



执行与破产之功能界分与制度衔接

徐阳光*

摘要 执行程序建立在债务人有财产可供执行的基础上,贯彻普通债权“先到先得”的清偿原则,破产程序建立在债务人无法清偿全部债务或明显缺乏清偿能力的基础上,贯彻普通债权平等受偿原则。执行与破产的衔接发生在债务人无(足额)财产可供清偿的时候,债务清偿原则亦随之发生转化。推进执行案件移送破产审查的制度的落实,根本目的不在于解决“执行难”问题,也不是以推动破产审判为目标,而是在于正确界分执行程序与破产程序的制度功能,理顺民事执行制度与破产法律制度之间的逻辑关系,循此原理,方可解释执行转破产程序中的诸多疑难问题。

关键词 执行程序 破产程序 执行难 先到先得 平等受偿

执行与破产均为源自古罗马的法律制度,其功能本应泾渭分明,却在立法和司法实践中呈现出交织混淆的状态。北京大学法学院唐应茂副教授早年撰文指出,就立法层面而言,破产法虽然历经艰辛,但终究是在2006年出台了新中国的第二部破产法,而执行制度作为民事诉讼法中的一部分,并未独立开来,起草中的《强制执行法》,其出台日期仍是遥遥无期,两者的立法对决,破产法明显胜出。然而,在司法实践中,“形形色色的破产案件进入执行程序”,执行机构的执法力量、覆盖网络以及机构本身的地位都远远超过了破产法的实践。为什么执行程序处理破产问题?这是一个值得我们深入思考的重大理论与实践问题。^[1]

2015年1月30日,最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法司法解释》),自2015年2月4日起施行。《民诉法司法解释》第513条至516条确立了执行不能案件移送破产审查的制度规则,从制度上打通了执行不能案件通过法院移送进入破产程序的通道,同时,第516条明确废除了参与分配制度在被执行人为企业法人的执行案件中的适用,这是理论界与司法实务界共

同努力的成果,来之不易。

2016年12月7日,最高人民法院召开全国法院执行案件移送破产审查工作视频会议,全面动员和部署执行案件移送破产审查工作。杜万华专委在讲话中指出:“企业法人丧失偿债能力时,单凭传统的审判执行方式难以满足各方主体权利诉求、难以修复业已中断的经济链条。这种情况下,人民法院需要在一般审判执行方式之外再辟蹊径,积极开拓解决企业问题的破产法律通道,运用破产方式解决相关矛盾纠纷”,“人民法院开展执行案件移送破产审查工作,是一次重大的理论创新,也是一次必要和有益的司法实践。”^[2]

2017年1月20日,最高人民法院发布《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》(法发〔2017〕2号,以下简称《指导意见》),明确“推进执行案件移送破产审查工作,有利于健全市场主体救治和退出机制,有利于完善司法工作机制,有利于化解执行积案,是人民法院贯彻中央供给侧结构性改革部署的重要举措,是当前和今后一段时期人民法院服务经济社会发展大局的重要任务”。这是最高司法

*徐阳光,法学博士、博士后,中国人民大学法学院副教授,中国人民大学破产法研究中心副主任,北京市破产法学会副会长兼秘书长。本文为中国法学会2015年度部级法学研究课题CLS“自然人破产法律制度研究”[项目编号:(2015)C37]的阶段性成果。

[1]唐应茂:“为什么执行程序处理破产问题”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。

[2]杜万华:“充分认识执行案件依法移送破产审查工作重要意义”,载《人民法院报》2016年12月10日。

机关在总结各地法院探索执转破的经验教训基础上,首次形成适用于全国范围内的司法政策,具有十分重要的指导意义。

执行转破产的制度规则基本健全,而在“用两到三年基本解决执行难”的司法追求下,执行转破产总是被人作为解决“执行难”的推手。与此同时,在全国破产案件数量和企业注销登记数量形成鲜明反差、“僵尸企业”市场退出困难的背景下,执行转破产也被人视为推动破产审判工作的重要手段。概言之,解释论中的执行转破产的制度目标呈现多元化现象,而因各地司法机关认识不同,执行案件移送破产审查工作的推进效果差异较大。虽是如火如荼,却是众说纷纭、尺度(力度)不一。笔者认为,解决“执行难”和破产案件启动难的问题,是影响深入执转破工作进展和客观效果的外在因素,惟有正确理解执行与破产的功能界分,理顺执行与破产衔接之内在逻辑,才是深入推进执行不能移送破产审查工作的内在要求。

