

法律资讯汇编

(2016 年第 5 期)

目 录

企业法务—营改增后企业合同管理的八大要点·····	2
案例说法—员工主张未全额支付加班费，用人单位如何应对·····	6
执行解读—新民诉法解释下执行与破产程序衔接与协调相关几个重要问题···	8
家事观点—离婚前偷偷转移资产 法院认定转让行为无效·····	21

营改增后企业合同管理的八大要点

前言：经国务院批准，自2016年5月1日起，在全国范围内全面推开营业税改征增值税（以下称营改增）试点，建筑业、房地产业、金融业、生活服务业等全部营业税纳税人，纳入试点范围，由缴纳营业税改为缴纳增值税。

营改增对企业带来的并不仅仅是税率的简单变化，它对企业内部的财务管理、涉税管理、客户管理、合同管理、现金流管理等方面都将产生重大影响。企业应积极利用营改增这一契机，通过改善和优化自身的内部管理体系来最大程度地利用营改增所带来的机遇，并降低潜在的风险。合同管理是企业完善内部管理体系中的重要一环，合同条款的具体内容将直接影响企业的税负承担及税款交纳。本文主要介绍营改增后企业合同管理中需要关注的八个要点问题。

一、合同签订时应当审查对方的纳税资格，并在合同中完善当事人名称和相关信息

1、“营改增”之后，原来的服务提供方从营业税纳税人，可能变为增值税一般纳税人，服务提供方的增值税作为进项可以被服务接受方用以抵扣。因此，签订合同时要考虑服务提供方是一般纳税人还是小规模纳税人，提供的结算票据是增值税专用发票还是普通发票，增值税率是多少，能否抵扣，再分析、评定报价的合理性，从而有利于节约成本、降低税负，达到合理控税，降本增效的目的。

2、合同双方名称的规范性要求要高于原来的营业税纳税体系。在原有的营业税体系下，虽然也有发票开具的规范性要求，但相对而言，增值税体系下对服务提供方开具发票将更为严格。在原有体系下并不需要特别提供纳税人识别号信息，但现在服务接受方需要把公司名称、纳税人识别号、地址、电话、开户行、账号信息主动提供给服务提供方，用于服务提供方开具增值税专用发票。

二、合同中应当明确价格、增值税额及价外费用等

1、营业税属于价内税，税款包含在商品或价格之内，而增值税属于价外税，价格和税金是分离的，这一点与营业税完全不同。增值税的含税价和不含税价，

不仅对企业的税负有不同的影响，而且对企业收入和费用的影响是也很大的，如果不做特别约定，营业税一般由服务的提供方或者无形资产的转让方承担。而增值税作为价外税，一般不包括在合同价款中。

2、增值税税率相对于营业税税率较高，如果不能向上下游相对方转嫁税负，服务提供方或者无形资产的转让方税负将明显上升。因此，营改增以后，需要在合同价款中注明是否包含增值税。鉴于采购过程中，会发生各类价外费用，价外费用金额涉及到增值税纳税义务以及供应商开具发票的义务，有必要在合同约定价外费用以及价外费用金额是否包含增值税。

三、合同中对不同税率的服务内容应当分项核算

营改增之后，同一家企业可能提供多种税率的服务，甚至同一个合同中包含多种税率项目的情况也会经常发生。对兼营的不同业务，此时一定要在合同中明确不同税率项目的金额，明确地根据交易行为描述具体的服务内容，并进行分项的明细核算，以免带来税务风险。

四、发票提供、付款方式等条款的约定

1、因为增值税专用发票涉及到抵扣环节，开具不了增值税专用发票或者增值税发票不合规，都将给受票方造成法律风险和经济损失，应当考虑将取得增值税发票作为一项合同义务列入合同的相关条款，同时考虑将增值税发票的取得和开具与收付款义务相关联。一般纳税人企业在营改增后可考虑在合同中增加“取得合规的增值税专用发票后才支付款项”的付款方式条款，规避提前支付款项后发现发票认证不了、虚假发票等情况发生。

2、因虚开增值税专用发票的法律后果非常严重，最高会面临无期徒刑的刑罚，因此在合同条款中应特别加入虚开条款。约定如开票方开具的发票不规范、不合法或涉嫌虚开，开票方不仅要承担赔偿责任，而且必须明确不能免除其开具合法发票的义务。

3、另外，增值税发票有在180天内认证的要求，合同中应当约定一方向另一方开具增值税专用发票的，一方应派专人或使用挂号信件或特快专递等方式在发票开具后及时送达对方，如逾期送达导致对方损失的，可约定相应的违约赔偿

责任。

4、在涉及到货物质量问题的退货行为时，如果退货行为涉及到开具红字增值税专用发票的行为，应当约定对方需要履行协助义务。（具体可以参考《国家税务总局关于全面推行增值税发票系统升级版有关问题的公告》（2015年第19号）（2015年4月1日施行）有“关红字专用发票的办理手续”等相关规定。）

五、“三流”不一致的风险如何规避

1、为了防范虚开增值税发票，国税总局曾出台规范性文件要求“三流一致”。所谓“三流一致”，指资金流（银行的收付款凭证）、票流（发票的开票人和收票人）和物流（或劳务流）相互统一，即收款方、开票方和货物销售方或劳务提供方必须是同一个法律主体，而且付款方、货物采购方或劳务接收方必须是同一个法律主体，如果三流不一致，将不能对税款进行抵扣。

2、合同中应当约定由供应方提供其发出货物的出库凭证及相应的物流运输信息。如果货物由供应方指定的第三方发出，为了避免三流不一致、导致虚开发票的行为，需要明确供应方提供与第三方之间的采购合同等资料。

