

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2022年 第1期 | 总第079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】

债务人欠缴税款滞纳金
性质认定及处理

第三人撤销之诉
实务研究

破产财产清偿顺位
和可能涉及的费用

个人破产中债务人资产与负债
认定标准及审理方式的比较研究

【法理天地】

域外诉讼与仲裁中的
临时措施法律实务解析

合伙人张涌、宋涛等6名律师荣获 “市律协2021年度十大经典案例”奖

为树立律师执业示范，促进律师队伍职业化、专业化建设，提升行业规范服务水准，推动律师和律师事务所开展业务推广与形象宣传，市律协组织开展了“重庆市律师协会2021年度十佳案例”评选活动。合伙人张涌、袁珂荣获“十佳商业交易（非诉讼）法律服务案例”，合伙人宋涛、宋琴荣获“十佳破产案例”，合伙人郑鹏与顾问律师卢露荣获“十佳知识产权案例”。



成都办公室主任汪飞荣登 《商法》2022年度“律师新星”榜单



2022年3月18日，《商法》（China Business Law Journal）发布2022年度“律师新星”（Rising Stars 2022）榜单，成都办公室主任汪飞有幸荣列。

《商法》杂志由香港国际性专业刊物出版商 Vantage Asia Publishing Limited 出版，致力于为全球企业管理者提供高端商业及法律信息平台。本年度律师新星包括 60 名中国律师事务所律师，以及从事中国相关业务的 20 名国际律所律师。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第079期 2022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	吴红遐
汪飞	郑毅	郑继华
崔冽	张德胜	邓辉
傅达庆	刘军	宁思燕
文建	李燕	杨敏
柯海彬	梁勇	邓舒丹
赵明举	周尽	程地昌
李永	王必伟	柴佳
刘文治	青苗	伍伟
周鹏	肖东	黎莎莎
谢敏	郑鹏	袁珂
赵晨	高伟	吕睿鑫
任远	曹一川	赵寅皓
张龙	高红刚	文奕
王瑞勇	王冠男	杨敏

蒋官宝

责任编辑：宋琴

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

债务人欠缴税款滞纳金性质认定及处理 宋涛 2

第三人撤销之诉实务研究 邓辉 朱昀凌 8

破产财产清偿顺位和可能涉及的费用 张涌 18

个人破产中债务人资产与负债认定标准及审理方式的比较研究 文静 25

法理天地 THEORY

域外诉讼与仲裁中的临时措施法律实务解析 杨青 李慕乔 34

随着区块链技术的进一步发展及元宇宙的初步发展，各国出现了区块链的运用场景及元宇宙的雏形，各国也针对个人隐私、数据保护、数字货币和数字资产等新兴领域进行了相应立法。在此背景下，2022年1月5日，纽约办公室执行主任合伙人吕睿鑫举办了“区块链、元宇宙和数字资产律师业务前瞻”专题讲座。

2022年1月14日，全国人大常委会法工委沙坪坝基层立法联系点立法咨询专家第一次全体会议顺利召开，合伙人宋涛作为专家代表发言。为更好发挥专家学者在全过程人民民主中的积极作用，做深做实沙坪坝区基层立法联系点工作，经市人大常委会审议通过，全国人大常委会法工委沙坪坝基层立法联系点聘请了36名立法咨询专家。

为响应“推动成渝地区双城经济圈建设、打造高质量发展重要增长极”的战略部署，进一步推进成渝两地沟通交流，促进两地法律业务合作发展，开展多领域、多形式的合作，中豪成渝两地办公室2022年1月15日举办首期“协同创新高质量发展系列沙龙”。

2020年3月1日，修订后的《证券法》（以下简称新证券法）正式施行，新证券法全面确立了证券发行的注册制度，不仅降低了企业发行证券的门槛，同时也丰富了律师从事证券发行法律服务的业务机会。2022年1月19日，合伙人青苗在重庆办公室举办了“新形势下证券法律业务风险解析”专题讲座。

习近平总书记曾经说过：“文艺深深融入人民生活，事业和生活、顺境和逆境、梦想和期望、爱和恨、存在和死亡，人类生活的一切方面，都可以在文艺作品中找到启迪。”为了进一步提升党员律师的艺术修养，2022年1月21日，中豪党委组织党员前往龙美术馆欣赏庞茂琨艺术展，党委书记张涌带领对书画艺术感兴趣的党员律师参加了此次活动。

中豪新闻



为了让同仁更好地了解香港企业合规运营及法律风险防范、跨境诉讼及仲裁中可能涉及的临时措施等方面的内容与实操经验，以及近期内地与香港两地司法协助框架下新生效的《婚姻家庭事判决认可与执行的安排》的有关内容，2022年2月23日，合伙人杨青及律师李慕乔在重庆办公室举办了“香港企业合规运营及跨境诉讼与仲裁中的临时措施实务解析”专题讲座。

近几年，上市公司因陷入财务危机而进入重整程序事件时有发生。2022年1月4日，沪深交易所分别发布《证券交易所上市公司自律监管指引》。上市公司依法依规开展破产重整事项，律师在上市公司破产重整中，如何帮助企业防范风险显得尤为重要。2022年3月9日，顾问律师李雯举办了“上市公司破产重整业务法律实务解析”专题讲座。

《民法典》已于2021年1月1日正式生效。《民法典》被称为“社会生活百科全书”，几乎所有的民事活动，大到合同签订、公司设立，小到缴纳物业费，都能在《民法典》中找到依据。为了让外籍人士及在华外资企业详细了解《民法典》中与其利益密切相关的条款内容，2022年3月16日，中豪联合欧盟商会西南分会、中国瑞士商会西南分会、成都外商投资企业协会，通过线上方式，共同举办了“民法典亮点解析”英文专题讲座，成渝两地外资企业高管及法务负责人、领事馆工作人员、外国商会人员等参与了此次讲座。合伙人杨青、吕睿鑫及律师李慕乔分别作了精彩分享。

随着《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的修订与实施，全国各地均在进一步加强推动未成年人保护与发展工作。2022年3月18日，未保联合会召开一届一次会员大会暨一届一次理事会。会员大会审议了联合会章程，选举产生了理事会、监事会成员、秘书长，成都办公室合伙人邓舒丹当选为成都市未成年人保护与发展联合会监事长。

2021年9月14日，A公司破产管理人收到一份《税务事务通知书》。该通知书中要求A公司在2021年9月16日前缴纳2018年1月1日至2020年12月31日期间欠缴税款滞纳金。此外，该通知书中还载明，“你（单位）若同我局（所）在纳税上有争议，必须先依照本通知的期限缴纳税款及滞纳金或者提供相应的担保，然后可自上述款项缴清或者提供相应担保被税务机关确认之日起六十日内依法向国家税务总局重庆市B区税务局申请行政复议。”

债务人欠缴税款滞纳金 性质认定及处理

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室





宋涛 | 合伙人

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

A公司破产清算案概况

2018年5月24日，重庆市B区人民法院（以下简称B区法院）裁定受理A公司破产清算案。

2018年6月25日，B区法院指定XX律师事务所担任A公司破产管理人。

2020年5月15日，B区法院裁定宣告A公司破产。

2020年12月16日，B区法院裁定对管理人制作的《A公司破产财产分配方案》予以认可。

通知书涉及的法律问题

（一）《国家税务总局关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》能否作为“破产案件中债务人欠缴税款滞纳金性质认定及处理”的法律依据？

（二）破产清算中，债务人欠缴税款滞纳金能否突破人民法院裁定认可的破产财产分配方案规定予以个别清偿？

（三）债务人欠缴税款滞纳金是否属于破产债权？

（四）破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金能否作为破产费用清偿？

（五）破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金能否作为共益债务清偿？

（六）破产申请受理后，税务机关与

债务人就欠缴税款滞纳金纠纷应当采用何种程序处理？

通过法律检索后，对上述问题可以得出下列结论

（一）《国家税务总局关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》不能作为“破产申请受理后债务人欠缴税款滞纳金性质认定及处理”的法律依据

按照《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（法释〔2009〕14号）第二条及第四条之规定，法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、司法解释是民事案件裁判的法律依据。《国家税务总局关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》系税务部门的规范性文件，不属于上述法律依据中的任何一种，且与司法解释及最高人民法院批复内容冲突，故《国家税务总局关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》不能作为“破产申请受理后债务人欠缴税款滞纳金性质认定及处理”的法律依据。

（二）破产清算中债务人欠缴税款滞纳金不能突破人民法院裁定认可的破产财产分配方案规定予以个别清偿

按照《企业破产法》第一百一十五条、第一百一十六条之规定，管理人应当及时拟订破产财产分配方案，提交债权人会议讨论。破产财产分配方案经人民法院裁定认可后，由管理人执行。按照《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》第十二条规



定，法院裁定认可的财产分配方案，是税务及海关等部门在破产清算程序中办理欠缴税款本金、滞纳金、罚款入库及其未受偿部分核销的依据。故破产清算中债务人欠缴税款滞纳金不能突破人民法院裁定认可的破产财产分配方案规定予以个别清偿。

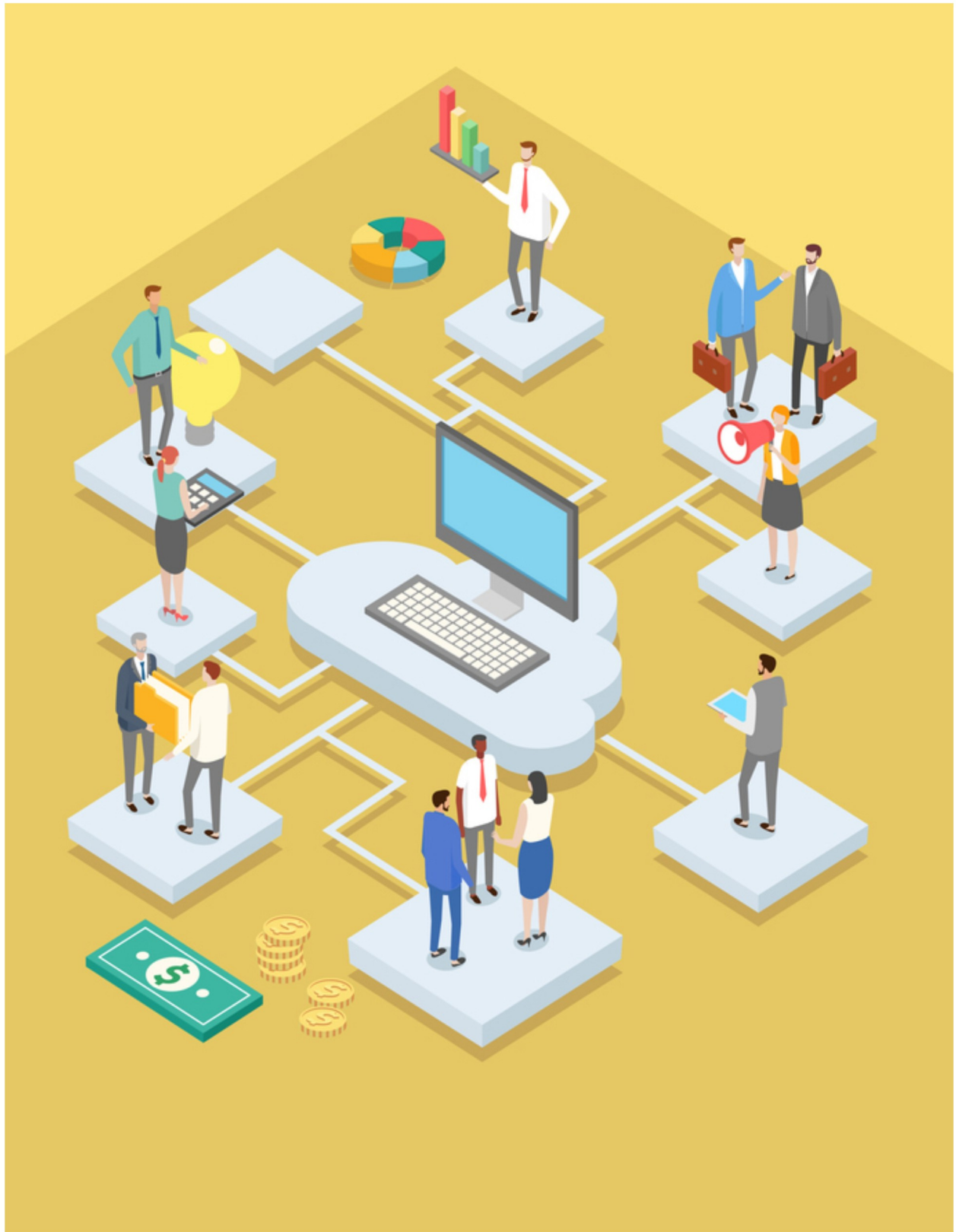
（三）破产申请受理前债务人欠缴税款滞纳金应当按照普通破产债权清偿，破产申请受理后债务人欠缴税款滞纳金不属于破产债权

《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批

复》中载明，依照企业破产法、税收征收管理法的有关规定，破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。对于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金，人民法院应当依照《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定处理。

《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》（2002年7月18日最高人民法院审判委员会第1232次会议通过，法释[2002]23号）第六十一条规定，下列债权不属于破产债权：（一）行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金以及其他有关费

用；（二）破产申请受理后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延履行利息和劳动保险金的滞纳金；（三）破产宣告后的债务利息；（四）债权人参加破产程序所支出的费用；（五）破产企业的股权、股票持有人在股权、股票上的权利；（六）破产财产分配开始后向清算组申报的债权；（七）超过诉讼时效的债权；（八）债务人开办单位对债务人未收取的管理费、承包费。上述不属于破产债权的权利，人民法院或者清算组也应当对当事人的申报进行登记。



最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）[（2019年2月25日最高人民法院审判委员会第1762次会议通过，自2019年3月28日起施行）法释〔2019〕3号]第三条规定，破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认。

按照《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条规定，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。民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权可以劣后于普通债权受偿。

