

48

Sept / Oct

2019 / 九月 / 十月 / 合刊

总第48期

谦虚

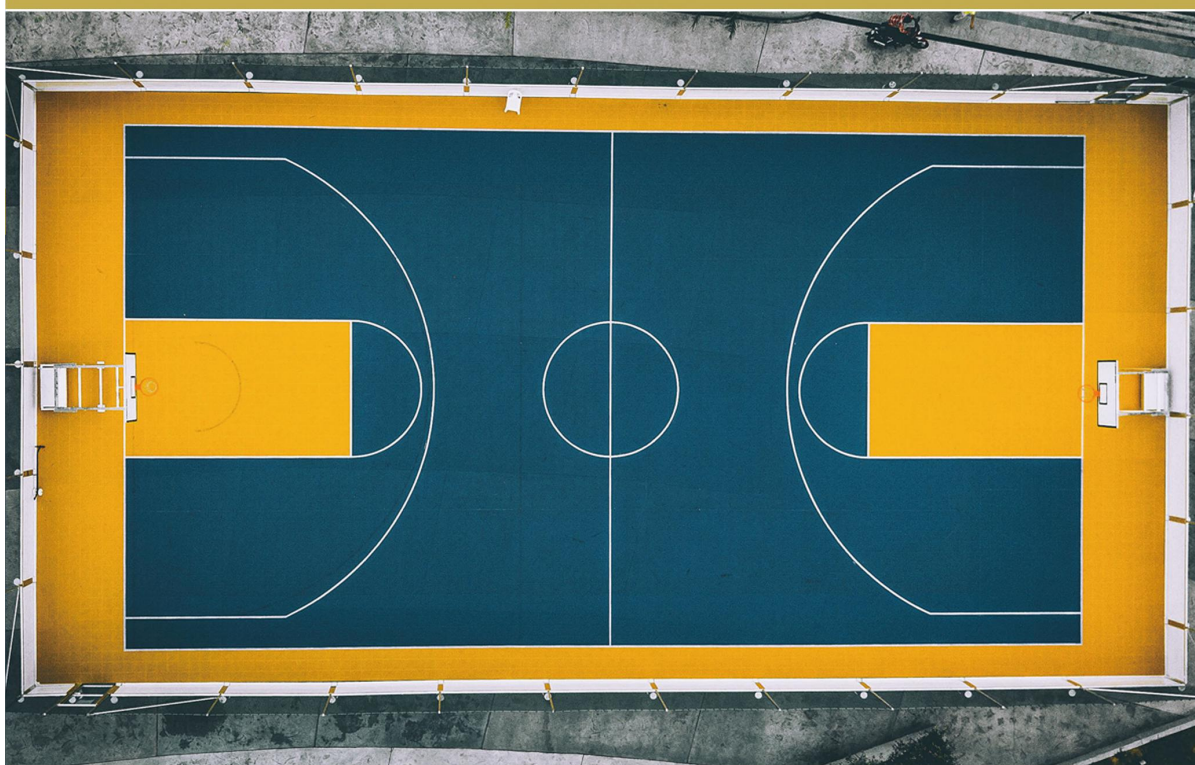
严谨

恪己

仁爱

Hebei Hongce Law Firm

宏策律师



一辈子

一金融

一地产

 河北宏策律师事务所
Hebei Hongce Law Firm

卷首语

携月寄秋思

“月染秋光颜色，今夕宴罢嫦娥，往来杯酒敬客，却道繁华奈何。”

执笔之时，正是中秋月圆时刻，窗外夜色正浓，间有蝉鸣未歇，在这夏末初秋的天气里无端便多了几分凉薄。望月思故乡，故乡思远行。大约秋日的感慨总是这般，无端来去，却道相思难抑。

翻开珍藏许久的书卷，拾得几句陈年旧辞。秋色如波，月色醉人，此夜长好，明年何复？也曾追逐过的繁华，于夏日喧嚣间的共语、遥望，大约也比不过今日，此岸安宁。原来，最美好不过当时、彼时、此时、此刻。

秋声无觅，月影摇曳，游子归人，天涯故梦。也曾于繁华深处驻足，蓦然回首，灯火阑珊处，无所适从，或许追逐从来是为了安然留步，也为繁华，也为沉静。原来，成长也如潜声入夜的清月，微末光华，撒满人间。

秋光更迭，月华也逝，此间笑语，不负如初。也曾于团圆时刻感慨佳节易逝，便如感慨岁月翻覆、年华蒙尘，这一路追逐大抵便在与时光赛跑，每一步寻寻觅觅，深深浅浅，总归有迹可循，无路可退。所以当秋光正冉、月色正明、风景正好，携明月以寄秋思，叹花开时下，慨生命如歌，正当繁华，何惧繁华？

大约也是秋月的赞歌……

目 录

◆ 立法新知

关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见

河北省高级人民法院破产案件审理规程（试行）

冀高法〔2019〕95号

河北省高级人民法院执行案件移送破产审查规程（试行）

冀高法〔2019〕94号

◆ 专业解读

基金直接登记为PPP项目公司股东相关争议问题厘清与建议

进入破产程序后,已付全部购房款但未办理转移登记的房屋归属

施工企业如何应对工期争议问题探究

◆ 实战案例研习

浅析“意向书”的法律性质和效力

有限责任公司股东除名的实务问题

◆ 经典经济读物鉴赏

《经济成长的阶段：非共产党宣言》

—— 经济的发展存在唯一的世界性道路，必须经过确定的、特定的发展阶段。

富国今天所走过的道路，正是穷国明天要走的道路。

名家语录

—— 其实你是活给自己看的，没有多少人能够把你留在心上。

◆ 立法新知

金融形势瞬息万变，地产风云变幻莫测，立法新知将为您传递金融、地产领域最新的法律、法规、政策，为您准确把握政策，

洞悉市场走势提供法律依据。

最高人民法院 最高人民检察院

公安部 司法部印发

《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为依法惩治非法放贷犯罪活动，切实维护国家金融市场秩序与社会和谐稳定，有效防范因非法放贷诱发涉黑涉恶以及其他违法犯罪活动，保护公民、法人和其他组织合法权益，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定了《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

最高人民法院 最高人民检察院

公安部 司法部

2019年7月23日

最高人民法院 最高人民检察院

公安部 司法部

关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见

为依法惩治非法放贷犯罪活动，切实维护国家金融市场秩序与社会和谐稳定，有效防范因非法放贷诱发涉黑涉恶以及其他违法犯罪活动，保护公民、法人和其他组织合法权益，根据刑法、刑事诉讼法及有关司法解释、规范性文件的规定，现对办理非法放贷刑事案件若干问题提出如下意见：

一、违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款，扰乱金融市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

前款规定中的“经常性地向社会不特定对象发放贷款”，是指2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上。

贷款到期后延长还款期限的，发放贷款次数按照1次计算。

二、以超过 36%的实际年利率实施符合本意见第一条规定的非法放贷行为，具有下列情形之一的，属于刑法第二百二十五条规定的“情节严重”，但单次非法放贷行为实际年利率未超过 36%的，定罪量刑时不得计入：

（一）个人非法放贷数额累计在 200 万元以上的，单位非法放贷数额累计在 1000 万元以上的；

（二）个人违法所得数额累计在 80 万元以上的，单位违法所得数额累计在 400 万元以上的；

（三）个人非法放贷对象累计在 50 人以上的，单位非法放贷对象累计在 150 人以上的；

（四）造成借款人或者其近亲属自杀、死亡或者精神失常等严重后果的。

具有下列情形之一的，属于刑法第二百二十五条规定的“情节特别严重”：

（一）个人非法放贷数额累计在 1000 万元以上的，单位非法放贷数额累计在 5000 万元以上的；

（二）个人违法所得数额累计在 400 万元以上的，单位违法所得数额累计在 2000 万元以上的；

（三）个人非法放贷对象累计在 250 人以上的，单位非法放贷对象累计在 750 人以上的；

（四）造成多名借款人或者其近亲属自杀、死亡或者精神失常等特别严重后果的。

三、非法放贷数额、违法所得数额、非法放贷对象数量接近本意见第二条规定的“情节严重”“情节特别严重”的数额、数量起点标准，并具有下列情形之一的，可以分别认定为“情节严重”“情节特别严重”：

（一）2 年内因实施非法放贷行为受过行政处罚 2 次以上的；

（二）以超过 72%的实际年利率实施非法放贷行为 10 次以上的。

前款规定中的“接近”，一般应当掌握在相应数额、数量标准的 80%以上。

四、仅向亲友、单位内部人员等特定对象出借资金，不得适用本意见第一条的规定定罪处罚。但具有下列情形之一的，定罪量刑时应当与向不特定对象非法放贷的行为一并处理：

（一）通过亲友、单位内部人员等特定对象向不特定对象发放贷款的；

（二）以发放贷款为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其发放贷款的；

（三）向社会公开宣传，同时向不特定多人和亲友、单位内部人员等特定对象发放贷款的。

五、非法放贷数额应当以实际出借给借款人的本金金额认定。非法放贷行为人以介绍费、咨询费、管理费、逾期利息、违约金等名义和以从本金中预先扣除等方式收取利息的，相关数额在计算实际年利率时均应计入。

非法放贷行为人实际收取的除本金之外的全部财物，均应计入违法所得。

非法放贷行为未经处理的，非法放贷次数和数额、违法所得数额、非法放贷对象数量等应当累计计算。

六、为从事非法放贷活动，实施擅自设立金融机构、套取金融机构资金高利转贷、骗取贷款、非法吸收公众存款等行为，构成犯罪的，应当择一重罪处罚。

为强行索要因非法放贷而产生的债务，实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等行为，构成犯罪的，应当数罪并罚。

纠集、指使、雇佣他人采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段强行索要债务，尚不单独构成犯罪，但实施非法放贷行为已构成非法经营罪的，应当按照非法经营罪的规定酌情从重处罚。

以上规定的情形，刑法、司法解释另有规定的除外。

七、有组织地非法放贷，同时又有其他违法犯罪活动，符合黑社会性质组织或者恶势力、恶势力犯罪集团认定标准的，应当分别按照黑社会性质组织或者恶势力、恶势力犯罪集团侦查、起诉、审判。

黑恶势力非法放贷的，据以认定“情节严重”“情节特别严重”的非法放贷数额、违法所得数额、非法放贷对象数量起点标准，可以分别按照本意见第二条规定中相应数额、数量标准的 50%确定；同时具有本意见第三条第一款规定情形的，可以分别按照相应数额、数量标准的 40%确定。

八、本意见自 2019 年 10 月 21 日起施行。对于本意见施行前发生的非法放贷行为，依照最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（法发〔2011〕155 号）的规定办理。

律师解读：

民间借贷，是一种广泛存在的民间资金融通活动，作为平等民事主体之间的经济互助行为，一定程度上满足了社会融资需求，对于促进经济发展起到有益补充作用。但由于其游离于正规金融体系之外，自身带有混乱、无序的弊端，故在逐利动机驱使下容易发生性质变异，并随之诱发一系列负面效应。近些年来，对外出借资金行为背离民间借贷本质的问题愈加严重，一些已经脱离民间借贷个体的、偶然的、互助式的存在模式，演化为出借人的经常性谋利手段，并向着资本运作方式规模化发展，客观上已经形成一种未经有权部门批准、未取得合法资质从事发放贷款业务的非法金融业务活动。非法放贷活动不仅扰乱金融市场秩序，而且易于滋生黑恶势力，引发各类伴生和次生违法犯罪活动，是扫黑除恶专项斗争聚焦的重点领域之一。实践中，由于非法放贷的认定缺乏明确、统一标准，是否应纳入刑事司法调整范围也存在较大争议，导致部分严重扰乱金融市场秩序的非法放贷活动得不到有效打击处理，社会各界和一线政法单位对此反映强烈。

为贯彻落实全国扫黑除恶专项斗争推进会有关精神，解决办案一线惩治非法放贷活动面临的问题和障碍，进一步明确法律适用，统一定罪量刑标准，提高专项斗争法治化水平，按照全国扫黑办部署要求，最高人民法院第一时间成立了专题调研小组，经过深入调研，在认真总结实践经验和突出问题的基础上研究起草了《意见》稿，并以《意见》稿为基础通过召开调研座谈会、书面征求意见等多种形式广泛听取意见，几经修改和完善后形成《意见》。《意见》经最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部会签，于2019年10月21日向社会公布并施行。

河北省高级人民法院破产案件审理规程（试行）

冀高法〔2019〕95号

为规范企业破产案件审判程序，提高案件审判质效。根据《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国公司法》等法律及相关司法解释，结合我省破产案件审判实践，制定本规程。

第一章 总则

第一条【地域管辖】企业破产案件由债务人住所地人民法院管辖。债务人住所地是指企业主要办事机构所在地。债务人存在多个办事机构的，以决策机构为主要办事机构。

企业主要办事机构无法确定或无办事机构的，注册登记地为住所地。

第二条【级别管辖】基层人民法院管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关注册登记企业的破产案件。

中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上工商行政管理机关注册登记企业的破产案件。

执行案件移送破产审查，由被执行人住所地中级人民法院管辖。中级人民法院经河北省高级人民法院批准，可以将案件交由具备审理条件的基层人民法院审理。

上市公司、金融机构破产案件以及纳入国家计划调整的企业破产案件，由中级人民法院管辖。

第三条【关联企业管辖】关联企业符合实质合并审理条件的，应由关联企业中的核心控制企业住所地人民法院管辖。核心控制企业不明确的，由关联企业主要财产所在地人民法院管辖。多个法院之间对管辖权发生争议的，应当报请共同的上级人民法院指定管辖。