3、对于委托第三方支付和收款等三流不一致的情形，可以通过签订三方合同的方式减少风险，或者也可通过约定由第三方支付的方式来解决，但需要提供相应委托协议，以防止被认定为虚开增值税专用发票的行为。当然，在实际签订合同时仍需要根据具体情况进行设定。

4、对于分批交货合同增值税专用发票的开具，为了做到三流一致，防止出现虚开增值税专用发票的情形，应当在合同中约定在收货当期开具该批次货物的增值税专用发票。（注：涉及到分期付款的，基于防范虚开增值税发票风险考虑，在需方实际收到供方的货物时，供方产生开具增值税专用发票的义务。如果货物不是分期交付，则分期付款行为并不会影响增值税专用发票的开具。）

六、对于跨期合同的处理

1、营改增后未执行完毕的合同，应将未执行部分涉及的税金，由营业税调整为增值税，合同条款修订的过程中可能存在以下风险：一是涉税事项界定不清晰，可能存在重复征税的风险；二是合同对增值税发票信息不明确，取得增值税

发票信息错误，导致增值税进行税款不得抵扣，增加税负；三是未执行完的事项如涉及增值税多个税目，而从合同条款上没有详细区分不同税税率项目的合同价格，可能导致从高税率征税。

2、对于上述风险，可从以下几个方面进行规避：一是要严格区分合同执行时间及纳税义务发生时间，如果纳税义务在营改增之前的，按原合同条款执行；如纳税义务发生在营改增之后的，应与合同方签订相对应的补充协议；二是需要明确供应商应提供增值税发票类型以及合同双方银行账户和纳税人信息，保证合规使用增值税发票；三是对部分供应商合同条款进行修订，按照营改增政策要求，修改合同总价、不含税价格、增值税金额，明确提供发票类型、价款结算方式与开票事宜等内容。

七、合同中应当约定合同标的发生变更时发票的开具与处理

1、合同标的发生变更，可能涉及到混合销售、兼营的风险，需要关注发生的变更是否对己方有利。必要时，己方需要在合同中区分不同项目的价款。

2、合同变更如果涉及到采购商品品种、价款等增值税专用发票记载项目发生变化的，则应当约定作废、重开、补开、红字开具增值税专用发票。如果收票方取得增值税专用发票尚未认证抵扣，则可以由开票方作废原发票，重新开具增值税专用发票；如果原增值税专用发票已经认证抵扣，则由开票方就合同增加的金额补开增值税专用发票，就减少的金额开具红字增值税专用发票。

八、关注履约期限、地点和方式等其他细节

营改增之后，增值税服务的范围大幅增加，很多企业的业务可能是跨境服务。根据营改增的税收优惠政策规定，境内单位在境外建筑服务、文体业服务是暂免征收增值税的，此时可以在合同中对履约地点、期限、方式等进行合理的选择，以便税务机关审查时能够准确认定是否符合免税政策。

营改增对于企业而言是一项全面而系统的工作，企业在实施过程中不能简单定义为税种的改变，而是应该从多个角度，分析企业生产、销售以及经营的各个税负环节，重新审视和改变现有内部控制流程。律师在对企业的合同进行管理时，

需要对营改增的整体思路和企业的经营现状进行全面的了解,从而更好地为企业的发展保驾护航。

员工主张未全额支付加班费，用人单位如何胜诉

案件回放

何某入职某快捷酒店担任客房主管，因为主管客房相关事宜，会存在偶尔加班，快捷酒店已经足额支付其加班费，加班费单独以现金方式支付给何某，何某签字领取，领取单中写明加班数额，未标注加班天数，快捷酒店的规章制度中也未就加班费如何计算予以规定，同时快捷酒店的考勤表由前厅行政负责记录，无员工的签字确认。

一年后，何某离职，诉至当地劳动争议仲裁委员会，要求快捷酒店支付其加班费差额，并主张其每天存在延时加班4小时，周六日休息日加班以及法定节假日加班。

审理结果

法院经审理查明，何某未能就加班事实提交相应的证据予以证明，快捷酒店否认安排何某存在加班，因此驳回了何某的申请请求。

律师解析

本案发生时，被申请人有两种答辩方案

方案一：如实答辩，存在偶尔加班，但是足额支付加班费，那么用人单位需要举证加班天数以及加班费数额、加班费的计算方法合法，用人单位的考勤表无员工签字确认，加班天数无法举证，规章制度中无加班费的计算方法，无法举证计算方法合法与否，如何采取第一种方式答辩，用人单位的败诉风险很大。

方案二：否认加班，由劳动者来举证是否存在加班，一旦劳动者举证不能，用人单位既能胜诉，显然本案中，用人单位采用了方案二。

这就是擅用举证责任分配原则的典型案列。

法律规定，是否存在加班，由劳动者举证。一旦劳动者有证据证明存在加班，则由用人单位证明加班天数以及加班费支付情况。如果劳动者无法证明存在加班，用人单位则坐享胜诉成果了。当然，如果用人单位有经过劳动者确认的加班天数及加班费数额，且有经劳动者确认的加班费计算方法，用人单位也可以采取

第一种方式应诉和答辩。

法条释惑

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第六条 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

