

DOI:10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.1366

# 执行转破产制度的路径优化

廖丽环

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361000)

**摘要:** 执行转破产程序(以下简称执转破)作为司法解释下的经验性活动,对于纾解执行难和破产启动确有裨益。但现行执转破主要以地方性实践为主导,存在整体规范低阶化、法律规则难统一、具体实施细则模糊、配套的硬制度供给和软文化建设尚付阙如、案件受理量低迷,实效乏力等问题。执转破制度关涉到多重主体关系的形塑与多种利益的调和,活化执转破制度需要从制度、文化和细则三维建构;制度供给,打造破产审判的专业化与信息化、加强府院合力和查控分析;文化建设,转变思想观念,构建尊重市场失败者的企业破产文化以及市场主体自负风险的意识;规则精细,确定依职权启动的准入条件、增设财产所在地法院与跨行政区法院的破产管辖权、完善管理人报酬的司法解释、限定执转破适用、建立执转破监督机制、区分不同主体激励机制。司法程序只能提供事后救济,治本的关键在于事前预防,从更宏大的视阈考量,构筑社会信用机制是解决人案矛盾论域里执行难和破产难命题的题中之义。

**关键词:** 执行转破产; 破产文化; 依职权启动; 财产所在地管辖

**中图分类号:** DF718

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1009-3370(2018)02-0146-09

## 一、问题的提出

《最高人民法院关于适用〈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2条第1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”,首次就执行转破产程序作出原则性规定。从实践层面考量,执转破有助于纾解执行难、破产启动难;从政策层面考量,执转破有益于中央供给侧结构性改革的推进。然而,执转破并未逸出其作为司法解释的一种经验性活动的局限,至今未得到立法的认可与吸收,导致在地方试行相继推广之际,遭遇了难以避免的短板和积弊:一是整体规范低阶化。以司法解释第513~516条为中心,散见于各地实施细则之中,影响执转破整个规范体系的法律效力和位阶。二是法律规则难以统一。最高院的司法解释与地方的实施细则最大的张力源自两处:其一是否实行依职权启动执转破。显然司法解释的立场相对保守,为了在化解执行难和尊重当事人意义自治之间择取平衡,选择了“经同意”的表述,依然遵奉当事人申请主义。相对而言,地方法院的沿革更为强硬与先锋,比如广东省深圳中院确立依职权启动执转破程序以及浙江省黄岩区法院对无财产可供执行案件强制退出采用依申请和依职权双模式。二是能否应允“默示同意”的存在。对于这一点最高法院态度鲜明,杜万华在2016年全国法院执转破工作视频会议上明确第513条所说的当事人同意,仅限于明示同意,在当事人既不表示同意也不表示反对的情况下,不能采取默示推定认定其同意。2017年《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第1条第2款也明确必须是书面同意<sup>①</sup>。但地方截然不同,比如《浙江省高级人民法院关于执行程序与破产程序衔接若干问题的纪要》规定申请执行人对法院受理破产案件不持异议的,视为同意,其实是默认了默示同意的存在。三是雏形阶段规则较为模糊。司法解释对执转破的规定较为粗疏,在破产管辖权、管理人报酬、是否引入依职权、执转破适用范围、监督机制、具体衔接、界分执行法院与破产法院权属等问题上并未进一步回应。四是配套的硬制度供给和软文化建设尚付阙如。执转破解决的不仅仅是执行难,从长远来说,制度的价值主要在于健全市场主体救治和退出机制,是一

收稿日期: 2017-07-19

基金项目: 国家社科基金资助项目“法治中国视阈下的司法与政治关系研究”(14BFX002)

作者简介: 廖丽环(1990—),女,诉讼法专业博士研究生,E-mail:15659163618@163.com;79441824@qq.com

<sup>①</sup>《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第1条第2款:执行案件移送破产审查,应同时符合下列条件:被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查。

个关涉系统内外联动的议题。一方面需要加强司法内部审判队伍专业化和平台信息化,另一方面需要理顺外部关系,强化与有关职能部门在信息分享和风险查控等方面的协作与互动。同时,它需要一个健康的市场文化为市场主体实现经济交往提供形而上的引导,需要市场者失败文化的适时输出与自负风险意识的同步输入,但显然,制度筹设与文化供给仍然处于短板。五是整体时效乏力,地区成效良莠不齐。根据第三届山东破产法论坛的反馈,执转破试行较早的广东和江浙地区,执转破案件受理量并未出现井喷式爆发,依旧低迷,基本在10~30宗徘徊,偏远地区比如内蒙古自治区及西部重庆地区,执转破案件更少,制约执转破的预警和研判工作开展。因而执转破程序的运转需要靠内外统一联动机制的推进,从制度—文化—细则三维度展开叙事。