（四）破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金不能作为破产费用清偿

第一，从法律关系看，破产费用也属于债务人负债的一部分，只是该部分负债应当先于破产债权受偿。对此，有《企业破产法》起草组及最高人民法院民二庭意见为证。

第二，从确认程序看，破产费用也应当经管理人审核，债权人有权监督并可诉请人民法院裁决。对此，有最高人民法院民二庭意见为证。

第三，从破产案件实务操作看，破产费用的种类、内容、数额及其支付，是破产财产分配方案的必要内容，该方案经债权人会议审议且经法院认可后由管理人执行。

第四，从清偿顺序看，破产费用应当先于破产债权清偿，故拟作为破产费用清偿的债权其清偿顺序应当优先于破产债权而不能劣后于破产债权。而按照最高人民法院司法解释、批复、会议纪要及审判意见规定，破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金不属于破产债权（即破产申请受理后债务人欠缴款项产生的滞纳金应当停止计算）或者劣后于普通债权受偿。故破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金自然不能作为破产费用清偿。

（五）同理，破产申请受理后，债务人欠缴税款滞纳金亦不能作为共益债务清偿

（六）《企业破产法》是税收破产债权确认应适用的特别法，故破产申请受理后，税务机关与债务人就欠缴税款滞纳金纠纷应当采用债权确认程序处理

在破产程序中，对各种债权的确认应当也只能适用破产法规定的程序。《企业破产法》第五十八条规定：“依照本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。债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的，由人民法院裁定

确认。债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》对破产债权确认诉讼问题也作了规定，如其第九条规定：“债务人对债权表记载的债权有异议向人民法院提起诉讼的，应将被异议债权人列为被告。债权人对债权表记载的他人债权有异议的，应将被异议债权人列为被告；债权人对债权表记载的本人债权有异议的，应将债务人列为被告。对同一笔债权存在多个异议人，其他异议人申请参加诉讼的，应当列为共同原告。”

在非破产程序中，税收债权（包括其他债权）的清偿是单个税收债权人与纳税人即债务人之间的个别问题。而在破产程序中，债务人已经资不抵债、无力清偿全体债权人的所有债权，这就使原本仅存在于税收债权人与债务人之间个别性质的债务清偿矛盾，因多数债权在债务人不足清偿的有限财产上出现竞合，进一步扩展到债权人相互之间。某个债权人清偿的多了，其他债权人的清偿就必然减少，原仅存在于直接当事人内部的债务人与债权人的个别清偿，对此前与清偿无关的其他债权人产生了利益冲突关系，如无法律规制，必然出现各债权人争抢清偿的混乱与不公现象。为此，《企业破产法》规定，对包括税收债权在内的破产债权的



清偿，必须通过集体清偿程序进行，以保障破产清偿的有序与公平。

与债权的集体清偿原则相对应，对债权的审查确认以及争议解决同样要经过集体性的程序，扩张到原有债务人和债权人两者之外的其他利害关系人。为此，《企业破产法》规定，对管理人制作的债权表要提交债权人会议集体核查，在债权表核查后，还要经过人民法院裁定确认，而管理人、债务人（与管理人对债权确认持不同意见时）、每个债权人对债权表记载的所有债权包括税收债权都享有异议权，即使不是原债权债务关系的当事人，也有权向受理破产申请的法院提起债权确认诉讼。这是在破产集体清偿中公平维护多方利害关系人诉讼权益的债权争议解决程序。

《税收征管法》第八十八条第一款规定：“纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保，然后可以依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院起诉。”这种行政复议程序与行政诉讼的特点，仅适用于破产程序外的个别债务人与税收机构之间税收债权争议的解决，不能也无法适用于在破产程序中债权集体化后的税收债权争议的解决。例如，该程序仅限于解决纳税一方（包括纳税人、扣缴义务人、纳税担保人）与征税一方即税务机关双方发生的纳税争议，无法容纳和解决其他利害关系主体参与税收债权争议解决程序的问题。

管理人的处理

2021年9月17日，管理人针对《税务事务通知书》给税务机关提交了一份《复函》。其中载明：“一、破产法规定，对包括税收债权在内的破产债权的清偿，必须通过集体清偿程序进行，以保障破产清偿的有序与公平。二、贵所要求A公司在2021年9月16日前缴纳税款滞纳金既不符合破产法规定，也不符合法院裁定认可的A公司破产财产分配方案规定，故管理人不能按照通知书要求付款。三、如果贵所认为对A公司享有通知书项下的滞纳金、罚款债权，应当依法向管理人申报债权。”

【摘要】 第三人撤销之诉作为裁判文书生效后案外人的救济途径之一，在司法实践中呈现出适用范围狭窄、原告胜诉难度高的特点。法院在第三人撤销之诉的审理过程中将多个因素纳入了考量范围，但考察的核心要素是原判决是否具有实质性错误。因此，参与第三人撤销之诉应当有针对性地逐一回应法院的各个考量因素。

【关键词】 第三人撤销之诉 案外人救济 恶意诉讼 虚假诉讼

第三人撤销之诉实务研究

◎ 文 / 邓辉 朱昀凌 / 成都办公室





邓辉 | 合伙人

专业领域：建设工程与基础设施、
房地产、国企法律服务
手机：+86 135 4102 3135
邮箱：sophie.deng@zhhlaw.com



朱昀凌 | 律师

专业领域：公司治理、争议解决
手机：+86 191 8217 6523
邮箱：yunling.zhu@zhhlaw.com

所谓第三人撤销之诉，是指《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条规定的诉讼制度：有独立请求权的第三人和没有独立请求权的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以在一定期限内单独提起诉讼，以改变或撤销原判决、裁定或调解书，维护自身权益。因此，从性质上来讲，第三人撤销之诉是一种可以由民事主体发起的对存在错误的生效裁判文书的纠正制度，既是第三人通过请求司法机关纠正生效裁判文书来维护自身权益的途径，也能够发挥一定的审判监督作用。

从检索结果上来分析，第三人撤销之诉制度的利用率极低。以威科先行作为检索工具，近五年内该系统收录的有关第三人撤销之诉的裁判文书仅有3838份，仅占全部民事裁判文书中的万分之0.37；而同为特殊诉讼程序案件的案外人执行异议之诉，有关裁判文书有294396份（检索基准日为2022年2月13日）。

同时，第三人撤销之诉的现有成文规则较为模糊。虽然看似《民事诉讼法》第五十九条将第三人撤销之诉立案的各个考量因素均考虑在内，但细察之下，每一个因素均表述过于笼统。如何评判“不能归责于本人”，而又如何评判“损害其民事权益”，均有赖于法律解释甚至是法官的自由心证。

因此，在可参考的类案有限、成文规则又较为模糊的情况下，代理第三人撤销之诉案件对于代理人的应诉策略和基本思

路提出了较高的要求。在我们承办的一起由最高人民法院终审的第三人撤销之诉案件中，我们将法律规定、司法解释、类案检索结果及案件审理过程中发布的指导案例的裁判观点进行汇总，甚至结合了一部分学术观点，总结了第三人撤销之诉成立的关键因素，并对其一一回应，从而最终胜诉。

案情介绍

2017年，委托人A公司参与B公司承包经营的钢厂的供应链，双方签订《供应链经营合作协议》等系列合同，约定由A公司向B公司提供原材料采购、钢材销售、物流运输等全供应链服务，A公司提供原材料，B公司生产钢材后销售给A公司，A公司再对外销售。后因B公司该项目欠付A公司大额款项，A公司退出原材料供应，但约定B公司应继续将生产的钢材售予A公司。后A公司取得钢材后，通过签订《工矿产品购销合同》等合同将钢材转售给C公司。截至2019年3月，A公司起诉前，B公司欠付A公司原材料款等共计3.89亿元；同时，A公司还应付B公司钢材款1.31亿元，双方互负债务；C公司亦欠付A公司钢材款1.29亿元。

2019年，A公司以B公司等相关主体为被告，向四川省高级人民法院提起诉讼（以下称原案），诉请将应付B公司钢材款与应收B公司原材料款等进行抵销，并要求B公司及相关方清偿抵销后剩余款项并承担资金占用损失。四川省高院支持了A公司诉讼请求，判决B公司和相关主体清偿抵销后剩余原材料款2.38亿元，并根据双方先前协议约定自2018年9月起计算资金

占用费。同年，A公司以买卖合同纠纷为案由起诉C公司，诉请其支付钢材款1.29亿元。

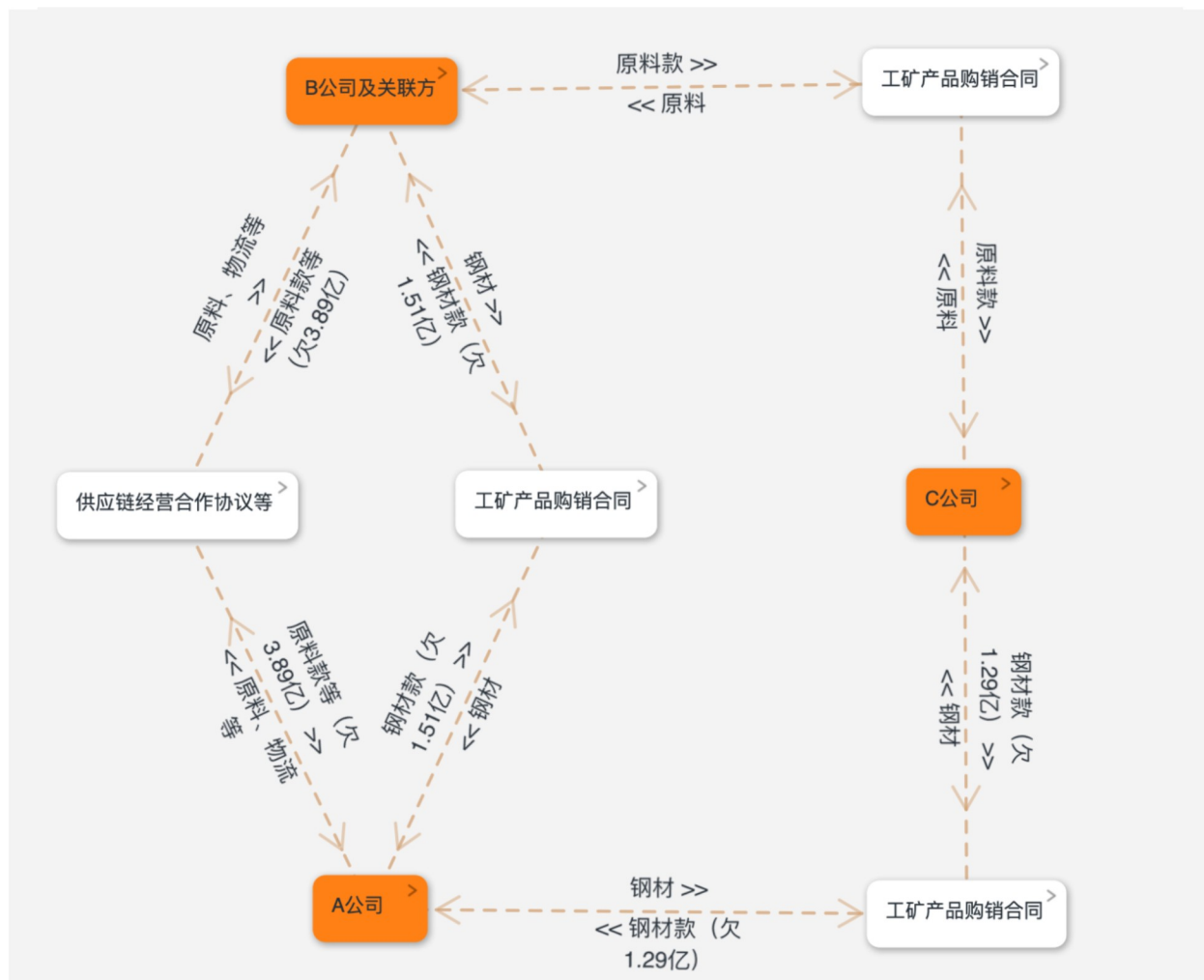
C公司遂以案外人身份向四川省高院提起第三人撤销之诉（以下简称本案），称B公司欠付其大额原材料款，并称A、B、C三公司达成以钢材销售款定向支付C公司原材料款的合意：C公司向B公司提供原料，B公司生产后通过A公司将成品销售给C公司，C公司再通过A公司向B公司支付

钢材款，B公司向C公司支付原料款；C公司通过分别与A公司、B公司开立银行共管账户来控制供应链上的货款支付。因此，C公司认为，A、B公司无权自行就互负债务进行抵销，即使要抵销也应当是A、B、C三方在三方合意范围内进行抵销；基于建立共管账户的合意，C公司的原料款在三方债权债务关系中应当优先受偿。C公司认为，A、B公司的抵销行为损害了其原料款优先受偿权，因此要求撤销原案判决并确认抵销行为无

效。同时，C公司也申请法院中止审理A公司诉其支付钢材款1.29亿元一案。

本案中，如C公司的主张被法院支持，则A公司只能向B公司直接主张债权3.89亿元，同时丧失向C公司主张钢材款1.29亿的权利。C公司诉A公司第三人撤销之诉案、A公司诉C公司买卖合同纠纷两案高度关联，赢则全胜，输则完败。

A公司起诉前的各方权利义务关系



法律分析

（一）第三人撤销之诉立案审查的基本目的

立法机关对第三人撤销之诉主要立法目的解释为应对虚假诉讼。根据全国人大常委会法制工作委员会在《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》中对第三人撤销之诉制度加入《民事诉讼法》的解释，设计这一制度的目的是应对当事人通过恶意诉讼等手段侵害他人权益的情况，特别是一些当事人利用诉讼调解进行诉讼欺诈，损害第三人合法权益，增加第三人撤销之诉可以对受到侵害而未能参加诉讼的第三人给予救济。

司法机关对该制度立法目的的解释为保护受错误裁判影响的第三人的合法权益。在本案由最高人民法院二审审理期间，最高院发布了第27批指导案例，其中指导案例148号《高光诉三亚天通国际酒店有限公司、海南博超房地产开发有限公司等第三人撤销之诉案》的裁判理由中提到，“第三人撤销之诉制度的设置功能，主要是为了保护受错误生效裁判损害的未参加原诉的第三人的合法权益。由于第三人本人以外的原因未能参加原诉，导致人民法院作出了错误裁判，在这种情形下，法律赋予本应参加原诉的第三人有权通过另诉的方式撤销原生效裁判”。

