

关于当前破产审判中的若干问题

刘贵祥*

内容摘要 破产制度是公平实现债权人债权、有序出清“僵尸企业”、积极拯救危困企业、促进资源优化配置、防范化解风险和优化营商环境的市场经济基础性法律制度。人民法院要在党中央集中统一领导下，推动完善府院协调联动机制、执破衔接转换机制、涉刑民交叉问题协调机制以及权力运行与监督机制。要严格公正司法，准确把握破产受理标准；正确认识预重整的功能定位，注意法院参与的合法性、适度性；做好破产程序与有关民事诉讼程序的衔接。要准确界定破产财产范围，协调好清收破产财产与保障有关当事人取回权、抵销权等权利的关系；严防以破产逃废债务问题；严格依法审慎适用实质合并破产制度；深入研究破产程序涉及担保制度的争议性问题，处理好担保人与普通债权人、破产债务人之间的权利冲突。

关键词 破产 公平清偿 府院协调 执破衔接 预重整 取回权 选择履行权 抵销权 实质合并

党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》（以下简称《决定》）对健全破产制度作出专门部署，为当前和今后一个时期人民法院破产审判工作指明了前进方向、提供了根本遵循。本文以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，结合当前我国破产审判工作实际，就新时代新征程人民法院如何切实提高政治站位、坚持系统观念、树牢法治思维，更好发挥破产审判职能作用服务保障高质量发展提出几点思考和意见，以期引起讨论研究时注意，其中所涉具体法律问题仅供参考。^{〔1〕}

* 最高人民法院审判委员会副部级专职委员，二级大法官。

〔1〕 此文系作者在“第二届破产法治研讨会”上的专题讲座整理、修改而成。破产审判实践中的问题错综复杂，如何提出一个既不背离法律规定又切合实际的解决方案，往往面临艰难的选择。因此，本文中关于具体法律适用的观点，仅是提出了一些解决思路，以引导实务工作者在处理一些具体问题时养成系统思维的习惯，考虑得周全一些，而不能抓住一点不及其余。本文中的一些观点虽经反复斟酌，但仍未必成熟，期望有志者进一步深入研究，共同追求法律之真谛。对实务问题的解决，应以法律、司法解释及有关指导性文件为准。另，因讲座场景所限，多有口语化表达之处，请读者见谅。

一、凝聚广泛共识，充分发挥破产法律制度在社会主义市场经济中的功能作用

破产法律制度是市场经济的基础性法律制度。我国破产法律制度伴随着改革开放应运而生，伴随着社会主义市场经济体制的发展完善而日臻完善。新中国历史上第一部破产法——1986年制定的《中华人民共和国企业破产法（试行）》[以下简称《破产法（试行）》]是在党的十二届三中全会通过《中共中央关于经济体制改革的决定》、城市经济体制改革全面展开这一历史背景下产生的，既是经济体制改革的产物，也是在改革开放初期法制建设中具有较大影响的标志性事件。因《破产法（试行）》仅适用于国有企业，1991年公布的《中华人民共和国民事诉讼法》第十九章专门规定了“企业法人破产还债程序”（适用于国有企业以外的所有法人企业），与《破产法（试行）》共同构成当时的破产法律制度。人民法院以《破产法（试行）》及一系列国企改革规范性文件为依据，审理了一大批国有企业“政策性破产”案件，在国有企业改制中发挥了重要作用，有力服务和保障了以淘汰落后低效企业、优化产业结构、妥善安置职工为重心的国企改革大局。

1993年，党的十四届三中全会通过《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，明确了社会主义市场经济体制的基本框架，标志着社会主义市场经济体制建设正式开启。2003年，党的十六届三中全会通过《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》，明确完善社会主义市场经济体制的主要任务，标志着社会主义市场经济体制的进一步完善。在我国社会主义市场经济体制确立并完善的大背景下，2006年适用于所有企业法人兼具企业出清与拯救双重价值功能的《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）破茧而出。与1986年《破产法（试行）》带有一定的计划经济色彩不同，2006年《企业破产法》更加注重市场机制作用，更加注重用市场手段解决企业的退出与拯救问题。这一历史阶段，随着国有企业破产改制的完成，人民法院受理破产案件数量有所回落，但与前一历史阶段相比，破产企业类型走向多元化，既有国有企业，也有民营企业。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央统筹推进“五位一体”总体布局，协调推进“四个全面”战略布局，在完善社会主义市场经济体制、深化供给侧结构性改革、构建全国统一大市场等方面作出一系列重大部署，推动破产法律制度建设及市场退出与拯救司法实践迈入历史性新阶段。在党中央集中统一领导下，人民法院不折不扣贯彻落实党中央一系列重大决策部署，大力推进破产法治建设。最高人民法院先后发布30多个破产方面的司法解释和规范性文件，为破产审判提供可操作性的规范指引。同时，在全国法院设立18个专门破产法庭，在100多个法院设立清算与破产审判庭，着力推进破产案件集中管辖、流程管理和破产审判专业化建设，推动形成府院联动工作机制，破解破产法实施堵点难点问题。2018年至2024年，人民法院受理破产案件122336件，年均17477件。在此期间，既有大型集团企业、上市公司破产的司法实践，也有包括银行、保险公司、信托公司等各类中小金融机构以及跨境破产方面的司法实践，积累了较为丰富的破产法治经验，为构建高水平社会主义市场经济体制、推动高质量发展作出了积极贡献。

实践表明，破产法治是服务深化供给侧结构性改革、构建高水平社会主义市场经济体制的重要环节，也是践行全面依法治国、在法治轨道上推进中国式现代化的必然要求。破产审判服

务党和国家工作大局的成效日益显著，功能作用愈加凸显，但也存在破产法律制度的功能作用发挥不充分、发展不平衡，以及各方面对破产法律制度功能价值认识不到位，甚至有认识误区，以致于不善于运用破产制度化解债务危机、走出困境等问题。因此，要强化对破产法律制度多重功能的实践认知，凝聚“鼓励创新、宽容失败、支持重生”的社会共识和价值导向。

（一）破产法律制度是在市场主体出现债务危机、资产不足以清偿全部债务情况下，确保债权公开公平受偿，实现债权人利益最大化的重要制度

《企业破产法》第1条开宗明义规定其立法目的之一是公平清理债权债务、保护债权人和债务人的合法权益。该法一系列制度安排也是围绕这一立法目的展开的。比如，破产受理后保全解除和执行中止、受理破产后个别清偿无效、偏颇清偿和不公平清偿可撤销的规定，以及董监高非正常收入及侵占追回的规定等等，均是债权公平受偿的有效保障。

破产制度与强制执行制度都是债权人实现债权的重要法律途径。但在债务人资产不足以清偿全部债务时，破产程序更有利于保障债权公平清偿。强制执行程序以债务的个别清偿为主要特征，即便是在执行分配程序中，亦局限于债务人部分有效资产及具有强制执行依据的部分申请执行人，不具有破产程序全体债权人公平受偿之功能。尤其需要指出的是，目前我国在企业法人作为被执行人时，执行分配中采“保全在先者先得”规则，在债务人财产不足以清偿全部债务的情况下，难达成债权公平受偿之效果^{〔2〕}。此外，破产程序中由专业会计师、审计师组成的管理人对债务人及其关联企业进行全面清产核资，对债务人财产清收的力度广度，亦是强制执行程序无法比拟的。随着近年来破产实践的丰富，一些地方法院资产处置方式、债权清偿方式日趋多样，这对提高清偿率、缩短程序周期都大有裨益。例如，对企业资产及营业价值的整体出售，实现财产价值变现最大化。又如，对短期内无法变现或变现价值过低的资产打包设立信托计划，进行信托收益权分配，以此达到利用职业经营力量以“时间换空间”、提高清偿率的效果。这些方式，都是强制执行程序无法做到的。因此，在债务人资不抵债情况下进行破产清算，或者通过重整保持债务人营运价值、盈利能力，是所有普通债权公平受偿的最优选择。

毋庸讳言，实践中确实存在破产清偿率低、程序周期长等现实情况，加之个别债务人还存在“借破产逃废债”等现象，致使债权人申请破产动力不足、积极性不高。^{〔3〕}这既要通过健全破产制度机制，提高破产程序的质量和效率来提升市场主体以破产清算或重整方式实现利益最大化的信心和信赖，也要澄清认识误区。事实上，符合破产原因的企业，普通债权人已处于债权无法全部清偿，甚至零清偿的客观状态，不申请破产除了心理安慰，于事无补。尽早申请破产清算或重整，通过保全企业资产价值、固化破产企业债务额等制度工具，更有利于节省处置成本，更有利于提高债权清偿率。在破产企业的现有资产“蛋糕”就这么大，甚至到了无“蛋糕”可分的情况下，

〔2〕 民事诉讼法有关司法解释在执行分配问题上，对个人债务人和企业法人债务人采取了不同的分配规则。对个人债务人，因我国没有个人破产制度，故采按比例分配规则；对企业法人债务人，因有破产制度作支撑，而采绝对优先分配规则，旨在促使执行分配中处于劣后地位的债权人提起破产清算或重整申请，以达公平受偿之目的。

〔3〕 执行程序中，往往一些被执行人债台高筑，各债权人纷纷申请采取保全措施，账户、各种资产被查封甚至被几轮次查封，虽然执行程序一再强调善意文明执行，但不采取查封措施面临申请执行人投诉风险，司法机关不得已而为之。即便如此，多数债务人或债权人未选择破产重整的路径化解债务，债务利息不断加大，形成恶性循环。

无论是否破产，都无法改变债权无法完全受偿的事实，这既是在市场经济条件下债务人的经营风险，也是债权人的商业风险。如何严格按规则把“蛋糕”切好，如何在无“蛋糕”可分的情况下了结已无实际意义的债权债务关系，是破产程序正当性、合理性之所在。至于利用破产逃废债务，一直是破产司法实践中防范和遏制的重点问题。如前述，《企业破产法》规定的诸如董监高侵占、转移财产追回制度和破产程序撤销权制度等都是防止逃废债的重要制度工具，而公司法中的股东出资责任制度、法人人格否认制度等也是破产程序中常用的防止逃废债的法律手段。对于在破产程序之前，甚至在破产撤销权行使期限之前就采取的有预谋的逃废债现象，比如做假账和资产负债表，剥离有效资产另行组建企业、恶意增加有效资产权利负担、虚增关联公司债权等等，则需要完善机制综合施策，多部门、多维度共同发力打击遏制。破产程序中，有关利益主体也可以充分行使权利，通过监督管理人依法履职、提起衍生诉讼等法律手段维护自己的合法权益。

（二）破产法律制度是市场主体有序规范退出，优化资源配置的重要制度

市场经济条件下，市场主体有进有出，就像人有生有死一样属于常态。但是，一个市场主体的退出，牵动投资者、债权人、职工权益等多方面利益相关者，还关系到市场经济秩序和社会稳定，故而必须是规范而有序退出。从我国市场退出法治化路径而言，包括四种情况：一是能够清偿全部债务情况下的退出——法人自愿或强制清算；二是以股东承诺承担全部债务为前提，不进行清算情况下通过简易注销制度退出；三是企业被吊销营业执照、责令关闭或被撤销，按特定期限及程序强制注销；四是在企业不能清偿到期债务且资不抵债情况下的破产清算。以简易注销退出市场，是为解决我国长期存在的市场主体退出难问题，及时出清无实际经营活动企业的重要法律措施。但相较于破产清算，无疑存在债权债务关系未得到全部确认与清理，各种法律关系还处于不稳定状态，甚至存在潜在诉讼纠纷的可能。比如在一个案例中，股东承诺并公告后公司被简易注销，公司债权人在注销不久提出对公司享有担保债权，请求包括不知情的小股东在内的全体股东基于注销承诺承担担保责任，引起一系列纠纷。由此可见，破产清算程序，是终极解决企业“身后事”的司法程序，也是各利益相关者摆脱无经济意义的法律关系枷锁的程序，更是市场主体从法律意义上消亡，把其所占用的资产从低效领域退出，重新配置到更有价值和效率的领域、提高社会整体资源利用效率和效益的程序。2024年全国法院共审结破产清算案件2.9万余件，推动没有经营前景的企业及时退出市场，有效化解过剩产能，服务供给侧结构性改革。例如，河南法院对中国平煤神马控股集团有限公司下属“沉睡多年”的21家企业进行出清，化解债务5亿余元，盘活资产4亿余元，安置职工1353人，切实服务当前深化国企改革之大局。

值得注意的是，在2023年、2024年两个年度注销企业总数中，以破产清算方式注销的占比不足1%，而在执行程序因穷尽执行措施无财产可供执行而纳入终本库的案件中，被执行人为企业法人的（具备破产主体资格）占有相当比例。这些企业法人已基本丧失清偿能力，甚至相当一部分长期处于“无人无财产无经营”的“僵尸状态”，对这类案件，法院数十年如一日采取查找财产措施，收效甚微，本应转入破产程序进行清算。由此可见，无论是从总量上还是结构上看，市场主体通过依法破产及时退出市场的数量还未达到现实需要的水平。破产清算在市场主体退出、释放市场资源、优化资源配置方面功能作用发挥还不够充分。