## 二、制度筹设:内部专业化、信息化与外部联动化、一体化

破产审判机制的软肋在于缺乏独立、专业的审判庭,破产信息化建设乏力,破产信息不对称、审判资源分配不均,降低当事人启动执转破程序的行动力;再加上政府财政支持在破产援助基金中的缺位、有关职能部门查控分析的疲软,使得执转破程序的成效大打折扣。执转破程序所涉的被执行人为企业法人,往往是地方利税大户,一个破产案件的审理不仅牵涉到多重主体关系的形塑:司法系统内部执行法院与破产法院的接合;司法系统外部法院与其他职能部门的沟通;债权人与债务人、管理人、其他利益者的协调;也关涉到多种利益要素的调和:私人利益、部门利益、地方利益和社会公益的交错,从这个层面来看,执转破所依存的制度框架远远超乎司法体系自身所能负荷的载重,它亟需一种更宏大的制度安排,能够内含更多要素之间的交流,能够为其统筹多重关系,充分调动各种资源的再分配,进而实现内部机制优化与外部体系通达。有必要从破产审判自身和府院关系两方面完备制度供给。

### (一)加大破产审判资源投入,打造专业化、信息化

#### 1. 专业化:推广破产审判庭(执行裁判庭)的建立

破产案件审查难度大在于破产原因的审查牵涉大量的经济学的计算和分析,再加上破产案件多属涉众案件,极易波及地方利益造成重大社会影响,此时法官除了要考虑案件本身的复杂性,诸如企业债务、资产状况,也需要从政策层面把握企业救治方向和去处,同时要衡量涉众案件中社会利益的判断和公共秩序的维护。可以说审理破产案件对法官个人的专业技能、政治素养、市场敏感、政策把握以及如何统一司法的社会效果和法律效果等方面提出较高要求。审理破产案件是一种智识性和经验性的训练,需要专业、富有经验的团队专注完成,因此专业化的要求迫在眉睫。

过去破产案件主要由各级法院民二庭负责审理,除此之外民二庭还负责审理合同纠纷、建筑工程、融资、租赁、证券、期货、票据、保险等,纠纷类型多样化很容易分散和消耗法官的精力和专注力,不利于破产案件的审理。显然,现有审判机构配置已不能满足破产案件审理专业化的要求,在全国建立专门的破产审判庭势在必行,这一点已被最高法院2016年《关于在中级人民法院设立清算与破产审判庭的工作方案》文件所洞悉,“首先在北京、上海、天津、重庆4个直辖市的一个中级人民法院以及河北、吉林、江苏、浙江、安徽、山东、河南、湖北、湖南、广东、四川等11个省的省会城市和副省级市中级人民法院设立清算与破产审判庭。”将破产审判庭推广至全国,回避不了两个问题:(1)集中化还是弥散化。目前除了北京、上海、天津、重庆以及吉林、河北、安徽、山东等地中院设立破产审判庭以外,广东、江苏、浙江等地区确有部分基层法院已经建立了专门的破产审判庭,可见,并非只能在中院设立。最高法院文件也指出“直辖市应当至少明确一个中级人民法院设立清算与破产审判庭,省会城市、副省级城市所在地中级人民法院应当设立清算与破产审判庭。其他中级人民法院是否设立清算与破产审判庭,由各省(区、市)高级人民法院会同省级机构编制部门根据地方情况统筹安排。”所以是否集中管辖并不做严格限定,主要根据各地经济体量、地域辐射范围、僵尸企业处置工作的实际需求、破产案件审判工作情况而定,比如北京市第一中院的清算与破产案件专业审判庭集中管辖北京市各中院受理的破产案件,也是唯一一个独立机构编制的专业破产案件审判庭,这样的趋势倒是值得推广。破产受案量总体低迷,有个很重要的原因在于法院内部考核机制使得法官审理破产动力不足。以结案量为考核依据,完成一个破产案件和一个执行案件的评分相同,然而前者所要花费的精力远超过后者。所以法院内部考核机制的改变或者破产审判庭单独的编制与管理办法势在必行。(2)破产审判机构与执行机构的接合。在这一点,广东省高院将破产审判庭和执行裁判庭合并的做法可圈可点,其破产审判庭受理案件范



围包括强制清算与破产、执行裁判两大类案件,把破产与执行对接统筹安排。破产与执行环环相扣,将执行阶段成果及时吸收到破产程序中,将两个机构合并,有助于执行与破产的信息共享和人员交流,避免因管辖级别、地域差异和非同一法院的原因而出现情绪抵触、推诿、不作为的现象,可以说广东省高院的做法为今后破产审判庭在全国的推广树立了样板。

## 2. 信息化:搭建破产信息平台互动

“导致现行执行移送破产程序机制缺乏实效的根本原因在于信息不对称——了解债务人财产状况的执行当事人缺乏启动破产程序的动机,具备启动破产程序动机的利害关系人却无法知悉相关情况。”<sup>[1]</sup>很多时候并非是债权人不愿申请破产或启动执转破,而是他们无法及时获取有关债务人资产、债务信息以及其他与破产密切相关的信息,导致无从得知,这就是信息不对称问题的集中反映,“很多问题来自于人类就在经济、社会和政治环境中的互动关系,参与人具有不完美信息,对他们行动的反馈同样也是不完美的。”<sup>[2]</sup>这种失衡存在于债权人与债务人之间,也同样发生在实力强的债权人与实力弱的债权人之间。企业经常通过假账的形式隐藏企业真实财务状况,或者本身账目不全,这些都导致债权人无法获知或者无法做出预防性判断,很难提出破产申请时对企业破产进行有力的举证。再加上参与分配“先到先得”原则,有些实力较强的债权人为了防止其他债权人搭便车,避免债权清偿比例遭受稀释,便隐瞒自己所掌握的企业信息,不愿与其他债权人分享,导致法院出现偏颇性清偿。可以说参与分配清偿个别性与追求效率的价值导向某种程度上加剧了信息不对称的矛盾。