第三十九条 当事人提供的证据经查证属实的，仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。

劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。

新民诉法解释下执行与破产程序衔接与协调 相关几个重要问题

导言:新民诉法司法解释第 513—516 条是对执行程序与破产程序衔接的具体规定,是对于新民诉法执行程序依法转破产程序进行的引导性规范和解释。

一、执行程序与破产程序衔接的相关解释及其积极意义

(一)民事诉讼法司法解释背景与相关制度的发展沿革

2012 年全国人大常委会修正后颁布实施的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称新民诉法)总结了立法与司法实践经验,修改完善了执行程序。最高人民法院 2015 年年初颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称新民诉法司法解释),在坚持破产启动的当事人主义的同时,因应破产司法实践中破产法不“落地”的问题,发挥司法执行能动作用,对执行程序与破产程序的衔接与协调进一步加以明确和细化。这一解释,对于化解执行难以及促进破产法的实施,对于各级法院依法正确审理企业破产案件,从而为维护市场经济秩序提供司法保障,有着积极的促进意义。特别是新民诉法司法解释的颁布,对全国司法执行工作和商事审判工作更具有切实有效的指导作用。

新民诉法司法解释第 513—516 条是对执行程序与破产程序衔接的具体规定,是对于新民诉法执行程序依法转破产程序进行的引导性规范和解释。在债务人企业缺乏清偿能力无法全部清偿债务时,应及时启动破产程序,通过破产程序积极追收债务人财产,实现对债权人的公平清偿。这对健全企业退出机制、保障债权公平清偿、妥善化解执行积案、合理节约司法资源等具有重要的意义。

(二)新民诉法司法解释的积极作用

执行依法转破产制度的确立,其重要的标志性意义不言而喻。在过去十几年国内的民事诉讼理论研究中,曾经对此进行过深入论析与探索,审判执行实践与时俱进,并在不断地促进立法对其予以完善。新民诉法司法解释对这项制度的规定,标志着执行与破产程序的衔接趋于制度化。随着新民诉法司法解释的实施,解释将起到疏通执行与破产两个程序的关键作用。

1. 明确了程序的启动方式和申请主体

新民诉法司法解释第513条规定：“在执行中，作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院”，明确了对于符合破产条件的被执行人，在债权人或债务人同意的情况下，允许启动破产程序。新民诉法对于执行中破产程序的启动问题并未作明确具体规定，然而在司法实践中确实存在着大量因被执行人缺乏偿债能力而积压的案件，而这部分案件中相当一部分都符合破产立案条件。程序衔接的不畅，客观上加剧了执行难和破产法不能有效实施——虽然未必是主要原因。企业破产法第七条第三款虽然规定了企业法人依法负有清偿责任的人具有向人民法院申请企业破产的义务，但对于不申请的情形并未规定相应的法律后果，直接影响破产程序的启动。新民诉法司法解释第513条依法开辟了执行程序与破产启动程序新通道，完善了这一制度，并尝试通过制度设计来解决这一问题。

新民诉法司法解释第513条的规定表明，执行转破产程序仍然坚持企业破产法规定的当事人申请主义原则，经由征求债权人或债务人同意后启动破产程序。需要说明的是，这里“申请执行人之一或者被执行人同意”的内容，不仅仅限于同意执行法院裁定中止执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院，更实质的在于同意个案执行程序转破产程序。“申请执行人之一或者被执行人同意”是完全自觉自愿的同意，是利益衡量后的自主选择，是意思自治的结果，而不是被威逼、被胁迫的结果，不是半推半就的委曲求全。区别于普通破产申请，这一程序是基于强制执行过程中的职权发现行为，并经由执行法官向相关当事人释明、征求意见征得同意后加以启动的。从客观角度来说，在依法进入强制执行程序后，对于债务人实际偿债能力、真实的资产状况，办案执行法官更容易判断。从某种角度来说，这种破产启动模式中，已经多少加入了一定的职权主义推动色彩，虽然法院移送并非启动破产程序的实质原因，而是一个间接“引力”和“推手”。无论如何，这样的制度设计，对于破产法律未来的立法发展与完善，已经是一种有益的探索和进步。新民诉法司法解释第513条这样解释，显然比直接依职权启动破产程序更加符合立法法关于司法解释的原则和破产法关于当事人申请主义的规定。

2. 明确了破产程序的启动条件和判断标准

对于执行转破产程序的启动,新民诉法司法解释明确了条件和标准,需要被执行人符合破产法规定的破产条件——根据破产法第二条第一款规定。这就意味着执行转破产程序的启动,首先要符合破产法两项基本条件,一是不能清偿到期债务,二是资不抵债或明显缺乏清偿能力。对于资不抵债的认定,除非申请人主动举证,否则执行法官在程序中难以取得相关证据。资不抵债标准一般需要通过专业资产负债评估和审计得以确认;而“明显缺乏清偿能力”这一认定标准对于进入强制执行程序的债务人来说,则是明了的。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)》沿用以往司法解释对于“明显缺乏清偿能力”的解释规定了几种情形,其中包括“申请法院强制执行而仍未获清偿”。由此可见,进入强制执行程序的案件,一旦被执行人不能如期清偿,则申请执行的当事人即当然获得破产申请资格。

3. 明确了程序的启动后果

新民诉法司法解释明确了执行转破产程序启动的几种可能后果。第515条规定:“被执行人住所地人民法院裁定受理破产案件的,执行法院应当解除对被执行人财产的保全措施。被执行人住所地人民法院裁定宣告被执行人破产的,执行法院应当裁定终结对该被执行人的执行程序。被执行人住所地人民法院不受理破产案件的,执行法院应当恢复执行。”第516条又规定:“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的,执行法院就执行变价所得财产,在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后,对于普通债权,按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。”

上述两条区分了几种情形,一是执行法官释明后,有权申请人提出申请,被债务人所在地法院受理并启动破产程序的,终结原执行案件的执行。二是当事人不愿申请,或受移送法院经审查认为不符合破产立案条件的,新民诉法司法解释规定了原执行法院应当恢复执行。

