小规模个人再生程序中作为清算价值保障原则的补充采用了最低清偿额标准为计划批准要件。具体来说,债权总额低于100万日元的,应当全额清偿;债权总额超过100万日元但不超过5000万日元的,重整计划的最低清偿额大体不得低于债权总额的10%-20%(第231条)。中小微企业重整程序的设计一般对企业的债务总额规定一个上限。比如,《北京破产法庭工作办法》第3条规定的主要适用对象是无财产担保负债总额不超过1亿元的企业。应当认为,将最低清偿额标准嵌入我国中小微企业出资人权益保留的重整计划批准要件具有一定的合理性和可行性。

(三) 完善企业经营者保证责任的豁免机制

中小微企业重整还应当一体考虑出资人权益保留与经营者及其相关人员的保证责任豁免问题。相关保证责任豁免机制不仅可以帮助企业家完成个人生活的重建,还能有效降低因追究保证责任而使出资人权益保留的制度目的受阻的风险。具体而言,在我国中小微企业重整特殊规则中应当纳入中小微企业重整程序与经营者个人的债务整理程序在程序上合并处理或协调处理的条款。两者之间的有效协调还依赖于安排一个暂缓追责经营者保证债务的宽限期。比如,明确规定在中小微企业重整程序期间,非经法院许可不得启动要求董事及其配偶、亲属对公司债务履行保证责任的程序,已经启动的程序将被中止。

在修改《企业破产法》之际引进个人破产制度是解决中小企业经营者保证责任问题的良策。笔者曾经提出,除了免责制度的创设,个人破产立法还应当充分关注经营者保证的无偿性特征和保证合同签订时作为自然人的经营者相对于金融机构债权人所处的劣势地位,建构一个与普通个人重整程序相比将责任财产仅限于清算价值范围内的单独的企业经营者保证债务和解程序。不过,即便完成个人破产立法,基于破产烙印对经营者信誉负面影响的顾虑,中小微企业经营者往往不愿意尽早申请企业重整,更不愿意申请个人破产。这一方面,还要充分发挥倡导府院联动统一协调机制的政策,制定和实施法庭外的经营者保证债务整理行业指引,允许当中小微企业经营者及时和尽早申请企业重整并助力债权人从主债务人企业获更多清偿等符合条件的情况下,通过庭外机制将经营者的保证债务纳入免责范围。

七、结语

中小微企业重整的制度重构为反思困境企业重整程序中的出资人权益保留问题提供了重要契机。绝对优先原则的支持者没有充分关注到重整收益分配规则在法院正常批准重整计划中的适用性和适配性问题。重整程序内在的谈判框架功能、对前顺位权利人的保护以及清算价值保障原则的实质遵守等考量,要求正常批准重整计划时适用相对优先原则,强制批准时亦同。绝对优先原则的反思与相对优先原则的普遍采用为中小微企业重整保留出资人权益的可能性和可行性提供了法理依据和前提条件。中小微企业出资人与经营者合一、经营者对重整不可或缺的属性为原则上保留出资人权益提供了正当性基础。经由分组表决机制的放弃牵引的担保权人、劳动债权人等前顺位权利人的特别保护,这种正当性又获得了进一步的补强。

中小微企业重整中出资人权益保留理论的阐明,为实现出资人权益保留的具体路径指明了方向。本文认为,中小微企业重整规则设计应当充分体现出资人权益保留与专业人员监督下的债务人自行管理的标准化和常态化、完善重整计划批准要件,并兼顾经营者保证债务的豁免问题。中小微企业重整规则建设不能固守成规,相关的制度供给与传统的大型企业重整制度相比必须保持适度的前瞻性、创新性、开放性,使中小微企业出资人/经营者产生充分的预期,为其尽早申请和积极推进重整程序提供强大的驱动力,促进困境中小微企业持续经营并早日获得再生。

来源: 清华法学微信公众号

网址: <https://mp.weixin.qq.com/s/IVkHn7Yjd4CguM-qMtQ61w>

5、律师在破产管理工作中非法收受他人财物的定性

储盛楠 周艺 叶慧奇 浙江省高级人民法院 浙江省温岭市人民法院

本文刊登于《人民司法》2024年第02期

案情

浙江省温岭市人民法院经审理查明：被告人蔡金龙系浙江某律师事务所律师。2018年4月，浙江省杭州市中级人民法院裁定受理浙江省国贸集团有限公司提出的对省某医药公司进行破产重整的申请。蔡金龙作为资产管理组成员参与管理人工作，主要负责资产调查和债权包的处置。2019年7月，管理人发布拍卖公告，将省某医药公司享有的债权包拍卖，并规定“与本标的物有利害关系的当事人（债务人、担保人）不得参加竞拍”。冯必福、陈学林、陈礼平、叶腾斌四人各自持股的铜业公司系省某医药公司的债务人，且冯必福等人是相关债务的担保人，不具备竞拍债权包的资格。经4人商议，冯必福出面和被告人蔡金龙联系寻求关照，并承诺与4人有利益关系之外的应收债权执行款到位后，将其中的40%作为好处费给予蔡金龙，蔡金龙予以认可。后冯必福等4人各自找人担任挂名股东，于2019年4月成立合盛公司参加竞拍。蔡金龙明知合盛公司由冯必福等人实际控制，没有竞拍资格，不但不予以制止，反而向管理人负责人和杭州中院隐瞒实情，并为冯必福等人竞拍成功和躲避调查等出谋划策，帮助合盛公司违规获得竞拍资格并最终底价拍得债权包。2019年8月，蔡金龙与施旺泉商量，由施旺泉出面，以蔡金龙的名义另行向冯必福等4人索要好处。合盛公司于2019年9月6日向蔡金龙指定的银行账户汇款278.05728万元，于2019年9月9日向施旺泉指定的银行账户汇款100万元。

裁判

温岭市法院经审理判决：被告人蔡金龙犯受贿罪，判处有期徒刑10年2个月，并处罚金60万元；被告人蔡金龙已退缴的犯罪所得依法予以没收，上缴国库。一审宣判后，被告人蔡金龙向浙江省台州市中级人民法院提出上诉。台州中院经审理裁定驳回上诉，维持原判。

评析

一、破产管理人是我国企业破产法设立的破产管理职位，其职责、行为性质与担任破产管理人的单位和个人原先的身份和职责无关

企业破产法第二十三条、第二十五条规定，“管理人依照本法规定执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督；调查债务人财产状况，制作财产状况报告、决定债务人的内部管理事务、管理和处分债务人的财产”等，显然，破产管理人职责与权限均由企业破产法及最高人民法院关于企业破产法的相关司法解释专门规定，与破产管理人原来单位性质无关。

二、破产管理人的职责内容属于协助法院审理破产案件，具有从事公务的性质

依据企业破产法第十三条、第二十二条规定，人民法院审理破产案件，管理人由人民法院指定，故破产管理人系法律设立的协助人民法院审理破产案件的职位，其行为从属于法院审理活动，具有依法从事公务的性质。

三、关于破产管理人民事责任的规定，并不决定破产管理人职权的性质

破产管理人经由人民法院依照相关法律规定指定后，其具体行使破产管理行为并非全由人民法院具体、直接指示，故破产管理人如未勤勉尽责，忠实执行职务，甚至故意违反企业破产法相关规定以及司法解释的规定行使职权，给债权人、债务人或者第三人造成损失，确属其本人而非法院指示过错的，理应由其自行承担该部分责任。

四、破产管理的事务性质与申请破产企业的所有权性质并无直接关联

回归申请破产案件审理和破产事务管理的本质，破产管理人行使的实际就是法院对申请破产企业资产、事务管理的权力，该事务、资产涉及公共利益，性质上应当属于公共事务、公共财产。故不论申请破产的企业是否属于国家出资企业，均不影响对破产管理人管理申请破产企业资产、事务性质的认定。

三、实务案例

1、实务案例 | 债权人对于其在破产程序中未受清偿部分是否有权要求保证人承担连带清偿责任？如有权，如何计算保证人所需承担连带责任？

(2021)沪74民初934号——华融华侨资产管理股份有限公司与王文良保证合同纠纷一审

裁判要旨：

《中华人民共和国企业破产法》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。”2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十四条第二款规定：“债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。”因此，原告对于其在破产程序中未受清偿部分有权要求被告承担连带清偿责任。

案件事实

一、关于涉案借款合同关系

2016年8月26日，案外人创荣投资中心（作为委托人）、上海银行（作为贷款人）与A公司（作为借款人）签订《借款合同》，约定贷款金额为6亿元，贷款期限自2016年9月2日至2019年9月2日止，月利率为0.625%，按季结息，结息日为该季末月14日，贷款逾期的，罚息利率为0.05%/天，自委托贷款的实际提款日起满18个月之日累计偿还委托贷款本金不少于5%，自委托贷款的实际提款日起满24个月之日累计偿还委托贷款本金不少于30%，在委托贷款期限届满日偿还剩余贷款本金。本合同若发生纠纷，诉讼费、律师费等相关费用由借款人承担。

同日，案外人创荣投资中心（作为委托人）、上海银行（作为贷款人）与A公司（作为借款人）、丹东E有限公司（作为抵押人，以下简称海洋红公司）、丹东C有限公司（作为抵押人，以下简称丹东A公司）及被告（作为保证人）签订《借款合同补充协议

一》，约定贷款期限自借款人实际提款之日起 36 个月，贷款利率采用固定利率，具体为自实际提款日起至实际提款日满 12 个月之日（含）的年利率为 7.5%，自实际提款日满 12 个月之日（不含）起至实际提款日满 24 个月之日（含）的贷款年利率为 7.5%，自实际提款日满 24 个月之日（不含）起至实际提款日满 36 个月之日（含）的贷款年利率为 9%，每个付息日应付利息=委托贷款本金余额×年利率×当期实际占用天数 / 360 天，当期占用的天数系指一个付息日（含）至下一个付息日（不含）的实际天数，首期占用的天数系指贷款实际提款日（含）至第一个付息日（不含）的实际天数。该协议第 11 条约定，借款人存在未按约定足额支付贷款本息、财务情况恶化导致无法按期偿还贷款本息等行为的，视为借款人一般违约，借款人除应按应付未付债务本金 0.05% / 天支付违约金外，委托贷款利率上浮至当期人民银行基准利率的 4 倍，直至《借款合同》项下的款项清偿完毕，委托人有权随时宣布贷款期限提前结束，从而加速收回部分或全部贷款，并要求担保人立即承担担保责任。该协议还约定，委托人与保证人就《借款合同》项下的主债权由保证人提供连带保证担保已达成一致意见，贷款人同意接受委托人的委托与保证人另行签订《借款保证合同》。