一、历史渊源中的执行与破产关系

理解执行与破产的关系,有必要溯及到古罗马法中的规则。据民法学者徐国栋教授研究,远古罗马采用 Nexus(债务口约)的债的概念,在债务口约的订立过程中,当事人要说这样的套语:“若某某债务人到期不将某款项归还,应将他收为奴隶,使役之、出卖之、杀戮之。”此等套语中规定的“三之”(违约后果)叫作拘押(Manus iniectio),其内容体现在《十二表法》第三表的规定中:“(1)对于自己承认的债务或对法院判决的事情,授予30天的宽限期。(2)此后,实行拘押。将他带到长官前。(3)此时如债务人仍不执行判决,或无人在长官前为他担保,则原告将他押至家中,拴以重量不轻于15磅的铁链或脚镣,如果愿意,可以加重份量。(4)债务人在拘禁期间,可自备伙食,如不自备伙食,则束缚他的人应每日供给二粒小麦一磅,如果愿意,可以加量。(5)双方有权达成简约,如果未达成简约,受判处者要受60天的羈押。在此期间,他应在3个连续的集市日被牵至大会场执

官面前,并被当众宣布所判定的金额。在第三个集市日,对其实行死刑,或把他卖于台伯河对岸的外邦。(6)到了第三个集市日,应将之切成块,块多或块少,都不算诈欺。”^[3]

《十二表法》第三表的规定属于强制执行法还是破产法,这是可以探讨的问题。徐国栋教授认为:“前5条都可以看作强制执行法的内容,第6条是典型的破产法条文,因为它隐含多个债权人对破产人尸体的分配以及债权人平等原则”。^[4]破产法学者王欣新教授认为:“这些规定表明,对债务人丧失清偿能力时债务的公平偿还问题,已经纳入法律调整的范围,破产法开始萌芽。……对债务人的处死分尸,一方面反映出对多数债权人的公平分配,但另一方面,可能也是古罗马时代制约债务清偿的一种有效方法”。^[5]正是这种萌芽,开启了人类历史上的破产法制度的演进,之后,执行与破产制度都逐步从野蛮走向文明,但现代破产法的诸多制度,都可以在罗马立法中找到根源,罗马破产法应是现代破产法之先祖。^[6]

上述研究表明:其一,执行制度与破产制度都是人类历史中古老的司法制度;其二,执行制度与破产制度总是相伴而生却各归其位;其三,执行制度与破产制度具有天然的内在衔接需求,破产程序总是在执行的尽头默默等待。反观现实,中国的执行与破产制度,却呈现出明显的非同步现象,彼此之间的衔接也总是在理论与现实的碰撞中艰难行进。在司法实践中,我们总遇到执行与破产孰优孰劣的问题。如前述唐应茂教授的文章,也认真比较了执行与破产程序的优劣,并以此探究“为何执行程序处理破产问题”。然则,对执行与破产制度之构建,不应以现实中的优劣作为逻辑基础,而应回归到彼此之间的功能定位。

二、执行程序的功能定位与债务清偿原则

(一)执行程序建立在债务人有财产可供执行的基础上

民事诉讼中的强制执行程序是指在债权人取得执行名义之后,债务人拒不履行执行名义所确定的民事

[3]徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪慰民译:“十二表法新译本”,载《河北法学》2005年第11期。

[4]徐国栋:“罗马破产法研究”,载《现代法学》2014年第1期。

[5]王欣新:《破产法》(第3版),中国人民大学出版社2011年版,第16-17页。

[6]同注[4]。



义务,有关国家机关(法院)根据债权人的申请,采取必要措施,强制债务人履行义务,是债权人借助司法机关这一公权力力量来实现债权的法律制度,是为个别或部分债权人而采取的措施。债权人的利益要通过执行程序来实现,其前提是债务人要有现存财产。“在实现债权人的执行中,执行程序是在坚持债权平等的原则下按照‘先来先得’的规则抽取债务人财产。在债务人具有充足财产的情形下,可以说民事执行程序是实现债权人利益的最佳手段”。^[7]

国家建立民事强制执行制度,意在解决何种问题?这是一个有争议的话题,实践中对于“执行难”问题的解读,也呈现出观点的分歧。笔者认为,执行程序是建立在假定债务人有财产可供执行的基础上,从执行与破产程序的法理界分而言,执行程序解决的应当是债务人有履行能力而拒不履行的问题,法律意义上的“执行难”也应该针对这种情形而言。如学者所言,现在要解决的“执行难”,其着眼点是要排除各种干扰和阻力,下大力解决那些依法应当执行、被执行人又有偿付能力而因为种种原因没有执行的案件。^[8]唯有从此种意义上认识“执行难”问题,才能让法院的执行工作回归理性。

实际上,我国从刑法到相关司法解释的规则,对执行功能的定位也是遵循此种逻辑。在《刑法》第6章第2节“妨害司法罪”中,与执行程序有关的罪名仅两个:一是第313条规定的拒不执行判决、裁定罪,强调的是“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行”;二是第314条规定的非法处置查封、扣押、冻结的财产罪。《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》(2015)针对的是“负有执行义务的人对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行”;《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》(法释[2013]17号)针对的是“被执行人具有履行能力而不履行生效法律文书确定的义务”。

