债务人财产实务研究

**常 民 尚**

债务人财产实务研究

第一节 债务人财产概述

**一、债务人财产的概念与特征**

（一）债务人财产的概念

所谓债务人财产，是指归属于债务人的用以在破产程序中清偿债务人所有债务的财产。依据破产法第30条，包括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。破产法第107条第二款规定：“债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。”

（二）债务人财产的特征

1.债务人财产系债务人在破产程序启动至终结这一特定时期内的财产。

2.债务人财产存在于破产程序中，其目的与功能主要在于保障破产程序的正常、顺利进行，维护债权人的合法权益。

3.除特别情况外，债务人财产属于由管理人管理而不再由债务人管理的财产。破产法第13条规定：“人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。”第17条第一款规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。”第25条第一款规定：“（一）接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；（二）调查债务人财产状况，制作财产状况报告；（六）管理和处分债务人的财产。”

4.债务人财产系债务人在破产程序中所有的财产及财产权利的集合体。既包括土地使用权、探矿权、采矿权、厂房、机器、设备等物质性财产，又包括可以物化为货币的债权、股权、知识产权、商业秘密、技术秘密等财产性权利。

（三）债务人财产与破产财产的区别与联系

1.存在的时期不同。破产财产只存在于破产清算程序中。

2.两者的目的不完全相同。破产财产只能用于清偿债权人的债权。

3.性质不同。破产财产属于执行财产；债务人财产属于保全财产。

4.范围不同。破产财产为债务人破产宣告后的财产。（破产法第30条、107条）

5.处理方式不同。破产财产全部用来清偿债务。

**二、债务人财产的分类**

1.法定财产。又称自然财产，是指根据法律规定应当属于债务人财产的全部财产的集合。

2.现有财产。为管理人实质占有、控制的债务人财产。

3.分配财产。指可供对特定财产没有优先受偿权外的一般债权人分配以清偿债务人所负债务的财产。

**三、债务人财产的构成范围**

（一）债务人财产构成范围的概念，指组成债务人财产即成为债务人财产具体组成部分的所有财产的周围界限。

（二）债务人财产构成范围的确定标准。膨胀主义，普及主义。

（三）债务人财产构成范围的具体构成。破产法第30条。

1.破产申请受理时属于债务人的全部财产。积极性财产；依法所有或授权其经营管理的财产；分支机构、办事处机构的财产。包括：货币资产、实物资产、债权、股权及其他对外投资形成的权利、知识产权、用益物权及其他财产性权利（可以用货币估价；可以依法转让）、所有权保留买卖合同（买受人破产，因占有使用所产生的收益）

2.破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，即新取得的财产：一是，债务人继续营业所取得的财产；二是，原有财产产生的收益或孳息；三是，处分债务人财产的增值部分；四是，因破产申请受理前已经成立但债务人与对方当事人均未履行完毕的合同而新取得的财产；五是，由管理人新取得的财产。

3.在宣告债务人破产后的破产财产与债务人财产在构成范围上并无区别。破产法解释（二）第3条规定：“债务人已依法设定担保物权的特定财产，人民法院应当认定为债务人财产。对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。”民法典第386条规定：“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但是法律另有规定的除外。”破产法解释（二）第4条规定：“债务人对按份享有所有权的共有财产的相关份额，或者共同享有所有权的共有财产的相应财产权利，以及依法分割共有财产所得部分，人民法院均应认定为债务人财产。人民法院宣告债务人破产清算，属于共有财产分割的法定事由。人民法院裁定债务人重整或者和解的，共有财产的分割应当依据《物权法》第九十九条的规定进行；基于重整或者和解的需要必须分割共有财产，管理人请求分割的，人民法院应予准许。”第5条规定：“破产申请受理后，有关债务人财产的执行程序未依照《企业破产法》第十九条规定中止的，采取执行措施的相关单位应当依法予以纠正。依法执行回转的财产，人民法院应当认定债务人财产。”

（四）债务人财产消极范围的具体构成。

1.破产法解释二第2条规定，下列财产不应认定为债务人财产：一是，债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或其他法律关系占有、使用的他人财产；二是，债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产；三是，所有权专属于国家且不得转让的财产；四是，其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产

2.网络借贷信息中介机构破产的，出借人与借款人的资金分别属于出借人与借款人，不属于破产财产。《网络借贷信息中介机构业务管理办法》第24条第二款规定：“网络借贷信息中介机构因解散或宣告破产而终止的，应当在解散或破产前，妥善处理已撮合存续的借贷业务，清算事宜按照有关法律法规的规定办理。”第三款规定：“网络借贷信息中介机构清算时，出借人与借款人的资金分别属于出借人与借款人，不属于网络借贷信息中介机构的财产，不列入清算财产。”

3.证券公司破产，其在处置日前的佣金收入及富余外币结算备付金，不属于破产财产。

4.执行回转案件的被申请执行人破产的，申请执行人申请执行回转的财产，不属于破产财产。最高人民法院《关于执行回转案件的申请执行人在被执行人破产案件中能否得到优先受偿保护的请示的答复》（【2005】执他字第27号指出：“人民法院因原错误判决被撤销而进行执行回转，申请执行人在被执行人破产案件中能否得到优先受偿保护的问题，目前我国法律尚无明确规定。我们认为，因原错误判决而被执行的财产，并非因当事人的自主交易而转移。于是，不应当将当事人请求执行回转的权利作为普通债权对待。在执行回转案件被执行人破产的情况下，可以比照取回权制度，对执行回转案件申请执行人的权利予以优先保护，认定应当执行回转部分的财产数额，不属于破产财产。因此，审理破产案件的法院应当将该部分财产交由执行法院继续执行。”

5.参照《企业破产案件规定》第71条的规定，不属于破产财产：一是，已经出卖但未办理过户的汽车。2000年6月公安部交通管理局在给最高人民法院有部门复函中认为：“根据现行机动车登记法规和有关规定，公安机关办理的机动车登记，是准予或者不准予机动车道路行驶的登记，不是机动车所有权登记。”二是，债务人工会所有的财产；三是，破产企业以无偿划拨方式取得的土地使用权；四是，特种行业的经营许可权。《人民司法》研究组认为，根据有关法律规定，国家对一些特殊行业如烟草、废旧金属收购等，实行特许经营，企业符合法律规定的条件并依法经有关主管机关批准后才能经营该特种行业。特种行业经营许可实际上是一种资格的授予，这种资格依附于该特定企业，本身不具有独立性，也不具有单独的财产价值。故，具有特种行业经营许可权的企业破产的，该特种行业经营许可权不能被列为破产财产。在企业宣告破产后，该经营许可权应当依法消灭。五是，尚未办理产权证或者产权过户手续但债务人已向买方交付的财产（商榷）。民法典第209条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。”第232条规定：“处分本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”六是，尽管要求办理登记手续，可是该登记并非所有权的转移公示即转让标志的动产。民法典第225条规定：“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”《买卖合同解释》第10条规定：“出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；（四）出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。”《物权法解释一》第6条规定：“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为《物权法》第24条所称的‘善意第三人’的，不予支持，法律另有规定的除外。”《民法典》第311条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给买受人。”“受让依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求损害赔偿。”“当事人善意取得其他物权的，参照适用前两款规定。”《物权法解释一》第15条规定：“受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任。”第16条规定：“具有下列情形之一的，应当认定不动产受让人知道转让人无处分权：（一）登记簿上存在有效的异议登记；（二）预告登记有效期内，未经预告登记的权利人同意；（三）登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项；（四）受让人知道登记簿上记裁的权利主体错误；（五）受让人知道他人已经依法享有不动产物权。真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。”第18条规定：“《物权法》第106条第一款第（一）项所称的‘受让人受让该不动产或动产时’，是指依法完成不动产物权登记或者动产交付之时。当事人以《物权法》第25条规定的方式交付动产的，转让动产法律行为生效时为动产交付之时；当事人以《物权法》第26条规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。法律对不动产、动产物权设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意。”第19条规定：“《物权法》第106条第一款第（二）项所称‘合理的价格’，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。”第20条规定：“转让人将《物权法》第24条规定的船舶、航空器和机动车等将交付给买受人的，应当认定符合《物权法》第106条第一款第（三）项规定的善意取得的条件。”第21条：“具有下列情形之一，受让人主张根据《物权法》第106条规定取得所有权的，不予支持：（一）转让合同因违反《合同法》第52条规定被认定无效；（二）转让合同因受让人在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销。”