同日，案外人上海银行（作为债权人）与被告（作为保证人）签订《借款保证合同》，约定保证人所担保的主债权为贷款人上海银行与借款人A公司签订的《借款合同》项下的借款本金 6 亿元，保证担保范围为债权人在主合同项下所享有的全部债权，包括借款本金、利息、罚息、违约金、赔偿金及实现债权的费用（包括但不限于案件受理费、律师费），保证期间为借款人履行债务期限届满之日起 2 年。该合同第 8.12 条还约定，本合同项下有关的评估、保险、公证、仓储、保管、监管费用按国家相关规定执行或委托人承担；拍卖、变卖、保全、执行、律师费等费用由保证人承担。

2016 年 9 月 5 日，案外人上海银行向A公司发放贷款 6 亿元，借款凭证载明贷款到期日为 2019 年 9 月 2 日。

2018 年 3 月 30 日，案外人创荣投资中心（作为委托人）、上海银行（作为贷款人）与A公司（作为借款人）签订《借款合同补充协议（二）》，约定借款人于《借款合同》及《借款合同补充协议一》项下委托贷款届满之日一次性偿还剩余本金及利息，自本协议签订并生效之日起至本委托贷款清偿之前，如借款人及担保人发生影响委托

人及贷款人权益的事项（包括但不限于重组、进入破产程序等），委托人及贷款人有权按《借款合同》《借款合同补充协议》及其他相关交易文件约定的还本付息安排及违约金、相关费用计算方式计算债权总额并申报债权。

2020年3月18日，原告（作为受让方，乙方）与案外人创荣投资中心（作为转让方，甲方）签订《债权转让协议》，约定甲方将其对A公司的委托贷款债权80,880万元（其中，截至2019年4月4日，本金余额为6亿元，利息及其他金额为20,880万元）及其相关权益转让给乙方，转让价款为498,107,112.41元，基准日为2019年12月31日，交割日为乙方支付转让价款之日。自基准日（含）起，上述标的权益的所有权益、回现和收益等权利归属乙方所有，乙方承担自基准日（含）起的所有义务和风险。甲方同意在交割日将其享有的标的权益及该标的权益附带的所有权利和权益均不附带任何权利负担地转让予乙方。2020年4月14日，原告与创荣投资中心发布《债权转让暨债务催收联合公告》。2021年3月25日，原告致函被告，要求其承担保证责任。

二、关于案外人A公司破产案件审理情况

2019年4月4日，丹东中院裁定受理中国进出口银行等对A公司的重整申请。

2019年8月15日，丹东中院裁定对A公司、丹东A集团有限公司（以下简称丹东A集团公司）、辽宁B有限公司（以下简称B公司）、丹东A公司等四家公司采取实质合并重整方式进行审理，并指定丹东A集团公司管理人担任四家公司实质合并重整管理人。

2019年9月30日，丹东中院出具（2019）辽06破2-4号《民事裁定书》，确认中国进出口银行等1,278位债权人的债权。2020年1月20日，丹东中院出具（2019）辽06破2-6号《民事裁定书》，确认贵阳银行股份有限公司等83位债权人的债权。其中，创荣投资中心申报其对A公司的债权为1,095,878,422.11元，确认债权为80,880万元，系有财产担保的金融债权。

2019年11月20日，中通诚资产评估有限公司出具中通评报字[2019]13061号《丹东A集团公司等4家公司合并重整后模拟非主业板块股东全部权益价值咨询意见》（以下简称《咨询意见》），载明，该公司受丹东A集团公司等四家公司管理人的委托，

对其模拟非主业板块的股东全部权益价值出具咨询意见,认为丹东A集团公司等四家公司非主业资产合并重整后模拟的股权权益价值为 22,567,464,000 元,模拟注册资本为 276 亿元,折合每 1 元注册资本对应的模拟权益价值为 0.8177 元。

2019 年 12 月 20 日,北京F有限公司作出天兴咨字 [2019] 第 0205 号《丹东A集团公司拟以股抵债所涉及的丹东D有限公司(以下简称D公司)股东全部权益价值咨询报告》(以下简称《咨询报告》),部分内容包括:该公司受丹东A集团公司管理人委托,对丹东A集团公司拟以股抵债所涉及的D公司的股东全部权益在 2019 年 9 月 30 日的市场价值进行分析测算,截至 2019 年 9 月 30 日,丹东A集团公司以 8.95 平方公里土地以及地XX组XX委估企业进行增资,增资后注册资本增加到 491,790 万元;在考虑了丹东A集团公司于咨询基准日将 8.95 平方公里土地及地上泊位等经营性相关资产组注入D公司后,D公司股东全部权益市场价值为 492,150 万元。

2019 年 12 月 31 日,丹东中院裁定批准《A公司、丹东A集团公司、B公司、丹东A公司合并重整计划》(以下简称《合并重整计划》),终止重整程序。《合并重整计划》载明,丹东港系企业实质合并重整如能实施,丹东港系企业将形成港口产业平台和临港产业平台,原出资人权益将全部调整为零。其中,丹东A集团公司已于 2019 年 9 月 29 日注册成立了D公司,该公司将作为港口产业平台,注册资本为 49.18 亿元。丹东A集团公司作为临港产业平台,持有临港产业资产,注册资本金额为 276 亿元,全部由债权人根据本重整计划的规定持有;在重整计划执行过程中,拟更名为丹东B集团有限公司(以登记机关最终核准登记名称为准,以下简称临港集团),吸收合并A公司、B公司、丹东A公司。有财产担保债权中,每家债权人 30 万元以下(含 30 万元)的部分以现金方式全额清偿,每家债权人超过 30 万元的部分,按照以下方式进行清偿:(一)在临港集团留债并在重整计划批准之日起 20 年内清偿完毕,延期清偿期间暂不支付利息,留债的本金偿还、利息偿付等相关安排由临港集团根据经营状况、实际偿付能力与相关债权人协商确定。上述留债的债权总金额不超过 40 亿元。有意选择留债延期清偿的有财产担保债权人应在重整计划批准之日前向管理人提出书面申请,逾期未提出书面申请,视为放弃留债选择。(二)除选择留债延期清偿的有财产担保债权外,剩余的有财产担保债权,每家债权人的有财产担保债权(扣除现金清偿和留债清偿的债

权金额)的3.75%由债务人以1:1的比例以D公司的注册资本(股权)进行抵偿;每家债权人的有财产担保债权(扣除现金清偿和留债清偿的债权金额)的96.25%由债务人按照1:1的比例以临港集团的注册资本(股权)进行抵偿。本重整计划以股权抵偿债权并不当然视为全额清偿,债权人未获全额清偿的债权部分仍然可以向保证人和其他连带债务人进行追偿。以股权抵偿债权的清偿率可参照以下公式计算:清偿率=(抵偿获得的股权数量×每股价值)/股权抵偿对应的债权金额。

2020年9月16日,丹东A集团公司向创荣投资中心支付30万元。2020年9月29日,创荣投资中心向原告支付30万元,摘要显示为“老东北重整清偿”。

2020年12月31日,丹东中院裁定确认《合并重整计划》执行完毕。

三、关于原告所主张的因实现债权而发生的费用

2021年3月8日,原告与案外人华XXX管理有限公司签订《授权委托书》,委托该公司就原告与海洋红公司、被告担保合同纠纷事宜与北京市汉韬律师事务所签订合同,并代为支付原告为实现债权所支出的全部费用,包括但不限于律师费、诉讼费、公证费、保全费、公告费、诉讼财产保全责任保险费等。2021年3月12日,华XXX管理有限公司与北京市汉韬律师事务所签订《委托代理合同》,约定因A公司投资纠纷一案委托该律师事务所代理诉讼及诉讼相关事宜,本案采用一般风险代理,华XXX管理有限公司将所需全部材料提交该律师事务所后3个工作日内,完成立案的,华XXX管理有限公司支付律师代理费15万元。2021年5月21日,华XXX管理有限公司支付北京市汉韬律师事务所15万元。原告在申请本案财产保全中提供了诉讼财产保全责任险保险单作为担保,华XXX管理有限公司为此支付保险费70,934.13元。此外,华XXX管理有限公司还向北京市长安公证处支付公证费4,808元。

裁判结果:

一、被告王文良应于本判决生效之日起十日内向原告华融华侨资产管理股份有限公司连带清偿141,839,448.32元;

二、被告王文良应于本判决生效之日起十日内向原告华融华侨资产管理股份有限公司赔偿律师费损失15万元;

三、驳回原告华融华侨资产管理股份有限公司的其余诉讼请求。

若未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 751,141.25 元，由原告华融华侨资产管理股份有限公司负担 2,000 元，被告王文良负担 749,141.25 元；财产保全费 5,000 元，公告费 200 元，均由被告王文良负担。

裁判理由：

案外人创荣投资中心与被告签订了《借款合同》，被告为案外人A公司在《借款合同》项下的债务向其提供连带责任保证，现A公司已破产重整，丹东中院裁定确认创荣投资中心对A公司享有债权。原告自创荣投资中心处合法受让债权，可以享有创荣投资中心作为债权人的权利。《中华人民共和国企业破产法》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。”2000年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十四条第二款规定：“债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。”因此，原告对于其在破产程序中未受清偿部分有权要求被告承担连带清偿责任，本案的关键问题在于原告在《借款合同》项下的债权是否已足额受偿，如未足额受偿，未受偿的债权金额是多少。

首先，根据丹东中院在A公司破产案件中出具的民事裁定，创荣投资中心对A公司的债权为 80,880 万元，系有财产担保的金融债权。其次，根据《合并重整计划》，创荣投资中心的受偿情况为：现金 30 万元，以及D公司的股权 30,318,750 股 [计算方式为： $(80,880 \text{ 万元} - 30 \text{ 万元}) \times 3.75\%$] 和临港集团的股权 778,181,250 股 [计算方式为： $(80,880 \text{ 万元} - 30 \text{ 万元}) \times 96.25\%$]。同时，《合并重整计划》明确载明，重整计划中以股权抵偿债权并不当然视为全额清偿，清偿率=（抵偿获得的股权数量×每股价值）/ 股权抵偿对应的债权金额。对于每股的价值，《咨询报告》载明，D公司每股价值为 1.0007 元（保留小数点后四位，计算方式为： $492,150 \text{ 万元} / 491,790 \text{ 万元}$ ）；《咨询意见》载明，临港集团每股价值为 0.8177 元（保留小数点后四位）。需要说明的是，对于创荣投资中心取得的股权，原告陈述，破产管理人在计算债转股数时，对

其在D公司的股权按照 3.75119659471285% 计算，计算结果为 30,328,424.47 股，对在临港集团的股权按照剩余债权 778,171,575.53 元（计算方式为：80,880 万元-30 万元-30,328,424.47 元）1: 1 折抵股数，考虑到在破产重整程序中，创荣投资中心所取得的股数已经固定，且两种股权价值不同，该种股数计算方式有利于被告，故本院予以认可。据此计算，创荣投资中心在A公司破产重整案件中受偿金额为：666,960,551.68 元（计算方式为：30 万 + 30,328,424.47 股 × 1.0007 元 / 股 + 778,171,575.53 股 × 0.8177 元 / 股），故创荣投资中心未受偿金额为 141,839,448.32 元（80,880 万元-666,960,551.68 元）。原告自创荣投资中心处合法受让债权，已通知债务人和保证人，并在保证期间内向被告主张权利，故被告应对此承担连带清偿责任。