但同时，第三人撤销之诉立案

审查的考量因素除了是否能够遏制虚假诉讼和维护第三人合法权益之外，生效裁判的稳定性也是需要被考虑的重要因素。最高人民法院在指导案例150号《中国民生银行股份有限公司温州分行诉浙江山口建筑工程有限公司、青田依利高鞋业有限公司第三人撤销之诉案》的裁判理由中明确指出，“第三人撤销之诉的审理对象是原案生效裁判，为保障生效裁判的权威性和稳定性，第三人撤销之诉的立案审查相比一般民事案件更加严格”。

从利用威科先行检索到的生效裁判文书上来看，近五年收录的第三人撤销之诉裁判文书中，69.91%的裁判文书是裁定书，而近五年收录的全部民事裁判文书中，裁定书的比例为46.70%，一定程度上可以反映出第三人撤销之诉的案件被驳回起诉的比例相较于其他类型的诉讼更高（检索基准日为2022年2月13日）。

由此可以看出，司法机关对于第三人撤销之诉的立案审查持一种审慎的态度，在保证生效裁判的稳定性的前提下，将该制度的实施严格限制在了打击恶意虚假诉讼、纠正错误的生效判决的范围内，对于主体不适格、原案无错误、权益未受损的第三人撤销之诉立案审查的标准较为严格。

因此，通过对该案事实的梳理和分析，基于上述立法目的，我们





认为本案胜诉的关键点在于论证C公司不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。在确立了这一基本思路后,我们结合理论、规定和司法实践,对第三人撤销之诉的成立要件进行了以下几点归纳,并按照归纳结论提出了代理意见。

（二）第三人撤销之诉成立的主体要件

从第三人撤销之诉的要件来分析,提起第三人撤销之诉的主体,

既可以是原案有独立请求权的第三人,也可以是没有独立请求权的第三人。

1.原告是否为原案有独立请求权的第三人

何为有独立请求权的第三人,现行的法律体系并没有明确的界定。从法理角度分析,有独立请求权的第三人通常享有实体请求权,而其参与的他人的诉讼中,他人所主张的请求与自己所享有的请求权

发生冲突,主张他人并不享有实体上的请求权[张卫平,中国第三人撤销之诉的制度构成与适用[J].中外法学,2013,25(1):170-184.]。因此,《民事诉讼法》第五十六条第三款规定的独立请求权,必然包括人身权和物权,即绝对权利。至于是否包括作为相对权的债权,要具体情况具体分析。

实践中,司法机关倾向于将法律上给予特殊保护的债权纳入有独



立请求权的范围内，将普通债权人排除在外。根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第120条，“第三人撤销之诉的第三人一般不包括债权人，除非该债权满足特定的三种情形，即：一是法律明确给予特殊保护的债权，二是原诉判决导致债权人不能行使撤销权”。这里提到的特殊保护的债权包括建设工程价款优先受偿权、房屋买卖合同中作为消费者的购房者的优先权等；而撤销权本身虽然不是债权，但是赋予一定情况下的债权人撤销权，目的即为在特殊情况下给予其债权法律保护。

在本案中，我们向法院指出C公司不是原案有独立请求权的第三人：

(1) C公司不是原案债权及对应合同的当事人，对原案的诉争债权债务不享有实体权利。

(2) C公司所谓的原料价款优先权是其自行创设，并不属于法律上明确给予保护的债权，因此其主张成立的债权是普通债权。其作为普通债权人，不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。

2.原告是否为原案无独立请求权的第三人

从法律层面判断是否属于原诉无独立请求权第三人，应当以是否与原诉争议的法律关系存在直接牵连关系为标准，适度从严把握。根

据最高院第一巡回法庭民商事审判工作座谈会的会议精神，《民事诉讼法》第五十九条第二款规定的“法律上的利害关系”，应理解为存在直接关联的法律关系并在事实上产生利益影响的情形。当事人仅在事实上遭受利益影响而与原诉争议无法律关系上的直接牵连，不当属于原诉无独立请求权第三人，不享有针对原诉裁判提起撤销之诉的原告资格。

以指导案例第150号《中国民生银行股份有限公司温州分行诉浙江山口建筑工程有限公司、青田依利高鞋业有限公司第三人撤销之诉案》为例，原告温州民生银行对鞋业公司所有的涉诉房产和工业用地享有抵押权，被告山口建筑公司作为涉诉房产的实际施工人，对鞋业公司享有工程价款债权，在原告主张撤销判决的案件中行使了其建设工程价款优先受偿权，使之参与抵押物折价或者拍卖所得价款的分配。法院经审理认为，该抵押权的实现同建设工程价款优先受偿权案件的处理结果有法律上的利害关系，认为原告有作为原告提起第三人撤销之诉的主体资格。显然在该案中，由于抵押权的实现与建设工程价款优先受偿权的实现都指向了同一标的物，即涉诉房产，因此二者的诉求是不可调和的。由此我们可知，对于法律上的利害关系或法律上的牵连，司法机关的评判标准为如果原案件的处理结果必然影响到第三人的权利实现，则该第三人虽

然没有独立请求权，但具备了提起第三人撤销之诉的主体资格。

在本案中，我们认为C公司与原案法律关系没有牵连关系，不是原案无独立请求权的第三人：

(1) C公司主张三方达成了合意，但C公司与A公司、C公司与B公司、A公司与B公司间的合同均单独签订，C公司未能举证证明三方作出了循环交易的意思表示；其举证证明的事实包括三方共同盘点、部分货款通过共管账户支付等，A公司均能够做出合理解释；其举证证明发生的事实均为两两主体间的法律行为，无法得出三方形成合意的结论。因此，A、B公司间的债权债务与C公司无关。

(2) 本案客观上钢材销售并非按照C公司主张的循环交易模式进行。根据C公司举证证据可以证明在完成B公司到A公司再到C公司的成品交易中，每个环节均发生了所有权转移的效果，而非其主张的B方仅是确认方。

(3) 本案客观上价款也不是按照C公司主张的循环支付模式进行的。C公司主张其通过与A公司开立共管账户，保障其向B公司支付的货款可以到账；但账户收支情况显示，其向A公司付款既有通过共管账户，也有通过非共管账户，不能认定其主张的事实成立。

（三）对“生效裁判确有错误”标准的考量

裁判文书错误，既有程序使用错误，也有事实认定错误和法律适用错误，进而可能导致实体权利确认或处置错误。因此，作为一种对第三人权利救济的填补性制度，第三人撤销之诉成立的客体要件并无过多限定。在制度和实践层面，都可以找到类型化的能够符合提起第三人撤销之诉客体要件的“错误”。

首先是恶意诉讼、虚假诉讼。全国人大常委会法制工作委员会在《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定(2012修订版)》中指出，设置该制度主要是为了应对实践中当事人通过恶意诉讼等手段侵害他人权益的情况。恶意诉讼的评判并没有明确的依据可以遵循。有观点认为，恶意诉讼和虚假诉讼是包含关系，即恶意诉讼既包含一方当事人通过起诉以虚构事实诈害对方当事人，也包括双方当事人恶意串通并以虚构事实损害第三人利益[肖建华，论恶意诉讼及其法律规制[J]. 中国人民大学学报，2012，4（4）：13-21.]；也有观点认为，恶意诉讼仅包括一方当事人诈害对方当事人的情形，恶意诉讼和虚假诉讼是并列关系，双方串通虚构事实损害第三人利益构成虚假诉讼[任重，论虚假诉讼：兼评我国第三人撤销诉讼实践[J]. 中国法学，2014，6：241-262.]。显然，若恶意诉讼不包含虚假诉讼，便没有第三人，更不会有第三人撤销之诉了。因此，全国人大法工委指出的

“恶意诉讼”应当包含了虚假诉讼。

虚假诉讼的定义可参考《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》第1条：虚假诉讼一般包含以下要素：（1）以规避法律、法规或国家政策谋取非法利益为目的；（2）双方当事人存在恶意串通；（3）虚构事实；（4）借用合法的民事程序；（5）侵害国家利益、社会公共利益或者案外人的合法权益。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第120条也将“债权人以证据证明裁判文书主文确定的债权内容部分或全部虚假”纳入了可以提起第三人撤销之诉的范围。可见，对于第三人撤销之诉中因虚假诉讼导致原裁判文书错误的审查，核心在于审查据以做出原判决的实体权利是否真实存在。如果实体权利真实存在，便很难证明原诉讼当事人恶意提起了虚假的诉讼。

其次，裁判文书错误的范围也并不局限于虚假诉讼。例如指导案例第150号中，原判决错误之处在于，根据裁判作出时还有效的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条，承包人行使优先受偿权的期限为竣工之日后的六个月，而原判决中认可山口建筑公司行使优先受偿权的时间远远超过了法定期间。法院据此作出了撤销原判决的判决。

但并非任何错误都会造成原判决会被撤销的结果，有司法机关的观点

认为，仅事实认定错误或裁判理由错误，而不影响判决结果的，不符合第三人撤销之诉的立案条件。《北京市高级人民法院民一庭关于审理第三人撤销之诉案件适用法律若干问题的研讨纪要》中提到，“第三人对原生效判决、裁定、调解书的主文无异议，仅对事实认定及裁判理由提出异议并要求撤销或变更的，经法院释明第三人坚持该诉讼请求不变更的，裁定驳回起诉”。但总体上，对于“生效裁判确有错误”的理解，司法机关倾向于字面理解，而无需错误达到较严重的程度。换言之，上述司法机关都倾向于容忍程序性错误，仅对影响裁判结果的实质性错误进行纠正。

基于上述几点归纳，我们在答辩意见中向法院指出：

1.A、B公司签订的《供应链合作经营协议》系列协议和《工矿产品购销合同》均为双方真实意思表示，且真实履行，大部分债权债务已由双方进行过结算，原案不属于虚假诉讼。

2.双方基于两合同互负的资金债务也不是按合同性质或法律规定不得抵销的债务，抵销合法有效。

（四）对“损害其民事权益”评判标准的考量

如上文所述，《九民纪要》认为此处“民事权益”一般是指绝对



权力，而不包括普通债权。广东省高级人民法院在《广东省高级人民法院关于审理第三人撤销之诉案件疑难问题的解答》中对这一问题有更明确的解答，认为“应当适用侵权责任法第二条第二款关于民事权益的规定，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益，以及《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定的建设工程价款优先受偿权，《中华人民共和国海商法》第三节第二十一条、第二十二条规定的船舶优先权，

《中华人民共和国担保法》第三十三条规定的抵押权人优先受偿权，《中华人民共和国合同法》第七十五条规定的债权人的撤销权，《中华人民共和国企业破产法》第三十一条、第三十二条规定的破产债权撤销权”。

实践中，普通债权人提起第三人撤销之诉将面临较高的败诉风险。如最高人民法院公报案例胡炳光、胡绍料、周笃员、蒋美愈、周建光与德清金、恒坤房地产开发有限公司、张小平、沈金龙及陈莲英第三人撤销之诉纠纷案（2019年第11期），原告五人认为原案当事人背负巨额债务，却为逃避债务恶意串通达成虚假调解协

议，放弃到期债权，导致原告普通债权难以实现，故诉请撤销原判决。浙江省高院一审判决支持原告诉讼请求；最高人民法院在二审中则认为，普通债权的债权人不是第三人撤销之诉的适格原告，因此判决驳回原告的起诉。

而“损害”的认定除了存在事实上的损害结果外，还有两个隐含条件，除了以“生效裁判确有错误”为前提，还有生效裁判错误与其权益受损之间存在法律上的因果关系。上述广东省高院的《解答》第9条就提到，应“重点审查生效的判决、裁定、调解书的错误内容与

第三人民事权益损害之间是否存在因果关系”。

这一因果关系需是“法律上的因果关系”，而非“事实上的因果关系”。参考民事侵权的有关理论，后者关注生效判决是否在事实上是造成第三人撤销之诉原告实际损害发生的原因，而前者关注生效判决是否能够在法律上导致原告实体权利的行使受到妨害。以指导案例150号作为样本，法院认定判决与损害之间存在因果关系的核心在于第三人的实体请求与生效裁判无法兼容，进而直接导致其抵押权无法优先于被错误认定为优先债权的普通债权受偿。原告作为抵押权人，其实体请求实为确认抵押权优先于建设工程价款优先受偿权；而原判决中，法院不仅仅确认了山口建筑公司享有优先受偿权，还确认“该优先受偿权优于抵押权和其他债权”。因此，从逻辑上来讲，认定A优先于B必然导致B优先于A的权利受到损害，而不考量事实上第三人撤销之诉案的原告的利益是否真的在事实上受损。

因此，以上述分析为思路，我们在答辩意见中向法院指出，A公司就与B公司对互负债务进行抵销的行为，不仅没有损害C公司的权益，C公司对B公司享有的债权也有合法的救济渠道，可另行起诉。

案件处理结果

本案经四川省高级人民法院一

审，裁定驳回C公司的起诉；二审由最高人民法院审理，最高人民法院终审裁定驳回上诉，维持原裁定。

最高人民法院在裁定书中认为，提起第三人撤销之诉，应当具备主体资格并提供证据材料初步证明生效裁判文书部分或者全部内容错误，损害其民事权益；提起第三人撤销之诉的主体仅限于有独立请求权和无独立请求权的第三人，要求第三人与申请撤销的生效裁判内容具有法律上的利害关系，且普通债权人原则上不能提起第三人撤销之诉，因此C公司不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。这一标准与我们建立的诉讼思路框架几乎完全一致。

具体来看本案，最高人民法院认为：

（一）各诉讼参与主体间的合同均为独立签订，C公司举示的证据不能证明三方达成了循环交易的合意；C公司对B公司的债权也仅是普通债权。

（二）抵销行为未违反《合同法》第七十四条，不属于不当处分债权，因此有效，原判决不存在错误。

（三）共管账户一定程度上可以保障C公司回收对B公司的债权，但不能因此否认A、B公司合同的真实性；即使能认定共管账户设立的目的是为了保护B公司的债权，也不能认定其债权具有优先性。

（四）抵销基于A、B间合同下的债务，C公司不是该批合同的当事人，与原案没有法律上的利害关系。

（五）C公司的权利可以向合同相对方主张，不存在权利无法救济的问题。

对于A公司诉C公司的买卖合同纠纷案件，我们已经向法院申请恢复审理，相信在最高人民法院对本案“盖棺定论”的情况下，我们能够为委托人A公司争取到一个符合我们预期的结果。