关联企业不符合实质合并审理条件的，可由共同的上级法院根据案件实际情况确定一家法院集中管辖。

第四条【管辖变动】中级人民法院对其管辖的企业规模较小、债权债务关系简单或认为确有必要的破产案件，报请河北省高级人民法院批准后，可交由债务人住所地的基层人民法院审理。

第五条【破产能力】被申请破产的企业应当具有企业法人资格，股东出资是

否到位不影响企业法人的破产能力。

依法设立的合伙企业、民办学校、农民专业合作社、个人独资企业适用企业破产法第一百三十五条的规定。

第六条【举证责任】债务人自行申请破产的，应当提交其不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的相关证据。

债权人申请债务人破产的，应当提交债务人不能清偿到期债务的相关证据。

债务人已解散但未清算或者未清算完毕，依法负有清算责任的人申请债务人破产的，应当提交债务人资产不足以清偿全部债务的相关证据。

第七条【执行终结破产原因】人民法院审查企业破产原因时，债务人存在裁定“终结本次执行程序”情形的，可以认定为不能清偿到期债务。

第八条【上级法院的监督】人民法院审理破产案件应执行重大事项报告制度。

上级人民法院发现下级人民法院在破产程序中作出的裁定确有错误的，应当通知其纠正；不予纠正的，可以裁定指令下级人民法院重新作出裁定。

破产程序中与债权人、债务人有关的民事诉讼，因适用审判监督程序引起结果变更的，不影响已经进行的破产程序的效力。

第九条【裁定的生效日期】企业破产法及相关司法解释中规定的裁定，除另有规定外，自作出之日起生效。

第二章 申请与受理

第十条【一般申请主体】

债务人有企业破产法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。

债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。

债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有企业破产法第二条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。

第十一条【关联企业破产申请】关联企业申请破产时，原则上应当分别提出破产申请。

债务人与关联企业之间法人人格高度混同，区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益时，可例外适用关联企业实质合并破产方式进行审理。关联企业成员、关联企业成员的债权人、关联企业成员的清算责任人、出资额占注册资本十分之一以上的出资人，都可以向管理人提出要求实质合并破产的申请，由管理人进行调查核实后，认为符合条件的可以向人民法院提出对关联企业进行实质合并破产的申请。

第十二条【破产申请书】申请人向人民法院提出破产申请，应当提交破产申请书，破产申请书应当载明下列事项：

- （一）申请人、被申请人的基本情况，包括：名称或姓名、住所地、法定代表人姓名及职务。申请人为债务人时，只需列出申请人的基本情况；
- （二）申请目的，即申请重整、和解或破产清算；
- （三）申请的事实和理由，主要指债务人存在企业破产法第二条规定的情形；
- （四）应当载明的其他事项，主要指特殊主体申请破产时主管机关的批准文件等特别事项。

第十三条【债务人申请材料】债务人申请破产，除应当提交破产申请书以外，还应当向人民法院提交下列材料：

- （一）债务人主体资格证明；
- （二）债务人法定代表人或者主要负责人名单；
- （三）债务人、董事、监事及高级管理人员名单；
- （四）财产状况说明，包括有形资产、无形资产、对外投资情况等；
- （五）债务清册，列明债权人名称、联系方式、住所、债务数额、债务形成时间和催讨偿还情况；
- （六）债权清册，列明债务人的债务人名称、住所、债权数额和债权形成时间；

(七) 有关财务会计报告;

(八) 债务人涉及的担保情况;

(九) 债务人涉及的诉讼、仲裁、执行情况;

(十) 债务人为国家出资企业的, 职工安置预案应列明拟安置职工基本情况、安置障碍及主要解决方案、稳定因素评估及主要应对措施等。债务人为非国家出资企业的, 职工安置预案应列明债务人解除职工劳动关系后依法应对职工的补偿方案;

(十一) 职工工资的支付和社会保险费用、住房公积金的缴纳情况;

(十二) 债务人股东会、股东大会、开办人或者其他依法履行出资义务的人同意申请破产的决议文件, 但有证据证明债务人股东会、股东大会、开办人或者其他依法履行出资义务的人无法履行职责的除外。

债务人系国有独资企业、国有独资公司或者国有资本控股公司的, 应当提交对债务人履行出资人职责的机构同意申请破产的文件;

(十三) 债务人申请重整的, 应提交重整的必要性和可行性评估材料;

(十四) 债务人申请和解的, 应提交和解协议草案。

第十四条【债权人申请材料】 债权人申请债务人破产, 除应当提交破产申请书以外, 还应当向人民法院提交下列材料:

(一) 债权人的主体资格证明;

(二) 债权发生的事实及债权性质、数额、有无担保, 并附证据;

(三) 债务人不能清偿到期债务的证据;

(四) 申请债务人重整的, 应提交重整的必要性和可行性评估材料。

第十五条【清算责任人申请材料】 清算责任人申请债务人破产清算, 除应当提交破产申请书以外, 还应当向人民法院提交下列材料:

(一) 清算责任人的基本情况或者清算组成立的文件;

(二) 债务人未经清算的, 债务人资产不足以清偿债务的财务报告;

(三) 债务人经过清算的, 债务人资产不足以清偿债务的清算报告;

(四) 债务清册, 列明债权人名称、住所、债务数额、债务形成时间和催讨偿还情况;

(五) 债权清册, 列明债务人的债务人名称、住所、债权数额和债权形成时

间；

（六）债务人涉及的担保情况；

（七）债务人涉及的诉讼、仲裁、执行情况；

（八）债务人为国家出资企业的，职工安置预案应列明拟安置职工基本情况、安置障碍及主要解决方案、稳定因素评估及主要应对措施等。债务人为非国家出资企业的，职工安置预案应列明债务人解除职工劳动关系后依法应对职工的补偿方案；

（九）职工工资的支付和社会保险费用、住房公积金的缴纳情况。

第十六条【形式审查】 申请人向人民法院提出破产申请时，应当依据企业破产法及本规程的规定提交破产申请材料，人民法院对符合要求的应当登记立案。

申请人提交的破产申请材料不符合规定的，人民法院应当在收到材料当日一次性书面告知申请人需要更正、补充的材料，并指定提交期限。申请人更正、补充申请材料的时间，不计入受理破产申请的审查期限。

申请人未在人民法院指定的期限内更正、补充材料的，人民法院不予受理。

第十七条【审查程序】 立案庭登记“破申”案号后应在一个工作日内将申请材料移送破产案件审判庭审查，由破产案件审判庭审查后作出是否受理破产申请的裁定。

第十八条【听证程序】 破产案件审判庭收到申请材料后，经审查认为必要时，可以组织破产申请人、被申请人、职工代表等对破产申请是否受理进行听证，组织听证的时间不计入受理审查期间。

与破产申请存在利害关系的人员可以申请参加听证。

第十九条【保全措施】 在申请人提交申请材料后，人民法院受理破产申请前，债务人财产、印章、账簿、文书等存在被隐匿、转移、销毁等紧急情形的，申请人可以向人民法院申请采取保全措施，但应根据民事诉讼法相关规定提供相应担保。

经破产案件审判庭审查，认为符合条件的应在四十八小时内采取保全措施。

第二十条【债务人异议】 债务人对破产申请有异议的，可以自收到人民法院的通知书之日起七日内就是否具有管辖权、申请人主体资格是否适格、债权是否合法及是否具备破产原因等向人民法院提出书面异议并提交相关证据材料。债务

人对破产有异议的，应当组织听证。

第二十一条【公告范围】人民法院在裁定受理破产申请后，应当在全国企业破产重整案件信息网上公告。

第三章 管理人

第二十二条【管理人指定】人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。

第二十三条【案件分类】人民法院受理的破产案件分为三类：

（一）符合下列情形之一的为第一类案件：

- 1、破产重整案件；
- 2、关联企业实质合并破产的案件；
- 3、商业银行、农村信用社、证券公司、保险公司、公司制新型金融组织等金融机构破产案件；
- 4、人民法院受理时相关资料显示，债权人人数在 200 人以上或债权金额在 3 亿元以上的案件；
- 5、人民法院受理时相关资料显示，债务人财产在 3 亿元以上的案件；
- 6、在全国或全省范围内有重大影响的破产案件。

（二）符合下列情形之一的为第二类案件：

- 1、人民法院受理时相关资料显示，债权人人数在 50 人以上 200 人以下或债权金额在 1 亿元以上 3 亿元以下的案件；
- 2、人民法院受理时相关资料显示，债务人财产在 1 亿元以上 3 亿元以下的案件。

（三）符合下列情形的为第三类案件：

人民法院受理时相关资料显示，债权人人数在 50 人以下或债权金额在 1 亿元以下的案件。

人民法院应当根据案件类别，结合管理人的专业水平、工作经验、执业操守、工作绩效、勤勉程序等因素，选择与案件类别相匹配的社会中介机构担任管理人。

第二十四条【清算组】人民法院指定清算组为管理人的，应当具备《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第十八条规定的情形。

第二十五条【指定方式】人民法院指定管理人可以根据案情采取竞争方式或者摇号、抽签、轮候等随机方式。

对于重大、复杂的案件，应优先采取竞争与随机相结合的方式指定管理人。

采取摇号、抽签、轮候等方式确定管理人的，由司法技术辅助部门按破产审判庭要求的时间和条件办理。

第二十六条【竞选公告】人民法院采取竞争方式指定管理人的，应当在全国企业破产重整案件信息网发布招募管理人公告，管理人报名期限自发布公告之日起计算，最短不得少于五个工作日。

第二十七条【评审方式】采取竞争与随机相结合的方式指定管理人的，人民法院应组成评审委员会，评审委员会应由院长或主管副院长主持，评审委员会成员可以由破产案件审判庭、人民法院监察部门、司法技术辅助等部门人员组成，必要时可邀请政府有关部门人员参加，评审委员会人员应为五人以上单数组成。

评审委员会应当根据申报机构的专业水准、经验、机构规模等因素，对申报机构量化打分，打分记录情况应当归卷。

人民法院应当根据评审打分结果，确定 3-5 个中介机构为案件备选管理人，然后采取抽签或摇号的方式产生案件管理人。

第二十八条【联合管理人】人民法院决定采取竞争方式指定联合管理人的，参与竞选的机构可以组成联合体进行申报。鼓励不同类型的中介机构依据各自特长优势互补，做到分工合理。

第二十九条【管理人回避】在进入指定管理人程序后，社会中介机构或者个人发现与本案有利害关系的，应主动申请回避并向人民法院书面说明情况。人民法院认为社会中介机构或者个人与本案有利害关系的，不应指定该社会中介机构或者个人为本案管理人。

第三十条【更换管理人】破产案件指定管理人后，人民法院发现管理人与本案有利害关系不宜担任管理人的，经合议庭决定后可以更换管理人。

管理人更换的情形和程序适用《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》。

第三十一条【转让职责禁止】管理人接受人民法院指定后，应当依照企业破产法的规定勤勉尽责、忠实执行职务，不得将自己职责全部或部分转让给他人。

第四章 债务人财产

第三十二条【财产界定】破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。

第三十三条【管理人追回的财产】破产申请受理后，管理人依法追回的下列财产归入债务人财产：

（一）依据企业破产法第三十一条、第三十二条或者第三十三条的规定而取得的财产；

（二）人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行的出资；

（三）债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产；

（四）他人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁、质押、留置等合同或者其他法律关系占有、使用的债务人财产；

（五）管理人依法追回的其他财产。

第三十四条【执行中的财产】人民法院裁定受理破产申请时已经扣划到执行法院账户但尚未支付给申请执行人的款项，属于债务人财产。执行法院应当及时将款项划至管理人账户。

人民法院裁定受理破产申请后，执行法院应当中止对该财产的执行。执行法院收到破产管理人发送的中止执行告知函后仍继续执行的，应当根据《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）》第五条依法予以纠正。

第三十五条【融资租赁物】融资租赁物不属于债务人财产，为保证债务人财产的完整性和最大限度发挥财产的价值，管理人可以根据最有利于债务人财产的原则，经出租人同意后，将租赁物与债务人财产一并处理。

租赁物的变现价值超过剩余租金的，管理人可以选择继续履行合同，支付租金后的剩余部分价值列入债务人财产；租赁物的变现价值低于剩余租金的，出租人就该部分财产价值受偿后不足部分申报债权。

第三十六条【划拨土地】以划拨方式取得的国有土地使用权不属于债务人财产，但经政府有关部门批准该土地使用权已作为股东出资的，属于债务人财产。

第三十七条【解除保全】破产申请受理后，办理案件的审判庭报本院院长批

准后可以裁定解除本院其他部门对债务人财产采取的保全措施。

其他法院或部门采取保全措施的，管理人应及时向其发出书面通知、函件，要求其解除。

其他法院或部门不解除保全措施的，受理破产申请的人民法院可以请求共同上级人民法院协调解决。

第三十八条【撤销权的行使】管理人发现债务人存在企业破产法第三十一条或第三十二条规定的行为之一的，应当以管理人的名义，以受益人为被告，向受理破产案件的人民法院提起破产撤销诉讼。

管理人决定不提起破产撤销诉讼的，应当向债权人会议或债权人委员会报告并说明理由。

第三十九条【取回权的行使】破产申请受理后，管理人接管的不属于债务人的财产，该财产的权利人可依据企业破产法第三十八条、第三十九条的规定向管理人申请取回该财产。管理人认为可以取回的，应当通知申请人取回。管理人认为不应该取回的，应当告知申请人可以债务人为被告向人民法院提起诉讼。

管理人同意取回的，应当向债权人会议或债权人委员会报告并说明理由。

第四十条【抵销权的行使】管理人发现债权人存在企业破产法第四十条抵销情形的。管理人不得主动提出抵销，但抵销使债务人财产受益的除外。

债权人行使抵销权，应当向管理人提出抵销主张。管理人收到债权人提出的主张债务抵销的通知后，经审查符合抵销条件的，应当及时通知债权人，抵销自管理人收到通知之日起生效；经审查不符合抵销条件的，管理人如无正当理由应当在约定的异议期限内或自收到主张债务抵销的通知之日起三个月内向人民法院提起诉讼。