6.债权人对债务人的债务人行使代位权，生效裁判已在债务人破产申请受理前确认代位权成立的，根据《合同法解释一》第20条规定，实际不能再作为破产财产予以主张。（但笔者认为此观点有违破产法的规定）

7.债务人将动产出售给买受人，采取占有改定交付的财产。民法典第228条规定：“动产物权转让时，当事人又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。”

8.《民法典》第229条（生效文书直接改变物权）、230条（继承开始物权变动）、231条（事实行为成就）、232条（未经登记处分权受限）规定的物权对应的标的物，物权人对之主张物权的，管理人应依法认定。

9.在拆迁进行房地产开发的过程中，房地产企业用于拆迁安置补偿的房屋，不应列入债务人财产。（拆迁安置补偿责任已由政府承担，《商品房买卖案件解释》第7条规定已删除）

第二节 债务人财产的管理权

**一、对债务人财产的清理与调查**

1。对债务人财产分类登记造册，初步了解基本情况：（1）可分为实际占有的财产、没有占有支配的财产及占有支配他人的财产；（2）上述财产又按照现金、存款、有价证券及其他流动性资产，动产、不动产，知识产权等无形资产，投资性收益，财产性权利等小类分别进行登记。

2.在登记造册的同时，开展相关调查工作，查阅债务人有关财产档案资料如有关合同、付款凭证，询问有关知情人员，向开户银行、财产登记部门、担保物权登记部门调取有关档案材料，调查了解对方当事人基本情况。

3.注意区分债务人财产与非债务人财产。

4.注意区分他人具有优先受偿权的特定财产与其他财产。详细了解有关优先权情况及登记情况，并审查相关担保合同效力及可撤销情况。

5.对债务人的民事行为进行清理。是否有破产法第31条、32条等规定的行为。

**二、对债务人财产的清收与追取**

1.对债务人的债权，债务人的债务人主动清偿债务的，管理人应当及时接受。通过诉讼或仲裁途径追收债权，应当注意以下几点：一是，能不通过诉讼、仲裁解决的，尽量不采用此种方式；二是，不能协商解决，非要通过诉讼、仲裁解决的，管理人要全面认真研究分析有关资料，准备好确实充分的证据；三是，利用诉讼时效进行排查；四是，全面、认真调查、了解债务人的债务人财产状况，是否有能力承担债务；五是，将对外享有的债权、财产按照价值进行分类，对于数额不大或得不偿失的债权，自应根据实事求实的原则加以处理，该放弃的则应放弃，对此需要向债权人会议或人民法院如实报告，求得理解。《企业破产案件规定》第70条规定：“债务人在被宣告破产时未到期的债权视为已到期，属于破产财产，但应当减去未到期的利息。”

2.占有债务人的财产，基于合法行为或一般违法行为，可请求交付。应先发出交付财产通知书并告知后果。

3.占有债务人的财产，基于刑事犯罪行为，管理人应先发出能知，并可向有关机关报案或举报，通过刑事追赃程序追回。

企业破产法第17条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。债务人的债务人或者财产持有人故意违反前款规定向债务人清偿债务或者交付财产，使债权人受到损失的，不免除其清偿债务或者交付财产的义务。”第35条：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”第36条：“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，管理人应当追回。”

**三、对债务人财产的保管与保全**

《企业破产法解释二》第6条规定：“破产申请受理后，对于可能出于有关利益相关人的行为或者其他原因，影响破产程序依法进行的，受理破产申请的人民法院可以根据管理人的申请或者依职权，对债务人的全部或者部分财产采取保全措施。”

1。破产保全，是指在破产程序中为了防止债务人财产遭受不当侵害，确保破产程序顺利进行并进而保证债务人财产的完整性而使得所有债权人的债权得以公平清偿的目的得以实现而在必要时对债务人财产采取的一种临时性救济措施。

2.破产保全措施的适用必须发生在破产申请受理之后，破产申请受理时间乃是破产保全措施适用的时间界限。

3.破产保全措施的适用，既可由管理人申请，也可由破产法院依职权作出。

4.破产保全措施适用的对象或范围，既可是债务人的全部财产，也可是部分财产。

5.破产保全的具体措施，依照有关法律规定。

《民事查封、扣押、冻结财产的规定》，最高人民法院、自然资源部、建设部2004年发布《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（法发【2004】5号），最高人民法院《关于同一法院在不同案件中是否可以对同一财产采取轮候查封、扣押、冻结保全措施问题的答复》（【2005】执他字第24号）、《关于查封法院全部处分标的物后轮候查封的效力问题的批复》（法函【2007】100号）。企业破产法第19条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。”

**四、对债务人重大财产的依法处分**

《企业破产法》第69条规定：“管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：（一）涉及土地、房屋等不动产权益的转让；（二）探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；（三）全部库存或者营业的转让；（四）借款；（五）设定财产担保；（六）债权和有价证券的转让；（七）履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同；（八）放弃权利；（九）担保物的取回；（十）对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。”“未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。”《破产法解释三》第15条规定：管理人在处分破产法第69条规定的债务人重大财产时，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；实施处分前，提前10日书面报告债权人委员会或者人民法院。

（一）管理人处分债务人重大财产，应当由债权人会议决议决定：

1.决定者为债权人会议；

2.债权人会议决定管理人处分债务人重大财产的程序，要求管理人应当将要处分的债务人重大财产制作管理或者变价方案，而不是简单的书面报告；

3.必须是债务人的重大财产；

4.管理人处分涉及破产法第69条规定的债务人重大财产，如前所述，要经过债权人会议决定，但在一债会之前，应经人民法院许可。

（二）管理人处分债务人重大财产应当依法向债权人会议或人民法院履行报告程序：

1.报告义务的主体为管理人；

2.接受报告的权利主体为债权人委员会或法院；

3.必须书面报告；

4.报告的时间，为实施处分债务人重大财产行为10日前；

5.报告的内容，则为处分债务人重大财产的必要事项。

（三）管理人处分债务人重大财产，应当接受债权人委员会、法院的监督。

破产法第68条规定：“债权人委员会行使下列职权：（一）监督债务人财产的管理和处分；（二）监督破产财产的分配；（三）提议召开债权人会议；（四）债权人会议委托的其他职权。”“债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务作出说明或者提供有关文件。”“管理人、债务人的有关人员违反本法规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院作出决定；人民法院应当在五日内作出决定。”

第三节 破产撤销权

**一、破产撤销权的概念与特征**

（一）概念

破产撤销权，又称破产否认权，是指在破产程序中，管理人拥有的对于债务人在破产申请受理前一定时期内实施的损害所有债权人的整体利益、妨碍对全体债权人公平清偿的不当行为，依法申请人民法院取消该行为效力并追回相应财产的权利，是保全债务人财产，防止个别债权人抢先受偿等损害债权人整体利益，维护破产程序公平清偿债务人所负一切债权人所有债务的重要手段。

（二）特征

1.破产撤销权的主体为管理人。破产撤销权既是管理人的权利，又是依法应当承担的一项义务。民法上的撤销权：民法典第145条善意相对人对限民人实施的法律行为；第147条重大误解；第148条当事人一方欺诈；第149条第三人实施欺诈；第150条胁迫；第151条显失公平。民法典合同编的撤销权：第538条、539条债权人撤销权；第658条、663条、664条赠与人撤销权。