（三）破产法律制度是拯救市场主体，最大限度帮助危困但有发展前景企业重生，使企业利益相关者合法权益最大化，实现“双赢多赢共赢”的重要制度

从世界破产法发展历史看，20世纪以来，随着企业拯救理念的兴起，破产制度的功能逐步



由单纯的市场出清向出清与拯救并重的方向转变。破产重整是拯救危困企业的核心制度安排，通过债务重组、股权调整、资产重组等手段，对企业人财物等要素资源进行整合与再配置，挖掘企业潜在价值，保留企业营运价值，为困境企业提供再生机会。2018年以来，我国完成多个资产与债务规模巨大且产业结构、关联关系错综复杂的企业集团的重整工作，通过重整帮助数千家企业走出困境。例如，通过破产重整使天津渤钢、海航集团、北大方正等涅槃重生。又如，对重庆力帆、青海盐湖等80多家上市公司重整，推动上市公司重整逻辑从保壳套利逐渐回归产业经营，有效保护债权人和广大投资者合法权益，维护资本市场稳定。此外，近年来各级法院推动执行转破产重整的实践，也有许多成功案例。执行程序中往往面临这样的情况，即并非企业无财产，而是财产、职工就业、债权人构成等情况复杂，各利益主体矛盾尖锐，断然采取个别强制执行，不仅难以有效实现债权人权益，还导致债权人利益保护严重失衡，影响职工就业及社会稳定。从执行程序导入破产重整程序，救活债务人，一揽子解决拖欠的债务，是一个较好的选择。例如，在徐州瑞隆机械工业发展公司执行案件中，被执行人唯一资产为未通过竣工验收的“烂尾楼”，且预售房产均已备案登记在案外人名下，在执行程序中难以实现资产变现、矛盾化解。徐州法院运用执破衔接机制，将执行和解方案转化为重整计划草案，实现“烂尾楼”续建、资产增值、城市景观修复、债权清偿比例提升、系列执行案件妥善化解。

当然，在企业出现债务危机时，也可以利用庭外重组的公司法律制度工具化解困局。但是，在面临复杂的债权人结构、庞大债务规模的情况下，完全依赖有关利益主体谈判的公司庭外重组，往往因不具有破产法的制度工具支撑而力不从心，因各方主体无法达成合意，只能无果而终。申请破产重整的重要制度效应在于，所有的强制执行、个别清偿都要停止，查封、冻结等执行措施都要解除，担保债权暂停行使，从法律制度上给企业喘息之机。而且，债务利息停止计算，及时止血，抑制债务膨胀，增强投资人投资的可预期性及信心，使企业重生的几率大为提高。因此，对濒危企业“要救早救、要救真救”，道理亦在于此。但是，实践中许多市场主体未充分理解破产重整的价值功能，在企业陷入债务危机、流动性危机的情况下，控制股东担心丧失对企业的控制权，或者不甘心为经营失败甚至违法经营付出代价，更多的是选择继续增加杠杆，或过度依赖集中管辖、“三中止”等特殊司法政策支持，而不是有效利用破产重整制度工具渡过难关、实现重生，以至于病入膏肓，丧失救治良机，增加救治成本和救治难度。这显然与市场化、法治化原则相背离。从近五年人民法院已审结的破产案件看，破产重整与和解案件的绝对数迅速提高，但所占比例仅为5%左右，仍有较大的提升空间。需要进一步指出的是，许多破产重整的成功案例，是以拯救债务人企业，保留其营运价值为核心目标的，但这一核心目标又是建立在各利益相关者合法权益最大化，起码合法权益不低于清算状态的基础之上（对同一企业破产重整普通债权清偿率不应低于破产清算清偿率）。易言之，破产重整中拯救企业与债权公平清偿，二者不可偏废。例如，北大方正重整中，对普通债权人提供“现金+以股抵债”“全现金”“现金+留债”三种可选择方案。选择“全现金”清偿及选择“留债”的债权人最终现金清偿率均超30%；以债转股形式清偿的，投资人附加按约定股价回购的承诺，在拯救企业的同时，对债权人给予较充分的保护。对于上市公司中小投资者合法权益而言，重整与清算相比，利益最大化更是显而易见。尽管重整实践中还存在名义清偿率与实际清偿率不符，优先权债权人被迫作出某种权益减让等不尽如人意的情况，但这只是操作不规范、制度机制不健全等原因使然，而非破产重整制度功能本身的问题。比如，一些上市公司重整仅以“资本公

积金转增股本”来抵偿债务，大股东未对其经营失败甚至违法行为付出相应的代价，清偿率名不符实等等。这都需要进一步把破产法的制度安排用准用足，并落到实处。

（四）破产法律制度是以市场化手段防范化解经济金融风险和社会风险，维护市场经济秩序和社会稳定，优化营商环境的重要制度

当前，我国经济持续回升向好，高质量发展稳步推进，但经济运行面临一些新的困难挑战，一些重点领域风险隐患仍然较多，外部环境复杂严峻，不确定性上升。一些企业长期积累的问题水落石出，在激烈的市场竞争中陷入经营困境，出现债务危机。防范化解风险，守住不发生系统性风险的底线，必须在党中央的集中统一领导下，坚持市场化、法治化原则，综合施策、精准拆弹。近年来成功化解金融领域、房地产领域一些风险的实践表明，化解企业风险的重要法律手段之一是以破产清算或重整的方式清理债权债务关系或重新调整债权债务关系，对风险有个法治化的终局性了结。例如，对某一非法金融控股集团企业，在形成统筹风险处置方案的基础上，前期通过刑事手段打击犯罪、追赃挽损，后期通过对其所控制的商业银行、保险公司、信托公司等金融机构相继采取重整或清算方式了结各种法律关系。又如，在四川信托重整案中，以市场化方式引入实力雄厚重整投资人，通过“现金清偿、以股抵债、留债分期”多种偿债方式，大幅提高普通债权清偿比例，化解债务 353 亿元，同步完成股权重构和业务重组，全面恢复持续运营和盈利能力，彻底化解这一金融机构危机，有效防止风险外溢。在党中央部署的保交楼保交房工作大局中，许多地方法院在府院联动工作机制下，以保交楼为前提探索运用破产清算进行项目整体处置，或通过破产重整盘活项目，推动房地产项目复工续建，并靶向发力，打破交房办证僵局，力促群众交房办证落实落地。比如，在杭州博泰置业有限公司破产清算案、重庆坤呈房地产开发有限公司破产重整案、上海丰涛置业有限公司破产清算案、威海锦展置业有限公司破产重整案等多个房地产企业破产案件中，人民法院以法治思维和法治方式一揽子化解因停工烂尾导致的各类矛盾纠纷，有效盘活存量资产，切实维护广大购房群众交房办证的合法权益。

二、提高政治站位，以强烈的责任担当推进完善破产法律制度机制

党的二十大报告指出，必须更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家。党的二十届三中全会审议通过的《决定》在“构建高水平社会主义市场经济体制”部分“完善市场经济基础制度”中进一步明确，“健全企业破产机制，探索建立个人破产制度，推进企业注销配套改革，完善企业退出制度”。我们要把思想认识统一到党中央关于建设高水平社会主义法治国家、构建高水平社会主义市场经济体制的一系列重大决策部署上来，统一到二十届三中全会《决定》把破产法律制度作为社会主义市场经济基础性制度的科学判断上来。要始终以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面提升以习近平新时代中国特色社会主义思想的世界观方法论分析判断经济社会发展形势以及错综复杂法律现象的能力和水平，全面提升“从政治上看”的意识和自觉、“从法治上办”的本领和担当。要始终坚持党的绝对领导，把拥护“两个确立”、做到“两个维护”作为最高的政治原则和根本的政治规矩，紧紧围绕党和国家大局发挥职能作用，把党的领导政治优势转化为推进破产工作高质量发展的强大效能，转化为以市场化法治化原则防范化解风险的生动实践。要始终站稳以人民为中心的根本政治立场，把人民利益摆在至高无上的地位，准确把握人民群众的司法需

求和期待，实现破产裁判“三个效果”的有机统一。要坚持中国特色社会主义法治道路，立足我国国情社情民情，立足我国经济社会发展形势任务，推动解决破产法治进程中的堵点难点问题，健全中国特色的破产制度机制，走出一条独具中国特色的破产法治之路。

（一）深化府院协调联动机制

众所周知，企业破产处置并非单纯的司法问题，往往涉及多元多层次利益主体，矛盾复杂突出，与风险防范、社会稳定息息相关。实践证明，破产审判工作必须在党的领导下、在政府的支持下开展。但是，当前的府院协调联动机制尚未制度化、常态化，虽然在影响社会稳定的重大风险处置案件中其协调功能发挥充分，但在一般案件办理中则运行不畅，因案而异、因事而异、因人而异，需要多个部门合作完成的事项，运行中多需一案一议、一事一议，协调效率低、效果不佳。因此，需要进一步深化府院协调工作机制，处理好破产审判中政府与法院的协调联动关系。

首先，要进一步完善“政府主导风险管控和事务协调，法院主导司法程序”的破产工作协同模式。建立金融管理、自然资源、住建、市场监管、税务等相关政府职能部门的常态化工作协调及问题处置机制，推动出台支持企业重整和解的财政、税收、金融等政策措施，切实解决市场化投融资、资产处置、税收减免、信用修复等的堵点、难点问题及瓶颈性问题，营造机制多元、选择灵活、协同融合的企业债务清理生态环境，提升破产办理质效。其次，进一步完善立法。在《企业破产法》修改时，增加政府建立有关破产工作机制的规定，明确相关政府部门履行破产行政事务管理职责，统筹协调破产工作中有关行政事务的规定。这既是市场化法治化原则的应有之义，也是推进国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。此外，要推动修订完善税收征管、工商登记管理、不动产等财产权益变动等方面的配套法律、法规、规章，实现破产审判相关政府部门公共服务的“依法行政”而不是“因案协调”。

（二）完善执破衔接转换机制

执行与破产制度都是化解债权债务关系的重要路径，但目标和重心有所不同，执行程序以个别清偿为本质特征，更注重个别债权人实现债权的效率；破产程序则属于集体清偿，更注重全体债权人的公平受偿。如何把两个程序衔接好，以达到更有效率、更加公平，最大化实现债权人合法权益之共同目的？完善两个程序的衔接转换机制很重要。

1. 要严格把握破产法关于破产程序启动后解除保全措施、中止执行的制度安排。《企业破产法》第19条所称的“受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除”本应为自动解除，破产管理人依据法院受理破产裁定即可不受原保全查封、执行查封的约束。但是，实践中对此规定存在不同理解，加之不同机关查封的情况千差万别，协助查封部门出于各种担忧不予积极配合。因此，《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》（以下简称《民诉法解释》）第513条作了程序衔接性规定，即受理破产案件后执行法院应当解除查封。但是执行法院作出解除查封裁定以其知道其他法院已受理破产为前提，这就需要将该情况以一定的方式“一揽子”通知所有查封法院。由于管理人担负接管债务人财产的职责，掌握各法院查封的情况，由其负责通知更为合适。该问题看似属于细节问题，但如果职责不清就会相互扯皮，成为程序堵点，有关司法解释对此应予以明确。至于中止执行，由于受理破产裁定作出前的强制执行不构成可撤销的个别清偿，往往一些当事人闻风而动，督促执行法院加快执行节奏，甚至抢先发放案款，以达个别清偿之目的。而一些在执行参与分配程序中处于劣后地位的当事人，则会督促破产法院尽快作出破产受理裁定，以改变执行分配程序中的不利地位。进一步衍生出来的问题是，执行案款已到法

院账户但尚未发放给申请执行人，受理破产后是否可以继续发放？对此颇有争议。目前较为主流的实务观点是：在法院账户的案款，仍属于债务人财产，受理破产后，不应再向申请执行人发放，然而，如果案款已具备发放条件，非因申请执行人过错，超过法定发放期限而未及时向申请执行人发放的，该款项不宜认定为破产财产，应例外地向申请执行人发放。此观点在当前有一定的合理性。但是，由于实践中把握尺度不一，往往成为破产程序衍生诉讼或纠纷的争点，甚至信访不止，迫切需要通过司法解释予以界定，使当事人有合理预期，减少争议。

2. 要做好执行程序向破产程序转换这篇文章。早在2015年的《民诉法解释》第513条就对“执转破”作了规定，之后在2017年的《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》中又专门作了细化规定。但初期因各方面认识不到位，运行机制不畅，效果有限。近年来，一些地方法院积极探索，试点推进，颇有起色。可以说，这一机制既有利于畅通“僵尸企业”退出渠道，也有利于拯救危困企业，服务供给侧结构性改革。有人曾对“执转破”的合法性产生质疑，并将其归结为执行程序“甩包袱”。这是一种误解。执转破，无非是把执行程序中具备破产法规定的破产原因的被执行人转入破产程序，且这种转入必须经债权人或债务人书面同意，符合破产程序启动当事人主义原则。并且，转入后完全像办理其他破产案件一样，依破产法进行，应无不合法之处。对于在执行程序中穷尽一切法律允许的强制措施仍无财产可供执行的企业，病入膏肓，救无可救，让其继续留存于市，甚至以“躯壳”之名进行市场交易，“拆东墙补西墙”，于交易安全、市场秩序何益？于债权人权益实现何补？在符合法律规定的情况下使其进入破产程序，正是破产制度出清功能之所在，谈不上执行程序“甩包袱”。另则，对于有营运价值、挽救可能而又出现债务危机的被执行人而言，继续执行，可能会搞垮企业，而不采取必要的强制执行措施，又不利于债权人合法权益的及时兑现，可谓进退维谷。因此，转入破产程序，通过破产重整、破产和解施以法律救治，一揽子解决各方面债权实现问题，不仅妥善解决个案执行难题，还有利于挽救企业、稳定就业、维护社会稳定。关键在于，在现行法律框架下，形成完善的工作机制，发挥更好的功能效应。

