

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2021年 第1期 | 总第074期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决

对关联企业实质合并破产制度的理解

服用管制类药物后驾车导致事故的保险责任分析

企业预重整法律实务解析

【法理天地】

论管理人对破产程序中以房抵债合同的处理

中豪成都成功承办公司并购实务论坛

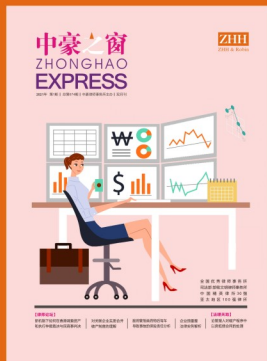
2021年3月20日，由成都市锦江区司法局指导，成都市律师协会锦江分会、锦江区国际化营商环境服务联盟、“一克拉联盟”主办，中豪成都办公室承办的“公司并购实务”论坛在成都香格里拉大酒店成功举行。本次论坛聚焦公司并购实务中的上市公司并购疑难问题、股权并购交易架构设计、财税安排等事项展开研讨，知名学者、企业高管、律师80余人参加了论坛。成都办公室合伙人邵兴全担任论坛主持，合伙人赵寅皓作为演讲嘉宾作了精彩分享。



合伙人柴佳获得四川省律协 “2020年度优秀专业委员会主任”称号



2021年3月30日，四川省律师协会2021年度专业委员会主任联席会议在成都祥宇宾馆召开。会议上，四川省律协对专委会工作开展情况和工作考评情况进行了通报。会上王强副厅长充分肯定了过去一年省律协17个专委会所取得的工作成绩，对新一年专委会的工作提出了要求和希望，并对律师工作的开展作出了重要指示。专业发展委员会副主任伍伟宣读了《四川省律师协会关于表彰2020年度优秀专业委员会的决定》，城乡统筹法律服务专业委员会被评为优秀专业委员会，合伙人柴佳作为该专委会主任被评为“2020年度优秀专业委员会主任”。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第074期 2021年 第1期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨 青

编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	张晓卿
卜海军	陈 伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏 烈
俞理伟	朱 剑	吴红澍
汪 飞	郑 毅	郑继华
崔 冽	张德胜	宋 琴
傅达庆	刘 军	红天晓
文 建	李 燕	邓 辉
柯海彬	梁 勇	宁思燕
赵明举	周 尽	杨 敏
李 永	王必伟	邓舒丹
刘文治	青 苗	程地昌
周 鹏	肖 东	柴 佳
陈任重	郑 鹏	伍 伟
谢 敏	高 伟	黎莎莎
赵 晨	文 奕	郭凌嘉
任 远	曹一川	蒋官宝
赵寅皓	袁 珂	

责任编辑：曹 阳

美 编：王 先

主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

律师论坛 FORUM

新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决 杨青 李慕乔 2
与民商事判决

对关联企业实质合并破产制度的理解 文静 12

服用管制类药物后驾车导致事故的保险责任分析 崔冽 22

企业预重整法律实务解析 张涌 胡俊 27

法理天地 THEORY

论管理人对破产程序中 以房抵债合同的处理 宋涛 39

由于内地与香港实行的社会制度与所属法系均不同，这对两地相互认可与执行民商事判决造成了较大阻碍。《民商事判决互认和执行安排》《仲裁保全安排》和《仲裁裁决执行补充安排》的签署，意味着内地与香港两地在仲裁裁决及民商事案件法院判决的相互认可与执行正式迈入了一体化时代。2021年3月3日，合伙人杨青及律师助理李慕乔在重庆办公室举办了“香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决”专题讲座。

为加强重庆律师同行之间的交流合作，进一步探索律所品牌和服务能力提升、促进青年律师和涉外人才培养，2021年3月5日，两江新区律工委新发展法律实务中心及“80后律所主任论坛”成员，包括重庆智圆所主任马蕾、天同所高级顾问陈鹏飞等一行到访中豪参观交流。合伙人杨青、吕睿鑫、陈序及人力资源部副经理杨彦菁进行热情接待并座谈交流。

民法典时代，劳动关系管理与劳动争议处理中出现了诸多新现象、新问题和新思路。为了帮助律所同仁更好地理解新司法解释（一），正确运用法律规定帮助企业进行劳动用工的日常管理和应对纠纷，2021年3月10日，合伙人刘文治在重庆办公室举办了《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》讲座，结合现行法律规定及司法实践，对新司法解释（一）进行逐条解读，以期能够帮助律所同仁更好地理解与适用。

近年来，涉外诉讼案件数量及标的额逐年增长。涉外诉讼在程序上与国内案件有所不同，因其存在案件背景的复杂性、所涉语言和文化的跨国性和冲突性、法律适用的多变性和不确定性、案件程序的差异性等，对律师代理工作提出了更高的要求。为了增进大家对涉外民事诉讼程序的了解，更好地承办涉外诉讼案件，2021年3月17日，合伙人文奕在重庆办公室举办了“涉外诉讼实务”专题讲座，针对相关重点问题进行了梳理和讲解。

今年是建党100周年，为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 习近平法治思想，巩固深化“不忘初心、牢记使命”主题教育成果，全面贯彻落实习近平总书记关于律师工作

中豪新闻



的重要指示批示精神加强律师队伍建设，2021年3月17日，中豪成都办公室组织全所律师线上参加了锦江区司法局举办的专题培训班，并于同日开展了现场集中学习教育会，成都办公室合伙人邓辉、柴佳、邓舒丹、李永、宁思燕等共计30名律师参加学习。

2021年1月1日，《民法典》正式生效实施，自此进入“民法典时代”。同日，《责任保险业务监管办法》（以下简称《办法》）也开始施行，《民法典》和《办法》的实施将对规范雇主责任保险经营行为产生重大影响，为我国雇主责任保险的发展提供了良好且持久的法律基础。在此背景下，2021年3月24日，合伙人崔冽在上海办公室举办了“雇主责任风险解析”专题讲座，通过案例详细解析了雇主责任险在司法实践中存在的常见风险点。

为认真学习习近平总书记在党史学习教育动员大会上的重要讲话精神，贯彻落实全国政法队伍教育整顿动员部署会议精神、全市司法行政队伍教育整顿动员部署会议精神、全市律师行业突出问题专项治理工作推进会精神，按照上级司法局党委、律师行业党委的部署要求，事务所于2021年3月26日举行律师行业突出问题专项治理暨党史学习教育主题党日活动。渝中区司法局派指导老师吴菁莅临本次学习活动并向全体合伙人、律师进行了宣讲。本次学习活动由党委书记张涌主持，包含党员律师、员工在内的全体律师、员工参加了本次活动，同时各分所也通过视讯系统参与了学习。

行政处罚是行政机关有效实施行政管理，保障法律、法规贯彻施行的重要手段。1996年3月17日，第八届全国人民代表大会第四次会议通过《行政处罚法》。2021年1月22日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第三次修订《行政处罚法》，这是20年来的第一次大修订。为了增加大家对新《行政处罚法》的了解，更好地承办行政相关案件，2021年4月7日，合伙人王必伟在重庆办公室举办了“《行政处罚法》要点解析”专题讲座，对其新增要点和有所改变的内容逐条解读，以期能够帮助律所同仁更好地理解与运用。

继内地与香港在民商事司法文书送达、协议管辖民商事案件判决的互认、民商事委托提取证据、婚姻家庭案件判决的互认执行等方面的司法协助安排签署后，最高人民法院和香港特别行政区政府律政司又分别于2019年1月18日签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（以下简称《民商事判决互认和执行安排》），2019年4月2日签署了《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《仲裁保全安排》），并根据2000年实施的《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《仲裁裁决执行安排》）的实践情况，于2020年11月27日签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》（下称《仲裁裁决执行补充安排》）。至此，基本实现了两地在民商事领域及仲裁领域司法协助的全面覆盖。上述几份新安排的要点内容解析请详见笔者《内地与香港仲裁裁决与民商事判决互认与执行迈入一体化新时代》一文。

新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室





杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商
投资、基金
手机：+86 182 0309 3176
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



李慕乔 | 律师助理

专业领域：海外投资与并购、国际贸
易与运输、跨境争议解决
手机：+86 158 0233 2710
邮箱：james.li@zhhlaw.com

上述新安排的签署，对两地企业相互投资与经贸合作，内地企业通过香港到境外投资、并购及全球资产配置，内地企业在内地诉讼或仲裁等方面均会产生深远影响。由于内地与香港在法律体系、社会制度等方面存在很大差异，无论是仲裁申请前的财产保全，还是仲裁裁决或法院判决作出后的执行，均需要内地当事人详细了解如何在香港调查资产及如何在香港法院有效执行内地仲裁裁决和民商事法院判决方面的具体内容。为此，本文对内地当事人在香港调查资产的方法、途径，以及在调查到对方当事人在香港持有的资产后，如何在香港执行内地仲裁裁决或民商事法院判决的方式方法、程序命令等相关内容进行详细介绍，希望对大家有所帮助。

如何在香港调查资产？

仲裁程序中，如果内地当事人拟申请对被申请人在香港的财产采取保全措施，或在内地仲裁裁决或民商事法院判决作出后，需要在香港执行被申请人或被告在香港拥有的资产，均需要掌握被申请人或被告在香港拥有的财产类型及其价值、财产具体地址等信息，这些都将影响执行的方式。在香港，通常而言，根据不同的财产类型，可以采取通过公开信息查询、委托第三方或私人侦探进行调查或向香港法院申请相关程序命令的方式调查被告或被申请人的在香港拥有的财产情况。

（一）通过公开信息途径查询香港资产及相关信息

在香港，可通过如下公开信息途径查询土地、房屋、非上市公司董事名册、上市公司股份权益、未决或已决案件等资产

及相关信息。

1.通过土地注册处（The Land Registry）可以查询不动产权利信息，包括土地和房屋等

通常来说，内地当事人需要通过掌握对方财产具体地址后才能在土地注册处进行查询，但实践中可委托调查公司用被调查人或公司名称查找不动产信息。有关土地注册处查册信息可通过以下链接了解：

https://www.landreg.gov.hk/chs/services/services_b.htm#2。

如果内地当事人拟根据仲裁裁决或民商事法院判决在香港执行被申请人或被告的不动产时，除了获得不动产的相关信息外，还需要了解该不动产的市场价值。对此，债权人可以通过香港各大银行免费的网上不动产估价服务查询不动产的市场价格信息，以作为该不动产市场价值的参考。比如，通过中国银行（香港）的如下链接查询不动产估值信息：

<https://www.bochk.com/sc/mortgage/expert/expert2.html>。

2.通过公司注册处（The Companies Registry）查询香港公司的权益登记等相关信息

根据香港《公司条例》，在香港成立的公司应在公司注册处进行强制登记。因此，通过公司注册处可以查询到大量有关香港注册公司的信息，包括持有公司股份的权益状况、公司的办公场所、董事名册及地址等信息。当事人可以通过公司注册处网上查册中心的如下网址查询相关信息：

<https://www.icris.cr.gov.hk/csci/>。

3. 香港上市公司股份权益查询

香港《证券及期货条例》第XV部对披露权益制度作出了详细规定，能让投资者查询到控制或有能力控制上市公司的股份权益的人士，及可能会因为涉及上市公司的关联交易而受惠的人士。《证券及期货条例》第XV部规定，持有上市公司5%或以上任何带有投票权的股份类别的权益的个人及公司，必须向香港联合交易所有限公司（联交所）披露其在该上市公司带有投票权的股份的权益及淡仓；上市公司的董事及最高行政人员必须向联交所披露其对某上市公司（或其任何关联实体）的任何股份的权益及淡仓，以及他们对该上市公司

（或其任何联系实体）的任何债权证的权益。

有关香港上市公司披露权益信息，可以通过以下链接查询：

https://www2.hkexnews.hk/Shareholding-Disclosures/Disclosure-of-Interests?sc_lang=zh-HK。

4. 债务人涉诉及破产清盘信息查询

如果需要了解债务人的涉诉情况，可以通过向香港法院的法庭登记处现场提出书面查询申请，在各法庭登记处可以查询到对应法庭的已决和未决案件信息。此外，也可以通过网

络渠道查询已决诉讼的情况，比如香港法律参考资料系统：

<https://legalref.judiciary.hk/>。

如果法院已对债务人作出破产或清盘命令，破产受托人或清算人将会接管破产人/清盘公司的资产，并在变卖资产后按照既定原则向判定债权人分配资产。因此，如果债权人希望了解债务人是否已经涉及破产或强制清盘，可通过香港破产管理署的以下链接进行查询：

<https://www.oro.gov.hk/sc/electronic/eservices.htm>。

（二）委托第三方机构协助调查



在香港，当事人还可以选择委托香港律师事务所及/或第三方调查机构进行比较全面的资产调查，包括物业、汽车、公司、货物、公司所拥有的物业及货物以及海外公司及资产等情况，香港律师事务所及/或第三方调查机构会给当事人提供资产调查报告。这在当事人无法通过公开信息途径查询到其相关资产信息时比较实用。比如，调查公司可以通过被调查人或公司名称查找到不动产信息。值得注意的是，由于香港银行和其他金融机构对客户信息和个人数据保护很严，调查机构可能也很难获得完整的财务信息。实践中，很多的当事人一般会通过该方式获得比较全面的初步资产线索，以作为启动下一步行动的基础。

（三）在诉讼/仲裁过程中，向香港法院申请证据披露和临时措施

除了上述通过公开信息途径或委托第三方机构协助调查资产信息外，内地当事人在诉讼或仲裁过程中还可以通过向香港法院申请第三方披露令、冻结令及资产披露令等临时措施获得对方当事人的资产信息。

1. 第三方披露令

第三方披露令 (Norwich Pharmacal Order) 来自于1974年英国上议院的案例Norwich Pharmacal Co. v Customs & Excise Commissioners [1974] AC 133，并在其后的香港民事诉讼程序的文件披露中得到广泛适用。第三方披露令主要作用是要求诉讼中非涉案的第三方（在不知情且无

过错的情况下，对被告的不当行为产生了介入、协助、参与等）向申请人披露有关文件和资料。比如，在欺诈案件中对款项的追讨，由于从申请人账户汇出的欺诈款项一般需要借助多层银行账户进行隐匿，申请人可以通过第三方披露令要求银行披露各层账户的信息以便于针对这些账户持有人提起诉讼。

由于第三方披露令会使第三方对被告所负有的保密义务免责，因此，作为一种衡平法下的救济，法院在行使对第三方披露令申请的自由裁量权时十分谨慎。一般而言，法院会考虑申请人提出明确且具有说服力的证据证明不当行为的存在和严重性，以及第三方所持有的文件资料与本案的相关性和披露的必要性，以作出决定。此外，申请人需要作出对于该申请可能对第三方造成任何损失进行赔偿的保证。

值得注意的是：在跨境诉讼的背景下，在香港申请第三方披露令可以支持申请人在域外的诉讼程序。比如，内地当事人在内地或其他法院的诉讼程序中，如果涉及位于香港的第三方持有有关被告涉诉行为的重要文件，可以考虑在香港启动第三方披露令的申请程序，以协助在内地或其他法域的诉讼。因此，除了根据目前已经生效的两地仲裁保全安排为仲裁程序提供保全，申请香港的第三方披露令协助内地诉讼程序也是一种值得内地当事人注意的实务操作。