破产法第73条规定：“在重整期间，经债务人申请，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。有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务，本法规定的管理人的职权由债务人行使。”第74条规定：“管理人负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。”从文义上看，管理人拥有的破产撤销权等需要由债务人行使。但通说认为，破产撤销权属管理人专属的权利，不能由债务人行使。

2.破产撤销权行使的根据、原因。一是，债务人必须实施了损害债权人利益的不当行为；二是，债务人实施的损害债权人利益的不正当行为必须损害了所有债权人的整体利益，而非部分或个别债权人的个人利益；三是，债务人损害债权人整体利益的行为必须在破产申请受理前一定期间内实施；四是，债务人实施的损害债权人整体利益的行为，必须是破产申请受理前的行为。

3.破产撤销权行使的行使期间。为破产程序进行的期间。

4.破产撤销权的行使途径或方式。申请人民法院撤销。

（三）破产撤销权的功能与作用

**二、破产撤销权的行使原因**

根据破产法第31条、32条规定，行使原因包括两大类型：债务人破产申请受理前1年内的损害债权人整体利益的欺诈性转让行为和破产申请受理前6个月内的损害债权人整体利益的恶意个别清偿行为。

（一）债务人破产申请受理前1年内的损害债权人整体利益的欺诈性转让行为，具体包括：1.无偿转让财产（在破产法中，抵押权人对债务人所产生的债权或者债权确定的行为倘若发生在债务人破产申请受理前1年内，该最高额抵押的行为及其效力也就发生在债务人破产申请受理前1年内，属于破产法第31条第一项规定的应予撤销的无偿转让行为，应当依法予以撤销，以维护全体债权人的利益）；2.以明显不合理的价格进行交易；3.对没有财产担保的债务提供财产担保；4.提前清偿未到期债务；5.放弃债权。

（二）债务人破产申请受理前6个月内的损害债权人整体利益的恶意个别清偿行为，又称偏颇性清偿，其构成：1.债务人实施了个别清偿行为；2.必须损害债权人的整体利益；3.必须出于恶意（采取法律推定）；4.发生在受理前6个月（实践中，银行债权人扣划）

（三）破产撤销行为的起点计算。破产法解释二第10条作了扩充解释，强清转破产程序的起算点，为人民法院裁定受理强制清算申请之日。

（四）非破产撤销行为的个别清偿。

1.有担保物债权的清偿，担保物的价值高于债权额。《破产法解释二》第14条规定：“债务人对以自有财产设定担保物权的债权进行的个别清偿，管理人依据《企业破产法》第32条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外。”

2.执行程序的清偿（债务人与债权人恶意串通通过诉讼、仲裁、执行程序损害其他债权人利益的个别清偿，依法予以撤销，并非对原生效文书的撤销，并不涉及撤销生效文书及执行回转的问题，而是对债务人的违法清偿行为的撤销，可按破产撤销权诉讼直接加以解决。债权人仍可申报债权）。《破产法解释二》第15条规定：“债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿，管理人依据《企业破产法》第32条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益的除外。”

3.基于必要因素而个别清偿（维系生产而支付的水电费、支付的劳动报酬和人身损害赔偿金及使债务人财产受益的个别清偿）。《破产法解释二》第16条规定：“债务人对债权人进行的以下个别清偿，管理人依据《企业破产法》第32条的规定请求撤销的，人民法院不予支持：（一）债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的。（二）债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金的。（三）使债务人财产受益的其他个别清偿。”

**三、破产撤销权的行使途径及方式，应采取向法院提起诉讼方式进行。**

具体来说，应当注意：

（一）破产撤销之诉的当事人。应以管理人为原告（破产法解释二第9条规定，以管理人为原告，被告为破产撤销行为的相对人，而非债务人。这与债权人撤销权的规定不同）（合同法解释一第24条规定，债权人依照合同法第74条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人为第三人）

（二）破产撤销之诉的管辖。破产法第21条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起。”

（三）破产申请受理前债权人提起的撤销权诉讼如何处理。破产法第20条规定：“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。”管理人作为债务人的代表，依法参加该诉讼。

（四）破产申请受理后，债权人能否就破产撤销权的标的提起普通法上撤销权的诉讼问题。破产撤销权之诉优先适用，但不排斥普通法上的撤销权。《哈尔滨百货申请破产案的复函》指出：“哈尔滨百货采购供应站（下称百货供应站）在负债累累的情况下，抽出其绝大部分注册资金开办哈尔滨康安批发市场，尔后，申请破产。其做法严重侵害了债权人的利益。虽然该行为未发生在法院受理破产案件前6个月内，但其是为了逃避债务，故原则上应根据《民法通则》第58条第一款第七项的规定（注：以合法形式掩盖非法目的的），追回百货供应站开办康安批发市场投入的2217.3万元及该市场所犁盈利，作为破产财产统一分配。”《破产法解释二》第13条规定：“破产申请受理后，管理人未依据企业破产法第31条的规定请求撤销债务人无偿转让财产、以明显不合理价格交易、放弃债权行为的，债权人依据合同法第74条等规定提起诉讼，请求撤销债务人上述行为并将因此追回的财产归入债务人财产的，人民法院应予受理。”“相对人以债权人行使撤销权的范围超出债权人的债权抗辩的，人民法院不予支持。”《民商事审判纪要》第120条（债权人能否提起第三人撤销之诉）规定：“第三人撤销之诉中的第三人仅局限于民事诉讼法第56条规定的有独立请求权及无独立请求权的第三人，而且一般不包括债权人。但是，设立第三人撤销之诉的目的在于，救济第三人享有的因不能归责于本人的事由未参加诉讼但因生效裁判文书内容错误受到损害的民事权益，因此，债权人在下列情况下可以提起第三人撤销之诉：（一）该债权是法律明确给予特殊保护的债权，如民法典第807条规定的建设工程价款优先受偿权，海商法第22条规定的船舶优先权；（二）因债务人与他人的权利义务被生效裁判文书确定，导致债权人本来可以对民法典第538条、539条和企业破产法第31条规定的债务人的行为享有撤销权而不能行使的；（三）债权人有证据证明，裁判文书主文确定的债权内容部分或全部虚假的。”“债权人提起第三人撤销之诉还要符合法律和司法解释规定的其他条件。对于除此之外的其他债权，债权人原则上不得提起第三人撤销之诉。”

（五）破产撤销行为被撤销后的民事法律后果。产生恢复原状的法律后果。破产法解释二第11条规定：“人民法院根据管理人的请求撤销涉及债务人财产的以明显不合理价格进行的交易的，买卖双方应当依法返还从对方获取的财产或者价款。”“因撤销该交易，对于债务人应返还受让人已支付价款所产生的债务，受让人请求作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。”

（六）破产撤销行为转化为刑事犯罪行为的法律后果。按无效行为处理。

（七）管理人未对破产撤销行为提起破产撤销之诉的法律后果。导致债务财产不当减损的，承担赔偿责任。构成：1.管理人必须存在没有依法行使破产撤销权的行为；2.债务人的财产必须出现了不当减损的后果；3.必须存在着直接、必然的因果关系；4.管理人必须在主观上具有过错。破产法解释二第9条规定：“管理人依据企业破产法第31条和第32条的规定提起诉讼，请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返还债务人财产的，人民法院应予支持。”“管理人因过错未依法行使撤销权导致债务人财产不当减损，债权人提起诉讼主张管理人对其损失承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。”