关于原告主张的律师费损失，一般而言，保证人承担责任的范围不应超过主债务人的责任范围，但本案《借款合同》中约定，应由保证人承担本合同项下发生的律师费等费用，且原告已提交代理合同、支付凭证等证据证明其已实际支出了该笔费用，故应由被告承担。此外，对于原告主张的公证费损失和财产保全保险费损失，因《借款合同》约定公证费用由委托人承担，而对于财产保全保险费则无明确约定，故本院不予支持。

来源：王华宝整理 企业法律顾问实务研究微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/Y3Gzff8YQwzcBWG1P87ktA>

2、【破产法】湖南高院案例：应否以债务人有隐匿、转移财产等行为，为了逃避债务而申请破产为由驳回破产申请？

湖南省高级人民法院（2023）湘破终3号“湖南鑫凯房地产开发有限公司破产上诉案”

【裁判要旨】

首先，是否会发生损害债权人利益的逃债行为，与破产原因是否存在以及是否可启动破产程序是两个不同的基础事实，判断标准亦不相同。破产程序本身并不会产生逃债的后果，而且规范的破产程序恰恰是制止、纠正债务人欺诈逃债行为最有利的法律保障。其次，破产案件若干规定之所以将债务人隐匿、转移财产的行为视为不予受理的情形，是因为《中华人民共和国企业破产法（试行）》和该规定中没有关于隐匿、转移财产行为无效和追回权的规定，并且又理想化地认为只要不让债务人破产就可以防止其逃避债务。相较而言，现行有效的企业破产法第三十三条和第三十四条分别对债务人隐匿、转移财产的行为作出了规制，如果仍然按照破产案件若干规定第十二条一款的指导精神执行，则企业破产法的前述两条规定便有被架空之嫌疑，与立法精神不符。再次，《最高人民法院关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》（法释〔2008〕10号）、《最高人民法院关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》（法发〔2009〕36号）等规定实质上否定了破产案件若干规定第十二条和第十四条的内容，债务人财产下落不明，既不影响破产案件的受理，也不阻碍破产案件的审理。

【案件事实】

一审法院认定事实：2022年6月13日，鑫凯公司管理人向沅陵县公安局提交《报案报告》，以鑫凯公司管理人聘请的工作人员唐福兴及鑫凯公司法定代表人孙国民涉嫌职务侵占罪为由，请求沅陵县公安局立案调查，并协助追回所侵占资金。2022年6月14日，沅陵县公安局作出沅公（经）立字[2022]0548号立案决定书，决定对唐福兴挪用资金案立案侦查。2022年6月22日，一审法院以鑫凯公司管理人反映孙国民等相关人员存在收取购房款未进入公司账户且无法查明去向等问题可能涉嫌犯罪为由，向沅陵县公安局移送《案件线索移送函》（附：1.移交公安机关立案侦查申请书一份；2.鑫凯公司管理人对唐福兴的报案报告一份；3.鑫凯公司

管理人报案材料一份),公安机关至今未立案处理。2023年2月21日,鑫凯公司管理人向一审法院提交《关于鑫凯公司民间融资和售楼款现金收入去向不明的汇报》[附:《鑫凯公司借贷债权》;《鑫凯公司鸳鸯鑫苑商品房销售明细表》;怀化长源(2020)审字第20050号《鑫凯公司财产状况报告》]。2023年3月8日,鑫凯公司管理人向一审法院提交《关于申请驳回鑫凯公司破产重整申请的报告》,以鑫凯公司存在法定事由(鑫凯公司不提供完整的财务会计凭证和不动产证等重要凭证,导致在登记债权和资产清查过程中无法查实相关经济往来;鑫凯公司债务形成大部分不通过公司公账而用现金交易;鑫凯公司110573346.2元巨额资金去向不明,且无法给出合理的书面解释,未提交证明资金合理去向的证据;鑫凯公司所借资金和部分售楼款被实际控制人、股东、高管、财务经办人等收取现金或转入私人账户;鑫凯公司的行为与破产法规定的以债务人全部财产对债权人公平清偿的原则相违背,有借破产重整之际隐匿财产、逃避债务之嫌),申请一审法院依法驳回鑫凯公司的破产重整申请。

2023年6月15日,一审法院向鑫凯公司送达了(2019)湘12破8号之三通知书,要求鑫凯公司于2023年6月20之前就“民间融资和售楼款现金收入去向不明等事项”向其作出书面说明。2023年6月15日,鑫凯公司向一审法院提交《延期“书面说明”申请》。2023年6月19日,鑫凯公司向一审法院提交《关于“湖南省怀化市中级人民法院通知书”的情况说明》。2023年6月20日,一审法院听取了孙国民、鑫凯公司管理人负责人杨志中的意见。2023年6月21日,一审法院向鑫凯公司送达了(2019)湘12破8号之四通知书,要求鑫凯公司于2023年7月20之前就“民间融资和售楼款现金收入去向不明等事项”再次向其作出书面说明。2023年7月20日,鑫凯公司向一审法院提交《关于“怀化市中级人民法院通知书”以及“接待笔录”有关鑫凯公司资金问题的说明》。2023年7月20日,一审法院再次听取了孙国民、杨志中的意见。截止2023年7月,相当部分债权人以鑫凯公司巨额财产下落不明且不能给出合理解释为由向一审法院申请驳回鑫凯公司破产申请。

对于一审查明的事实,二审予以确认。

二审查明:2019年10月25日,鑫凯公司以经营不善、不能清偿到期债务、且资产不足以清偿全部债务为由,向一审法院申请重整。一审法院于2019年11月22日作出(2019)湘12破申10号民事裁定书,裁定受理鑫凯公司的重整申请。2019年11月29日,一审法院作出(2019)湘12破8号决定书,指定湖南华信求是会计师事务所有限公司(以下简称华信求是

公司)担任鑫凯公司管理人。2020年3月3日,本院发布《湖南法院企业破产案件管理人评级公告》及《湖南省法院系统一二三级破产管理人名录》,华信求是公司并未列入名录中。2023年10月31日,一审法院作出(2019)湘12破8号之八决定书,以管理人的工作人员唐福兴因挪用鑫凯公司售房资金被沅陵县公安局立案侦查、华信求是公司对此负有管理责任为由,解除华信求是公司的管理人职务。

鑫凯公司进入破产程序后,管理人接管了鑫凯公司的财产、印章、证照、财务账簿和会计凭证等资料,调查了鑫凯公司财务状况,怀化长源联合会计师事务所接受委托对鑫凯公司的财产状况进行审计,出具了怀化长源(2020)审字第20050号《鑫凯公司财产状况报告》。根据《鑫凯公司财产状况报告》,截至2019年12月31日,鑫凯公司账面资产总额为201160233.77元,负债总额为423114482.52元,其中初步核定债权金额为265661741.06元,另有不予确认债权、待确认债权。管理人对申报债权进行审核后,就其核定的债权人数402户、总额247676493.26元的债权编制了《债权清册》,包括:鑫凯公司建设工程债权14户,15193566.60元;职工债权45户,2129852.29元;税费债权1户,5249835.04元;购房债权11户,3855913.00元;普通债权331户,221247326.33元。2020年10月12日,鑫凯公司第一次债权人会议召开,完成了鑫凯公司财产状况报告和申报债权核查,债权人、债务人对《债权清册》中的40户债权金额均无异议,一审法院裁定确认。2021年1月26日,鑫凯公司第二次债权人会议召开,表决通过了《鑫凯公司破产重整继续经营方案》。重整过程中,沅陵县帮扶工作专班配合鑫凯公司就顺鑫佳苑、荷花公寓、顺鑫大楼等小区的已售房屋办理了不动产权证,与投资人就鸳鸯鑫苑一期1号楼签订了投资协议、施工合同,与投资人就兴盛国际大酒店签订了整体租赁经营协议。目前,鑫凯公司已制定《重整计划草案》,拟提交第三次债权人会议讨论表决。

另查明,根据本院对鑫凯公司涉诉及涉执行情况检索的结果,在一审法院于2019年11月22日裁定受理鑫凯公司重整前,鑫凯公司作为被执行人的执行案件有数十件,其中终结本次执行程序的16件,终结执行的14件。

再查明,刘志平与鑫凯公司的商品房预售合同纠纷一案,一审法院于2014年10月27日作出(2014)怀中民二初字第53号民事判决,鑫凯公司不服,向本院提出上诉,本院以原审判决认定事实不清为由,于2015年3月31日作出(2015)湘高法民一终字第35号民事裁定,撤销(2014)怀中民二初字第53号民事判决,发回重审。一审法院再次做出(2015)怀中民

二初字第 93 号民事判决，鑫凯公司再次提出上诉，本院以（2015）湘高法民一终字第 427 号民事判决，驳回上诉，维持原判。鑫凯公司不服，向检察机关申诉。最高人民检察院于 2021 年 11 月 12 日作出高检民监〔2018〕250 号民事抗诉书，向最高人民法院提出抗诉。最高人民法院于 2022 年 1 月 21 日作出（2021）最高法民抗 38 号民事裁定，指令本院再审，本院经再审后作出（2022）湘民再 178 号民事裁定，撤销（2015）湘高法民一终字第 427 号民事判决及（2015）怀中民二初字第 93 号民事判决，将本案发回一审法院重审。一审法院经审查认定双方签订的商品房买卖合同标的 1000 万元为借款，买卖合同中所涉房屋系为借款的偿还提供担保，且刘志平已以民间借贷纠纷为由向怀化市鹤城区人民法院起诉了鑫凯公司，该案刘志平已胜诉且申请了执行，但因鑫凯公司进入破产程序而执行终结，刘志平主张房屋买卖关系既违反法律规定，又不符合双方的真实意思表示，故一审法院于 2023 年 6 月 15 日作出（2023）湘 12 民初 10 号民事判决，驳回刘志平的诉讼请求，该判决已生效。

还查明，杨祝成、刘志平、金大谋、段志恒等 21 人以债权人名义向本院提交了《请求严厉打击鑫凯公司孙国民一伙以破产重整为名实为逃避债务的报告》，以鑫凯公司部分借款、售楼款去向不明为由，请求驳回鑫凯公司破产申请。经查，金大谋、段志恒等部分签名人均不是《债权清册》中列明的债权人。2023 年 8-9 月，209 名债权人均与鑫凯公司就偿债来源、减免数额、清偿期限以及重整期间对鑫凯公司经营管理的监督、投资人招募等内容达成一致协议。

【裁判结果】

一审法院裁定：驳回鑫凯公司的破产申请。二审法院裁定：一、撤销湖南省怀化市中级人民法院（2019）湘 12 破 8 号民事裁定；二、湖南鑫凯房地产开发有限公司破产程序继续进行。

