# 考点6 合伙企业法

七、特殊的普通合伙企业

|  |  |
| --- | --- |
| 适用范围 | 以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构 |
| 公示要求 | 特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样 |
| 责任规则 | 一般责任规则：与普通合伙企业相同 |
| 特殊责任规则：一个合伙人或数个合伙人在执业活动中因故意或重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任 |
| 债权人保护 | 特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险 |

八、有限合伙企业

#### （一）有限合伙企业的概念

有限合伙企业是指由一个以上的普通合伙人和一个以上的有限合伙人共同设立的合伙企业。普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担有限责任。

至少1+1

#### （二）有限合伙企业的设立

1．由2个以上50个以下合伙人设立，但法律另有规定的除外。

2．有限合伙企业的名称中应当标明“有限合伙”字样。

3．有限合伙人不得以劳务出资（普通合伙人依然可以劳务出资）。

4．登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或名称及认缴的出资数额。

#### （三）有限合伙企业的事务执行

1．有限合伙企业的事务由普通合伙人执行。有限合伙人不执行合伙事务，也不得对外代表有限合伙企业。

2．表见普通合伙：第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，应当承担赔偿责任。

仅对该次交易无限责任

#### （四）有限合伙人的特殊权利和义务

1．利润分配。有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

2．自我交易和同业竞争。除非合伙协议另有约定，有限合伙人可以同合伙企业进行交易，也可以自营或同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

3．合伙份额出质。除非合伙协议另有约定，有限合伙人可以将其在合伙企业中的财产份额出质。

4．合伙份额转让。有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额，只需提前30天通知其他合伙人即可。

与普通合伙人均存在不同

#### （五）有限合伙人的入伙和退伙

1．责任：入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

2．退伙事由的特殊性：有限合伙人个人丧失偿债能力的，并不当然退伙。丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。（因为仅承担有限责任）

3．有限合伙份额的自动继承性：作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或作为有限合伙人的法人及非法人组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

#### （六）有限合伙与普通合伙的转换

1．当有限合伙企业仅剩普通合伙人时，有限合伙企业转为普通合伙企业，并应当进行相应的变更登记。

2．当有限合伙企业仅剩有限合伙人时，则该企业不再是合伙企业，故应解散。

3．经全体合伙人一致同意，普通合伙人可以转变为有限合伙人，有限合伙人可以转变为普通合伙人。有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任；普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

九、合伙的解散与清算

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 解散原因 | ①合伙期限届满，合伙人决定不再经营  ②合伙协议约定的解散事由出现  ③全体合伙人决定解散  ④合伙人已不具备法定人数满30天  ⑤合伙协议约定的合伙目的已经实现或无法实现  ⑥依法被吊销营业执照、责令关闭或被撤销  ⑦法律、行政法规规定的其他原因 | |
| 清算 | 清算人 | ①清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后15日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人  ②自合伙企业解散事由出现之日起15日内未确定清算人的，合伙人或其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人 |
| 程序 | 确定清算人→通知债权人并公告→债权人申报债权→实施清算→办理注销登记 |
| 责任 | ①企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍承担无限连带责任  ②合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任 |

# 考点7 企业破产法

破产为了公平清偿：物权优先于债权：别除权、取回权

债权优先于股权

债权公平受偿，但并非所有债权都同一顺序

一、破产申请和受理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 申请人 | 清算人 | 在企业法人资不抵债时可申请破产清算（清算过程中转化为破产） |
| 债权人 | 可以申请重整或破产清算，但不得申请和解 |
| 债务人 | 可以向法院提出重整、和解或破产清算申请 |
| 撤回申请 | ①法院受理破产申请前，申请人可以请求撤回申请  ②在法院受理破产案件后，申请人请求撤回破产申请的，应予驳回 | |
| 受理时限 | ①债权人申请的，法院应当自收到申请之日起5日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到通知之日起7日内向法院提出。法院应当自异议期满之日起10日内裁定是否受理  ②债务人无异议的，或债务人、清算义务人申请的，法院应当自收到破产申请之日起15日内裁定是否受理  ③不予受理的裁定可以上诉 | |

难点展开

（一）破产原因：不能清偿到期债务且资不抵债或明显缺乏清偿能力

我国《破产法》对破产原因的规定，采用双重标准。一是现金流标准，即“不能清偿到期债务”，其要件包括：（1）债权债务关系依法成立；（2）债务履行期限已经届满；（3）债务人未完全清偿债务。二是资产负债表标准，即“资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力”。其中，“资产不足以清偿全部债务”，主要依财务资料判断，但有相反证据足以推翻的除外。“明显缺乏清偿能力”是指下列情形之一：（1）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；（2）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；（3）经人民法院强制执行，无法清偿债务；（4）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；（5）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。另外，对于债务人是否具备破产原因，应当采用“独立判断原则”，相关当事人以对债务人的债务负有连带责任的人未丧失清偿能力为由，主张债务人不具备破产原因的，不予支持。