矫正信息失衡的有效方式便是健全信息披露制度,破产信息趋于平台化、扁平化和双向化。(1)破产信息平台化。互联网时代的进步在于一方面通过信息网络公开化打破过去一对一传递的低效率和高成本,另一方面也能促进参与主体的双向交流,利益相关人可以主动获取信息,甚至与承办法官直接联系,改变过去人工时代法官单线告知的短板。从现有的平台建设来看,中国整体起步晚,从2016年2月深圳中院全国首个破产信息平台建立到8月份最高院上线的“全国企业破产重整案件信息网”。两个平台大致的版块相同,破产公告、破产案件信息、破产法律法规、破产管理人制度,但深圳中院多了一个破产案件审理制度。总体而言都便于当事人追踪案件审理进度,通过公开方式与承办法官取得联系。不过深圳中院网上诉讼服务平台还囊括审判流程公开、裁判文书公开和执行信息公开,便于关联信息的查询,这样的界面设计对网民来说无疑更为友好、便利,体验感也更愉快。但囿于中国破产信息平台搭建尚处雏形阶段,且地方推广不够,需要在以下几方面着力:第一,增加破产案件判例体量。破案信息化建设的持续需要有确实来源的破产案件,案件信息不断更新滚动,才能得到连续的关注和适用,再反映为确切的数据,否则没有持续来源的案件就没有搭建平台的意义所在。第二,加大网络资金投入。数字化、信息化、集约化是必然趋势,法院加强对网络建设的资金投入。政府也应提供必要的财政支持,也可以与社会部门合作。第三,提高技术安全和精进技术能力。作为服务平台和门户信息,版块布局应更趋向获取便利化和信息完整化,避免信息片面化。此外,还可以增加关联网站的链接服务,比如涉及到破产案件的房管、税务和工商等,形成内外联动机制。第四,信息更新及时,尤其是涉及到管理人制度建设和破产法规方面,要保障当事人及其律师援引相关法律的及时性、准确性和有效性。(2)司法统计数据分类精细化。如前所述,由民二庭审理破产案件导致司法统计数据中关于破产案件立案—一审结的数据无法得到单独计算与体现,而是散见于“合同纠纷与权属、侵权和其他纠纷”两大类中,这使人们难以通过数据直观获取全国或某一地域破产案件审理情况,既不利于理论研判,也不利于实时追踪破产案件运行样态,更不利于及时反馈经营主体在市场经济中的表现。鉴于此,有关破产案件的数据统计在今后的司法数据中应得到单独归类,与设立破产审判庭同步匹配。

## (二) 理顺府院关系,强化社会合力

1. 优化网络执行查控系统。为防止执转破衔接耽于建立执行与破产简单线性关联逻辑,对中间驱动机制的构建和强化尤为必要,即关注财产发现的过程,建立科学的现代查控体系以完备财产发现制度,保证法院财产调查权的顺利施展,这些有赖于府院关系的理顺与社会合力的推动。对物执行中的财产涉及方方面面,根据2017年《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》第5条,内含了“收入、银行存款、现金、理财产品、有价证券;土地使用权、房屋等不动产;交通运输工具、机器设备、产品、原材料等动产;债权、股权、投资权益、基金份额、信托受益权、知识产权等财产性权利,”这些财产查询分属于不同政府部门的职能范围之内,比如工商、税务等部门掌握企业信用记录,注销登记信息、未参加年检及吊销营业执照记

录等;土地、房管部门记录股东或企业不动产信息;银行的冻结、划扣记录;公安机关的布控稽查。执转破与其说是法院不可承受之重,毋宁说是国家—政府—社会的通力之作。虽然近几年各地法院相继建立和运行网络执行查控体系,展开与多部门之间信息共享和职能协作,但成效颇为乏力,究其梗阻在于个别联网单位信息反馈慢、查询工作量大、职能部门查询主体不周全、配合积极性不高、查控未实现一体化建设。未来的着力点要重视监督与责任的匹配,法院定期将查询情况反馈给政府,对于不予配合的职能部门或单位应当给予通报;查询过程中造成的信息错误、故意制造虚假信息或不正当泄露当事人信息等,应依法追究。同时扩大查控主体,除银行以外,应增强同公安、税务、银监、证监、国土等部门的信息实时共享,强化技术风险防控和技术合作。

2.增设破产援助基金。2017年《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》规定“受移送法院裁定受理破产案件的,在此前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,从债务人财产中随时清偿。”依此规定,债权比例遭致稀释,挫伤债权人启动执转破程序的积极性,为了填补债权比例,应考虑政府出资设立破产援助基金。这也是公共资源作为个体利益的成本分摊,是一种聚合化的公共利益<sup>[9]</sup>。目前广东深圳、浙江温州等地中级人民法院已协调当地政府建立专项破产费用保障资金,四川省高级人民法院也已协调省级财政注资500万元建立了省内破产管理人援助基金,实行专户管理。囿于公共资源的公共性和紧缺性,可从政府维稳和公益事业建设的财政中给付,从严把关申请和审批,根据不同案件复杂性、涉众人数、社会影响、启动执转破积极性等区分对待并予以不同比例的基金援助。此外,对基金的管理应施行专门专户管理,纳入财政监督范围,记录每一笔基金的来源及去向。