【裁判理由】

一审法院认为：其受理鑫凯公司破产申请后，鑫凯公司管理人发现鑫凯公司巨额财产下落不明且不能合理解释财产去向。经一审法院两次书面通知，鑫凯公司对上述问题虽然提交了书面说明和附表，但未提交财务凭证、银行流水、收款收据等充分有效的证据予以佐证。另外，鑫凯公司在经营过程中存在收入、支出均不入账且涉及金额巨大的情形。鑫凯公司财产真实状况无法查明，清产核资不能完成，难以实质判断鑫凯公司是否具有重整价值，且破产清算亦难以开展。同时，鑫凯公司的行为与企业破产法规定的以债务人全部财产对债权人公平清偿的原

则相违背，有借破产程序之机转移隐匿财产，逃避债务之嫌，继而在现有财产基础上对债权人进行清偿将严重损害债权人合法利益。

二审法院认为：本案二审的争议焦点是鑫凯公司的破产程序是否应当继续进行。

第一，关于本案鑫凯公司是否满足企业破产法规定的破产原因。破产原因是指认定当事人得以提出破产申请、法院据以启动破产程序的法律事实，即引起破产程序发生的原因。本案中，一审法院裁定受理鑫凯公司的破产重整申请后，又根据企业破产法第十二条第二款“人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现债务人不符合本法第二条规定情形的，可以裁定驳回申请……”的规定裁定驳回鑫凯公司的破产申请，也即认为鑫凯公司不具有破产原因。企业破产法第二条第一款规定：“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。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（以下简称破产法司法解释一）第一条第一款规定：“债务人不能清偿到期债务并且具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因：（一）资产不足以清偿全部债务；（二）明显缺乏清偿能力。”根据前述规定，判断债务人是否具备破产原因有两个并列标准，一是债务人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务；二是债务人不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力。

首先，关于鑫凯公司是否不能清偿到期债务。破产法司法解释一第二条规定：“下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：（一）债权债务关系依法成立；（二）债务履行期限已经届满；（三）债务人未完全清偿债务。”本案中，鑫凯公司在申请破产重整前，在全省范围内的涉诉案件已经达到一百余件，因鑫凯公司未履行生效判决所确认的义务，作为被执行人被申请执行的案件达数十件，被终结本次执行或终结执行的案件达三十件。可见，相关债权经人民法院强制执行仍未获清偿，且此种未获清偿的状态并非是因一时的资金周转困难等问题暂时中止支付，而是在较长期间内持续不能清偿，也即“债务人未完全清偿债务”的条件已经成就。因此，本案应认定鑫凯公司存在不能清偿到期债务的情形。

其次，关于鑫凯公司的资产是否不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力。本案中，鑫凯公司于2019年10月25日向一审法院申请重整，一审法院受理其破产重整申请的裁定载明，截至2019年9月30日，鑫凯公司账面资产总额209880700元，负债总额423719600元，资产负债率201.89%。且管理人还提交了《鑫凯公司财产状况报告》，该份报告是由第三方审计机

构独立出具，载明：截至2019年12月31日，鑫凯公司账面资产总额为201160233.77元，负债总额为423114482.52元。故可证明受理破产后至破产宣告前，经管理人详细调查鑫凯公司财务状况后，亦符合前述规定的“资不抵债”的条件。并且，破产法司法解释一第四条规定：“债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：（一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；（二）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；（三）经人民法院强制执行，无法清偿债务；（四）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；（五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。”本案中，如前所述，鑫凯公司经人民法院多次强制执行，均无法清偿债务，已经符合前述规定第一项、第三项的情形，且司法解释的上述规定并未要求所列五种情形必须同时满足才可认定为明显缺乏清偿能力，只要具备其中一项情形，即使鑫凯公司账面资产大于负债，也应当认定其明显缺乏清偿能力。

其次，企业破产法以破产案件的受理而不是作出破产宣告为破产程序的开始，所以破产原因是指破产程序启动即破产案件受理的原因。破产原因的存在，仅在破产案件受理时的时点上具有对破产程序启动与否的实质性意义，破产程序启动后债务人是否仍具有破产原因，对破产程序的进行不再具有实质影响。因此，虽然管理人主张鑫凯公司进入破产程序后通过诉讼追回了7000万元的资产，加上新开发的鸳鸯鑫苑3号楼应收售楼款709万余元，鑫凯公司的资产有所增加，但是如前所述，判断是否符合破产原因的时间节点是破产案件受理之时，且本案在进入破产程序后，经管理人和一审法院对鑫凯公司的财务状况进行审查，其申请破产时具备破产原因的状态并未发生改变。另外，根据前述司法解释的规定，债务人明显缺乏清偿能力或有丧失清偿能力的可能，即可申请破产重整。判断债务人是否缺乏清偿能力或由丧失清偿能力的可能，不是以资产负债状况为标准，而是以现金流为标准，债务人资金严重不足不能清偿到期债务，即可认定明显缺乏清偿能力。根据查明的事实，鑫凯公司在破产申请之前已有上百件诉讼和执行案件，包括工程款、职工工资等在内的多笔债务，因资金不足未依法及时清偿，已明显缺乏清偿能力。在鑫凯公司破产程序启动之后，即使其重新追回了财产、获得了收益、资产大于负债，也不影响破产程序的推进。鑫凯公司财产处置款项分配给全体债权人后如仍有剩余的，剩余财产依法归股东享有，人民法院依法继续审理破产案件既不会损害债权人利益，也不会损害债务人利益。综上，一审法院受理鑫凯公司重整申请时，鑫凯公司已具有破产原因，在

重整申请受理后的相关破产程序推进中,并无相关事实和证据推翻鑫凯公司在重整申请受理时具有破产原因这一前提,原审裁定适用企业破产法第十二条缺乏事实依据,适用法律不当,本院予以纠正。

顺予指出,即使鑫凯公司重整期间存在管理人所主张的不提供完整的财务会计凭证和不动产权证等重要凭证,导致管理人无法核查鑫凯公司财产状况,欺诈、恶意减少财产或者其他显著不利于债权人的行为,或重整计划草案未获得通过批准等无法进行重整的情况,也应当根据企业破产法第七十八条、第七十九条和第八十八条等规定由重整转入清算程序,而不是径行驳回其破产重整申请。

第二,关于能否以鑫凯公司有隐匿、转移财产等行为,为了逃避债务而申请破产为由驳回破产申请。本案中,管理人以鑫凯公司大部分资金都未进入公司公账、巨额财产去向不明、有借破产重整隐匿财产和逃避债务之嫌等为由向一审法院申请驳回鑫凯公司的破产重整申请。一审法院依据破产案件若干规定第十二条“人民法院经审查发现有下列情况的,破产申请不予受理:(一)债务人有隐匿、转移财产等行为,为了逃避债务而申请破产的;(二)债权人借破产申请毁损债务人商业信誉,意图损害公平竞争的”以及第十四条“人民法院受理企业破产案件后,发现不符合法律规定的受理条件或者有本规定第十二条所列情形的,应当裁定驳回破产申请。人民法院受理债务人的破产申请后,发现债务人巨额财产下落不明且不能合理解释财产去向的,应当裁定驳回破产申请”的规定,驳回了鑫凯公司的破产申请。

对此,本院认为,首先,是否会发生损害债权人利益的逃债行为,与破产原因是否存在以及是否可启动破产程序是两个不同的基础事实,判断标准亦不相同。破产程序本身并不会产生逃债的后果,而且规范的破产程序恰恰是制止、纠正债务人欺诈逃债行为最有利的法律保障。针对隐匿、转移财产、无偿转让财产、以明显不合理的价格进行交易等欺诈行为或对没有财产担保的债务提供财产担保等对个别债权人的偏袒性清偿行为,企业破产法第三十一条、第三十二条、第三十三条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第十七条专门规定了破产撤销权和无效行为制度,以纠正欺诈逃债行为,保护债权人的利益。如果依法应当进入破产程序的债务人不进入破产程序,债务人可能因为人民法院的不予受理、驳回申请裁定而更加为所欲为、逍遥法外。相反,通过破产程序,债务人财产的管理权、处理权,财务账册、债权债务名册等重要的资料都必须移交给管理人,由管理人集中统一

追回财产更加有利于债权人。如债务人的董事、监事或者高级管理人员等违反忠实勤勉义务，造成债务人企业破产，还可以根据企业破产法第六条、第一百二十五条等规定依法追究其民事责任。本案中，如鑫凯公司确实存在隐匿、转移财产等行为，可通过破产程序中的撤销、无效制度予以追回，孙国民对前述行为负有过错的，人民法院还可对其采取训诫、罚款等处罚。并且，鑫凯公司是孙国民持股 100% 的一人有限责任公司，如孙国民不能证明公司财产独立于其自身财产的，应当依据企业破产法和公司法的相关规定对公司债务承担连带责任。也即在此情况下，鑫凯公司的现有财产、依法追回的财产及将来取得的财产均应纳入破产财产，向全体债权人清偿，孙国民的个人财产也应作为全体债权人的偿债财产，其个人对破产企业的债务负无限连带责任，并不存在鑫凯公司破产重整，股东及法定代表人孙国民就完全免除偿债责任。因此，本案破产程序继续进行不但不会导致逃债的后果，还更有利于全体债权人利益的保护。

其次，破产案件若干规定是 2002 年最高人民法院为正确适用当时施行的《中华人民共和国企业破产法（试行）》制定的司法解释（法释〔2002〕23 号）。企业破产法第一百三十六条规定：“本法自 2007 年 6 月 1 日起施行，《中华人民共和国企业破产法（试行）》同时废止。”在《中华人民共和国企业破产法（试行）》废止后，破产案件若干规定并不是针对现行有效的企业破产进行的司法解释。破产案件若干规定之所以将债务人隐匿、转移财产的行为视为不予受理的情形，是因为《中华人民共和国企业破产法（试行）》和该规定中没有关于隐匿、转移财产行为无效和追回权的规定，并且又理想化地认为只要不让债务人破产就可以防止其逃避债务。相较而言，现行有效的企业破产法第三十三条和第三十四条分别对债务人隐匿、转移财产的行为作出了规制，如果仍然按照破产案件若干规定第十二条一款的指导精神执行，则企业破产法的前述两条规定便有被架空之嫌疑，与立法精神不符。

再次，《最高人民法院关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》（法释〔2008〕10 号）规定：“债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算，符合企业破产法规定的，人民法院应依法予以受理。债务人能否依据企业破产法第十一条第二款的规定向人民法院提交财产状况说明、债权债务清册等相关材料，并不影响对债权人申请的受理。人民法院受理上述破产案件后，应当依据企业破产法的有关规定指定管理人追收债务人财产；经依法清算，债务人确无财产可供分配的，应当宣告债务人破产并终结破产程序；破产程序终结后二年内发现有依法应当追回的财产或者有应当供分