破产撤销权的行使需要注意的几个问题

破产撤销行为，可能与普通法上的撤销行为甚至无效行为存在竞合，在此情况下，管理人依法可以行使破产撤销权

破产撤销中的欺诈性转让行为既包括生效法律文书确定的行为，又包括没有为生效法律文书确定的行为

破产撤销行为具有不同类型，一般情况下并不会重叠，可在特殊情况下并不排队重叠的可能

破产撤销权的行使并不一律排除普通法上的一般撤销、无效制度的辅助功能

第四节 破产无效行为确认权

**一、破产无效行为的概念与特征**

破产无效行为，是指由破产法规定的债务人实施的会给债权人整体利益造成严重损害便于法律上在任何时候都不承认其效力的行为。具有以下特征：

（一）破产无效行为系为破产法规定的行为。《刑法》第162条之2规定的虚假破产罪。

（二）破产无效行为系由债务人及其有关人员实施的行为，即破产无效行为的主体为债务人及其有关人员。破产法第33条规定：“涉及债务人财产的下列行为无效：（一）为逃避债务而隐匿、转移财产的；（二）虚构债务或者承认不真实的债务的。”

（三）破产无效行为的对象是针对债务人的财产行为

（四）破产无效行为的发生一般没有期限限制，可对个别清偿行为则要求发生在破产申请受理后才属于无效

（五）破产无效行为的实施不以债务人具有破产原因为前提

（六）破产无效行为的内容与方式仅限于破产法规定的特定情形（仅限于为逃避债务进行隐匿、转移财产的行为，虚构债务或承认不真实的债务的行为，以及受理后的个别清偿行为）

（七）破产无效行为的法律效果表现为在任何时候都确定不会发生任何效力

（八）破产无效行为确认权的行使，任何人在任何时间都可依法进行

**二、破产无效行为的内容与方式**

破产法第16条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。”破产法第33条（略）

（一）为逃避债务而实施的隐匿债务人财产的行为

（二）为逃避债务而实施的转移债务人财产的行为

（三）虚构债务的行为

（四）承认不真实债务的行为（既包括对不真实债务的全部承认，又包括对不真实债务的部分承认）

（五）债务人在破产申请受理后对个别债权人进行的个别清偿

**三、破产无效行为的确认**

（一）破产无效行为的非诉讼确认（对于管理人审查认定的破产无效行为，有关利害关系人存在异议的，可以向人民法院提出确认无效之诉）

（二）破产无效行为的诉讼确认（破产法解释二第17条规定：“管理人依据企业破产法第33条的规定提起诉讼，主张被隐匿、转移财产的实际占有人返还债务人财产，或者主张债务人虚构债务或者承认不真实债务的行为无效并返还债务人财产的，人民法院应予支持。”）

第五节 破产追回权

**一、破产追回权的概念**

破产追回权，是指破产法规定的管理人对于债务人及其出资人、工作人员因为违反破产法规定而取得的财产而依法追回，使其回归为债务人所有而由管理人管理、处分的行为。其具有以下特征：

（一）破产追回权为破产法所规定

（二）破产追回权是针对破产违法行为而取得的财产行使的权利

（三）破产追回权必须由管理人专属行使（企业破产法第17条）

（四）管理人行使追回权的法律后果，是使由他人通过非法行为取得的财产回归到由债务人所有的原来状态

**二、破产追回权的适用范围**

（一）他人因破产撤销行为取得的财产（破产法第31条、第32条、第34条）

（二）他人因破产无效行为取得的财产（破产法第16条、第33条）

（三）与出资人未履行出资义务相对应的财产。公司法第26条规定：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”第27条规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。”第28条规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”第30条规定：“有限责任成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。”第35条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资。”《民商事审判纪要》第6条（股东出资应否加速到期）规定：“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具务破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。”

（四）债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获得的非正常收入和侵占的企业财产。公司法第216条第一项规定，高级管理人员，包括公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司的董秘和公司章程规定的其他人员。破产法解释二第24条规定，非正常收入是指债务人具有企业破产法第2条第一款规定的情形时，债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权所获取的绩效奖金、普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收入及其他非正常收入。

（五）债务人对之享有所有权或者物权的其他财产

**三、破产追回权的行使**

（一）破产追回权的主体

（二）破产追回权的行使期间（破产申请受理后至破产程序终结前）

（三）破产追回权的行使途径（管理人因出资人未依法出资或者抽逃出资而向出资人以外应当承担责任的发起人、其他出资人、董事、高级管理人员、实际控制人等依法主张相应责任的，并非管理人行使追回权，为此不能以管理人自身作为原告提起诉讼）

破产法第35条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”破产法解释二第20条规定：“管理人代表债务人提起诉讼，主张出资人向债务人依法缴付未履行的出资或者返还抽逃的出资本息，出资人以认缴出资尚未届至公司章程规定的缴纳期限或者违反出资义务已经超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予支持。”“管理人依据公司法的相关规定代表债务人提起诉讼，主张公司的发起人和负有监督股东履行出资义务的董事、高级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际控制人等，对股东违反出资义务或者抽逃出资承担相应责任，并将财产归入债务人财产的，人民法院应予支持。”

（四）破产追回权的行使后果（归入债务人财产）

（五）破产追回权的辅助行使（在行使破产撤销权、破产追回权无法追回有关财产的情况下，管理人有权依法向有关责任人员通过诉认主张相应的赔偿责任。此时是根据普通民事法律代表债务人行使权利，故原告为债务人而非管理人。承担民事责任条件：（1）债务人必须实施了破产撤销、无效行为；（2）债务人的财产具有实际损失；（3）债务人的相关行为与财产损失之间存在因果关系；（4）存在故意或重大过失，即故意）

破产法第128条规定：“债务人有本法第31条、第32条、第33条规定的行为，损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。”

第六节 破产未履行完毕合同处理权

**一、破产未履行完毕合同概述**

（一）概念。破产未履行完毕合同，是指在破产申请受理后，债务人和对方当事人一方或双方对破产申请受理前成立且有效可在破产申请受理时还没有完全履行完结的合同。

（二）破产未履行完毕的双务合同类型。（1）债务人和对方当事人一方已履行完毕的合同，而另一方还未履行完毕；（2）债务人和对方当事人双方均未履行完毕的合同。

对方当事人已经履行完毕而债务人尚未履行完毕的合同，一般不能解除。对方当事人因为债务人未履行而对债务人直接享有债权，可以依法申报债权。即使解除合同，对方当事人只能就解除合同造成的损害依法申报债权或者要求继续履行。申报债权的，属于破产债权，不能因为管理人解除合同的决定发生在破产申请受理后就以共益债务处理。财产升值，债务人履行对债务人财产不利，除对方同类债权人较多不履行可能引起社会稳定或对方完全是基于居住消费等生活基本权利购置财产如房产应当继续履行的外，则应解除合同；出于“一房多卖”等原因导致一些购买者的合同根本无法履行，不得不解除合同的，解除合同而给购买人造成的损失，也宜作为共益债务处理。考虑资产增值情况，因解除合同而给购买人造成的损失则可作共益债务处理。

**二、双方均未履行完毕合同的处理**

破产法第18条规定：“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。”

（一）双方均未履行完毕合同必须符合破产法规定的条件。1.必须是合法有效的合同；2.必须是双务合同；3.必须是债务人与对方当事人在破产申请受理前成立的合同；4.必须是破产申请受理前双方均未履行完毕的合同。

（二）未履行完毕合同解除或者继续履行的决定权一般为管理人所拥有。重整或和解期间，有可能由债务人决定。

破产法第73条规定：“在重整期间，经债务人申请，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。”“有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务，本法规定的管理人的职权由债务人行使。”第89条规定：“重整计划由债务人负责执行。”“人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业。”第98条规定：“债权人会议通过和解协议草案的，由人民法院裁定认可，终止和解程序，并予以公告。管理人应当向债务人移交财产和营业事务，并向人民法院提交执行职务的报告。”