### 三、文化供给:破产文化的可接受性与自负风险的意识性

通常意义上,破产对市场主体而言,是一种非常态的企业形态,它意味着企业经营失败。这对企业来说,是一种双重负担:一方面,企业资产转为债务,随之面临职工安置以及地方维稳等问题的困扰,加剧了因破产导致的群体事件;另一方面,对债务人经济状况、职业理想以及社会信用等方面带来巨大冲击,应对破产时债务人可能做出不同的反应,通过合法程序解决破产或规避合法程序适用,而后者往往成为首选。国家层面对破产的适用和接受也极为谨慎和保守,国家财政不断为国企的坏账、呆账买单,避免国企破产,据统计1994—2004年,中央政府累计拨付493亿元用于国有企业的政策性破产,累积核销债务2238亿元。不论是企业者,还是债权人或者是国家、社会及普通公民,普遍对破产文化表现出低度容忍。这种对破产的抵触,除了源于对破产认识不到位,没有意识到破产受理并不必然宣告企业完全退出市场,进入破产之后还有重整、和解的可能性,企业仍有重生的机会,更重要在于缺少破产文化的传统,缺少对失败文化的接受、尊重与认同;国家、政府对企业的过度保护,致使市场主体过渡消耗执行资源解决私人债权债务关系,市场主体在面临企业破败之际,往往难以自我承受风险,而是选择将降低风险的成本和责任转嫁给国家。故而,从内生性的文化建设上建构破产文化与自负风险的意识,紧迫且必要。

#### (一)提高市场主体对破产文化的可接受性

经济学将市场主体假定为趋利避害的“理性人”,在决策之前全面寻找备选行为,考察每一可能抉择所导致的全部复杂后果<sup>[10]</sup>,在这种行为导向驱策下,理性人参与市场经济过程中总能展示最佳表现且实现预期目标,这是从应然层面赋予理性人最理想的假定。但若将目光重返于实然层面,不难发现理性人假设是一个悖论,忽视了人社会生活的真实状况、心理因素对行动选择的干扰所导致的目标失败以及市场失灵加大经营者失败风险。具体来说,人在社会生活中的表现并非始终以理智的形态出现,感性、冲动、盲目、逐利等都可能导理性丧失,进而遭致行动失败。另外心理因素对人的心智、情绪和思考能力、行动能力都有很大的冲击,通过暗示、渲染、夸张等引发人的偏执、专横、保守、冲动等负面情绪<sup>[11]</sup>,导致市场主体对市场经济走向和具体投资项目判断失当,甚至在历经失败以后难以走出困境。最后市场失灵带来的高系数风险。市场失灵就是指市场失去效率<sup>[12]</sup>。“市场失灵的典型缺点是无效率、不公平和不稳定。”资源配置失当导致信息不对称、垄断,加剧市场主体经营活动失败的风险。因而市场失败可以说是参与市场经济过程中难以回避的,吊诡的是,人们似乎把经营失败当成一种非常态的存在形式,对失败者表现出较低的容忍度。据统计中国99%的破产申请是以非自愿方式(债权人)提出的,可见企业债务人对破产的接受度低,甚至大部分存在抵触的情绪,认为破产是件不光彩的事儿。市场经济的,自由竞争带来的结果本身就是优胜劣汰,良币驱逐劣币的过程,



僵尸企业或者濒临破产企业通过破产程序退出市场机制,将一部分资源返还给市场,是市场经济正常运行的本质。市场主体对破产,或者说对破产文化的低度接受,可归咎于中国缺少深层次的竞争文化,对自由竞争、良币驱逐劣币的市场经济本质认识不够到位。

因而,转变既有的市场理念,引导市场主体对破产文化的接受和应对是破产启动难的破解之策。一方面,从外部客观环境入手,提高市场主体对破产文化的可接受性。可接受性来源于一个基础概念接受,“表达的是人的接纳、认同、内化、服从的心理状态。”<sup>[7]</sup>可接受性属于客观概念范畴,且凡这种结果遵循法律原则、契合司法实践、贴近事物情理和符合社会常识,就具有可接受性,那么就需要一个公平、健康、稳定和自由的竞争环境,引入政府干预机制,减少客观因素对失败的干扰,提高对破产文化的可接受性。另一方面,这种可接受性可以从心理干预入手。政府有必要开展对话机制,换句话说面向市场开放更多的诉求渠道以便了解、回应多元市场主体,关注企业参与市场经济过程中的心理变化,重视行业协会在引导企业良性发展、正确对待破产文化的作用,从整个社会环境而言,关照心理健康和发展心理疏导尤为必要,因此支持行业协会的发展与加大对社会心理治疗事业的投入必不可少。