管理人同意抵销的，应当向债权人会议或债权人委员会报告并说明理由。

第四十一条【债权的放弃】管理人应当制定对外债权追回方案，对外债权无法追回或追回成本过高时，经债权人会议同意后，管理人可以放弃对外债权的追回。

第五章 破产费用和共益债务

第四十二条【破产费用】人民法院受理破产申请后发生的，为全体债权人的

共同利益、保障破产程序顺利进行所必需支付的程序上的费用为破产费用；为全体债权人的共同利益而由债务人财产负担的债务为共益债务。

第四十三条【诉讼费用】破产案件的诉讼费用包括：

- （一）破产案件受理费；
- （二）鉴定费、勘验费、财产保全费、证据保全费等费用；
- （三）有关债务人的诉讼、仲裁中应由债务人承担的诉讼费用、仲裁费用。

第四十四条【管理变价分配费用】破产案件中管理、变价和分配债务人财产的费用包括：

- （一）聘用工作人员的费用；
- （二）财产管理、维护费用；
- （三）召开债权人会议所必需支付的费用；
- （四）债权人委员会及其成员履行职责所必需支付的费用；
- （五）审计、评估、拍卖的费用；
- （六）档案管理费用；
- （七）其他管理、变价和分配债务人财产所必需支付的费用。

第四十五条【管理人执行职务费用】破产案件中管理人执行职务的费用包括刻制管理人印章费用、交通费、差旅费、调查费、通讯费等。

第四十六条【聘用专业人员费用】管理人经人民法院许可，聘请本专业的其他社会中介机构或人员协助履行职责的，所需费用从管理人报酬中支付；聘用企业经营管理人员或聘请非本专业的其他社会中介机构或人员处理重大诉讼、仲裁、执行、审计等专业性较强的工作，经债权人会议同意，上述费用可以列入破产费用。

管理人聘用人员工资标准参照当年受理法院所在地该行业平均工资标准执行，特殊情况需要调整工资标准的应当报请人民法院批准。

第四十七条【执行费用】人民法院裁定受理破产申请的，此前债务人尚未支付的公司强制清算费用的、未终结的执行程序中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，可以参照企业破产法关于破产费用的规定，由债务人财产随时清偿。

此前债务人尚未支付的案件受理费、执行申请费，可以作为破产债权清偿。

第四十八条【破产费用分担】对特定财产享有担保权的权利人，对该特定财

产行使优先受偿权时，应当承担对该财产进行管理、变价和分配等的破产费用及共益债务。

第四十九条【经营借款】破产申请受理后，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供的借款可参照企业破产法第四十二条第四项的规定优先于普通破产债权清偿。

第五十条【支付时间】破产费用和共益债务由管理人从债务人财产中随时清偿。债务人不具备清偿条件的，在破产财产变价后一并支付。

第五十一条【费用不足的处理】债务人财产不足以支付破产费用的，管理人应当及时提请人民法院宣告债务人破产并终结破产程序。

债权人、管理人、债务人的出资人或其他利害关系人愿意垫付破产费用的，破产程序可以继续进行的。

第五十二条【破产保障基金】人民法院应当会同财政部门建立企业破产费用保障基金，确保破产审判工作的顺利进行。

债务人财产不足以支付破产费用的，人民法院可以决定从破产费用保障基金中列支。

第六章 债权申报

第五十三条【申报期限】人民法院受理破产申请后，应当根据债权人的数量等案件实际情况，合理确定债权申报期限。

第五十四条【已知债权人】人民法院应当自裁定受理破产申请之日起二十五日内通知已知债权人，并予以公告，视为对未知债权人的公告通知。

已知债权人是指根据已接管的债务人资料及破产申请材料，能够查明有效联系方式的债权人。

管理人应当协助人民法院完成前款规定的事项。

第五十五条【债权申报形式】债权人应当采用书面形式申报债权。

债权人可以采取现场申报，也可以采取邮寄、传真、电子邮件的方式或通过全国企业破产重整案件信息网申报，但应当将原件提交管理人审核，未提交原件的，管理人将其债权暂列为临时债权。

第五十六条【职工债权】职工债权不必申报，由管理人对职工债权进行调查后，列出清单并予以公示。

职工主动向管理人申报债权的，管理人应当予以登记。

职工对清单记载的事项有异议的，应当自公示期限届满之日起十五日内以书面形式要求管理人更正。管理人不予更正，或更正后职工仍有异议的可以在收到管理人书面通知之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第五十七条【审查程序】管理人应当依据企业破产法第五十七条的规定审查债权，审查程序包括管理人审查、债务人核对及异议、债权人核对及异议、管理人对异议复核、管理人编制债权表等。

第五十八条【实质审查】管理人应当依据现行的法律法规、司法解释对申报的债权真实性、合法性、有效性进行实质审查。

审查内容包括债权的性质、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。

第五十九条【审查方法】管理人在审查债权过程中，遇到重大疑难问题的，可以组织债权人、债务人对债权情况进行说明，也可以委托专业机构对债权涉及的特定事项发表意见。

第六十条【债权审查期限】管理人在第一次债权人会议召开前，因特殊原因未完成债权审查和债权表编制的部分，应向人民法院报告并向债权人会议作出书面说明。

第六十一条【债权表提前公示】管理人依据破产法第五十七条规定编制的债权表，应当提交第一次债权人会议核查。提交债权人会议核查的债权表，管理人应当会前向债权人、债务人公开。

第六十二条【异议债权】债权人、债务人对债权表记载的债权向管理人提出异议后，管理人拒不更正或更正后仍有异议的，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之诉。

债权人、债务人未在前款规定期限内提出债权确认之诉的，视为对债权表记载的债权无异议。

第六十三条【裁定确认债权条件】债权人、债务人对债权表记载的债权无异议的，管理人应当提交人民法院裁定确认。

第七章 债权人会议

第六十四条【债权人的表决权】依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。债权人会议按照下列方式统计表决人数及所代表的债权数额：

（一）对债务人的特定财产享有担保权的债权人，未放弃优先受偿权利的，对和解协议和破产财产的分配方案不享有表决权；

（二）出席会议的有财产担保债权人数列入表决的债权人人数的，其所代表的有财产担保债权数额不列入有表决权的债权数额；

（三）兼有有财产担保债权和无财产担保债权双重身份的债权人，人数仅按一人计算，其所代表的债权数额只计算无财产担保的债权数额；

（四）对债权尚未确定的债权人按人民法院临时确定的债权额行使表决权。

第六十五条【表决方式】债权人会议的决议除现场表决外，可以由管理人事先将相关决议事项告知债权人，采取通信、网络投票等非现场方式进行表决。采取非现场方式进行表决的，管理人应当在债权人会议召开的三日内，以信函、电子邮件、公告等方式将表决结果告知参与表决的债权人。

第六十六条【债会主席】债权人会议设主席一人，债权人会议主席从债权数额较大且无异议，或有能力履行职责，并愿意担任的债权人中指定。

债权人会议主席为机构的，应指派固定的代表人员履行职责，并向人民法院提交指派函，如更换代表人员应向人民法院备案。

管理人或三分之一以上具有表决权的债权人，可以向人民法院申请更换债权人会议主席。

债权人会议主席存在无法胜任工作、有损债权人利益、不利于破产程序进行情形之一的，人民法院应当更换债权人会议主席。

第六十七条【决议效力】债权人会议的决议，对全体债权人均有约束力，包括出席债权人会议但投反对或弃权票的债权人、未出席债权人会议的债权人和债权人会议决议作出后补充申报的债权人。

第六十八条【决议撤销】债权人认为债权人会议的决议违反法律规定、损害其利益，依据企业破产法第六十四条第二款的规定，请求人民法院裁定撤销债权人会议决议的，应按下列规定行使撤销权：

（一）债权人会议采取现场召开方式表决的，可以自债权人会议作出决议之日起十五日内向人民法院提出书面申请；

（二）债权人会议采取非现场召开方式表决的，债权人可以自收到管理人通知的债权人会议决议之日起十五日内向人民法院提出书面申请。

第六十九条【决议撤销理由】债权人会议的决议具有下列情形之一，损害债权人利益，债权人申请撤销的，人民法院应予支持：

（一）债权人会议的召开违反法定程序；

（二）债权人会议的表决违反法定程序；

（三）债权人会议的决议内容违法；

（四）债权人会议的决议超出债权人会议的职权范围。

人民法院经审查认为债权人的请求成立的，应裁定撤销全部或部分会议决议，责令其重新作出决议；请求不成立的，裁定驳回申请。

人民法院认为有必要时可以召开听证会。

第七十条【重新作出决议】人民法院裁定撤销债权人会议决议，责令其重新作出决议的，应当送达申请人、债权人会议主席，并通知管理人。管理人应当在三十日内召开债权人会议并重新作出决议。

第七十一条【债权人委员会】债权人会议可以决定设立债权人委员会。

债权人委员会决定所议事项应获得全体成员过半数通过，并作为议事记录。债权人委员会成员对所议事项的决议有不同意见的，应当在记录中载明。

第七十二条【债权人委员会职权】债权人委员会依照破产法第六十八条行使职权。债权人会议可以依照企业破产法第六十八条第一款第四项的规定，委托债权人委员会行使申请更换管理人、审查管理人的费用和报酬、监督管理人、决定继续或停止债务人营业等职权。

债权人委员会行使职权应当接受债权人会议的监督，以适当的方式向债权人会议及时汇报工作，并接受人民法院的指导。

第七十三条【财产处分行为】管理人处分企业破产法第六十九条规定的债务人重大财产的，应当事先制作财产管理或者变价方案并提交债权人会议进行表决，债权人会议表决未通过的，管理人不得处分。

管理人实施处分前，应当根据企业破产法第六十九条的规定，提前十日书面

报告债权人委员会或者人民法院。债权人委员会可以依照企业破产法第六十八条第二款的规定，要求管理人对处分行为作出相应说明或者提供有关文件依据。

债权人委员会认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，有权要求管理人纠正。管理人拒绝纠正的，债权人委员会可以请求人民法院作出决定。

人民法院认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，应当责令管理人停止处分行为。管理人应当予以纠正，或者提交债权人会议重新表决通过后实施。

未设立债权人委员会的，管理人向人民法院报告，人民法院应当自收到管理人报告之日起十日内作出是否准许的决定。

第八章 重整

第七十四条【重整申请主体】债务人或者债权人可以直接向人民法院申请对债务人进行重整。

债权人申请对债务人进行破产清算，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人以及单独或者合计出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

第七十五条【庭外重组】申请人向人民法院申请债务人重整的，人民法院可以引导债权人、债务人、出资人等进行庭外重组，并由人民法院给予业务指导。

债权人、债务人、出资人等利害关系人通过庭外商业谈判，拟定重组方案的，重整程序启动后，管理人或债务人可以依据重组方案拟定重整计划草案提交人民法院依法审查批准。

第七十六条【聘请机构】庭外重组聘请专业机构提供服务的，费用由双方协商确定。

在进入重整程序后，聘请的机构符合相关规定的，人民法院可以直接指定其为该案管理人。

第七十七条【重整识别】人民法院对重整申请进行实质审查时，主要从破产原因、重整价值、挽救可能等方面进行审查：

（一）审查债务人是否具备重整原因，重点审查债务人是否具有企业破产法

第二条规定的情形；

（二）债务人的资产状况及使用价值、生产的产品市场竞争力、技术工艺先进程度、行业前景情况综合分析进行审查是否具备重整价值；

（三）审查是否存在重整可能、债务人的意愿和配合程度、债权人的支持情况、潜在的意向投资人情况及当地政府及行业主管部门的意见。

第七十八条【第三方意见】人民法院审查重整申请时，可以委托专业机构对特定事项发表意见。

第七十九条【审查结果】人民法院审查重整申请具备破产原因、重整价值及挽救可能的，应当裁定予以受理。

第八十条【程序选择】既有申请债务人破产清算，又有申请债务人破产重整的，人民法院应当按照本规程第七十七条的规定进行审查。对具备重整价值和挽救可能的，应当依法受理重整申请；对不具备重整价值或挽救可能的，应当依法受理清算申请。

第八十一条【自行经营条件】在重整期间，管理人负责管理财产和营业事务。经债务人申请符合下列条件的，经人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务：

（一）受理时债务人仍在生产，或虽然停产但具备复产条件；

（二）债务人法人治理结构完善并且能够保证企业正常运转；

（三）管理人制定了监督方案；

（四）不损害债权人利益；

（五）未发现债务人有企业破产法第三十一条、第三十二条、第三十三条规定的行为；

（六）人民法院认为有必要的其他条件。

第八十二条【监督责任】债务人自行管理财产和营业事务的，债务人应当服从管理人的监督。管理人依照监督方案全面履行监督责任。

第八十三条【管理人经营】在重整期间，管理人组织生产经营的，应当制定重整期间的经营方案，并向人民法院报告。

第八十四条【经营主体】在重整期间，管理人组织生产经营或债务人自行管理财产和营业事务的，仍以债务人为经营主体。

第八十五条【投资人招募】重整期间，投资人的招募应当公开透明。可以将投资人的招募工作列入当地政府招商平台，充分发挥府院联动机制的作用。

确定重整投资人应当通过评审、竞争相结合的方式。

第八十六条【重整计划草案的制作主体】债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。

管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。

第八十七条【重整计划草案的内容】重整计划草案的内容适用破产法第八十一条的规定。

第八十八条【债转股】重整计划草案中有债转股方案的，应当同时制定债权清偿方案，且债权清偿方案应当符合相关法律法规、司法解释的规定。债权人有权选择债转股方案或债权清偿方案受偿，重整计划草案债权人全体同意的除外。