其一，加强组织协调，整合审判力量。例如，成立执转破协调工作组，强化破产审判部门与执行部门协调会商机制。又如，由执行和审判法官组成混合合议庭，或者在执行部门对简单案件组成破产合议庭，以解决破产审判力量不足，以及执破程序之间的知识壁垒问题。应注意的是，执行与破产程序的衔接转换，在机构设置上要与审执分离的改革方向保持一致，要有利于提高破产审判专业化水平。其二，强化工作衔接，实现程序成果转换。要区分有财产拒不履行的“失信”行为与确无财产可履行的“失能”行为，建立健全“失能”企业执行与破产的衔接与转换机制。执行程序中穷尽执行措施的过程也是审查、甄别债务人是否具备破产原因的过程。执行程序中对外被执行人财产调查的结果可以转换为破产财产的审查依据之一。同时，在破产环节也可借助执行查控系统查找财产，借助网络拍卖系统进行财产处置变价。实践中，程序转换的正当性做法是把执行程序中查控财产情况向当事人释明，在当事人具有充分知情权的情况下，自行作出是否申请或同意移送破产的判断，以确保符合其真实意愿。其三，执转破层次化，因案施策。按照依法审慎推进的思路，先考虑抓“两端”，一端是对一些资不抵债、无救治可能且不涉及职工安置、不影响社会稳定的“僵尸企业”及时进行破产出清；另一端是对一些有营运价值、发展前景的危困企业，通过破产重整、破产和解等方式进行“破产保护”，“一揽子”化解债务。其四，做到“三个严防”。一要严防恶意债务人通过虚假诉讼、虚假破产等手段逃废债，损



害债权人权益、市场交易秩序和法治化营商环境；二要严防执行法院假借“执转破”之名，行消极执行之实，将有财产可供执行的难案一股脑扔到“破产”的筐子里，破坏执转破效能；三要严防钻程序转换空隙营私舞弊，影响实质公平，损害有关当事人合法权益，侵蚀司法公信力。

（三）完善企业破产涉刑民交叉问题的协调机制

一些企业违法违规举债经营，合法债务与非法集资相互交织，进行风险化解需要统筹刑事、民事程序的关系。

1. 程序方面。刑事追赃挽损与民事破产程序作为财产清收手段，应当共同发力，使违法行为人付出应有代价，使合法权益得到有效保护。这就需要正确处理刑事程序与破产程序的关系。对于单纯从事“非吸”或“集资诈骗”的企业，以刑事程序吸收破产程序，通过追赃挽损，按法定比例退赔，是一个高效而又不失公正的思路。对此，有关司法解释、规范性文件均有相应的制度安排，实践中也有诸多成功案例。例如，涉及数十万集资参与人的e租宝案件，通过刑事程序追究刑事责任，把追赃所取得的所有财产，通过刑事涉财产执行程序分批次退赔，了结债权债务关系。这种处置模式仍有总结推行之必要。但是，从近年来所发生的一些企业集团案件来看，既涉嫌非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪，又有正常的生产经营，既有非法所得背后的集资参与人群体，又有正常生产经营活动中的交易债权人。如果按e租宝的处理模式，各类利益主体受偿的公平性难以保障。从对一些案例的分析研究来看，采取民刑并行的程序方案较为稳妥。道理在于：其一，及时启动破产程序，以尽快保全相关企业财产价值或营运价值，避免其财产进一步贬值缩水、风险敞口进一步加大。其二，及时在破产程序中引入管理人接管企业，保持企业必要的生产经营以及清产核资的秩序，或锚定可挽救的板块及时救治，避免企业因仅采取刑事措施而长期陷入无人管理的混乱状态，错失保全财产价值或救治良机。当然，救治不是为了违法者利益，而是为了减少风险处置成本，尽最大可能保护众多利益相关者的利益。其三，刑事追赃、破产财产清收“双管齐下”，发挥各自优势及时全面归集可分配财产，对于提高债务清偿率亦大有裨益。其四，有利于区分不同性质的债权及其他财产权益，平衡各方面利益，实现公平受偿。更重要的是，破产程序的包容性较大，程序进行中的各种衍生诉讼制度、二次分配制度，也都为刑民并行留下了足够运筹空间。

值得一提的是，有的案件的处理如果必须以相关刑事案件的审理结果为依据的，可“先刑后民”，在依法保全企业财产价值的情况下，等待刑事程序作出生效裁判，再启动破产程序。

2. 实体方面。民刑并行情况下，刑事退赔与破产分配是一体统筹下分别进行，还是统一纳入破产分配？实践中存在较大分歧。操作上，可考虑，刑事追赃所获得的财产返还原被害人后，刑事被害人如仍有损失，可作为破产债权加入破产程序受偿。加入破产清偿无需刑事受害人申请，而是由刑事程序直接移送，刑事程序未结束的，破产程序可预留财产进行二次分配。这就需要回答两个问题：一是刑事被害人为什么可以两次受偿？这是因为刑事中的赃款赃物只能用于退赃给被害人，退赃不足部分构成债权性质的损失。退赃属于破产程序中的取回权行使，取回权的行使不影响债权的另行清偿。关键在于严格限定赃款赃物的范围，不能不加区分地把企业所有财产认定为赃款赃物。尤其是“两罪”案件的许多赃款往往被挥霍、挪用，或者与破产企业其他合法财产混同，不能不加区别地把企业现有财产认定为赃款赃物。还应注意的是，债务人企业将赃款赃物用于投资或者置业，案外人已取得相应股权或投资份额的，只能追缴投资或置业所形成的股权或投资份额，涉案财产本身不应再被追缴或者没收，善意案外人合

法取得的赃款赃物,不得再被追缴或者没收以依法平衡保护各方主体合法权益。二是刑事受害人在破产程序中的额度如何确定?比较合理的办法是以刑事程序认定的额度为准。否则,转入破产程序再重新计算和核定,使程序复杂化,对在破产程序中申报债权的债权人亦不公平。

综上,简言之,在企业正常经营与违法犯罪相交织的情况下,应将刑事程序与破产程序并行,刑事追赃、破产清收的财产统一归集、统一甄别,对刑事受害人退赔不足部分导入破产程序按普通债权受偿,债权额度以刑事程序认定的额度为准。毋庸讳言,面对庞大的集团企业,合法经营与违法犯罪交织,赃款赃物与正常经营财产交织,实务操作并非易事。这就更加说明建立和完善刑事程序与破产程序协调机制的极端重要性。司法机关之间、法院刑民审判部门之间应当在机制协调之下,强化破产处置、刑事打击“一盘棋”意识,既各司其职,又密切配合,才能达到最好的法治效果。

(四) 完善权力运行与监督机制

司法廉洁是司法公正的基石,是公平正义的最基本要求。突破这一底线,公正就无从谈起,司法权威、司法公信力就无从谈起。破产程序是法院主导下,通过管理人依法履行职责,债权人、债务人、股东及其他利益相关者充分参与的综合性司法程序。法院不仅对是否受理破产申请,是否宣告破产、终结破产程序,是否进行实质合并破产,是否批准重整计划或和解协议具有程序或实体方面的审查判断权,还具有对管理人选任、管理人报酬、管理人依法履职的监督管理权,而法院行使职权往往又与管理人履职、债权人会议履行职权交织在一起,破产审判法官遭受“围猎”的风险较高。一些案件中反映出的违纪违法情况,不断给我们敲响警钟。我们要深刻认识加强破产审判领域党风廉政建设和反腐败斗争的必要性和紧迫性。

其一,要紧盯破产审判领域关键环节,切实防范廉政风险点。坚持廉政风险防控与破产审判规律相结合,把破产审判正风肃纪反腐与深化创新机制、完善制度、专业化建设等工作贯通起来,针对破产审判的苗头性、倾向性问题,“抓早抓小”。要从破产受理、管理人选任及报酬、债权审核、资产审计评估、破产财产处置及分配、投资人遴选、重整计划审批等关键环节,全面构建破产审判廉政风险防控机制,严格防范利益勾连,决不能让破产程序成为违法利益输送的“角力场”。

其二,推动完善管理人制度,强化履职监督。破产管理人是具体负责债务人财产管理、处置、分配等破产事务的执行人,法院在对其监管时如果存在不廉问题,不仅影响个案处理、损害债权人利益,还会严重影响人民群众、市场主体对破产审判工作的信任和信心。首先,要完善管理人报酬制度。近年来,管理人报酬问题引起社会关注。如何既能够调动管理人的积极性,发挥其在破产程序中必不可少的作用,又能够确保管理费合理适当,避免管理费确定中的利益勾连?一方面要切实解决不愿意担任“无产可破”案件管理人的问题。此类案件破产管理人费用较低,甚至企业财产不足以清偿包括管理费在内的破产费用,但仍需要全面调查债务人财产情况,追回被不当转移的资产,扩大债权人的受偿范围。这就需要推动建立破产费用保障基金,有效解决实践中拖欠管理人报酬的情况,激发破产制度价值。同时,探索对多个中小微企业破产“打包式”选任管理人的工作机制,以规模效应调动管理人积极性。另一方面,要切实解决一些大型企业集团破产中存在的管理费计算不科学、不合理问题,特别是个别管理费用过高,与付出的工作量不相称问题。最高人民法院正在着手修改有关管理人报酬的司法解释,将综合考量管理人实际工作量、案件中的具体作用等因素,合理确定管理人报酬标准,重点完善债权人会议对管理人报酬的审查监督权。其次,要进一步健全管理人选任机制,对于须采取竞争方式选任管理人的,可以邀请院

廉政督察部门、债权人代表全程监督；明确管理人与破产审判人员有近亲属等利害关系的，不得担任管理人；对存在向有关人员行贿、利益输送等情况的，经查实后不再纳入管理人名册；坚决防止法院工作人员以任何方式向管理人或者利害关系人介绍、推荐重整投资人或者第三方机构；要充分发挥管理人行业协会行业自律的作用，行业协会通过建章立制，在保障管理人依法履职的同时，切实加强对其的管理和约束，促进破产管理人行业持续健康发展。

其三，正确处理法官与管理人之间的关系。破产法官是破产案件的裁判者，管理人是破产事务的具体执行者，二者联系非常紧密。正确处理破产法官与管理人的关系，对提升破产案件审理质效、确保案件公正审理、营造风清气正的破产审判环境具有重要意义。破产程序的特点决定，大量的职责要由管理人担负，大量的工作需要管理人来完成。管理人是否能够勤勉忠实、高质效履职，直接关系到破产案件的办理效果。因此，破产法官与管理人之间要彼此尊重、各司其职、良性互动，做到“亲而有度、清而有为”，说到底就是“干事”与“干净”的辩证统一关系。也应注意到，管理人在破产程序中的职责往往处于矛盾的旋涡，责任风险突出，近年来管理人责任纠纷增多。因而要进一步明晰追责规则，坚持“责罚相当”，依法给予必要的履职保障，营造有利于管理人履职、有利于管理人职业化的市场环境。同时，法院要履行好对管理人的监督职责，充分发挥债权人会议、债委会的监督作用，守好破产法官与管理人的交往界限。重大工作会商要有两人以上参加，有工作记录，甚至有录音录像。严格禁止帮助相关中介机构和人员获得管理人资格，接受请托为处置资产打招呼等。法官与管理人作为职业共同体，要厚植家国情怀、弘扬法治精神，共同努力推动形成破产职业领域风清气正、干净担当的良好生态。只有风清气正，才能有职业尊严，才能赢得人民的尊重和信任。

三、统一破产法律适用尺度，在破产程序中把严格公正司法落到实处

习近平总书记在党的二十大报告中深刻指出，“全面依法治国是国家治理的一场深刻革命”。我们要深刻领会这一重要论断的精髓要义，在破产审判中准确把握《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、《企业破产法》等一系列法律规定，统一法律适用的理念、方法、尺度，把严格公正司法落实到破产审判的各方面各环节。尽管近年来破产审判专业化能力和水平不断提高，破产审判质效明显提升，但是，破产审判实践中还存在对法律规定把握不准、理解不一，甚至适用错误等问题，尤其是在系统把握破产法律体系、综合适用破产法律规定解决实务问题方面还存在能力不足的问题。有鉴于此，就近年来各方面反映比较集中的几个法律适用问题予以剖析。

（一）关于破产中的程序性问题

实践中，存在争议的与破产有关的程序性问题，多属法律规定不明确的边缘性问题，需要借助体系解释方法予以解决。还有的问题本已通过审判纪要等指导性文件予以明确，但因未予关注而生成问题，需要提高“找法”的能力。试例举讨论三个方面的问题。

1. 破产受理标准问题。《企业破产法》第2条第1款规定了破产案件应当受理的两种并列标准：一是债务人不能清偿到期债务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且明显缺乏清偿能力。对于“不能清偿到期债务”“资产不足以清偿全部债务”“明显缺乏清偿能力”这三个与受理标准密切相关的概念，《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《企业破产法司法解释一》）第2条至第4条分别