同时这些规定,对于司法实践中具体问题的处理,均具有极其重要的现实指导意义。

二、司法实践中对新民诉法司法解释的反思

虽然新民诉法司法解释助推执行程序与破产程序的衔接,但在司法实践中,这项设计的实施效果并不十分理想,没有达到最初设定的全部目标。因为新民诉法司法解释中的一些规定,在司法实践中并没有得到很好的落实。产生这样的结果,与相关制度本身缺欠和司法实务中的现实困难有关。

(一)现行制度实施中的问题

1. 执行参与分配制度对破产制度的冲击

新民诉法司法解释第 508—512 条是对参与分配制度的规定。执行中的参与分配制度一直被认为与执行转破产制度密切相关,且长期以来一直被理论和实务界所争议和诟病。主要原因是以往相关法律规范对此规定不够明确,导致司法实践中操作起来随意性较大,尺度不易把握,更为重要的是这项制度被认为是先天与破产法相冲突的一项制度,特别是在当前破产案件逐年大幅下降,已几乎无法体现破产法实施价值的背景下,对执行参与分配制度可能对破产法的影响也越来越引起关注。研究执行与破产程序的衔接和转换问题,就必须对参与分配制度加以分析。

(1)适用主体在实践中的扩大。虽然新民诉法司法解释对于参与分配适用的主体限定为自然人和其他组织,但在实践中,由于 1998 年颁布实施的最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定》(以下简称《执行规定》)第 96 条规定:“被执行人为企业法人,未经清理或清算而撤销、注销或歇业,其财产不足清偿全部债务的,应当参照本规定第 90 条至第 95 条的规定,对各债权人的债权按比例清偿”。这条规定意味着参与分配制度对企业法人存在例外适用情形。正是这条规定,在司法实践中经常被任意扩大适用。出于各种实际利益考量,很多以企业法人作为被申请执行人的案件中,也会因引用此条款而被扩大适用参与分配范围。而这部分主体理应归属破产法调整对象。客观上,参与分配制度确实存在着与破产法实施相重叠和冲突之处,并且由于其制度设计上仍然体现了执行程序中的“先到先得”原则,更容易吸引当事人的选择,因此适用主体的随意性,更加促使参与分配制度对破产法有效实施的阻碍。

(2)适用标准不够清晰。参与分配制度对破产制度的冲击,除了适用主体之外,还有就是适用条件。新民诉法司法解释规定参与分配的条件不够明晰,某种程度来说与破产申请标准有重合之处。新民诉法司法解释第 508 条在实践适用

中，一般强调要“从宽把握被执行人的财产不能清偿所有债权”这一标准，以保障所有适格的债权人均能加入到参与分配程序中来，这里一般还要与破产标准相区别。法条中对这一点并没有特别强调，对于如何把握标准与尺度，尚不明确，很容易导致过度适用。如被执行人财产对已知申请参与分配的债权人尚且不足以清偿全部债权，是否已然符合破产法条件，这与破产法确定的受理审查标准已实际发生冲突。从立法本意去揣摩，参与分配应当是在被执行人可变现和用于执行财产不足以清偿现有申请人，但尚未达到破产条件的情形下实施。客观上法律对于这一中间地带的标准规定并不清晰，实践中也相当不易把握。

(3)对破产制度的替代性效应。参与分配制度本身存在的瑕疵和利益吸引力，以及实施中的人为扩大因素，对破产法的实施确实起到一定程度的旁支循环的替代效应。同一个社会问题，如果同时有两个当事人，会有不同利益结果的法律制度在调整，必然会发生矛盾冲突，造成适用上的竞争与混乱。参与分配制度事实上起到了对破产制度的一定程度的替代效果，其所导致的对破产法实施的影响是不容小觑的。

参与分配与破产制度必须有各自明确的、不相重合的适用范围。目前我国的企业破产法仅适用于企业法人，同时对立法有明确规定的组织可以参照适用。自然人和立法未明确规定的其他组织不适用破产法，虽然新民诉法及新民诉法司法解释第508条也规定了执行参与分配仅适用于被执行人为公民或者其他组织，但在司法实践中，企业债权人积极要求适用参与分配制度，而不愿申请破产程序。事实上，在执行程序中也存在着扩大适用的问题。

2. 执行转破产程序的现实困境。

司法实践中执行转破产程序并未得到很好的实施，究其原因，在实际操作层面确实存在难以处理的问题。

(1)利益相背离，有权参与主体无意启动。当前执行转破产程序难以实现的一个突出问题就是制度设计与参与主体的利益相背离，各方主体均无足够积极性启动此程序。首先，进入执行程序的执行申请人，已经在一定程度上获得分配中的主动权。此外，由于新民诉法司法解释对于法官在债务人已届破产条件情形下的释明义务并未明确规定，而一旦向当事人释明，执行法官将增加工作量并可能拖延执行案件办理期限，因此执行法官对释明工作并无积极性。其次，当事人从

利益角度考虑,对于破产程序也缺乏主动性。因为执行申请人一般已经成为可执行财产的最大受益主体,即使是顺位在后的债权人也可以通过参与执行程序而获益。以前对于债权人为企业法人的执行申请人是否有权申请加入参与执行程序,实践中与立法安排并不一致,绝大多数情况下采取变通对待方式,将企业法人也作为有权申请加入的主体。在新民诉法司法解释出台以后,根据其第508条,债权人为企业法人的执行申请人是否有权申请加入参与执行分配,取决于被执行人是否为公民或者其他组织。同样,由于破产程序可能会使企业财务状况、全部资产情况均被曝光并处置,破产程序对于被执行人也并非一个愿意接受的结果。此外,鉴于破产案件的复杂与难于处理、审判人员力量不足、信访因素等考虑,一般受送法院均不愿受理此类案件,还不必考虑两家法院之间的衔接与沟通中的困难。综上,虽然新民诉法与新民诉法司法解释对于执行转破产程序均作了制度安排,但实际操作中,由于各方主体的积极性不高,还要防止新民诉法司法解释流于空泛。