启示

对上述考量因素进行归纳不难发现，原判决有实质性的错误是第三人撤销之诉成立的逻辑起点，原判决存在错误导致第三人权利受损才能成立因果关系，错误与损害间的因果关系实质上也与主体适格要件中的“法律上的利害关系”的内核是一致的，是否有利害关系又决定了起诉主体是否适格。第三人撤销之诉成立的各个条件环环相扣。因此，在处理第三人撤销之诉案件时，对于它的每一个环节，我们都应结合事实仔细论证，形成完整、清晰的逻辑链条。

【摘要】 破产清偿顺序，是指法律规定的对不同性质破产债权在分配时的先后次序。企业在进入破产程序后，会因为程序的进行、法院行为、管理人执行职务等产生不同种类的费用，债权顺序也会因为债权人申报债权的性质而有所不同。本文主要归纳整理破产程序中可能产生的相关费用，简要分析破产清偿顺位。

【关键词】 破产程序 破产财产 破产债权 清偿顺序 管理人履职

破产财产清偿顺位 和可能涉及的费用

◎ 文 / 张涌 / 重庆办公室





张涌 | 合伙人

专业领域：企业合规、破产重组、
房地产

手机：+86 133 0833 3618
邮箱：david@zhhlaw.com

新冠疫情持续发酵，使得经济下行，越来越多的企业面临破产的风险，社会上出现大量的破产案件。破产管理人在办理破产案件过程中不可避免地要涉及破产财产的清偿问题和相关费用问题。本文主要通过梳理和分析破产财产清偿顺序和可能涉及的费用，帮助从事破产的工作人员快捷高效地处理费用和破产财产的问题。

破产费用

破产费用是指人民法院在受理后，为保障破产程序顺利进行而支付的费用。根据《企业破产法》第四十一条的规定，破产费用包括破产案件诉讼费用，管理、变价、分配债务人财产的费用，管理人执行职务、报酬和聘用工作人员的费用。笔者认为，从管理人工作角度分析破产费用，划分为以下几个部分：

（一）管理人执行职务的费用

该费用是在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出的管理人执行职务所必需的费用，具体为管理人刻章费、租赁费、办公费、留用人员工资、差旅费、其他执行职务费用。其中，留用人员工资是债务人停止营业后管理人聘请留用人员进行工作的费用。留用人员主要辅助管理人的工作，如：留用的财务人员协助管理人清理债务人财产、会计账簿；留用的保安人员协助管理人照看债务人场所等。

（二）管理债务人财产的费用

该费用是管理人在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出的旨在保障债务人财产不贬值或流失所必需的费用，具体分为仓储费、运输费、清理费、维修保养费、保

险费、财产档案保管费、其他行政管理费。

（三）管理人聘用机构的费用

该费用为管理人评估、变价债务人财产所必需聘请机构的费用，具体分为聘用审计机构、聘用评估机构、聘用法律服务机构、聘用辅助拍卖机构、聘用其他机构的费用。

（四）变价债务人财产的费用

该费用为管理人在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出的变价债务人财产所必需的费用，具体为鉴定费、公证费、公告费、通知费、登记费、变价债务人财产的税费。

（五）分配债务人财产的费用

该费用为管理人在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出的分配债务人财产所必需的费用，具体分为公告费、通知费、提存分配费、其他费用。管理人分配债务人财产一般是转化为货币资金分配至各债权人提供给管理人的银行账户中，有些债权人因为部分原因未能联系或者未能分配的，管理人需预留提存分配的费用，以便将来清偿这一部分债权人的债权。

（六）破产案件的诉讼费用

该费用是在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出的旨在保障破产程序顺利进行所必需的程序上的费用。具体分为破产案件受理费、公告费、送达费、证据保全费、财产保全费、鉴定费、勘验费、其他费用。

（七）管理人报酬

该费用为管理人依法完成债务人破产



程序后所获得的报酬。根据《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》第四条的规定：

“人民法院受理企业破产申请后，应当对债务人可供清偿的财产价值和管理工作量做出预测，初步确定管理人报酬方案。管理人报酬方案应当包括管理人报酬比例和收取时间。”

上述规定明确管理人报酬由人民法院进行裁定确认。

共益债务

共益债务是指破产程序中为全体债权人的共同利益由债务人财产及其管理人行为而产生的债务。

（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务

该共益债务是在破产程序中，为债权人、债务人的共同利益所负担的未履行完毕合同的债务，具体费用为履行合同义务的费用、其他费用。应注意，管理人有权决定解除或者继续履行的合同，是债务人和对方当事人都未履行完毕的合同。如果债务人或者对方当事人双方已将合同履行完毕，则合同的权利和义务就已经终止，不涉及是否解除或者继续履行的问题。

（二）债务人财产受无因管理所产生的债务

该共益债务是在破产程序中，为债权人、债务人的共同利益所负担的第三人无因管理的债务。在债务人破产后，由于无因管理人并没有法律上或约定的义务，为了避免债务人的财产受到损失，对债务人财产进行管理或提供服务，其所支付的费用应当得到补偿。具体为财产管理费、利息、补偿金。需要注意的是：第三人无因管理必须是发生在人民法院受理债务人破产申请之后，其费用才能作为共益债务，否则只能作为破产债权向管理人申报。

（三）因债务人不当得利所产生的债务

该共益债务是在破产程序中，为债权人、债务人的共同利益所负担的债务人财产不当得利的债务。具体为返还不当得利和其他费用。不当得利被认定为共益债务必须是发生在人民法院受理债务人破产申请之后，否则只能作为破产债权向管理人申报。

（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用，以及由此产生的其他债务

该共益债务是在破产程序中，为债权人、债务人的共同利益所负担的债务人继续营业所支出的费用。具体为经营人员工资、经营人员社保费用、营业税费、通知费、水电费、通讯费、其他费用。

（五）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务

该共益债务为在破产程序中，管理人或相关人员执行职务致人损害所导致的债务关系，具体为医疗费、鉴定费、误工费、护理费、交通费、其他费用。

（六）债务人财产致人损害所产生的债务

该共益债务为破产程序中，债务人财产致人损害所导致的债务关系，具体为医疗费、鉴定费、误工费、护理费、交通费、其他费用。

笔者认为，破产财产、共益债务在破产程序中是随时产生，随时清偿的；但当债务人财产不足以同时清偿这两项费用时，有三个清偿原则：

1.先清偿破产费用，有剩余的再清偿共益债务；

2.当破产费用都清偿不足时，就在破产费用的各项中按比例清偿；

3.当足够清偿破产费用，但剩下的不足清偿全部的共益债务时，清偿费用中的各项则按比例清偿。

被拆迁人债权

拆迁补偿安置协议是被拆迁人牺牲原房屋居住权为代价来满足城市建设等社会公共利益的需要，以产权调换作为补偿方式的以房换房的互易合同。被拆迁人依据拆迁补偿协议享有的安置房请求权。

《企业破产法》没有对被拆迁人债权作明确规定，但在司法实践中被拆迁人的合法权益是优先保护的。相关案例为（2018）黔0302破1号，这份法律文书是破产债权确认裁定，法院将拆迁债权确认为破产债权；另一个案例是（2021）湘06民初116号，这份法律文书是破产债权确认之诉的判决，法院判决确认拆迁债权合法有效并列为优先债权。

拆迁是因为社会公共利益的需要，被拆迁人以牺牲其对原房屋的居住权为代价来满足城市建设等社会公共利益的需要，从社会价值层面考虑，被拆迁人的债权应当予以优先保护。

笔者认为，被拆迁人债权具体清偿的费用或权利为：被拆迁人要求履

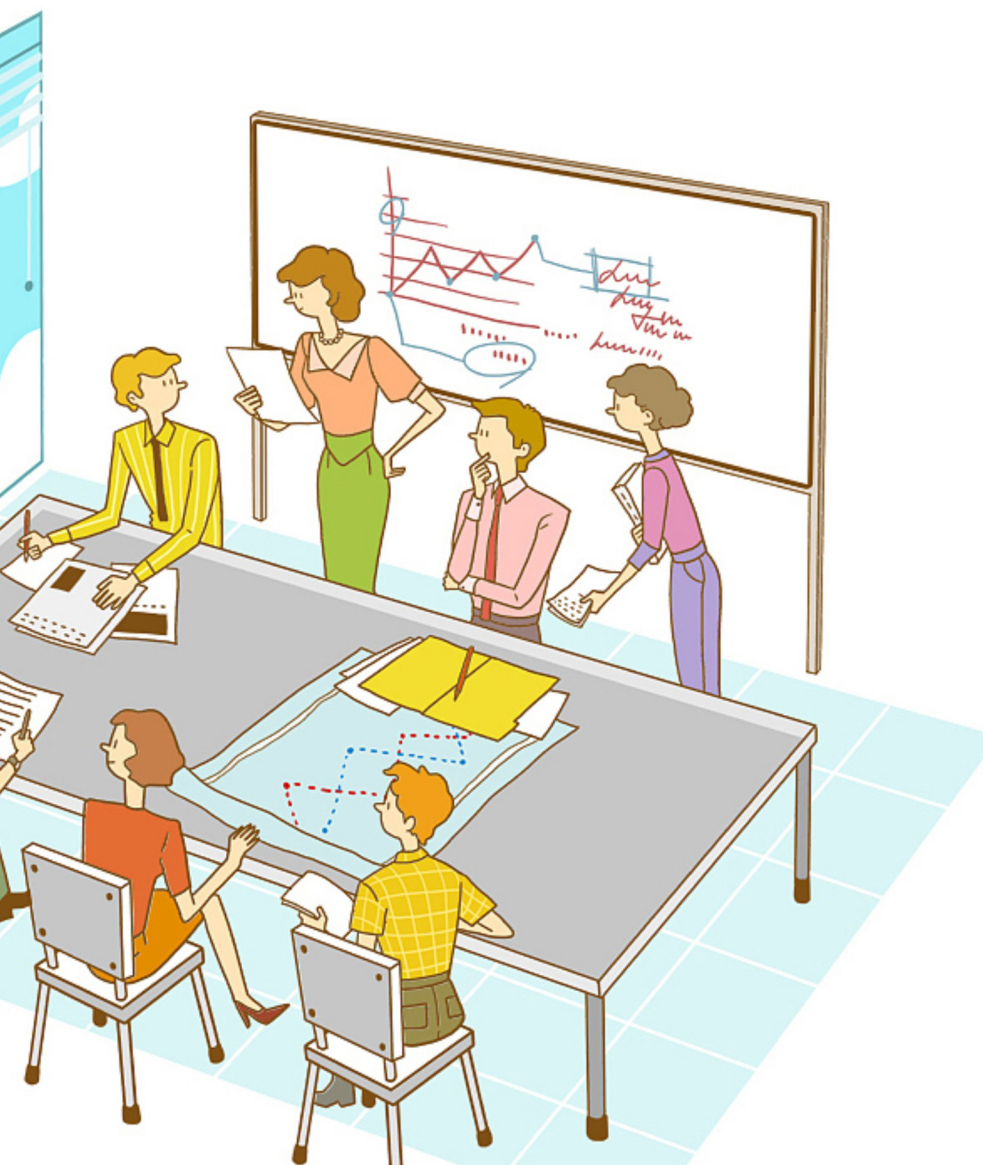
行交房义务的请求权、土地房屋价值补偿、装修附属物补偿、搬迁费用及损失、其他费用。



以自己居住为目的的购房消费者的债权

《企业破产法》中并未规定购房类债权这一单独分类，该类债权通常出现在房地产企业破产案件中，由于该类债权涉及的债权人为购房户这类弱势群体，实务中管理人通常将其单独作为一类债权进行分类。

购房消费者分为以自己居住为



定金本金享有优先债权，而定金罚金应作为普通债权处理。

笔者认为，购房消费者债权的具体清偿为：购房款债权、购房者要求履行交房义务的请求权、消费者购房定金本金返还请求权。

建设工程价款

建设工程优先受偿权是指承包人对于建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利。《民法典》第八百零七条：

“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、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。”

《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（一）》第三十六条：

“承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

上述规定明确了承包人就建设工程折价或者拍卖价款优先受偿，且优先受偿权优于抵押权和其他债权。有学者观点认为，工人工资和涉及建设工程的材料费等费用应当优先，建设工程的违约损失不应作为

目的消费者和以投资为目的消费者。为保障消费者基本生存权利，居住为目的的消费者债权应当优先，而投资为目的的消费者不存在基本生存权利被侵犯的风险性，其债权不应优先，而应归于普通债权顺位之中。

若消费者为购房支付定金，根据《中华人民共和国民法典》（以下简

称《民法典》）第五百八十七条规定：“债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。”有学者观点认为消费者就

建设工程优先债权，而应作为普通债权申报。

笔者认为，建设工程价款的具体清偿为：建设工人工资、工程预付款、工程进度款、工程竣工款、工程材料费。

不动产预告登记所涉债权

预告登记指当事人签订买卖房屋或者其他不动产权的协议，为保障将来实现物权，而按照约定可以向登记机关申请预告登记。预告登记在学术上的观点是具有“准物权效力”，是为了保障不动产权人将来完成正式登记的一种制度。有学者观点认为，预告登记人要求履行登记过户在破产程序中应属于优先保护的權利，但如果预告登记人放弃登记过户，转而要求返还因未能过户而支付的购买不动产的价款应属于普通债权。

因此，笔者认为不动产预告登记所涉债权具体清偿为：预告登记人要求履行不动产正式登记的义务和其他费用。

有财产担保的债权

根据《民法典》第三百八十六条：“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。”

《企业破产法》第一百零九条：“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。”

上述规定明确了有财产担保的债权在破产程序中优先受偿。笔者认为，有财产担保的债权具体清偿为：有担保的因合同关系产生的债权、有担保的融资租赁债权、有担保的其他债权。

职工债权

职工债权是债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。

根据《企业破产法》第一百一十三条规定：

“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

（三）普通破产债权。”

因此，职工债权优先于税款债权和普通债权受偿。笔者认为，职工债权的具体清偿为：职工工资、职工伤残补助、职工医疗保险、职工养老保险、职工补偿金、职工抚恤金。

税款债权

税款债权是指债务人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和债务人所欠税款本金。根据《企业破产法》第一百一十三条规定，税款债权在职工债权之后清偿。笔者认为，税款债权的具体清偿为：涉及职工的其他社会保险费用、增值税、消费税、企业所得税、土地增值税、土地使用税、资源税、矿产资源补偿税、房产税、车船税、其他税种。为保护职工权益，职工的社保费用应当优先清偿。其次，除矿产品相关的企业破产，其他企业不会涉及资源税、矿产资源补偿税这两项费用。