作出了解释,明确了具体判断标准。应当说,结合《企业破产法》与《企业破产法司法解释一》的相关规定,破产受理标准已经比较清晰明确。但在审判实践中,对于破产受理标准的理解仍然存在一些误区:

一是受理破产申请时要求债务人同时具备“不能清偿到期债务”“资产不足以清偿全部债务”“明显缺乏清偿能力”三种情形。根据《企业破产法司法解释一》第1条规定,债务人不能清偿到期债务时,只需具备“资产不足以清偿全部债务”或者“明显缺乏清偿能力”两种情形其中之一便符合破产受理标准,因此,“资产不足以清偿全部债务”与“明显缺乏清偿能力”应当与“不能清偿到期债务”分别搭配后作为两种不同的破产受理标准使用。实践中,一些法院在债务人已经符合不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力的破产受理标准的情况下,仍然要求债务人具备资产不足以清偿全部债务的情形,否则不予受理其破产申请。将两种不同的破产受理标准混为一谈,其实质是对破产受理标准的基本概念掌握不清。

二是将“不能清偿到期债务”中的债务限于经生效法律文书确定的债务。根据《企业破产法司法解释一》第2条规定,债权债务关系依法成立,债务履行期限已经届满、债务人未完全清偿债务三种情形同时存在,即可认定债务人不能清偿到期债务,该条规定并未要求债务必须经生效法律文书确定。实际上,某些债务虽未经生效法律文书确定,但通过合同、支付凭证等证据能够证明债务合法成立,且债务人对债务已到期未获清偿的事实予以认可或者未提供反证的,同样符合“债务人不能清偿到期债务”的条件。实践中,一些法院对“不能清偿到期债务”拒绝进行实质性审查,仅以相关债务未经生效法律文书确定为由认定不满足“不能清偿到期债务”的情形,其做法是不正确的。

三是错误分配债权人的举证责任。考虑到债权人证明债务人具备“资产不足以清偿全部债务”或者“明显缺乏清偿能力”情形存在难度,《企业破产法司法解释一》第6条规定,债权人申请债务人破产的,仅需证明债务人不能清偿到期债务即可。如债务人未对债权人的申请提出异议或者异议不成立的,则推定债务人具备“资产不足以清偿全部债务”或者“明显缺乏清偿能力”的情形之一,不需要债权人单独对此举证证明。实践中,一些法院以债权人未能证明债务人具备“资产不足以清偿全部债务”或者“明显缺乏清偿能力”为由裁定不予受理债权人对债务人的破产申请,变相抬高债权人提出破产申请的门槛。

除对破产受理标准理解存在误区外,导致破产案件启动难的深层次原因在于客观现实情况。比如,一些地方破产审判部门人员配备不足、破产审判力量与案件需求不匹配、难以应对大量破产案件;部分破产案件涉及职工安置、复工续建、权利顺位冲突、破刑交叉等疑难复杂问题,案件处理难度极大,由此产生畏难情绪等等。最高人民法院在《关于破产案件立案受理有关问题的通知》中明确提出,“不得在法定条件之外设置附加条件,限制剥夺当事人的破产申请权,阻止破产案件立案受理,影响破产程序正常启动”。前述情况虽客观上对案件办理造成了困难,但不应成为不予受理破产案件的正当理由。相关法院要加强破产专业化审判队伍的配置,不断充实办案力量;针对审理中出现的复杂问题,要加强与当地党委政府的联动配合,利用府院协调机制妥善解决相关问题。

2. 预重整问题。随着对预重整探索的不断深入,在预重整的庭外重组阶段,各地逐渐形成了以法院为主导、以当事人或市场为主导、以政府为主导三种模式。不同模式下法院介入预重整的方式及尺度有所不同。在此情况下,有必要正本清源,统一认识。



预重整制度设立的主要目的在于消弭庭外重组以及庭内重整的不足。一方面，庭内重整存在程序繁琐、时间冗长、成本偏高等不足。预重整通过将原本应当在庭内重整程序中完成的协商谈判及表决工作前置，有利于降低庭内重整成本、缩短期限。另一方面，预重整将主要债权人庭外重组协商的结果适用于庭内重整程序中并通过司法程序加以确认，利用司法重整的多数决方式能够解决庭外重组一致决的“钳制”问题，克服庭外重组带来的集体行动成本。由此可以看出，预重整是对庭外重组与庭内重整衔接机制的客观描述，主要在于黏合庭外重组与庭内重整两种不同程序，并非一个独立的程序。预重整的本质是将法庭外的债务重组效果向后延伸至司法程序，同时也将传统重整程序中的协商谈判及债务人信息披露等核心步骤移至正式的司法程序开始之前，以降低司法重整程序的成本。但是，预重整机制下的庭外重组与传统庭外重组没有本质的差异，均是由债权人与债务人等当事人主导的协商谈判和意思自治。因此，在现行法律对预重整制度没有明确规定的情况下，应注意法院参与预重整的合法性、适度性。

其一，法院通过必要的指导参与庭外重组。庭外重组作为当事人主导的协商谈判程序，仍应遵循意思自治原则，法院不宜过度参与，以避免把预重整异化为在法庭之外进行的重整程序。但是，考虑到庭外重组阶段形成的债务重组计划将在后续的重整程序中转为重整计划，如完全放任当事人自主协商，债务重组计划可能会因不符合重整计划的合法性审查标准不能得到批准，浪费时间成本。因此，法院可对庭外重组阶段的部分必要性事项予以指导，尤其是在与地方政府联动处置一些重大风险时，可以提出符合市场化法治化原则及与后续司法重整程序相衔接的司法意见和可行性方案。实践中，为处置风险的需要，在府院协调机制统筹下，法院会对案件依法采取指定某一法院集中管辖措施，以与压实属地责任、集中处理风险的工作模式相匹配。但集中管辖不是中止受理、审理和执行，只是依法对管辖法院的变更，以便与后续破产程序更好衔接。

其二，实践中，一些地方在规则设计上对预重整的庭外重组阶段给予债务人一定的“破产保护”，比如增加停止计息、中止执行、强制解除或采取保全措施等，法律依据不足。停止计息、中止执行、强制解除或采取保全措施是《企业破产法》特别赋予法院的实体裁判权和程序指挥权，是用司法的“有形之手”对市场的“无形之手”的钳制，应当严格限定在破产程序中。预重整的庭外重组阶段并非正式的破产程序，法院不应当事人的权利进行过度干预，影响当事人的意思自治。

3. 破产程序与民事诉讼程序衔接性问题。

其一，《企业破产法》中的劳动关系争议是否需要仲裁前置？按照劳动法等有关规定，在企业正常存续期间发生包括是否构成劳动关系在内的劳动争议，需经过劳动仲裁后才能提起诉讼，此所谓劳动仲裁前置。但在破产程序中，依据《企业破产法》第48条第2款规定，对职工债权有异议的，可以直接向人民法院提起诉讼。职工债权的确认，应以构成劳动关系为前提，只有确认构成劳动关系，才能认定为职工债权，列入职工债权清单。因此，第48条第2款的规定既包括对是否构成劳动关系的确认诉讼，也包括职工债权有无、大小的确认诉讼。易言之，《企业破产法》第48条第2款可以解释为，当有关当事人对自己的债权因不属于劳动关系而未列入职工债权清单，或虽列入职工债权清单但对债权额度有异议时，可以请求管理人更正；管理人不予更正的，可以提起诉讼。也就是说，关于在破产程序中劳动关系争议是否仲裁前置问题，相对于劳动法等法律，《企业破产法》第48条第2款属于特别规定，应优先适用。因此，在破产程序中，职工债权确认诉讼，即便是涉及劳动关系的争议，亦无需劳动仲裁前置。

其二，破产和解协议未实际履行如何处理？破产和解，在近年来中小微企业破产中有所适用，但总体来说占比较小，因此，有关司法解释、指导意见对破产和解中的问题基本没有给予太多关注。破产和解可分为两种情形：一是债务人提出和解协议草案，直接向法院申请和解。和解协议草案经债权人会议表决通过，并经人民法院裁定认可后，其效力体现为对债务人和无财产担保的债权人均具有约束力；债务人不履行和解协议，经债权人申请，由人民法院裁定终止和解协议的执行并宣告债务人破产（《企业破产法》第99条、第100条、第104条）。二是在破产受理后、破产宣告前，债务人与全体债权人就债权债务处理自行达成和解协议，经人民法院裁定认可，终结破产程序。值得探讨的是，第二种情况下的破产和解协议与第一种情况下破产和解协议是否具有同等效力？应该说，二者在效力及不履行后果上存在明显差别，不可同日而语。以表决方式通过的和解协议，债务人不履行的，因破产程序并未终结，债权人的救济渠道只能是向法院申请宣告破产。而当事人自行达成的和解协议，意味着当事人希望自行解决纠纷。该和解协议一经法院裁定认可，破产程序即告终结。在破产程序已经终结的情况下，债务人不履行和解协议，就不可能像以决议形式形成的和解协议那样，进行程序回溯申请宣告破产。不能回溯到破产程序，债权人是否可以申请对和解协议强制执行？应不可以。首先，该和解协议是法院基于当事人自行解决债权债务而终结破产程序的需要进行的审查和认可，不能等同于对诉前调解的司法确认。其次，该和解协议是在破产程序中依据破产法的规定形成的一揽子解决全部债权清偿协议，包含延期履行、替代性履行、减债履行等各种安排，在不履行的情况下，将面临各种争议，这不是在强制执行程序中所能解决的。对此情况，债权人可以选择的救济路径，要么是重新申请破产，再次启动破产程序，要么是申请恢复强制执行，进行个别受偿。债权人选择强制执行程序的，无论在破产程序中是否解除查封、是否采取新的查封措施，都应根据《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）》（以下简称《企业破产法司法解释二》）第8条规定恢复到原财产保全的顺位，按“先保全先得”的执行分配规则，在债权人之间进行执行分配。在后顺位债权人无法接受的情况下，可以向法院申请破产，重新启动破产程序。这样，形成一个倒逼机制，回归集体清偿、公平受偿。

其三，有关当事人不履行破产重整计划是否具有可诉性，是否可以强制执行？依据《企业破产法》第93条第1款的规定，债务人不能或不执行重整计划的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划，并宣告破产。结合破产法其他有关规定，可以认为，破产重整计划是在债权人会议通过后经人民法院裁定批准的，具有相当于生效法律文书的效力，因此有关利害关系人不能对破产计划提起诉讼。债务人不履行破产重整计划，破产法给出的路径很明确，就是宣告破产，而不是强制执行。^{〔4〕}问题是，破产重整计划中往往包括投资人的投资安排，对投资人不履行破产计划中所确定的义务是否可以另行提起诉讼或申请强制执行？对此，破产法未予规定。重整计划中的投资人义务安排，多来源于债务人或管理人与投资人所签投资协议，投资人拒绝按照重整计划履行相关投资义务，并不必然导致重整计划执行的失败。这种情况下，首先应依《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》）第19条所指引的路径，按一定程序变更包括引进新的投资人在内的破产重整计划。如

〔4〕 申请宣告破产的主体包括管理人、其他利害关系人，不至于像破产和解协议那样申请宣告破产主体限于债务人，而形成僵局。



果重整计划无法变更，只能转入破产清算。无论是变更重整计划继续重整程序，还是因无法变更重整计划转入破产清算，都可能产生相应的损失，债务人或管理人可以据此对投资人提起诉讼，请求其对不履行投资义务承担赔偿责任。有观点认为，在投资人不履行投资义务时可强制履行，但投资人不履行义务，可能是不具有履行能力，也可能是对企业重整失去信心，强制让战略投资人履行，未必能达到挽救企业之效果，故以追究其违约赔偿损失责任为宜。

其四，破产程序中股东是否可以提起债权确认之诉？依据《企业破产法》第58条第3款规定，破产清算程序中，债务人对债权表记载的债权有异议的，可以向法院提起诉讼。虽然该规定未赋予股东提起债权确认之诉的资格，但不能因此得出股东一律不能提起债权确认之诉的结论。对债权的确认，与债务人股东亦有间接利害关系。比如，某债权的确认与否，关系到破产原因是否具备，重整情况下关系到股东权益是否保留、保留多少的问题，给予股东救济路径是必要的。但救济路径的选择在破产法未规定的情况下，只能依据公司法的相关规定。公司法上对于涉及公司与债权人之间的关系，股东只能为公司利益提起股东代表诉讼，只是在破产程序中，股东代表诉讼的前置条件可定位为债务人或管理人不提起诉讼而已。

其五，法院裁定无异议债权后，债权人是否仍有权提起破产债权确认之诉？根据《企业破产法》第48条、第57条、第58条第1款以及《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8条规定，债权应当先经过管理人实质审查及债权人会议核查，只有经管理人审查认可并经第一次债权人会议核查无异议的债权，才由法院裁定确认；债权人对管理人审查结果有异议的，可以向管理人提出，管理人答复后仍有异议或者管理人不答复的，债权人可以向破产受理法院提起债权确认诉讼；对于管理人审查认可并编制的债权表，债权人还可以在第一次债权人会议上提出异议，并依法提起债权确认诉讼。由此可见，债权人对债权确认有异议而提起诉讼的，应当在法院对无异议债权确认裁定作出之前提起。在法院作出无异议裁定之前不仅给了债权人核查债权、向管理人提出异议等救济机会，还给予了在管理人对异议不答复或对答复仍有异议情况下提起诉讼的机会，程序保障比较充分。因此，法院在各方均对债权无异议的情况下，作出的确认无异议债权裁定，应当具有与法院生效判决相同的效力，对管理人和全体债权人均有约束力。如果对法院裁定确认的债权表记载仍存在异议的，应当通过民事诉讼法规定的审判监督程序予以处理。还需一提的是，法院裁定确认的无争议债权，系债权人后续参与破产程序、行使权利的依据，构成破产程序得以正当有效进行的基础。如果允许债权人针对法院作出的确认裁定再提起破产债权确认诉讼，不仅会使《企业破产法》规定的债权审查、核查、异议等前述程序形同虚设，导致法院已生效法律文书处于不确定状态，不利于鼓励债权人及时依法行使权利，还可能影响后续债权人会议决议、重整计划表决等程序结果，不利于破产程序的有序及稳定推进，从而对多数债权人利益造成损害。