重整计划无法执行时，选择债转股的债权人可以选择放弃股东权利，按照同类债权进行受偿。

第八十九条【出资人权益调整】重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决。

有限责任公司的出资人权益调整事项经股东所持表决权的三分之二以上同意，即为通过。

股份有限公司的出资人权益调整事项经出席出资人组会议的股东所持表决权的三分之二以上同意，即为通过。

第九十条【提交计划期限排除】在重整计划草案制定期间，因重大诉讼、仲裁未决事项影响重整计划草案制定的，重大诉讼、仲裁审理期间不计入重整计划草案提交期限。

第九十一条【分组表决】债权人依照破产法第八十二条的规定按债权性质不同进行分组，并依照破产法第八十四条的规定进行表决。

债权人有正当理由不能按期表决的，管理人可以准许其延期表决，但延长期限一般不超过三十日。

第九十二条【重整计划通过批准】人民法院经审查认为，债权人会议通过的重整计划符合下列条件的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准重整计划，终止重整程序，并予以公告：

- (一) 重整计划的表决程序符合企业破产法的规定；
- (二) 重整计划中的经营方案具有可行性；
- (三) 重整计划的内容不损害各表决组中反对者的清偿利益。

第九十三条【强制批准】人民法院经审查认为，债权人会议未通过的重整计划符合下列条件的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准重整计划，终止重整程序，并予以公告：

- (一) 重整计划草案的内容符合企业破产法第八十七条第二款规定的条件；
- (二) 至少有一个债权人组已经通过重整计划草案，且各表决组中反对者能够获得的清偿利益不低于依照破产清算程序所能获得的利益；
- (三) 重整计划草案涉及行政许可事项的，已取得行政机关许可事项的书面意见；
- (四) 重整计划草案内容不违反法律、行政法规强制性规定，不损害国家、集体、第三人利益及社会公共利益；
- (五) 适用本条规定裁定批准重整计划的，一般应提交本院审委会讨论通过。

第九十四条【股权让渡】重整计划涉及出资人权益调整事项的，原出资人应当配合办理股权变更登记。

无法办理股权变更登记的，管理人可以依据人民法院批准重整计划裁定书申请强制执行。

第九十五条【重整计划变更】重整计划因特殊情况确实无法执行的，可以由负责制订重整计划的债务人或管理人申请变更重整计划一次。

债权人会议通过变更重整计划决议的，应当自通过之日起十日内提请人民法院批准。人民法院裁定同意变更重整计划的，债务人或者管理人应当在六个月内提出新的重整计划提交给因重整计划变更而遭受不利影响的债权人组和出资人组进行表决。

重整计划变更后的表决程序、申请人民法院批准以及人民法院裁定是否批准的程序与原重整计划的相同。

第九十六条【重整程序终结】重整计划执行完毕，人民法院应当自收到管理人报告之日起七日内裁定终结重整程序。

第九章 破产清算

第九十七条【破产宣告】人民法院受理破产清算申请后，在第一次债权人会议上无人提出重整或和解申请，管理人应当在债权审核确认和审计、评估工作完成后及时向人民法院提出宣告破产的申请，人民法院受理破产和解或重整申请后，债务人出现应当宣告破产的法定原因时，人民法院应当依法宣告债务人破产。

债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当及时向人民法院申请宣告债务人破产，并终结破产程序。

第九十八条【破产财产变价】破产财产处置应当以价值最大化为原则，兼顾处置效率。破产财产的处置应当按财产变价方案执行，变价出售破产财产应当通过拍卖进行，拍卖所得预计不足以支付拍卖费用或拍卖不能的，经债权人会议决议，可以采取作价变卖或实物分配的方式。

采取拍卖、变卖方式变价出售破产财产的，应优先通过司法网络拍卖平台进行处置。

第九十九条【分配原则】对于法律没有明确规定清偿顺序的债权，人民法院可以按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。

因债务人侵权行为造成的人身损害赔偿，可以参照企业破产法第一百一十三条第一款第一项规定的顺序清偿，但其中涉及的惩罚性赔偿除外。

破产财产依照企业破产法第一百一十三条规定的顺序清偿后仍有剩余的，可依次用于清偿破产受理前产生的民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权。

第一百条【分配方式】破产财产的分配应当以货币分配方式进行，但是债权人会议决议采取实物分配、债权分配等方式的除外。

第一百零一条【消费购房者债权】消费购房者享有优先受偿权。消费购房者债权优先于建设工程价款受偿。债权人以购房者名义申报债权，管理人经审查存在虚假按揭、以房抵债、设定让与担保等情形的，人民法院应按基础法律关系的性质认定债权。

第一百零二条【建设工程价款债权】建设工程价款债权享有优先受偿权。建设工程价款债权优先于有财产担保债权受偿。

第一百零三条【有财产担保债权】对债务人特定财产享有担保权的债权人可向管理人申请就该特定财产行使优先受偿权。

在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的债权人可随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权，管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝。但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外。

第一百零四条【土地出让金优先受偿权】以划拨方式取得的国有土地使用权及其地上建筑物设定合法抵押的，该抵押的国有土地使用权折价或者拍卖的价款，应优先缴纳土地出让金，抵押权人就剩余部分享有优先受偿权。

第一百零五条【职工集资】破产程序中，由第三方垫付的职工债权，原则上按照垫付的职工债权性质进行清偿；由欠薪保障基金垫付的，应按照企业破产法第一百一十三条第一款第二项的顺序清偿。债务人欠缴的住房公积金，按照债务人拖欠的职工工资性质清偿。

第一百零六条【社保费用】企业破产法第一百一十三条第一款第二项中的“除前项规定以外的社会保险费用”是指基本养老保险和基本医疗保险中的社会统筹部分，以及除基本养老保险和基本医疗保险以外的依法设置的失业保险、工伤保险和生育保险等社会保险。

社会保险费用计算截止日为劳动合同解除之日。

第一百零七条【劣后债权】行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金和没收违法所得应当劣后于其他债权清偿，破产财产清偿破产债权后仍有剩余的可以清偿。

第一百零八条【股东权益】破产程序中，破产财产清偿后仍有剩余的，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

第一百零九条【股东责任】债务人的出资人怠于履行义务，导致债务人的主要财产、账册、重要文件等灭失而无法清算或者无法全面清算的，人民法院对所发现和追收的财产进行分配后，可以无法清算或无法全面清算为由裁定终结破产程序，并告知相关权利人可依据相关法律规定另行向债务人的出资人等主张权利。

第一百一十条【追加分配】自破产程序终结之日起二年内，债权人发现有应当追回的财产及应当供分配的其他财产，可以请求人民法院进行追收，并按照破产财产分配方案进行追加分配。

应当追回的财产价值不足以支付分配费用的，不再进行追加分配，由人民法院将其上交国库。

第十章 和解

第一百一十一条【申请和解】债务人可以直接向人民法院提出和解申请，也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院提出和解申请。

债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

第一百一十二条【和解协议草案的内容】和解协议草案应当包括以下内容：

- （一）债务人的财产状况；
- （二）清偿债务的比例、期限及财产来源；
- （三）破产费用、共益债务的种类、数额及支付期限；
- （四）和解协议的执行期限和还款步骤；
- （五）和解协议的执行保障；
- （六）人民法院要求的其他内容。

第一百一十三条【和解协议草案的审查】人民法院应当对和解协议草案进行形式审查和实质审查。实质审查时应当听取债务人、主债权人、其他利害关系人对和解的意见。

第一百一十四条【受理】人民法院经审查认为和解申请符合法律规定的，应当裁定和解，并予以公告。

债务人直接向人民法院申请和解的，自债权申报期限届满之日起十五日内召集债权人会议讨论和解协议草案。

由破产清算程序转为和解程序的，自裁定和解之日起十五日内召集债权人会议讨论和解协议草案。

第一百一十五条【不予受理和解申请的情形】人民法院经审查发现有下列情形之一的，应当裁定不予受理和解申请。

- （一）申请人不是债务人；

- (二) 申请人不具备企业法人资格；
- (三) 申请人不具备破产法第二条第一款规定的破产原因；
- (四) 申请人未提交财产状况说明、财务会及报告、债权清册、债务清册及和解协议草案，且未在指定期限内补交的；
- (五) 不符合有关管辖规定。

第一百一十六条【裁定认可和和解协议的程序和条件】债权人会议通过和解协议后，管理人应当向人民法院提出认可和和解协议的申请。

人民法院经审查，认为和解协议符合法律规定的，应当自收到申请之日起三十日内裁定认可和和解协议。

第一百一十七条【终止和解程序情形】经审查，人民法院认为符合下列情形的，应当裁定终止和解程序，并予以公告。

- (一) 和解协议经债权人会议表决通过后，人民法院裁定认可的；
- (二) 和解协议未经债权人会议表决通过或未获人民法院裁定认可的；
- (三) 人民法院作出认可和和解协议裁定前，债务人撤回和解申请的。

第一百一十八条【和解协议的变更】和解协议执行过程中，因情势变更，管理人或债务人认为确有必要变更和解协议相关内容的，应向人民法院提交和解协议变更草案。

第一百一十九条【自行和解】人民法院受理破产申请后，宣告债务人破产前，债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的，可以请求人民法院裁定认可，并终结破产程序。

第十一章 简易程序

第一百二十条【适用范围】债务人财产状况清晰、债权债务关系明确、争议不大，具有下列情形之一的破产清算案件，人民法院可以决定适用简易程序审理：

- (一) 债权人人数在 50 人以下的；
- (二) 债务人财产价值在 200 万元以下的；
- (三) 破产财产不足以支付全部破产费用的；
- (四) 无财产、无账簿、债务人人员下落不明的；
- (五) 经过强制清算程序，资产和负债已确认完毕的；

（六）其他适用简易程序审理的情形。

第一百二十一条【审判组织】适用简易程序审理的破产案件，可以由法官独任审理。

第一百二十二条【审理期限】适用简易程序审理的破产案件，原则上应在裁定受理破产申请之日起六个月内审结，经院长批准，可以延长三个月。

第一百二十三条【文书送达】适用简易程序审理的破产案件，经受送达人同意，人民法院可以通过全国企业破产重整案件信息网以电子邮件、移动通信等能够确认其收悉的方式送达与破产程序有关的法律文书，但裁定书除外。

第一百二十四条【债权申报】适用简易程序审理的破产案件，人民法院应当自裁定受理破产申请之日起七日内通知已知债权人，并予以公告。

适用简易程序审理的破产案件，债权申报期限一般为三十日。

第一百二十五条【第一次债权人会议】适用简易程序审理的破产案件，第一次债权人会议自债权申报期限届满之日起五日内召开，债权人会议召开次数一般不超过两次。

债权人会议的召开可以采用书面、网络会议等形式，债权人可以采用邮寄或网络方式进行表决。

适用简易程序审理的破产案件可不设立债权人委员会。

第一百二十六条【财产调查期限】管理人应及时调查债务人财产，对债务人名下的房产、土地、存款、股权、车辆等财产，应当在人民法院指定管理人之日起二十日内调查完毕。

第一百二十七条【表决分配方案】债权人会议未通过的破产财产分配方案，可以由管理人修改并说明情况后，提交本次债权人会议二次表决。

经本次债权人会议二次表决仍未通过的，由人民法院依法裁定。

第十二章 衍生诉讼案件

第一百二十八条【恢复审理期限】人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止；在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行。管理人在接管债务人的财产后，应当通知人民法院恢复审理。管理人因正当理由未完成诉讼准备工作而不能参加诉讼的，应当及

时向人民法院申请延期审理。

第一百二十九条【专属管辖】人民法院受理破产申请后，当事人提起的有关债务人的民事诉讼，应当依据企业破产法第二十一条的规定，统一由受理破产申请的人民法院管辖。

前款涉及的案件由破产案件审判庭另行组成合议庭进行审理。

受理破产申请的人民法院，如对有关债务人的海事纠纷、专利纠纷、证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿纠纷等案件不能行使管辖权的，可以依据民事诉讼法第三十七条的规定，由上级人民法院指定管辖。

第一百三十条【诉讼类型】人民法院受理破产申请时，已经开始而尚未终结的以债务人为被告的债权给付之诉，应当变更为债权确认之诉。

人民法院受理破产申请后，债权人未申报债权而以债务人为被告提起债权确认之诉的，人民法院不予受理。

第一百三十一条【诉讼主体】人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，包括破产申请受理时已经开始而尚未终结的，以及破产申请受理后新提起的，以债务人为诉讼主体的，管理人作为诉讼代表人参加诉讼。

管理人依企业破产法第三十一条、第三十二条提起的破产撤销权诉讼，以及依企业破产法第三十三条提起的确认债务人行为无效之诉，应由管理人作为原告，不适用前款关于诉讼主体的规定。

第十三章 府院联动和信息化建设

第一百三十二条【府院联动】各级法院应当积极与本级政府建立常态化的破产工作统一协调机制，统筹破产审判相关工作，妥善解决企业破产案件中出现的各种问题。

企业破产案件审理过程中涉及的下列事项，应当列入破产工作统一协调机制解决的范围：

- （一）在当地具有重大影响力的企业有关破产立案、资产处置、招募投资人等事项；
- （二）破产审判中涉及人数较多的债权人会议等聚众事项；
- （三）破产审判中涉及的信访维稳事项；

- (四) 破产审判中涉及的专业合作社、投资公司等民间集资事项；
- (五) 房地产破产审判中涉及的消费购房者等民生权事项；
- (六) 破产审判中涉及的刑民交叉事项；
- (七) 破产审判中其他需要解决的事项。