2. 冻结令和资产披露令

冻结令及其辅助的资产披露令一般而言是香港法下当事人最熟悉的临时措施。需要说明的是：冻结令本身并不属于资产调查的方式，但由于作为其辅助手段的资产披露令可以起到资产披露的作用，并且冻结令可以对内地仲裁保全以及民商事判决和仲裁裁决在香港执行提供保障，因而在此一并介绍。

以玛瑞瓦禁令（Mareva injunction）为例，其来源于英国海事诉讼案件 *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep 509，在该案中用于禁止未足额支付租金的承租人可能转移其银行资金的行为。其性质类似于内地的诉讼保全制度。但应注意其是针对人（in personam）而非资产，即被申请人违反禁令转移资产可能面临藐视法庭罪等后果，但资产转让行为并不因此被当然认定为无效。如果向法院申请玛瑞瓦禁令，需要满足的条件一般包括：申请人一方有较强理据的案情，能够证明被申请人有转移资产的真实风险，法院对被申请人具有管辖权，申请人就案情向法院作出全面和真实的披露等。与此相对应的是，申请资产披露令有助于知悉被申请人拥有的特定资产的信息，有针对性地冻结与案件金额相适应的财产，也能够减少在败诉时可能需要承担对方因冻结而产生的损失。因此，实践中申请资产披露令也有助于了解被申请人的资产情况。

如何在香港法院执行内地仲裁裁决及民商事法院判决

不同于上述在诉讼/仲裁过程中向法院提出的有关证据披露和临时措施的申请，如果当事人已经取得了内地仲裁裁决或民商事法院判决，且判定债务人未主动履行相应债务的情况下，则可以考虑香港法下若干执行判决的申请程序。

这些申请可以将判定债务人的资产用于履行判决确定的债务。因此，其前提是当事人需要掌握判定债务人的资产状况（需要对判定债务人进行讯问的情况除外），并根据不同资产的性质和价值考虑采取相应的程序申请。该类申请一般规定在香港《高等法院规则》和《区域法院规则》等部分。需要注意的是：申请人对该申请有关的任何情况负有充分和如实披露的义务，未能履行相关义务则可能导致法院根据《高等法院规则》第32号命令第6条将已作出的单方命令作废。

（一）对判定债务人（Judgment Debtor）进行讯问（Oral examination）

当申请人认为判定债务人确有资产，但并未掌握有关资产的任何信息时，可以考虑申请法院对判定债务人进行讯问。根据香港《高等法院规则》和《区域法院规则》第48号命令，如果判定债务人取得了判决另一方（即判定债务人）支付款项的判决或命令，法院有权根据债权人提出的

单方申请，命令该判定债务人或当判定债务人为法人时其高级管理人员，到庭接受法院的有关口头讯问，内容为该判定债务人是否享有任何债权，以及该判定债务人是否有任何其他财产或经济能力履行该判决或命令。法院还可以命令该判定债务人或该高级管理人员向法院交出与前述问题有关的文件。

与口头讯问有关的程序包括由债权人提出单方申请，有关口头讯问的命令送达至判定债务人（或其高级管理人员），法院对口头讯问中获取的有关证据进行书面记录等。在经过了口头讯问之后，如果法院认为该判定债务人有能力履行相关判决或命令，或为了逃避履行就相关资产进行了处置，或在口头询问中未能如实披露时，法院可以判处该判定债务人不超过三个月的监禁。同时，在经过询问之后，法院认为判定债务人能够全部或部分履行判决时，有权命令判定债务人以法院认为合适的方式履行判决。

（二）非金钱判决的强制执行

根据判决财产性质的不同，有不同的执行方式可供选择。尽管实践中大部分判决为金钱判决，即判定债务人根据判决应当向债权人给付特定金额，但债权人也可能需要就非金钱判决进行强制执行。对于非金钱判决的强制执行，《高等法院规则》和《区域法院规则》第45号命令规定了对于土地、物业等不动产的管有令状（Writ of possession），

用以接管有关土地或物业财产，比如当承租人不能履行给付租金的义务时，申请人可以通过管有令状接管有关的物业。同时，对于交付货物的判决和命令，如果判定债务人并不能够以支付相关货物评估价值的价款以进行履行时，法院可以通过强制交付令状（Writ of Specific Delivery）追讨相关货物。

（三）金钱判决的强制执行

如判项内容属于金钱给付内容，则判定债权人可向香港法院申请扣押债务人财产令状、第三债务人的法律程序、押记令、申请破产/清盘、申请禁止判定债务人离开香港等方式执行法院判决或仲裁裁决。

1. 扣押债务人财产令状（writ of fieri facias）

如果债权人希望执行判定债务人所拥有的动产，可以向法院申请扣押判定债务人财产令状对财产进行扣押并出售。有关可以进行扣押的财产类型，规定在香港《高等法院条例》第21D项及《区域法院条例》第68B项。对于出售的方式，一般而言为公开拍卖，但在特定情况下，比如当对有关财产进行公开拍卖可能不会达到一个公允价格的情况时，有权申请执行的当事人或者执达主任（Bailiff）可以向法院申请采取非公开招标等其他出售方式。此外，用于扣押的财产须为属于判定债务人的财产，如果该财产为判定债务人和他人

共有，则有关财产被扣押和售出后，只有判定债务人所拥有份额对应的价款能够用于执行判决。

需要注意的是：某些财产明确规定不得被作为扣押并出售以执行判决的财产，如判定债务人用于生计的工具，以及判定债务人本人与受其供养又与其同住的家人所需用的衣物及寝具，以总价值不超过10000港币为限。

在扣押财物被出售以后，与执行有关的费用（包括拍卖）将会从出售所得价款中优先扣除，再用于向债权人支付，如果还有剩余，将向判定债务人归还。



2. 第三债务人法律程序 (Garnishee Proceedings)

如果位于香港境内的第三方对判定债务人负有一项到期债务时，判定债务人的债权人可以申请法院对该第三债务人 (Garnishee) 出具第三债务人命令，使其将该项债务金额直接向该债权人支付，以履行判定债务人的未履行判决和第三债务人法律程序所产生的费用。其实质是冻结第三债务人向判定债务人支付的行为。第三债务人法律程序被常用于判定人的银行账户存款，在这种情况下，银行被视为第三债务人，对判定债务人负有该存款的债务。债权人可以申请法院命令银行直接向债权人就相关存款余额进行支付以履行判决。

第三债务人的法律程序有若干条件需要满足，比如该项债务必须是第三债务人已经产生的现存的付款义务，并且判定债务人必须为该项债务唯一的权益所有人 (the sole and beneficial owner)，判定债务人和其他第三方共同享有该笔债权时不能够启动该程序。此外，该项付款义务必须是到期无条件的付款义务。此外，根据香港《雇佣条例》，雇员的薪资不可作为本程序下的债务。法院会要求第三债务人参加有关听证以提出异议 (hearing to show cause)，第三债务人未到庭或未提出异议的情况下，即可命令对有关债务进行执行。

在实务中，还需要注意的是：在跨境诉讼程序存在的情况下，如果第三债务人被域外法院判决对同一判



定债务人负有债务时，法院可能因为该第三债务人可能面临两次付款的风险而拒绝签发第三债务人命令。此外，如果签发第三债务人命令会产生债权人的地位优于其他债权人的影响时，法院也可能拒绝签发该命令。因此，法院对此项申请，需要同时考虑债权人、判定债务人、第三债务人，以及可能存在的其他债权人的情况。

3. 押记令(Charging order)

判定债务人在土地及物业、特定的证券（包括持有的香港公司股份）、在法院的储存金以及信托等可以被法院通过押记令施加金额为未履行债权的押记，该项押记使债权人对这类保证财产享有优先受偿的权利（security interest），有关押记令的规定主要在《高等法院规则》和《区域法院规则》第50号命令的部分。与押记令有关的，还包括《区域法院规则》第50号命令部分规定的停止通知书（stop notice），债权人可以向法院申请停止通知书以禁止前述保证财产在未经通知债权人的情况下被转让。

需要注意的是：押记令只是向有关财产为债权人施加一项优先受偿的权利，如果需要从中受偿，债权人还需要单独提出管有令状（如标的为土地或物业时）和出售令的申请。该出售令的申请是根据《高等法院规则》第88号命令提出按揭诉讼，即通过押记令的执行实际上需要另一诉讼程序的配合，因此比较扣押判定债务人财产令等申请而言程序上更加复

杂。

4. 申请禁止判定债务人离开香港（prohibiting a debtor from leaving Hong Kong）

债权人可以向法院提出单方申请，禁止判定债务人离开香港。但根据有关判例，法院只有在认为判定债务人离开香港将会对判决执行产生显著影响时，才会作出该项命令（AVCO Financial Services (Asia) Ltd v Topma Electronics Ltd[1999] 4 HKC 193）。值得注意的是：由于该禁令对判定债务人限制较大，判定债务人有权根据《高等法院规则》和《区域法院规则》第44号命令在符合相关要求的情况下申请撤销该禁令。并且，当债权人不再需要该项禁令的保护时，其必须向法院及入境处通知该禁止令不再需要。同时，法院也有权在申请禁止令的理据并不充分或者没有及时通知不再需要该禁止令的情况下，对债权人处以罚金。

（四）申请破产/清盘

如果判定债务人无法就判决债务进行清偿，判定债权人可以提出破产（针对个人）或清盘申请（针对公司）。一般来说，破产及清盘程序是在送达一份“法定要求偿债书”给判定债务人后启动的。如果法定要求偿债书不能在三周内清偿，则判定债权人可以提出破产呈请或清盘呈请（视情况而定），以使判定债务人破产或清盘。在判定债务人被宣告进入破产或清盘程序下，判定债权人作为无担保债权人，其与判定债务人的其他不

受担保的债权人处于同等优先偿还地位。这意味着在清偿优先债权人及受担保债权人的索赔后，才会把判定债务人可用资产向所有不受担保的债权人作出按比例分配。因此，判定债权人有可能得到的受偿十分有限，所以在作出破产或清盘呈请前，判定债权人应先作出谨慎的调查和计划。但申请清盘本身给希望继续保留公司运营的判定债务人带来的压力，也能一定程度上迫使其履行判决债务。

相比较个人破产，清盘程序耗费的时间较长，如有证据显示被告公司的资产正在遭受损失，可在提出清盘申请后，向法院申请委任临时清盘人以采取必要的措施来保障该公司的资产。如果法院对该公司下令清盘，债权人需要出席债权人会议，被清盘公司董事或负责人编写的公司资产负债状况说明书也会在会议上提交。在公司的全部资产出售变卖以后，有关调查完成等工作后，清盘人会向法庭申请解除其清盘人职务，以结束清盘程序。

对内地企业及律师的建议

（一）改变案件代理思维，考虑被申请人或被告在香港是否拥有财产可以保全与执行

结合内地与香港关于民商事判决和仲裁裁决执行、仲裁保全的司法协助安排，两地企业和律师在处



理争议解决案件时，应当将对方是否在香港拥有资产作为保全和执行的重要考虑因素，以便在程序初期就能够设计整体策略，利用不同法域程序推进案件，从而在整体上掌握案件主动权。而对于已在香港持有股票、股权、资产、银行账户等资产的内地企业，建议商请专业律师梳理漏洞与可能存在的风险，并采取措施事先做好风险隔离与防范措施。

（二）委托律所或第三方调查机构查询被申请人或被告在香港拥有资产的情况

如果认为对方在香港拥有资产，根据前述介绍，可以通过自身掌握的信息，以及包括香港土地注册处、香港公司注册处、香港联交所、香港破产管理署等机构公开记录的信息进行查询，通过委托律所或第三方调查机构就对方的资产进行调查，或者通过在法院程序中申请第三方披露令、冻结令和资产披露令等方式掌握

对方的财产信息并防止对方资产的流失。

（三）向香港法院申请财产保全与申请执行仲裁裁决或内地法院民商事判决

如果已经在香港法院取得了可供执行的判决（包括在香港法院认可的内地民商事判决和仲裁裁决等），但判定债务人未能主动履行判决时，可以根据不同的财产信息、性质和价值，向香港法院申请口头讯问、管有令状、强制交付令状、扣押判定债务人财产令状、第三债务人法律程序、押记令、禁止判定债务人离开香港、申请破产/清盘等方式，使判定债务人的资产满足有关判决确定的债务。

据笔者了解，很多内地企业和律师同仁在几份新安排签署后，对内地与香港两地今后相互执行仲裁裁决与法院民商事判决可能产生的深远影

响可能还没有充分理解和没有引起足够重视，加上内地与香港两地在法律体系、社会制度、法治环境等方面存在很大差异，对如何在香港调查资产及如何有效执行仲裁裁决及法院民商事判决程序方面的内容了解较少，从而在实践中可能没有充分利用好新安排机制从而采取有效措施保护或维护自身的合法权益。希望这篇文章在实务操作层面上，对大家如何在香港调查资产和执行内地仲裁裁决及民商事法院判决有所帮助。

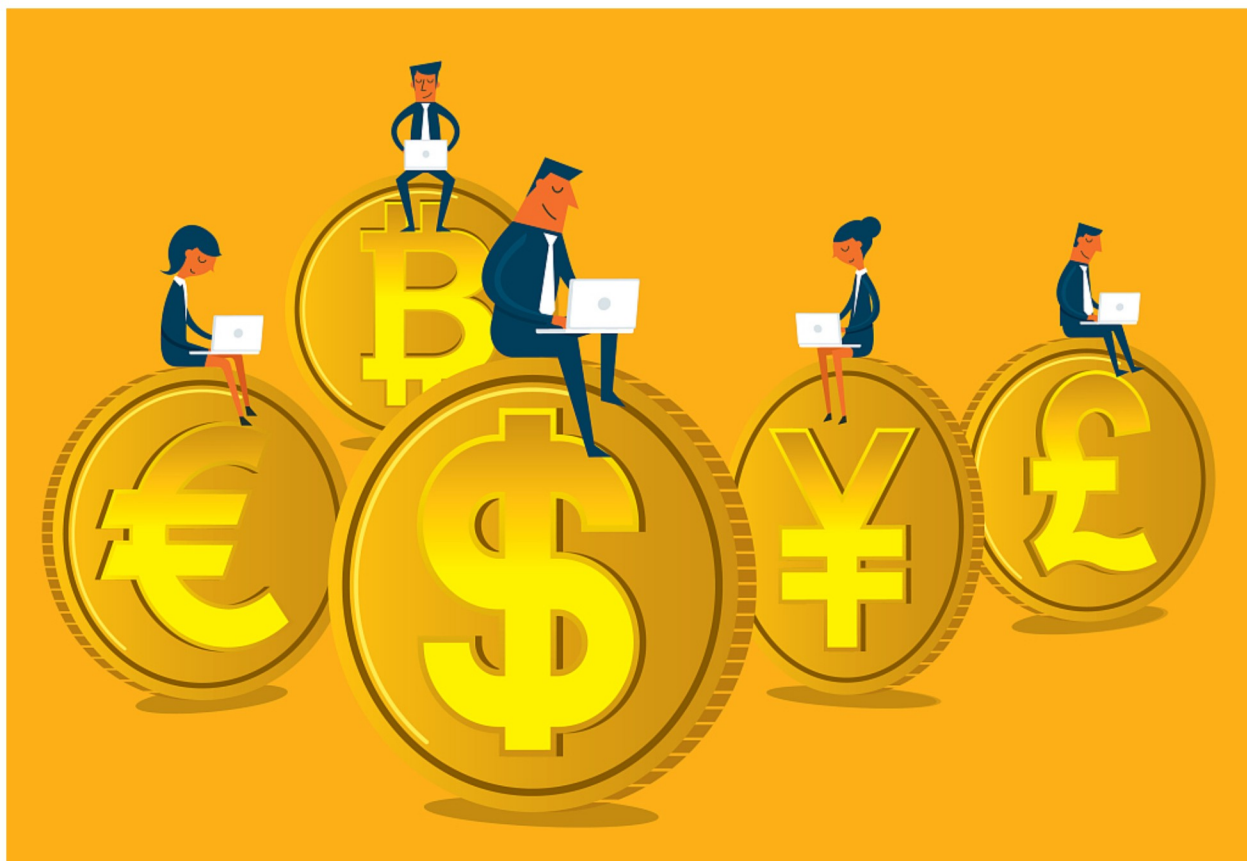
中豪自2013年便在香港设立律师事务所，目前与香港区兆康律师行建立了香港法项下的紧密联营关系，可为内地企业调查香港资产及在香港法院执行内地仲裁裁决及法院民商事判决提供全方位服务。如果大家有任何问题需要进一步咨询的，欢迎垂询本文作者。