（二）受理破产申请的法律效果

法院受理破产申请时，破产程序开始。为实现公平偿债的目的，破产法规定了一系列法律效果，概括为债权冻结、统一管理（管理人管理）和汇集程序（破产法院集中管辖）

1．债权冻结

（1）债务人对个别债权人的债务清偿无效（但管理人可以通过清偿债务或提供为债权人接受的担保取回质物、留置物（清偿数额低于担保物价值），程序上应当及时报告债权人委员会，未设立债权人委员会的，管理人应当及时报告人民法院）。

停止计算利息

（2）有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。

2．统一管理

（1）破产管理人接管债务人财产和事务，债务人的法定代表人或法院决定的其他人员（如财务人员、经营管理人员）负有协助义务、信息提供义务，未经法院许可不得离开住所地（否则法院可训诫、拘留，可并处罚款），不新任其他企业的董事、监事、高管。

（2）债务人的债务人或财产持有人应当向管理人清偿债务或交付财产。

（3）正在进行的有关债务人的民事诉讼或仲裁应当中止。

（4）待履行合同问题 管理人选择权

对于受理之前成立且双方均未履行完毕的合同，管理人有权决定解除或继续履行，并通知对方当事人。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。管理人自破产申请受理之日起2个月内未通知对方当事人，或自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的，视为解除合同。

解除合同造成损失的，为共益债务

3．汇集程序

有关债务人的其他新的民事诉讼，只能向受理破产申请的法院提起。注意：（1）债权人不能直接提起给付之诉，而应先申报债权，若对债权表有异议，可提起确认之诉；（2）破产程序不排除仲裁协议，但同理，债权人不能直接申请要求债务人清偿债务的仲裁，而应先申报债权，若对债权表有异议，可提起确认债权的仲裁。

4．新借款问题

“依法决议+优先受偿”。依法决议是指，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。优先受偿是指参照共益债务优先于普通债权清偿，但不得影响此前设定的担保物权。

二、管理人

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 人事问题 | 指定 | 法院在裁定受理破产申请的同时指定管理人 |
| 资格 | 管理人可以由依法成立的清算组、社会中介机构担任或中介机构取得执业资格的专业人员担任。有下列情形之一的，不得担任管理人：  ①因故意犯罪受过刑事处罚  ②曾被吊销相关专业执业证书  ③与本案有利害关系  ④不宜担任管理人的其他情形 |
| 变更 | 债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或有其他不能胜任职务情形的，可以申请法院予以更换 |
| 辞职 | 管理人没有正当理由不得辞去职务。管理人辞去职务应当经法院许可 |
| 报酬 | 管理人的报酬由法院确定。管理人经法院许可，可以聘用必要的工作人员。费用、报酬和聘用工作人员的费用列入破产费用 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 职责 | 一般  职责 | 管理债务人财产、营业和内部事务，执行破产程序（如召集会议等），代表债务人行使权利 |
| 特别  职责 | 决定待履行合同的解除或继续履行；对债务人在破产程序前的不正当处分行为行使撤销权和追回权；接受债权申报、调查职工债权和编制债权表；重整期间主持债务人营业或者对债务人自行营业进行监督；制备重整计划草案；申请法院批准重整计划草案；监督重整计划的执行；在破产宣告后，拟订破产变价方案；拟订和执行破产分配方案；破产程序终结时，办理破产人的注销登记 |
| 重大财产处分 | 事先表决+事先报告：事先表决是指经债权人会议表决通过，否则不得处分。事先报告是指向债权人委员会报告，未设立债权人委员会的向法院报告 |
| 义务 | ①忠实和勤勉义务。单个债权人有权查阅债务人财产状况报告、债权人会议决议、债权人委员会决议、管理人监督报告等财务和经营信息资料。管理人无正当理由不予提供的，债权人可以请求法院作出决定；法院应当在五日内作出决定  ②报告义务：向法院报告工作，列席债权人会议并报告情况和回答询问  ③不辞任义务 | |

三、债务人财产

#### （一）债务人财产的范围

1．债务人财产的范围

包括破产申请受理时属于债务人的财产以及破产申请受理后至破产程序终结前取得的财产，但是债务人占有的别人的财产不属于债务人财产。

债务人的股东所欠缴的出资，应当在破产申请受理时补缴，不必等待缴资期限届至 加速到期（《破产法》第35条）。

破产受理到宣告破产前为债务人财产；宣告后为破产财产

#### （二）债务人财产的追回

1. 欺诈破产行为的撤销。法院受理破产申请前1年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求法院予以撤销：①无偿转让财产的；②以明显不合理的价格进行交易的；③对没有财产担保的债务提供财产担保的；④对未到期的债务提前清偿的（若该债权在破产申请受理前已经到期，管理人不能请求撤销该清偿行为）；⑤放弃债权的。另外，对于①、②、⑤项，管理人不撤销的，债权人可行使《民法典》上的债权人撤销权。与民法债权人撤销权类似
2. 个别清偿行为的撤销。法院受理破产申请前6个月内，债务人具备破产原因，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外（《破产法》第32条）。这些例外包括：①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；②债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿；③债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的；④债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金的。