应当说,刑法和相关司法解释的规定,构筑了一条清晰、合理的制度保障路径。但问题在于,如果债务人确无履行能力,债权人权益如何保障?是否应启动执行

程序?对此,笔者的回答是:第一,债权人仍可依法启动执行程序,并通过执行程序发现债务人是否有履行能力;第二,如果透过执行程序发现债务人确无履行能力(包括有部分财产但不足以清偿全部申请执行人的债权),在债务人为企业法人的情况下,应当转入破产程序,执行程序的使命至此结束;在债务人为自然人的情况下,法理上也应转入破产程序处理,但因我国目前尚未确立个人破产制度,则在执行程序中可按照参与分配规则处理。

(二)执行程序贯彻普通债权“先到先得”的清偿原则

与上述基础条件密切相关的就是执行中的债权清偿顺位问题。毋庸置疑,实体法中确认的优先债权(包括以特定财产设定担保的债权和法律规定的一般优先权,后者如税收优先权、船舶优先权、航空器优先权、在建工程价款优先受偿权等)必须在执行程序中得到尊重。实践中争议较大的问题在于,执行程序中的多个申请执行的普通债权人的债权按照何种顺位清偿。对此,存在三种现实的做法:第一种做法是根据先后顺位按照“先到先得”清偿,亦称之为优先主义。第二种做法是对进入执行程序的普通债权,不分执行的先后顺序,而是彻底贯彻同类债权平等受偿的原则,亦称为平等主义。彻底的平等主义则使在先查封的债权人除了执行费用以外,没有任何优先地位。第三种做法是在上述两个极端之间做出的折中,亦称为团体优先主义。具体是划分执行的时间节点,节点之前的债权人成为一个团体,优先于节点之后的债权人团体受偿,团体内债权人之间平等分配。我国目前争议最大的主要是,被执行人为企业法人时能否例外实行平等分配原则。这一争论,除涉及平等主义和优先主义的一般性争论之外,主要涉及平等分配能否真正实现债权人之间公平受偿、强制执行与破产程序的职能分工。^[9]

日耳曼民族法谚有云:“先向法院申请者,其权利优先”。我国学者指出:“在民事活动中,债权人请求债务人履行债务可以有时间上的先后,先请求者先受偿,后请求者后受偿;债权人请求强制执行在时间上也可以有先

[7]沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第1350页。

[8]景汉朝、卢子娟:“‘执行难’及其对策”,载《法学研究》2000年第5期。

[9]刘贵祥:“平等分配制度与破产制度的分工”,载《人民法院报》2014年4月30日。

后,在债务人的财产足以清偿各债权人债权的情形中,如果因为其他债权人参与分配而使得先请求者得不到先受偿(即适用平等清偿原则),就不合理了。”^[10]执行优先主义肇始于日耳曼法并在德国法系国家存续下来,进而扩及至受其影响的英国法,并随后影响了美国和其他英美法系国家。虽然执行平等主义同执行制度一起滥觞于罗马法,而且从立法例上看,法国法系国家和日本以及我国台湾地区等仍然推行执行平等主义,但从发展趋势看,执行优先主义无疑代表着未来的方向。^[11]

在我国的司法实践中,体现执行程序中的平等主义清偿原则的主要是参与分配制度,但这并非民事诉讼法的立法规定,而是1992年的民事诉讼法司法解释创设的制度,之后扩大适用于被执行人为企业法人的情形。诚然,在我国当时企业破产法适用范围有限、破产文化不彰和破产制度落后的现实环境下,参与分配制度发挥了弥补破产制度缺失的作用,但其作为执行程序处理破产问题的主要方式,其弊端也是突出的,学界对此多有分析,在此不予赘述。总而言之,“如果说在当时的历史条件下执行程序中特殊情况下的平等分配制度弥补了破产制度运行不畅的缺陷,那么在现有条件下再坚持这一规定,则有弱化我国破产法律制度、越俎代庖之嫌。必须对这一制度的合理性重新审视”。^[12]

笔者认为,在被执行人为企业法人的情况下,执行程序原则上必须严格贯彻普通债权“先到先得”的清偿原则,^[13]具体而言:1.如果执行法院依据申请执行人的请求采取了“财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产”等执行措施,普通债权人按照执行措施的先后顺序清偿,《民事诉讼法司法解释》第516条的规定遵循的即是此

种思路;2.如果多个普通债权人申请执行,当时并未发现可供执行的财产,执行法院在启动程序后通过调查发现债务人财产并采取了相应的执行措施,则依据普通债权人申请执行的先后顺序清偿。