（三）对于双方均未履行完毕合同，管理人有权决定解除或者继续履行。系管理人单方的权利，无论是决定继续履行还是决定解除合同，都不存在违约问题。

**三、管理人决定解除或者继续履行双方均未履行完毕合同的基本根据，主要包括以下几个方面：**

（一）必须有利于减少债务人的财产损失

（二）必须有利于债务人财产的保值与增值

(三 )须有利于降低债务人财产毁损、灭失的风险

（四）必须有利于破产程序的正常、顺利进行

（五）管理人决定继续履行或者解除合同的利益平衡之考虑。管理人可以依据企业破产法第42条规定第5项规定“管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务”与合同的对方协商解决因解除合同使个别债权人造成极大损害而产生的重大不公平。

**四、管理人决定解除或者继续履行双方均未履行完毕合同的法律后果**

（一）管理人决定解除或者继续履行，均应及时通知对方当事人

（二）双方均未履行完毕合同的解除或者继续履行的决定权主体一般为管理人，而非合同的相对方（在重整或和解程序中，由债务人依法自行管理财产和营业的，则由债务人行使）

（三）未对双方均未履行完毕合同决定解除或者继续履行的法律后果（催告或视为解除）

（四）管理人决定继续履行双方均未履行完毕合同，对方当事人有权要求提供担保

（五）对于双方均未履行完毕的合同，管理人不能单方变更其合同的内容（劳动合同继续履行可依法调整高管的工资条款）

（六）管理人决定解除或者继续履行双方均未履行完毕的合同，应当依法受到监督

破产法第69条规定：“管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：…（7）履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同…”“未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。”破产法解释三第15条规定，管理人在处分企业破产法第69条规定的债务人重大财产包括“履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”时，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通过；实施处分前，提前10日书面报告债权人委员会或者人民法院。

（七）决定解除双方均未履行完毕的合同的法律后果

破产法第53条规定：“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。”

1.产生的损害必须是出于管理人或者债务人的原因解除合同而产生；2.仅限于财产损害，也不包括可得利益损失；3.仅限于直接损害；4.损害不包括对方当事人因为合同约定的违约责任而可以得到的赔偿，如违约金、定金等。

**五、破产申请受理前成立双方均未履行完毕的几种常见合同的处理**

（一）劳动合同

破产法第15条规定：“自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日，债务人的有关人员承担下列义务：（一）妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；（二）根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；（三）列席债权人会议并如实回答债权人的询问；（四）未经人民法院许可，不得离开住所地；（五）不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。”“前款所称有关人员，是指企业的法定代表人；经人民法院决定，可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。”第113条第三款规定：“破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按该企业职工的平均工资计算。”这种工资待遇条款的变化，系法律强行规定的。

（二）租赁合同

出租人破产的，应以继续履行为原则，解除为例外（期限未到，必然对承租人生产、经营、服务等营业造成影响，造成承租人的损失，这种损失由于装修等各种原因，还可能较大，从而不利于债务人财产保值）；承租人破产，只对其中有利于管理人执行职务的部分予以继续履行。

（三）委托合同

民法典第934条规定：“委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，委托合同终止；但是，当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。”第935条规定：“因委托人死亡、丧失民事行为能力或者终止，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。”第936条规定：“因受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止，致使委托合同终止的，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当采取必要措施。”

（四）非所有权保留买卖合同。

1.与生产经营服务等营业直接相关的合同；2.与日常管理相关的合同，如供水、电、电话等；3.不动产买卖合同（对于一方已经完全支付了价款的买卖合同，并不属于“双方均未履行完毕的合同”，基于诚实信用及公平原则，一般应当继续履行）

（五）所有权保留买卖合同。

破产法解释二第34条规定：“买卖合同双方当事人在合同中约定标的物所有权保留，在标的物所有权未依法转移给买受之前，一方当事人破产的，该买卖合同属于双方均未履行完毕的合同，管理人有权依据企业破产法第18条规定决定解除或者继续履行合同。”第35条规定，出卖人破产，其管理人决定继续履行所有权保留买卖合同的，买受人应当按照原买卖合同的约定支付价款或者履行其他义务。买受人未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人管理人依法主张取回标的物的，人民法院应予支持。但是，买受人已经支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。因本条第二款规定未能取回标的物，出卖人管理人依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。第36条规定，出卖人破产，其管理人决定解除所有权保留买卖合同，并依据企业破产法第17条的规定要求买受人向其交付买卖标的物的，人民法院应予支持。买受人以其不存在未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分情形抗辩的，人民法院不予支持。买受人依法履行合同义务并依据本条第1款将买卖标的物交付出卖人管理人后，买受人已支付价款损失形成的债权作为共益债务清偿。但是，买受人违反合同约定，出卖人管理人主张上述债权作为普通破产债权清偿的，人民法院应予支持。第37条规定，买受人破产，其管理人决定继续履行所有权保留买卖合同的，原买卖合同中约定的支付价款或者履行其他义务的期限在破产受理时视为到期，买受人管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务。买受人管理人无正当理由未及时支付价款或者履行其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人依据民法典第641条等规定主张取回标的物的，人民法院应予支持。但是，买受人已经支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。因本条第二款规定未能取回标的物，出卖人依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。对因买受人未支付价款或者履行完毕其他义务，或者买受人管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖人损害产生的债务，出卖人主张作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。第38条规定，买受人破产，其管理人决定解除所有权保留买卖合同，出卖人依据企业破产法第38条的规定主张取回买卖标的物的，人民法院应予支持。出卖人取回买卖标的物，买受人管理人主张出卖人返还已支付价款的，人民法院应予支持。取回的标的物价值明显减少给出卖人造成损失的，出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣后，将剩余部分返还给买受人；对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，出卖人主张作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。

（六）承揽合同。

1.债务人为定作人（留置权。民法典第738条规定：“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付，但是当事人另有约定的除外。”）；

2.债务人为承揽人。

第七节 破产取回权

**一、破产取回权概述**

（一）破产取回权的概念与特征

破产取回权，是指破产申请受理后，除特别情形外而对某一财产享有物权占有关系的财产权利人，对于不属于债务人所有却为债务人占有或者按照合同应当为债务人而债务人并未占有的财产，依法不通过破产程序而通过管理人或者财产控制人直接将财产拿回由自己占有、控制、支配的行为。具有以下特征：

1. 破产取回权的主体为债务人之外的其他财产权利人。

破产法第37条：“管理人可以通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保，取回质物、留置物。前款规定的债务清偿或者替代担保，在质物或者留置物价值低于被担保的债权额时，以该质物或留置物当时的市场价值为限。”

2.除特别情形外必须是其他权利人的财产，而非债务人的财产。

3.合法的物权占有关系，而非债权关系

4.针对特定物享有的返还请求权

5.在破产程序过程中依法享有的特别请求权（一是，只能存在破产程序中；二是，不依破产程序而取回；三是，既可是债务人合法占有的亦可是非法占有的）

6.具有法定性。破产法第76条规定：“债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回的，应当符合事先约定的条件。”

（二）破产取回权的分类。一般取回权，特别取回权（出卖人取回权、行纪人取回权及代偿取回权等）

**二、破产一般取回权**

破产法第38条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。”

（一）破产一般取回权的标的物，必须为债务人占有然不属于债务人的财产

（二）破产一般取回权行使的条件。

注意两个方面：1.破产一般取回权的行使，其前提条件乃是财产权利人就取回权的标的物对债务人不负有清偿债务的义务。破产法解释二第28条规定：“权利人行使取回权时未依法向管理人支付相关的加工费、保管费、托运费、委托费、代销费等费用，管理人拒绝其取回相关财产的，人民法院应予支持。”2.债务人与财产权利人原来约定了取回条件的，除非存在破产重整等特定情况，一般情况下，财产权利人在破产程序中对债务人占有的自己享有物权占有关系的财产，不应受到债务人合法占有时与财产权利人事先约定条件的限制。破产法第46条第一款规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。”破产法解释二第40条规定：“债务人重整期间，权利人要求取回债务人合法占有的权利人的财产，不符合双方事先约定条件的，人民法院不予支持。但是，因管理人或者自行管理的债务人违反约定，可能导致取回物被转让、毁损、灭失或者价值明显减少的除外。”