(2)潜在申请主体的缺位。新民诉法司法解释第513条规定,有权对执行转破产程序发表意见的仅为“申请执行人之一或者被执行人”,这就意味着只有进入执行程序的当事人方能有权参与执行转破产程序的启动。执行分配原则上是采用申请在先原则,先到先得。新民诉法司法解释第510条规定了“参与分配执行中,执行所得价款扣除执行费用,并清偿应当优先受偿的债权后,对于普通债权,原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿”。对于那些因为诉讼程序尚未终结,没有取得强制执行依据的债权人,由于不能加入到参与分配程序中,其可得利益是滞后和被动的。因此,这部分群体可能更为乐于积极启动相对更为注重公平分配的破产程序。

新民诉法司法解释排除了这部分尚未获得执行依据的债权人加入参与分配程序的权利,主要是考虑到未经生效裁判确认的债权其权利属性和数额尚不能明确,无法成为强制执行程序的申请人。从破产申请制度设计上,希望可以倒逼这部分主体主动另行申请破产程序启动。然而在司法实践中,由于申请破产程序,当事人往往需要漫长的等待,对是否符合条件进行审查需要耗费大量时间,而根据现行破产法规定,在法院没有正式受理破产案件之前,对于已经进行的其他民事诉讼和执行程序均不能阻止。而在此期间,对于该债务人的执行程序往往会更

早地终结,使得破产申请不能及时阻却不公平的分配,现实中各方利益主体甚至还会采用更多的人为因素去间接推动这种不公平的分配现象,从而也让这部分债权人失去申请破产程序的动力。这个问题实际上体现了制度设计与现实司法实践中的差距。有多方债权主体的情形下,体现的是当事人对利益最大化的追求,当事人会优先选择最有利的方式实现己方利益。

此外,破产法规定的有权申请破产程序的债权人,并不要求其经由诉讼确认债权人身份和债权数额,只要符合破产法第七条第二款规定并按照破产法第八条提供债权凭证、申请书等文件,即可作为适格申请人。可见,获得生效裁判或其他强制执行依据并非破产法规定的有权申请破产程序的债权人条件。很多时候,一些债权人选择民事诉讼主张权利,主要是为了要求债务人履行给付义务,并非由于其债权无法确认。并且,执行转破产程序中当事人的申请,仅仅是程序转换的一个条件,是否进入破产程序,尚需要有权法院依法进行审查,是有程序保障的,因此应当给予其申请权。因此,新民诉法及新民诉法司法解释对此部分有权参与执行转破产程序主体的限制与破产法并不符合。

(3)启动标准设置重复。新民诉法司法解释对于执行转破产程序的启动设定了标准,即在被申请执行人符合破产条件的情形下,执行法院在经由双方当事人同意的情况下,应当将案件材料移送有权法院。事实上,进入执行程序的案件应当属于没有及时清偿债务,一旦进入强制执行程序后,当事人仍不予清偿或不能清偿,即当然符合破产法司法解释关于不能清偿和明显不具备清偿能力的认定条件,所以从某种程度来说已经符合破产启动条件。执行转破产程序的规定与破产法关于破产启动的规定属重复设置。

(4)移送衔接程序需要进一步明确。新民诉法司法解释对于经当事人同意转破产程序后的材料移送,被执行人住所地法院对材料的接收与审查,接收之后的处理方式,均作出了原则规定。但因为此项程序涉及诸多细节性问题,例如具体应当移送哪些材料,移送时限多长,受送法院接收材料后的确认与材料审查时限,受送法院对审查结果的通知程序等都没有细致明确的规定,而这些程序性的规定恰恰是执行转破产程序能否顺利实施最为重要的保障。

(二)产生问题的原因探析与思考

上述问题的产生原因很多,很多问题并非仅靠新民诉法司法解释可以解决。

首先,新民诉法司法解释起草要依据新民诉法的具体规范,无法作出超立法权限之外的规定。涉及破产问题还要受限于已颁布法律的原则性规定,例如破产法中并没有关于依职权破产的启动方式,在相关法律并未修改的前提下,也无法在新民诉法司法解释中加以新设。此外,执行程序中当事人多为被执行财产的可能受益者,从利益角度考虑,其缺乏启动破产程序的主动性。加之鉴于破产案件审判工作的繁复耗时等特点,实务界缺乏积极受理动力也在情理之中。

三、法律完善与立法探索

事实上,虽然目前立法上尚缺乏依职权启动破产的制度,审判实践中对于依职权启动破产的制度尚没有作好准备,而且暂时也不具备实施条件,但从国际破产立法的发展趋势,考虑到我国经济发展和推动破产法实施的需要,从长远来看,作为当事人申请主义的补充,设立依职权启动破产程序的制度应该是发展的趋势。在现有上位法和相关法律不作修改的前提下,可以经过授权通过针对执行与破产程序衔接专门制定指导意见或者司法解释,对一些实践中发现的问题,加以修正与完善,以期指导司法实践,增进法律实施效果。