（二）关于破产财产

《企业破产法》及其司法解释，从正向和反向两个方面对破产财产的范围进行了界定，但由于实践场景的复杂性，仍面临许多存在争议的问题。与破产程序中的诸多问题一样，其不仅涉及破产法的适用，还涉及整个民商法的衔接适用问题。

1. 破产财产与取回权。从《企业破产法司法解释二》第1条的规定看，破产财产的形式，包括货币、动产、不动产等实物，也包括可以用货币估价并可以转让的债权、股权、知识产权等其他财产和财产权益。

货币取回权问题。就货币而言，原则上占有即所有，破产受理后债务人占有的货币为破产财产。当然，这也不是绝对的，在货币可以与债务人财产明显隔离且特定化的情况下，似应区别对待。例如，破产债务人的交易相对人存入破产债务人开立并控制的保证金账户的资金，不应作为破产财产，只是债务人可以享有优先受偿权而已。再如，在一起案例中，破产企业已转让债权但未通知相对人，相对人仍向破产企业履行，管理人认为这笔款项存疑，而予以提存，权利人是否可以取回？一般而言，此种情况下破产企业构成不当得利，依据《企业破产法》第42条规定，破产受理后债务人因不当得利发生的债务按共益债处理。但上例有一定的特殊性，即管理人以提存的方式表明没有占有的意思，且该货币因提存而特定化，与破产财产没有混同，似可由权利人行使取回权。此外，应当注意到，按《企业破产法司法解释二》第32条关于在债务人占有第三人财产毁损灭失情况下物上代位的处理规则，以受理破产前还是破产受理后以及与债务人财产是否混同而区别对待：受理破产后，本应支付给第三人而支付给债务人物上代位性质的赔偿金、保险金，与债务人财产混同的，按共益债处理；未混同的，由第三人取回。由此可见，货币占有即所有也不是绝对的，要区别不同情况作出判断。其他财产权益取回权问题。至于除货币、实物之外的其他财产及财产权益的取回权，原则上要根据商事特别法或行政管理法规关于权利变动的规定进行判断。比如，股权原则上以记载于股东名册为判断标准。涉及股权代持的情况，委托破产债务人代持的股权不应作为破产财产。相反，破产债务人委托他人代持的股权，也可以收回股权，存在其他权利冲突或法律障碍的，起码可以作为破产债务人的债权清收。代持问题的解决，涉及有限责任公司人合性考量，代持合同效力以及与第三人权利冲突等一系列问题，实际是公司法纠纷中常见又疑难的问题，需依据公司法、合同法系统考量。^{〔5〕}

不动产取回权（以房地产企业破产为分析对象）。不动产权属判断，一般应依据《民法典》关于物权变动的规定。在基于法律行为的物权变动情况下，不动产以登记作为物权变动的生效要件，被称之为形式主义物权变动模式。在破产程序中经常产生争议的是房屋买卖合同标的物的取回问题。比如，在房屋买卖中，如果房屋已经交付但尚未办理过户登记手续，购房人尚未从法律意义上取得房屋所有权，此时房地产企业破产的，购房人能否行使取回权。《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》（法释〔2002〕23号）第71条对上述情况曾作出了不属于破产财产的例外规定，但因该规定与《企业破产法司法解释二》第2条规定不一致而不再适用。有观点认为，目前，房地产领域破产清算或重整的企业增多，完全按照形式主义物权变动模式将房屋认定为破产财产，与购房人的朴素公平正义观相左，如何在破产程序中平衡好购房人与其他权利人的利益关系，值得重视和研究。对此，最高人民法院正在制定相关指导意见，本文对相关问题提出初步的解决思路。

以居住为目的的商品房买卖。相对于《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》（以下简称《异议复议规定》）第29条、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《民商事审判会议纪要》）第125条，在保交楼保交房背景下，《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号，以下简称《商品房消费者权利保护批复》）加大了对商品房消费者的保护力度，即没有简单地把购房数量、地域范围等作为限制条件，原则上只要不违背“房住不炒”公共政策，符合刚性和改善性住房要求的，均在依法优先保护之列。

〔5〕 刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024年第6期。

该批复既可以作为排除强制执行的依据，也可以作为民商审判中确定权利顺位的依据。应特别注意的是，《商品房消费者权利保护批复》制定的目的，是在“保交楼”“保交房”的历史背景下，从根本上解决商品房消费者面对各种权利冲突时能否取得房屋所有权的问题。《商品房消费者权利保护批复》明确商品房消费者取得房屋的权利优先于工程款优先权、抵押权，就是明确其优先取得所买商品房所有权^[6]。因此，在破产程序中，对以居住为目的的购房人可以按类似于取回权的处理思路处理。在无法交付房屋的情况下，可依据《商品房消费者权利保护批复》第3条，优先返还商品房消费者已支付的房款。笔者注意到，审判实践中，有观点认为，《商品房消费者权利保护批复》第2条规定：“商品房消费者以居住为目的购买房屋并已支付全部价款，主张其房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权的，人民法院应当予以支持。”这里所说的“房屋交付请求权”应属于合同性权利，因此不能行使取回权。但因该批复明确规定了此种合同权利“超级优先”，破产管理人只能继续实际履行合同，而不能以偏颇清偿为由解除房屋买卖合同；一旦房屋具备交付条件，就应当为商品房消费者交付房屋、办理房产证。此观点与上述观点殊途同归，具有合理性，也可资采用。

非以居住为目的的商品房买卖。《商品房消费者权利保护批复》是建立在居住是基本的生存需求，生存权大于财产权的利益衡量基础上，故该批复仅适用于以居住为目的的商品房买卖，而对非商品房消费者的房屋买卖关系，不应适用。问题是，面对这样的特殊情况，如何解决？有观点认为，对非商品房消费者买卖房屋，应参照适用《异议复议规定》第28条处理。理由在于：依该条规定，一般购房人具备四个条件的情况下，可以排除一般债权人对其所购买房屋的强制执行。这四个条件包括已签订房屋买卖合同、支付全部价款、合法占有房屋、非购房人过错而未办产权过户。从这四个条件看，几乎完成了房屋买卖合同的所有权利义务，只差办理过户手续这一步。而这一步也不是购房人过错造成的，故属于典型的物权期待权。所谓物权期待权，实质的要点在于，虽不符合一般不动产物权变动要件，还不是完全意义上的物权，但按物权给予优先保护，其可以对抗一般债权人，至于与其他物权人的权利冲突，则按物权冲突的规则处理。破产程序中甄别破产财产和取回权之要义，也是为解决基于对特定物权利人与破产企业的债权人权利冲突。既然购房人基于物权期待权可以排除普通债权的强制执行，当然也可以在破产程序中对抗破产房企的一般债权人。因此，在破产程序中，在购房人已实际合法占有房产且符合《异议复议规定》第28条规定的其他条件的情况下，应为购房人办理房产过户手续及房产证，使其房屋所有权达到圆满状态。当购房人权利与抵押权、工程款优先权等物权利性质的权利发生冲突时，按相应的物权冲突规则处理。

另有观点认为，根据《企业破产法》第18条关于管理人选择履行权的规定，管理人有权决定是解除还是继续履行双方未履行完毕的购房合同，如果房地产企业已将房屋交付购房人实际占有，虽然未办理产权登记，但基于对合法占有这一客观事实的尊重，可对管理人的前述解除权予以限制，并对购房人办理房产证的请求予以支持，从而维护购房人的合理期待利益。这一思路与前述第一种观点在解释路径上存在差别，但基于购房人已合法占有房屋这一法律事实应

[6] 正因为如此，2024年自然资源部、最高人民法院等部门联合下发通知，提出在落实“保交楼”“保交房”工作中对商品房消费者不仅要交房还要办房产证。这是从操作层面对《商品房消费者权利保护批复》制定目的的进一步落实，即确保商品房消费者从法律意义上取得房屋所有权。

给予特殊考量的趣旨一致。但需注意的是,该观点存在缺陷:如果购房人已全部支付房款,其房屋买卖合同付款义务已经履行完毕,与《企业破产法》第18条规定的双方均未履行完毕的假定条件似乎不符,除非购房人还有部分尾款未付。从管理人选择履行权路径解决,有不周延之弊,此其一。其二,在破产程序中,对于一方履行完毕,另一方未履行完毕的情形,因不属于《企业破产法》第18条关于选择履行权规定的范围,应结合合同解除权制度及破产程序不得偏颇清偿的核心规则解决合同是否履行问题。在债务人的相对人未履行的情况下,债务人可以要求其实际履行,也可以要求其承担赔偿责任。而当债务人未履行时,基于不得偏颇清偿的破产法规则,相对人只能申报债权,不能要求实际履行。显然,购房人交付了全部房款,而债务人未完全履行合同义务,尚未办理房产证,正是属于相对人不能要求实际履行的情况。对商品房消费者用继续履行合同解释说得通,是有《商品房消费者权利保护批复》对消费者购房人“超级优先权”的规定作支撑,而在一般购房人合法占有的情况下,对其保护按继续履行合同解释则缺乏相应的支撑。何况,在有《异议复议规定》第28条可资依据解决实际问题的情况下,不宜勉为其难地另辟蹊径解决。从上述分析看,用继续履行合同解释路径解决已占有房产的购房人优先权问题,与破产法核心规则相悖,不宜采纳。诚然,上述两种观点都在为实现实质公正而寻找合理路径,都是对现行法律的扩张解释,相比较而言,第一种观点避免了与破产程序不得偏颇清偿基本规则的冲突,更有利于系统化解解决关联问题,似更合理些,但仍有进一步深入研讨之必要。

非以居住为目的购房人与抵押权人的权利冲突。对此应区分“先押后买”和“先买后押”两种不同情况。第一,“先押后买”。《城市房地产开发经营管理条例》、《城市商品房预售管理办法》对于房地产企业申请商品房预售许可,是否需要已经设置抵押的抵押权人出具同意预售及特定条件下解除抵押的证明,未作出明确规定,实践中各地做法不一。一些地方的规范性文件中明确规定,在土地使用权、在建工程设置抵押的情况下,房地产企业要取得商品房预售许可,必须由抵押权人出具同意预售的书面意见以及在房屋初始登记前解除抵押权的书面保证。在这种情况下,抵押权人的债权保障由抵押财产转化为行政管理部门、银行债权人监管之下的预售资金专用账户中的售房款,同意预售的抵押权人因未有效监管专用账户导致资金流失不能实现债权的风险,不应转嫁到对商品房预售许可合理信赖的购房人身上。据此,结合民法典第406条规定,可以认为在房地产企业取得商品房预售许可的情况下,设置在先的抵押权不能对抗商品房购房人。在房地产企业破产程序中,购房人一旦合法占有房屋,应当为其办理房屋过户手续,并解除相对应的抵押权^[7]。但是,对于未作出上述制度安排的地区,则需要考虑具体的房地产项目是否在预售时经抵押权人同意等情况。如未经同意,则不能按上述思路处理,应根据具体情况进行分析判断,平衡好抵押权人与购房人的利益关系。第二,“先买后押”。实践中也存在房地产企业在商品房预售后,又设置抵押的情况。在处理这类纠纷时,有观点认为,“先买后押”类似于对商品房的“一房二卖”,可参照《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第15条规定处理,即抵押权人如果知道或应当知道房屋公开预售、购房人网签了商品房买卖合同且已合法占有房屋等事实,不宜支持其优先受偿权。此观点有一定的道

[7] 虽然所在地区的规范性文件明确规定,房地产企业要取得商品房预售许可必须由抵押权人出具同意预售的书面意见以及在房屋初始登记前解除抵押权的书面保证,但是对于实践中可能存在的不按规定办的情况,应根据房地产项目的具体情况妥善处理。



理。一方面，在商品房公开预售的情况下，存在房屋被部分或全部售出的现实可能性，这是个常识性问题，抵押权人应当预见到这一风险而进行必要的审核。但另一方面，作为非以居住为目的购房人也应利用原物权法及民法典所规定的预告登记制度防范房地产企业“一房二卖”或“又卖又押”的风险。在权利冲突的双方都忽视必要的法律风险防范的情况下，如何平衡好购房人与抵押权人的利益，是一个艰难的选择。在我国商品房预售的基本商业模式下，人民法院应当结合商品房买卖多采取网签而不进行预告登记的交易习惯、案件的具体事实以及民法典相应的规范框架进行综合判断，平衡好购房人与抵押权人的利益关系^[8]。