配的其他财产的，债权人可以请求人民法院追加分配。债务人的有关人员不履行法定义务，人民法院可依据有关法律规定追究其相应法律责任；其行为导致无法清算或者造成损失，有关权利人起诉请求其承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。”《最高人民法院关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》（法发〔2009〕36号）第二条规定：“为保障国家产业结构调整政策的落实，对于已经出现破产原因的企业，人民法院要依法受理符合条件的破产清算申请，通过破产清算程序使其从市场中有序退出。对于虽有借破产逃废债务可能但符合破产清算申请受理条件的非诚信企业，也要将其纳入到法定的破产清算程序中，通过撤销和否定其不当处置财产行为，以及追究出资人等相关主体责任的方式，使其借破产逃废债务的目的落空，剥夺其市场主体资格。对债权人申请债务人破产清算的，人民法院审查的重点是债务人是否不能清偿到期债务，而不能以债权人无法提交债务人财产状况说明等为由，不受理债权人的申请。”前述规定实质上否定了破产案件若干规定第十二条和第十四条的内容，债务人财产下落不明，既不影响破产案件的受理，也不阻碍破产案件的审理。原审裁定适用破产案件若干规定第十二条和第十四条驳回鑫凯公司的破产申请，适用法律错误，本院予以纠正。

第三，关于本案是否因鑫凯公司涉非法集资而应被驳回破产申请的问题。管理人还主张鑫凯公司涉嫌非法集资，但并未提交充分的证据证明，亦未提交证据证明公安机关已就鑫凯公司涉嫌非法集资立案侦查。并且，退一步说，即便鑫凯公司涉嫌非法集资，一般情况下，如刑事程序已经先行启动，通过刑事追缴退赔程序能够实现公平清理企业全部债权债务的，人民法院才不予受理当事人提出的破产申请。如刑事程序不能实现所有债权债务公平清理的，应在破产程序中统筹考虑刑事判决的执行，将应向受害人发还的债权数额在破产程序中统一处理。因此，债务人涉嫌非法集资并不必然导致破产申请不予受理，更不是受理后驳回破产申请的充分条件或必要条件。本案中，鑫凯公司的债务人人数众多、债权种类复杂、债权金额较大，难以通过个案执行程序公平清理其所有的债权债务，通过破产程序这一概括执行程序更能依法、全面、公平、合理地清理其所有债权债务关系。并且，向本院递交申请驳回鑫凯公司破产申请的报告中，有相当部分的签字人并非经管理人、债权人会议和法院审核确认的债权人，事实上，本案有两百余名经确认的债权人已经与鑫凯公司签订协议，对在重整程序中统一安排偿债计划明确表示同意，鑫凯公司破产程序的继续进行也体现了相当部分债权人的意愿。

综上所述，鑫凯公司的上诉请求成立，其在申请破产重整时符合法律规定的破产原因，应依法裁定受理其破产申请。

来源：薛恒师整理 民法研习微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/E8PpYx5iaqiyxzHd5Nec1g>

3、深圳首宗庭外重组案顺利办结

深圳市破产管理人协会（下称“协会”）自2023年7月发布《深圳市破产管理人协会庭外重组、和解法律服务操作流程（试行）》（下称《庭外重组和解操作流程》）以来，积极探索开展庭外委托重组和解业务。近期，协会会员单位上海市锦天城（深圳）律师事务所（下称“锦天城律所”或“受托人”）受协会指派，顺利办结一宗庭外重组案件。

一、案件简介

2023年9月，协会收到深圳市中级人民法院（已有破申号）转递的深圳市某照明公司（下称“照明公司”）被债权人申请破产清算案件，为探索案件是否存在庭外债务重组和解可能性，协会指派协会会员单位锦天城律所作为受托人组织庭外重组和解工作。

锦天城律所根据多年办理破产案件的经验，调查债务人债权与财产状况，充分了解并归纳案件包含债权人、债务人以及投资人在内的各方诉求，引导化解各方矛盾和忧虑，针对本案症结及重组和解难点，综合制定并及时调整重组和解方案。经积极开展委托重组和解工作，最终，本案成功引入优质投资人，投资人与破产申请人（最大债权人）、债务人成功达成庭外债务重组和解方案，申请人撤回了破产申请。

本案中：投资人在两个月内高效完成了对照明公司绝对控股权的收购；照明公司获得重组资金能够继续经营甚至扩大业务规模；申请人的债权达到了满意的清偿；其它债务因为投资人进入并继续经营公司将获得清偿；原实控人从巨额债务中获得解脱且保留小比例股权，这是一个多方共赢的结果。

二、案件办理经过

（一）受托人工作

锦天城律所接受指派后立即组建工作团队，开展对债务人公司的前期尽职调查，根据调查

结果及案件办理经验拟定工作方案，随后联系债务人实控人（持股比例 97.51%）开展工作。

根据实控人披露，债务人是一个轻资产公司，资产仅为被法院查封的银行账户余额约十几万元以及应收账款五百多万元，而负债总额约为六七百万余元，其中包含职工债权、社保债权和普通债权。债务人已停止经营达二年，因欠付职工债权，无留守工作人员，目前仅有实控人能够做一些力所能及的配合工作。在此情况下，受托人协助债务人梳理资产和负债情况，了解和发掘债务人的重整价值，与实控人充分沟通破产程序的法律后果和处理路径，积极调动实控人重组和解意愿，并协助实控人整理公司资产及负债资料。

在受托人的协助下，实控人在“深破通”平台提交委托申请书及股东会决议等申请材料，申请协会提供庭外重组/和解法律服务，协会指定锦天城律所宗士才律师作为受托人办理本庭外重组和解案件，2023年10月12日，“深破通”平台生成“深企庭外重组（2023）第1号”案号。

（二）重整/和解价值发现

经受托人分析，受上游房地产企业陷于困境的影响，债务人应收帐款追收难度和追收成本高，追收周期长，追收回的可能性微乎其微。但是债务人从事照明工程行业多年，具备广东省住房和城乡建设厅颁发的照明工程设计资质甲级证书、城市及道路照明工程专业承包一级证书，深圳市住房和建设局颁发的建筑工程施工总承包三级证书、市政公用工程施工总承包三级证书、电子与智能化工程专业承包二级证书等相应的从业资质以及软件著作权、专利等无形资产若干，且前述资质均在有效期内。由此，受托人经综合分析认为债务人具备重组和解价值，属于陷入财务困境但仍具有经营价值和再生希望的企业。基于此，为最大程度挽救企业，尽快盘活存量资产，受托人经研判认为本案可以通过债权人、债务人及利益相关方利用庭外协议重组等方式，推动企业债务、股权结构和业务重组，恢复生产经营。

（三）投资人引入

受托人依托协会资源积极招募意向投资人，并引荐意向投资人与实控人召开意向投资会议。此外，实控人通过其它途径积极寻找意向投资人。但因债务人欠款较多、股权被冻结、已被债权人申请破产且债务人未能提交第三方出具的审计报告等资产及负债资料，导致投资人存在投资顾虑。在此基础上，受托人及时答复意向投资人法律方面的问题、积极配合意向投资人尽调、充分挖掘债务人的投资价值并多次线上及线下参与意向投资协商会议。

最终，在受托人及实控人的努力下，债务人、实控人与照明行业具有影响力的企业指定的代表达成投资意向。

(四) 重组和解模式的灵活适用

经受托人与投资人多番协商沟通，受托人了解到投资人的投资目的是通过持有债务人股权进而享有债务人建工及照明工程资质，而债务人的相关资质根据相关部门的续期要求，如投资人不能在资质到期前数月完成投资变更并开展续期工作，债务人的相关资质过期后将不再具有价值。基于此，尽快推动重组和解程序，受托人协助起草三方《意向投资协议》，对投资方式、投资金额、保证金、投资事项安排等进行规定。

但因债务人在受托人发出《限期提交材料通知函》后仍无法提交符合庭外和解工作要求的财务、资产、债权等资料，导致《意向投资协议》一度无法签署。另外，债务人与全体债权人达成庭外重组和解方案后与庭内破产程序相衔接的模式从时间上难以实现投资人的投资目的。基于此，受托人及时调整重组和解模式，即，在重组投资人参与下，由债务人与全体债权人达成庭外和解，调整为债务人与破产申请人达成庭外和解模式。

本案债务人与破产案件申请人在诉讼、执行及破产听证阶段都曾经尝试过和解，但因双方存在沟通问题且债务人无力支付部分和解款项，导致最终未能达成和解，债务人被申请破产清算。受托人根据多年办理破产案件的经验，充分与债权人沟通破产的法律后果和处理路径，积极调动债权人和解意愿，并通过引入投资人及投资资金，促使债务人与破产申请人达成和解协议。

(五) 重组和解成功

2023年11月23日，在人民法院、协会及受托人的努力下，破产申请人向深圳市中级人民法院提交申请书，申请撤回对债务人的破产清算申请。深圳市中级人民法院同日做出准许撤回破产申请的民事裁定书。次日，债务人在深圳市市场监督管理局官网完成法定代表人、投资人及公司管理成员信息变更。

三、案件办理效果

本案已顺利办结，在深圳市中级人民法院指导下，在协会和锦天城律所的积极参与下，债务人在3个月内以极高的效率盘活存量资产，避免了进入破产清算程序，因引入优质投资人，公司也将存续和盘活并扩大经营，投资人携带投资款成为债务人股东并且为债务人带来可持续

性经营的业务，将极大的提高其他债权人的债务清偿比例；破产申请人在极短的时间内化解了多年夙案纠纷，获得高于预期的清偿款；另外，实控人能够从因公司纠纷导致股权被冻结且产生大额个人负债中解脱。

此外，本案在破产案件受理前完成和解，撤回了破产申请，避免了司法资源浪费，是协会开展庭外重组和解机制的有益探索，为协会开展办理委托庭外重组和解案件积累了经验，最终实现了多方共赢的效果。

来源： 锦天城律所深圳市破产管理人协会微信公众号

网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/3nDsZck7VYiJ2UW980MmPw>

4、破产衍生诉讼裁判要旨 40 例

一、最高院案例 (5 例)

1. 【破产法】最高院案例：重整计划的效力不及于债务人的保证人和其他连带债务人，其不能以重整计划来对抗债权人的权利主张

【案例来源】

最高人民法院 (2020) 最高法民申 1676 号“许昌恒源发制品股份有限公司、赵见栓保证合同纠纷再审审查案”

【裁判要旨】

债权人设立担保旨在使债务人的保证人和其他连带债务人在债务人无力清偿，尤其是破产时承担责任。如因债权人在重整计划中不得已减免债务人的部分债务、变更清偿条件，便相应减轻保证人和其他连带债务人的责任，这与设立担保的宗旨相违背。重整计划依法定多数同意即可通过，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。部分不同意的债权人也要受重整计划约束，如其债权设有保证担保，在他们不同意重整计划的情况下将债务人的保证人和其他连带债务人的责任也随之减免，不尽合理。《中华人民共和国企业破产法》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”，即不因重整计划中对债权人的债权数额、清偿条件的调整而受到影响，仍应按照原有数额和条件进行清偿，重整计划的效力不及于债务人的保证人和其他连带债务人，其不能以重整计划来对抗债权人的权利主张。