## (二)强化市场主体自负风险的意识性

执行不能案件的积压既源于人案矛盾的压力,司法难以负荷,也始于当事人对司法力量的过分依赖,认为司法万能,没有法院解决不了的事,长此以往带来了司法成为纠纷解决的第一道防线的错误愿景。司法资源被过渡消耗、浪费,当事人没有意识到完全依靠国家资源解决私人纠纷是不符合逻辑的,执行不能案件本就不该由执行解决,执行也无法解决,只能通过破产程序消解。从深层次反思,这是以往“大政府、小社会”的格局造成的,国家干预的越多,社会自治的空间就被压缩的越小,对国家力量的依赖就越强,抵抗风险的能力式微。因此,培养市场主体自担风险意识和能力,一是部分领域的国家力量适当退出,藉由权力清单制度的高位推动过滤一些非法、不必要的职能,提升社会自治能力和扩大社会自治空间,重视行业协会、组织的引领、规范作用,重视社会力量对市场经济的参与和规制。二是重新定位司法在社会纠纷体系中的作用与地位,让司法回归到最后一道防线,这需要加快探索和鼓励多元化纠纷解决机制的完备,确定不同纠纷救济渠道的序位选择。三是要疏通纠纷解决的政治渠道。当事人对司法程序的依赖,并非完全出于对司法的信任或者偏好,还肇因于通过政治过程解决纠纷的渠道受阻或被关闭。切实发挥人大代表机制的作用,在立法阶段对民意的吸收与回应,将底层诉求反馈至顶层制度的设计,畅通政治渠道解决纠纷的路径。

## 四、规则精细:启动强制化、激励区别化与成本合理化

制度筹设与文化供给,是从宏观视阈为执转破制度的运行提供基础保障和文化奠基,而执转破制度的活化最终要经由微观视阈的具体规则给予检视和修正。有关执转破的具体实施细则主要以地方性经验为主导,如何将地方可行性经验上升为更高层面的规范从而形成司法统一是执转破制度推进的核心。

### (一)引入依职权启动执转破

既有司法解释第513条依然遵奉当事人申请主义,难以逸出当事人程序控制权的局限,造成执转破程序实效乏力,案件受理量总体低迷,难以实现预期目标。拓宽执转破制度适用的广度亟需法院强制力的介入,即在当事人不愿、无法、难以主动申请时,应允法院依职权启动执转破程序,但必须经过两个前置程序的限定,一是在执行阶段穷尽一切必要手段后认定被执行人确无财产可供执行。确无财产可供执行必须是经查询发现被执行人无固定工资、劳务报酬、经营性收入、有价证券、分红、到期债权和共有财产等;已申报的财产仍无法清偿全部债权;申请执行人无法提供相关证据证明被执行人有可供执行的财产。二是在履行释明告知义务后,当事人均不提出申请,且案件确属执行不能。至于案件准入的类型,大致可为:(1)所牵涉的纠纷类型简单,基本事实和争议清楚;(2)涉众人数多,关涉公共利益,极易引发群体性事件;(3)涉及职工薪资追讨等案件优先考虑;(4)处于吊销营业执照状态、空壳企业等;(5)其他类型。目前执转破实例较少,需要法官在司法实践中总结出优先启动执转破程序的案件类型,避免制度空转。

### (二)限定执转破适用条件

《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》仅规定了执转破程序启动的3个积极条件:(1)被执行人为企业法人;(2)被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查;(3)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。但并未对执转破限定适用。执转破在缓解执行难和破产启动难的效用不容置疑,但也要看到执转破程序启动可能对债权人利益、国有利益、社会秩序带来的影响,而这一点,地方法院似乎更加敏感和警觉,比如2017年5月《陕西省高级人民法院关于执行案件移送破产审查工作的实施意见(试行)》明确规定了消极条件,排除了以下几类案件的适用:(1)被执行的企业职工人数众多、破产后安置和再就业保障困难,有重大安全稳定风险的;(2)被执行人是国有企业或国有控股公司,对其负有监管职责的国有资产监督管理部门不同意破产清算的;(3)仅有被执行企业一方同意移送破产审查,但其财产去向不明且有破产逃债可能的;(4)其他不宜移送破产审查的情形。陕西省高院的创新,应得到推广,以便赋予执转破更强的司法权威性、法律规范性和效力性。