【摘要】自2007年我国《企业破产法》实施至今，关联企业实质合并破产制度逐渐成为破产管理人解决关联企业法人人格高度混同问题的有效途径。破产法上的实质合并制度是对公司法上法人人格独立性的否定。对关联企业适用实质合并破产程序，将导致各方当事人的权益发生巨大改变。本文尝试通过对该制度的概念与意义、适用原则、判断标准以及我国关联企业实质合并破产制度规定及程序等六个方面的梳理，实现对该制度的全面理解。

【关键词】破产 关联企业 实质合并

对关联企业 实质合并破产制度的理解

◎ 文 / 文静 / 成都办公室



实质合并 (substantive consolidation) 制度源于美国司法实践, 在我国也称为“关联企业破产实体合并”。自2007年我国《企业破产法》实施至今, 实质合并破产制度逐渐成为破产管理人解决关联企业法人人格高度混同问题的有效途径。由于破产法上的实质合并制度是对公司法上法人人格独立性的否定, 对关联企业决定适用实质合并破产, 将会给各方当事人的权益带来巨大改变, 所以, 本文希望通过对实质合并破产制度相关知识的梳理, 尝试获得较为全面的视角, 为破产管理人在判断适用该制度时提供一点帮助。

实质合并破产制度概念与意义

(一) 概念

概念: 联合国贸易法委员会制定的《破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”(以下简称《破产企业集团对待办法》)在其“术语表”中简略指出, “实质性合并”是“将企业集团两个或两个以上成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分对待”。即, “不考虑企业集团每个成员的独立身份而将其资产和负债合并, 视同由单一实体持有的资产和承担的负债”, 统一进行破产程序。我国学者认为企业集团的实质合并破产, 是指将多个(两个及两个以上)集团关联企业视为一个单一企业, 合并资产与负债, 在统一财产分配与债务清偿的基础上进行破产程

序, 包括实质合并重整或清算, 各企业的法人人格在破产程序中不再独立。

理解: 实质合并破产的合并, 即是一种以对资产与负债统一处理为目的的法人人格模拟合并, 不是《公司法》上公司合并。法院作出实质合并破产裁定时, 并不要求所涉及各个关联企业在破产程序中履行《公司法》上的合并程序(如注销被合并的公司)。在实质合并破产时, 各合并企业的法人人格仅是在破产程序中不再独立, 并没有要求法院通过诉讼的程序对实质合并的事由(如法人人格混同)以及关联企业的合并作出确认的生效判决, 也不以法院事先作出取消各关联企业法人资格的独立裁判为前提。

根据《全国法院破产审判工作会议纪要》(以下简称《破产会议纪要》)的规定, 关于实质合并审理后的企业成员存续存在两种情况: 1. 适用实质合并规则进行破产清算的, 破产程序终结后各关联企业成员均应以注销; 2. 适用实质合并规则进行和解或重整的, 各关联企业原则上应当合并为一个企业。根据和解协议或重整计划, 确有需要保持个别企业独立的, 应当依照企业分立的有关规则单独处理。

(二) 意义

关联企业在经营过程中, 因出现各个企业在资产、负债、管理、经营、财务、人事等多方面的人格严重

混同乃至欺诈等情形, 破产管理人如果仅对单一公司开展债务清理、财产界定、资产追索、重整挽救等工作, 将无法实现破产法的基本目标(公平与效率)。实质合并的立法目的就是打破关联企业破产时的形式公平, 实现实质公平, 有效保障债权人的整体公平清偿。同时, 通过实质合并并能避免区分不同企业资产、负债等事项的时间和费用成本, 进而提升破产清算与企业挽救的实益效率。

关联企业实质合并破产适用原则

(一) 审慎适用原则

根据《破产会议纪要》第32条规定, 明确了以单个破产程序为基本原则, 关联企业实质合并破产为例外的适用原则。在决定对关联企业进行实质合并破产程序时, 必须符合三个法定要素: 关联企业成员之间存在法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益。

(二) 公平效率原则

因关联企业违反了《公司法》的合法经营原则, 打破了诚信公平交易关系, 为保证对关联企业全体外部债权人的公平清偿, 对关联企业实质合并后对债权实行统一清偿, 是对原违法行为的强制纠正。同时, 避免了对关联企业之间的无效行为或可撤销行为的复杂认定程



序，降低追回财产的高额成本，提高了债权实现的效率。

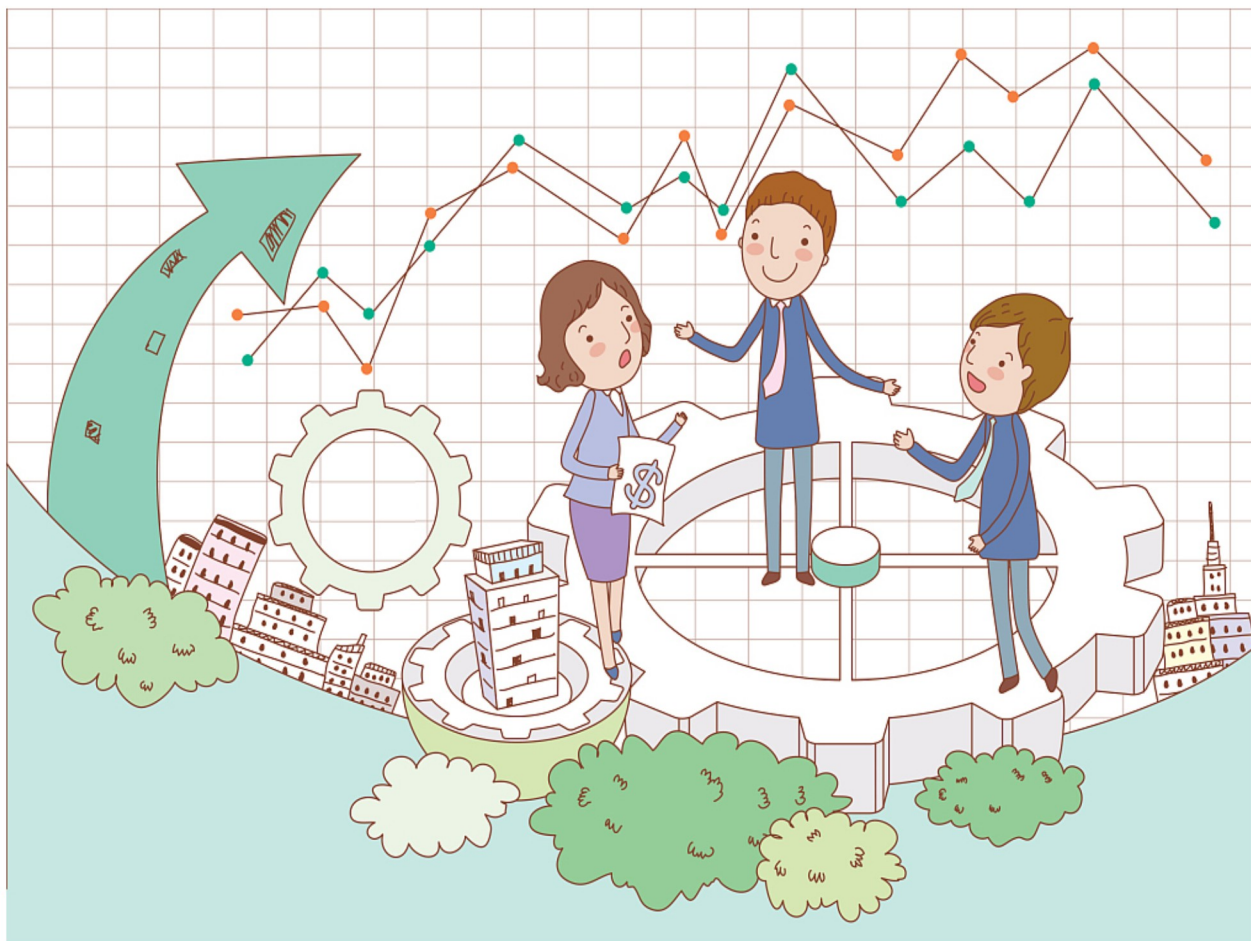
对实质合并判断标准的比较理解

美国是实质合并破产规则的创立国与主要实践国，其经验具有重要的借鉴意义。作为案例法国家，美国在实质合并破产适用中较为重视判断标准的各种具体表现与构成情况。如在 *In re Vecco Construction Industries, Inc.* 一案中，法官将是否进行实质性合并时应当考虑的情形总

结为七个因素：1.分离和确定个体资产和负债的难度；2.是否存在合并的财务报表；3.在单一地理位置合并的受益情况；4.资产和营业的混同；5.不同实体权益的同一性；6.存在明显的公司内部债务担保；7.未遵守公司规范方式的资产转移。

《破产企业集团对待办法》对各国在关联企业实质合并破产立法与司法方面的经验做了较为全面的总结。其在“立法建议”部分第220条指出：“破产法可以具体规定，如果建议第223条所规定的获准申请人提出请求，法院可以仅在下列几种有限

情况下针对企业集团中两个或多个成员下令进行实质性合并：(a)法院确信企业集团成员的资产和债务相互混合，以致没有过度的费用或迟延就无法分清资产所有权和债务责任；或(b)法院确信企业集团成员从事欺诈图谋或毫无正当商业目的的活动，为取缔这种图谋或活动必须进行实质性合并。”《破产企业集团对待办法》还指出：“一些法域中使用的另一个理由是，由于集团各成员在企业结构、经营业务和财务上的联系，或由于集团多个成员生产过程及其产品中蕴含的知识产权等整个集团共有资产的价值，实质



并可能会给债权人带来更大的回报。”

我国学者认为实质合并破产的情形可包括：1.法人人格混同，即企业集团成员的资产和债务相互混同；2.欺诈，即从事欺诈图谋或毫无正当商业目的的活动；3.债权收益标准，即实质合并可给债权人更大回报；4.重整需要，即为拯救企业、制定重整计划的需要。同时指出，在前述标准中，法人人格混同和欺诈是各国普遍适用的标准。

我国关联企业实质合并破产的规定

（一）基础法律

《民法典》在《公司法》第二十条、第二十一条的基础上，就股东等行使权力和公司关联关系问题作出两条规定。第八十三条第一款规定：“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益；滥用出资人权利造成法人或者其他出资人损失的，应当依法承担民事责任。”第二款规定：“营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人债权人的利益；滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人的利益的，应当对法人债务承担连带责任。”

第八十四条规定：“营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、

监事高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益；利用关联关系造成法人损失的，应当承担赔偿责任。”

（二）认定关联关系的参照标准

1.根据《企业所得税法实施条例》第一百零九条规定，有下列关联关系之一的为关联企业：

（1）在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；

（2）直接或者间接地同为第三者控制；

（3）在利益上具有相关联的其他关系。

2.根据国家税务总局《关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》（2016年第42号）第二条的规定，企业与其他企业、组织或者个人具有下列关系之一的，构成关联关系：

（1）一方直接或者间接持有另一方的股份总和达到25%以上；双方直接或者间接同为第三方所持有的股份达到25%以上；如果一方通过中间方对另一方间接持有股份，只要其对中间方持股比例达到25%以上，则其对另一方的持股比例按照中间方对另一方的持股比例计算；两个以上具有夫妻、直系血亲、兄弟姐妹以及其他抚养、赡养关系的自然人共同持股同一企业，在判定关联关系时，持股比例合并计算。

（2）双方存在持股关系或者同为第三方持股，虽持股比例未达到上述规定，但双方之间借贷资金总额占任一方实收资本比例达到50%以上，或者一方全部借贷资金总额的10%以上，由另一方担保（与独立金融机构之间的借贷或者担保除外）。

（3）双方存在持股关系或者同为第三方持股，虽持股比例未达到上述规定，但一方的生产经营活动必须由另一方提供专利权、非专利技术、商标权、著作权等特许权才能正常进行。

（4）双方存在持股关系或者同为第三方持股，虽持股比例未达到上述规定，但一方的购买、销售、接受劳务、提供劳务等经营活动由另一方控制。

上述控制是指一方有权决定另一方的财务和经营政策，并能据以从另一方的经营活动中获取利益。

（5）一方半数以上董事或者半数以上高级管理人员（包括上市公司董事会秘书、经理、副经理、财务负责人和公司章程规定的其他人员）由另一方任命或者委派，或者同时担任另一方的董事或者高级管理人员；或者双方各自半数以上董事或者半数以上高级管理人员同为第三方任命或者委派。

（6）具有夫妻、直系血亲、兄弟姐妹以及其他抚养、赡养关系的

两个自然人分别与双方具有上述第1至第5项关系之一。

(7) 双方在实质上具有其他共同利益。

此外，对上市公司“关联性”还应参照《企业会计准则第36号——关联方披露》《股票上市规则》以及《上市公司信息披露管理办法》等规定进行判断。《企业会计准则第36号——关联方披露》第四条采用列举的方式列明了十种情形下的企业为“关联方”，包括子公司、合营企业、联营企业、对该企业实施共同控制的投资方、对该企业施加重大影响的投资方等，对“关联关系”的企业从会计角度即资产关系方面作了进一步明确。《股票上市规则》包括《上海证券交易所股票上市规则》和《深圳证券交易所股票上市规则》均对上市公司的“关联关系”作了明确规定。

(三) 法人人格否认的判断依据

1. 《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会议纪要》）根据《公司法》的有关规定，在第10条【人格混同】中指出：“认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。在认定是否构成人格混同时，应当综合考虑以下因素：