2. 【消费性购房人】最高院案例：购买车位是否属于《执行异议和复议规定》第二十九条“消费者购买商品房的规则”特别保护范围？

【案例来源】

最高人民法院 (2022) 最高法民终 86 号“张若曦、甘肃银行股份有限公司兰州市中央广场支行等申请执行人执行异议之诉民事二审案”

【裁判要旨】

虽然建筑区划内的车位、车库不同于居住的商品房，但车位依法依附于商品房而存在，功

能在于满足小区业主的居住需要，属于商品房所提供居住功能的必要延伸和拓展。在私家车日益成为普通家庭日常交通工具的现代社会，车位使用权与业主居住权密切相关，具有满足居民基本生活需要的属性。对小区业主而言，一定数量的车位、车库的配备，是与其居住权密切相关的一种生活利益，该利益应当受到法律保护。权利人系案涉小区的业主，所购买的车位为其购买的住宅的必要生活配套设施，自购买以来，一直用以停放车辆使用至今。因此，可以认定权利人购买的车位具有《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条对“消费者购买的商品房”特别保护的必要居住权利属性。

3. 【破产法】最高院案例：十五日异议期限届满并不产生异议人诉权或实体权利消灭的法律后果

【案例来源】

(2023) 最高法民再 170 号“张红宾、河南雅乐颂置业有限公司等破产债权确认纠纷民事再审案”

【裁判要旨】如异议人未在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》第八条所规定十五日内提起债权确认诉讼，应视为其同意债权人会议核查及管理人解释、调整的结论，并在人民法院裁定确认后按此在破产程序中行使权利，由此对异议人表决权行使和破产财产分配等带来的不利后果，由其自行承担。但前述十五日期限届满并不产生异议人诉权或实体权利消灭的法律后果。

4. 【公司法、破产法】最高院案例：自然人股东与公司人格混同场合，判决其对公司债务承担连带责任并不构成破产法下的个别清偿？

【案例来源】

最高人民法院 (2015) 民申字第 541 号“曾小明、合昌国际贸易 (深圳) 有限公司与曾小明、合昌国际贸易 (深圳) 有限公司等股东损害公司债权人利益责任纠纷再审审查案”

【裁判要旨】

《企业破产法》第十六条禁止的个别清偿是指破产程序启动后债务人以破产财产对个别债权人的清偿。鉴于前述调整破产企业的股东与破产企业的法人人格严重混同情形下的关联企业实体合并破产制度仅适用于破产企业的股东为企业法人的场合，而不适用于破产企业的股东为自然人等非企业法人的情形。因此，在破产企业的股东为自然人等非企业法人的情形下，即使

存在破产企业的自然人等非企业法人股东与破产企业的人格严重混同的事实，因不可能适用关联企业实体合并破产制度将自然人等非企业法人股东的财产纳入到破产财产中，并在破产程序中依法对全体债权人公平清偿，因此，自然人等非企业法人股东的财产在法律属性上并非破产财产。故，原审判决自然人股东对公司所欠债务承担连带清偿责任，并不构成破产法下的个别清偿。

5. 【破产法】最高院指导案例：管理人请求将相关环境治理费用作为共益债务由债务人财产随时清偿的，人民法院依法应予支持

【案例来源】

最高院指导案例 214 号“上海某某港实业有限公司破产清算转破产重整案”

【裁判要点】

人民法院审理涉流域港口码头经营企业破产重整案件，应当将环境污染治理作为实现重整价值的重要考量因素，及时消除影响码头经营许可资质存续的环境污染状态。港口码头经营企业对相关基础设施建设、维护缺失造成环境污染，不及时治理将影响其破产重整价值的，应当由管理人依法进行治理。管理人请求将相关环境治理费用作为共益债务由债务人财产随时清偿的，人民法院依法应予支持。

二、地方高院案例（8 例）

6. 【破产法】甘肃高院案例：管理人不能以自己名义提起对外追收债权的民事诉讼

【案例来源】

(2023)甘民终 277 号“甘肃电投日新应天科技有限公司破产管理人、陈应天等对外追收债权纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

破产衍生诉讼中的“对外追收债权纠纷”，通过法院判决取得的财产和权益属于债务人的破产财产，因此，债务人在该类案件中具有民事诉讼主体资格。而管理人与次债务人之间没有债权债务关系，不享有实体权益，因此，管理人与本案没有直接利害关系，不是本案的适格原告，不能以自己名义提起追收债权的民事诉讼，而应作为债务人的诉讼代表人参加诉讼。

7. 【公司法、破产法】北京高院案例：破产程序中追究董监高责任应当考虑其行为与债务人破产之间的因果关系强度

【案例来源】

北京市高级人民法院（2022）京民终 399 号“天卓睿丰医疗科技（北京）有限公司与蒋春蓉等损害债务人利益赔偿纠纷二审案”

【裁判要旨】

损害债务人利益赔偿纠纷发生于破产程序中，赔偿权的行使一般为管理人，而所以追究损害债务人利益赔偿的条件，不同于一般情况下的违反忠实义务、勤勉义务。一般情况下，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条的规定董事、高管人员的禁止行为损害公司利益时，可以通过一般的诉讼、仲裁手段进行解决，但在破产程序中，追究该类人员的责任，应当考虑其行为与债务人破产之间的因果关系强度，只有当企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产时，此类人员才应当承担民事责任。

8. **【破产法】**北京高院案例：管理人将发表不当言论的债权人移出破产沟通微信群是否构成侵权？

【案例来源】

北京市高级人民法院（2022）京民终 159 号“王俊杰与北京市天正律师事务所管理人责任纠纷二审案”

【裁判要旨】

管理人在履职过程中，需要与法院、债权人进行沟通、交流，但是并无法律、司法解释规定必须通过依托于现代通讯方式的社交软件与法院、债权人沟通、交流。就本案而言，管理人建立微信群，仅是作为管理人、债权人、法院相互之间沟通、交流的一种渠道，并不是所有债权人均加入微信群，且债权人承认相关材料通过QQ群均能收到并参加了债权人会议。微信群管理员对微信群负有管理责任、应当规范群成员的群聊行为，管理人以债权人发表不当言论为由将其移出涉案微信群，系其职责范畴，没有证据证明此举损害了债权人的法定权利。

9. **【破产法】**云南高院案例：债权人能否起诉撤销管理人？

【案例来源】

云南省高级人民法院（2023）云民终 273 号“湘潭市新鑫机械化施工有限公司、湘潭市新鑫机械化施工有限公司砚山分公司等管理人责任纠纷二审案”

【裁判要旨】

债权人若认为需要更换管理人, 应先由债权人会议作出决议并由债权人会议向人民法院提出书面申请。本案上诉人并未提供债权人会议的决议, 就以债权人身份径行向法院提出撤销管理人的诉讼请求, 不符合提出申请的主体条件和程序要件。

10. 【破产法】山东高院案例: 房屋已建成且具备办理产权证条件, 但权利人仍要求解除合同, 则解除以后的返还购房款请求权不再具有优先性?

【案例来源】

山东省高级人民法院 (2023) 鲁民申 5299 号“王林芳、日照丽城建设发展有限公司等普通破产债权确认纠纷民事申请再审案”

【裁判要旨】

消费性购房者基于居住生存需要而享有优先权包括房屋建成时的交付房屋请求权, 也包括在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下的返还购房款请求权。但是, 案涉房屋已建成且具备办理产权证条件, 权利人的生存居住权益能够得到保护的情况下仍要求解除合同, 原审法院据此认定在合同解除以后的返还购房款请求权不再具有优先权, 将其债权认定为普通债权, 并无不当。

11. 【破产法】甘肃高院案例: 对外追收债权纠纷以公司管理人的名义起诉而非以律师事务所自身名义起诉不会导致权利主体错误

【案例来源】

甘肃省高级人民法院 (2023) 甘民申 2284 号“刘丽、甘肃昊鑫市场开发有限公司管理人对外追收债权纠纷民事二审案”

【裁判要旨】在司法实践中, 债务人进入破产程序后, 虽然其工商登记尚未注销, 但其财产包括债权已被管理人代表债权人会议全面接管, 原有的决策机关已被管理人替代, 管理人成为对债务人享有相对支配权的主体, 依法履职, 对债权人会议负责。与此相应的是, 债务人在进入破产程序后, 其已经没有自己独立的民事意志。故在本案中, 以公司管理人的名义起诉而非以律师事务所自身名义起诉, 不会导致权利主体错误, 亦不会导致债务人的债务人重复清偿。

12. 【破产法】甘肃高院案例: 对破产申请不予受理的裁定书并不具有既判力, 在债务人符合破产条件时, 申请人可再次向人民法院申请

【案例来源】

甘肃省高级人民法院（2023）甘民申 667 号“中建六局第三建筑工程有限公司、庆阳能源化工集团有限公司申请破产清算民事二审案”

【裁判要旨】

对破产申请不予受理的裁定书并不具有既判力，在债务人符合破产清算条件时，申请人可再次向人民法院申请破产清算。

13. **【破产法】** 新疆高院案例：承包人破产，实际施工人能否直接向发包人主张工程款？

【案例来源】

新疆维吾尔自治区高级人民法院（2023）新民终 97 号“李建新、新疆南岗投资有限责任公司等建设工程施工合同纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

在人民法院受理承包人破产申请后，为保障全体债权人公平有序受偿，承包人财产的清偿应当通过破产程序有序清偿，发包人应当向承包人管理人清偿债务，实际施工人应当向承包人破产管理人申报债权。实际施工人未向承包人破产管理人申报案涉债权，突破合同相对性向发包人主张支付工程款实则系通过诉讼方式以实现其个别清偿的诉讼目的，不符合《中华人民共和国企业破产法》公平清理债权债务的立法宗旨，不利于保障全体债权人公平有序受偿，故法院依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第二十一条、第二十三条之规定，裁定驳回起诉于法有据。

三、地方中院案例（27 例）

14. **【破产法】** 日照中院案例：重整投资人未足额支付重整投资款，债权人能否诉讼救济？

【案例来源】

山东省日照市中级人民法院（2023）鲁 11 民终 1564 号“交通银行股份有限公司日照分行与破产有关的纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

法院已作出裁定批准债务人等二十六家公司的重整计划，现该重整计划已经生效。起诉人的诉讼请求属于破产重整计划的执行问题，不具有可诉性，一审认定本案不属于人民法院民事诉讼受案范围并无不当。

15. **【公司法、破产法】** 宁波中院案例：追收未缴出资诉讼中判定某一款项是否为股东出

资的标准应为公司财务账簿是否记载为出资

【案例来源】

浙江省宁波市中级人民法院 (2023) 浙 02 民终 1118 号“宁波森槐艺术培训有限公司、周贵阳追收未缴出资纠纷二审案”