(一)对新民诉法司法解释的进一步完善

1. 对民事诉讼法及相关法规,新民诉法司法解释中对参与分配制度有关规定进一步修订完善,减少其对破产程序的冲击和影响。

修改《执行规定》第96条,修改关于在被申请执行人有隐匿转移财产情形下,任何主体均有权申请参与分配程序的规定。客观上,参与分配制度确实存在着与破产法实施相重叠和冲突之处,并且由于其制度设计上仍然体现了执行程序中的先到先得原则,更容易吸引当事人的选择,因此参与分配制度对破产法的有效实施的确存在影响。为了更好地促进破产法实施,保护债权人利益,应当对参与分配制度进一步完善。在新民诉法后续关于参与分配制度的司法解释中,进一步明确在任何情况下都要禁止对企业法人等破产法调整对象适用参与分配制度,参与分配制度只应适用于被执行为公民或其他组织的财产执行。并在未来一旦破产法修改,自然人破产制度确立实施后,建议应当考虑限制参与分配程序的适用。制度设计可以采用倒逼法,既多名申请人之一因认为被执行人已知财产不足以清偿符合条件的全部申请执行人债务而提出参与分配请求,则视为符合转破产

程序条件,但赋予债务人和其他债权人异议权,经审查如果有相反证据证明被执行人不符合破产法规定,则适用参与分配程序,否则一律不许。同时,对于参与分配制度中分配顺序的设计,明确参与分配适用按债权比例分配,这样可以进一步确保参与分配制度能够遵循破产法公平清偿的原则。

2. 明确符合破产条件的执行案件中破产申请义务人的相关责任,避免无人申请的尴尬。

进一步明确破产申请提起人的范围及其提起义务,解决破产申请动力不足问题。对此还可以借鉴德国及英美法系国家立法,规定公司的法定代表人、董事、股东的法定提出义务,在公司临近破产界限后三个月内,必须提出破产申请,否则应当承担由此造成的损害赔偿赔偿责任直至刑事责任,加大责任人不作为的成本,促使其主动申请企业破产。

3. 完善执行转破产程序的相关制度。

对于执行转破产程序制度的完善,可以通过制定专门司法解释对一些具体程序性问题作出规定。例如对于执行转破产程序的启动条件、法院间配合、程序衔接、材料移交等事项的细化,使该项制度更具有实践操作性。

(1) 扩大参与主体范围。可以考虑允许尚未取得申请执行依据,但有相关证据表明享有合法债权的主体,参与到执行转破产程序中来。规定允许这部分主体有权向执行法官提出转破产程序的申请,并需按规定提交各种相关证明材料及证据。

(2) 启动条件。进一步明确执行程序转破产程序的适用条件。一是执行机构已穷尽法定执行措施,当事人不能清偿或全部清偿法院生效文书所确认的债务;二是经法院要求无法在指定期限内提供有债务清偿能力的证明;三是没有第三人代为清偿到期债务;四是无法与已知全部债权人达成和解协议;五是仅适用于民事执行过程中,而不包括其他任何阶段。

(3) 异议程序。对于执行转破产程序应当赋予当事人提出异议的权利,因为无法排除执行机构在执行过程中未完全查明被执行人的财产,或者第三人自愿为被执行人清偿债务的可能性,在移交民商事审判庭前应赋予当事人异议权,在决定书中告知当事人可以在10日内提出异议。执行法官根据当事人在规定时间内是否提出异议,对相应的执行案件作出不同的处理。

第一,当事人没有异议的衔接。如果当事人对于执行法官关于将执行程序转为破产程序的裁定没有异议且并无和解与债务担保等意向时,则案件就被移交给被执行人所在地法院进入破产审查程序。这里应当注意的是,还应包括当事人自行向有权人民法院申请破产程序的情形。对于当事人自行提起破产申请的,执行法院应当暂时中止原执行程序的运行,并视该破产案件的审查受理情况决定未来的处理方向。应当明确移交的全部材料除了必须包括的全部执行卷宗、当事人申请书、执行裁定之外,还应有破产申请所需的债务人相关信息材料。

第二,当事人提出异议的处理。如果当事人对启动破产程序的裁定提出异议,执行机构应根据异议的内容分别进行处理。如果债务人向执行机构提供可供执行的财产或者第三人愿意为债务人清偿到期债权的,分以下两种情况进行处理:一是足额清偿,即债务人有能力清偿全部债权,或者第三人为债务人清偿全部到期债权。执行机构应撤销启动破产程序的裁定,并对相应的财产进行处理,这时与债务人相关的所有执行案件可以以执行完毕的方式结案。二是不足额清偿,即债务人还有一部分债权短期内无法清偿。笔者建议此种情况还是应当裁定中止执行,将案件移交给被执行人所在地法院进行破产审查,按照企业破产法的相关规定进行处理。原因如下:第一,未清偿的债权在什么期限内实现是个不确定因素,如果这部分债权迟迟没能清偿,还是会出现债权人反复上访、闹访的局面。第二,执行法官对部分债权予以执行后,案件还是只能裁定终结本次执行程序,其余债权人仍然会反复申请恢复执行,从而出现执行法官反复执行而又不能实现债权的困境。

(4)受理与破产程序开始。被执行人所在地法院经审查认为债务人符合破产立案标准,应作出启动破产程序的裁定并向当事人送达,同时告知原执行法院。对于破产程序开始时间的准确理解,将有助于判定其后所产生的法律效力。执行转破产程序依然应当适用受理开始主义,有利于我国破产程序的统一性。由于其不存在提出破产申请的问题,故应以法院明确作出裁定受理该破产案件为标志。