特别追回权。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（如绩效奖金、普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收入、其他非正常收入）和侵占的企业财产，管理人应当追回，并计入债务人财产

无效行为 ①为逃避债务而隐匿、转移财产的

②虚构债务或者承认不真实的债务的

#### （三）破产取回权

物权请求权优先的体现

法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，权利人可以通过管理人取回。这种权利，具有物权请求权属性。有几种特殊的破产取回权需要注意：

1. 在途标的物的取回。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. 代位取回权。债务人占有的他人财产毁损、灭失，因此获得的保险金、赔偿金、代偿物尚未交付给债务人，或者代偿物虽已交付给债务人但能与债务人财产予以区分的，权利人可以取回就此获得的保险金、赔偿金、代偿物。否则，权利人不能行使取回权，只能要求债务人赔偿损失（《破产法解释（二）》第32条）。（要求财产没有发生混同）

（3）所有权保留买卖中的取回权。买方破产，所有权保留买卖合同继续履行的，买方的付款义务在法院受理破产申请时视为到期；买方不付款或不当处分标的物，卖方可以取回标的物，但买方已支付标的物总价款75%以上（对买受人的特殊保护）或者第三人善意取得标的物所有权或其他物权的除外。

尚未履行完毕合同管理人享有选择权，决定履行的不能行使取回权

#### （四）破产抵销权

债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是要注意的是：

1. 破产抵销权与民法上的法定抵销权不同，它不受期限、标的物种类和品质的限制，如果破产管理人以标的物种类或者品质不同、债务尚未到期等理由主张抵销不成立的，不予支持。
2. 债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的，不得抵销。此处可以和债权让与、公司合并等结合考查。破产受理后因债权让与或者合并新取得的债权，不得抵消，否则构成个别清偿
3. 债务人的股东对债务人的下列债务，不得抵销：①债务人股东因欠缴债务人的出资或抽逃出资对债务人所负的债务（股东出资义务必须履行）；②债务人股东滥用股东权利或关联关系损害公司利益对债务人所负的债务（深石原则体现）

只能债权人主张抵消，管理人不能主动主动抵消

#### （五）破产费用和共益债务

受理后为全体债权人利益发生的程序性费用，为破产费用。具体包括：（1）破产案件的诉讼费用；（2）管理、变价和分配债务人财产的费用；（3）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。法院裁定受理破产申请的，此前债务人尚未支付的公司强制清算费用、未终结的执行程序中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，可以参照破产费用的规定，由债务人财产随时清偿。此前债务人尚未支付的案件受理费、执行申请费，可以作为破产债权清偿。

受理后为全体债权人利益发生的实体性债务，为共益债务。具体包括：（1）因管理人或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；（2）债务人财产受无因管理所产生的债务；（3）因债务人不当得利所产生的债务；（4）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（包括破产受理后为继续营业而发生的借款）；（5）管理人或相关人员执行职务致人损害所产生的债务；（6）债务人财产致人损害所产生的债务。

破产费用优先于共益债务

担保物权的不参与排序，可以优先受偿

在破产清算程序中，宣告破产之后方可以行使。在受理破产申请之后、宣告破产之前能否行使，存在争议。一般认为可以行使，但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外。如抵押物为机器设备，生产线的一部分。

四、债权申报

|  |  |
| --- | --- |
| 申报条件 | 1. 须为以财产给付为内容的   ②须为法院受理前成立的债权  ③须为平等主体之间的债权  ④须为合法有效的债权  但是该债权是否到期、是否有财产担保在所不问 |
| 申报程序 | 1. 债权人未依法申报债权的，不得依破产法规定的程序行使权利   ②申报期限：法院确定。逾期未申报的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担   1. 申报材料：债权人应当书面说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证据   ④确认和异议：债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的，由法院裁定确认。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法院提起诉讼 |

难点展开

债权申报的特殊情形

1．未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息（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，法院不予确认）。

2．不确定的债权，如附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权，债权人可以申报。但是，除法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。

3．职工债权不必申报

4．连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。

5．有保证关系的债权申报

1．仅债务人破产

债务人的保证人或其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。债务人的保证人或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（《破产法》第51条）。

2．仅保证人破产

①保证人被裁定进入破产程序的，债权人有权申报其对保证人的保证债权。

②主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。

③一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，不予支持，但债权人在一般保证人破产程序中的分配额应予提存，待一般保证人应承担的保证责任确定后再按照破产清偿比例予以分配。（并不是变为连带保证）

④保证人被确定应当承担保证责任的，保证人的管理人可以就保证人实际承担的清偿额向主债务人或其他债务人行使求偿权（《破产法解释（三）》第4条）。

3．保证人和债务人都破产

①债务人、保证人均被裁定进入破产程序的，债权人有权向债务人、保证人分别申报债权。

②债权人向债务人、保证人均申报全部债权的，从一方破产程序中获得清偿后，其对另一方的债权额不作调整，但债权人的受偿额不得超出其债权总额。（实际受偿额不超总额）

③保证人履行保证责任后不再享有求偿权