三、破产程序的功能定位与债务清偿原则

(一)破产程序建立在债务人无法清偿全部债务或明显缺乏清偿能力的基础上

破产程序是一次性清理全部债权债务关系的法律制度,其事实基础是债务人无法清偿全部债务或明显缺乏清偿能力,即债务人具备了《企业破产法》第2条第1款规定的破产原因。当然,现代破产法还确立了破产和解与破产重整制度,《企业破产法》第2条第2款特别规定了重整原因,较之第1款规定的原因,更为宽松,是为了实现司法提前介入及早挽救企业或企业所承载的事业的目的。在讨论执行与破产程序的衔接问题时,重整原因应暂不予考虑,因为执行不能移送破产,虽然在现行司法解释之下仍要征得债务人或者债权人的同意,但性质上仍具有司法职能的属性,宜严格限定在被执行人具备《企业破产法》第2条第1款规定的破产原因的情形。而重整程序的启动之所以条件宽松,是因为其建立在债务人申请或债权人申请的前提上。正是基于此,笔者认为执行法院移送破产审查应该限于破产清算的审查,除非在审查过程中,债务人或者债权人明确提出破产重整申请,否则,审查受理后进入的只能是破产清算程序,至于受理之后是否转入破产重整或破产和解程序,则是破产程序进行中的程序依法切换的问题,与执行程序无涉。也正是在此意义上,笔者不赞同在执行程序中引入强制管

[10]邵明:“权利保护与优先执行原则”,载《人民法院报》2001年4月10日。

[11]肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2000年版,第644页以下;童兆洪、章青山:“破产与执行:功能定位与制度调谐”,载《诉讼法论丛》第10卷,第319页。

[12]同注[9]。

[13]之所以强调是原则上必须贯彻“先到先得”原则,是因为实践中可能存在一些需要例外考虑的情形。例如,刘贵祥专委指出了四种应特别对待的情形:一是各债权人基于相同事由对债务人享有的权利,本来可构成集团诉讼的情况。这种情况下区分先后顺序受偿,明显不公。二是无法区分执行先后顺序的情况。如债权人基本同时申请执行,无人在先发现财产并申请查封,法院依职权所采取的执行措施一般是为了多个债权人共同实施的,则多个案件的债权人之间应当平等分配。三是债权人协议平等分配的。四是对特殊主体在执行程序中应优先保护。实践中存在一些直接涉及民生的案件,如执行抚养费、抚育费、赡养费、职工工资、劳动保险费、人身损害赔偿等债权。为保护弱势群体利益,应当在执行中根据具体案情,优先予以清偿。参见刘贵祥:“平等分配制度与破产制度的分工”,载《人民法院报》2014年4月30日版。对于其中第三种情形,前文已有分析,而其他三种情形,笔者认为,宜给予特殊对待。



理制度甚或执行法官按照破产重整方式来处理债权债务关系的做法,因为这种做法实际上就是执行法官在做破产审判的工作,虽然可能取得一定的社会效果,但混淆了执行程序与破产程序的功能界分关系,亦不利于破产法的实施。^[14]

破产程序与执行程序具有相似性,都是强制债务人清偿债务的方法与程序,但两者的区别也是非常明显的。执行程序是个别执行的制度;破产程序是概括执行的制度。破产法确立了破产管理人制度以及破产撤销权、无效行为等有助于债务人财产追收的制度,可以更好地按照市场化、法治化的方式来实现债务人财产价值最大化。必须承认,在发达的执行制度和渐趋全网覆盖的执行措施之下,执行程序中法院对债务人财产的执行查控能力远远胜过破产管理人,但执行法院无法通过破产撤销权、无效行为、出资义务加速到期、高管非正常收入的追回等制度措施来实现债务人财产价值的最大化。不仅如此,在破产程序中,执行程序中遇到的“企业法人资产、负债甚众”“部分企业存在关联企业”“企业得实际运作、生存依赖于员工和市场行情”等无法解决的难题,^[15]都可以通过管理人尽职履责、关联企业实质合并破产和破产重整制度的运用得到化解。因此,在债务人无法清偿全部债务或明显缺乏清偿能力的情况下,破产程序具有执行程序无法比拟的优势。

(二)破产程序贯彻普通债权平等受偿原则

正是因为破产程序是以债务人全部财产来清偿其全部债权债务纠纷,而且是终极性的债务纠纷解决机制,所以,学界公认破产程序中的普通债权清偿必须贯彻平等受偿原则(重整程序中的小额债权人分组对待问题另当别论)。需要注意的是,破产程序中有严格的债权申报制度、确认制度和债权争议解决制度,法律上区分了优先债权和除斥债权(或劣后债权),并建立债权人会议制度让债权人能

实质参与破产程序,而这些都是专属于破产程序的制度。因此,破产程序中的平等受偿原则与参与分配制度体现的平等主义或曰团体优先主义具有实质性的区别。易言之,集合债务人的全部财产、对债权进行合理的分类,再加上债权人有效在程序中的有效参与,是破产程序贯彻普通债权平等受偿原则的正当性基础。