第一百三十三条【信息化建设】人民法院要重视和加强破产审判的信息化建设。通过破产审判的信息化规范破产案件的审理，提高审判水平；加大信息公开力度，增强审判的透明度，维护利害关系人的知情权、参与权；运用信息化手段创新工作方式，节约司法资源，提高审判效率。

第一百三十四条【法院信息公开】人民法院应当将破产案件审判流程信息以及公告、法律文书、债务人信息等与破产有关的信息在全国企业破产重整案件信息网公布。

第一百三十五条【管理人信息公开】管理人应当将债务人信息、招募重整投资人公告、管理人工作节点信息、管理人的其他公告、管理人制作的法律文书、人民法院裁定批准的重整计划、认可的破产财产分配方案、和解协议等在全国企业破产重整案件信息网上公布。

人民法院应当将管理人相关信息公开和披露工作纳入管理人考核范围，并将其作为确定管理人报酬的标准之一。

第一百三十六条【网络优先】人民法院可以依据相关规定，通过全国企业破产重整案件信息网进行预约立案、公告发布、法律文书送达、申报债权、召开债权人会议等事项。

人民法院通知债权人时，应当告知其可以通过全国企业破产重整案件信息网进行债权申报。

第十四章 附则

第一百三十七条【解释权】本规程由河北省高级人民法院审判委员会负责解释。

第一百三十八条【生效日期】本规程自公布之日起施行。

河北省高级人民法院

执行案件移送破产审查规程（试行）

冀高法〔2019〕94号

为规范执行案件移送破产审查程序，构建执行程序与破产程序有序衔接机制，明确司法机关相关部门职责，保障执行案件移送破产审查工作顺利开展，根据《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《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》、《全国法院破产审判工作会议纪要》、《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》等相关法律法规，结合司法实践，制定本规定。

第一条【基本原则】执行案件移送破产审查程序应当遵循合法有序、协作配合、高效便捷、强化监督的原则。各级法院应充分发挥职能作用，规范企业市场退出机制，节约司法资源，维护社会和谐稳定。

第二条【移送审查条件】执行案件移送破产审查的，应当同时符合下列条件：

- （一）被执行人是企业法人；
- （二）被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查；
- （三）被执行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。

企业破产法第一百三十五条规定的，可以参照企业破产法清算的其他组织，不适用执行案件移送破产审查程序。

第三条【受理类型】执行案件移送破产审查的，申请执行人或被执行人既可以申请适用破产清算，也可以申请适用破产重整及破产和解。

第四条【案件管辖】执行案件移送破产审查，由被执行人住所地中级人民法院管辖。中级人民法院经河北省高级人民法院批准，也可以将案件交由具备审理条件的基层人民法院审理。

第五条【不宜移送】执行案件有下列情形之一的，不宜启动移送破产审查程序：

- （一）被执行人是国有企业或国有控股公司，对其负有监管职责的部门不同

意移送破产审查的；

（二）被执行人职工人数众多、职工债权数额较大、有社会稳定风险的；

（三）仅有被执行企业一方同意移送破产审查，但其财产去向不明且有破产逃债可能的；

（四）经执行被执行人资产尚不足以清偿优先债权，且无其他可供执行财产的；

（五）被执行人可能存在破产原因，但在执行案件中均非主债务人的；

（六）其他不宜移送破产审查的情形。

第六条【分别移送】同一个执行案件，有多个被执行人符合移送破产审查条件的，执行法院应当按照管辖不同，分别向相关法院移送案件审查。

第七条【禁止重复移送】受移送法院作出不予受理或驳回申请的裁定后，所有执行法院对同一被执行人都不得重复启动执行案件移送破产审查程序。但申请执行人或被执行人有权直接向有管辖权的法院提出破产申请。

第八条【特别授权】申请执行人或被执行人委托的代理人，代理签署申请或同意执行案件移送破产审查材料、撤回执行案件移送破产审查材料、对执行案件移送破产审查提出异议的，须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的特别授权委托书，授权委托书必须记明特别授权事项。

第九条【征询文书】执行法院可以根据工作需要，制作征询当事人是否同意执行案件移送破产审查格式文书。征询文书的内容应当包括下列事项：

（一）执行案件移送破产审查的法律法规司法解释；

（二）启动执行案件移送破产审查可能出现的法律后果、执行和破产的区别；

（三）执行过程中，发现或将来发现符合执行案件移送破产审查的情形时，当事人是否同意移送的意见；

（四）执行法院认为其他应当载明的事项。

第十条【征询意见】在执行程序中，执行法院发现被执行的企业法人符合企业破产法第二条规定的，尚未签署征询文书的，应当及时询问申请执行人和被执行人是否同意将案件移送破产审查，并签署征询文书。

第十一条【主动申请】执行过程中，申请执行人或被执行人可以向执行法院申请将执行案件移送破产审查，也可以直接向具有管辖权的人民法院提出破产申

请。

第十二条【移送决定】承办人认为执行案件符合移送破产审查条件的，应当提出审查意见，经合议庭评议同意后，提请本院院长或经院长授权的其他院领导签署移送决定。

基层人民法院拟将执行案件进行破产审查的，作出移送决定前，还需报请其所在地中级人民法院执行部门审核同意。

第十三条【决定不移送】执行法院审核后认为执行案件不符合移送破产审查条件的，应及时通知申请执行人或被执行人，并告知申请执行人或被执行人有权直接向有管辖权的人民法院提出破产申请。

第十四条【决定送达】执行法院作出移送决定后，应于五日内送达申请执行人和被执行人。

申请执行人或被执行人对移送决定有异议的，可以在破产审查期间提出，由受移送法院一并处理。

第十五条【中止执行】执行法院作出移送决定后，应于五日内书面通知已知执行法院，其他执行法院均应中止对被执行人的执行程序，并于收到通知之日起五日内，通知申请执行人。

申请执行人对移送决定有异议的，可以在破产审查期间提出，由受移送法院一并处理。

第十六条【同案被执行人】执行法院对被执行人移送破产审查的，不影响执行法院对同案其他被执行人的执行程序。

第十七条【执行例外】执行法院作出移送决定后，对于被执行人的下列财产，执行法院应当及时变价处置，处置的价款不作分配：

- （一）季节性物品；
- （二）鲜活物品；
- （三）易腐烂变质的物品；
- （四）易损、易贬值的物品；
- （五）其他不宜长期保存的物品。

受移送法院裁定受理破产案件的，执行法院应当及时将变价款移交受移送法院或破产管理人。

第十八条【保全连续】执行法院决定移送后，受移送法院裁定受理破产案件之前，对被执行人的查封、扣押、冻结措施不解除。查封、扣押、冻结期限在破产审查期间届满的，申请执行人可以向执行法院申请延长期限，由执行法院负责办理。

第十九条【新财产线索】执行案件移送后，受移送法院受理破产案件前，申请执行人发现新的执行财产线索的，可以请求执行法院采取执行措施。

第二十条【移送材料】执行法院作出移送决定后，应当自移送决定作出之日起十日内向受移送法院立案部门移送下列材料：

- （一）执行案件移送破产审查决定书；
- （二）申请执行人或被执行人的主体资料、联系方式、送达地址等信息；
- （三）申请执行人或被执行人同意移送破产审查的书面材料；
- （四）被执行人的财产状况，财产的查封、扣押、冻结清单及相关材料；
- （五）被执行人财务账册、账簿、财务报表、审计报告、资产评估报告等材料；
- （六）被执行人债务清单、关联执行案件清单、已通知的其他执行法院清单；
- （七）执行法院已分配财产清单及相关材料；
- （八）其他应当移送的材料。

第二十一条【立案及补充材料】受移送法院立案部门接到移送材料后，应于三日内登记立案，并将移送材料转交破产审判部门。

立案部门不得以移送材料不完备为由拒绝接收，当移送材料不完备程度影响破产原因认定时，可以暂不予立案，并一次性告知执行法院需要补齐、补正的内容。执行法院应于十日内补齐、补正，该期间不计入受移送法院破产审查的期间。

第二十二条【审查期限】受移送法院自收到移送材料之日起三十日内，书面处理执行案件移送破产审查的异议，并及时将处理结果送达异议人。

受移送法院自收到移送材料之日起三十日内作出是否受理的裁定，并在五日内送交执行法院，送达申请执行人、被执行人。

第二十三条【审查形式】受移送法院对执行案件移送破产审查的，一般采取书面审查形式，破产审判部门认为有必要的，可以组织听证会进行调查。

第二十四条【申请撤回】执行案件移送破产审查的，在作出移送决定前，申

请执行人或被执行人撤回申请或不同意移送审查的，执行法院应当停止审查。

申请执行人或被执行人在作出移送决定后，撤回申请或不同意移送审查的，由受移送法院审查处理。

第二十五条【保全解除】执行法院收到受理裁定后，应当解除对债务人财产的保全措施；或者根据受移送法院的要求，出具函件将保全财产的处置权交受移送法院。受移送法院可以持该函件进行续行保全，解除保全，或者予以处置。

第二十六条【执行费用】受移送法院受理破产案件的，在执行程序中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，属于管理、变价财产费用且该财产或财产的变价款已由管理人接管的，可以参照企业破产法的规定，从债务人财产中随时清偿。

第二十七条【财产移交】执行法院收到受理裁定后，应于七日内将已经扣划到账的银行存款、实际扣押的动产、有价证券等被执行人财产移交给受理破产案件的法院或管理人。

受移送法院指定管理人后，应当将接管的财产向管理人移交。

第二十八条【财产界定】符合下列情形之一的，不属于被执行人的财产，执行法院不再移交：

- （一）已通过拍卖程序处置且成交裁定书已送达买受人的拍卖财产；
- （二）通过以物抵债偿还债务且抵债裁定书已送达债权人的抵债财产；
- （三）已完成转账、汇款、现金交付的执行款。

前款所述拍卖财产所得的拍卖价款尚未分配的，仍属于被执行人的财产，执行法院应当移交。

第二十九条【不予受理】受移送法院作出不予受理裁定的，应于五日内将裁定书送达申请人。

申请人对裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

第三十条【驳回申请】受移送法院裁定受理破产案件后，至破产宣告前，经审查发现债务人不符合企业破产法第二条规定情形的，可以裁定驳回申请。

申请人对裁定不服的，可自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

第三十一条【恢复执行】不予受理或驳回申请的裁定生效后七日内，将裁定书送交执行法院，并将案件相关材料一并退回，执行法院应当恢复对被执行人的执行。恢复执行后仍应按原顺序执行。

第三十二条【财产退回】裁定驳回申请的案件，管理人应在裁定生效后七日内将接管的执行人财产移交执行法院，已发生的破产费用应由债务人财产随时支付。

第三十三条【法院监督】受移送法院拒绝接收移送的材料，或者收到移送的材料后不按规定的期限作出是否受理裁定的，执行法院可函请受移送法院的上一级法院进行监督。上一级法院收到函件后应当指令受移送法院在十日内接收材料或作出是否受理的裁定。

受移送法院收到上级法院的通知后，十日内仍不接收材料或不作出是否受理裁定的，上一级法院可以径行对移送破产审查的案件行使管辖权。上一级法院裁定受理破产案件的，可以指令受移送法院审理。

第三十四条【领导小组】河北省高级人民法院成立执行案件移送破产审查领导小组，负责协调、指导、监督全省执行案件移送破产审查的相关工作。

执行法院与受移送法院因执行案件移送破产审查有分歧的，首先双方协商解决，协商解决不成的，可报请领导小组解决。

第三十五条【信息化建设】在执行案件移送破产审查程序中，应当建立受移送法院与执行法院的信息共享机制，受移送法院可以利用执行查控系统，查控债务人财产、债权人信息，执行法院对于符合条件的可以通过网络进行移送审查，提高案件移送、通知、送达、协调等工作效率。

第三十六条【解释权】本规程由河北省高级人民法院审判委员会负责解释。

第三十七条【生效日期】本规程自公布之日起施行。

律师解读：

近年来，我省法院破产案件逐年增加，但熟悉破产审判业务的法官相对较少，审理经验相对不足。为进一步推动我省法院破产案件审判工作，规范办案程序，统一裁判标准，充分发挥破产制度调节市场经济秩序的职能作用，促进我省法院破产审判的健康发展，省法院在现有法律框架基础上，研究制定了上述两个《规

程》。

《破产案件审理规程（试行）》共十四章，138条。第一章，总则，规定了破产案件的管辖、不同企业主体的破产能力等基本问题。第二章，申请与受理，着重明确了不同类别的申请主体需要提交的审查材料。第三章，管理人，将破产案件分类与管理人分级写入规程，明确了管理人的级别应与三类案件相匹配；倡导联合管理人的模式；规定了管理人的指定和评审方式，对管理人的选定方式予以规范。第四章，债务人财产，细化债务人财产的界定与分类；对企业破产法未作出规定但实践中已达成一致的认定写入规程；对解除保全措施等问题做出了可操作性的规定；明确了破产撤销权、取回权等相关权利的行使。第五章，破产费用和共益债务，总结我省已率先建立起的破产费用基金经验，明确提出各级法院应当会同相关部门建立企业破产费用保障基金，积极落实最高法院指示精神；根据新发布的司法解释（三），对经营借款的清偿顺位予以明确。第六章，债权申报，细化了债权申报的审查程序、不同债权的审查方法、实质审查原则、审查期限、异议债权的处理及提起债权确认之诉的期限等内容。第七章，债权人会议，详细规定了债权人表决权的确定与表决方式；债权人会议决议的撤销与重新作出程序；依照司法解释（三），规定了重大财产处分行为的表决、报告制度与人民法院的有效监督。第八章，重整，积极贯彻落实《全国破产审判工作会议纪要》和《加快完善市场主体退出机制改革方案》精神，探索庭外重组与庭内重整的衔接，规定了庭外重组制度，确定了临时管理人、债权人、债务人的权利义务，临时管理人的选聘与回避，确立了预重整制度；确立了重整识别机制、细化债务人自行管理模式适用条件、债转股适用条件、出资人权益调整、强制批准重整计划的条件等重要问题；针对实践中重整后企业股权变更难题，明确规定管理人可以依据人民法院批准重整计划裁定书申请强制股权变更登记。第九章和第十章，规定了破产清算与和解。第十一章，简易程序，进一步规范破产案件简易程序，缩短审理周期；对简易程序的适用范围、审判组织、审理期限、债权人会议的召开、财产调查期限等作出规定。第十二章至第十四章，分别规定了衍生诉讼案件，府院联动和信息化建设，附则。