(5)关于部分当事人达成的执行和解协议对转换破产程序的影响问题。可以区分为三种情形,一是在执行法院未作出程序转换并移送相关材料之前,由于还属于执行程序中,对当事人自行达成的和解协议,一般认为公权力不宜过度干预。如果有其他当事人对执行和解协议提出异议,认为可能侵害其他潜在债权人利

益,则应当责令其限期提供证据,由原执行法院进行审查,按照执行程序相关规定办理。二是执行法院已经作出转破产程序决定并将材料移送至被执行人所在地法院,此时应当归属于破产审查期间,由于尚未正式受理破产案件,对于债权人与债务人私下的和解协议,原则上也不应干预。但由于其他当事人已无法通过执行程序提出异议,可以待破产案件受理后行使撤销权实现救济。三是在被执行人所在地法院经过审查,确认受理破产案件后,则根据破产法的相关规定,所有个别清偿行为均被认为不允许,则当事人之间无权作出债权和解协议。

(二)对设立依职权主义启动破产程序制度的思考

为了在实践中推动破产法的实施,更好地促进强制执行程序与破产程序的合理转换,依照职权启动破产程序便成了一个现实的选择,然而在立法与实践均对这一制度的推出提出不同的观点,这一制度确实存在着诸多的现实问题。

1. 破产程序职权主义启动机制的两难。

(1)积极意义。破产程序依申请主义启动与依职权主义启动各有优点,又各有不足,一般观点认为破产程序职权主义启动机制是对申请主义启动机制的必要补充。现代法律制度中公法私法化与私法公法化的趋势正是扬长补短的必然之需。为了弥补我国破产法私法自治的缺陷,需要适度倡导公权的介入。特别是在当前,破产法作为商法体系内一部重要的法律,却面临着受案逐年大幅下降,几乎不能得到有效实施的问题。应当根据社会经济的不断发展和商法立法的不断完善,在适当时机考虑引入依职权破产程序启动制度。

(2)现实问题。破产程序职权主义启动制度在我国的确立并非易事,事实上该制度在论证研究过程中,便一直受到包括实务界在内的各个方面的异议,因此始终未能实现。特别是破产法最终没有将其确立为一项原则,对于该制度在后续其他立法及新民诉法司法解释的制定中均是重大障碍。

2. 未来依职权启动破产制度的简单构想。

应当择取适当时机,修订破产法并加入以申请主义为原则,职权主义为例外的规定,并在确定上述原则后,在破产法或其司法解释以及相应的民事诉讼法律制度中明确,依职权启动破产制度的具体细则。

(1)启动环节。理论上依职权启动破产可以在审判和执行程序中的任意一个环节实施,然而在民事审判程序中,即使有证据显示一方当事人达到资不抵债的

破产要件，且因没能清偿债务而被诉，但鉴于民事诉讼程序一般仅为对债权关系的确认，债务人可能尚有继续维持经营的意愿，并乐于为偿债而清偿或筹措资金，不能确定“无法清偿债务”。执行程序中，即属于已经强制执行仍未履行债务的情形，即更易于确定被执行人已届破产法条件，即符合“不能履行债务且明显缺乏偿债能力”的认定标准，因此在执行环节中设置依职权启动破产程序制度似乎更为合理。

(2)启动条件。执行程序中启动依职权破产，应当严格依照破产法对于受理破产案件条件的规定，即不能清偿到期债务，缺乏足够清偿能力或资不抵债。在执行程序中，当事人不清偿债务可能有偿债能力不足的因素，也可能仅仅是缺乏诚信拒绝给付。前者即应当考虑是否依然具备破产法规定条件。在此种情形下，法院应当责令被执行人提供相应资信证明，以避免受到破产审查。如不能提供，或有相反证据足以认定被执行人符合破产法规定条件，则执行法官有权终止强制执行程序，并决定转入破产审查程序。

(3)受理裁定。对于符合破产受案标准的被执行人，执行法官一经决定进入破产审查程序，则案件应当转入有权受理破产案件的法院及其审判部门。由负责破产案件审理工作的法官对案件是否符合破产案件受理标准进行审查，并根据情况作出受理或不予受理的裁定。

(4)不予受理。对于审判法官经审查后认为不符合破产受理标准的案件，应当及时告知原执行法官。执行法官一经接到通知，应当立即恢复原执行程序。

(5)审查和受理法院。为了保证依职权启动破产程序制度的实施效果，保证程序转换过程衔接的顺畅，制度设计中可以考虑由执行法院的破产审判部门直接作为案件审查和受理单位。

破产程序是对债务人全部财产进行的概括执行，注重对所有债权的公平受偿，具有对一般债务清偿程序的排他性。因此，人民法院受理破产申请后，对债务人财产所采取的所有保全措施和执行程序都应解除和中止，相关债务在破产清算程序中一并公平清偿。

总之，各级人民法院都要正确理解新民诉法司法解释关于执行程序与破产程序衔接的相关解释及其积极意义，正确认识破产程序与执行程序的功能定位，作好两个程序的有效衔接，确保破产财产妥善处置、最大保值。涉及人民法院内部

破产程序和执行程序操作的，不同法院、不同审判部门、不同程序要紧密协调配合；涉及债务人财产被其他国家行政机关采取保全措施或执行程序的，人民法院应积极与上述机关进行协调和沟通，取得有关机关的配合，依法解除有关保全措施，中止有关执行程序。适用新民诉法司法解释，作好执行程序与破产程序衔接的目的，在于缓解执行难、促进破产法实施，充分发挥企业破产法公平保护全体债权人的作用，努力让每一个执行案件、破产案件都能体现司法的公平正义。