2. 破产财产与管理人选择履行权。破产管理人选择履行权，是一个历久弥新的问题，对此有丰富的研究成果和实践探索，《企业破产法司法解释二》从第34条至第38条根据《企业破产法》第18条的规定，就所有权保留买卖合同的相关问题，尽可能还原实务场景，作了较为具体的规定，为司法实践提供了具有可操作性的指引。实践中特别引起关注的是如何对管理人选择权给予必要的限制，避免因选择不当导致偏颇清偿或损害合同相对人的合法权益。对此，需要从两个方面入手：

一是程序性监督。根据《企业破产法》第69条的规定，管理人决定继续履行双方均未履行完毕的合同的，应当及时向债权人委员会报告，合同履行与否涉及企业是否继续经营的，还应交由债权人会议决议，以充分发挥债权人会议和债委会的监督功能。

二是多维度考量管理人选择履行权的合法性、适当性标准。管理人选择履行权的逻辑起点是管理人所作出的履行或解除选择从比较效应上更有利于破产债务人获益和财产最大化，最终实现全体债权人公平受偿的目的，这也是为什么当管理人选择履行合同的情况下产生的债务可以作为共益债的道理之所在。破产财产获益的判断，不应局限于破产财产本身的增减，在破产重整情况下，更重要的是要考量对实现营运价值的影响。这里有一个值得我们深入思考的问题，破产程序赋予管理人对双方均未履行完毕合同的选择履行权，是出于破产程序全体债权人整体利益的考量，而牺牲一部分债权人个别利益。对个别债权人利益牺牲到何程度？是否需要一个平衡点？一般情况下，管理人选择履行合同，破产法对相对人的利益平衡措施是对所履行部分按共益债处理，或相对人要求管理人提供相应的担保。这样，相对人不会因管理人选择履行合同继续扩大损失。但是，当管理人为了债务人财产最大化，选择解除合同时，由于没有共益债制度的保障，对相对人而言可能“冰火两重天”。例如，在所有权保留买卖中，如果破产债务人是出卖方，解除合同，取回标的物，买受人所受损失只能按普通债务参加分配。再如前述提及的租赁关系，在承租人预交了租金的情况下，如果破产债务人是出租人，选择解除合同，预交的租金依照选择履行权的有关规定，似只能按普通债权参加分配。不可否认，在破产程序中，对于双方均未履行完毕的合同，管理人具有任意解除权，当相对人不构成违约的情况下解除合同，债务人只是承担违约赔偿责任，但违约赔偿只是普通债权，在破产程序中的清偿率是有限的。这种场景似乎正是破产法对管理人选择履行权所考量到的，即为债权公平清偿这一整体利益，牺牲个别债权人利益。但是，面对所有权保留买卖、预付租金的租赁等特殊情

[8] 实践中，“先押后买”或“先买后押”都存在房地产企业违规操作的情形，具体手段复杂多样，不宜不加区别地提出“一刀切”的解决方案。在有关司法解释或指导意见中，可列举几种房地产企业违规操作的典型情形，提出相应的解决路径，以统一裁判尺度，提高破产程序中解决相关纠纷的质量和效率。

况，是否需要在保护债权人整体利益与个别利益上找到一个平衡点，以解决让一般人“感到不公”的问题。这个平衡点在哪里？前面所举的两个事例，都与民商法及司法解释的特别规定有关，如《民法典》第725条关于买卖不破租赁的规定，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条关于买受人已支付标的物的总价款75%以上的，出卖人不得解除合同并取回标的物的规定。因此，应进行体系思维，在破产法之外的其他法律对解除合同有特别规定（不包括解除问题的一般规定），以致解除合同打破社会合理预期的情况下，对相对人利益给予平衡。平衡并不是不允许管理人解除合同，而是特殊情况特殊对待，给相对人区别于一般合同的特殊保护，即按共益债处理。事实上，《企业破产法司法解释二》已注意到了这一点，对所有权保留买卖问题，针对不同情况采取了不同路径。比如，规定破产债务人作为出卖人，相对人已付款75%的，不能解除合同，取回标的物；特定情况下解除合同的，相对人的价款损失按共益债处理（《企业破产法司法解释二》第35条第2款、第36条第3款），殊值肯定。就预付租金的租赁合同而言，《民法典》作了买卖不破租赁的规定，虽然不能仅以此限制管理人选择权，但管理人非因重大原因不应轻易突破这一规定。管理人确为债权人整体利益，或为重整需要选择解除合同涤除租赁权时，应把预交的租金作为共益债处理。实践中，破产案件中经常遇到一栋建筑物出租给众多租户，而这些租户预交了租金。如果解除租赁合同，对预交的租金一律按普通债权对待，怎么能平衡好利益、平息众多租户的不满，维护社会稳定。何况，也难使破产程序顺利进行下去，甚至造成僵局，极大影响破产程序效率和效益。如果租赁是用于居住，更是如此。

（三）关于防止逃废债务

实践中，一些企业借破产逃废债务，不仅严重损害债权人的合法权益，还会侵蚀社会公众对破产制度的信心。解决这个问题，关键在于在破产程序中要用足破产法律制度工具以及民商法相关法律制度，防范、纠正并惩治恶意转移财产、逃废债务等行为，真正发挥破产制度之功能作用。

1. 准确把握撤销权制度。合同制度中的债权人撤销权，是保护债权人债权实现的重要制度工具，也是防止债务人以不当交易逃废债务的重要措施。《民法典》第538条、第539条关于债权人撤销权的规定，同样可作为破产程序中债务人对外清收债权的重要工具。《最高人民法院关于审理〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第46条为提高行使这一权利的效益与效率，规定了债权人在行使撤销权的同时可以请求相对人向债务人返还相应财产、折价补偿等，并可以执行债务人对相对人所享有的前述权利。

《企业破产法》第31条与第32条规定了管理人撤销权，第31条重在解决不公平交易，防止债务人以此种方式转移财产，逃避债务。从这一点上而言，与《民法典》第538条、第539条规定的功能相同，但《企业破产法》第31条撤销权的优势在于，一是可以产生直接收回相应财产的效果，二是对不合理转移财产的撤销不以相对人知道或应当知道为前提。《民法典》关于撤销权的规定与《企业破产法》第31条的规定，可以作为两种不同的手段清收破产财产。从解释论角度，《民法典》第538条规定的撤销权情形可以嫁接到《企业破产法》第31条综合适用，但《民法典》第539条则不可。至于《企业破产法》第32条，重在解决偏颇清偿问题，只有破产程序可以适用，自不待言。

2. 充分利用公司法律制度。《企业破产法》第35条、第36条分别规定了股东缴纳出资和董监高侵占公司财产追回制度。相较于《企业破产法》第35条，公司法对股东出资责任及其

他主体相关责任的规定更为完善，比如，公司法所规定的股东抽逃出资责任、瑕疵出资责任，董事因怠于催缴所产生的赔偿责任，股权转让情况下的受让股东与转让股东责任等规定。法院应当督促管理人用好用足这些制度工具，丰富追回破产财产、防止逃废债的制度工具箱，提高债权清偿率。就《企业破产法》第36条而言，主要规定了董监高侵占或变相侵占财产追回问题。实践中，针对一些公司董监高获取的非正常收入的追回，多在出现重大违法甚至犯罪行为的情况下适用，而一般情况下，对董监高非正常收入的追回制度的应用不够充分，甚至不用。一些破产企业在出现债务危机、经营困境时，对外恶意举债，各利益相关者损失巨大，甚至血本无归，董监高依然攫取高额收入、报酬。一旦企业救无可救，董监高便以各种理由离职而去。“拆了穷庙，跑了富和尚”，债权人清除率低得可怜。对此现象不能熟视无睹，法院、管理人都要忠实履职，对获取的高额报酬按照企业不同阶段财务情况确定追回比例，依法让违法者付出应有的代价，让合法权益受损者得到最充分保护。在上市公司重整中，特别要注意对大股东非经营性占用的惩防。在大股东通过虚构交易或者直接划转等方式占用上市公司资金的情况下，要通过依法对大股东权益清零，要求大股东以现金清偿或者以符合监管要求的资产进行非现金清偿等方式，有效解决大股东资金占用问题。

除此之外，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第23条关于法人人格否认的规定，第188条关于董事责任的规定，第180条、第192条关于事实董事、影子董事责任的规定，都为清收破产财产提供了有效的法律路径，应当在破产程序中有效应用。依据《公司法》规定，公司董监高执行职务给他人造成损失的，由公司赔偿后，再向有过错的董监高追偿。但在公司正常存续状态下，除非公司内部出现矛盾，鲜有追偿的情况。在破产的情况下，管理人为债权人利益，应当注意行使追偿权。

（四）关于破产中的抵销权

《企业破产法》与《民法典》关于抵销权规定的协调适用。关于债的抵销问题，《民法典》第568条、第569条作了一般规定，同时第549条对债权转让中债务人抵销权、第553条对债务转让中新债务人抵销权的规定中也有涉及。考虑到债的抵销权的复杂性，《合同编通则解释》第55条至第58条对实践中可能发生理解不一的抵销权问题作了进一步的规定。破产法作为债权集体清偿的程序，整个制度设计与债权公平清偿有密切关系，故《企业破产法》第40条对破产程序中的抵销权作了特别规定，《企业破产法司法解释二》第42条至第46条依据《企业破产法》的特别规定，还原实践场景作了进一步的具体规定。这一系列规定因不是在同时期系统考量的结果，似有些紊乱、繁杂，故适用时应系统把握，厘清不同规范或裁判规则之间的关系。总体而言，《企业破产法》及其司法解释是《民法典》关于抵销权的特别规定，应按特别规定优于一般规定的适用规则适用。^[9]《企业破产法》及其司法解释无特别规定的，与《企业破产法》立法目的相协调的民商法一般规定可作补充适用。比如，《合同编通则解释》第57条规定，因侵害自然人人身权益，或者故意、重大过失侵害他人财产权益产生的损害赔偿的债务，侵权人主张抵销的，不予支持。对此，无论是在普通民诉程序还是在破产程序中均可适用。

破产法关于抵销权的特别规定主要体现在三个方面：其一，基于破产程序对债权债务终局

[9] 《企业破产法》相对于《民法典》是旧的特别规定，但鉴于《民法典》关于抵销权的规定与合同法相比无实质变化，可不考虑新的规定优于旧的规定的规则。

性清理的特殊考量所作的规定。与《民法典》的规定相比，破产程序中债的抵销，不受债务是否到期的限制，不受债务标的物种类、品质是否相同的限制。其二，基于对债权人公平受偿的特殊考量所作的规定。《企业破产法》第40条规定的不得抵销的三种情形，旨在防范偏颇清偿，与《企业破产法》第32条关于撤销权的规定“其致一也”，近乎于是第32条的延伸。对这一点的清醒认识，对于在现有规定不足以涵盖实践中的具体问题时进行目的解释具有方法论意义。比如，破产债务人的债务人在破产受理后受让对债务人享有的债权，如果允许抵销，将产生转让债权全额清偿的结果。再比如，在债务人处于破产状态的情况下，债务人的债权人向债务人举债，允许行使抵销权的结果，将导致该债权人全额清偿。破产法司法解释所列举的多种不支持抵销权的情形，也是从避免因抵销而产生偏颇清偿的结果。其三，基于破产债务人股东的特殊考量所作的规定，比如，《企业破产法司法解释二》第46条第一项，关于股东未实际缴纳出资对公司所负债务不得与其对公司享有的债权抵销。这一规定类似于《企业破产法》第40条第三项的规定。公司股东欠缴出资，系公司的债务人，而作为股东应知公司不能清偿到期债务或者破产申请的事实，本应向公司补足出资，却借款给公司，这属于《企业破产法》第40条第三项规定的不得抵销的情形。当然，还有股东与公司特殊关系的深层次考虑。但是，不能由此进一步得出在公司正常存续状态也不应抵销的结论。^{〔10〕}《企业破产法司法解释二》第46条第二项关于股东滥用法人人格所负债务不得抵销的规定，属于衡平居次法理的体现。也就是说，并不是任何情况下股东对破产债务人享有的债权在分配中都居劣后地位，而是当出现股东滥用法人人格的情况时才居劣后于普通债权人的地位。股东如未滥用法人人格，应对破产债务人享有抵销权。

此外，实践中还存在一些争议性问题，应引起关注。比如，超过诉讼时效期间的债权是否可以抵销？超过诉讼时效的债权，成为自然之债，国家强制力不予保护，但债务人愿意偿还的，未尝不可。因此，未超过诉讼时效的债权人提出抵销，或超过诉讼时效的债务人提出抵销，相对方明确表示接受或诉讼中未作诉讼时效抗辩的，均可发生抵销效力。对此，《合同编通则解释》第58条有明确表述。问题是，实践中当事人行使抵销权的方式未必像法律设计得那么规范，需要结合案件事实判断。例如，甲诉乙还款，在一审开庭结束后，乙以甲也欠其款为由向法院提出反诉请求，法院告知其另行起诉。当甲对乙的胜诉判决生效并申请强制执行时，乙对甲的诉讼尚在审理中，于是乙向法院提出中止执行，法院予以中止。后甲破产，乙持已作出的生效判决主张抵销。甲的管理人以乙在法律规定的申请强制执行期限内未申请强制执行为由提出抗辩。这一案例涉及两个法律问题，一是乙另行起诉是否能够产生抵销的效果；二是因乙对甲的债权待决，乙提出中止甲对乙的强制执行是否能够产生抵销的效果。就第一个问题而言，可参照《民商事审判会议纪要》第43条的规定，即抵销权既可以以通知的方式行使，也可以以提出抗辩或者提起反诉的方式行使，这表明抵销的意思表示可以通过多种方式呈现。在上述案例中，当事人未以通知方式行使抵销权，在甲起诉乙的案件中也未形成抗辩或反诉，而是在另案提起诉讼以对抗甲对其的诉讼，这是否表达了抵销的意思，存在不同观点。其中一种观点认为，既然通知、抗辩、反诉都能表达抵销的意思表示，那么举轻以明重或举重以明轻，另行提起诉讼自然也应当认为包含了抵销的意思表示。《民商事审判会议纪要》也提出提