《执行案件移送破产审查规程（试行）》共37条。主要是在《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》的基础上，结合《企业破产法》

及最高人民法院有关批复，借鉴其他省市法院“执转破”相关规定，对“执转破”的办案流程进行了较为细化的规定。

◆ **专业解读** 法律风险无处不在，此处专业解读了各企业在运营过程中极易混淆疏忽的法律问题，有助您规避法律风险，为您保驾护航！

基金直接登记为 PPP 项目公司股东 相关争议问题厘清与建议

自 2014 年我国大力推广 PPP 模式以来，基金投资 PPP 项目的形式很多，主要包括股权、债权以及提供担保等。在实践中发现一些 PPP 项目引入基金的方式

如下：先由基金管理人作为社会资本方参与投标，并在中标后设立合伙型基金作为股东入股项目公司（基金管理人不作为项目公司股东，不参与项目公司的出资，也不参与项目公司的分红）。该基金引入方式是否会违反关于“不得未经采购程序直接指定第三方代持社会资本方股份”的规定，对此，本文就上述基金引入方式存在的合规风险问题进行讨论分析，同时提出基金登记为 PPP 项目公司股东之合规性认定的建议。

一、未经采购程序的基金能否直接登记为 PPP 项目公司股东

《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》（财库〔2014〕215 号，以下简称 215 号文）、财政部《关于规范政府和社会资本合作（PPP）综合信息平台项目库管理的通知》（财办金〔2017〕92 号，以下简称 92 号文）和财政部《关于进一步加强政府和社会资本合作（PPP）示范项目规范管理的通知》（财金〔2018〕54 号，以下简称 54 号文）规定了“不得未经采购程序直接指定第三方代持社会资本方股份”。

先由基金管理人作为社会资本方参与投标，并在中标后设立合伙型基金作为股东入股项目公司（基金管理人不作为项目公司股东，不参与项目公司的出资，也不参与项目公司的分红），该种基金引入方式会造成三方面的合规风险：

1、从基金管理人不作为项目公司的股东以及不参与项目公司分红的安排机制来看，基金管理人发起设立的基金登记为 PPP 项目公司股东，实质上该基金已经是作为社会资本方，但却没有参与前期 PPP 项目采购程序，损害其他潜在社会资本方平等参与投标的合法权益，还变相存在基金管理人实质性退出 PPP 项目的情况，涉嫌违反《政府采购法》、《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》等相关规定；

2、前期参与投标的是基金管理人，但后续实际参与出资入股项目公司的却是基金，而基金管理人参与对项目公司的出资，存在违反 92 号文规定的禁止“第三方代持社会资本方股份”和 54 号文规定的“不得未经采购程序直接指定第三方代持社会资本方股份”的风险；

3、基金未参与项目前期投标程序，也不需要与政府方签订《投资合作协议》或者《PPP 项目合同》，通常只是签订《股东协议》。若基金在项目公司中的出资比例较高，享有较高的表决权，而基金本身不受《投资合作协议》的约束，其在

项目公司中的决策可能会与《投资合作协议》或者《PPP 项目合同》的内容或原则相违背，难免会给 PPP 项目的顺利实施带来一定的风险隐患。

二、对基金登记为项目公司股东的性质认定建议

实践中，基金登记为项目公司股东的 PPP 项目并不少见，而基金进入 PPP 项目的方式也是多种多样。如何判断基金登记为项目公司股东是否违规，是 PPP 项目合规审查实践中需要厘清的问题。结合 92 号文和 54 号文规定，本文提出一些关于基金登记为项目公司股东的性质认定建议，以供参考：

采购文件未明确允许社会资本方通过设立或者引入基金的方式参与投资入股项目公司，社会资本方在中标后通过设立基金入股项目公司，且该社会资本方未出资入股项目公司的，应当存在视为“第三方代持社会资本方股份”的情形，应当对该项目予以整改退库。

采购文件未明确允许社会资本方通过设立或者引入基金的方式参与投资入股项目公司，社会资本方在中标后通过设立或引入基金入股项目公司，该社会资本方也实际出资入股项目公司，但该基金不属于中国 PPP 基金或者省级以上政府性 PPP 基金的，应当认为存在“未经采购程序指定社会资本方”的情形，同样应予整改或退库。

采购文件未明确载明允许社会资本方通过设立或者引入基金的方式参与投资入股项目公司，社会资本方在中标后，因项目融资存在客观困难，通过引入中国 PPP 基金或者省级以上政府方 PPP 基金出资入股项目公司，为项目融资提供增信支持的，应当认为未违反 92 号文和 54 号文的规定。

PPP 项目采购文件中明确载明允许社会资本方通过设立或引入基金对项目公司进行股权投资，同时要求社会资本方也参与项目公司的出资，并要求社会资本方对基金无法足额出资时承担补足出资责任。该种情形下，社会资本方在中标后设立或引入基金对项目公司进行股权投资，此时基金系作为财务投资人，且参与投标的社会资本方也未规避自身的出资义务，同样应当认定未违反 92 号文和 54 号文的规定。

三、基金参与 PPP 项目投资的建议

自 92 号文出台以来，财政部相继下发 54 号文以及《关于推进政府和社会资本合作规范发展的实施意见》（财金〔2019〕10 号文，以下简称 10 号文）等文

件，对 PPP 的规范发展提出更高的要求。在财政部《关于规范金融企业对地方政府和国有企业投融资行为有关问题的通知》（财金〔2018〕23 号）出台之后，银行等金融企业对 PPP 项目的贷款也会相比以往更加谨慎，PPP 项目融资难问题将会继续存在。鼓励基金对 PPP 项目进行投资，拓展 PPP 项目的融资渠道，对缓解 PPP 项目的融资难具有重要的意义。财政部在 10 号文中也指出，要引导保险资金、中国 PPP 基金加大项目股权投资力度，拓宽项目资本金来源。基金参与 PPP 项目投资过程中，要满足合规性的要求，方能实现各方共赢的目标。结合上述分析，笔者对基金参与 PPP 项目投资提出如下建议：

基金如要对 PPP 项目进行股权投资，并登记为项目公司股东的，则建议在前期与潜在社会资本方参与 PPP 项目的投标，以尽力防范被认定为“未经采购程序指定为社会资本方”或者“第三方代持社会资本方股份”的风险。

社会资本方若要通过发起或者引入基金的方式参与出资入股项目公司的，则要查看采购文件是否有相关内容，必要的情况下要向实施机构说明，获得实施机构同意，并在采购结果确认谈判阶段将设立或者引入基金参与项目公司出资的事项明确说明。若采购文件或采购结果谈判文件均未载明允许通过发起或者引入基金的方式参与项目公司出资入股的，则中标社会资本方不应当在项目公司设立阶段自行发起或者引入基金参与出资，以防范被认定为“第三方代持社会资本方股份”的风险。

若 PPP 项目投资规模大、资金需求较高的，则建议实施机构在采购文件中载明允许社会资本方通过发起或者引入基金的方式参与项目公司股权投资，并限定基金的持股比例，要求社会资本方仍然对项目公司进行出资，且要求社会资本方对基金出资不足承担补足责任。如此一来，即使社会资本方在中标后才发起或者引入基金参与项目公司投资，但基金此时只是财务投资人，且也不会造成社会资本方规避出资或不参与出资，违反 92 号文和 54 号文规定的风险相对较小。

四、结束语

实践中，社会资本方在中标 PPP 项目后通过发起或者引入基金对项目公司进行出资、该社会资本方不参与出资或者象征性出资的情况并不少见，给 PPP 项目的顺利推进带来较大的风险。为此，92 号文和 54 号文均强调社会资本方不得指定第三方代为出资、不得未经采购程序确定社会资本方等。本文针对当下一些

PPP 项目存在基金未经采购程序成为社会资本方并出资入股项目公司的情况予以区分认定，对本质上未违反 92 号文和 54 号文规定的基金投资予以支持鼓励，以推动 PPP 项目的持续稳定健康发展。

进入破产程序后, 已付全部购房款 但未办理转移登记的房屋归属

实践中，大量存在购房者已经支付全部购房款但还没办理完毕所有权转移登记、房地产开发企业却进入破产程序的情况，此时所涉及房屋属于谁的财产以及购房者权益如何保障？

一、房地产开发企业进入破产程序后, 已支付全部购房款但没有完成转移登记的房屋属于债务人财产

虽然《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条规定：“下列财产不属于破产财产：

（一）债务人基于仓储、保管、加工承揽、委托交易、代销、借用、寄存、租赁等法律关系占有、使用的他人财产；

（二）抵押物、留置物、出质物，但权利人放弃优先受偿权的或者优先偿付被担保债权剩余的部分除外；

（三）担保物灭失后产生的保险金、补偿金、赔偿金等代位物；

（四）依照法律规定存在优先权的财产，但权利人放弃优先受偿权或者优先偿付特定债权剩余的部分除外；

（五）特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物；

（六）尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产；

（七）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产；

（八）所有权专属于国家且不得转让的财产；

（九）破产企业工会所有的财产。”

但是破产法也明确规定：“破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。” 我们国家对于房屋权属的认定以登记为准，前述条款没有但书的除外规定。

而且《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）》第二条规定：“下列财产不应认定为债务人财产：

（一）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产；

（二）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产；

（三）所有权专属于国家且不得转让的财产；

（四）其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产。第四十八条规定：“本规定施行前本院发布的有关企业破产的司法解释，与本规定相抵触的，自本规定施行之日起不再适用。”

因此，“尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产”不属于债务人财产的规定已经不再适用，目前在房屋所有权仍登记在出卖人名下而没有进行转移登记的情况下，房屋所有权仍为破产债务人所有，购房者不能向管理人主张取回权。

二、购房者权益保护

虽然前述情况下，房屋的所有权归属破产债务人，但是购房者的权益应当予以适当保护。

（一）破产管理人不能要求解除房屋买卖合同

根据破产法相关规定，人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合

同。

本文所讨论的情况中，作为购房者的买受人，其主要的合同义务就是支付购房款，而作为房地产开发企业的破产债务人其主要义务是交付房屋并协助办理房屋的产权转移登记，如果购房者已经支付了全部购房款，但房屋尚未建成、尚未交付或尚未办理产权登记手续，这只是属于破产债务人单方没有履行完毕，据此管理人不享有合同解除权，也就是说除非符合合同法关于法定解除的情形或者法律上、事实上不能履行或不适于继续履行的情形，管理人才有权主张解除相关购房合同，否则应继续履行相关购房合同，协助购房者办理房屋所有权转移登记。

（二）购房者的权益应当得到优先的保障

虽然根据相关规定，可以认定本文所讨论的房屋属于破产债务人的财产，但没有规定明确此种情况下购房者债权如何特别保护，那购房者的权益如何实现呢？

其实《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中已经对支付了全部购房款的买受人的权利保障作出了规定，“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”，虽然针对的是没有进入破产程序的房地产开发企业，但是法院在审判实践中应该可以参照适用。

而且《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》第二十九条也规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”据此，对于没有办理转移登记的购房者在符合一定条件时，相关规定也给予了一定特殊及优先保护。

对于已经支付全部购房款的买受人，特别是房屋已经交付入住的情况下，要求协助办理所有权转移登记的债权应该受到特别保护，不应等

同于一般债权。

（三）继续履行相关购房合同并不构成无效的个别清偿

另外，破产法还规定“人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效”。但是本文所讨论的情况下，继续履行合同义务的行为，并不一定构成无效的个别清偿行为。因为，虽然破产法中有关于个别清偿行为无效的规定，但是并非所有的个别清偿行为都无效，关键还是要考虑具体的个别清偿行为是否实会损害其他债权人的合法权益。

如果购房者已经支付全部购房款，但是房屋尚未转移登记，如果没有特殊情况，正如前所述，购房者的债权应该得到不同于一般普通债权人的特别保护。这种保护就类似于破产程序中对特定财产享有担保权的权利人的保护，即破产法上所称的别除权，这并不会对其他破产债权人的合法权益造成损害，也就不属于破产法所禁止的无效的个别清偿行为。

综上所述，虽然在本文所讨论的情况下，所涉房屋在权属上归属于破产债务人，但是支付全部购房款的购房者对该房屋的物权也是有可能实现的。对此，最高人民法院民一庭的倾向性意见也是：房地产开发企业进入破产程序的，买受人已支付了全部购房款但未完成所有权转移登记的房屋应认定为债务人财产支付了全部购房款的消费者买受人就所购房屋对房地产开发企业享有的债权具有特定性和优先性，房地产开发企业应当在破产程序中优先履行商品房买卖合同约定的交付已建成房屋并协助办理所有权转移的义务。

关于施工企业工期争议问题的探究

一、工期争议因何而起

建设工程施工过程中，合同当事人往往会产生争议，争议的内容一般包括工程价款争议、质量争议和工期争议。工期之所以产生争议，显然是合同约定的工期与实际工期出现了不一致。

通常来说，承发包人签订施工合同，都会合同中约定具体的

计划的工期，包括计划的开工日期、计划的竣工日期和计划的整体工期。工期的确定，也是双方当事人根据工程项目本身的特点，结合自身能力、专业技术规范、国家强制性规定等制定的工期，具有一定的合理性。但是，合同履行过程中，受制于各种原因，包括施工条件不具备、不可抗力、承包人施工组织不充分等，就造成实际工期与合同约定的计划工期不一致。