离婚前偷偷转移资产 法院认定转让行为无效

夫妻关系裂痕难以愈合，即将面临离婚，丈夫为避免自己的“劳动果实”被妻子占有，便想出了一个“妙招”——悄悄与第三人签订协议，将其在公司所享有的股份转让给他人，并办理了工商登记手续，企图离婚时少分给妻子财产。近日，无锡市北塘法院受理了一起妻子起诉要求法院确认丈夫与案外人签订的转让公司股份的协议书无效的案件。最终，法院在综合案件中夫妻感情恶化、案外人与转让股权一方的特殊关系等具体情形，认定系恶意转移夫妻共同财产，转让协议无效，避免属于夫妻共同所有的财产被隐匿转移，保护了妻子的合法利益。

感情濒临破裂 财产之争爆发

案情回放

诸女士和惠先生在1994年相识恋爱结婚，至今已近20年。婚后两人育有一子一女，本属一个让人羡慕的幸福家庭。可一路走来，感情磕磕碰碰，双方时有争吵，2010年以来，双方关系越来越差，加上长久以来积攒的不满和怨恨集中爆发，两人争吵不断升级，最终走上了离婚之路。

2010年6月，诸女士起草了一份离婚协议，上面涉及到子女的抚养、几套房子的归属问题，也提出了要分割惠先生名下的公司的财产。惠先生同意离婚，但在财产分割上，不赞同诸女士的分割方案。后来诸女士重新拟定了一份离婚协议书，对财产分割的具体内容做了调整，但惠先生仍旧不能同意。两人一直未能就财产分割的事情商谈一致，最终没能达成离婚协议。2011年年初，两人开始分居。

处心积虑 图谋隐匿财产

1998年，惠先生与父亲投资成立了一家轴承公司。公司经营业绩不错，注册资本200万元，公司的股东就是惠先生父子两人，惠先生占95%，其父亲占5%。

惠先生认为公司是他一手经营的，理应归他所有。但在咨询了法律人士后得知，即使公司没有登记妻子的名字，离婚分割财产时仍要将公司的财产作为共同

财产由两人平分的。这下惠先生坐不住了，公司的财产可不能让妻子白白拿走。他想到了一个既简单又有效的主意——转让公司股份，先把股份转到自己信任的人的名下，离婚后再转回来。

于是他一方面跟诸女士商谈离婚事宜，以拖延离婚时间，另一方面则暗自准备。在2011年11月，惠先生与其姐夫吴某签订股权转让协议，约定惠先生将该公司的95%股份全部转让给吴某，转让的价格为190万元。协议签订后，两人立即到工商局办理了股权转让登记。公司仍然由惠某在实际经营负责。

多次协商未果，诸女士决定通过法院起诉离婚。在准备起诉材料时诸女士发现惠先生在公司的股份已经全部转让到第三人名下，诸女士是又气又惊，旋即向法院提起了诉讼，认为惠先生的转让行为没有经过她的同意，侵犯了她的财产权益。

法庭之上 百般辩解

在法院审理中，惠先生认为诸女士不是公司的股东，股权转让根本不需要诸女士的签字。他承认其转让股权并没有让其姐夫支付相应的款项，但辩称因为之前购房、投资企业的时候，公司曾向其姐夫借款200万元，一直没有归还，所以股权转让款就抵销了拖欠姐夫的债务。因此，姐夫不需要再支付股权转让款。而且，惠某认为，其股权转让已经向税务机关交纳了资产清单、财务报表进行核准，双方按《中华人民共和国公司法》规定的相关程序，已经通过工商行政部门的依法登记，已经发生法律效力，所以诸女士认为转让协议无效不成立，并称如果诸某认为登记有错误，应当起诉工商局，通过行政诉讼的方式撤销登记。惠先生的姐夫则称，受让股份是善意的，其不知道夫妻两人已经在闹离婚，所以并没有损害诸女士的利益。

法院判决法理充分 双方服判息诉

法院经审理认为，夫妻关系存续期间的财产属夫妻共同财产。按照婚姻法的解释，夫妻一方对共同财产享有平等的处理权，因日常生活生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定；非因日常生活需要处理夫妻共同财产的，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。在本案中，惠先生处置其在公司享有的股份时，没有跟妻子诸女士协商并征得同意，擅自与第三人签订股权转让协议，将股份转移给他人，属无权处分。本案中转让股权没有支付相应的款项，惠先生认

为公司之前向他姐夫借款没有归还，所以无需支付转让款，没有提供证据证明，法院不能采信。且该第三人与惠先生是亲戚关系，知道或应当知道夫妻间存有矛盾，不属于善意的第三人。综合案件的具体情形，法院认定转让协议无效。法院判决后，双方均表示息诉服判，未提出上诉。

律师寄语

案件审理实践中，是否属于善意地受让转让的财产，根据相关司法解释及司法判例，应从第三人与转让人的关系、受让方是否知晓转让财产系夫妻共同财产、是否按照合理价格转让并实际支付等因素来综合判断。离婚时一方擅自处理财产，在现实中较为常见。转移财产的方式各种各样，有的是将存款转到他人名下，有的是虚假买卖不动产，有的则是虚构债务。但夫妻明显处于关系不和、长期分居的情况下，私自处置、转移财产，即使已经在国家行政机关办理转让登记，法院也极有可能认定为无效。

另外，法院在审理离婚分割财产时，对具有转移、毁损、隐匿财产情形的一方，还可以少分或者不分财产。因此，如果婚姻真的走到不可挽回的境地，要以正确的心态对待财产的分割，心平气和地商量和分配，好聚好散，企图耍小聪明的反倒可能失去更多。