（三）破产一般取回权的行使途径及方式。

1.应当通过管理人进行。

2.以直接向管理人主张为原则，以提起诉讼为例外。破产法解释二第27条第一款规定，权利人依据企业破产法第38条的规定向管理人主张取回相关财产，管理人不予认可，权利人以债务人为被告向人民法院提起诉讼请求行使取回权的，人民法院应予受理。

3.破产管理人对破产取回权的审查。破产法解释二第27条第二款规定，权利人依据人民法院或者仲裁机关的相关生效法律文书向管理人主张取回所涉争议财产，管理人以生效法律文书错误为由拒绝其行使取回权的，人民法院不予支持。（管理人应当尽量避免诉讼方式，以免徒增成本）

（四）财产权利人的破产取回权的行使，具有独立性与优先性。

1.决定继续履行合同，财产权利人仍然要求取回的，管理人或者债务人应当将财产返还给权利人；财产权利人在重整期间要求取回财产的，应符合企业破产法第76条规定。

2.决定解除合同的，财产权利人则应当依合同履行在合同解除之前已经形成的义务。

（五）需及时变现财产的破产取回权的行使。

破产法解释二第29条规定：“对债务人占有的权属不清的鲜活易腐等不易保管的财产或者不及时变现价值将严重贬损的财产，管理人及时变价并提存变价款后，有关权利人就该变价款行使取回权的，人民法院应予支持。”

1. 需及时变现财产的破产取回权的性质。与代偿取回权有本质区别。

2. 需及时变现财产的破产取回权的成立条件：

一是，财产权属不清。

二是，必须是需要及时变现。

三是，必须依法进行。从程序上讲，涉及重大的财产处置，应当按照企业破产法第69条及破产法解释三第15条规定，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通过；实施处分前，提前书面报告债权人委员会或者人民法院。

四是，应将变价款予以提存

3. 需及时变现财产的破产取回权的行使。财产权利人主张取回提存的变价款时，应当支付管理人为及时变现有关财产所支付的诸如评估、拍卖、运输、提存等费用，拒不支付的，管理人有权根据破产法解释二第28条的规定，予以拒绝。

（1）区分取回权与别除权；

（2）确定取回权的范围；

（3）正确界定和处置毁损或灭失的破产取回权标的物(破产申请受理前权利人只能申报债权)；

（4）标的物被债务人或清算组转让。

**三、破产特别取回权**

依法应为债务人占有可债务人源于各种各样的原因而没有占有的他人对其享有物权占有关系的财产，财产权利人在破产程序中，亦可依法向财产控制人取回。

（一）出卖人取回权。

1.设立基础，破产法第39条规定：“人民法院受理破产申请时，出卖人已将买卖标的物向作为买受人的债务人发运，债务人尚未收到且未付清全部价款的，出卖人可以取回在运途中的标的物。但是，管理人可以支付全部价款，请求出卖人交付标的物。”

2.构成条件，包括：一是，买受人进入破产程序；二是，破产申请受理时标的物已向债务人发运；三是，债务人未付清全部价款；四是，管理人拒绝支付全部价款。

3.标的物必须是在运途中的标的物。破产法解释二第39条规定，出卖人依据企业破产法第39条的规定，通过通知承运人或者实际占有人中止运输、返还货物、变更到达地，或者将货物交给其他收货人等方式，对在运途中标的物主张取回权但未能实现，或者在货物未达管理人前已向管理人主张取回在运途中标的物，在买卖标的物到达管理人后，出卖人向管理人主张取回的，管理人应予准许。出卖人对在运途中标的物未及时行使取回权，在买卖标的物到达管理人后向管理人行使在运途中标的物取回权的，管理人不应准许。

4.通过管理人行使；

5.行使时间必须在标的物到达管理人之前（当然不丧失一般取回权，可以依据企业破产法第38条规定行使一般取回权）；

6.必须以债务人没有付清全部价款为前置条件；

7.行使的方式及法律后果：一向承运人、保管人主张；二向管理人主张；三返还义务

（二）行纪人取回权。

民法典第951条规定：“行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。”可参照适用出卖人取回权

（三）代偿取回权。

破产法解释二第30〜32条规定。

1.构成条件：一，物权占有关系；二，财产先已被债务人、管理人占有，后又源于各种原因又未为其占有；三，管理人获得保险金、赔偿金、补偿金等代位物。

2.标的物为财产的代位物。

3.行使：一是，代偿取回权的行使乃是代偿取回权得以实现的基本条件；二是，应当直接向管理人主张，管理人不同意的，再通过诉讼的方式加以主张；三是，财产权利人的相关义务仍应履行；四是，破产重整中，权利人不应受破产法76条的限制；五是，管理人不应将代位物与债务人财产混同；六是，无代位物的，只能就损失申报债权（破产法解释二第32条第二款、第三款）；七是，无论是债权还是共益债务，均要扣除必要费用；八是，权利人主张合同违约、侵权损害赔偿等债务，必须符合法律规定；九是，管理人致债务人占有的他人财产毁损、灭失时，应当依法承担相应赔偿责任（破产法解释二第33条）「这种债务为共益债务，与管理人的职务相关，条件：职务行为【从以下方面考虑：1.管理人及相关人员是否以管理人的身份或名义从事侵权行为；2.所从事行为的内容来看是否属于管理人的职责范围（破产法第25条）；3.从行为目的看；4.行为时间、地域范围】」。4.财产被善意取得时的救济途径：一，受理前形成的损害赔偿请求债权按普通债权申报（破产法解释二第30条第一项规定）；二、受理后，共益债务（破产法解释二第30条第一项规定）；三，重整、和解程序中，债务人自行管理的，共益债务（企业破产法第73条、第89条）；四，受理前行为属于破产法第31条、33条情形，按上述法条处理。5.受让人不构成善意时的救济途径：受理前按普通债权申报（破产法解释二第30条第一项规定）；受理后，共益债务（破产法解释二第30条第一项规定）

**四、所有权保留合同中的取回权**

（一）所有权保留合同及其取回权的概念。所有权保留合同中，只有买受人破产时，出卖人在破产程序中行使的取回权才属于破产取回权。民法典第641条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”

（二）所有权保留合同的性质。不属于担保合同，而属于附所有权转移停止条件的买卖合同。买卖合同解释第35条规定：“当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害的，出卖人可以取回占有标的：（一）不依约定支付价款；（二）不依约定完成特定条件；（三）将标的物出卖、出质或者其他不当处分。”破产法解释二第35〜38条规定。

（三）所有权保留合同中的出卖人行使取回权的限制。破产法解释二第35条、37条规定，管理人决定继续履行合同的，除买受人支付的价款未达到标的物总价款的75%以上或者第三人善意取得外，买受人不依约支付价款，或作其他不当处分，出卖人就可依法行使取回权。

（四）所有权保留合同出卖人破产时的取回权等权利的行使。之一，价款支付未达75%；之二，标的物未善意取得；之三，买受人不当行为

（五）所有权保留合同买受人破产时的取回权等权利的行使。

1.管理人决定继续履行合同，共益债务。破产法解释二第37条规定：“买受人破产，其管理人决定履行所有权保留买卖合同的，原买卖合同中约定的买受人支付价款或者履行其他义务的期限在破产申请受理时视为到期，买受人管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务。”“买受人管理人无正当理由未及时支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人依据民法典第641条等规定主张取回标的物的，人民法院应予支持。但是，买受人已支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或其他物权的除外。”“出卖人依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。对因买受人未支付价款或者履行完毕其他义务，以及买受人管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖人损害产生的债务，出卖人主张作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。”