普通债权

普通债权是除了担保债权以外的一般债权债务关系，是破产案件中最常见的一类债权。根据《企业破产法》第一百一十条规定：“享

有本法第一百零九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。”

结合前述三、四、五项的分析，笔者认为普通债权的分类为：因合同关系产生的普通债权、建设工程违约损失、购房消费者定金罚金返还债权、优先债权未完全受偿或放弃优先受偿的债权、以投资为目的的购房者购房款、破产受理前企业欠缴税款的滞纳金、预告登记人解除合同后的购房款债权。

劣后债权

劣后债权是在破产清偿顺序上排列于普通破产债权之后的债权。劣后债权虽仅在普通破产债权完全受偿后仍有剩余财产时才可能受偿，但其在破产程序中可受清偿的权利未被剥夺。设立劣后债权的目的在于避免出现债务人破产清算后仍有剩余财产，却可对本有义务清偿的债务不予偿还的不合理现象。根据《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条规定：“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。”

债权、民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金、其他劣后债权。

结合纪要规定以及司法实践，笔者认为劣后债权的具体清偿为：债权人参加破产程序所支付的费用、破产债权在破产受理后的利息、破产申请受理后不履约的违约金、股东劣后

【摘要】个人破产制度建立对我国市场经济体系和法律制度的健全与完善具有重要意义。个人破产法律制度，必须经历先研究后建立的过程。比较法研究一直是我国学习国外先进经验的有效途径。如何研究是关键，在比较研究他国法律制度时，从理解底层机理和设计逻辑开始，才能判断制度的借鉴价值。美国破产制度作为全球最发达的破产法律制度，一直是各国研究观察对象。笔者认为，研究美国个人破产法律制度时，应先弄清美国对个人资产（财产）与负债（债务）的认定标准，然后再进一步研究美国个人破产的审理方式，最后才能帮助我们厘清美国个人破产法律制度的真实全貌，实现辩证借鉴的目的。

【关键词】个人破产 债务人资产与负债 认定标准与审理方式 比较研究

个人破产中债务人 资产与负债认定标准及 审理方式的比较研究

◎ 文 / 文静 / 成都办公室



个人作为人类社会经济的基本单元，个人破产法的好坏，直接影响社会经济稳定以及个人生存与发展。个人破产制度的建立对我国市场经济体系和法律制度的健全与完善具有重要意义。我国经济发展较之发达国家起步较晚，虽发展迅速，但缺乏个人破产的社会理念与法治沉淀，加之人口众多，地区经济发展不均衡，加大了个人破产法立法工作的难度和强度。建立个人破产法律制度，必须经历先研究后建立的过程。比较法研究一直是我国学习国外先进经验的有效途径，美国破产制度作为全球最发达的破产法律制度，一直是我国破产法立法者的主要研究对象。如何研究是关键，在比较研究他国法律制度时，从理解底层机理和设计逻辑开始，在深谙制度来龙去脉后，才能判断制度的借鉴价值，最终实现为我们所用的目的。

①个人破产法是在自然人丧失清偿债务能力或资产不足以清偿全部债务时，对其进行的破产清算、重组、和解等一系列法律制度安排。从会计学角度看，个人破产，就是债务人的“负债”大于“资产”；个人破产法，就是当债务人出现“资不抵债时”的法定处理方式。现代个人破产法的立法目标，就是给那些“诚实而不幸的债务人”（honest but unfortunate debtors）提供财务上“全新开始”（fresh start）的机会^②。个人债务的全新开始包括两个主要方式：债务免责和财产豁免。我们不难看出，在研究美国个人破产法律制度时，先弄清美国对个人资产（财产）与负债（债务）的认定标准，然后再进一步研究美国个人破产的审理方式，最终帮助我们厘清美国个人破产法制度的真实

全貌。

本文是笔者根据上述学习思路，对相关问题比较研究的结果，主要由以下四部分组成：一、美国个人破产中债务人资产与负债认定标准；二、对美国个人破产案件审理方式的研究；三、对我国个人破产中个人资产与负债认定标准的研究；四、对我国个人破产立法设计的探索性思考。

美国个人破产中债务人资产与负债的认定标准

美国的第一部破产法即《1800年破产法》，主要以英国1732年《乔治二世法》为范本制定的。^③从1800年第一部联邦破产法颁布实施至今，美国破产法已经发生了巨大的变化，《1841年破产法》将只对商人适用修改为对“所有负债的人”都适用^④，而英国《1861年破产法》才废除了不适用非商人的规定。美国现行“破产”的内涵不仅包括对债权人利益的保护，也包括对债务人的救济；所以，在审理破产案件时，对债务人资产与负债的正确认定尤为重要，若对债务人的负债与资产范围认定不当，将会影响破产法基本目标的实现。

（一）债务人资产的认定标准

1. 债务人财产认定的法律依据

美国国会授权联邦制定统一的破产法典，破产“财产”界定也属于联邦法的问题，^⑤但因“国会已经概括性地将财产权的规范问题交给个州法”，所以，破产财产



文静 | 顾问律师

专业领域：银行、证券、基金、资产管理、破产管理人

手机：+86 177 8070 0903

邮箱：wenjing@zhhlaw.com

① 徐阳光：《英国个人破产与债务清理制度》，法律出版社2020年6月第1版，第6页。

② [美]查尔斯]泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第4页。

③ 徐阳光：《英国个人破产与债务清理制度》，法律出版社2020年6月第1版，第33页。

④ [美]查尔斯]泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第43页。

⑤ [美]查尔斯]泰步：《美国破产法新论》（第3版）中册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第435页。

的性质和特征“基本上是以州法对债务人财产以及相应债权的既有规范为起点”，并且，美国不同的州法推行不同的夫妻或婚姻财产制度。^⑥

2. 破产财产范围的基本规定

“破产财团”是一个明确独立的法律主体。原则上，破产财团是由最初破产案件启动之时债务人的所有财产利益所组成的，即“破产案件启动之时属于债务人的所有普通法或衡平法上的财产利益”^⑦。包含以下要件：

(1) 财产：包含了所有类型的财产。

(2) 债务人所有：债务人拥有的任何财产，包括完全所有权、共有利益、租赁权益等财产所有形式。

(3) 破产案件启动之时：破产申请的时间为启动时间。破产申请一经提交，破产财团立即成立。

3. 破产财团的膨胀主义对破产财产认定的影响

破产财团的“膨胀主义”是指破产财团包括债务人在申请后取得

的所有财产。

(1) 破产财团的“膨胀主义”适用于第11章、第13章破产案件中的个人债务人。

在《联邦破产法典》中，在第13章个人消费债务调整程序、第11章商事重整程序下，债务人可以留存其非豁免财产，并根据法院批准的清偿计划向债权人实施清偿，在此类程序案件中的个人债务人，都只有到案件终结后，才能完全享受“全新开始”政策。因此，不论是债务人还是破产财团，在案件未决期间所获得的所有申请后财产都属于破产财产。

因此，破产财团的“膨胀主义”是指债务人或破产财团在案件未决期间所获得的所有申请后财产都属于破产财产。^⑧ 膨胀财团包括：财产：债务人在破产案件启动之后、破产案件终结、驳回或被转换之前取得的所有种类的财产；收入：债务人在破产案件启动之后、破产案件终结、驳回或被转换之前提供服务所取得的所有收入。^⑨

(2) 破产财团的“膨胀主义”不适用第7章直接清算程序中的个人

债务人。

在《联邦破产法典》中，第7章直接清算程序下，债务人必须向管理人移交所有非豁免财产，用于清算及对债权人的分配。所以，根据第7章直接清算程序的规则，破产财团的范围在破产申请之时就确定了，债务人在破产申请后取得的任何财产都归其自己所有。对个人债务人来说，这种留存申请后的所得财产的权利是“全新开始”的根本保障。

(二) 债务人负债的认定标准

美国对债务性质进行了划分，分为消费负债与商事债务。在《联邦破产法典》中，“第13章程序为消费者的个人债务（individual consumer debtor）提供了更生程序，主要适用于有工作的个人债务人，财务状况比较简单的夫妇。”

^⑩ 该类债务认定为夫妻共同负债，由夫妻共同承担。2005年国会通过并颁布了《破产滥用防止及消费者保护法》（Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act），对消费债务人设定了“收入测评”（means test）的过滤机制，

^⑪ 是以债务人及配偶共同收入为测评基准数据。^⑫

^⑥ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第89页。

^⑦ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）中册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第433页。

^⑧ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）中册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第449页。

^⑨ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）中册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第449页。

^⑩ [美]道格拉斯.G.贝尔德：，《美国破产法精要》（第六版）徐阳光 武诗敏译，法律出版社2020年9月第1版，第51页。

^⑪ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第55页。

^⑫ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第197页。

美国个人破产案件的审理方式研究

“美国的破产法律制度尽管非常复杂，但作为全球最发达的破产法律制度，同样为因债务人财务困境而生的诸多问题提供了灵活的处理措施。”^⑬《联邦破产法典》设计了一系列可供选择的程序，其中与个人破产密切相关的程序：直接清算程序（法典第7章）、商事重整程序（法典第11章）和个人消费债务调整程序（法典第13章）；另外，美国对夫妻共同破产（joint case）审理方式是合并审理，既可能是实质合并（substantive consolidation），也可能是程序合并（procedural consolidation）。

（一）与个人破产相关程序

1. 第7章直接清算程序：那些不能以未来收入清偿其债务的债务人，可以通过第7章破产清算程序，将全部非豁免财产用于债务的概括清偿，并以此为条件获得对未偿债务的立即免责。大多数（约2/3）破产案件都是破产清算案件，又称直接破产（straight bankruptcy），以

提交破产申请来启动。

2. 第13章个人消费债务调整程序：该程序专为作为消费者的个人债务（individual consumer debtor）设计的更生程序，主要适用于有工作的个人债务人，财务状况比较简单的夫妇。在第13章程序下，债务人将保有自己财产，并将3-5年内根据法院批准的清偿计划向债权人实施清偿^⑭。

（1）债务人的选择权：债务人有绝对的选择权，可选择申请适用第7章还是第13章，债权人不能强制债务人适用第13章程序。^⑮

（2）配套法律的颁布：“对于几乎没有什么豁免财产，却有赚取未来收入的充分能力的债务人”，会“更倾向于依据第7章直接进行清算，以尽快获得免责并开始新生”^⑯，而不会选择第13章“向债权人提供更多清偿机会”。因此，2005年国会通过并颁布了《破产滥用防止及消费者保护法》

（Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act），改变

1898年个人消费债务人破产规则在美国产生以来的基本原则。如果消费债务人未来有足够的清偿能力（future repayment capacity）偿还债务，就应阻止他们进入第7章程序。^⑰审查标准为：对消费债务人设定了“收入测评”（means test）的过滤机制，采取更为严格的措施。^⑱“收入测评”（means test）以债务人及配偶共同的当前月收入在其所在州同样人口数目家庭的未来收入在收入中值以下，不会被撤销的风险^⑲。如果法院确定驳回第7章案件，债务人剩下的选择只能是二选一：完全放弃破产救济或自愿在第13章下继续破产程序。^⑳

（3）执行情况：“按照美国国会的意图，第13章破产应为个人消费债务人的主要破产救济手段”，

^㉑但“实证研究表明，第13章计划最终执行完毕的比率相对较低，债务人实际免责的比率相应也很低”。^㉒

3. 第11章商事重整程序：第11章是为所有的商事债务人设计，提供对其财务事项进行重新调整的

⑬ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，中文版前言第23页。

⑭ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1331页。

⑮ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第10页。

⑯ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1323页。

⑰ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第12页。

⑱ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第55页。

⑲ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第197页。

⑳ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第193页。

㉑ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1328页。

㉒ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1323页。

法定机制。不论是家庭小作坊，还是通用汽车与克莱斯勒这样的大型公司，都可通过第11章商事重整程序实现重整²³，最终成功化解债务人财产危机。但“近年来，在第11章程序下对债务人的所有财产进行出售的做法已经越来越普遍”²⁴。

（二）对债务人程序选择的比较研究

1. 第11章程序与第13章程序之间的选择比较

债务人在希望留存其财产并进行重整而非直接清算时，适格的债务人通常会选择第13章程序而不会选择第11章程序。选择比较优势如下：²⁵

（1）在第13章程序下，债权人对清偿计划不享有表决权，故没有信息披露义务；但第11章程序下的债权人有此权利，债务人具有信息披露义务。

（2）第13章程序下，没有债权人成立债权人委员会要求，且债务人享有绝对的计划专属提交权。

（3）在第13章程序下，债务人无需全额清偿无担保，且可以留存其企业及财产；但在第11章程序下，受“绝对顺位规则”的限制。

（4）在第13章程序下，债务人可以剥离担保债权中的无担保部分（对住宅抵押贷款与特定购车按揭担保除外），可将担保债权的数额消减至担保财产价值。

（5）在第13章程序下，债务人可以获得“超级免责”；但在第11章程序下，债务人须受所规定的所有免责例外的限制。

（6）在第13章程序下，债务人可以对优先顺位债权进行分期清偿，而无需支付利息；但在第11章程序下，优先顺位债权必须在计划批准之时以现金全额清偿，或在支付利息的前提下进行分期偿付。

（7）在第13章程序下，债权人对债务人的连带债务人的追偿也将被冻结；但在第11章程序下，债务人并不享有这一优待。

2. 第11章程序与第7章程序之间的选择比较

美国国会的立法目的是鼓励更多消费债务人选择第13章程序而非第7章程序。但大多数债务人选择第7章程序而非第13章程序，其最根本原因是两程序的免责条件的不同。在第13章程序下，免责条件是债务

人必须在3-5年时间内将其所有预期可支配收入用于债务清偿，但在第7章程序下，债务人无需用任何未来收入向债权人偿债即可获得立即免责。因此，如果债务人具有没有重大非豁免财产、不需要超级免责、能解决与担保债权人之间的问题等情形时，一般会选择第7章直接清算程序。²⁶