【裁判要旨】

股东的出资义务是投资者取得股东资格的对价，而股东为维持公司日常经营所支出的款项应理解为股东与公司之间的债权债务，股东出资义务与“维持公司日常经营的支出”有着本质的区别。因股东出资义务与“维持公司日常经营的支出”的双方当事人均为股东和公司，故在公司内部判定某一款项是否为股东出资的标准应为公司财务账簿是否记载为出资。

16. **【破产法】** 北京一中院案例：人民法院确认债权表的裁定是为了破产程序的进一步推进，不是对债权本身是否成立进行的实体认定

【案例来源】

北京市第一中级人民法院 (2023) 京 01 民终 4978 号“大连中科格莱克生物科技有限公司与仕恩（北京）科技发展有限公司普通破产债权确认纠纷二审案”

【裁判要旨】

破产程序是一个动态清算的过程，债权债务可能因破产清算查清的事实证据产生变化。人民法院确认债权表的裁定是为了破产程序的进一步推进，不是经过诉讼作出的生效裁判文书，人民法院对债权本身是否成立未进行实体认定，债权表中债权人和债权数额的增减可以依据新的事实进行调整，并非对原裁定的否定与推翻。

17. **【破产法】** 漳州中院案例：破产案件终结后，债权人提起诉讼要求股东在未出资范围内对其个别债权承担责任不属于个别清偿？

【案例来源】

福建省漳州市中级人民法院 (2021) 闽 06 民初 765 号“深圳市英可瑞科技股份有限公司、江进还等股东损害公司债权人利益责任纠纷民事一审案”

【裁判要旨】

债权人在破产人破产案件终结后，提起诉讼要求股东在未出资范围内承担责任，符合《中华人民共和国公司法》及公司法解释的相关规定，因破产程序已终结，不属于个别清偿。

18. 【破产法】沈阳中院案例：破产费用的支付应在破产案件中解决，而不应另行独立成诉

【案例来源】

辽宁省沈阳市中级人民法院（2023）辽01民终7879号“杨慧敏、沈阳国际汽车城开发有限公司劳务合同纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

在破产企业留守期间产生的劳动报酬应属破产费用之列。依据《中华人民共和国企业破产法》第四十三条第一款“破产费用和共益债务应由债务人财产随时清偿”之规定，破产费用具有优先支付性和随时支付性，该类费用应由破产企业的财产随时清偿，故所涉争议应在已经受理的破产案件中一并解决，而不应另行独立成诉。

19. 【破产法】佛山中院案例：破产程序终结后，应当允许个别债权人提起追收债务的代表诉讼，该代表诉讼亦不以取得全体债权人授权为前提

【案例来源】

广东省佛山市中级人民法院（2022）粤06民终8659号“广东辅良资产管理有限公司、佛山市三水区西南钢铁厂等股东损害公司债权人利益责任纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

原则上债权人应当首先根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第二十三条第二款规定通过督促管理人行使追收权利，在管理人仍不作为的情况下，个别债权人方可根据该条第三款规定代表全体债权人提起相关追收诉讼，但因破产人的破产清算程序已终结，债权人客观上已无法通过债权人会议或者债权人委员会督促管理人行使追收权利，管理人客观上也未向破产人的股东行使过追收权利，在此情形下，应当允许个别债权人提起追收债务的代表诉讼，该代表诉讼亦不以取得全体债权人授权为前提。

20. 【破产法】北京一中院案例：不能仅以无法清算为由便要求股东等清算义务人对公司债务承担清偿责任

【案例来源】

北京市第一中级人民法院（2022）京01民终10838号“沈志杰等与鹰潭点石金良投资有限合伙企业股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案”

【裁判要旨】

公司解散清算与破产清算是在制度前提和逻辑基础方面存在区别的两种制度。《公司法司法解释（二）》第十八条针对的是解散清算程序，其所规定的股东等清算义务人对债务承担清偿责任的预设前提系解散清算程序中公司资大于债，债权可获得足额清偿，但由于清算义务人未依法及时履行清算义务，使得公司财产遭受损失，进而导致债权不能得到足额清偿。故根据侵权责任理论和构成，债权人可以要求清算义务人承担赔偿责任。相比而言，破产清算的原因是资不抵债，债权一般难以得到足额清偿。在此情况下，应重点考虑债务人相关主体行为与债权人损失之间的因果关系，不能仅以无法清算为由，便要求股东等清算义务人对债权人的债务承担清偿责任，否则混同了公司解散清算制度与破产清算制度，不当突破了股东所负的有限责任。

21. **【破产法】** 泰州中院案例：破产程序终结后，个别债权人能否提起追收股东未缴出资诉讼？

【案例来源】

江苏省泰州市中级人民法院（2022）苏12民终3264号“江枫、王冬红等股东出资纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

破产程序中，追收股东未缴出资的责任是管理人的法定义务。若债务人无财产可供清偿破产费用，无财产支付诉讼费用，管理人应当召开债权人会议，就追缴出资的问题及债权人垫付诉讼费事宜形成议案。本案管理人虽未召开债权人会议，但据查明的事实，破产管理人已向各债权人发送《征询函》，征询其是否同意垫付向股东提起出资纠纷诉讼的诉讼费用和其他破产费用。因债权人仅同意垫付其债权金额相应的诉讼费，导致管理人无法在破产程序中追究股东出资责任，但这仅仅是在破产程序中不予处理，并不意味着免除债务人的债务。因破产程序是概括性清偿程序，出资人的未缴出资属于破产财产，不能进行个别清偿，个别债权人只能代表全体债权人提起诉讼。现债权人提起诉讼要求追收股东未缴出资，并要求追回的资金进行破产分配，应予支持。

22. **【公司法、破产法】** 上海三中院案例：股东抽逃出资后又向公司转账，银行流水未表明是补足出资则应承担相应不利的后果

【案例来源】

上海市第三中级人民法院 (2023) 沪 03 民终 71 号“吕淑瑶等与上海山汉国际物流有限公司等追收抽逃出资纠纷二审案”

【裁判要旨】

股权登记具有公示效力，即使《代持股协议》是真实的，名义股东亦应承担出资义务。公司资本是公司获得独立人格和进行生产经营活动的基础，足额向公司缴纳出资是股东的法定义务。股东未经法定程序将出资抽回，造成公司资本缺失和清偿能力不足，对债权人造成公司资本充实的假象，严重危及债权人利益以及公司利益，始终为法律所禁止。股东补足注册资本应当有明确的意思表示，股东向公司转账的银行流水未表明是补足出资，亦不能证明其从公司获取的款项用于公司经营，应承担相应不利的后果。故股东与公司之间存在资金往来，但不能认定为补足注册资本。

23. **【破产法】** 宁波中院案例：权利人在一定条件下可以对货币行使取回权

【案例来源】

浙江省宁波市中级人民法院 (2023) 浙 02 民终 211 号“马国义、浙江名邦装饰工程有限公司一般取回权纠纷二审案”

【裁判要旨】

对于通常的货币占有即所有原则，主要应当从货币对外公示的标识作用来理解，但不能一概而论。本案的特点是，在债务人进入破产程序前，其要求案外人直接将案涉工程款和保证金汇给马某某，已经将案涉款项从其公司财产中排除出来；在债务人进入破产程序后，案外人将工程款和保证金汇入债务人管理人账户，并在汇款时对工程款和保证金进行清晰标注，使得案涉款项具备了特定化的条件。因案涉纠纷发生在债务人破产清算阶段，故债务人管理人是否通过限制款项的流通性等手段，赋予货币特定化的外观，并不能影响对案涉款项的特定化判断。据此，本院认定马某某有权取回其所有的案涉款项。

24. **【破产法】** 泰州中院案例：破产程序中，已登记的动产抵押权在一定条件下可对抗融资租赁出租人未经登记的所有权

【案例来源】

江苏省泰州市中级人民法院 (2023) 苏 12 民终 410 号“江苏兴化农村商业银行股份有限

公司唐刘支行、江苏龙跃创业投资有限公司等破产债权确认纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

《民法典》第 745 条删除了《中华人民共和国合同法》第 242 条关于融资租赁合同中“承租人破产的，租赁物不属于破产财产”的规定，并将其修改为“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人”。因此，融资租赁合同中出租人的所有权未经登记不得对抗“善意第三人”。参照《民法典担保制度解释》第 54 条和第 67 条规定，当人民法院受理破产申请后，对未登记的融资租赁合同中出租人的所有权作出适当的“限制”，将破产债权人纳入未登记的融资租赁合同中出租人的所有权不得对抗的第三人范围，即出租人未经登记的所有权不得对破产债权人产生对抗效力，这是对未登记所有权对抗效力的否定。本案中，法院已经受理债务人破产申请，出租人基于融资租赁合同享有所有权之租赁物未经登记，而抵押权人已对案涉抵押物办理抵押登记，则已办理抵押登记之抵押权效力可以对出租人所有权。

25. **【破产法】** 桂林中院案例：一般不动产买受人如符合执行异议和复议规定第 28 条，则享有无过错购房债权，可对抗普通债权，但不能对抗抵押权

【案例来源】

广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2021）桂 03 民终 1928 号“甘堃、中国农业银行股份有限公司灵川县支行等破产债权确认纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条则规定了无过错购房债权，该类情形并不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础。一般不动产买受人如符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条的规定，则享有无过错购房债权，可以对抗普通破产债权，但不能对抗抵押优先权。

26. **【破产法】** 桂林中院案例：超过强制执行期间的债权不应当确认为破产债权

【案例来源】

广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2019）桂 03 民终 3004 号“VincentLuc、广西盛景房地产开发有限公司破产债权确认纠纷二审民事判决书”

【裁判要旨】

虽然根据《破产法解释三》第七条第一款的规定“已经生效法律文书确定的债权，管理人

应当予以确认”，但管理人对申报债权进行审查既是权利也是义务，法律明确规定管理人必须对申报债权是否超过强制执行期间进行审查。《企业破产法》第五十七条规定“管理人收到债权申报材料后，应当登记造册，对申报的债权进行审查，并编制债权表”。《破产法解释三》第六条第二款规定：“管理人应当依照企业破产法第五十七条的规定对债权的性质、数额、担保财产、是否超过诉讼时效期间、是否超过强制执行期间等情况进行审查、编制债权表并提交债权人会议核查”。可见，申报债权是否超过强制执行期间是破产管理人的审查内容之一，倘若“已经生效法律文书确定的债权都应当确认为破产债权”，那么法律就没有必要对管理人应当审查申报债权是否超过强制执行期间进行规定，故超过强制执行期间的债权不应当确认为破产债权。

27. 【破产法】宿迁中院案例：劳动赔偿金债权在破产程序中如何认定？

【案例来源】

江苏省宿迁市中级人民法院（2021）苏13民终3813号“孙修治、江苏龙嫂绿色食品有限公司破产债权确认纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