〔10〕刘贵祥：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024年第6期。

起反诉可用于表达抵销意思表示，另行提起诉讼只是将本应合并审理的案件分开处理，与反诉无实质区别，同样应理解为表达了抵销的意思表示。这种观点似具说服力。如果这种观点不成立，结合另一个事实，即甲申请对乙强制执行，乙以其对甲的债权待决为由提出中止执行，是否可以得出乙作出了抵销的意思表示，并为甲所明知，进而从乙提出中止执行时即产生抵销的效力？笔者倾向于这样的分析。

此外，值得注意的是，抵销自意思表示到达对方时生效。《民商事审判会议纪要》认为抵销一经生效，其效力溯及抵销条件成就之时，这意味着双方互负的抵销数额以抵销条件成就时为准。但《合同编通则解释》第55条放弃了这一观点，认为从抵销权成立或生效时确定双方互负抵销数额。对该司法解释之后发生的抵销行为，应适用该司法解释的规定。

（五）关于实质合并破产

2018年发布的《破产审判会议纪要》专门对关联企业破产问题作了较为系统的裁判指引，其中所体现的理念和规则，至今仍具有很高的实务价值。该纪要对关联企业破产，基本形成两个方面的思路：一是“分别破产、一体化处理”，二是实质合并破产。实践中，根据具体情况，可综合运用这两种思路。比如，部分关联企业实质合并破产，部分关联企业分别破产、一体化处理。针对大型企业集团风险处置，有必要整体考虑企业各种要素，综合适用庭外重组、清算注销等多种工具，提前设计非重整主体的风险化解方案，一揽子解决资产负债、业务及人员问题，不留死角。选择什么样的化危为机策略，要坚持市场化法治化原则，秉持实事求是的态度，对实质合并破产既不能随意扩大，挑肥拣瘦，也不能缺乏统筹协调，各自为政，分散多地处理。对跨区域破产案件，在压实地方责任的同时，要加强沟通协调，步调一致，既不能相互推诿，也不能相互争抢。

1. “分别破产、一体化处理”之要义。强调一体化处理，更大程度上是考虑关联企业错综复杂的关系，避免不同受理法院各自为政而导致对法律关系、法律事实判断的冲突，影响公平与效率。前不久出现一个案例，在母公司出现破产原因但尚未进入破产程序的情况下，其核心子公司住所地法院先行受理了子公司破产重整申请，导致母公司债权人无法通过有效方式参与子公司重整程序，面临母公司有效资产即对子公司的股权流失减损的风险，对此母公司住所地法院认为分别受理会给后续工作带来较大困难，建议最高人民法院协调解决，最高人民法院综合各方面情况，依法指定受理子公司破产重整的法院集中管辖，一体处理。

为便于一体处理，应特别注意《破产审判会议纪要》从程序和实体两个方面所作的延伸指引：一是综合考虑多种因素由具有管辖权的共同上级法院指定一个法院集中管辖；二是关联企业利用不正当关联交易关系形成的债权，劣后于其他普通债权；以特定财产设定的优先权不得优先受偿。所谓不能优先受偿，应理解为以不正当关联交易设定的优先受偿权按普通债权对待。如果债权本身都是不正当关联交易形成，不仅丧失设定的优先权，还可能导致劣后于普通债权后果。

2. 实质合并破产之要义。就实质合并破产而言，《破产审判会议纪要》秉持的理念是，基于法人独立地位和股东有限责任原则，关联企业分别破产是常态，实质合并破产是例外，对实质合并破产需审慎把握。无疑，在多年的关联企业破产实践中，面对结构复杂、债权债务关系多样、利害关系多元的集团企业破产，实质合并破产为降低破产程序运行成本、提高运行效率、保全企业核心营运价值、提高破产重整成功率、实现各关联企业债权公平清偿提供了一条重要路径。但是，也应该看到，实践中存在一些漠视实质合并破产的基本要件，典型实用主义

的做法。比如，忽视人格混同的根本标准，以实质合并破产为工具削峰填谷，寻求所谓的平衡，引起利益相关者不满，广受诟病。因此，必须引起高度注意，准确理解《破产审判会议纪要》的指引规则，秉持审慎适用理念，严格把握适用标准，严守法律界限。

实质合并破产法律依据。实质合并破产的实质是，否认特定范围关联企业的独立人格，突破法人企业独立财产原则，消灭关联企业之间的债权债务关系，把关联企业的财产统一归集、在同一程序中统一清偿债务或重组拯救企业。从溯源意义上分析，关联企业实质合并破产的法律依据是现行《公司法》第23条（原《公司法》第20条）关于股东滥用公司独立地位和股东有限责任的规定，被称之为法人人格否认制度，旨在矫正股东有限责任制度在特定法律事实发生时对债权人保护的失衡现象。《公司法》第23条关于法人人格否认的规定，在审判实践中被归纳为多种情形，比如人格混同、股东对控制的公司过度控制以致公司躯壳化、工具化。否认法人人格的法律后果，一是过度控制的股东对公司债务承担连带责任，二是被其过度控制的姊妹公司之间相互承担连带责任。当过度控制严重到母子公司、姊妹公司人格混同的程度时，在破产程序才有实质合并之余地。也就是说，并不是在关联企业破产情况下，简单地适用《公司法》第23条就可以得出可以实质合并破产的结论。特别是母子公司之间，一般只能正向否认法人人格，即由母公司对子公司债务承担连带责任，而不应逆向否认，即由子公司对母公司的债务承担连带责任。只有人格高度混同且长期持续的情况下，你中有我、我中有你，人财物难以区别，相互承担连带责任，才可以实质合并破产。另则，在法人正常存续状态，法人人格否认是个案打破股东有限责任，并非彻底否定法人资格，而在实质合并破产程序，如果是破产清算，不言而喻法人资格消灭。如果是破产重整，以企业存续为目标。如何存续？合并破产并不完全等同于公司法上的公司合并，不当然产生类似于新设合并、吸收合并的效果，《破产审判会议纪要》第37条提出原则上应合并为一个企业，前提应当是符合公司法上合并标准，如果在重整计划中对合并破产企业债权债务进行清理、资产划分子以明确、消除了人格混同情形的，自可保留相关主体的独立地位。

实质合并破产的要件。《破产审判会议纪要》第36条以原《公司法》第20条规定为基本依据，总结审判实践，进一步明确了“法人人格高度混同、区分各关联公司企业成员财产成本过高、严重损害债权人公平清偿利益”三个要点。这三个要点可以进一步概括为行为要件和后果要件两个要件，即人格高度混同和严重损害债权人公平清偿利益。行为要件，即母子公司或集团关联公司成员人格混同是基本定位，是不可或缺的判断标准。所谓高度混同，即人财物混同以致无法区别，或虽有区别的可能但区别成本过高。易言之，关联企业之间经营、管理、财务、资产、负债等法人独立地位的基本要素混同，在出现破产原因时丧失独立破产程序的基础。人格混同诸因素中，财产混同是最为实质的问题，但财产混同如何判断？某种程度上这是一个会计学问题。在税务部门等监管之下，各关联企业混账而不分账核算，是少见的。较多的是分账核算，但会计核算结果不能客观反映各企业的资产和财务状况。更多的是以关联企业之间独立核算之下的利益损害现象，即所谓的分账混利。^{〔11〕}这就需要借助审计师、会计师进行专业判断，破产程序以审计师、会计师为主要力量的清产核资过程也是对财产混同的甄别过程，相关审计报告属于法院判断是否构成混同的证据材料，法院应当将其转化为法律语言，依法论证是否达到实质合并条件，不能仅以

〔11〕郭炳福：《企业集团实质合并破产裁定标准量化分析》，载《财会月刊》2024年第22期。



关联企业之间存在较为频繁的资金往来、集团总公司对资金、人员统一管理表象，简单认定符合实质合并的标准。就后果要件而言，严重损害债权人公平清偿利益，意指如果保持关联企业的独立人格，而不进行实质合并破产，损害部分关联企业债权人利益，导致不能公平清偿的后果。比如，不同关联企业债权清偿率存在明显差别，而这些差别在人格高度混同的情况下，对部分清偿率过低的关联企业债权人严重不公，需要通过实质合并破产予以矫正。应指出的是，矫正不公有多重路径，比如上述分别破产情况下，关联企业债权衡平居次规则，连带责任规则，营业占有或非营占用追回规则。一般而言，只有在这些规则均不足以纠正的情况下，适用实质合并破产才具合法性、正当性。

实质合并破产的程序保障。正是基于实质合并破产审慎态度，《破产审判会议纪要》提出了相应的程序保障措施：利害关系人申请；法院受理后予以审查，审查以通知相关利害关系人并组织听证为要；经组织听证，综合各种因素在30日内做出是否合并破产的裁定；相关利害关系人对裁定实质合并破产不服的，15日内向上一级法院申请复议。由此可以认为，是否实质合并破产的争议，由破产法院解决，法院生效裁定作出后，救济程序结束，不应再作为债权人会议讨论决议的事项。如前述，实质合并破产对相关利害关系人影响甚巨，面对实践中集团企业层层嵌套的关联企业结构和复杂的债权债务关系，法院作出判断是一个艰难的过程。故有人建议采取破产衍生诉讼的方式对利害关系人予以救济。但考虑到利害关系人的复杂性、争议解决的效率等因素，《破产审判会议纪要》规定的救济程序有其合理性。只要把目前的程序真正落实到位，是可以达到衍生诉讼同样的效果的。关键是用好听证程序。利害关系人无异议的，法院可视情况决定是否听证。但在利害关系人有异议的情况下必须进行听证。听证要按一定的规则规范进行，充分发挥听证查明事实的功能作用，保障各方面的程序权利。

（六）关于破产程序中的担保

破产程序是一个集体清偿程序，但由于债的类别不同，破产法采取了区别对待。首先，区分为有物权担保的债权和无物权担保的债权。有物权担保的债权，因债权人对特定财产享有优先受偿权，原则上可以以特定财产随时个别清偿，故称之为别除权。其次，对无物权担保的债权又区分为共益债及破产费用、优先债权、普通债权和劣后债权四类。我国破产法未将共益债、破产费用纳入统一集中清偿范围，原则上可以个别随时清偿，这与共益债、破产费用的特殊性有关。

对担保债权，民事法律给予了比较充足的制度供给，但因对有关担保制度理解不一，往往在破产程序中成为争点。再加上破产程序的特殊性，又衍生出一些边缘性问题。

1. 保证问题。保证是一种信用担保，在破产程序中与普通债权无异。过去素有争议的一个问题是，破产程序中主债务停止计息后，保证人担保债务是否停止计息。在经过激烈争论之后，《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》）第22条给出了明确结论，即停止计息。当然，这不局限于保证担保，其他形式的担保亦应如此。

在破产程序中，破产企业为他人提供保证的，债权人可以申报保证债权；破产债权由他人提供保证的，债权人可以选择申报债权，也可以选择不申报债权，而通知保证人申报债权。在申报债权问题上，这两种情况都不因是一般保证还是连带保证而有区别。但是，在破产企业为他人提供保证的情况下，如果是一般保证且主债务尚未到期的情况下，破产企业的保证责任尚不能确定，为避免破产分配完成后债权人保证债权落空，应提存相应的份额待主债务人履行情

况明确后再进行分配。在破产债权由他人提供保证的情况下，破产企业是主债务人，保证人丧失先诉抗辩权，因此无论是连带保证还是一般保证，如果债权人不申报由保证人申报债权的，原则上在破产程序中应一样对待。