(1) 股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；

(2) 股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；

(3) 公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分的；

(4) 股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清的；

(5) 公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用的；

(6) 人格混同的其他情形。

在出现人格混同的情况下，往往同时出现以下混同：公司业务和股东业务混同；公司员工与股东员工混同，特别是财务人员混同；公司住所与股东住所混同。人民法院在审理案件时，关键要审查是否构成人格混同，而不要求同时具备其他方面的混同，其他方面的混同往往只是人格混同的补强。”

2. 《九民会议纪要》第11条【过度支配与控制】中还指出：“公司控制股东对公司过度支配与控制，操纵公司的决策过程，使公司完全丧失独立性，沦为控制股东的工具或躯壳，严重损害公司债权人利益，应当否认公司人格，由滥用控制权的股东对公司债务承担连带责任。实践中常见的

情形包括：

(1) 母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；

(2) 母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；

(3) 先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司逃避原公司债务的；

(4) 先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务的；

(5) 过度支配与控制的其他情形。

控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。”

3. 《公司法》第六十三条对一人有限责任公司的特别规定：一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。



关联企业实质合并破产启动类型

根据关联企业进入破产程序先后、方式可分为以下三类：

（一）关联企业先分别进入破产程序，然后再实施实质合并

此类启动方式是最为常见的启动实质合并破产类型。将实质合并申请与各企业的破产申请分离，适用的前提是各企业均存在破产原因，可以先行分别启动破产程序。

（二）部分关联企业先进入破产程序，再以申请实质合并破产的方式，对其他企业直接启动实质合并的破产程序

此类启动方式在司法实践中也较常使用。对外观未发生破产原因的关联企业，因实质合并的适用而直接纳入破产程序，应充分说明对其进行实质合并破产的理由。

（三）在破产程序启动前，先对各关联企业实质合并，再以合并后的单一企业申请集团整体进入破产程序

此类启动方式比较少见，由法院在破产案件受理前，先裁定将所有关联企业合并为一个单一企业，再裁定受理企业的实质合并破产或重整申请。

关联企业实质合并破产程序

（一）实质合并破产程序的启动

《破产企业集团对待办法》指出，虽然在有些国家，法院可以自行下令进行实质性合并，但由于这类命令对当事人的利益会产生严重影响，所以法院不宜依职权启动实质合并程序。

《破产会议纪要》第33条规定：“实质合并申请的审查。人民法院收到实质合并申请后……，人民法院在审查实质合并申请过程中，……”因此，法院不应依职权启动实质合并程序，但有最终审查决定权。

（二）申请人范围

1. 债权人

债权人享有实质合并破产的申请权。债权人申请实质合并，不需要其同时是所有各个合并关联企业的债权人，只需是某一个合并企业的债权人即可。

相关案例：债权人申请华泰公司和龙翔公司合并重整案；债权人芜湖凯源公司申请南陵模具城置业公司等2家企业合并破产清算案；债权人苏州中润幕墙公司申请湖北恒联公司、赤壁恒茂公司实质合并破产清算案。

2. 债务人

债务人对自身经营状况以及法人人格混同问题最了解，能够提供较充分的证据，具有申请启动实质合并程序的有利条件。

相关案例：大连机床防护公司等

27家企业合并重整案、沈阳北方重工与沈阳铸锻工公司合并重整案、宏兴科旺公司与东科实业公司实质合并重整案。

3. 清算义务人

在独立企业的情况下，清算义务人与债务人及管理人的地位有类同之处。《企业破产法》规定，清算义务人享有破产清算的申请权。

相关案例：闽发证券公司等5家企业合并破产清算案。

4. 管理人

管理人享有提出实质合并破产的申请权。管理人全面接管破产关联企业，对关联企业法人人格是否混同有较为深入和全面的了解，对实质合并原则的效用也有更清晰的认识。

《四川省高级人民法院关于审理破产案件若干问题的解答》（川高法〔2019〕90号）在解答“对关联企业实质合并破产的审查应着重注意哪些问题”时，明确答复：“在立案审查阶段，若难以准确判断是否构成法人人格高度混同，可先分别受理破产申请或先受理控制企业的破产申请，由管理人通过对债务人企业的资产及债务等状况进行清查，乃至借助审计等手段进行核实作出构成混同的准确判断后，再提请人民法院裁定对关联企业进行实质合并破产或将其他关联企业纳入实质合并破产。”



相关案例：嘉兴嘉希公司等5家企业合并破产清算案、浙江东易公司等4家企业合并破产清算案、江苏苏醇公司等3家企业实质合并重整案、河北威控公司等3家企业实质合并破产重整案。

（三）实质合并破产的管辖法院

《企业破产法》第三条规定，破产案件由债务人住所地人民法院管辖，“债务人住所地”包括主要办事机构所在地、注册地，但未就合并破产的管辖作出明确规定。根据《破产会议纪要》第35条规定，合并破产案件的管辖有三种情况：1.应由关联企业中的核心控制企业住所地人民法院管辖；2.核心控制企业不明确的，由关联企业主要财产所在地人民法院管辖；3.多个法院之间对管辖权发生争议的，应当报请共同的上级人民法院指定管辖。

（四）实质合并破产的审查程序

根据《破产会议纪要》第33条规定，听证+审查程序：1.人民法院收到实质合并申请后，应当及时通知相关利害关系人并组织听证（听证时间不计入审查时间）；2.在收到申请之日起三十日内作出是否实质合并审理的裁定；3.人民法院在审查实质合并申请过程中，可以综合考虑关联企业之间资产的混同程度及其持续时间、各企业之间的利益关系、债权人整体清偿利益、增加企业重整的可能性等因素。

（五）实质合并破产的法律后果



根据《破产会议纪要》第36条规定，法律后果为：1.各关联企业成员之间的债权债务归于消灭；2.各成员的财产作为合并后统一的破产财产，由各成员的债权人在同一程序中按照法定顺序公平受偿；3.采用实质合并方式进行重整的，重整计划草案中应当制定统一的债权分类、债权调整和债权受偿方案。

（六）利害关系人的权利救济

根据《破产会议纪要》第34条规定，相关利害关系人对受理法院作出的实质合并审理裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十五日内向受理法院的上一级人民法院申请复议。

结 语

在破产程序中，关联企业存在法人资格严重混同或欺诈的情形时，若一再坚持法人人格独立，将无法纠正

关联企业间的违法行为，无法保障债权人的正当权益，因此，实质合并破产制度是解决该问题的有效途径。但是，在决定对关联企业适用实质合并破产程序前，我们必须结合关联企业成员间的法人人格混同程度、各企业资产分离的难度、各权利人的利益保护强度等情况，依据相关法律规定作出全面、综合、客观的评判。在我国司法实践中，破产管理人是对关联企业提出适用实质合并破产程序的主要申请人。人民法院听证会制度为相关利害关系人提供了表达意见的途径。合并破产裁定作出后，各关联公司的财产作为统一的破产财产，全部债权人在同一破产程序中按法定顺序公平受偿，各关联公司间的债权债务和担保关系归于消灭，从而纠正关联企业之间的非法或欺诈性交易，最终实现全体债权人实质公平受偿的目标。

【摘要】《道路交通安全法》第二十二条规定“饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品,或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病,或者过度疲劳影响安全驾驶的,不得驾驶机动车。”如果保险公司将上述禁止性条款纳入保险责任免除的范围,驾驶员服用国家管制的精神药品后驾驶机动车发生交通事故,保险公司是否可以以驾驶员违反了法律禁止性规定且符合免责事由而决定拒赔,法院又会如何判决?笔者通过介绍近期承办的此类案件来阐述在上述情形下,就服用管制类药物后驾车导致事故的保险责任进行浅析,以供同行交流、指正。

【关键词】 交通事故 保险责任 免责条款

服用管制类药物后驾车导致事故的保险责任分析

◎ 文 / 崔冽 / 上海办公室





崔 冽 | 合伙人

专业领域：公司、金融、侵权
手机：+86 136 5199 5275
邮箱：cuilie@zhhlaw.com

2019年9月19日，驾驶员张某服用国家管制的精神药品超速驾驶机动车驶入非机动车道，遇涉案死者范某骑行电动自行车发生碰撞，致范某受伤，并因抢救无效于事发当日死亡。

本起交通事故经交警队认定，被告张某因服用国家管制的精神药品、患有妨碍安全驾驶机动车的疾病^①驾驶机动车、驾驶机动车超速行驶、逆向行驶而负本起事故的全部责任，范某不承担责任。被告张某驾驶的小型普通客车在被告保险公司投保了交强险及保额为100万元的商业三者险，含不计免赔，事发在保险期间。后因赔偿问题发生争议，范某的家属将驾驶员及保险公司诉之法庭，要求被告承担赔偿责任，保险公司在其保险范围内承担责任。

法院经审理后认为，被告张某存在服用过国家管制的精神药品驾驶机动车的行为，违反了《中华人民共和国道路交通安全法》关于服用国家管制的精神药品不得驾驶机动车的禁止性规定。根据司法解释，被告保险公司在交强险范围内承担垫付责任，并可在赔偿范围内向被告张某主张追偿权。同时驳回了原告要求保险人在商业险100万元的范围内承担赔偿责任的要求，该部分的赔偿责任由驾驶人员张某承担。

法院判决情况及分析

本案的主要争议焦点主要是存在两个

方面：一方面是，驾驶员是否存在服用国家管制的精神药品的违法行为，服用国家管制的精神药品是否对本次事故有因果关系，以及张某是否知道其服用精神药品后不能驾驶机动车辆。另一方面是，保险公司在本案中的赔偿责任如何认定。

（一）法院认定张某存在明知服用药品后不能驾驶机动车辆而违法驾驶的行为，且服用药物与事故之间存在因果关系

1.法院明确驾驶员张某存在“服用国家管制的精神药品”后驾驶机动车的违法情形

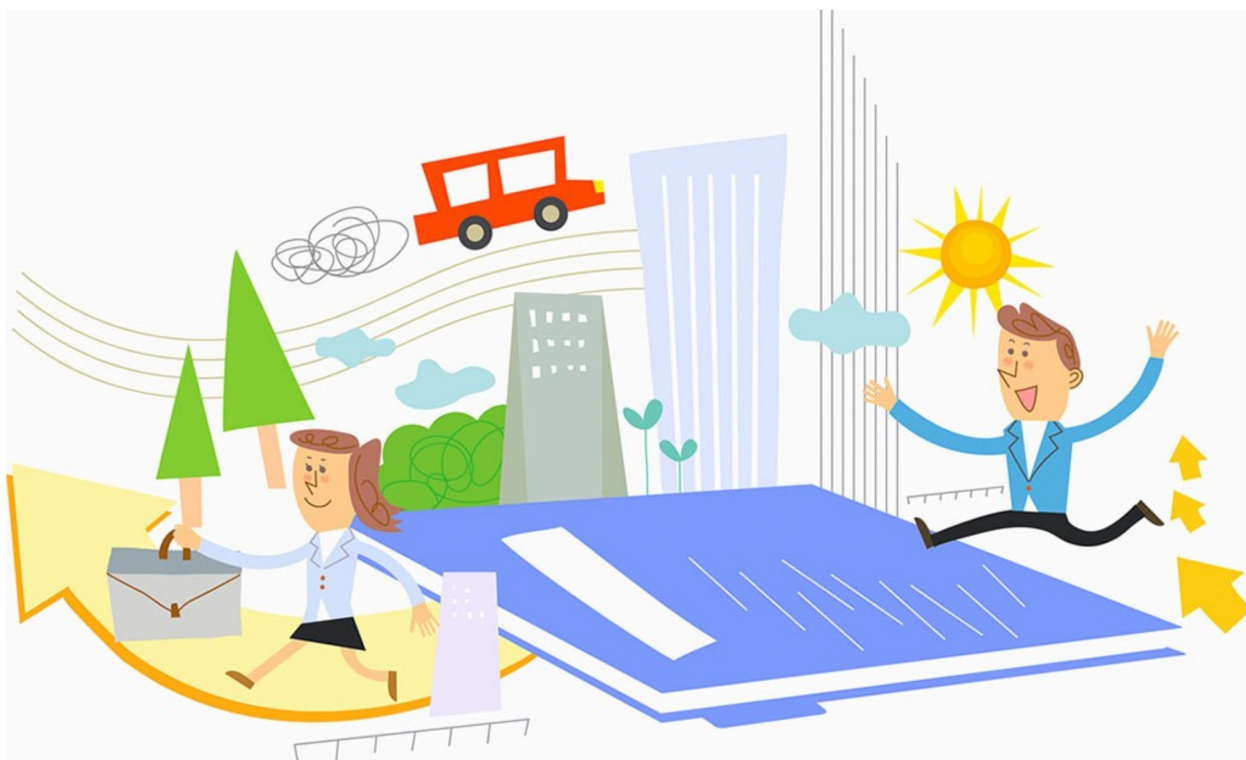
司法鉴定所出具法医毒物鉴定意见书，结论为被鉴定人张某血液检材中检出地西洋，而被告张某在交警支队的陈述，其事故发生前确实服用过国家管制的精神药品思诺思、地西洋片，张某在庭审中也明确因其存在焦虑障碍，平时主要服用药物为地西洋片、思诺思(酒石酸唑吡坦片)^②、思瑞康(富马酸喹硫平片)、怡诺思(盐酸文拉法辛缓释胶囊)。因此，可以确定被告张某存在服用过国家管制的精神药品后驾驶机动车的行为。

2.司法鉴定明确了事故发生与服用精神药品存在因果关系

庭审中，张某提出的其是在事故发生的前一天晚上吃的药，对事故没有因果关系。但鉴定报告对此提出了不同的意见，司法鉴定科学研究院就被告张某的精神状态鉴定、刑事责任能力和受审能力评定出具司法鉴定意见书，在“分析说明”部分具明本次交通事故行为发生与被告张某服用药物的镇静催眠作用可能存在一定关

^① 患有妨碍安全驾驶机动车的疾病是指患有足以影响观察、判断事物能力和控制行为能力的疾病。比如患有脑血管病、心血管病、癫痫、眩晕、发烧、严重耳疾、眼疾、肢体严重伤残等。

^② 地西洋片、思诺思(酒石酸唑吡坦片)属于“精神药品品种目录中第二类精神药品”。



系。因此，张某提出的，事故与服用药品没有因果关系不能成立。实践中，醉酒、无证驾驶与事故的因果关系可能很难直接确定，因此，对于保险合同中一般都是约定情形免责，而非因果关系免责。

3.医生已告知其服用药品后不能驾驶机动车，张某作为一个长期患者对相关药品的后果不可能不知情

首先，对于国家管制类的精神类药品，医院对于医生、处方都有特殊性的规定，医生在开具处方时有相应的告知程序。

其次，张某作为患者，长期服用此类药品，根据其自身的认知能力，对相关药品的性质功能及相关规定具有认知能力。

再次，根据鉴定报告，张某对自己所患精神类疾病有自知力，知晓服用精神类药物可能妨碍安全驾驶、患妨碍安全驾驶机动车的疾病不得驾驶机动车等交通安全法律、法规规定，故认为其对交通肇事行为辨认和控制能力未明显受损。