四、执行与破产的衔接基础和债务清偿原则的转化

(一)执行与破产的衔接发生在债务人无(足额)财产可供清偿的时候

执行与破产的衔接,可以通过执行法院依法移送破产审查的方式实现,亦可以经由债务人或者债权人在执行程序中提出破产申请的方式实现。对于后者,法院依据破产法的规定进行审查确定应否受理,程序性规则和实体判断标准都较为清晰;对于前者,虽是建立在有当事人同意的前提上,依然具有较强的职权主义色彩,执行法院应在何种情形之下(或曰被执行人需具备何种法律事实时)方可移送破产审查,成为了制度上如何界分执行程序与破产程序的功能,程序间如何有效衔接的关键问题。《民事诉讼法解释》第513条规定的实质条件是“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”;《指导意见》规定的实质条件是“被执行人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”,移植了企业破产法的条文,与司法解释并无实质区别。

上述规定在法理上不存在问题,但实践中可能会遇到操作层面的难题。例如,执行法院并非审判业务部门,如何判断被执行人是否具备上述实质条件?根据《最高人民法院关于破产案件立案受理有关问题的通知》(法明传(2016)469号),对于当事人提交的破产申请材料,人民法院立案部门应一律接收并出具书面凭证,然后根据《企业破产法》第8条的规定进行形式

[14]如果在执行程序中引入强制管理制度或者在执行程序中按照重整程序的规则来处理债务人财产和债务清偿问题,将会进一步强化执行程序解决破产问题的功能,加之现行执行程序具有“进入门槛低”“执行效率高”“大部分协调成本由法院承担”等特点(唐应茂:“为什么执行程序处理破产问题”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期),债权人将更加倾向于选择执行程序来解决问题,而对破产程序的排斥心态进一步加剧。虽然当事人有选择的权利,但如果制度导向出现了偏差,将会造成债权人之间的不公平,也不利于市场信用的及时修复和市场经济秩序的健康发展。

[15]詹应国:“执行与破产程序的衔接规范”,载《人民司法》2016年第4期。

审查。经审查认为申请人提交的材料符合法律规定的,应按规定登记立案,立案部门登记立案后,应及时将案件移送负责审理破产案件的审判业务部门。审判业务部门应当在5日内将立案及合议庭组成情况通知债务人及提出申请的债权人。对于债权人提出破产申请的,应在通知中向债务人释明,如对破产申请有异议,应当自收到通知之日起7日内向人民法院提出。而在执行案件移送破产审查中,根据《民事诉讼法司法解释》第513条的规定,执行法院的责任显然不是按照立案部门的做法进行形式审查,而是应该对是否存在破产原因进行实质审查,问题在于,执行法院应否承担此实质审查的任务?如果应当承担,其与审判业务部门(如破产庭、商事庭)的实质审查职能如何区分、如何衔接?

对此,有两种可能的解决办法:一是让审判业务部门对应否移送提前介入,与执行部门共同判断,甚至有学者建议:“执行机构和破产机构应当联合,破产机构的主要职责应当转变为执行不能程序的延续,执行局和破产审判业务庭实现资源共享、分工合作、集约化管理,从而保证执行程序 and 破产程序的有效衔接”。^[16]但是,这种做法在不同法院之间甚至跨区域之间的移送案件中难以实现。二是简化执行案件移送破产审查的事实条件或者采取推定的方法来判断。有专家认为,执行机构在确定是否符合实体条件时,主要进行形式审查且标准从宽,被执行人在执行通知书指定期限内不能履行债务,并具备下列情形之一的,即可依法启动执行转破产程序:1. 通过执行查控系统查询到的存款、房地产、车辆、股权、机器设备等资产状况,与其涉及执行案件的债务总额进行比对,初步判断其财产不足以清偿全部债务的;2. 通过调取的资产负债表,或者执行程序中作出的资产评估报告等显示其主要资产不足以清偿全部债务的;3. 被执行人账面资产虽大于全部债务,但因资金严重不足或者财产不能变现、法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产、长期亏损且经营扭亏困难等原因无法清偿债务,明显缺乏清偿能力的。^[17]另有专家指出,一旦进入强制

执行程序,当事人仍不予清偿或不能清偿,即当然符合企业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,因此,具备下列情形之一,即符合执行案件移送破产审查的实质要件:1. 执行机构已穷尽法定执行措施,当事人仍不能清偿或无法全部清偿法院生效文书所确认的债务;2. 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;3. 没有第三人代为清偿到期债务;4. 无法与已知全部债权人达成和解协议。^[18]

最高人民法院民二庭负责人就《指导意见》答记者问时指出:“执行法官在适用时,可以结合执行环节所取得的相关证据对债务人是否具备破产原因进行具体判断。一般而言,只要债务人经强制执行,没有财产或财产无法清偿全部债务,即可以认定为明显缺乏清偿能力,就符合破产原因,即具备转出的实质要件。”

笔者同意在司法职能分工的现实条件下,采取推定的方式来判断被执行人是否符合破产原因,亦曾在司法解释起草过程中建议采纳更为简单的判断方法,即将“被执行人无财产可供执行分配”“被执行人可供执行的财产不足以清偿单个或多个执行债权”作为执行法院启动移送程序的实质要件。而且,还必须明确:执行法院移送破产审查,不以存在多个申请执行的债权人为前提。也就是说,即便只存在一个申请执行的债权人,只要债务人无财产可供执行或者可供执行的财产不足以清偿该债权,也同样符合移送破产审查的实质要件,这与破产程序的启动不以存在多个债权人为前提的原理相同,因为在破产程序启动之后,未到期债权加速到期,而且通过债权申报,潜在的债权人将浮出来并参与到程序中。简言之,执行转破产本质上不是基于债权的竞合,而是基于财产不足以清偿全部债务这一法律事实。