保证人申报债权情况下的抵销权问题。实践中，如果保证人向作为主债务人的破产企业申报债权，是否可以行使抵销权？如果保证人已履行了全部保证债务，行使抵销权当无问题。司法实践中，有观点认为，如果保证人尚未履行全部债务，允许抵销可能损害债权人利益。当保证人履行能力出现问题时，保证人行使抵销权，相当于其在尚未履行保证义务的情况下，提前全额实现其追偿权，可能把风险全部留给债权人。故除非债权人同意，不应支持此种情况下的保证人抵销权。该观点虽有一定道理，但结合民法典、破产法的相关规定，还原实践场景，似仅从保护债权人利益的角度而限制保证人的抵销权，理由不充分。诚然，民法典第700条关于担保人行使对债务人的追偿权不得损害债权人利益的规定，主要指向就是债务人破产程序中保证人申报债权的情况。为此，《民法典担保制度解释》第23条作了进一步解释，即担保债权未全部清偿前，担保人不得代替债权人在破产程序中受偿。此外，《企业破产法》第51条规定，在债权人已经向破产企业管理人申报债权的情况下，尚未代替债务人清偿债务的保证人不能以其将来的追偿权申报债权。由此可见，两个规定的精神是基本一致的，都是基于对债权人利益保护的考量而限制保证人在破产程序中的受偿权。问题在于，如果债权人不申报债权，如何办？结合《民法典担保制度解释》第24条及《企业破产法》第51条的规定，可以认为，第一，如果债权人既未申报债权，也未通知保证人申报债权的，即保证人在该债权在破产程序可能受偿的范围内免除担保责任；第二，债权人未申报债权的，保证人可以基于其对债务人将来追偿权而申报债权。无论其在破产程序中是否实际受偿、受偿多少，都不影响其向债权人承担全部的担保责任。尽管可能出现因保证人丧失履行能力而导致债权人的债权落空风险，但保证人申报债权是以债权人放弃申报债权或通知保证人申报债权为前提的，既然债权人自愿选择不申报债权，由此产生的风险亦应由其自行承担，似无另加特别保护之必要。因此，在债权人放弃申报债权或通知保证人申报债权的情况下，不宜以“可能损害债权人利益”为由，限制保证人行使抵销权。但是，基于体系思维，需要进一步考量的是，如果允许保证人行使抵销权，是否导致偏颇清偿？比如，保证人甲对破产企业乙负有100万元债务，在其代替债权人丙申报100万元债权的情况下，类似于“债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权”，而这种情况恰恰是《企业破产法》第40条为避免偏颇清偿而规定的不得抵销的情形。事实上，在保证人对破产企业负有债务的情况下，如果允许其行使抵销权，由债权人申报债权还是由保证人申报债权，会产生完全不同的后果。如上例，如果由对破产企业未负有债务的债权人申报债权，其按比例受偿50万元，破产企业可另向保证人清收100万元，作为破产财产在债权人之间进行分配；如果由保证人申报债权并行使抵销权，则再无向保证人清收的可能，破产财产则少得50万元。按此分析，允许保证人行使抵销权确有偏颇清偿之嫌，似以不支持其抵销权为宜。综上，在保证人依法申报债权的情况下，即使从保护债权人利益的角度限制保证人抵销权理由不充足，但从避免偏颇清偿的角度限制保证人抵销权亦是必要的。对此，可进一步进行讨论研究。

债权人申报债权不足部分由保证人承担担保责任的问题。如果债权人自己向破产企业申报债权，债权人在破产程序中未清偿部分，可以向保证人继续主张保证债权。但实践中面临的问题有三：一是破产重整或破产和解中，对债务的部分减免，是否可以导致保证责任的减免？不

应这么认为。破产程序作为集体清偿程序，不是债权人单方的意思表示，而是债权人会议决议的结果，因此，不能等同于一般情况下债权人对债务的减免。另则，重整、和解债权清偿率以不低于破产清算清偿率为原则，从理论上而言，对保证人利益无实质性损害。对此，《企业破产法》第92条第3款的规定应可资依据。二是在破产重整情况下，保证人承担保证责任后，是否还可以向破产债务人追偿？回答应是否定的。破产重整终结，意味着债务人债权清偿完毕，由此产生的清偿不足风险只能由保证人承担。如果允许向债务人追偿，将因是债权人申报债权还是保证人申报债权而存在结果上的巨大差异，相当于一笔债权在破产程序中两次受偿或全额受偿，形成偏颇清偿，动摇破产公平清偿、重整挽救企业之根基。三是破产程序中的名义清偿率是否可以成为认定保证人责任范围的依据？这一问题多发生在债转股，以股权清偿债务的情况。在破产程序中本应按一定的科学方法对股权价值进行评估，但往往存在按债权额及可用于债转股的数额，倒推出股权价值，得出清偿率较高甚至清偿率100%的结论，与实际清偿率脱节。这是以股权清偿债权之弊，应当予以纠偏。出现这种情况，债权人主张按债权额与股权实际价值之间的差额确定保证责任范围的，应持支持态度。^{〔12〕}但是，如果在破产程序中对股权依法进行了符合要求的评估，债权人的清偿额应以取得股权时的价值确定，不足部分由保证人承担，保证人以评估方法不科学为由主张重新评估，一般不应得到支持。

2. 物权担保问题。如前所述，有物权担保的债权在破产程序原则上可以随时个别清偿，但有原则即有例外。其一，即使是有物权担保的债权，也要进行债权申报，管理人作出债权债务表后需提交第一次债权人会议通过。这个过程，也可能出现对担保债权有效性、担保范围、撤销权等方面的争议，甚至引发衍生诉讼。因此，破产受理后至第一次债权人会议前很难也不应该做到对担保债权的随时清偿。这也是为什么破产法规定破产受理后包括担保物权在内的所有权利均停止行使的原因之所在，在此不赘。其二，即使是第一次债权人会议确认的担保债权，破产清算程序也存在暂缓清偿物的担保债权的情形，这主要是为了避免单独处置担保物降低其他财产价值或者降低担保物本身的财产价值。对此，《破产审判会议纪要》第25条作了指引。其三，在破产重整中一般要暂停担保债权的清偿，以给拯救企业创造一个良好的外部环境，给管理人一个识别担保物对拯救企业、维持企业营运影响大小以及有无必要保留的时间。对此，《企业破产法》第75条有相应的规定。实践中需注意的，管理人应及时作出判断，避免在担保物对拯救企业无足轻重的情况下，仍使担保债权的实现受限。何况，担保物处置变现，关系到多余部分用于其他类型的债权分配，不足部分债权人参加普通债权分配问题，久拖不决也影响破产效率。

抵押权预告登记问题。对于不动产抵押预告登记问题，《民法典担保制度解释》第52条根据《民法典》的规定，对抵押权预告登记的顺位效力作了规定。依此规定，具备办理本登记条件且预告登记未失效的情况下，支持抵押权人对抵押物优先受偿的权利。但是，如果预告登记具备办理抵押登记条件90日内不去办理本登记，预告登记失效，故90日的起算点成为实践中的争点。债权人往往对房地产首次登记不知情，如果按客观标准，无论其是否知情，过90日预告登记就失效，有失公允。故90日的起算点应以抵押权人知道或应当知道为准。在破产程序中，只要当事人办理了抵押预告登记，破产财产属于抵押人财产，就可以行使抵押权，而不受是否具备办理本登记条件的限制。应注意的是，预告登记抵押的房产是限于不动产受理时的

〔12〕刘贵祥：《当前民商事审判中几个方面的法律适用问题》，载《判解研究》2022年第2辑。

现状还是及于后续建的部分？在《民法典担保制度解释》第51条第1款以及保交楼、保交房的有关规范文件中明确，原来的抵押、查封效力不及于续建部分，这是为保障房地产复工复产引进新的资金所必需。还需注意的是，要与有关司法解释对消费者购房人、一般购房人取回权问题协调考量，系统思维。对此，在涉及取回权问题部分已有述及。

工程款优先权问题。抵押权与工程款优先权的顺位，有关司法解释早已明确，但实践中存在两个问题，在破产程序中也应注意。一是基于偿还工程款而达成以房抵债协议，即使尚未办理房屋过户手续，基于工程款优先性的权利来源，应当承认其优先取得该房产的权利。实践中可能存在用于抵债的房产与产生工程款的房产不相对应的情况，是否要区别对待？实践场景是，房企抵押给建筑企业的房产多是卖不出去或不容易卖出去的房产，建筑商或实际施工人没有选择余地，不得已接受相当苛刻的条件，如果在司法裁判中还机械地坚持只有相对应的房产以物抵债才具优先权，对建筑企业无疑是雪上加霜。因此，不应将以房抵工程款之债限于与工程款相对应的房产。二是工程款债权转让，受让人是否享有优先权？其一，主债权转让，作为从权利的抵押权也随之转让，工程款优先权类似于动产留置权或法定抵押权，工程款债权转让，其优先权亦应随之转让。对此，（2021）最高法民再18号案采此观点，可资参考。其二，工程款债权转让有利于工程款债权及时实现，有效解决工程款拖欠、农民工工资拖欠等难题，否则，在房地产企业出现下行的情况下，谁还有动力去受让此债权。其三，工程款优先权旨在保护承包人享有的工程价款请求权，只有让受让人承继工程款优先权，受让人才有可能支付合理的、充足的债权转让对价。

无权处分情况下抵押权取得问题。按照《民法典》第311条规定，设定抵押权属于无权处分的情况下，抵押权亦可善意取得。但是，对善意的标准应如何判断？一般认为，由于抵押权人对不动产登记信赖，只要房地产登记在抵押人名下，就可推定善意，除非实际权利人能够证明抵押权人知道或者应当知道抵押人无权处分的情况。但是，实践中往往房地产已被实际权利人占有使用，抵押权人在设定抵押时去现场稍做调查了解就可以发现问题。对善意的判断，是否还应考虑加入抵押权人必要的注意义务？有观点认为，鉴于实践中的情况复杂多样，对一些问题的判断以还原实务场景、追求实质公平为要。在相应标的物已被实际权利人占有使用的情况下，要结合具体情况进行综合分析，不宜对登记问题绝对化。实际上，要求抵押权人进行必要的现场考察也是符合常理的，因为即使不存在无权处分的情形，如果带有租赁权利负担等，岂不也影响抵押物的价值实现。此观点有一定道理，但也面临对抵押权人善意标准要求过于苛刻以致于动摇不动产登记公信力的质疑。对此问题，也需进一步深入讨论研究。

让与担保问题。一般认为，让与担保系非典型担保。《民法典》第401条、第428条对原物权法流押、流质禁止条款的改造，使该两条款具有了让与担保的功能作用。对让与担保的认定，需把握两个要点：一是为保障债权的实现，把特定标的物让与给债权人；二是以法定的公示方式进行形式上的物权变动，如动产交付（包括占有改定）、不动产登记过户、股权变更股东名册等，以保障债权人对物的优先效力，或对他人的对抗效力；三是不能清偿到期债务时对标的物拍卖、变卖、折价优先偿还债务。从这一点上看，让与担保与抵押、质押在担保功能上无实质差别，不同者在于让与担保需权属变动，抵押、质押担保无需权属变动。对此，《民商事审判会议纪要》第71条有比较准确的描述，可资参考。因为让与担保重在担保，而不是让与，故让与是暂时的、名义上的、形式上的，在破产债务人设立让与担保的情况下，破产债务人可以收回；在他人为破产债务人设立让与担保的情况下，他人可以行使取回权。当然，收



回、取回，都不应影响债权人在让与担保标的物价值范围内享有优先受偿权。实践中，存在对预售的商品房进行让与担保的情况，并进行了预告登记，对债权人的优先受偿问题可按《民法典担保制度解释》第 52 条判断。对实践中以股权设立的让与担保，信托公司在从事信托业务中常见。对是让与担保还是股权转让，要结合合同的具体约定判断，不能混淆二者的界限。

破产程序中债转股对股权质押的影响问题。重整中对股权的调整势必给质权人的利益造成影响，尤其是当股权质押担保的是股东或其他第三人的债务时，常因股权变更未经质权人同意而成为重整计划执行的障碍。对此问题，其要点亦有二：其一，破产程序中的债转股一般是建立在债务人的负债大于资产、股东无剩余财产分配请求权的基础上，股东权益部分或全部丧失，“皮之不存，毛将焉附”，股权的质权也相应部分或全部丧失。这是对破产重整程序中债转股情况下不应支持质权人原质权利益的正当性基础。其二，破产程序中的债转股，不是一般的股权转让，而是相当于以债权出资形式原始取得新股权，因此，质权人不能基于担保物权追及效力的规定行使质权。这是对破产重整程序中债转股情况下不应支持原质权利益的法理基础。当然，在重整计划中也要通盘考量质权人等相关利益者的合法权益，充分尊重重整中股东与债权人、投资人的协商谈判，允许基于原股东对企业重整的积极性、企业经营的连续性、企业重整预期等多方面因素，给原股东保留一定份额的出资权益，从而有效维护质权人合法利益。在重整计划草案中明确质权人利益，可以有效减少为此产生的不必要纠纷，确保重整程序畅通，提高重整效率。

Abstract: The bankruptcy system is a fundamental legal system of the market economy that fairly realizes creditors' rights, orderly clears "zombie enterprises", actively rescues distressed enterprises, promotes optimized resource allocation, prevents and resolves risks, and optimizes the business environment. The people's courts should, under the centralized and unified leadership of the Party Central Committee, promote the improvement of the coordination and linkage mechanism between the government and the court, the transition mechanism between enforcement and bankruptcy, the coordination mechanism for cross disciplinary issues involving criminal and civil matters, and the mechanism for the exercise and supervision of power. We must strictly and fairly administer justice, accurately grasp the standards for bankruptcy acceptance; Accurately understand the functional positioning of pre-reorganization, and pay attention to the legality and appropriateness of court participation; Ensure the smooth transition between bankruptcy proceedings and relevant civil litigation procedures. To accurately define the scope of bankruptcy property and coordinate the relationship between the collection of bankruptcy property and the protection of the rights of relevant parties to retrieve, offset, etc; Strictly prevent the problem of debt evasion through bankruptcy; Strictly and prudently apply the substantive merger bankruptcy system in accordance with the law; Thoroughly study the controversial issues related to the guarantee system in bankruptcy proceedings, and handle the conflicts of rights between the guarantor, ordinary creditors, and bankrupt debtors.

Keywords: bankruptcy; fair Settlement; government and court coordination; bridging enforcement and bankruptcy; pre-reorganization; retrieval right; choice of performance right; offset right; substantive merger