一旦工期发生争议，就发包人而言，可以主张工期延误，进而要求承包人支付工期延误的违约金，而就承包人而言，通常主张的是工程顺延，用以抗辩发包人主张的工期延误的违约金或者进而索赔相应的费用。

二、如何启动工期鉴定

工期争议产生后双方诉诸法院，但是因为工期的制定和执行涉及诸多专业知识，人民法院往往无法直接根据双方的证据确定工期。

《中华人民共和国民事诉讼法》第七十六条规定，“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”首先，该条规定鉴定所针对的是“查明事实的专门性问题”。之所以说工期问题是一个专门性问题，是因为工期中涉及工程关键线路识别、工程专业技术规范等等专业知识，法官、律师等非工程专业人士很难识别。

其次，启动鉴定的方式包括当事人申请和人民法院依职权启动。目前的鉴定启动，以当事人申请的居多，少见人民法院依职权主动启动的。根据最新的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称，《建设工程司法解释（二）》）第十四条第一款，“当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴

定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的,应当承担举证不能的法律后果。”从这条规定看,即便人民法院认为需要鉴定的,也是向当事人进行释明,转由当事人自行选择是否进行鉴定,而非直接启动鉴定。因此,人民法院依职权启动鉴定在实践中可能不会再出现。

最后,关于鉴定人的选择。虽然民诉法明确规定鉴定人需要具备相应的资质,但是,目前我国的法律和行政法规均未对工期鉴定机构的鉴定资质作出过任何规定。仅《中华全国律师协会律师办理建设工程法律业务操作指引》第125.2条规定,“目前法律、行政法规并未对工期鉴定机构的资质作出相关规定,但由于工期鉴定一般牵涉工期延期后应承担的违约金、损失赔偿的数额,故以委托具有工程造价咨询资质的机构进行鉴定为宜。”但是,该操作指引并不具有强制性效力,故具体到司法实践层面,仍可能在各个地区的法院,操作都不相同。

三、工期鉴定的主要内容

在鉴定人确定后,鉴定人将就所委托的事项进行鉴定。具体就工期鉴定的具体内容、鉴定依据等,目前我国并未就此有详细的规定。2014年3月17日,司法部颁布《建设工程司法鉴定程序规范》(SF/Z JD0500001-2014)。该规范中第7.2条就“建设工程工期鉴定”进行了相对详细的规定。但是,2018年11月8日,司法部又颁布了《司法部办公厅关于颁布和废止部分司法鉴定技术规范的通知》(司办通(2018)139号)又废止了2014年的规范。因此,目前,关于工期鉴定的规范,仍处于“空档期”,有待进一步明确。

但是,通过对《建设工程司法鉴定程序规范》内容可以看出,有关建设工程工期鉴定的事项,一般包括工期(在合同工期未约定或约定不明的情况下)、开工日期、竣工日期和工期顺延。

不难发现,关于竣工日期,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称,《建设工程司法解释(一)》)已经作出了规定;关于开工日期,《建设工程

司法解释（二）》也已经给出了认定的基本原则；关于工期，在合同未约定或约定不明的情况下，参照《建设工程司法鉴定程序规范》第7.2.3条的规定，由鉴定人根据相关的工期定额进行确定也具有一定的合理性。

但是，关于工期顺延，《建设工程司法解释（二）》只是就合同约定的申请、确认等程序性问题如何认定作出了规定，并未对如何界定工期顺延的事由作出具体的规定。这给当事人在举证证明工期顺延事由和法官认定工期顺延事由时造成了相当大的困难。这一问题在工期的司法鉴定过程中也亟需明确。

四、工期鉴定的重要影响因素

《建设工程司法解释（二）》未规定认定工期顺延事由的标准，《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》一书中，最高人民法院虽然罗列了发包人迟延支付工程款、工程量增加、工程分包延误等几个比较常见的工期顺延的理由，但也并未明确当一方当事人提出这些事由时，如何进行分析和筛选，确定其与工期顺延的关系。

《建设工程司法鉴定程序规范》虽然已经被废止，但是其在第7.2.8条中旗帜鲜明地提出了将“关键线路”和“关键工作”作为衡量工期顺延与否的一个标准，“设计变更和工程量增加，应查明是否增加了关键线路和关键工作上的工程量。关键工作增加了工程量，工期应予以顺延；关键工作未增加工程量，工期可不予顺延”。

当然，我们也注意到，一方面就适用范围而言，虽然该规定仅是关于“设计变更和工程量增加”的情形，但是，实际上“关键线路”和“关键工作”的影响同样可能及于其他如发包人迟延支付工程款、工程分包延误等情形；另一方面就适用后果而言，参照前述规定中“应当”和“可以”的表述，“关键线路”和“关键工作”属于“充分但不必要”的条件，即如果认定为“关键线路”和“关键工作”则工期顺延，如果不是“关键线路”和“关键工作”，工期也未必不顺延。

该规定同时还对“关键线路”和“关键工作”进行了界定。“关键线路指在工期网络计划中从起点节点开始,沿箭线方向通过一系列箭线与节点,最后到达终点节点为止所形成的通路上所有工作持续时间总和最大的线路。”而“关键工作指关键线路上的工作,关键工作上各项工作持续时间总和即为网络计划的工期。关键工作的进度将直接影响到网络计划的工期。”具体到某一工程项目时,具体的“关键线路”和“关键工作”的认定,就属于项目管理方面的专门性问题,需要在工期鉴定时由专业人员作出认定。

五、对施工企业的建议

在工期问题上,施工企业先天处于劣势。发包人仅需证明开工日期、竣工日期,并在此基础上结合合同约定的工期,即可证明工期存在逾期。但是,对承包人而言,却要历经千辛万苦后,方才有可能得到工期的顺延。因此,施工企业在工期管理中必须做到详实。

施工单位应重视施工进度计划的编制。施工进度计划往往是经发包人审批通过的,具有相当的证明力,特别是关于“关键线路”和“关键工作”的证明。

- ◆ **实战案例研习** 本栏目将分享亲自实操的典型案列,运用清晰的逻辑思维进行案例的研究学习、答疑解惑,为您规避风险,成竹在胸。

浅析“意向书”的法律性质和效力

一、案情简介

2008年2月16日,某村委会与甲公司签订《联合开发意向书》,约定:“联

合开发项目面积约 28 亩左右，具体建筑面积以规划局审批为准。联合开发项目由甲公司负责开发经营，自行筹集建设资金，承担全部经营风险，确保村委会应得的经济利益。村委会不具体参与开发经营，不承担经营风险，负责处理当地村民及周边关系，为项目的进行提供必要的方便，并约定征用土地涉及安置房的，应按照建设成本价供应村民”。2012 年双方因村民安置问题无法达成一致意见，发生矛盾。

甲公司认为：《联合开发意向书》系民事协议，该协议不违反法律、行政法规的强制性规定，系双方真实意思表示，应受法律保护，村委会应继续履行《联合开发意向书》；

村委会认为：《联合开发意向书》仅是意向文件，没有法律约束力，只有双方据此进行谈判并签订正式合同书，才具有法律约束力。

二、重点问题研习

本案争议焦点问题：《联合开发意向书》是否属于依法成立的合同及其效力问题。

（一）意向书的法律性质

从我国立法现状出发，意向书的法律性质可以划分为本约合同、预约合同和磋商性文件三种类型。区分一份意向书属于哪一种类型，重点在于明确各类型的主要判断标准，准确认定当事人的真实意思表示。

1、构成本约合同的主要条件。程序上完成了要约、承诺的过程，合同的主要内容能够确定，比如当事人名称、标的、数量支付方式等在合同中有明确约定的，一般应将法律性质锁定为本约合同。

2、构成预约合同的主要条件。预约是约定将来订立合同的合同，一般会明确约定将来订立正式合同的义务或约定在一定条件下转化为本约。此情形下标的、数量是否必须确定不可一概而论，一般已经具备本约成立的大部分或者全部条款，未能确定的，则需在订立本约时进一步协商确定。双方可约定以正式签订的本约合同为准，进而将法律性质锁定为预约合同。

3、构成磋商性文件的主要条件。磋商性文件是在就正式合同条款协商、谈判过程中，对已达成一致的事项进行记录的过程性文件。但一般意思表示不够具体确定，标的、数量不能确定，或者约定了该文件不具有约束力、将

来订立正式合同等效力排除性条款。简言之，意向书与合同的核心区别是，当事人没有接受其约束的意思表示，或者因标的、数量不确定而无法成立合同。

（二）意向书的法律效力

1、如果只是磋商性文件，只想表达交易意愿，促进下一步协商，则一般无法律约束力。

2、如果构成预约合同，若违反则应承担预约合同违约责任或者损害赔偿责任。预约合同的特殊法律属性决定了预约合同的违约责任不同于本约合同，无论追究违约责任的损害赔偿，或者解除预约合同后的损害赔偿，仅限于赔偿机会损失(信赖损失)，而不包括可得利益(履行利益)。

特别是预约合同违约后，对方当事人不得依据合同法第 110 条关于强制实际履行的规定，请求人民法院强制违约方当事人订立合同，强制履行有违合同意思自治原则。

3、如果构成本约合同，则应按合同法等有关规定承担违约责任。

4、意向书中约定的保密条款及争议解决等程序性条款，无论是法律性质被定为磋商性文件还是预约合同，对于各方均具有约束力。

（三）涉案意向书的性质和效力

1、从本案意向书内容看，主要合同条款尚不具体和确定。合同成立的根本标志在于，合同当事人就合同的主要条款达成合意。《合同法》第 12 条规定：

“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（1）当事人的名称或姓名和住址；（2）标的；（3）数量；（4）质量；（5）价款或报酬；（6）履行期限、地点和方式；（7）违约责任；（8）解决争议的方法。”对照本案的意向书，意向书虽然对 28 亩土地初步达成了意向书，但对其中应按照建筑成本价供应给村民的安置房屋的户数、总面积尚未作出明确约定，同时意向书对合同的履行期限、地点和方式等约定亦均不明确。

2、从意向书的签订与村民代表大会召开的时间顺序看，双方签订意向书时，村民大会或村民代表大会尚未召开，事后也未明确对意向书进行追认。

3、从履行现状看，项目至今尚未进场开工。

综上，本案“意向书”的约定内容不明确具体，主要条款模糊，难以履行，

该意向书只是合作的意向性文件，不属于已成立的合同。

有限责任公司股东除名的实务问题

一、案情简介

上海森达贸易有限公司（简称“森达公司”），注册资本为100万元，股东为高祥、王标，高祥担任执行董事，王标担任监事。

2016年8月6日，森达公司召开股东会会议，作出决议如下：1、同意增加公司注册资本，由原注册资本100万元增至1000万元。2、同意吸收新股东嘉泰公司，嘉泰公司出资900万元，嘉泰公司应于完成股东的工商变更登记之日起一年内完成实缴的出资义务；同日，森达公司通过新的公司章程，并进行工商变更登记。

截至2017年12月14日，嘉泰公司完全未履行出资义务，森达公司向嘉泰公司邮寄“催告履行出资义务函”，因嘉泰公司未在公司章程规定的期限内履行出资义务，甚至完全没有履行出资，限其在收到函件之日起10日内出资，否则，森达公司将依法召开股东会会议，解除其股东资格。

后森达公司按法定程序通知嘉泰公司召开股东会，嘉泰公司出席股东会，但嘉泰公司对股东会所做出的全部决议均投反对票，此情况下，森达公司形成股东会决议：“因嘉泰公司未履行全部出资义务，且经合理催告后仍未出资，故经其他所有股东协商一致，决议解除其作为森达公司股东的资格。”高祥、王标在该股东会决议尾部签字，嘉泰公司拒绝签字。

由于嘉泰公司对股东会决议不认可，故高祥作为森达公司股东，诉至人民法院，请求确认森达公司就解除股东资格所作出的股东会决议有效。

二、重点问题研习：

（一）嘉泰公司完全未履行出资义务，其是否为真正的股东？

有限责任公司股东资格的确认，需以公司章程、出资证明书、股东名册、工商登记等因素进行综合判断，未履行出资义务并不能影响其股东资格。更进一步讲，即使股东未进行股权的工商变更登记，也不能否定其股东资格，工商变更登记仅为行政管理行为，并非设权性登记，而是宣示性

登记，旨在使公司有关登记事项具有公示效力。

（二）嘉泰公司对解除其股东资格的决议均表示反对，能否影响森达公司的股东会决议的效力？

本案的争议焦点在于，当股东会决议就股东除名问题进行讨论和决议时，拟被除名股东是否应当回避，即是否应当将嘉泰公司本身排除在外，各方对此意见不一，《公司法司法解释（三）》对此未作规定。对于此问题，法院现在所持的观点为：《公司法司法解释（三）》中规定的股东除名权是公司消除不履行义务的股东对公司和其他股东所产生不利影响而享有的一种法定权能，是不以征求被除名股东的意见为前提和基础的。在特定情形下，股东除名决议作出时，会涉及被除名股东可能操纵表决权的情形。故当某一股东与股东会讨论的决议事项有特别利害关系时，该股东不得就其持有的股权行使表决权。

本案中，嘉泰公司是持有森达公司 90%股权的大股东，森达公司召开股东会会议前通知了嘉泰公司参加会议，程序符合法律规定，已尽到了对拟被除名股东权利的保护。但如前所述，嘉泰公司在系争决议表决时，其所持股权对应的表决权应被排除在外，因此本案系争除名决议已获除嘉泰公司以外的其他股东一致表决同意，即以 100%表决权同意并通过，故该股东会决议应属有效。