债务人财产不足以清偿全部债务,是执行程序与破产程序衔接的事实基础,也是执行程序转入破产程序的重要原因,类似于公司清算(包括自行清算和强制清算)程序中发现资不抵债时,清算组有义务申请

[16]池伟宏:“执行转破产程序的运行机制与机构改革设想”,载《人民法院报》2014年8月13日第8版。

[17]同注[15]。

[18]曹守晔、杨悦:“执行程序与破产程序的衔接与协调”,载《人民司法》2015年第21期。



转入破产清算程序。对此,我国公司法对此有明确的规定,《企业破产法》第7条(“企业法人已解散但未清算或者未清算完毕,资产不足以清偿债务的,依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算”)也将此作为相关主体的法律义务,《民法总则》第70条更是明确规定了“清算义务人”,对推动这种程序的转化将会产生非常积极的意义。探究法律旨意,公司清算义务人在资不抵债时有责任申请转入破产程序,其法理根源在于,在此情形之下依然进行个别执行、执意保留被执行人的法律主体资格,对其他债权人是一种不公平,对市场信用的恢复也是一种间接的伤害。此种原理同样可适用到执行程序与破产程序的衔接中,“在执行程序中,当债务人出现破产原因时,如果仍由在先申请的债权人优先受偿,将会导致在后申请的债权人得不到清偿,从而有违公平原则以及债权的平等性。在这种情况下,比较合理的做法是将执行程序转入破产程序,以确保债务人的财产在同一顺位的债权人之间公平分配。”^[19]通过破产程序对该被执行人的所有交易行为进行严格的审查和追究,既是对过去的交易安全的救济,又可通过消灭该被执行人的法律人格为将来的交易安全奠定基础,同时,通过执行程序与破产程序的衔接,可以防止债务人通过个别执行程序逃避债务,从而维护社会信用。不仅如此,法院通过破产清算程序并最终强制消灭其法律人格,有利于防止债务人采取隐匿、转移财产等方式逃避执行,同时又体现了公权力为维护社会公共利益、债权人的合法权益对私权领域的强行干预,有利于维护司法权威,“也许正是基于以上几个方面的原因,尽管近现代破产法的观念发生了重大变化,破产申请主义已经成为近现代各国破产法确立的基本原则,但是破产宣告的职权主义并没有完全消失”。^[20]

理解执行转破产的制度规则,不仅要认识到转入的法律逻辑和积极效应,也要认识到不转入可能产生的弊端和负面效应,而且,这种弊端在不同的法治环境中会以不同的程度表现出来。例如,在美国等市场化、法治化程度高的国家,破产文化发达、制度规则健全,根本不存在需要讨论执行不能案件移送破产审查的问题,而在中国,市场主体退出之障碍,更主要的是对破产法存在传统的认识误区和偏见所致,因此,执行转入破产的制度规则对于规范的市场退出机制的构建,具有重要的助推意义和倒逼功能。基于这种原理,笔者一直主张通过民事诉讼法或者企业破产法的修改,确立中国的依职权启动执行转破产程序的制度。^[21]

此外,实践中还出现了申请执行人之间达成协议规避破产程序的现象,如在先分配顺位的债权人为了阻却执行移送破产的程序,不惜让渡一部分利益给后顺位的债权人,甚至是与后顺位债权人达成平等分配协议,以阻却后顺位债权人同意法院移送破产审查。笔者认为,当被执行人资不抵债时,这种平等分配协议本身就是对第三人(如未能加入到执行程序中的债权人)的一种权益侵害,因此,不赞同在具备移送条件的时候依然确认申请执行人之间签订的旨在规避转入破产程序的内部分配协议。

(二)普通债权的清偿原则由“先到先得”转入平等受偿

无论依据何种方式实现执行程序与破产程序的衔接,一旦进入破产程序,则普通债权的清偿顺序由“先到先得”转入平等受偿,这种清偿原则的转化,体现了作为概括执行的破产程序优先于个别执行程序的理,也是债权平等原则和维护社会公共利益原则在程序法上的必然要求和体现,^[22]因此衍生的普遍性规则