2.解除合同，如果因出卖人违约包括质量问题导致标的物价值明显减少，出卖人的债权仍作共益债务？另外，出卖人不行使取回权，相应价款仍作共益债务显然不公平。破产法解释二第38条规定：“买受人破产，其管理人决定解除所有权保留买卖合同，出卖人依据企业破产法第38条的规定主张取回买卖标的物的，人民法院应予支持。”“出卖人取回买卖标的物，买受人管理人主张出卖人返还已支付价款的，人民法院应予支持。取回标的物价值明显减少给出卖人造成损失的，出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣后，将剩余部分返还给买受人；对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，出卖人主张作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。”

**五、破产取回权的若干疑难问题分析**

（一）融资租赁合同出租人的破产取回权问题。

民法典第735条规定，出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。第745条规定：“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”

（二）信托关系的当事人破产取回权的问题。

信托法第2条规定，委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。1.委托人破产。一，委托人为唯一受益人，即受益人与委托人为同一人，信托财产作为破产财产；二，委托人为受益人但并非唯一的受益人，委托人享有的信托受益权作为破产财产；三，委托人并非受益人而破产，不属于破产财产。2.受托人破产。受益人对其信托权益有破产取回权。3.受益人破产。信托受益权属于破产受益人财产。

（三）让与担保合同当事人的破产取回权的问题。

民法典第401条规定：“抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。”第428条规定：“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”1.担保人破产，担保权人享有别除权，不存在担保权人根据破产取回权取回担保物的问题。2.担保权人破产，担保人对质物享有破产取回权，但应清偿债务。3.担保物为他人占有，质权人和所有权人享有破产取回权。

（四）关于货币能否作为破产取回权标的物问题

（五）关联企业、关系人之间的破产取回权问题。

1.债务人转移资产，管理人应当追回；2.债务人持有关联方资产造成混同，严格限制取回权。

第八节 破产抵销权

**一、破产抵销权的概念与特征**

破产抵销权，通常是指在破产申请受理前对债务人负有债务的债权人，在破产申请受理后不依破产程序而直接向管理人主张将其对债务人拥有的债权与其对债务人所负的债务等额相互抵偿、消灭的权利。具有以下基本特征：

（一）破产抵销权的主体一般情况下为债权人，特定情况下才为管理人，具有特定性。

破产法解释二第41条第二款规定：“管理人不得主动抵销债务人与债权人的互负债务，但抵销使债务人财产受益的除外。”

（二）破产抵销权的主动债权、被动债权，均发生在破产申请受理前。

1.均要求发生在破产申请受理前；2.受理后，明知债务人不能清偿债务，仍让债务人对其负债形成对债务人的债权，由债务人所为的，不能抵销；3.受理后，由于管理人原因对其负债致使对债务人形成的债权，为共益债权。4.债权人在破产申请受理后对债务人所负的债务，与债务人因为管理人对债权人所负的共益债务，原则上也应允许抵销，这种抵销不属于破产抵销的范畴，而是属于民法上的抵销。

（三）破产抵销权中的主动债权与被动债权相互抵销，不受债权的种类、性质及是否到期等情形的限制

民法典第568条规定：“当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。当事人抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”第569条规定：“当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。”破产法解释二第43条规定：“债权人主张抵销，管理人以下列理由提出异议的，人民法院不予支持：（一）破产申请受理时，债务人对债权人负有的债务尚未到期；（二）破产申请受理时，债权人对债务人负有的债务尚未到期；（三）双方互负债务标的物种类、品质不相同的。”

**二、几种特定债务的破产抵销权问题**

（一）优先受偿债权的破产抵销问题。

1. 优先受偿债权的债权人具有破产抵销权。法律规定而享有的优先受偿权，民法典807条建设工程价款优先权、海商法第21条船舶优先权、民用航空法第18条民用航空器优先权等。破产法第40条规定禁止抵销的情形。

2. 优先受偿债权相互抵销的类型。（1）受理前，债权人对债务人所负的债务具有优行受偿性质，而债权人对债务人所拥有的债权没有优先受偿权，不能抵销。（2）受理前，债权债务均有优先受偿权，可以抵销。（3）受理前，债权人所负债务没有担保物权，而债权有担保物权，在担保物市值范围内允许抵销。破产法解释二第45条规定：“企业破产法第40条所列不得抵销情形的债权人，主张以其对债务人特定财产享有优先受偿权的债权，与债务人对其不享有优先受偿权的债权抵销，债务人管理人以抵销存在企业破产法第40条规定的情形提出异议的，人民法院不予支持。但是，用以抵销的债权大于债权人享有优先受偿权财产价值的除外。”

3.优先受偿债权抵销所应注意的问题。（1）明确放弃优先受偿权的受破产法第40条规制。（2）债权人有优先受偿权，管理人可主张抵销。（3）应在特定价值范围内抵销。（4）优先受偿顺序不同，也应有区别。

（二）附条件或者附期限债权债务的破产抵销问题。

民法典第158〜160条规定：“民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”“附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”“民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。”

1.债权债务均没有附条件或期限，属于破产抵销的典型情况。

2.是否成就不确定时应提存，成就予以分配，确定不成就按比例分配给全体债权人。

（三）将来求偿权的破产抵销问题。

破产法第51条第2款规定：“债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，以其对债务人的将来求偿权申报债权。但是，债权人已经向管理人申报全部债权的除外。”为了保证这一抵销权的实现，也只能对可用来抵销的债权额在限度内予以提存，而不能提前行使抵销权。

**三、债权人破产抵销权的行使及异议**

（一）债权人破产抵销权的行使。

破产法解释二第41条第一款规定：“债权人依据企业破产法第40条的规定行使抵销权，应当向管理人提出抵销主张。”

1.应由债权人向管理人依法行使。

2.明确作出抵销的意思表示。

3.主动债权依法进行了申报，破产法第56条第二款规定：“债权人未依照本法规定申报债权的，不得依照本法规定的程序行使权利。”据此，只有依法申报的债权人才能参加破产程序并在该程序中享有包括破产抵销权在内的各种破产程序性权利。

4.主动债权必须依法得到确认。

5.行使的时间，于破产清算程序中，应在债权人申报破产债权后，破产财产分配方案讨论通过前的范围内。

6.应以等额抵销为原则。

7.破产抵销权的抵销不受法定清偿顺序的限制。

（二）债权人破产抵销权行使的效力。

1. 债权人破产抵销权行使生效的时间。九民纪要第43条：“抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。抵销的意思表示自到达对方时生效，抵销一经生效，其效力溯及自抵销条件成就之时，双方互负的债务在同等数额内消灭。双方互负的债务数额，是截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。行使抵销权一方享有的债权不足以抵销全部债务数额，当事人对抵销顺序又没有特别约定的，应当根据实现债权的费用、利息、主债务的顺序进行抵销。”破产法解释二第42条第一款规定，“管理人收到债权人提出的主张债务抵销的通知后，经审查无异议的，抵销自管理人收到通知之日起生效”。第43条规定，管理人以不符合普通法上规定的抵销条件而对债权人的破产抵销权行使提出异议的，人民法院不予支持。

2. 债权人破产抵销权行使的异议。管理人应在规定的期限内向人民法院提起抵销之诉（收到通知之日起3个月内），破产法解释二第42条第二、三款规定：“管理人对抵销主张有异议的，应当在约定的异议期限内或者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。无正当理由逾期提起的，人民法院不予支持。”“人民法院判决驳回管理人提起的抵销无效诉讼请求的，该抵销自管理人收到主张债务抵销的通知之日起生效。”

3.破产抵销权的溯及力债权人破产抵销权行使。

**四、破产抵销禁止行使的情形（企业破产法第40条）**

（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得的他人对债务人的非优先受偿债权，不得用于抵销。

（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人出于法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而负债务之外的债务，不得用于抵销

（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人源于法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而取得的债权之外所取得的债权，不得用于抵销。