最后，根据法院实地调查结果来看，医生为被告张某开具地西洋片、思诺思，作用为抗焦虑、助眠、镇静。地西洋片、思诺思、思瑞康、怡诺思中地西洋片、思诺思均为国家管制的第二类精神药品，开具时处方右上角有“精二”标志，且对于刚就诊的患者会告知不要驾驶，对于长期服药、有既往配药史的患者，医生会默认其知晓不能驾驶的禁忌。

因此，可以确定，上述证据可以证明张某对其服用药物的不能驾驶机动车是明知的。

（二）保险公司的赔偿责任分析

1.关于交强险的理赔问题

《机动车强制保险条例》第二十二条对驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；被保险机动车被盗抢期间肇事的和被保险人故意制造道路交通事故的情况下发生交通事故的情形进行规定，保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追偿，造成受害人的财产损失，保险公司不承担赔偿责任。即该规定明确财产损失不赔，但对于人身损失赔偿部分是否属于财产损失存在争议，因此存在一定的争议空

问。一种观点认为，法律举重明轻，轻，医疗费用都是垫付的情况下，其他费用当然不赔，人身损失应该包含在本条的财产损失范围内。也有观点认为，人身损失不能包含在财产损失范围内，此处的法律规定不明确。

《机动车交通事故责任强制保险条款》第九条则对上述争议进行了明确，明确对于抢救的医疗费外的其他损失和费用，保险人不负责垫付和赔偿。可以说，虽然法律规定是否明确存在争议，但对于责任强制保险条款而言，显然是明确的。而且实际的司法判例中，目前在司法判决中已基本形成了统一的判例，保险公司在强制险范围内承担先行垫付责任，垫付后再由保险公司进行追偿。但对于判决的理由，法院很少进行明确的论述。笔者认为，交通事故的案子都是侵权案件，法律规定垫付抢救费用，但对于什么是抢救费用，法院也很难进行实际区分，该规定具有难以操作的特点。另外一方面，其他部分是否进行赔偿，可能持否定的观点更合理，但交通事故赔偿纠纷主要是处理受害人赔偿问题，简单的法律分析可能无法合理保护受害人的利益。

对此，《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对此进行了明确，规定服用国家管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶机动车发生交通事故的，保险公司在强制险范围内承担垫付责任，受害人和保险公司利益得到了有效平衡。因此，法院判决保险公

司在强制险范围内承担垫付责任。

2.关于商业三者险的理赔问题

本案中保险条款已明确把“驾



驶人服用国家管制的精神药品”列为责任免除事项，而该行为也是《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二

条明确规定的不得驾驶机动车的情形之一。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题

的解释(二)》第十条也规定保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由，保险人对该条款只有提示义务。

本案中，被告保险公司将且用黑体字加粗的形式予以标示，符合最高人民法院司法解释(二)第十一条第一款可认定为已履行提示义务的规定，该免责条款已经发生法律效力。据此，法院在支持保险公司在强制险范围内进行垫付的同时，驳回了原告要求保险人在商业险100万元的范围内承担赔偿责任的要求，要求驾驶员承担上述赔偿责任。

案件给我们的启示

从本案的判决结果来看，法院对于服用国家管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶机动车发生交通事故的判决思路是明确的，即：对于商业险部分，保险公司不承担赔偿责任；对于强制险部分，也仅承担垫付责任。

对于本案的法律问题，对于强制险部分目前已有明确的司法解释，法院在审理时肯定只能按照司法解释的规定进行处理。对于商业险理赔问题，在有些方面可能还会发生争议。

《民法典》第一千二百一十三条规定：“机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足

部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。”从《民法典》的规定来看，交通事故的赔偿存在次序的规定，即先强制险限额、再商业险限额，然后由侵权人赔偿。这个顺序是有法定条件的，那就是按照商业险的保险合同约定进行赔付。在《民法典》生效之前，司法解释也有同样的规定。该规定实际对保险公司赔偿设定了一个前提，要求保险公司赔偿需要符合商业险保险合同的约定，如果驾驶员在像本案中存在服用精神类药品驾车肇事的情况下，保险公司可能在商业险范围内拒绝赔付。

本案给我们的警示是：我们需要对法律的规定有明确的认识。对于无证或者醉酒驾车的危害，一般的社会民众已经有明确的认识，由于精神药品或者麻醉药品大部分人可能没有接触过，对于其对驾驶行为的影响和严重后果，很多人也缺乏清晰的认识。本次事故是一起明显由驾驶员服用国家管制的精神药品后导致的，也可以看出服用国家管制的精神药品对人的影响，不仅导致案外人死亡的严重后果，也由于不符合理赔条件，导致自身要承担巨大的赔偿责任。在此，我们呼吁各位，对法律禁止驾车的情况多一些了解，避免类似的悲剧发生。



【摘要】 预重整作为一种在庭外重组和破产重整两种制度的基础上融合创新的企业挽救再生机制，在当前经济形势下愈加受到重视，适用范围越来越广泛。2021年1月8日，重庆市第五中级人民法院（以下简称重庆五中院）颁布《预重整工作指引（试行）》（以下简称《指引》），为重庆地区的企业适用预重整制度解决债务危机与经营困境提供了具有针对性和实践性的指导。本文拟通过对《指引》规定的预重整基本流程与主要内容进行解读，并结合相关理论和司法实践对预重整重点问题进行分析，以期为企业家、债权人、业界同仁等各方主体适用和参与预重整程序提供参考。

【关键词】 预重整 指引 基本流程 重点问题

企业预重整 法律实务解析

◎ 文 / 张涌 胡俊 / 重庆办公室



关于预重整的概念

《指引》开篇名义，第一条即界定了预重整的基本概念：“指衔接庭外重组和庭内重整，对债务人与债权人等利害关系人达成的符合本指引规定的庭外重组协议在重整申请受理后予以确认的程序。”相比深圳中院、北京破产庭规定的预重整基本概念，《指引》显著弱化了法院在预重整程序中的主动性和介入程度，强调了预重整的本质属性是庭外重组，其在实体上依存于重整程序，且从重整的角度看仅具有预备工作的性质，其最终成果要体现在重整程序中。

预重整制度最先起源于美国，旨在克服庭外重组与司法重整各自的不

足，同时又意在利用两者的长处挽救企业，是一种兼有司法和非司法拯救内容的混合型拯救程序。迄今为止，尚未对预重整形成较为统一和权威性的概念，美国部分学者和地区法院将其界定为企业进入重整程序前，对重整计划进行协商和表决的一种程序。在联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》中则将预重整描述为“为使受到影响的债权人在程序启动之前的自愿重组谈判中谈判商定的计划发生效力而启动的程序”，并将其称为“简易重整程序”。

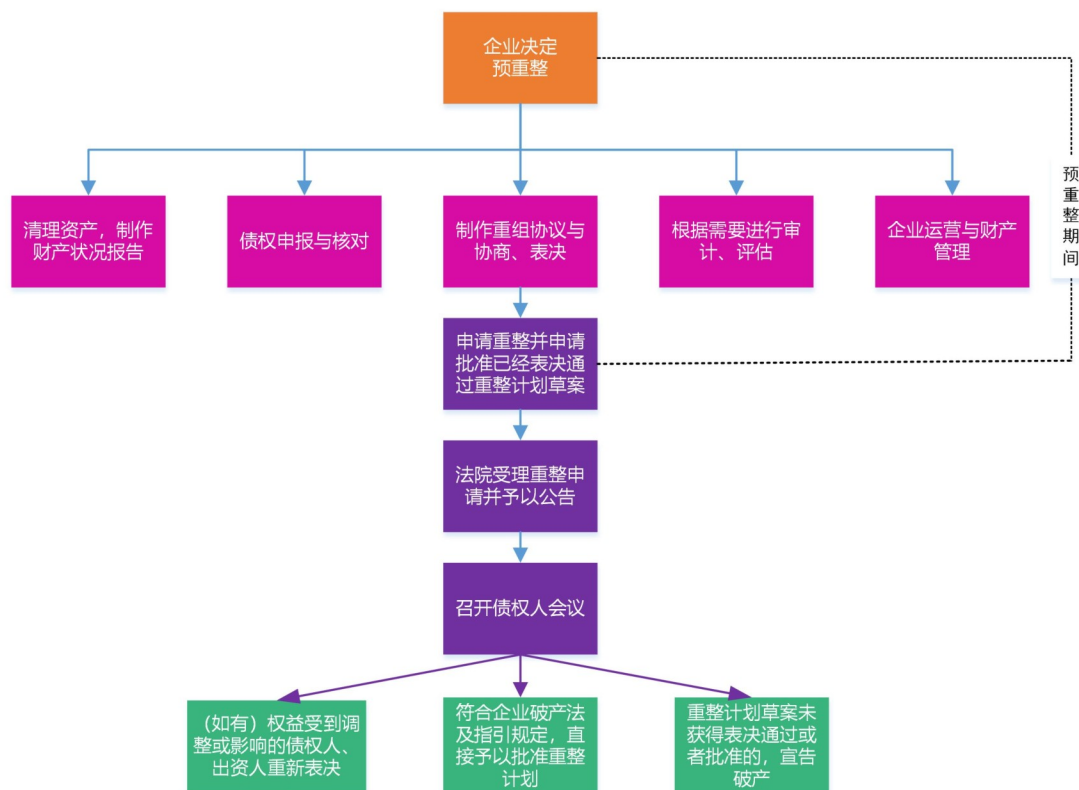
预重整的基本流程

《指引》规定了破产申请前的预

重整和破产申请审查阶段的预重整模式，适用于不同的情形。

（一）破产申请前的预重整基本流程

破产申请前的预重整，是指申请重整前，债务人进行资产负债清理、制作重组协议以及协商表决等工作，待重组协议表决通过后，债务人请求人民法院在受理重整申请后批准其根据重组协议制作的重整计划草案。这种模式下，法院不予直接介入，由当事人自主进行，但通过规定进入重整程序后法院批准重整计划的条件来进行指导，当事人应当按照《指引》规定进行预重整，否则其预重整取得的成果不能获得法律效力。其基本流程如下：





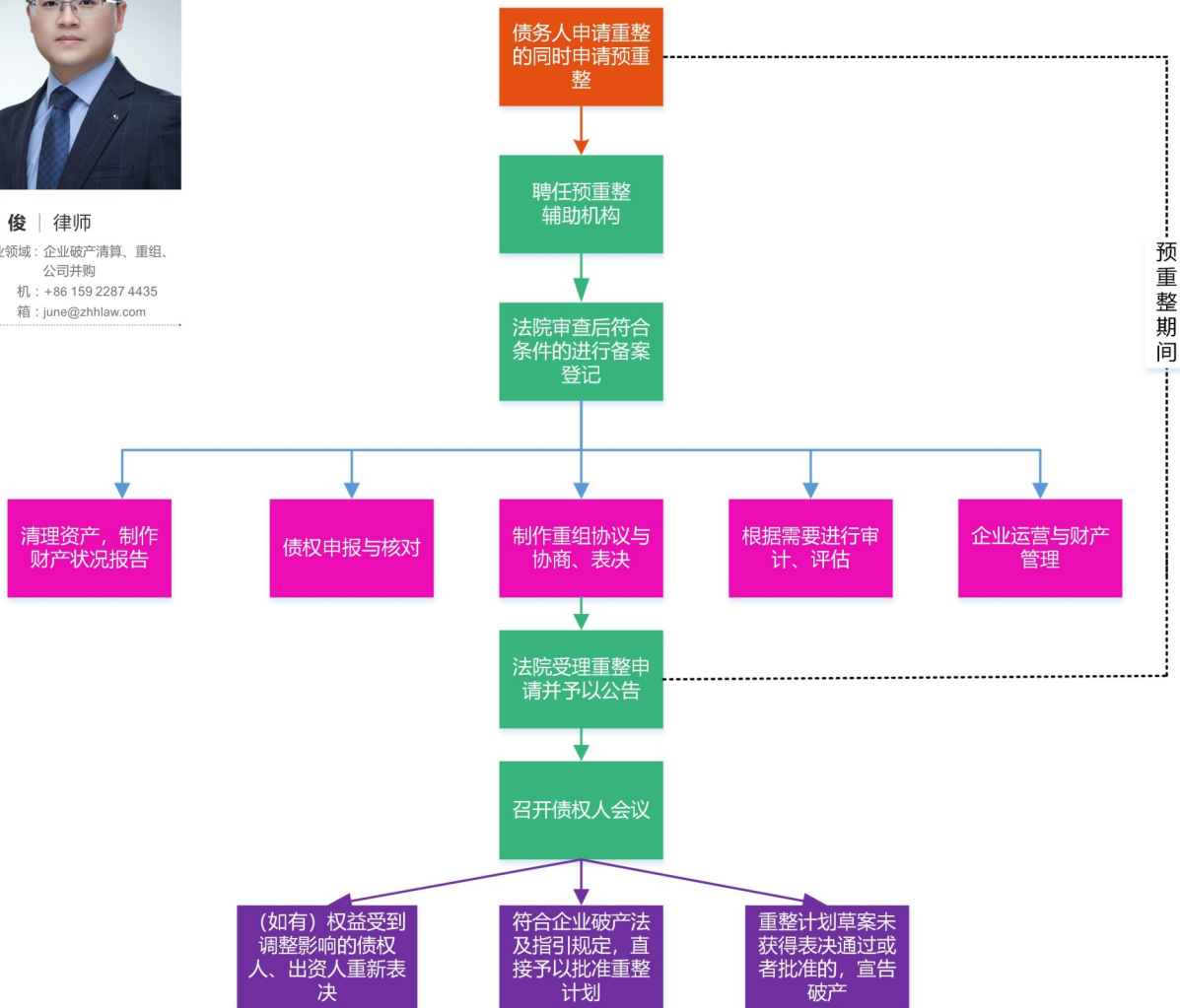
张涌 | 合伙人
 专业领域：公司并购、企业清算与重组、建筑及房地产
 手机：+86 133 0833 3618
 邮箱：David@zhhlaw.com



胡俊 | 律师
 专业领域：企业破产清算、重组、公司并购
 手机：+86 159 2287 4435
 邮箱：june@zhhlaw.com

（二）破产申请审查阶段的预重整基本流程

破产申请审查阶段的预重整，是指债务人在向法院申请重整的同时，请求法院准许其一定时间进行清理资产负债、协商表决重组协议等工作的预重整程序。这种模式虽然是在“破申”案件立案后进行，但是法院只是适度介入，并不主动干预。一方面，法院对于预重整不出具裁定书、决定书，只出具备案通知书；另一方面，法院通过审查预重整辅助机构提交的工作报告、严格控制预重整的期限等方式监督指导预重整工作。其基本流程如下：



（三）两种预重整模式的比较分析

破产申请前的预重整和破产申请审查阶段的预重整两种模式，虽然适用情形和时机不同，但并不是非此即彼的关系，不排除两种模式先后适用的可能。破产申请前的预重整模式优点在于由当事人自主进行、不限时间、适用灵活，不足在于缺乏司法介入、成功的难度较大；而破产申请审查阶段的预重整模式，优点在于具有法院指导与专业机构辅助，缺点在于时限较短、适用条件更加严格。

这两种模式在适用的基本条件、应遵

循的原则、重组协议的内容与表决及效力延伸、信息披露要求、预重整期间债务人职责与义务等都是一致的，而不同主要体现在以下方面：

债权人、出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人以及国务院金融监督管理机构（金融机构破产重整）。除债务人外，其他三者是否可