（三）夫妻共同破产案件的审理方式

对夫妻共同破产，个人债务人及其配偶只需提交一个破产申请就可以启动案件，但“不得强制夫妻双方共同进入破产程序，必须债务人及配偶自愿提出，有些法院将强制夫妻共同破产案件分为两个单独的强制个人破产案件，从程序上修正这个瑕疵。”²⁷ 美国对夫妻共同破产（joint case）的审理方式是合并审理，既可能是实质合并（substantive consolidation）也可能是程序合并（procedural consolidation）。

1. 程序合并：法院对夫妻双方独立破产案件的统一管理（joint administration），对夫妻共同破产程序合并审理不涉及夫妻双方的实体权利，只是将有关联性的债务人的破产案件在程序上和案件管理上

²³ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，中文版前言第24页。

²⁴ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1323页。

²⁵ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1332页。

²⁶ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）下册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第1331页。

²⁷ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第170页。

作为一个案件对待，提高法院办案效率和节约办案费用。

2.实质合并：对夫妻共同破产裁定实行实质合并审理将影响夫妻双方的实体权利，本质是将多个债务人的破产财团予以合并或整合，包括财产和债务。实质合并将会极大地影响债权人和债务人的权利，“也就是说，各合并债务人(consolidated)的财产被整合为一个破产财团，各合并债务人的所有债权人也转而从该破产财团中获得清偿。”²⁸“在一个最早涉及实质合并问题的重要案件中，审理法院在判

决中明确指出，破产法院完全有权基于若干债权人之间的关系对其受偿待遇予以调整或裁断，以求得实质正义的实现。”

美国《破产法典》明确授权法院对夫妻共同破产案件进行实质合并的决定权，但没有确定实质合并的标准或条件。法院是否作出实质合并的裁定取决于利益衡量的结果，法院需要对合并带来的损害和案件继续分别进行将产生的损害进行权衡。换句话说，只有无担保债权人整体将因实质合并而获得净收益时，才可以实施实质合并。²⁹

对我国个人破产中个人资产与负债的认定标准的研究

(一) 我国《民法典》对个人资产与负债的相关规定

随着人类文明发展，现代法律制度的设计更加注重对个人权利与自由的保护，法律对自然人的资产与负债界定已经较为清晰，但不可否认的是，在婚姻家庭法律关系中，个人的资产与负债的范围，因与家人的长期紧密生活，而变得模糊且难以界定。我国《民法典》婚姻家庭编对夫妻的资产与负债的识别与认定进行了明确的规定。



²⁸ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第262页。

²⁹ [美]查尔斯J 泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第265页。

根据我国《民法典》婚姻家庭篇第1062条、第1063条、第1064条、第1065条的规定，对夫妻的资产与负债的认定标准作如下理解：

1. 资产的认定标准

(1) 法定一方所有的情形（第1063条）：一方的婚前财产；一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；一方专用的生活用品；其他应当归一方的财产。

(2) 法定夫妻共同所有情形（第1062条）：夫妻在婚姻关系存续期间所得，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有，共同财产包括：工资、奖金、劳务报酬；生产、经营、投资的收益；知识产权的收益；继承或者受赠的财产（遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产的除外）；其他应当归共同所有的财产。

(3) 允许夫妻双方约定所有（第1065条）：夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产允许约定所有，约定方式是书面约定，有四种所有方式可以选择：各自所有、共同所有、部分各自所有、部分共同所有。对外生效要件是相对人知道该约定。

2. 负债的认定标准

(1) 家庭生活性债务：为家庭日常生活需要所负债务，均属于夫妻共同债务。消费债务的额度限制：夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务。

(2) 非家庭生活性债务：“共债共签”原则。夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务属于共同债务。

“共债共签”例外情形：债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

(二) 对《深圳经济特区个人破产条例》相关内容的比较研究

2021年3月1日，我国第一个地方性个人破产条例《深圳经济特区个人破产条例》正式实施。笔者就该规定与美国个人破产相关内容比较研究发现，债务人资产与负债的认定上，存在以下两方面重要区别：

1. 债务人资产认定：根据《深圳经济特区个人破产条例》第32条规定^⑩，无论是破产清算程序与重整程序中，对债务人资产范围的认定均采用破产财产膨胀主义，即债务人财产包括两部分：（1）人民法院裁定受理破产申请时属于债务人的财产；（2）人民法院裁定免除未清

偿债务之前债务人所取得的财产。

破产清算程序是当债务人不能清偿到期债务时，对债务人的资产与负债进行清算后，以债务人财产向全体债权人概括清偿的程序。因债务人是自然人，不能像公司法人一样，在法院裁定进入破产清算程序后完全进入休克状态，自然人为了生活必须对外交往、参与劳动。按第32条的规定，对自然人破产财产认定采取破产财产膨胀主义，自然人破产财产总额里应包含“法院受理破产后”至“人民法院裁定免除未清偿债务之前”的个人所得，破产财产总额将处于不确定状态，可能会给破产清偿分配工作带来较大困惑和干扰。

2. 个人财产审查范围：根据《深圳经济特区个人破产条例》第33条的规定，以共同生活的近亲属资产为债务人资产申报范围。^⑪对债务人财产审查对象由债务人扩大到“其配偶、未成年子女以及其他共同生活的近亲属”，造成财产审查的范围明显大于婚姻家庭编的识别认定范围，由于该条例未对审查及判断标准进行明确规定，管理人只能结合我国《民法典》的相关规定进行综合判断，可能导致在确认债务人财产时标准不明确。

^⑩ 《深圳经济特区个人破产条例》第三十二条 人民法院裁定受理破产申请时属于债务人的财产和依照本条例裁定免除未清偿债务之前债务人所取得的财产，为债务人财产。

^⑪ 《深圳经济特区个人破产条例》第三十三条 债务人应当自人民法院受理破产申请裁定书送达之日起十五日内向人民法院和管理人如实申报本人及其配偶、未成年子女以及其他共同生活的近亲属名下的财产和财产权益：……。



对我国个人破产立法设计的探索性思考

（一）对夫妻共同破产合并审理的思考

当夫妻共同破产的情况下，可以参照美国的审理模式进行合并审理，既可能是实质合并也可能是程序合并，并赋予法院是否适用合并审理的最终审查决定权。

1.程序合并破产的法律后果：

- （1）不消灭夫妻之间的债权债务关系，不对夫妻财产进行合并；
- （2）夫妻之间形成的债权，应当劣后于其他普通债权顺序清偿。《深圳经济特区个人破产条例》第89条清偿顺序第四项有类似的约定，但劣后清偿顺位的适用对象更广，扩大到债务人的配偶以及前配偶、共同生活的近亲属以及成年子女。^⑳

2.实质合并破产的法律后果：

- （1）夫妻之间的债权债务归于消灭；
- （2）夫妻之间的财产作为合并后统一的破产财产，由各方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。

^⑳ 《深圳经济特区个人破产条例》第八十九条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，其他债务依照下列顺序清偿：

- （一）债务人欠付的赡养费、抚养费、扶养费和专属于人身赔偿部分的损害赔偿金；
- （二）债务人所欠雇用人员的工资和医疗、伤残补助、抚恤等费用，应当缴入雇用人员个人账户的基本养老保险、基本医疗保险等社会保险费用，以及依法应当支付给雇用人员的补偿金；
- （三）债务人所欠税款；
- （四）普通破产债权，其中债务人的配偶以及前配偶、共同生活的近亲属以及成年子女不得在其他普通破产债权人未受完全清偿前，以普通债权人身份获得清偿；
- （五）因违法或者犯罪行为所欠的罚金类款项。

破产财产不足以清偿同一顺序债权的，按照比例分配。

（二）对自然人与企业合并破产规则建立的思考

2007年我国《企业破产法》实施以来，法人人格否定的破产合并审理方式，已经成为立法、司法机关高度关注的课题。2018年，最高人民法院通过下发《全国法院破产审判工作会议纪要》，对破产合并审理作出正面的审理指导意见。同样，在美国，联邦最高法院也承认将不同但相关的破产财团予以合并是一个有助于实现破产制度根本目标的、极为重要的工具，随后还将合并审理程序适用在个人破产领域。在 *Sampsell, Imperial Paper & Color Corp.* 案中，当个人债务人把财产都移转给了一家非债务人公司，以逃避对债权人的债务，且个人债务人为该公司的股东时，美国联邦最高法院决定将个人债务人的财产和公司的财产进行了合并处理。^{③③}

我国《民法典》第83条、第84条就股东等行使权力和公司关联关系问题作出的规定^{③④}，《公司法》第20条允许股东在特定条件下对公司债务承担连带责任，但由于我国尚未建立自然人破产制度，自然人与企业合并破产显然缺乏相应的配套规定。建议在确立个人破产制度的同时，对个人与企业合并破

产的配套制度给予充分考量。

结语

良法永远是跟随人类文明进步、经济发展而与时俱进的。优良的个人破产法是诚实而不幸之人的生存保护屏障，同时也是社会经济良性发展的纠错引导机制，个人破产法对我国市场经济体系和法律制度的健全具有重要意义和现实价值。我国在立法制度已日趋完善的情况下，加大了对个人破产法的研究力度。2019年《财政金融和信用建设司研究课题征集公告》中，将“建立自然人破产制度问题的研究”明确列为研究方向之一。最高人民法院也非常重视个人破产立法工作，2018年将“推动建立个人破产制度”作为“畅通‘执行不能’案件的依法退出路径”的司法方向；并于2019年发布了《关于印发最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019-2023)的通知》，将“研究推动建立个人破产制度及相关配套机制，着力解决针对个人的执行不能案件”纳入五年改革纲要；同年6月，最高人民法院在《关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——

人民法院执行工作纲要(2019-2023)》(法发(2019)16号)提出：

“开展与个人破产制度功能相当的试点工作，为建立个人破产制度打下实践基础”；2020年11月，最高人民法院出台意见，支持深圳开展破产制度改革试点，率先试行自然人破产制度。深圳市中级法院作为建立个人破产制度的探索者，从2021年3月全国首例个人破产法规《深圳经济特区个人破产条例》的正式实施，到全国首个个人破产综合应用系统“深破茧”的推出，再到2021年7月16日裁定批准全国首例个人破产重整案件。我们作为个人破产制度建设的见证者，欣喜之余，也备感“开疆扩土”的不易与艰辛。随着我国个人破产实践案例的不断增加，亟待研究的课题也将随之涌现，个人破产制度建设之路任重而道远。历史是发展的，法律是演进的。不积跬步，无以至千里。聚众人之力，取各家之长，我国的个人破产制度的研究建设工作定将更加深远前瞻。

^{③③} [美]查尔斯·泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印 何欢 王之洲译，中国政法大学出版社2017年12月第1版，第266页。

^{③④} 《中华人民共和国民法典》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。”《中华人民共和国民法典》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。”

【摘要】2021年7月30日，司法部发布了《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》，其中在第四章仲裁程序第四十三条至第四十九条对临时措施作出具体规定。司法部在《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》^①中提出，这是“为快速推进仲裁程序，提高纠纷解决效率，体现司法对仲裁的支持态度，增强我国作为仲裁地的竞争力，将原有的仲裁保全内容与其他临时措施集中整合，增加行为保全和紧急仲裁员制度，明确仲裁庭有权决定临时措施，并统一规范临时措施的行使”。临时措施在英国、新加坡、中国香港等普通法法域下的诉讼和仲裁程序中较为常见，了解普通法的临时措施对我国与国际仲裁制度的接轨，以及当事人需要在域外启动临时措施以协助有关仲裁程序或者判决执行时有所助益。基于此，本文对域外诉讼与仲裁程序中常见的临时措施的法律框架及具体适用等实务问题进行解析。

【关键词】临时措施 国际诉讼与仲裁 跨境争议解决

域外诉讼与仲裁中的 临时措施法律实务解析

文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室



^① http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432965.html，最新访问日期为2021年11月30日。



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

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

普通法下临时措施及法律 框架概述

（一）临时措施概述

临时措施（Interim Measures或Interim Reliefs）普遍适用于普通法域的法院诉讼程序中，主要目的是为协助或保护当事人高效及公正地解决争议或者保障判决的有效执行。而后，随着国际仲裁的发展，立法逐渐将由法院作出临时措施指令的权力也赋予仲裁庭行使。香港《仲裁条例》沿袭联合国《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（下称《示范法》）中的主要内容，在《仲裁条例》第35条（《示范法》第17条）中规定，临时措施是以裁决书或其他形式作出的短期措施，仲裁庭在作出最终裁决书之前的任何时候，可以临时措施责令一方当事人作出以下行为：（a）在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状；（b）采取行动防止对仲裁程序发生即将发生的危害或损害，或禁止其作出可能造成这种危害或损害的行动；（c）提供一种保全资产以执行后续裁决的手段；或（d）保全对解决争议可能具有关联性的重要证据。

（二）临时措施法律框架

1. 英国法（英格兰及威尔士）下的临时措施

英国法院有权授予的临时措施集中规定在《民事诉讼规则》（Civil Procedure Rules）第25章中，包括：（1）临时禁令（interim injunctions）；（2）临时宣告（interim declarations）；（3）（a）扣押、保管或保全有关财产，（b）对有关财产的检查，（c）对有关财产进行取样，（d）出售有关财产或支付有关财产的权益；（4）为执行上述第（3）项授权进入诉讼当事人控制的

土地或建筑物的命令等若干措施。该条以清单的形式，罗列了当事人可能寻求的主要临时措施。法院可以在任何时间（包括有关程序开始之前和判决已经作出以后）颁发临时措施命令。如果法院有充分理由，可未经通知相对方而对提出的申请授予临时措施。值得注意的是，英国法院授予临时措施的权力也存在于在判例法确定的若干规则中。

在仲裁立法领域，英国《1996年仲裁法》也授权仲裁庭作出临时措施的权力。该法第38条规定，仲裁庭通常可以行使的权力包括费用担保（security for costs），对财产的检验、保存、扣留，保存证据（preservation of any evidence）等。该法第44条则规定，法院支持仲裁程序可以行使的权力包括传召证人、保存证据、与财产有关的前述命令、出售争议货物、授予临时禁令（interim injunction）和委任接管人（appointment of a receiver）等。值得注意的是，上述规定都是非强制性规定，双方当事人可以协议排除法院或仲裁庭采取上述措施的权力。