### (三)明晰执行法院与破产法院权属

执行到破产的衔接,既要处理好起点(执行)与终点(破产)各司其职,也要协调好中间移送程序的对接。

1.执行法院的权属。(1)法院释明告知义务的规范化和法定化。1991年最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》若干问题的意见第15条:在民事诉讼程序或民事执行程序进行中,人民法院获悉债务人不能清偿到期债务时,应当告知债务人可以向其所在地人民法院申请破产。1998年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第89条:被执行人为企业法人,其财产不足清偿全部债务的,可告知当事人依法申请被执行人破产。前者已于2013年失效,后者至今仍有效,也就是说对于执行不能案件转入破产程序的问题上,法官的释明告知义务经历了历史流变,1991—1998年“应当告知”——1998—2013年“可以或应当告知”——2013年—至今“可以告知”,对法官告知义务有所松动。为了使诉讼不成为人们利用法律欺压弱者的工具,以达到公平正义的目的,在诉讼中负共同责任的法院应通过释明义务承担起这一重要职责<sup>⑧</sup>。将释明告知义务法定化,无疑有助于法官引导当事人作出同意。具体告知内容应函射5点,告知可以申请执转破程序,不同意者根据第516条参与分配“先到先得”原则清偿债权,可能导致部分债权人无法受偿;告知依职权启动执转破时,当事人可要求组织听证,不同意者可就移送决定提出异议。依申请启动的,则一裁终局,不得提出异议;告知除此之外,还可以向债务人所在地法院提出破产申请;告知迟延破产的经济风险、法律后果;告知不同意者可以行使异议权或要求听证的权力,并告知异议权舍弃形式和丧失的法律后果。(2)将审理环节前置,具体由“询问—移送—受理”转变为“预判是否受理—询问—移送”。执转破程序是否决定移送由执行法院审查决定,不论是在引导当事人作出同意还是依职权启动,执行法院对本案件是否移送都应该有个预判,毕竟较诸当事人,法院对案件的整体把握、信息的完整性上更有优势,有能力从宏观层面预测案件走向,作出科学理性的建议。具体来说,执行法院可组织预审合议庭,由立案、执行和审判人员组成,负责执转破案件的预先审查工作,应在拟移送破产材料7日内完成预审审查并给予意见,不同意移送,说明理由。比如2016年7月《江苏省高级人民法院关于规范执行案件移送破产的若干规定》第22条(设立执行转破产协调机构)成员由执行局、民商事审判庭或破产庭、立案庭负责人组成,由院长或院长指定的院领导担任组长。

2.破产法院的权属。执行法院对执转破案件进行形式审查(主要是证据),符合移送条件后由受移送的破产法院审查破产原因。一是鉴于执行程序与破产程序的价值逻辑和功能机制不同,执行追求效率,破产追求公平。二是破产原因的认定具有高度复杂性,且具有较强的经验性和逻辑性。三是践行裁判中立原则中“任何人不得做自己的法官”的自然法精神。如果从形式审查到实质审查都由执行法院实施,难以保证中立,也有自审自立的嫌隙,尤其在依职权启动执转破。为了使破产原因认定结论更具专业性,可以由业务庭和执行庭法官组成合议庭共同协商敲定,且合议庭应当自收到移送的材料之日起30日内作出是否受理的裁定。这一点,江苏法院已开始试行。

3.执行法庭与破产法庭的交接。(1)区分执行法院与破产法院是否同一。同一时,执行部门—立案部门—破产审判部门;反之执行法院执行局—受移送法院立案部门—审判庭,移送的材料包括执转破审查决定书、书面同意书、财产状况说明、已分配财产清单和债务清单以及其他资料等,受移送法院的破产审判部门应当自收到移送的材料之日起30日内作出是否受理的裁定。(2)执行中止提前适用。依据《破产法》第19条、《民事诉讼法解释》第515条以及《执行规定》第102条,破产法院受理后30日内作出是否受理的裁定,不予受理的,通知执行法院恢复执行,受理的,则通知法院中止执行。这就引发了另一个问题,即移送审查决定书作出之日至裁定作出这个期间的债务人财产仍可能发生个别清偿和偏颇性清偿,无疑对之后的破产财产有



所减损,进而损害执转破程序的申请执行人的债权比例,挫伤其启动该程序的积极性。因此,提前适用中止执行,避免抢先执行,确保债权人的公平性和积极性,具体分为3种情况:执行程序尚未开始的,不得开始;已经开始而尚未执行完毕的,应当自破产法院受理案件材料立案审查阶段,裁定中止执行,且中止的对象仅为债务人财产,不包括赔礼道歉等以行为为给付内容的执行活动;已终结的,则被执行财产不得纳入破产财产中。对中止执行的提前适用在陕西省高级人民法院:《张龙天与志丹县永祥豆制品有限责任公司、白雄雄、李培军民间借贷纠纷执行裁定书》[(2017)陕执复7号]<sup>①</sup>一案中已得到体现。

#### (四)增设多类型法院的管辖权

1.财产所在地法院的管辖权。《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第1条规定由债务人所在地法院管辖。通常而言,债务人所在地法院一般指主要办事机构,若无,则以注册地为主。确立所在地法院管辖原则优势在于便于法院快速查明历年财务账册、内部文件、业务往来信息、真实债权债务形成线索<sup>②</sup>。再加上破产案件需要协调多重关系,债权人债务人以外,还有重组人、管理人、地方政府、担保人等,债务人所在地法院对当地政治生态和社会资源都比较熟络,便于开展工作。但根据《公司法》《中华人民共和国公司登记管理条例》的规定,企业法人可以在公司住所地以外设立分公司从事经营活动,这意味着企业生产地与住所地地完全可能是两个不同地方,那么有关业务往来、职工安置、财务审计等不一定都在住所地开展,在这种情况下还坚持住所地法院管辖,无疑是对管辖意义的一种悖逆。西方国家比如美国、德国等都赋予了财产所在地法院破产管辖权。

2.铁路法院或跨行政区划法院的破产管辖权。2015年《最高人民法院关于全面深化改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》指出探索设立跨行政区划法院,将铁路运输法院改造为跨行政区划法院,主要审理跨行政区划案件、重大行政案件、环境资源保护、企业破产、食品药品安全等易受地方因素影响的案件。可见,跨行政区划法院今后也可纳入破产管辖法院之中。