来看，债务人已经进入法庭内的破产程序，不再存在进行预重整的可能，因此出资人并不是申请预重整的适格主体。

序号	相关情形	破产申请前的预重整	破产申请审查阶段的预重整	备注
1	适用时间段	债务人申请破产重整之前	债务人申请重整之后，法院正式受理重整之前	
2	法院介入程度	不介入	适度介入	
3	是否需要申请	无须向法院申请，企业自行决定	向法院申请重整的同时提出申请，符合条件的予以备案登记	
4	预重整期间	未规定时限	自法院出具预重整备案通知书之日起3个月，经法院批准可以延长1个月	
5	是否需要聘请辅助机构	非必需	需聘请预重整辅助机构	
6	预重整辅助机构的费用	\	1.进入重整程序后继续担任管理人的，不另收报酬； 2.未继续担任管理人的，由法院确定	

预重整的基本流程

（一）关于预重整的申请

就《指引》规定的两种预重整模式，破产申请前的预重整无须进行申请，企业自主决定进行即可，而适用破产申请审查阶段的预重整，则需向人民法院提出申请。

1. 申请主体

依据《指引》第十九条规定，债务人是申请预重整的适格主体。

按照《企业破产法》的规定，有权提出重整申请的主体包括债务人、

以提出预重整申请，在《指引》未予明确规定。从其他地区司法实践来看，债权人可以直接向法院提出对债务人进行预重整，比如*ST中新(603996.SH)预重整案、*ST众泰(000980)预重整案，均是由债权人申请对债务人进行预重整，并获得法院受理或者备案登记。鉴于金融机构破产重整的特殊性，金融监督管理机构应当有权提出对金融机构债务人的预重整申请。

而关于出资人，其有权提出重整申请的时间是在法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，而从《指引》规定预重整庭外重组的本质属性

2. 申请时间

依据《指引》第十九条规定，债务人应当在申请重整的同时向法院提出预重整申请，该申请重整指依据《企业破产法》第七条的规定直接向法院提出重整申请。如前所述，《指引》规定预重整的本质属性为庭外重组，债务人进入法庭内的破产程序后，不再存在进行预重整的可能。因此，在法院受理破产清算申请后，债务人虽然可提出重整申请，但不得再依据《指引》规定向法院申请预重整。

3. 申请条件

依据《指引》第三条规定，向法院申请预重整的应当符合以下条件：

（1）具有重整原因且有挽救可能，有能力与主要债权人开展自主谈判的企业法人；

（2）债务人存在债权人人数众多、债权债务关系复杂、职工安置数量较大、影响社会稳定等情形。

4. 申请文件

根据《指引》规定，并结合司法实践，申请预重整通常需要准备以下文件：

（1）预重整申请书，载明申请人的基本信息、申请目的、申请的事实和理由；

(2) 债务人的主体资格证明, 包括企业法人营业执照副本、法定代表人或负责人身份证明及其他最新工商登记材料;

(3) 债务人的股东会、董事会、主管部门或投资人同意与预重整的文件;

(4) 债务人的职工名单、工资清册、社保清单、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况;

(5) 债务人的资产负债表、资产评估报告或审计报告;

(6) 债务人至申请日的资产状况明细表, 包括有形资产、无形资产及对外投资情况等;

(7) 债务人的债权、债务及担保情况表, 列明债务人的债权人及债务人的名称、住所、债权或债务数额、发生时间、催收及担保情况等;

(8) 债务人所涉诉讼、仲裁、执行情况及相关法律文书;

(9) 债务人具有重整价值的分析报告及证据材料;

(10) 债务人重整的可行性分析报告或重整方案;

(11) 人民法院认为应当提交的其他材料。

因为是在申请重整的同时申请提交预重整申请, 因此两者在申请文件上有相当的重合部分, 当事人应当根据法院的具体要求进行准备。另外, 预重整申请及其他工作涉及到的相应格式文书, 重庆五中院将会陆续制作并发布。

5. 受案法院

根据重庆市高级人民法院《转发〈最高人民法院关于同意重庆市第五中级人民法院内设专门审判机构并集中管辖部分破产案件的批复〉的通知》的规定, 重庆破产法庭自2019年12月31日起对重庆市以下案件实施集中管辖:

(1) 全市区、县级以上(含本级)市场监督管理部门核准登记公司(企业)的强制清算和破产案件;

(2) 上述强制清算和破产案件的衍生诉讼案件;

(3) 跨境破产案件;

(4) 其他依法应由其审理的案件。

重庆破产法庭于2019年12月31日正式挂牌成立, 因此申请重整及预重整应当前往重庆破产法庭提交相关文件, 而其作为重庆五中院的内设专门审判机构, 申请文件中载明的抬头应当是“重庆市第五中级人民法院”。需要注意的是, 重庆五中院和重庆破产法庭并不在同一办公地点, 重庆五中院位于重庆市渝中区人民路13号, 而重庆破产法庭位于重庆市九龙坡区杨家坪街道花半里路3号。

6. 法院审查程序

法院收到申请后经审查符合预重整条件的, 进行备案登记, 出具预重整备案通知书。对于重大、复杂案件, 法院一般会采取听证方式进行审查, 通常参加主体包括债务人、主要债权人、职工代表、当地政府机构、

(如有)投资人等相关主体。

(二) 预重整期间债务人的权利和义务

依据《指引》规定, 预重整期间债务人享有相关权利、履行法定义务, 依法开展下列工作:

1. 与债权人、出资人、投资人等利害关系人进行协商, 制作重组协议;

2. 依法组织债权人、出资人、职工等对重组协议进行表决;

3. 清理债务人财产, 制作财产状况报告;

4. 向利害关系人进行信息披露并配合查阅披露内容;

5. 充分清查债权, 通知债权人申报债权, 进行债权核对;

6. 根据需要进行审计、评估;

7. 妥善保管其占有和管理的财产、印章、账簿、文书等资料;

8. 勤勉经营管理, 妥善维护资产价值;

9. 接受预重整辅助机构的监督, 及时向辅助机构报告对财产有重大影响的行为和事项;

10. 完成预重整相关的其他工作。

(三) 关于预重整辅助机构的聘任、职责和报酬

1. 预重整辅助机构的聘任

债务人申请重整的同时向法院申请预重整的, 应当聘任辅助机构。依据《指引》第二十条规定, 债务人应与主要债权人协商, 一般应从本市管

理人名册中聘任预重整辅助机构协助债务人准备重组协议；债务人与主要债权人协商不成的，可以请求人民法院在本市管理人名册中随机选任预重整辅助机构。债务人应当将聘任的预重整辅助机构报人民法院备案。至于主要债权人的认定标准，《指引》未予以明确规定，在成都中院预重整指引中将之界定为“初步审查享有普通债权总额1/2以上的债权人”，可以作为参考。

2. 预重整辅助机构的职责

预重整辅助机构应当指导、协助债务人按照《企业破产法》及《指引》的规定开展预重整工作，但自身又具有相对的独立性。

(1) 辅助机构协助、指导债务人进行预重整工作，包括但不限于以下方面：

① 协助债务人与债权人、出资人、投资人等利害关系人进行协商，制作重组协议；

② 协助债务人清理财产，制作财产状况报告；

③ 协助债务人依法进行信息披露；

④ 协助债务人清查债权，包括通知申报债权、债权核对等；

⑤ 协助债务人根据需要进行审计、评估；

⑥ 协助债务人引入投资人。

(2) 辅助机构不同于债务人聘请的纯粹法律服务机构，其职责具有

相对的独立性，主要包括以下方面：

① 调查债务人的基本情况；

② 监督债务人自行管理财产和营业事务；

③ 定期向人民法院报告预重整工作进展；

④ 向人民法院提交预重整终结工作报告；

⑤ 监督债务人依法组织对重组协议进行表决；

⑥ 人民法院认为预重整辅助机构应当履行的其他职责。

3. 预重整辅助机构的报酬

关于预重整辅助机构的报酬，法院裁定受理重整申请时直接指定预重整辅助机构为管理人的，预重整期间预重整辅助机构履职表现可以作为确定或者调整管理人报酬的考虑因素，管理人不另行收取预重整报酬。

法院裁定受理重整申请后，重新指定其他社会中介机构担任管理人的，法院根据预重整期间预重整辅助机构的履职表现，参照《企业破产法》关于管理人报酬的规定适当确定预重整辅助机构的报酬，该报酬以债务人财产支付。预重整辅助机构的报酬与管理人的报酬总额不得超过《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》确定的管理人报酬标准。

若债务人最终未申请重整或者法院未受理重整申请的，预重整辅助机构的报酬则应当由双方协商确定。

4. 预重整终结工作报告的提交

预重整辅助机构应当在重组协议表决后7日内向人民法院提交预重整终结工作报告。预重整终结工作报告应当载明预重整期间预重整辅助机构及债务人履行职责和开展工作情况，包括以下内容：

(1) 债务人的基本情况、资产及负债情况；

(2) 债务人出现经营或者财务困境的原因；

(3) 债务人的自行经营状况；

(4) 债务人是否具有重整价值及重组协议可行性的分析意见；

(5) 重组协议提交表决的过程及结果；

(6) 其他开展预重整的相关情况。

债务人不能制作重组协议的，预重整辅助机构应当及时向人民法院提交预重整终结工作报告。

(四) 关于债权申报与审查

《指引》对预重整期间的债权申报与审查无详尽规定，可参考《企业破产法》的相关规定进行。

1. 通知债权申报

债务人对账面已知的全部债权人发出通知，告知预重整程序的启动以及债权申报等相关事项。根据具体情况，还可以在网络、报纸上进行公告。

2. 债权申报期限

《企业破产法》规定的债权申报期限不应少于30日，最长不超过3个月，预重整程序的债权申报期限可参考执行。

3. 债权审查工作

债权人进行申报登记后，辅助机构指导、协助债务人进行债权核对、审查，并形成债权表。对债权金额存在争议的，应告知债权人及时提起诉讼。

不同于重整程序，预重整程序的备案登记并不产生停止计息的法律效果。因此，在预重整程序中，可以选定法院出具预重整备案通知书之日或者其他日期作为计算债权的基准日，但对债权的认定应作出一定保留，最终以正式重整程序中法院裁定确定的债权金额为准。

4. 债权申报效力的延伸

在预重整期间已经申报的债权人，除另有修改或者补充等外，在债务人进入重整程序后可免于申报，由管理人对附利息的债权依法进行调整后编入债权表。

（五）关于重组协议的内容、协商和表决

1. 重组协议的内容

重组协议是预重整程序的关键所在，债务人进入重整程序后，根据重组协议制作重整计划草案。因此，重组协议应当具有重整计划草案的主要内容，依据《企业破产法》第八十一条规定，重整计划草案包括下列内容：

- （1）债务人的经营方案；
- （2）债权分类；
- （3）债权调整方案；
- （4）债权受偿方案；
- （5）重整计划的执行期限；
- （6）重整计划执行的监督期

限；
（7）有利于债务人重整的其他方案。

2. 重组协议的表决

预重整期间进行表决，应当按照《企业破产法》的规定进行分组，采用合理灵活的方式，给予参与表决的债权人、出资人充分的表决期限。依据《企业破产法》规定，对债权通常分为有财产担保债权组、职工债权组、税款债权组和普通债权组。对于表决期限的设置，应当充分征求债权人的意见，部分国企、金融机构内部审批的程序较为复杂、程序较长。

关于表决的次数，《指引》未予以明确规定，但参考《企业破产法》的规定，重组协议第一次表决未通过的，只要未超过预重整期限，可以允许协商或者修改后再次提交债权人进行表决。



3. 重组协议表决的效力

人民法院受理重整申请前，债权人、出资人等利害关系人对重组协议的同意视为对重整申请受理后的重整计划草案表决的同意。

人民法院受理重整申请前，债务人和部分债权人已经达成的有关协议与重整程序中制作的重整计划草案内容一致的，有关债权人对该协议的同意视为对该重整计划草案表决的同意。

当然，进入重整程序后制作的重整计划草案并不是必然不能对重组协议进行修改，只需权益受到调整或者影响的债权人，重新对重整计划草案进行表决即可。预重整程序中已经表决反对重组协议的债权人，在债务人进入重整程序后，也可以重新对重整计划草案进行表决。

（六）关于预重整期间的信息披露

根据《指引》规定，债务人在预重整期间应当履行信息披露义务，应当向债权人、出资人、投资人等利害关系人披露对公司预重整可能产生影响的信息。披露内容包括债务人经营状况、相关财务状况、履约能力、可分配财产状况、负债明细、未决诉讼及仲裁事项、模拟破产清算状态下的清偿能力、重组协议与重整计划草案的关系、预重整的潜在风险及相关建议等。

债务人应当按照下列要求进行

信息披露：

1. 及时披露。债务人应当及时披露对公司预重整可能产生影响的信息。

2. 全面披露。债务人应当披露可能对债权人表决产生影响的全部信息。

3. 准确披露。信息披露应当措辞明确，不得避重就轻或者故意诱导作出同意的意思表示。

4. 合法披露。披露程序应当符合企业破产法、公司法、证券法等法律法规及相关规定要求。

至于信息披露的方式，可以采取公开或者非公开方式。公开方式披露的途径包括网络、报纸、公众号等；非公开方式可以采取邮寄或者电子邮箱等方式。另外，最高人民法院设立的全国企业破产重整案件信息网预留了“预重整公告”，为预重整期间的信息披露提供了平台。

债权人、债务人、出资人、投资人等利害关系人在预重整期间知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，不得泄露或者不正当使用。泄露、不正当使用该商业秘密或者其他应当保密的信息，造成他人损失的，应当依法承担赔偿责任。

（七）关于预重整的结果

预重整作为当事人自愿进行的庭外重组，无论是因成功还是失败终止，并不必然导致债务人进入破产重整或者清算程序。破产重整前的预重

整，重组协议已经表决通过的，需要由当事人向法院提出重整申请才能进入正式进入破产重整程序。破产申请审查阶段的预重整，重组协议即使未表决通过，法院也有可能受理重整申请，并在重整程序中表决通过或者裁定批准重整计划草案；在法院受理重整申请之前，申请人也可以撤回重整申请。

与其他地区预重整制度的比较

相比温州、深圳、北京、苏州、成都、厦门等地的预重整制度，重庆五中院的《指引》既存在部分吸收和借鉴，更有相当的创新和改变。这主要体现在以下方面：

（一）新增破产申请前的预重整模式

之前各地法院出台的预重整制度，只规定了破产申请审查阶段的预重整，而《指引》增加规定了破产申请前的预重整模式，丰富了制度供给。破产申请前的预重整，指债务人申请重整前进行资产负债清理、制作重组协议以及协商表决等工作，待重组协议表决通过后，请求法院在受理重整申请后批准其根据重组协议制作的重整计划草案。

（二）显著弱化预重整程序中法院的介入程度

破产重整前的预重整虽然法院不介入，由当事人自主进行；破产申

请审查阶段的预重整，虽然是在“破产”案件立案后进行，但是法院只是适度介入，并不主动干预，法院对于预重整不出具裁定书、决定书，只出具备案通知书。法院不介入或者弱介入预重整，不意味着不对预重整进行指导和监督，法院通过规定受理重整申请后的重整计划草案批准条件来指导和规范预重整程序，通过审查预重整终结工作报告及其他文件进行监督。