2. 香港法与《示范法》下的临时措施

从法院的角度而言，香港立法中有若干授予法院作出临时措施的规定，包括香港《高等法院条例》第211条（1）项规定，在原讼法庭认为公正或适宜的所有情况下，原讼法庭可通过命令授予强制令或委任一名接管人。原讼法庭可针对目前或即将在香港以外地方展开且能产生一项可根据任何条例或普通法规则在香港强制执行的判决，通过命令的方式，委任接管人或批准临时救济。另一方面，针对法院支持仲裁程序的规定，根据香港《仲裁条例》第45条（2）项规定，原讼法庭可应任何一方的申请，就现时或即



将在香港或香港以外地方展开的任何仲裁程序，授予临时措施。同时，《仲裁条例》第60条（1）项规定，原讼法庭可应任何一方的申请，就现时或即将在香港或香港以外地方展开的任何仲裁程序作出下列命令：(a)指示由仲裁庭、仲裁程序的一方或专家检查、拍摄、保存、保管、扣留或出售任何有关财产；或(b)指示从任何有关财产检走样本，或对任何有关财产进行观察或试验。

从仲裁庭的角度而言，对于仲裁庭下令采取临时措施的权力，如开篇所述，主要规定在香港《仲裁条例》第35条（《示范法》第17条）。同时，香港《仲裁条例》第36条（《示范法》第17A条）规定了准予采取临时措施的条件，即一方当事人请求采取包括维持现状或恢复原状，采取（或不采取）行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害，以

及保全资产等临时措施时，应当使仲裁庭确信：(a)不下令采取这种措施可能造成损害，这种损害无法通过判给损害赔偿金而充分补偿，而且远远大于准予采取这种措施而可能对其所针对的当事人造成的损害；以及(b)根据索赔请求所依据的案情，请求方当事人很有可能会胜诉。但对于证据保全这一类型的临时措施，只有当仲裁庭认为适当的情况下，才需要适用上述要求。

普通法下具体临时措施 解析及适用

(一) 财产保全：冻结令 (Mareva Injunction/Freezing Injunction)

1. 冻结令/玛瑞瓦禁令概述

冻结令/玛瑞瓦禁令一般是指限制当事人通过处分资产逃避法律义务的禁令，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船合同租金的承租人可能转移其银行资金的行为。其性质类似于中国内地的诉讼保全制度，

但应注意其是针对人 (in personam) 而非资产作出。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，也无法使申请人产生就被冻结资产而言优先于其他债权人的财产性权利 (*Cretanor Maritime Co Ltd v Irish Marine Management Ltd* [1978] 1 WLR 966)。

根据香港《高等法院条例》21L条(3)项规定，法院有权授予非正审强制令，以禁止任何一方将位于原讼法庭司法管辖权范围内的资产从

该司法管辖范围内转移走或以其他方式进行处置。资产“处置”方式包括处置、出售、质押或押记 (参见 *CBS United Kingdom Ltd v Lambert* [1983] Ch 37.一案)。同时，为查明资产下落，法院有权命令当事人披露文件或回答质询，也可以下令要求第三方披露。这些辅助性的附属救济措施有助于使冻结令生效 (*Yau Chiu Wah v Gold Chief Investment Ltd & Anor* [2002] 1 HKC 383)。同时，法院在适当的情况下，可以将冻结令延伸至涵盖被告的全球范围内的资产 (*Assets Investments Pte Ltd v United Islamic*



Investments Foundation [1995] 1 HKC 560)。

2.冻结令/玛瑞瓦禁令适用条件

通常而言,申请冻结令需要满足以下条件:

(1) 申请人需要证明其在诉讼中拥有充分理据 (good arguable case)。这并不是说服法官其很可能会胜诉,但申请人必须证明该案件不存在重大争议,尽管并非必须向法官证明案件胜诉率将超过50% (参见 The Niedersachsen [1983] 1 WLR 1412 一案)。

(2) 申请人需要证明被申请人有转移资产的真实风险 (real risk of dissipation of assets)。对申请人来说,该项条件证明难度比较大。由于案件事实不同,证明要素也可能存在较大差异。如在 SC Mezhdunarodniy Promyshlenniy Bank v Pugachev [2014] EWHC 4336 (Ch) 一案中,法院认定该真实风险的要素就包括被告的高誉、资产的性质和位置,以及被告应对诉讼的反应等。

(3) 不发出冻结令对于申请人的损害超过发出冻结令对被申请人造成的不便 (balance of convenience),

即法院会考虑冻结财产的重要性和冻结令发出对被告所造成的负担。

(4) 申请人需要就案情进行全面和如实披露 (full and frank disclosure)。

(5) 申请人需要就若被申请人不应被作出冻结令而产生的损害赔偿作出保证 (undertaking as to damages)。

(6) 被告在司法管辖区内有资产。

3.冻结令/玛瑞瓦禁令申请程序

香港司法机构《实务指南》第11.1条对申请冻结令的程序作出了明确规定。一般而言,冻结令申请是未经通知相对方的单方申请,但是在双方当事人已经处于诉讼程序时,应通知对方。

申请冻结令所需要的文件包括:

(1) 令状或原诉传票 (Writ or originating summons)。

(2) 涵盖事实问题陈述的宣誓书 (Affidavit/Affirmation), 其内容包括事实陈述、申请临时措施的事实陈述、单方申请合理性的陈述,被告为回应申请人的临时措施申请而主张的任何答复等。

(3) 论点纲要 (Skeleton Arguments), 准确而简洁地说明该



案件如何满足所寻求命令的要求，并指明所依赖的任何宣誓书和书面证据中的相关内容。

(4) 草拟的法庭命令 (Draft Order)，《实务指南》提供了申请冻结令的法庭命令的标准格式，罗列了需要包含的条款。部分示例如下：

4. 与内地财产保全制度的比较
冻结令与内地财产保全制度虽都用于财产保全，但存在诸多差异。相较于内地财产保全制度，其最显著的特征是在普通法下属于“对人诉讼” (in personam action) 而非“对物诉讼” (in rem action)。如前所述，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

本身并不因此被当然认定为无效。其次，相对于内地财产保全制度，需要资产位于法院管辖区域内的前提。比较极端的一个例子是：在英国法下，根据 Conocophillips China Inc v. Greka Energy (International) BV[2013] EWHC 2733 (Comm) 一案，即使在英国境内既没有资产，也对被申请人没有对人管辖权，在

(TITLE)

INJUNCTION PROHIBITING DISPOSAL OF ASSETS IN HONG KONG

IMPORTANT

NOTICE TO THE DEFENDANT

1. This Order prohibits you from dealing with your assets up to the amount stated. The Order is subject to the exceptions which are set out in the Order. You should read the whole of this document carefully. You are advised to consult a solicitor as soon as possible. You have the right to ask the court to vary or discharge this Order.
2. If you disobey this Order you may be found guilty of contempt of court and you [any of your directors] may be [sent to prison or]¹ fined or your assets may be seized.

Before The Hon. Mr. Justice

ORDER

An application was made on [date] by counsel/solicitors for , the Plaintiff, to the Judge who read the [draft] writ and the affidavits listed in Schedule 1 and accepted the undertakings in Schedule 2 at the end of this Order. After hearing the application the Judge made the following Order.

IT IS ORDERED that:

1. *Restriction on disposal of assets*

(1) The defendant must not —

(a) remove from Hong Kong any of his assets which are within Hong Kong, whether in his own name or not, and whether solely or jointly owned, up to the value of HK\$, or

(b) in any way dispose of or deal with or diminish the value of any of his assets, which are within Hong Kong, whether in his own name or not, and whether solely or jointly owned up to the value of HK\$. This prohibition includes the following assets in particular:

(i) the property known as or the net sale money after payment of any mortgages if it has been sold;

(ii) the property and assets of the defendant's business known as (or carried on at), or the sale money if any of them have been sold; and

(iii) any money in the accounts numbered at

(2) If the total unencumbered value of the defendant's assets in Hong Kong exceeds HK\$, the defendant may remove any of those assets from Hong Kong or may dispose of or deal with them so long as the total unencumbered value of his asset still in Hong Kong remains above HK\$.

2. *Disclosure of information.*²

满足特定情况下，仍然可以颁布冻结令，包括案情与英国有真实连接点、英国法院行使长臂管辖权不会影响国际友好以及在现实中能够执行冻结令、英国法院考虑是否方便与公平的其他因素。因此，英国法下，即使在英国境内没有资产，也有机会通过对被申请人授予禁令的方式起到冻结资产的作用。此外，内地保全财产一般需要申请人一方调查和掌握财产线索，尽管有机会向法院申请调查令，但难度较大，且可能无法查明全面的资产状况。相比而言，作为冻结令的附属命令，资产披露令要求被申请人全面披露资产状况，未如实披露可能存在承担刑事责任的风险。因此，可能更有助于全面和充分掌握被申请人的资产情况。

（二）财产保全：费用担保命令

1. 费用担保命令概述

在争议解决领域，很多因程序而耗时较长的案件可能会产生高额的法律费用，可能存在一方当事人无法支付对方费用的风险。为了在胜诉后顺利执行有关费用的判决/裁决，比较常见的是：在符合特定情况下，一方要求另一方就其已经产生和将会产生的费用提供担保。普通法地域实践中，一般只要求原告提供费用担保，因为作为启动程序的一方，原告比被告更为主动。如果被告作为被动的一方提供费用担保，则有可能迫使被告因为缺乏资金而丧失其应有的抗辩权利。未能遵守该规则的后果，可能包括不允许未提供费用担保的原告推进索赔（stay the claim）或不再受理其

索赔（dismissal of the claim）。对于被告而言，申请费用担保作为一种诉讼策略，可以使原告产生财务负担，有利于之后的和解谈判；而且，如果原告未能成功提供费用担保，则有机会使整个诉讼案件不再被受理。

2. 费用担保命令适用条件

根据《高等法院规则》第23号命令第1条规则与《区域法院规则》第23号命令第1条规则规定，法庭可在下列情形下，基于被告申请有权要求原告提供费用担保：

（1）原告的经常居住地不在香港。

（2）原告（并非以代表身份起诉）是为了使其他人获得利益而起诉的名义上的原告，并有理由相信原告如被命令支付被告讼费则其将无力支付该讼费。

（3）原告的地址并未在令状或其他原诉法律文书中写明或正确地写明。但如原告使法庭相信其没有写明地址或误写地址是无心之失和并非故意欺骗的除外。

（4）原告在法律程序进行期间变更地址，其目的是为了逃避诉讼后果。

如原告是香港成立的有限责任公司，被告能举示充分证据让法庭合理相信如其胜诉后原告将无力支付讼费，则法庭可要求原告提供足够的费

用担保，并在原告提供费用担保前搁置诉讼程序（《公司条例》第905条）。

同时，根据香港《仲裁规则》第56条，仲裁庭可行使的一般权力也包括要求申请人就仲裁费用提供保证。

根据 Wing Fai Construction Co Ltd v Benefit Holdings International Ltd [2005] HKEC 949 一案，是否允许费用担保，一个主要考虑因素是原告胜诉的可能性。如果原告的理据充分，则不应下令提供担保。法院必须在对原告过于压迫和给予被告适当保障之间取得平衡（参见 Re Greater Beijing Region Expressways Ltd [2000] 2 HKLRD 776 一案）。此外，对于被告而言，通常需要调查原告的财务状况，搜集证据证明原告将不能支付被告成功抗辩后的费用。

3. 费用担保命令申请程序

法院程序中，申请费用担保通常需要提交申请，以传票形式提出，并附有宣誓书。仲裁程序中，费用担保的申请需要附上一份简单的费用清单（schedule of costs），列明被告已产生或将会产生的费用，如处理案件的律师的小时费率及已经产生的工作时间、已经产生的专家费用或大律师费用、其他开支（disbursements）以及对之后到开庭前预计会产生所有费用。由于申请费用担保属于仲裁程序问题，通常会以命令而非裁决书的形式作

出。一般来说，命令应包括担保金额、担保形式和担保时限。可参考的香港仲裁费用担保命令的模板如下 ②：

IN THE MATTER OF THE ARBITRATION ORDINANCE (CAP 609)

AND

IN THE MATTER OF AN ARBITRATION

BETWEEN		
	<i>(insert name of party)</i>	Claimant
	And	
	<i>(insert name of party)</i>	Respondent

	ORDER FOR DIRECTIONS NO.X	

Upon hearing counsel for the parties on *(insert date)*, and by reference to the Respondent's letter dated *(insert date)*, the following Orders and Directions are given:

1. the Claimant shall provide security for costs to the Respondent.
2. the Claimant shall pay into the court the amount of HK\$*(insert the amount)* *(insert amount in words)* in respect of the tabulation of costs set out in the Respondent's letter of *(insert date)* within *(insert time period)* days of the date of this Order.
3. the Respondent shall have liberty to apply.
4. the Claimant shall pay the Respondent's costs of and incidental to this application in any event (such application having commenced by the Respondent's letter to the Claimant dated *(insert date)*), to be assessed on (a party and party basis) to be taxed if not agreed.

Dated the day of *(month)* *(year)*

(Insert the name of the arbitrator)

Arbitrator

② Paul Starr and Suraj Sajjani, *Arbitration In Hong Kong: A Practical Guide*, Fourth Edition, 2017.