（四）其他不得抵销的债权债务。

1.因债务的性质不能抵销而不得抵销（如人身性的债权）；

2.税收债权（债务人依法可主张国家赔偿）；

3.债务人的股东、发起人、出资人的欠缴出资不能抵销。关联交易产生的债权可适用衡平居次原则。公司法解释三第13条第二款规定：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。”破产法解释二第46条规定：“债务人的股东主张以下列债务与债务人对其所负的债务抵销，债务人管理人提出异议的，人民法院应予支持：（一）债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃出资对债务人所负债务；（二）债务人股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务。”

4. 债务人的股东、出资人、实际控制人滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务，不能抵销。

5.债权人因严重违法犯罪行为而对债务人所负的债务或对债务人所有的债权，不得抵销。

6.丧失国家强制力保护的债权，不得抵销。如诉讼时效、执行时效。

7.违背诚信原则。

第九节 破产别除权

**一、破产别除权概述**

（一）破产别除权的概念：又称破产优先受偿权，是指债权人因其债权在债务人的特定财产上设有担保物权或者享有法定特别优先权，因而在破产程序中对该特定财产依法享有的优先受偿的权利。

（二）破产别除权的特征。

1.是在债务人财产上所享有的权利。

2.对特定财产。破产法第109条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”第110条规定：“享有前条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。”

3.源于担保物权或法定特别优先权。

4.主体特定。

5.一般发生在受理前。破产法第75条第二款规定，在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。

6.优先受偿。

7.并非绝对地不受破产程序限制（应依法申报，向管理人主张，重整受限）。破产法第75条规定：“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保人权利的，担保人可以向人民法院请求恢复行使担保权。”第96条第二款规定：“对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。”

**二、破产别除权的基础权利**

（一）抵押权。

民法典第394条规定：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。”“前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，担供担保的财产为抵押财产。”

（二）质权。分为动产质权、权利质权。

民法典第425条规定：“为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。”“前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。”第440条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、本票、支票；（二）债券、存款单；（三）仓单、担单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）现有的以及将有的应收账款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”

（三）留置权。民法典第447〜557条规定（略）

（四）船舶抵押权、优先权、留置权。海商法第22条、第23条（略）

（五）民用航空器抵押权、优先权。民用航空法第16条、17条

（六）建设工程价款优先受偿权。

民法典第807条规定：“发包人未依照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期支付的，除根据建设工程的性质不宜折旧、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”建设工程解释一（略）

（七）国有土地使用权出让金优先权。

城市房地产管理法第51条规定：“设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。”

（八）购房消费者的优先受偿权。

最高人民法院2018年2月28日就再审申请人周玉生、蔡玉花与被申请人响水县广博金穗公司、二审上诉人响华公司执行异议之诉纠纷一案作出的（2017）最高法民再194号民事判决书中认定为：“虽然在一审法院查封之前，周玉生、蔡玉花未在定房协议基础上签订正式书面买卖合同，但根据民法典第490条的规定，当事人未采用书面形式订立合同，但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。周玉生、蔡玉花已经支付了绝大部分购房款，交纳了相关杂费，已经履行了房屋买卖合同的主要义务，并已由本人及其子女入住实际占有涉案房屋。因此，周玉生、蔡玉花与响华公司已经形成房屋买卖合同关系。周玉生、蔡玉花为本人及其子女生活居住需要从房地产开发经营者响华公司处购买商品房，其属于上述司法解释中规定的购房消费者，应当对其以居住为目的购房的权益予以特殊保护。而广博金穗公司对响华公司借款合同项下的债权，为一般债权，相对于消费者购房权益，不具有法定优先的地位。因此，周玉生、蔡玉花对涉案房屋所享有的权益，在受法律保护的顺位上应优先于广博金穗公司对响华公司的债权。”

1.针对购房消费者而言的。最高法2018年9月30日就广西恒冠建设公司、王贤安申请执行人执行异议之诉案作出的（2018）最高法民申1972号民事裁定书指出：“不应机械限于套数的理解。如原有住房不能满足现有家庭成员的居住要求，再购买房屋是为了对居住环境进行必要的改善，其仍属于满足生存权的合理消费范畴之内。本案根据已查明的事实，可以认定王贤安购买案涉商品房是用于居住的改善型消费之需，并用于商业性投资。恒冠公司认为王贤安购买商品房属于商业投资，王贤安对该商品房享有的民事权益不能优于恒冠公司享有的建设工程价款优先受偿权，无事实和法律依据，不能成立。”

2.购房消费者的购房行为，一定合法。

3.相对于一般债权人来说，没有问题。建设工程价款优先受偿权、抵押权不能对抗购房消费者的权利，“不能对抗”与“优于”含义不能等同。

（九）定金、让与担保、所有权保留能否作为破产别除权的基础权利：1.定金不能构成；2.让与担保不能构成（一，让与担保没有为法律所明文规定；二，没有任何法律规定，让与担保人对担保物享有优先受偿的权利）；3.所有权保留不能构成破产别除权的基础权利

**三、破产别除权行使的条件**

（一）破产别除权所担保的债权本身依法成立必须合法有效且已经生效

民法典第388条规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

（二）破产别除权的基础权利即担保物权、法定特别优先权必须依法成立并合法有效且已生效

1.设定作为破产别除权基础权利的担保物权的合同必须依法成立、合法有效。民法典第144条、146条、153条、154条规定的合同无效。民法典第399条：“下列财产不得抵押：…”第426条规定：“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”第499条规定：“法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。”

2. 担保物权、法定特别优先权应当依法设立。民法典第209条、第224条、225条、226条、402条、429条、443条、444条、445条，229〜231条。

3.应当符合破产法的有关规定

**四、破产别除权行使的方式**

（一）破产别除权行使的时间及方式。

1.破产重整程序中破产别除权的行使时间。破产法第75条规定（略）

2.人民法院裁定破产和解之日起即可行使。

3.破产清算程序中可依法行使。破产审判纪要第25条（担保权人权利的行使与限制）

（二）破产别除权行使的程序。

1.依法向管理人申报债权。破产法第49条、16条、75条、96条、109条（略）

2.审查确认别除权及其相对应的破产债权。

3. 破产别除权的实现。

民法典第417条：“建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但是新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。”第418条：“以集体所有土地的使用权依法抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。”

确定清偿顺序。民法典第414条、415条、416条、456条、457条（略）

**五、与破产别除权相关的几个问题**

（一）未及时行使建设工程价款优先受偿权是否具有破产别除权的问题。

（二）建筑工程的民工工资是否存在优先受偿权的问题。权利是否属于优先受偿权，应当由法律明文规定，因为这直接关系到其他债权关系的调整问题。建设单位没有缴纳民工工资保证金与民工工资是否具有优先受偿权没有直接因果关系。

（三）债务人因犯罪行为获得的赃款，能否通过刑事追赃程序追回其所有的财产问题。

如属特定物，破产法第38条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是本法另有规定的除外。”据此，该财产的权利人可以依法取回。同时，刑事追赃程序亦可实现追回。

1.犯罪行为给他人造成的人身、财产等损失，即因犯罪行为所产生的民事侵权或其他之债，在本质上属于民事之债；

2.“先刑后民”只是程序优先原则，并不是肯定其法律实体责任承担的优先适用；

3.货币不是特定物；

4.破产法第113条关于清偿顺序的规定系特别规定；

5.在诸如诈骗、非法集资等具体犯罪中，不少受害人均存在过错，如债务人以高额返利为诱饵，向他人非法集资，他人基于追逐高额利润而给债务人打款，致使债务人获得财物，因无法归还而最终造成损失。对这，受害人无疑存在过错。在非法集资等特定犯罪的情况下，受害人的行为在一定程度上为债务人的违法犯罪行为起了推波助澜的作用，由此造成的损失，尚要优先全额受偿，有悖于法律的基本精神。

（四）关于税收债权是否属于法定特别优先权的问题。

《税收征管法》第45条规定：“税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外；纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。”

通说认为，税收债权属于法律规定的一般优先受偿权，在破产程序中应让位于破产法第113条的规定。