（三）预重整辅助机构的选任更加尊重当事人的意愿

《指引》未采用“临时管理人”或者“预重整管理人”的称谓，而称“预重整辅助机构”；未采用“指定”的方式，而仅进行“备案”。

在选任方式上，《指引》仅规定了协商和随机两种方式，未规定竞争选任方式。预重整辅助机构优先由债务人与主要债权人自行协商确定；协商不成的情况下，法院根据债务人或者主要债权人的请求在本市管理人名册中随机选任。

（四）不中止或者解除对债务人的相关执行、保全措施

《指引》重申了预重整庭外重组的本质属性，因此并不产生破产保护的效果，预重整期间不中止执行、保全措施不解除、不停止担保物权行使，债务人应当与债权人积极协商，争取债权人在预重整期间暂缓对债务人财产的执行。与之不同的是，《成

都市中级人民法院破产案件预重整操作指引（试行）》（以下简称《成都中院预重整指引》）规定：“辖区内法院应中止对债务人为被执行人的相关执行、保全措施。”

（五）明确了法院直接批准重整计划草案的具体条件

债务人根据已表决通过的重组协议制作重整计划草案并申请法院直接予以批准的，《指引》明确了法院具体的审查标准，增加了适用性和指导性：

1.重整计划草案的内容符合《企业破产法》第八十一条、第八十三条的规定；

2.重整计划草案制作过程中，信息披露符合本指引第五条的规定；

3.预先进行的表决分组符合《企业破产法》规定，参与表决的债权人、出资人表决期限充分、表决方式合理；

4.表决结果符合《企业破产法》第八十四条第二款、第八十六条或者第八十七条第二款的规定；

5.权益未受重整计划草案调整或者影响的债权人获得正常条件下的清偿。

而其他地区预重整制度对此通常只做了比较原则性的规定。

关于预重整的重点问题

（一）预重整期间企业运营和财产管理问题

预重整的本质属性是庭外重组，不存在管理人接管的过程，因此预重整期间应当由债务人自行管理财产和营业事务。债务人自行管理能最大程度确保企业运营的连续性，尽可能降低预重整程序启动对企业的消极影响，提高重整效率及成功率。但与此同时，为防止程序的滥用，有效的监督也是必不可少的。这就要求预重整辅助机构要对自身法律地位和职责有着充分的认知，在协助债务人开展预重整工作外，也要保持自身的独立性，加强对债务人企业运营与财产管理行为的监督、据实报告债务人的自营状况、独立发表对债务人重整价值及重组协议可行性的分析意见等。

预重整程序并不产生破产保护的效果，预重整期间不中止执行、保全措施不解除、不停止担保物权行使，债务人应当与债权人积极协商，争取债权人在预重整期间暂缓对债务人财产的执行。但是，一旦个别债权人对债务人重要资产采取执行措施将对整个重整产生重大负面影响，债务人宜尽快采取终止预重整程序，向法院申请破产重整保护。

预重整期间，债务人可以为继续营业而借款，除以特定财产担保外，该借款在法院受理破产申请后，是否可以作为共益债务或者参照《破产法司法解释(三)》优先于普通债权清偿，《指引》未予以明确规定。但为满足融资的需要，债务人可将对外借款事宜提交债权人表决，从而赋予其



在清偿上一定的优先性。

《指引》未禁止预重整期间的个别清偿和对外提供担保，但债务人的行为应当围绕企业拯救为目标，不得滥用预重整程序。在债务人进行债务清偿和提供对外担保时，需要考虑该行为在进入破产程序后是否有依据《企业破产法》第三十一条、第三十二条被撤销之虞。

（二）从辅助机构到管理人的过渡问题

依据《指引》第二十五条规定，法院裁定受理重整申请的，可以指定预重整辅助机构为管理人。辅助机构对案件情况熟悉，在法院受理重整申请后担任管理人有利于转化预重整成果，从而降低成本、提高效率、推动案件办理。辅助机构并不能当然能实现从辅助机构到管理人身份的转化，要在法院受理重整申请后担任管理人，应当符合以下条件：

1. 具备相应的管理人资质。依据《企业破产法》规定及相关司法解释，管理人由具备管理人资质的律师事务所、会计师事务所、清算服务公司或者资产管理公司等社会中介机构担任。因此，辅助机构要在法院受理重整申请后继续担任管理人，首先要具备相应的管理人资质。现重庆市对企业破产案件管理人机构实行分级管理，其中具有一级管理人资质的机构8家，二级管理人资质的机构86家。

2. 与重整案件不具有利害关系。

依据《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第二十三条规定，社会中介机构、清算组成员有下列情形之一的，可能影响其忠实履行管理人职责的，法院可以认定为具备利害关系，不得担任管理人：

（1）与债务人、债权人有了未了的债权债务关系；

（2）在人民法院受理破产申请前三年内，曾为债务人提供相对固定的中介服务；

（3）现在是或者在人民法院受理破产申请前三年内曾经是债务人、债权人的控股股东或者实际控制人；

（4）现在担任或者在人民法院受理破产申请前三年内曾经担任债务人、债权人的财务顾问、法律顾问；

（5）人民法院认为可能影响其忠实履行管理人职责的其他情形。

预重整期间债务人聘请的预重整辅助机构不视为具有利害关系。

3. 履职表现获得法院认可。企业破产管理人的指定，由法院决定，法院对于预重整辅助机构是否能够担任管理人具有相当裁量权。有证据证明预重整辅助机构不能依法、公正执行职务，履职表现不佳或者有其他不能胜任职务情形的，法院可以决定重新指定管理人。因此，辅助机构欲在法院受理重整申请后担任管理人的，应当依法勤勉、忠实、公正执行职务，获得法院认可以及债务人、债权人的

信赖。

（三）预重整表决效力的延伸问题

法院受理重整申请前，债权人、出资人等利害关系人对重组协议的同意视为对重整申请受理后的重整计划草案表决的同意，预重整表决的效力能够延续到正式重整程序中。但是这种效力的延伸是基于三个前提条件：

1. 内容合法。表决的内容应当符合《企业破产法》及其他相关法律规定，包括：根据重组协议制作的重整计划草案应当具有《企业破产法》第八十一条规定的内容、不得规定减免债务人欠缴的《企业破产法》第八十二条第1款第2项规定以外的社会保险费用、不得区别对待同一表决组的成员、规定的债权清偿顺序不得违反《企业破产法》的规定等。

2. 程序正当。一是及时、全面、准确、合法的信息披露，这是保障债权人、出资人等主体在进行决策时充分的知情权，确保该表决是在充分知情情况下的真实意思表示；二是预先进行的表决分组符合《企业破产法》规定，参与表决的债权人、出资人表决期限充分、表决方式合理。

3. 前后一致。首先，预重整表决的效力要求重整计划草案的内容相对于预重整程序中表决的重组协议不得发生实质改变；若发生实质改变，预重整期间的表决意见自然失去效力。这和民法领域中契约的订立规则是一

致的。其次，除内容方面无修改外，前后一致原则还应当包括重整计划草案相较于重组协议，对债权人、出资人等权益的影响未产生重大变化。

具体操作上，可由债权人在表决文件中承诺：在重整计划草案不作出实质修改的情况下，对重组协议的表决视为对重整程序中重整计划草案的表决，表决的份额以重整程序中法院裁定确认的债权金额为准。

重整两种制度进行先后有机衔接、补强组合的企业挽救再生机制，能够充分发挥各自优势，规避劣势，市场化、法治化地解决企业债务危机与经营困境。预重整为企业走出困局提供了一条有效的路径，又保留了余地和退路，适用灵活，可进可退。但是，预重整不是“瞎整”，应按照严格的规则进行，按照预重整规则制订的重整计划草案，才能在重整程序启动后获得法院的审查和批准。

中豪是国内最早涉足公司破产重整法律服务的律师事务所之一，上世纪九十年代后期开始涉足国内破产业务，2007年入选重庆市高级人民法院

企业管理人名册，随后入选四川、贵州等多地管理人名册，并被重庆市高级人民法院评为一级管理人。我们熟谙破产相关制度及其背后的立法意旨，拥有丰富的破产案件办理经验，能够准确把握困境企业的关键症结点，更能深入地理解并满足客户的多维度要求，并通过与中豪金融团队、公司及资本市场团队的密切合作，全方位、多元化为客户提供债务化解、困境救助与风险应对的专业法律服务。

结语

预重整是通过庭外重组和破产重



以房抵债，是房地产开发企业经营中经常面临的问题。债权人/第三人与房地产开发企业签订《商品房买卖合同》的目的，并不是为了建立商品房买卖合同关系，而是为了了结之前形成的债权债务，即通过以房抵债方式清偿之前债务。该债务对应的基础法律关系多为民间借贷，也有部分为工程施工及货物买卖等。在房地产开发企业无力清偿债务时，债权人同意接受/提出以房抵债主张，往往也是迫不得已的选择。此时，债权人大多采用/选择全额抵款方式（即全部购房款均用之前债权冲抵），也有少数采用/选择部分抵款方式（即购房首付款用之前债权冲抵，余款通过按揭贷款补足）。目前，实务中对以房抵债合同处理存在很大争议。尤其是房地产开发企业进入破产程序后，以房抵债合同有效还是无效？其应当解除还是应当继续履行？由于法律及司法解释对此规定不明确，导致破产企业管理人对这一问题认识和处理也不尽相同。因此，厘清以房抵债合同性质、效力及处理思路，便于管理人统一对该问题的处理标准，并有利于提高房地产开发企业破产工作效率。

论管理人对破产程序中 以房抵债合同的处理

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



以房抵债合同是诺成合同还是实践性合同？对此，司法实践中存在很大争议

（一）认定以物抵债协议为诺成性合同的案例

1. 最高人民法院（2007）民二终字第148号民事判决（即甘肃省石油供销总公司与兰州市红古区人民政府、兰州市红古区红古乡人民政府以资抵债协议纠纷上诉案民事判决）中认定，本案的纠纷是因履行《产权整体移交协议书》及《补充协议》而发生的。供销公司与红古乡政府之间签订的《产权整体移交协议书》及《补充协议》，具有以资抵债的性质，双方意思表示真实，协议内容不违反国家法律的强制性规定，应为有效合同。供销公司认为该协议是无效协议的上诉主张没有法律依据，本院不予支持。双方签订上述合同后，红古乡政府便将焊材厂及其技术交付给供销公司，供销公司已实际接管、经营焊材厂。供销公司以协议没有公证、企业工商登记手续没有变更为由否认合同的效力，本院亦不予支持。

2. （2016）最高法民申3384号民事裁定（即深圳市湘钢实业有限公司与深圳市科盛达实业有限公司普通破产债权确认纠纷一案再审民事裁定）认定，据原判决查明的事实，科盛达公司与湘钢公司于2007年7月3日签订案涉合同约定：对于科盛达公司在深圳市蛇口渔业二村A2地块宗地号K704-17地段土地上兴建的楼宇，湘钢公司自愿购买其第五层，建筑面积为1023.16平方米，第六层至第十层建筑面积为4538.7平方米，合计5561.86平方米；双方同意上述楼宇单价为4000元/平方米，合计13672000元整；科盛达公司以该面积楼房抵付湘钢公司的所欠钢

材款13672000元，如科盛达公司在土地证下发后十日内将欠款及原钢材购销合同的违约金付清，湘钢公司同意科盛达公司将楼收回；科盛达公司无权单方终止合同，将楼宇出售他人，出售之款不足以还清湘钢公司之款时，湘钢公司可向科盛达公司追索。上述合同系当事人双方真实意思表示，且未违反法律和行政法规的强制性规定，原判决认定合同有效并无不当。

3. （2016）最高法民终484号民事判决（即通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决）认定，以物抵债，系债务清偿的方式之一，是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排，故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定，应以尊重当事人的意思自治为基本原则。一般而言，除当事人明确约定外，当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议，并不以债权人现实地受领抵债物，或取得抵债物所有权、使用权等财产权利，为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实，合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同即为有效。本案中，兴华公司与通州建总呼和浩特分公司第二工程处2012年1月13日签订的《房屋抵顶工程款协议书》，是双方当事人的真实意思表示，不存在违反法律、行政法规规定的情形，故该协议书有效。

（二）认定以物抵债协议为实践性合同的案例

1. 最高人民法院（2011）民提字第210号民事判决（即成都市国土资源局武侯分局与招商（蛇口）成都房地产开发有限责任公司、成都港招实业开发有限责任公司、海南



宋涛 | 律师

专业领域：房地产、公司、劳动争议
手机：+86 139 8383 1899
邮箱：jerold@zhhlaw.com

民丰科技实业开发总公司债权人代位权纠纷案民事判决)认定,成都港招公司与招商局公司双方协议以土地作价清偿的约定构成了代物清偿法律关系。依据民法基本原理,代物清偿作为清偿债务的方法之一,是以他种给付代替原定给付的清偿,以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件,在新债务未履行前,原债务并不消灭,当新债务履行后,原债务同时消灭。本案中,成都港招公司与招商局公司虽然签订了《债权债务清算协议书》并约定“以地抵债”的代物清偿方式了结双方债务,但由于该代物清偿协议并未实际履行,因此双方原来的3481.55万元的金钱债务并未消灭,招商局公司仍对成都港招公司负有3481.55万元的金钱债务。

2. (2016)苏民申6514号民事裁定(即丁正祥与无锡市恒生富通置业有限公司破产债权确认纠纷申诉申请民事裁定书)认定,案涉借款到期后,丁正祥与恒生富通公司又签订2013年10月30日协议,约定在恒生富通公司未还款的情况下,将借款本金转为购房款,用于网签备案涉案商品房。该约定实际表明案涉借款到期后,双方达成了以物抵债协议。债务清偿期届满后达成的以物抵债协议系实践性合同,在未实际履行、物权未转移的情况下,以物抵债的行为尚未完成,协议处于成立未生效的状态,

当事人可以选择不履行,双方仍应按原有法律关系确定权利义务。

(三) 最高人民法院第72号指导案例认定以房抵债合同为诺成性合同

该案例判决(即汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案二审判决,最高人民法院审判委员会讨论通过2016年12月28日发布)裁判要点:借款合同双方当事人经协商一致,终止借款合同关系,建立商品房买卖合同关系,将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的,不属于《中华人民共和国物权法》第一百八十六条规定禁止的情形^①,该商品房买卖合同的订立目的,亦不属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条^②规定情形的情况下,该商品房买卖合同具有法律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额,人民法院应当结合借款合同等证据予以审查,以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。

以房抵债是房地产开发企业清偿债务的常用手段

(一) 负债率高是房地产开发企业普遍存在的问题

上市公司半年报披露后,房地产行业财务杠杆情况也浮出水面。据Wind数据显示,截至2018年6月30日,房地产行业资产负债率为79.46%,相比一季度环比上涨0.6个百分点,较去年同期上涨1.44个百分点,达到有据可查的2005年以来新高。