[19]赵晋山、葛洪涛:“《民事诉讼法》司法解释执行程序若干问题解读”,载《法律适用》2015年第4期。

[20]谭秋桂:“执行程序与破产程序衔接机制的理论思考”,载《人民法院报》2015年6月10日第8版。

[21]韩蓉、徐阳光:“‘执破衔接’之问题与对策研究”,载《法制与经济》2016年第1期;韩蓉、徐阳光:“执行不能转破产之问题与对策研究”,载王欣新、郑志斌主编:《破产法论坛》(第12辑),法律出版社2016年8月版。刘贵祥专委亦曾指出:“执行与破产制度最好的衔接,是在执行中法院依职权启动破产程序,执行机构发现有破产情况,移送破产法院实施破产分配。但苦于法律依据不足,法院对此种方式启动破产程序只能持慎重态度”。参见刘贵祥:“平等分配制度与破产制度的分工”,载《人民法院报》2014年4月30日。

[22]雷运龙:“民事强制执行之基本定位”,载《人民法院报》2016年9月7日第2版。

就是《企业破产法》第19条的规定:“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”。

“保全措施应当解除”在实践中遭遇难题,但更多的是操作层面的障碍,而“执行程序应当中止”则是一个需要认真研究的理论问题。在非由执行程序转入破产程序的案件中,存在担保物权实现程序应否中止(重整期间担保物权暂停行使已在《企业破产法》第75条有明确规定,问题主要存在于破产清算程序中)、担保债权因中止行权产生的利息如何补偿等问题。^[23]而在经由执行法院移送破产审查进入破产程序的案件中,则因之前大多采取过执行措施(如扣划、拍卖、变现、以物抵债等)，“执行程序应当中止”主要针对的是尚未执行或未执行完毕的情形,因此问题也就转化为执行完毕如何认定的难题。

目前司法解释和司法政策中,关于执行完毕的规定,笔者注意到了两个有针对性的文件:一是《最高人民法院关于如何理解〈最高人民法院关于破产法司法解释〉第六十八条的请示的答复》(【2003】民二他字第52号,以下简称《答复》);二是《指导意见》第17条:“执行法院收到受移送法院受理裁定时,已通过拍卖程序处置且成交裁定已送达买受人的拍卖财产,通过以物抵债偿还债务且抵债裁定已送达债权人的抵债财产,已完成转账、汇款、现金交付的执行款,因财产所有权已经发生变动,不属于被执行人的财产,不再移交。”笔者结合这两个文件,对以下三种情形进行分析:

首先,如何判断以拍卖方式进行的执行程序是否完毕?根据《民事诉讼法》及其司法解释的规定,人民法院在执行中需要拍卖被执行人财产的,可以由人民法院自行组织拍卖,也可以交由具备相应资质的拍卖机构拍卖。交拍卖机构拍卖的,人民法院应当对拍卖活动进行监督。司法拍卖是传统的拍卖形式,交拍卖机构拍卖,实则是司法网络拍卖之下的产物,人民法院的监督,涵盖拍卖公告的内容、公告发布的日期、拍卖保证金的缴纳、竞买人资格、拍卖竞价程序等多方面的内容,最后的监督表现为司法程序上以裁定确认

或者不确认拍卖结果。根据前述《答复》,拍卖程序中,“视为执行财产已向申请人交付”需要符合以下四个条件:一是正在进行的执行程序做出了生效的执行裁定;二是就被执行财产的处理履行了必要的评估拍卖程序;三是相关人已支付了对价,四是虽未办理变更登记手续,但非该相关人的过错。而《指导意见》第17条规定,“已通过拍卖程序处置且成交裁定已送达买受人的拍卖财产”,不属于被执行人的财产,不再移交。前后对比可知,《指导意见》认定执行完毕的条件较《答复》更为宽松,也与《物权法》第28条、《民事诉讼法司法解释》第493条(拍卖成交的,标的物所有权自拍卖成交裁定送达买受人时转移)的规定一致。这应是《指导意见》对《答复》中的表述所做的一种修正。因此,在执行案件移送破产审查的情形中,应当根据《指导意见》的规定来认定。此外,如果按照《民事诉讼法司法解释》第490条的规定变卖处理的,也宜参照该《指导意见》进行认定。

其次,如何判断“以物抵债”方式进行的执行程序是否完毕?根据《民事诉讼法司法解释》第491条-493条的规定,以物抵债发生在两种情形中:一是第491条规定的“经申请执行人和被执行人同意,且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的”以物抵债;二是第492条规定的“被执行人的财产无法拍卖或者变卖的,经申请执行人同意,且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的”以物抵债。第493条明确,“依法定程序裁定以物抵债的,标的物所有权自……抵债裁定送达……接受抵债物的债权人时转移”。基于此,《指导意见》第17条明确:“通过以物抵债偿还债务且抵债裁定已送达债权人的抵债财产,……因财产所有权已经发生变动,不属于被执行人的财产,不再移交。”《指导意见》与《物权法》《民事诉讼法司法解释》的规定保持一致,亦合乎法理,因此,判断以物抵债的标的是否应归属于破产财产,关键看裁定是否送达给了接受抵债物的债权人。