#### (五)区分不同主体激励机制

1.合理分担诉讼成本。提高破产法的实施效率,就是要实现利益相关人的风险分担和激励的最优配置,以降低破产程序的实施成本,提高破产程序收益,实现破产财产的最大化,兼顾效率与公平<sup>③</sup>。(1)应考虑免除企业法人本会计年度的欠税。根据债权清偿顺序,税收具有优先权,不但降低了债权受偿比例,也影响了当事人同意移送的积极性。税收既然作为一种规制手段,可通过减免等经济调节方式为部分制度运转提供激励,鼓励市场主体的参与,也能提高执转破的效率。(2)对同意移送的债权人债权适当照顾。原则上,破产法追求的是公平受偿,但实然状态中只要其中之一同意,即启动执转破,等于为那些不同意、未表意或者尚未进入执行程序的债权人提供搭便车的机会,一方面会引发主动申请者心里不平衡,难以调动积极性;另一方面纵容权利懈怠者的惰性,被动等待别人作出同意。故而,综合考虑主动申请者的债权比例,规定其受偿不得低于一定比例。(3)对举报人的悬赏。执行问题的处理以财产发现最为棘手,有的被执行人为逃避债务清偿,在购买房、车时故意不做过户登记;通过与第三人虚构合同,转移财产;以转移、隐藏、变卖等方式制造无财产可供执行的假象;利用多个银行账户分散存款,加大法院查询难度等等。为了能尽快了结执行,有的债权人会选择由法院替其发布悬赏公告,根据举报人提供的财产线索价值大小给付一定酬金。司法毕竟是一项公共事业,国家财政也理应给予支持,应考虑今后从破产援助基金或执行经费中拨付适当比例。

2.切实保障程序权益。效率与公平构成法律两大价值图谱,执行追求效率,破产旨于公平。民诉司法解释第513条规定只要经申请执行人或被执行人之一的同意,即可转入破产程序,这种相对松动的准入门槛确实有助于执行效率的提高和破产程序的适用率,但可能罔顾公平,调谐效率与公平几乎成为每一项法律制度在施行过程中所无法回避的问题,而公平往往又内含了正义的要求。作为公平的正义是指平等地分配各种基本权利和义务,并尽量平等地分配社会合作所产生的利益和负担,在机会公平的前提下,只允许给最不受惠者带来补偿利益的不平等分配<sup>④</sup>。而公平的达致需要程序正义的贯彻,因而赋予不同意者程序异议权和要求听证的权利,某种程度而言,是对既有司法解释未严格限定同意者的债权比例和债权人人数的一种

<sup>①</sup>陕西省高级人民法院:《张龙天与志丹县永祥豆制品有限责任公司、白雄雄、李培军民间借贷纠纷执行裁定书》[(2017)陕执复7号];被执行人住所地法院立案审查以被执行人为债务人的破产申请并函告执行法院,虽破产法院尚未裁定是否受理该破产申请,但此时执行法院可裁定中止执行程序。

平衡和填补。首先,程序异议权。程序性异议是指当事人对法院诉讼进行过程中实施的某些审理行为和对对方当事人诉讼行为的异议<sup>[1]</sup>。同理,不同意者在一定期限(7日为宜)向执行法院提出,执行机构根据异议的内容分别处理,异议成立,不予移送,驳回,则继续移送。同时应规定异议权丧失和舍弃形式(明示和默示)及法律后果。则但应限定在依申请启动,原则上法院依职权启动的,应当坚持一裁终局,避免司法资源浪费,保证司法终局性的权威。其次,要求听证的权利。当案件涉众人数多,危害公共利益时,仅有少部分债权人同意,此时应组织听证调查程序,组织申请执行人、被执行人和其他利害关系人进行听证,并告知债务情况、以及转破产后相关法律后果和程序,以便不同意者做下一步打算。

#### (六)强化管理人制度的规范化

破产管理人是破产程序中利益冲突的焦点,其职业素养、行动积极性等深刻影响到债权人利益维护以及破产程序的效率,遗憾的是2007年最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》司法解释,始终面临公平与效率的两难选择,债权人利益最大化和管理人报酬激励一直存在难以调谐的矛盾。完善管理人报酬的司法解释势在必行。(1)引入中间津贴。破产案件审理周期长,通常3~5年解决,有的甚至更长,对管理人而言,若长期处于无薪酬状态,不仅难以维系其基本生活,也会弱化其行动执行力,无助于破产程序效率的提高。应当规定在受理和破产结案前,满一定的工作期限,管理人即可获得部分报酬。也可以根据管理人的要求,分期支付报酬。(2)主体资格专业化。根据《破产法》第24条规定,中国管理人主体资格分为两类,有关部门、机构组成的清算组;依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构。前者虽然在社会安抚和解决涉众案件中的群体问题更具优势,但实践中法院很多时候都充当了事实上的管理人角色,加重了法官工作负荷,也使其遭致中立性、专业性和独立性的质疑。摒弃清算组的管理人资格,使管理人主体资格趋于专业化和高阶化,有利于管理人制度规范化和成熟化发展。(3)细化破产管理人薪酬项目。对管理人报酬的过度倾斜会损害债权人利益,因此要精准计算管理人报酬,可以考虑将其类型化,分别从经营业绩、主持企业涉及的规模和职工人数、召开会议次数、联系投资人、财产管理方案等板块涉及薪酬制度。(4)确认破产管理人在破产重整案件信息网发布的破产公告的法律效力。管理人应将破产案件相关公告及时发布在全国企业破产重整案件信息网及其地方网站,在其他媒体发布时必须保证这两个网站的同步性。