华商报记者通过Wind数据查询发现,按照Wind一级行业分类,共有148家上市房企进入统计。与房地产行业79.46%的平均负债率水平相比,有39家公司超过行业均值。其中,资产负债率最高的鲁商置业达94.35%;除了鲁商置业,中南建设、云南城投、中交地产、新城控股等15家上市房企负债率超过85%;荣盛发展、金科股份、华发股份等19家公司负债率在80%-85%之间。^③

(二) 民间借贷是中、小房地产开发企业融资的重要渠道,也是导致上述企业倒闭的重要推手

中、小房企抗风险能力较差,也更容易发生资金链问题。由于企业实力和资质等原因,中、小房企较难从银行等渠道获得贷款,相当一部分贷款来自于民间借贷融资,后者的特点是偿债时间较短、借贷成本较高。在调控时期,销售回款放缓可能导致

^① 原《物权法》第一百八十六条,现《民法典》已删除。

^② 原《合同法》第五十二条关于合同无效的情形,现已修改并规定在《民法典》第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条中。

^③ 李程:《房地产行业资产负债率升至十三年新高》,载《中国财经网》(2018年9月7日),网址:<http://finance.china.com.cn/industry/20180907/4754505.shtml>,2019年3月22日最后访问。



资金链条断裂。

近些年，由于资金链断裂而导致的房企跑路事件屡有发生。民间借贷往往伴随“联保互保”等现象，一旦问题产生，容易引发连锁反应，致使多个公司或者个人出现资金危机，导致局部金融风险，甚至可能出现“群体讨债”事件。房企资金链断裂而导致的烂尾现象也会引发业主的群体维权事件，影响社会稳定。^④

（三）以房抵债是房地产开发企业清偿债务的常用手段

债权人同意房地产开发企业以房抵债的原因多种多样，如为了赢得工程施工的机会，施工单位被迫同意房地产开发企业以其开发的房产支付一定比例工程款。在房地产开发企业运转正常时，债权人通常不愿意接受以房抵债。但在房地产开发企业运转困难、明显缺乏现金流的情况下，所开发房产是该企业名下较为优质的偿债资产。此时，多数理性的债权人（尤其是民间借贷的债权人）往往会降低诉求，愿意主动选择或被动接受以房抵债方式清偿之前债务，而房地产开发企业为了降低财务成本，通常也会

选择/同意以房抵债。

以房抵债合同的审查与处理，既与债权人权利保护息息相关，也与破产案顺利推进环环相扣，还涉及到管理人的执业风险。试以重庆雅塑置业有限公司（以下简称雅塑置业公司）破产清算案中商品房买卖合同审查分析之

^④ 盛松成、宋红卫：《央行盛松成：当前房地产调控需谨防房企资金链风险》，载“中国房地产报（北京）”2017年10月27日，网址：http://finance.ifeng.com/a/20171027/15750521_0.shtml。

（一）通知“购房人”解除《商品房买卖合同》（管理人认为其实质为以房抵债合同）

雅塑置业公司进入破产清算程序后，管理人发现有超过50份《商品房买卖合同》中载明系一次性支付购房款，但除了合同约定及购房收据之外，“购房人”未/不能提交其他付款凭证。在管理人书面通知其补充提交证据后，上述“购房人”仍然未/不能提交其实际支付购房款的证据佐证。为此，管理人认为上述《商品房买卖合同》实质为以房抵债合同，并以“购房人”未按约支付购房款/可能构成个别清偿为由，书面通知上述“购房人”解除《商品房买卖合同》。

（二）在诉讼中，“购房人”主张继续履行讼争《商品房买卖合同》的理由与依据

之后，有29户“购房人”向法院提起诉讼，要求法院判令债务人继续履行讼争《商品房买卖合同》。其理由与依据是：第一，以房抵债合同为诺成性合同，应当尊重当事人的意思自治；第二，以房抵债合同中的债权人已履行完合同约定的付款义务，该合同没有违反《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第十六条、第十八条之规定；第三，以最高人民法院指导案例72号（即汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案）作为继续履行以房抵债合同主张的裁判依据。在诉讼中，上述“购房人”承认

因雅塑置业公司无力偿还之前所欠借款，经双方协商将借款本金转为购房款并签订讼争《商品房买卖合同》。为此，有些“购房人”还提交了以房抵债协议。

（三）在诉讼中，雅塑置业公司主张解除讼争《商品房买卖合同》的理由与依据

1. 房地产开发企业进入破产程序后，《企业破产法》及其相关规定应当优先适用，当事人的意思自治不能违反法律及行政法规的相关规定。

《中华人民共和国民法典》第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗；《中华人民共和国公司法》第一百九十条规定，公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。此外，房地产开发企业进入破产程序以后，以房抵债合同往往尚未履行完毕，合同所涉房屋物权也尚未发生转移，其应属于破产企业的财产，其处分更应当符合《企业破产法》的相关规定。

2. 讼争《商品房买卖合同》实质上为以房抵债合同，如果该合同继续履行将会违反《企业破产法》第十六条（禁止个别清偿）、第一百一十三条（债务按顺序清偿）之规定。

（1）公平清理债权债务，是企业破产清算的基本要求。对此，《企业破产法》第一条有明确规定。依据

该规定，在企业进入破产程序后处理其财产时，要公平对待破产企业的所有债权人，而不仅仅是部分债权人。按照破产法立法宗旨，相同债权应当同等对待，不同债权应当不同对待。在房地产开发企业破产清算时，其债务清偿顺序必须符合《企业破产法》第一百一十三条（债务按顺序清偿）之规定，即破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照职工债权、社保债权和税款债权、普通破产债权顺序清偿。

（2）基于民间借贷关系享有债权的以房抵债之债权人，其债权应属普通债权。在房地产开发企业进入破产程序后，管理人通知此类债权人解除讼争《商品房买卖合同》，按照《企业破产法》第五十三条之规定，债权人可以申报债权并经依法审核确认后与其他普通债权相同顺序清偿。相反，如果讼争《商品房买卖合同》继续履行，则此类债权人的借款债权将获得全额清偿，这明显违反《企业破产法》第十六条（禁止个别清偿）之规定。且该债权属于普通债权却通过以房抵债方式优先获得清偿，这也违反《企业破产法》第一百一十三条之规定，将会损害排序在前的工程款债权人、职工债权人及税务债权人的合法权益。

3. 最高人民法院第72号指导案例不能作为继续履行讼争《商品房买卖合同》的依据。其理由如下：第一，该案例中的债务人并未进入破产程

序，这与破产企业债务清偿的背景和前提截然不同，其并不涉及《企业破产法》的适用；第二，该案例仅有对以房抵债合同性质及效力的司法评价，并没有对以房抵债是否构成破产企业个别清偿的司法评判，其对破产程序中以房抵债合同的处理没有参考价值。

（四）重视管理人执业风险

1.虽然讼争《商品房买卖合同》在房地产开发企业进入破产程序之前签订，但该合同项下的房屋产权并没有转移，其仍然属于房地产开发企业的财产。管理人选择解除/继续履行合同时，应当充分考虑是否会损害第三人合法权益，且一旦第三人对此提出异议或索赔，管理人如何证明已尽职履职，以及因此是否会面临执业风险等问题。

2.如果管理人选择解除合同，则合同项下的房屋应作为破产企业财产并按破产法规定统一清偿破产企业债务。债权人可以依据该合同对应的基础法律关系申报债权，这并没有损害其原有的权利和权益。如果管理人选择继续履行合同，则合同项下的房屋不能作为破产企业财产且不能按破产法规定统一清偿破产企业债务。而按照《中华人民共和国民法典》第八百零七条之规定，施工单位往往对该合同项下的房屋享有法定优先权。此

时，管理人如何解释和处理上述冲突？对此，管理人应充分予以重视。

房地产开发企业进入破产程序后，管理人解除以房抵债合同的依据

（一）最高人民法院的规范性文件

《第八次全国民事商事审判工作会议（民事部分）纪要（2016年11月30日）》（以下简称《八民会纪要（民事部分）》）第十六条规定，当事人达成以房抵债协议，并要求制作调解书的，人民法院应当严格审查协议是否在平等自愿基础上达成；对存在重大误解或显失公平的，应当予以释明；对利用协议损害其他债权人利益或者规避公共管理政策的，不能制作调解书；对当事人行为构成虚假诉讼的，严格按照《民事诉讼法》第一百一十二条和《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》第一百九十条、第一百九十一条的规定处理；涉嫌犯罪的，移送刑事侦查机关处理。

《八民会纪要（民事部分）》第十七条规定，当事人在债务清偿期届满后达成以房抵债协议并已经办理了产权转移手续，一方要求确认以房抵债协议无效或者变更、撤销，经审查不属于合同法第五十二条、第五十四

条规定情形的^⑤，对其主张不予支持。

（二）最高人民法院民一庭及研究室的意见

1.债务清偿期届满后，当事人间达成以物抵债协议但未履行物权转移手续，该协议效力如何确定？最高人民法院民一庭意见：债务清偿期届满后，当事人达成以物抵债协议，在尚未办理物权转移手续前，债务人反悔不履行抵债协议，债权人要求继续履行抵债协议或要求确认所抵之物的所有权归自己的，人民法院应驳回其诉讼请求。但经释明，当事人要求继续履行原债权债务合同的，人民法院应当继续审理。【见《民事审判指导与参考》总第58辑（2014.2）121-124页刊登的指导性案例】

2.《最高人民法院研究室关于以物抵债调解书是否具有发生物权变动效力的研究意见》：“有关部门就以物抵债调解书是否具有发生物权变动效力的问题征求最高人民法院研究室意见。我室经研究认为：物权法第二十八条规定的‘人民法院的法律文书’^⑥应当包括判决书、裁定书和调解书。但以物抵债调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认，其实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务，并非对物权权属的变动。因此，不宜认定以物抵债调解书能够

^⑤ 原《合同法》第五十二条变动详见注②，第五十四条现已修改并规定在《民法典》第一百四十七条、第一百五十一条。

^⑥ 原《物权法》第二十八条现已修改为《民法典》第二百二十九条。

直接引起物权变动。”【见张军主编、最高人民法院研究室编：《司法研究与指导》2012年第2辑，总第2辑，人民法院出版社2012年版，第138-142页。】

（三）最高人民法院有关裁判文书

关于深圳市湘钢实业有限公司与深圳市科盛达实业有限公司普通破产债权确认纠纷再审查^⑦，最高人民法院认为：在合同尚未履行完毕的情况下，合同一方当事人进入破产程序的，除非根据破产法第十八条的规定管理人选择继续履行的合同可以继续履行外，其他合同均应解除。

（四）《民事审判指导与参考》刊登的最高法院民一庭法官草拟的理论文章

最高人民法院民一庭法官谢爱梅在《以物抵债协议与〈执行异议和复议规定〉第二十八条之适用》^⑧一文中提到：以物抵债协议当事人的意思表示是用物抵偿债务，而不是债权人购买抵债之物。通常来说，以物抵债协议是作为债务人无法偿还金钱债务的替代手段出现，双方当事人并非就抵债之物达成买卖合同。债权人并非想要购买抵债之物，而仅能以债务人现有的房屋或其他财产来抵债，债权人对此没有选择余地，在无法偿还债务和能获得替代之物之间，只能选择后者。以物抵债协议履行债务的意思

远远大于买卖的意思。在以物抵债协议形成过程中，当事人购买抵债之物的自由意志无法体现，故无法认定当事人有买卖的意思表示。……

以物抵债协议与买卖合同存在区别，其系金钱债务的替代履行，不宜认定抵债受让人对抵债不动产生物权期待权。如果赋予抵债受让人排除执行权利，将损害其他债权人的利益，损害债权平等原则，亦违背《执行异议和复议规定》第二十八条的条文主旨。

（五）有关法院的规范性文件

1.《江苏省高级人民法院民二庭破产案件审理指南（修订版）》（2011年11月发布，2017年11月修订）第二条第（六）款第2项规定，未履行完毕合同的处理。破产申请受理前债务人订立的合同，应区分情况处理：一是债务人已履行完毕而相对方尚未履行完毕的合同，管理人无权依照企业破产法的规定解除，债务人享有的债权属于债务人财产。二是相对方已履行完毕而债务人尚未履行完毕的合同，因继续履行构成对个别债权人的违法清偿，管理人有权解除合同，但继续履行不构成个别违法清偿的除外。三是债务人和相对方均未履行完毕的合同，管理人有权依据《企业破产法》第十八条第一款的规定选择解除或继续履行。

2.《杭州市余杭区人民法院房地产企业破产审理操作规程（试行）》第三十七条（购房者债权的审查）规定，债权人以购房者名义申报债权，经审核为虚假按揭、以房抵债、设定让与担保等情形的，管理人应按基础法律关系的性质认定债权。

意见和建议

房地产开发企业进入破产程序后，管理人审核后认为以房抵债合同继续履行不损害第三人合法权益，则管理人可以通知合同相对方继续履行合同；管理人审核后认为以房抵债合同继续履行将会损害第三人合法权益，则管理人应当通知合同相对方解除合同并告知其诉权。合同相对方如果对管理人审核意见有异议，其依法可以提起诉讼，并由法院裁决上述纠纷。

^⑦ 详见：（2016）最高法民申3384号民事裁定书。

^⑧ 谢爱梅：《以物抵债协议与〈执行异议和复议规定〉第二十八条之适用》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2018年第3辑（总第75辑），第205页。

合伙人杨青、郑鹏、吕睿鑫拜访英国、意大利、丹麦和瑞士总领馆及欧盟商会等外国商会

2021年3月16日至31日期间，国际业务部杨青带领团队部分成员分别拜访了丹麦、英国、意大利驻重庆总领事馆、瑞士驻成都总领事馆及欧盟商会、德国商会和澳大利亚商会。合伙人杨青、郑鹏、吕睿鑫，律师戴馥鸿、刘敬轲等同丹麦总领事Lars Eskild Jensen、英国总领事Stephen Ellison、意大利总领事 Guido Bilancini、瑞士总领事 Conny Camenzind及欧盟商会西南分会总经理黄欢、德国商会西南地区总监温小飞、澳大利亚商会华西市场及运营经理宋雪等进行了热情友好的交流。此次中豪成渝两地国际业务团队拜访多国驻成渝总领事馆并达成多项合作意向，将进一步联动多国领事馆和外国商会优势资源，为企业在跨国经贸往来中提供便捷且高品质的法律服务，为“成渝经济圈”建设助力。



索通律师事务所陈翔主任一行到访中豪参观交流



为借此契机进一步优化管理机制，更好地推动律所的品牌建设和业务发展，2021年3月5日，索通高级合伙人陈翔、徐海东、胡永龙、刘超、吴天福等一行到访中豪参观交流。合伙人郑毅、肖东、程地昌、曹阳等进行热情接待，双方围绕律所一体化管理和总分所关系进行座谈交流。本次交流活动在愉快的交流氛围中圆满结束。陈翔主任对中豪的一体化管理的先进经验予以了高度认可，并表示希望继续加强双方在律所管理和律师培养方面的交流与学习。中豪也将保持国际化视野和发展理念，深耕专业技术，不断培育优秀律师人才，持续深化公司制律所发展。



ZHH & Robin



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8088 E-mail: cq@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com