因此，股东会讨论未履行出资义务除名决议时，未履行出资义务的股东不享有有效表决权或应当回避，其对股东会决议持反对意见不影响股东会决议的效力。

（三）关于股东除名事由的深入研究

关于股东除名的事由问题，《公司法司法解释三》将股东除名制度的前提限于未履行出资和抽逃全部出资。而事实上，威胁公司资本形成与维持的违法行为不仅包括未履行出资和抽逃全部出资，还包括出资不足、抽逃部分出资、虚假出资、出资瑕疵等等，但立法者并未将上述其他违法行为作为股东除名的事由。

但由于现行法律并未将未全面履行出资义务或者抽逃部分出资的股东列为股东除名的事由，这导致股东除名制度极易被规避，因此，在股东除

名问题上首先应制定完善的公司章程。

1、法律规定只有未履行出资义务或者抽逃全部出资的股东可以除名，为了避免这种情况，公司章程可以将股东除名制度列入公司章程，并规定比法律规定更为详细具体或者更加严苛的股东除名事由，比如规定股东未缴纳 50%以上认缴资本时股东会可将该股东除名。同时，为了避免公司章程中关于出资不足、抽逃部分出资、虚假出资、出资瑕疵股东除名的规定被认定无效后，出资瑕疵的股东权利不受限制，公司章程应同时规定未履行出资义务或者抽逃全部出资的股东、出资不足、抽逃部分出资、虚假出资、出资瑕疵等等股东权利受限，包括分红权、表决权，均按照实际出资比例行使权利。

2、当股东瑕疵出资或抽逃出资，经公司催讨后并未补足，即使该股东未抽逃全部出资，公司章程可规定股东会可在保留其股东资格的前提下，解除与其抽逃出资额相应的股权。

3、为避免股东对“在股东抽逃部分出资经催缴而未补缴解除其相应部分股权”的决议效力产生争议，同时督促股东及时足额出资，公司股东可将“在股东抽逃部分出资或未全面出资，经公司催缴在合理期限内（如 30 或 60 日内）未补缴的，公司股东会可以决议将该股东欠缴出资对应的股权解除，由公司办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资”之类的条款写入公司章程。该条款没有违反法律强制性规定和基本原则，未侵害股东的固有权利，且该解除相应股权的条款是经全体股东同意的，则公司以此类事由为依据作出解除股东相应股权的决议应属合法有效行为。

4、全体股东应在出资协议中对股东未及时实缴出资设置违约条款，通过由违约股东向守约股东支付违约金的方式督促全体股东履行出资义务、增强对信守出资义务股东利益的保护。

◆ **经典经济读物鉴赏** 业精于勤，荒于嬉。行成于思，毁于随。知之者不如好之者，好之者不如乐之者。读书足以怡情，读书足以养性。经典读物鉴赏带您一同领略四季的变换，体会知识的奥妙。

《经济成长的阶段：非共产党宣言》

——沃尔特·罗斯托

一、推荐理由

《经济成长的阶段：非共产党宣言》被视作经济现代化经典理论的代表作。其作者罗斯托作为一名经济史学家，因此书而被视作经典现代化理论的过程学派的代表人物，在西方经济学说发展的过程中留下了浓浓的一笔。

1958 年秋天，罗斯托在英国剑桥大学以“经济史学家对现代历史发展的观点”为题，就工业化问题，作了多次演讲，轰动西方的《经济成长的阶段》正是英国剑桥大学出版社根据演讲的讲稿出版的。

《经济成长的阶段》一经出版，立刻轰动一时，成为战后非小说类最畅销著作，颇得美国肯尼迪和约翰逊总统赏识，罗斯托由此官职加身，声名显赫，成为总统智囊团中的核心人物。20 世纪 70 年代以来，风行一时的“未来的震荡”、“第三次浪潮”，均与此书有“亲缘”关系。罗斯托的理论引起了西方经济学界的极大关注，国际经济学会为此专门举行了“关于起飞进入持续增长”问题的讨论会。尽管罗斯托的“起飞论”引起了异常激烈的争论，而且他的见解也有别于马克思主义的观点，但是作为 20 世纪著名经济学家，罗斯托在各个经济流派中仍稳稳地占据了一席之地。

二、内容简述

《经济成长的阶段》实现了罗斯托决心对两个问题的研究，即一个是范围较小的问题，用现代经济理论来说明经济史；另一个是范围较大的问题，即在整个社会的各种活动中，经济力量同社会和政治力量的关系。罗斯托再现了这样一个观念：经济的发展存在唯一的世界性道路，必须经过确定的、特定的发展阶段。富国今天所走过的道路，正是穷国明天要走的道路。

罗斯托认为，现代化是从农业社会向工业社会转变的过程，这个过程包括一系列阶段和深刻的变化。重点研究转变过程的特点和规律。

该书书名被称作非共产党宣言，是因为该书试图取代马克思将人类社会的发展分为原始社会、奴隶制社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会和共产主义社会六个阶段的主张。按照罗斯托设想的经济成长阶段，人类社会发展分为以下六个阶段。

1、传统社会阶段。此阶段没有现代科学技术；资源过多配置在农业，而非工业；在社会组织中起主导作用的是家族和氏族；生产力水平很低，人均实际收入仅够维持生存。牛顿学说以前属于这个阶段。

2、为起飞创造前提阶段。这是从传统社会阶段向起飞阶段转变的过渡阶段。此阶段，近代科学知识开始在工业生产和农业革命中发挥作用；金融业开始发展，并为新的投资提供资金；商业也随着交通运输业的改进而正在扩大。农业的发展具有基础性的作用，它既要提供更多的粮食来养活迅速增长的城市人口，又要为工业的发展提供资金积累和销售市场。所以，农业产量的增长具有重要意义，它决定着此过渡时期持续时间的长短。在政治上，也应有相应变革，以促进统一市场的形成和大笔社会经营资本的积累。这一时期，发展的障碍正在逐步克服，人均实际收入缓慢增长。历史上，英国是第一个为起飞阶段创造充分前提条件的国家。当今大多数贫穷国家正处在这个阶段。

3、起飞阶段。此阶段阻碍经济增长的问题得到解决，增长成为各部门的正常现象。达到此阶段必须具备三个条件：一是要有较高的积累比例，使积累占国民收入的10%以上；二是要建立起飞的主导部门，使它发展较快并带动其它部门增长；三是要有制度上的改革，即建立一种能够保证“起飞”的制度，以推动经济的扩张。此阶段农业劳动力逐渐从农业中解脱出来，进入城市劳动，人均收入大大提高。罗斯托认为，一个区域一旦实现起飞，经济就可以“自动持续成长”了，因为较大的积累比例和较强的主导部门，会使经济发展所需要的资本、技术不会感到不足，所需要的原料生产与供给、交通运输、劳动力供给等问题也可以得到解决。起飞阶段大致为30年。事实上，此阶段相当于资本主义发展史中的产业革命阶段。

4、向成熟推进阶段。这是起飞后经过较长期的经济持续发展所达到的一个新的阶段。此阶段，经济中已经有效地吸收了当时技术的先进成果，并有能力生产自己想要生产的产品。新的主导部门逐步建立，代替旧的主导部门，国民收入

中有 10%~20% 稳定地用于投资。一般来说，铁路建筑、钢铁工业以及大量使用钢铁的通用机械、采矿设备、化工设备、电力工业和造船工业等部门的发展，是一国经济“成熟”的标志。在向成熟阶段推进的过程中，成长所依靠的是对供给方面的投资，也就是靠对工业设备部门的投资，并由此带动了经济成长。而之所以能够成长，就是因为不断地、有效地把新技术应用到经济发展之中的结果，一旦经济对新技术的应用或推广速度放慢，经济成长就会失去冲力，而出现减速趋势。此阶段对外贸易的作用加强，农业劳动力占全社会劳动者的比重下降。相当于资本主义自由竞争向垄断过渡的阶段。历史上，经济发达国家用了 40 多年的时间完成了这一阶段，发展中国家 60 年代进入该阶段。

5、高额群众消费阶段。此阶段工业高度发达，经济的主导部门转向耐用消费品的生产（按罗斯托的说法，就是汽车工业部门综合生产体系），社会对高额耐用消费品的使用普遍化。越来越多的资源用来生产耐用消费品；技术工人和城市人口的比重都比前阶段有一定提高；用来供社会福利和保障之用的一部分资源逐渐增大；人们的生活方式发生了较大变化。美国是最早进入这一阶段的国家，其进入以 1913—1914 年福特汽车公司开始采用自动装配线为标志。西欧和日本则是在 50 年代进入这一阶段的。

6、追求生活质量阶段。此阶段以服务业为代表的提高居民生活质量的有关部门（包括教育、卫生保健、文化娱乐、市政建设、环境保护等）成为主导部门。这些部门的特点是提供劳务，而非生产物质产品。居民追求时尚与个性，消费呈现出多样性和多变性，人类社会将不再只以物质产量的多少来衡量社会的成就，而还包括以劳务形式、环境状况、自我实现的程度所反映的“生活质量”的高低程度。罗斯托认为，美国正在进入这个阶段。罗斯托认为，六个阶段中，起飞阶段最重要，是社会发展过程中的重大突破。

罗斯托的经济发展阶段论，是基于对发达资本主义国家发展历史的抽象和概括，从它出发可以演生出许多重要推论。这一理论及由此生发的推论，对发展中国家有很强的启发和借鉴作用。比如：罗斯托提出，不同发展阶段中存在不同的经济主导部门。主导部门是各个阶段经济发展的核心动力。形成主导部门的条件，是这个部门必须在国民经济中占有举足轻重的重要地位；有技术创新和迅速应用新技术的能力；有能够快速增长并带动其它部门增长的能力。罗斯托指出：

传统社会的主导部门是农业；起飞前阶段的主导部门是食品、饮料、烟草、水泥等工业部门；起飞阶段是非耐用消费品的生产部门（如纺织）和铁路运输业；成熟阶段是重化工和制造业；高额群众消费阶段是耐用消费品工业（如汽车）；追求生活质量阶段是服务业部门（如文教、卫生等）。

此外，根据罗斯托的主张，处在不同发展阶段的政府，其经济职能也有所不同。如：在经济发展的早期阶段，政府部门为经济发展提供社会基础设施，如道路、运输、环境卫生、法律与秩序、健康与教育及用于人力资本的投资等。在此阶段政府投资在总投资中占有较高的比重。这时政府主要倾向配置作用，政府的这些投入对于经济与社会发展的早期阶段的国家进入“起飞”、进入发展的中期阶段来说，是必不可少的。在经济发展的中期，政府投资只是对私人投资的补充。一旦经济达到成熟阶段，政府支出将从基础设施投入转向不断增加的教育、保健与福利服务的支出。而在“大众消费”阶段，政府突出再分配的作用，维持公平的政策性支出会大大超过其他支出的增长幅度，同时也会快于 GNP 的增长幅度。政府职能着力点的转变，有着深刻的经济原因，它与经济发展的阶段性有着密切的关系。

名家语录

尤瓦尔·赫拉利：《人类简史：从动物到上帝》

1、只要有可能发生的事，就是自然。

2、历史的铁则就是：事后看来无可避免的事，在当时看来总是毫不明显。

我们之所以研究历史，不是为了要知道未来，而是要拓展视野，要了解现在的种种绝非自然，也并非无可避免。未来的可能性远超过我们的想象。

3、快乐最重要的在于客观条件和主观期望之间是否相符。

4、所谓“想象的现实”指的是某件事人人都相信，而且只要这项共同的信念仍然存在，力量就足以影响世界。

5、我们对生活所赋予的任何意义，其实都只是错觉。

马丁·海德格尔：《存在与时间》

6、我们绝不应该让恐惧或别人的期望划定我们命运的边界，你无法改变你的命运，但你可以挑战它。

7、向死而生的意义是：当你无限接近死亡，才能深切体会生的意义。如果我能向死而生，承认并且直面死亡，我就能摆脱对死亡的焦虑和生活的琐碎。只有这样，我才能自由地做自己。

8、只有已经理解的人才会听。

9、生命充满了劳绩，但还要诗意地栖居在这块土地上。

10、世界并不是世上诸多可见的存在者的总和，人也并不是世界的一个组成部分；世界与人之间并不是客体与主体的二元对立关系。

鲁思·本尼迪克：《菊与刀》

11、一个人要是有所畏惧，那么他就不是神，也不是不可触碰的存在了。

12、尽管每个心灵原本都闪耀着道德的光辉，就像一把崭新的刀，但如果经常磨砺就会生锈。正如他们所说，这种“身上的锈”与刀上的锈一样都是坏东西。因此，人必须对刀和本性都给予同样的关注，时常磨砺。即使生了锈，心灵仍在“锈”的下边闪亮，只需重新打磨。

13、杀人犯：杀害某人肉体的人。嘲笑者：杀害某人心灵的人。

14、既然禅意可以顿悟，为何还要读那样多的佛经呢？和尚说，禅意就像鸟，飞来飞去，可能你一挥手就正好撞上，佛理则像网子，你懂得越多，捉到鸟儿的机会也就越多。

15、做人慷慨是好事，但你必须预见到接受你恩惠的人将感到“背负了恩情”。对此，必须谨慎。批评人也是正常的，但你得愿意接受他的厌恶所产生的后果。



河北宏策律师事务所

Hebei Hongce Law Firm

宏 策 与 您 同 行

编委会：田春燕 齐凯欣 刘思 郭孟 张凤霞

执行主编：田春燕

装帧设计：宏策设计部

联系电话：0311-67795630 15833951118

邮箱：hongcelawyer@163.com

网址：www.hongcelawyer.com

邮编：050011

地址：河北省石家庄市裕华区槐安东路105号怀特商业广场写字楼C座19层

© 本册所有修改权，更新权及最终解释权均属于河北宏策律师事务所所有。