#### (七)建立执转破监督机制

执转破程序在审查—移送—立案—受理过程中,容易出现抢先执行、拖延移送、拒不移送、以破代执、有关部门拒不配合、债务人提供虚假信息等问题,任何一个问题的衍生和放大都可能成为执转破程序推进的瓶颈。建立执转破监督机构,可以由执行局、立案庭和审判庭以及其他有关部门人员共同组成,对执转破程序的每一个环节进行监督,但这些人员要区别于预审合议庭人员,避免自审自立论。

### 五、未竟的结语:构筑社会信用机制

执转破程序对于法院解决执行难和破产启动难、贯彻中央供给侧结构性改革确有裨益,但同时也无法回避一个现实,即借助司法程序来解决执行难和破产启动难,只能为当事人提供事后救济,治标不治本,根治的关键在于建构预防性体系,需要跳脱出司法层面,将目光重返于企业作为一个市场主体参与市场经济的过程,加强对经营主体的管理,尤其是企业财务、审计、信用。如果将这一议题放置到更宏大的场域来讨论,便是关乎整个社会信用体系和机制的建立与完善。解决人案矛盾论域里的执行难和破产难问题,可能更需要经济学、行政管理学、公共管理学与社会学等多领域专家的关注与投入,以期预防性体系和社会信用机制的建立提供智力支持,这种鼓励多主体、双向互动参与到顶层制度的设计的理路也契合国家治理现代化的核心要求。

#### 参考文献:

- [1] 齐树洁,陈洪杰. 破产程序与执行程序的冲突及其协调[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版),2007(3):107-113.
- [2] 道格拉斯诺斯. 理解经济变迁过程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2013.
- [3] 刘亚玲,李腾. 探索执行不能转破产程序的新举措——“执行不能转破产程序理论论证与实践推进”研讨会综述[J]. 人民法院报,2011(5):4-8.



- [4] 李正明,肖瑶. 试论经济人、理性人与诚信的统一性——对中国经济人、理性人通行定义的批评[J]. 学术批评,2010(149): 82-86.
- [5] 勒庞. 乌合之众. 大众心理研究[M]. 冯克利,译. 北京:中央编译出版社,2004.
- [6] 王冰. 市场失灵理论的新发展与类型划分[J]. 学术研究,2000(9):37-41.
- [7] 王学辉,张治宇. 迈向可接受性的中国行政法[J]. 国家检察官学院学报,2014(3):97-106.
- [8] 韩红俊. 释明义务研究[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [9] 孙静波. 执行与破产程序相衔接立案实务研究[J]. 人民司法,2013(7):4-9.
- [10] 李曙光,王佐发. 中国破产法实施的法律经济分析[J]. 政法论坛,2007(1):3-16.
- [11] 强世劭. 法理学视野中的公平与效率[J]. 中国法学,1994(4):44-52.
- [12] 张卫平. 论人民法院在民事诉讼中的职权[J]. 法学论坛,2004(5):11-20.

## The Path Optimization of the System from Implementation to Bankruptcy

LIAO Lihuan

(Law School, Xiamen University, Xiamen Fujian 361000, China)

**Abstract:** As an empirical activity under judicial interpretation, the procedure from implementation to bankruptcy is beneficial to easing the difficulty of execution and the difficulty of starting bankruptcy. But it is mainly dominated by local practice and has the following problems: the overall norms are low-level, the rules of the law are difficult to be unified, the specific implementation details are fuzzy, related rules for hard institutional supply and soft culture construction are still lacking, the number of cases handled is minimal, and effectiveness is low. The procedure from implementation to bankruptcy is related to the shaping of the relationship between multiple subjects and the coordination of various interests. Activating the system from implementation to bankruptcy requires the construction of 3 dimensions: system, culture and rules: first, the system supply, which can create bankruptcy trial's specialization and information and strengthen the cooperation between government and court and check analysis; second, cultural construction, which can change people's ideas, and build a bankruptcy culture which promotes the respect for market losers and cultivates the risk consciousness of the market subject; third, fine rules, which can be used to determine the access conditions when a bankruptcy is started by authorities, establish the bankruptcy jurisdiction of the property court and trans-district court, improve the judicial interpretation of the remuneration of the manager, limit the application of the procedure from implementation to bankruptcy, establish the supervision mechanism, and distinguish incentive mechanism between different main parties. Judicial procedure can only provide a remedy, the key to cure is prevention. Considered from a broader perspective, constructing a social credit mechanism is the key to solving the implementation difficulty and bankruptcy difficulty.

**Key words:** the procedure from implementation to bankruptcy; bankrupt culture; started by authority; jurisdiction of property court

[责任编辑:箫姚]