劳动赔偿金实际上包括两个部分，一半是弥补职工工资损失的经济补偿，另一半则是基于用人单位违法解除劳动合同、损害职工利益而对用人单位进行的惩罚，故劳动赔偿金债权也应按照性质不同划分为两部分分别认定。对于经济补偿部分应认定为职工债权，剩余部分属于违法解除劳动合同行为的惩罚，应认定为普通破产债权。

28. 【破产法】大连中院案例：继续履行合同产生的债务是否构成共益债务应根据具体债务发生时间作出区分

【案例来源】

辽宁省大连市中级人民法院（2022）辽02民初1309号“中银保险有限公司大连分公司、大连三惠热电有限责任公司与破产有关的纠纷民事一审案”

【裁判要旨】

被告请求继续履行的《保险合同》项下应于2018年7月31日支付的保费因发生于破产受理日之后，依据破产法第四十二条第一项之规定，应被认定为共益债务。《保险合同》项下发生于破产受理日前的保费不应被认定为共益债务，理由如下：第一，共益债务须是发生在人

民法院受理破产申请之后，因继续履行合同产生的债务，不应包括在受理破产申请之前已经产生而未支付给相对人的债务，否则会构成优惠清偿，对其他债权人不公平。第二，从《保险合同》约定看，该合同的履行具有可分割性，在被告被法院裁定受理重整之前所发生的保费，仅构成被告对原告的单一债务，被告对该部分债务的清偿仅系为了原告的个别利益，而并非为了全体债权人的共同利益所发生的债务，如将该部分债务列入共益债务范畴，不仅与共益债务的性质不符，亦违反了债权平等原则，使破产程序开始前的债权处于不平等地位，此债权因合同继续履行而得到优先清偿，破坏了破产法的公平清偿原则。

29. 【破产法】渭南中院案例：律师个人担任破产管理人，所产生的赔偿责任是否及于所在律所？

【案例来源】

陕西省渭南市中级人民法院（2023）陕05民终664号“赵丽娟、朱云、中国太平洋财产保险股份有限公司陕西分公司与陕西圣达律师事务所管理人责任纠纷二审案”

【裁判要旨】

朱某某个人担任破产管理人并非由所在律师事务所指派，不属于《中华人民共和国律师法》第五十四条规定的情形，债权人主张的损失，应由执业律师本人承担，其主张个人管理人所在的律师事务所承担赔偿责任，于法无据。

30. 【破产法】台州中院案例：法律并未赋予债务人在债权确认诉讼中代替管理人主动行使抵销权的权利

【案例来源】

浙江省台州市中级人民法院（2019）浙10民终2739号“金好钱鼎公司诉钱某彬破产债权确认纠纷二审案”

【裁判要旨】

司法解释只是扩展了管理人在特殊情况下可以主动行使抵销权的权利，并未及于债务人。法律并未赋予债务人在债权确认诉讼中代替管理人主动行使抵销权的权利，即使抵销权的行使可使债务人财产增加而受益，但债务人仍不能未经管理人提起而以债务人身份在破产债权确认之诉中行使抵销权。

31. 【破产法】东营中院案例：有权提起破产抵销权纠纷诉讼的应为管理人而非破产人

【案例来源】

山东省东营市中级人民法院 (2019) 鲁 05 民初 657 号“东辰控股集团有限公司与东营银行股份有限公司基东支行破产抵销权纠纷一审案”

【裁判要旨】

债权人行使破产抵销权不以诉讼为必要, 管理人承认债权人抵销请求的, 即发生抵销效果; 若管理人对债权人行使破产抵销权有异议的, 则应通过诉讼解决。因债权人主张破产抵销的相对人是管理人, 故当债权人的抵销主张不被认可时, 有权提起破产抵销权纠纷诉讼的应为管理人, 而非破产人。因此, 破产人作为原告提起本案诉讼不符合法律规定, 主体不适格。

32. **【破产法】** 大连中院案例: 破产管理人依据企业破产法行使的撤销权不受一年除斥期间限制

【案例来源】

辽宁省大连市中级人民法院 (2023) 辽 02 民终 555 号“包钢集团冶金轧辊制造有限公司、大连伯顿冠力电机有限公司破产管理人等请求撤销个别清偿行为纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

破产撤销权系法律赋予管理人维持债务人财产的特殊权利, 以此维护债权人整体利益及实质平等, 避免债务人对部分债权人的偏颇性清偿。破产程序属特殊司法程序, 其审理程序及权利义务认定均区别于普通民事诉讼。破产撤销权的行使应适用企业破产法的特别规定并贯穿破产程序, 一审法院认定本案破产管理人依据企业破产法行使的撤销权不受一年除斥期间限制, 并无不当。

33. **【破产法】** 无锡中院案例: 储户存款不属于可进行破产抵销的债权

【案例来源】

江苏省无锡市中级人民法院 (2020) 苏 02 民终 4620 号“江苏江阴农村商业银行股份有限公司周庄支行与江阴协圣精密科技有限公司破产抵销权纠纷二审案”

【裁判要旨】

储户存款在存取款自由、存款安全、存款保险及诉讼时效等方面受到的保障力度明显有别于银行借款, 不属于可进行破产抵销的债权。

34. **【破产法】** 营口中院判例: 异议人未先行向管理人提出异议, 则不符合起诉条件?

【案例来源】

辽宁省营口市中级人民法院 (2023) 辽 08 民终 602 号“蔡金桥、大石桥市兴隆百货有限公司管理人等破产债权确认纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定》(三) 第八条规定：“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，应当说明理由和法律依据。经管理人解释或调整后，异议人仍然不服的，或者管理人不予解释或调整的，异议人应当在债权人会议核查结束后十五日内向人民法院提起债权确认的诉讼”。本案上诉人提交的证据不能证实其对债权表中记载的案涉债权向管理人提出过异议，故其提起债权确认之诉的条件尚不具备，起诉没有法律依据。

35. **【破产法】** 阜新中院判例：15 日异议期间虽不是除斥期间、诉讼时效、起诉期限，但异议人未在异议期间起诉应视为其对债权核查结果的认可

【案例来源】

辽宁省阜新市中级人民法院 (2022) 辽 09 民初 457 号“阜新水务集团有限责任公司与阜新新兴房地产开发有限公司普通破产债权确认纠纷一审案”

【裁判要旨】

十五日异议期间不是诉讼时效、除斥期间或起诉期限，十五日期间届满并不导致异议人实体权利或诉权消灭，但为提高破产程序效率，异议人未在该十五日内提起债权确认之诉，视为其同意债权人会议核查结果，破产程序按债权人会议核查并经人民法院裁定确认的结果继续进行，给异议人财产分配权、优先权等带来的不利后果，应由其自行承担。

36. **【破产法】** 上海三中院案例：债务人使用他人账户进行的个别清偿，是否属于管理人可撤销范围？

【案例来源】

上海市第三中级人民法院 (2022) 沪 03 民终 208 号“上海松江礼品城有限公司破产管理人与上海华声电气集团有限公司请求撤销个别清偿行为纠纷二审案”

【裁判要旨】

案涉款项虽由案外人曾某名下账户支出，但各方当事人均确认系作为债务人归还相对人的

相关款项。并且，债务人的财务账册反映，曾某的账户曾在某期间频繁用于债务人的职工工资、社保、工程款等经营收支。曾某账户向相对人支付的款项亦在上述时间段内，用于支付债务人对相对人的欠款，系债务人对相对人的债务清偿。该清偿行为使相对人相较于其他债权人优先受益，破产管理人有权请求予以撤销。根据《破产法》第三十二条规定，撤销权诉讼应由管理人提起。参照《上海市高级人民法院破产审判工作规范指引（2021）》第四大点第89项撤销权诉讼的精神并参考相关规范文本，应直接将管理人所在机构“某某律师事务所”列为原告为妥。

37. 【破产法】 辽宁鞍山中院案例：破产受理后新生税款（非财产处置所产生）及滞纳金性质如何认定？

【案例来源】

辽宁省鞍山市中级人民法院（2022）辽03民终4502号“国家税务总局鞍山高新技术产业开发区税务局与鞍山高新兴隆百货有限公司破产债权确认纠纷二审案”

【裁判要旨】

1. 人民法院裁定受理破产申请之后，破产企业管理人是以企业的名义履行税法规定的纳税申报等相关涉税义务，而诉争税款是在破产申请裁定受理后新产生的应纳税款项，并不能认定为破产税款债权。

2. 根据《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》规定，对于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金，人民法院应当依照最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定处理。根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条第一款第二项，人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金不属于破产债权。据此，破产受理后产生的税款滞纳金不属于破产债权。

38. 【破产法】 淮安中院案例：实际控制人与破产企业之间不符合构成劳动关系的基本特征，不应认定其职工债权

【案例来源】

江苏省淮安市中级人民法院（2022）苏08民终3513号“王如生、淮安市万润通用机械有限公司职工破产债权确认纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

劳动关系的基本特征是用人单位与劳动者之间存在隶属性，即劳动者服从用人单位的管理，遵守用人单位的规章制度，接受用人单位的工作安排，用人单位向劳动者发放劳动报酬。本案当事人曾系债务人控股股东、现为债务人实际控制人，基于此，可以认定债务人系由其实际控制，而非其隶属于债务人，双方不符合构成劳动关系的基本特征，其主张职工债权无事实和法律依据。

39. **【破产法】** 马鞍山中院案例：破产法第三十一条第三项“没有财产担保的债务”并非指没有其它财产担保的债务

【案例来源】

安徽省马鞍山市中级人民法院 (2022) 皖 05 民终 1839 号“民生金融租赁股份有限公司、安徽华星化工有限公司管理人破产撤销权纠纷民事二审案”

【裁判要旨】

《中华人民共和国企业破产法》第三十一条第（三）项规定的“没有财产担保的债务”并非指没有其它财产担保的债务，只要是在法律规定的受理破产申请前一年内发生的财产担保行为，均可适用上述法律规定予以撤销。

40. **【破产法】** 上海三中院案例：清算时追缴出资，对超出公司债务及股东应当承担的亏损部分因最终将还给该出资的股东而应加以限制？

【案例来源】

上海市第三中级人民法院 (2020) 沪 03 民初 58 号“上海亚太国际商品交易中心有限公司与上海君悦国际贸易有限公司、中正天泰投资管理有限公司等追收未缴出资纠纷一审案”

【裁判要旨】

公司在清算时向股东追缴出资，应当考虑是否足够清偿公司债务并足够承担其应当承担的亏损，超出部分因最终将还给该出资的股东而应加以限制。有关规定的所谓“股东尚未缴纳的出资应作为清算财产”的含义，不能简单的理解为清算组有权向未出资股东追缴全部出资，在股东实缴的出资已足够覆盖其应当承担的责任时，公司追缴股东出资的权利应加以限制。

来源：薛恒律师整理 民法研习微信公众号

网址：https://mp.weixin.qq.com/s/_hbNI6KS8U1YQ-0oaUerQA