(三) 证据保全：搜查令 (Search Order/Anton Piller Order)

1. 搜查令概述

搜查令 (又称 Anton Piller Order) 是指法院作出的出于证据保全等目的而责令一方当事人准许他方当事人进入其住所的命令。根据 Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd [1976] Ch 55.一案, 法院具有固有管辖权, 可下令要求被告允许进入其场所寻找非法材料和文件, 并允许在诉讼审判期间移走、扣留和保管这些材料和文件。

2. 搜查令适用条件

申请搜查令的原告必须出示极其有力的初步证据证明 (extremely

strong prima facie case) 实际或潜在的对原告造成的损害十分严重。其次, 被告持有相关材料或者文件, 并且确实有可能销毁或处置它们。此外, 存在作出该有利于原告的命令的原因。授予搜查令的原则是: 原告在其权利受到侵犯时, 获得法律救济的权益应与其请求相平衡, 即被告不应在未经听证的情况下被剥夺其财产, 对此原告必须为被告不因被作出此命令而应获得的损害赔偿提供保证。此外, 根据 Ng Chun Fai Stephen v Tamco Electrical and Electronics (Hong Kong) Ltd一案, 除非出于正义的救济是必要的, 并且不会超出实现该命令合法目的所需的范围, 否则法院不会授予搜查令。

3. 搜查令申请程序

通常, 搜查令的内容还包括一项中间禁令 (interlocutory injunction), 禁止被告销售或制造某些特定物品或从事某些特定活动, 并限制被告将诉讼程序的存在告知他人。申请命令的原告还必须承诺, 未经法院许可, 其不会将因执行命令而获得的任何信息或文件用于诉讼目的。此外, 搜查令为单方申请, 因此需要申请人全面和真实地披露有关的事实, 且申请人还必须寻求确定多方听证会的日期, 以提供被申请人申请搁置该命令的机会。搜查令的模板部分条款示例如下:

Before The Hon. Mr. Justice

ORDER

An application was made on the [date] by counsel/solicitors for [name], the plaintiff, to the Judge who accepted the undertakings of the plaintiff and the plaintiff's solicitors in Schedules 3 and 4 and read the [draft] writ and the affidavits at Schedule 5 at the end of this Order. Following the application the Judge made the following Order.

IT IS ORDERED that:

1. *Entry and search of premises and vehicles on the premises*

- (1) The defendant must allow Mr./Mrs./Miss [name] the plaintiff's solicitors, and up to [number] other persons being [their capacity] accompanying them, to enter the premises mentioned in Schedule 1 to this Order and any other premises of the defendant disclosed pursuant to para.5(1) hereof and any vehicles under the defendant's control on or around the premises so that they can between the hours of 9:30 a.m. and 5:30 p.m. on a Monday to Friday and 9:30 a.m. to 1:00 p.m. on a Saturday (excluding public holidays in both cases) search for, inspect, photograph or photocopy, and deliver into the safekeeping of the plaintiff's solicitors all the documents and articles which are listed in Schedule 2 to this Order ("the listed items") or which the plaintiff's solicitors believe to be listed items. The defendant must allow those persons to remain on the premises until the search is complete but not in any event later than 8:00 p.m. on Monday to Friday or 3:00 p.m. on Saturday, and to re-enter the premises on the same day before those times, and if necessary on the next following working day within the hours stipulated for the initial entry, in order to complete the search.
- (2) This Order must be complied with by the defendant himself or by an employee of the defendant or by any other person appearing to be in control of the premises and having authority to permit the premises to be entered and the search to proceed.
- (3) This Order requires the defendant or his employee or other person appearing to be in control of the premises and having such authority as aforesaid to permit entry to the premises immediately the Order is served upon him, except as stated in para.3 below.

2. *Restrictions on the service and carrying out of para.1 of this Order*

Paragraph 1 of this Order is subject to the following restrictions:

- (1) This Order may only be served between 9:30 a.m. and 5:30 p.m. Monday to Friday or between 9:30 a.m. to 1:00 p.m. Saturday (excluding public holidays).
- (2) This Order may not be carried out at the same time as any search warrant.
- (3) This Order must be served by the plaintiff's solicitors and para.1 of the Order must be carried out in his presence and under his supervision. [At least one of the persons accompanying him as provided by para.1 of this Order shall be a woman.]¹⁵

4. 搜查令的实际运用

因为搜查令与当事人的个人隐私保护存在冲突，所以搜查令的申请门槛相对较高，申请人需要就当前案件满足前述搜查令条件进行全面和充分的披露。实践中，搜查令一般用于知识产权纠纷，包括专利侵权、假冒商品等类型的案件。

（四）其他临时措施

除前述介绍的临时措施外，普通法诉讼或仲裁程序中，还有如下常见的临时措施：

1. 保存财产命令（Preservation Orders）

根据香港《高等法院规则》第29号命令第2条（1）和（2）款规定，法庭可根据案件任何一方申请作出扣留、保管或保存属于该案的标的的任何财产的命令，或作出检查由该案的一方管有的该等财产的命令。

同时，为使命令能得以实施，法庭可通过该命令授权任何人进入由该案的任何一方管有的任何土地或建筑物。

2. 资金支付命令（Orders requiring fund to be paid into Court）

根据香港《高等法院规则》第29号命令第2条（3）款规定，如一方就一笔特定资金享有的权利存在争议，法庭可在该案的某一方提出申请时，命令将该笔资金缴存法院或以其他方式保存该笔资金。通过将资金支付给法院，索赔人对资金享有的权益可在诉讼结果出来前得到保障。

3. 财产检查命令（Orders for inspection of property）

根据香港《高等法院条例》第44条规定，法庭有权基于当事人申请作出包括某项财产的检查、摄影，以及样本抽取、实验等有关的命令。该项申请须通过原诉传票提出，并须以

所寻求的命令所针对的人为原诉传票的被告人。

4. 出售易毁消财产命令（Orders for sale of perishable property）

根据香港《高等法院规则》第29号命令第4条规定，如果某类财产属于易毁消性质，或如保留则可能会变坏或因任何其他合理理由宜于立即出售，法庭可根据任何一方的申请，命令在某一方按本命令中指明的方式，出售属于该案标的的任何财产（土地除外）。通常而言，该命令会要求将出售所得的资金向法院缴存，以等待有关诉讼结果。

两地安排下内地仲裁程序/裁决/判决向香港法院申请临时措施的实务操作



（一）就内地仲裁程序向香港法院申请临时措施

在2019年《仲裁保全安排》签署并生效以后，截至2021年7月27日，对于香港仲裁申请内地法院保全的情况，香港的仲裁机构已协助处理47宗在《仲裁保全安排》下，向内地法院提出的保全措施申请，全部申请均由香港国际仲裁中心处理，保全申请所涉资产总值达141亿元人民币^③，在生效后一年多的时间内实务成果显著。而对于内地仲裁程序向香港法院申请临时措施的情形，根据香港政府律政司的信息，仲裁程序当事人如欲向香港高等法院原讼法庭就已经或将会在内地展开的任何仲裁程序申请临时措施，必须依据现行香港法例提出申请，不应直接引用《仲裁保全安排》的条文为依据^④。实际上，在《仲裁保全安排》签署之前，内地的仲裁程序就有机会根据香港《仲裁条例》第45条申请。根据该条规定，原讼法庭可应任何一方的申请，就已在或将会在内地展开的任何仲裁程序，批准临时措施；原讼法庭只有在以下情况下，方可就已在或将会在内地展开的仲裁程序，批准临时措施：(a)该仲裁程序能引起一项可根据本条例或任何其他条例在香港强制执行的仲裁裁决(不论是临时裁决或最终裁决)；及(b)所寻求的临时措施，属原讼法庭可就仲裁程序而在内地批准的临时措施的类型或种

类。

2021年8月19日，香港高等法院原讼法庭（以下简称法院）就Wen Yuzhou and Others v. Man Shu Kwan [2021] HKCFI 2510一案作出判决。该案涉及原告和被告因房产预售和退款争议在深圳国际仲裁院（SCIA）发起的仲裁程序，法院认为，因原告证明基于香港《仲裁条例》第45条的规定，并且证明从被告的行为和将案涉财产秘密转售的方式，可以推定其较低的商业道德和有实际转移或隐藏资产的风险，因此同意授予冻结令，该冻结令的有效期直至SCIA作出裁决之日。

（二）内地仲裁裁决作出后在香港执行时临时措施的申请

前述的《仲裁保全安排》虽然开创性地为内地与香港跨法域仲裁程序中申请保全提供了依据，但有关规定只允许在仲裁裁决作出前申请人可申请保全；同样，内地法律也没有明确规定能否在香港仲裁裁决作出后申请保全。在2020年《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》（下称《仲裁裁决执行安排》）生效20周年之际，两地签署了《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》），对原《仲裁裁决执行安排》进行了部分修订，明确了在仲裁裁决作出前和作出

后均可向法院申请保全或强制措施。此次修订将法院提供保全协助的范围扩展至仲裁裁决作出后，即在香港与内地仲裁裁决作出前和作出后均可向两地法院申请保全或强制措施。

因此，对于当事人在获得内地仲裁裁决后，可以根据香港《仲裁条例》第92条规定，通过原讼法庭的诉讼在香港强制执行；或者根据香港《仲裁条例》第84条的规定，向原讼法庭提交申请，由原讼法庭批予许可，按有关裁决条款转换成可执行的判决。而在香港法院受理执行内地仲裁裁决的申请后（受理前亦然），当事人可以根据有关条件向香港法院申请临时措施。

（三）在香港执行内地法律民商事判决时临时措施的申请

2019年1月18日，两地签署了《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》（下称《民商事判决互认和执行安排》），拓宽了两地执行民商事判决的范围；但截至目前，《民商事判决互认和执行安排》仍未正式生效。因此，在目前的框架下，在香港执行内地法院判决，仍然适用为实施2006年7月14日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简

^③ http://www.xinhuanet.com/2021-08/17/c_1127770312.htm，最新访问日期为2021年11月30日。

^④ https://www.doj.gov.hk/sc/mainland_and_macao/message_on_the_interim_measures_arrangement.html，最新访问日期为2021年11月30日。

称《协议管辖安排》)而在香港通过的《内地判决(交互强制执行)条例》(第597章)(下称《内地判决执行条例》),其主要条件包括:(a)该判决是由内地的指定法院作出的;(b)当事人以书面形式明确约定内地人民法院具有唯一管辖权;(c)该判决对当事人而言,是“最终及不可推翻的判决”;(d)该判决在内地是可以执行的;及(e)该判决判定当事人支付一笔价款(即不包括确认权益或者要求履行某种行为等的其他判决)。如果无法满足《内地判决执行条例》的有关条件,则可以考虑根据普通法规则在香港执行,需要满足该判决是确定的一笔金额,该判决在其所在法域是终局性判决,且内地法院对案件具有管辖权。但是实践中常常因内地的审判监督程序的存在,导致有关判决是否满足终局性判决存在争议。因此,往往需要在具体个案中根据具体情况判断。

在目前的两地框架下,当事人在一地起诉前或诉讼中仍无法申请对被告在另一地拥有的财产采取保全措施或临时措施,只能在申请认可和执行判决时,才可以申请采取有关措施。相比于仲裁在裁决作出前就可以申请,这使得被告可能在法院判决作出前已将其在另一地拥有的财产进行转移或隐藏,从而使得在法院判决作出后而无法有效执行被请求方在另一地拥有的财产。

除了本文前述的临时措施以外,内地当事人在香港法院执行判决时,

还可以考虑若干实务操作,包括资产调查的方式、第三方披露令,以及用于执行的口头讯问、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、禁止债务人离开香港的命令、申请破产清盘等程序措施,这些程序措施的详细介绍请详见笔者《新安排下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决》一文。

对内地当事人在域外诉讼与仲裁程序中申请临时措施的建议

通过上述分析可以看出,由于普通法法域有关制度的差异,如内地企业或个人拟在当地的法院起诉,尤其是在当前框架下,内地仲裁程序当事人为保全对方的财产、证据或寻求相应的担保等,在启动有关的程序前,建议当事人聘请律师对案情与证据进行详细和充分地分析与论证,确认是否有充分的理由和证据赢得诉讼,并详细了解临时措施的基本规则,以对启动程序后可能存在的判决结果及对方当事人可能的行为作出预判。从被申请人的角度而言,如果遭遇了针对自身提出的临时措施的申请,需要了解有关的法律后果,以及该临时措施的申请条件,并结合具体个案情况,进行针对性的抗辩,避免在程序对抗中陷入被动的同时,可能有机会申请法院更改、解除或撤销有关的临时措施。因此,域外诉讼和仲裁中的内地当事人在详细了解清楚普

通法临时措施规则并客观分析和充分论证案件后,有助于对程序策略和走向作出理性和合理判断,并及时启动有关程序。

为了阻止对方可能处置资产并且给予资金压力,增加和解谈判的优势,当事人可以考虑申请冻结令;为了保全和获取极有可能主动毁灭证据一方所拥有的重要证据,并且能够满足申请门槛,可以考虑申请搜查令;为了给司法管辖区的域外原告或者有可能败诉并且经济状况差的原告施加压力,可以考虑申请费用担保,以及在适当时候考虑本文介绍的保存财产命令、资金支付命令、检查财产命令、出售易销毁财产命令等。同时,尤其值得注意的是,在当前内地和香港有关安排的框架下,当事人可以在仲裁程序中,以及执行仲裁裁决或判决时,考虑与临时措施申请相结合的实务操作。此外,当事人也要根据律师的专业意见,考虑和评估提出有关临时措施申请可能面临的风险,包括赔偿责任等,以作出理性决策,并在诉讼或仲裁中掌握主动权。

中豪自2013年便在香港设立直营律师事务所,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。如大家有任何问题需要进一步咨询的,欢迎垂询本文作者。

合伙人宁思燕荣获 四川省第三届律师“十佳代理词”奖

为加强对律师业务的专业性、规范性指导，充分发挥优秀代理词、辩护词的示范作用，2022年1月7日，四川省律师协会对四川省第三届律师“十佳代理词”“十佳辩护词”获奖律师进行了表彰，成都办公室合伙人宁思燕的《某股份合作公司、邱某某诉某轨道工程有限公司、某市地铁集团有限公司财产损害赔偿纠纷案一审代理词》荣获四川省第三届律师“十佳代理词”奖，充分显示了宁思燕律师在民商事诉讼领域精湛的专业水平和能力。



合伙人吕睿鑫、杨青代理 某上市公司投资协议纠纷国际仲裁案在香港胜诉



2022年3月，本所律师代理的某内地上市公司在中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心发起的案件争议标的额近亿元的3宗投资协议纠纷仲裁案全部取得胜诉裁决。合伙人吕睿鑫、杨青及李慕乔律师组成团队，为当事人提供了专业和优质服务。3宗案件仲裁地为香港，实体法为中国内地法，仲裁程序法为香港法，仲裁语言为英语。这是中豪团队全程独家代理的跨法域国际仲裁案，充分展示了中豪在代理国际商事仲裁案件方面的丰富经验和专业能力。



ZHH & Robin



中豪律师

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 8388 E-mail: cq@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

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场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

北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际 AB 座 7 层 邮编: 100020
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 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

香港

香港金钟道95号统一中心 32 楼 A3 室
Unit A3, 32/F, United Centre 95 Queensway, Admiralty, Hong Kong
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com