需要注意的是,根据《民事诉讼法司法解释》第492条的规定,还存在一种“交付申请执行人管理”的执行方式,被称之为“强制管理制度的萌芽”。^[24]虽然不少学

[23]徐阳光:“破产法视野中的担保物权问题”,载《中国人民大学学报》2017年第2期。

[24]沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第1313页。



者寄希望在《民事强制执行法》中写入强制管理制度,但因为该法至今未能出台,强制管理制度未能得到立法确认。不过,《民诉法司法解释》既然规定了“交付申请执行人管理”的执行方式,我们仍有必要探讨这种执行方式遭遇破产时如何认定的问题。根据《民诉法司法解释》第492条和《拍卖规定》第27条、第28条的规定,“交付申请执行人管理”的执行措施仅适用于无法拍卖或者变卖的动产和不动产,申请人可以从强制管理措施产生的收益获得清偿。如果采取此种措施,是否产生所有权的转移?《民诉法司法解释》第493条之规定了拍卖和以物抵债的裁定生效和所有权转移问题,没有对“交付申请执行人管理”的情形做出规定。因此,根据第492条的规定,“交付申请执行人管理”仅是一种管理权的转移,所有权不发生变更。如果执行程序依法转入破产程序,该财产应当归入债务人财产的范畴。但考虑到该财产之前已是无法处置的财产,纳入债务人财产将会产生新一轮的拍卖、变卖难题,是否允许破产管理人放弃接管这一类财产,值得我们思考。

最后,如何理解“已完成转账、汇款、现金交付的执行款”不属于被执行人的财产?《指导意见》出台之后,执行部门和破产审判部门对该条文的理解存在较大的分歧。笔者认为,执行程序中的“转账、汇款、现金交付”主要发生在以下三种情形中:一是被执行人财产被人民法院直接扣划转入到了申请执行人账户中。对此,因货币的所有权发生转移,属于执行行为完毕的情形,理当不再归入被执行人的财产,除非发生执行回转。二是在拍卖、变卖情形中,受让人支付的价款进入法院的账户但不及分配给申请执行人。《指导意见》第17条解决了拍卖财产的所有权归属问题,可以更好地维护交易安全,但并未明确拍卖所得且处于待分配状态的价款应否归入破产财产。三是人民法院从被执行人账户中通过转账、汇款、现金交付给人民法院,进入法院的账户但不及分配给申请执行人。此时,如果出现了执行程序转入破产程序的情形,则面临该执行款是否应纳入破产财产的问题。对于第二种和第三种情形中的待分配款项,有人根据前述《答复》中的规定(人民法院针对被执行财产采取了相应执行措施,该财产已脱离债务人实际控制,视为已向权利人交付,该执行已完毕,该财产不应列入破产财产),认为待分配的款项进入到了法院账户,虽未最终分配给

申请执行人,但“该财产已脱离债务人实际控制”,不应再列入破产财产,而且,既然拍卖物在裁定送达后不再归入破产财产,则作为拍卖物替代物的变价款也不应归入破产财产,否则,逻辑上理不顺。笔者认为,《指导意见》第17条旨在解决拍卖物的归属问题,并未明确拍卖所得价款以及从被执行人账户转入到法院账户但并未分配给申请执行人的执行款应否列入破产财产,从而给法律适用者提供了解释的空间。如果“已完成转账、汇款、现金交付”是指转账、汇款、现金交付给了申请执行人的情形,则第二种和第三种情形中的待分配执行款应一并纳入破产财产,由此可见,如何理解“已完成转账、汇款、现金交付”成为了问题的关键,对此,有待最高法院再做明确解释。当然,从执行程序与破产程序的功能界分和债务清偿原则转化来看,将所有待分配的执行款都纳入到破产程序中按照破产法规定的顺位进行清偿,更符合破产法公平清理全部债权债务的精神。

五、结语

《民诉法司法解释》初步构建了执行转破产制度,《指导意见》为执行转破产提供了具体的操作指引,至此,规则体系基本健全。落实执行转破产制度,应当严格区分执行程序与破产程序的功能,在执行程序中坚持贯彻普通债权的“先到先得”清偿顺位原则,严格执行《民诉法司法解释》第516条的规定,排除参与分配制度在被执行人为企业法人的执行程序中适用;应当全面、准确认识破产程序的制度功能和价值,发挥破产程序的制度优势,通过平等清偿原则保护全体债权人的利益;应当正确认识执行转破产的法律原理,在转入程序的启动、程序启动后的效力以及债务清偿原则的转化等方面,严格依照法律和司法解释的规定执行。此外,从立法论分析,我们仍然应当推动构建执行以申请主义为主、依职权主义为辅的执行转破产制度,在特定情况下法院依照职权启动执行转破产程序,以应对我国破产文化不彰和破产程序启动困难的客观现实。同时,迫切需要在现有制度基础上,加快推进简易破产制度的构建、推动破产审判庭的全面组建并针对破产审判业务设计合理的考核机制,在配套制度和激励机制方面助推执破衔接,让执行程序与破产程序各归其位、各安其职,在市场经济法治建设过程中发挥出协同效应。

(责任编辑:李国慧)