

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.02.001

欢迎按以下格式引用:朱福勇,仇金.“执转破”启动职权主义的普适危机与程序应对[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(2):258-270. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.02.001.



Citation Format: ZHU Fuyong, QIU Jin. The universal application crisis of ex officio “execution to bankruptcy” and its procedural response[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(2): 258-270. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.02.001.

# “执转破”启动职权主义的普适危机与程序应对

朱福勇<sup>a</sup>, 仇金<sup>b</sup>

(西南政法大学 a. 最高人民法院应用法学研究基地; b. 法学院, 重庆 401120)

**摘要:**在当事人申请主义模式下,我国“执转破”启动运行不畅的主要障碍不在于参与分配,而是启动破产对当事人利益保障有限所导致的当事人同意“执转破”的动因不足,加之依职权强制启动破产的立法缺失,使“执转破”呈现“失范”现象。执行退出难和破产启动难激发我国“执转破”的变革,2022年《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》第82条规定的“执转破”启动模式,将当事人同意调整为终结本次执行前提下的法院依职权强制启动,并叠加破产法院原则上应当受理,增设依职权启动的规定,由此确立我国破产启动的“当事人申请主义为主,职权主义为辅”二元模式。域外国家和地区的比较考察表明,虽然当事人申请主义是破产启动的主流,但职权主义并未被完全摒弃。其成因在于,国家应在执行和破产程序中把公共利益的考量纳入其中,破产利益属于公共利益的应有之义。职权主义在程序推进的同时要求,只要不再有进一步审理的余地,即使当事人提出异议,法官仍命令终结并不违反程序规定。就金钱执行而言,我国集中执行模式以债务人全部责任财产作为执行标的,奠定“执转破”职权启动与两法衔接的基础。从本质上说,“执转破”是国家净化市场的职权干预方案,实现特定主体的快速出清,故“执转破”启动职权主义的发展方向是依职权宣告破产并适用简易破产程序,快速实现债务人的破产清算。基于公共利益的考量,国家干预执行与破产具备正当性和适当性。然而,不加限制地普遍适用强制启动,将在一定程度上构成对当事人实体和程序双重权利的侵蚀,以及司法资源的超前消耗,摧毁“执转破”启动职权主义的正当性基础。是以,需在厘清执行法与破产法之间的关系、实现二者功能界分和制度协同的基础上,为当事人提供充分的程序保障。即以执行对话缓和职权强制效果,以执行形式化原则穷尽被执行人财产、信用、劳力在内的清偿能力,以审查破产利益去除非必要之“执转破”,限缩“执转破”职权启动的适用范围,为债权人权利实现,以及债务人法益保护提供制度供给与切实保障。

基金项目:国家社会科学基金后期资助一般项目“民事裁判对话构造论研究”(21FFXB033);2021年西南政法大学学生科研创新项目资助(2021XZXS-049)

作者简介:朱福勇,西南政法大学最高人民法院应用法学研究基地副主任,Email:13658361231@163.com。

关键词:执转破;破产启动;职权主义;执破衔接;破产利益

中图分类号:D925.1;D922.291.92 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2023)02-0258-13

## 一、问题的提出

我国长期存在执行不能案件退出难和破产启动难的问题。当债务人财产不能满足全部金钱执行时,执行法与破产法存在竞合空间且没有明确优先排序,又因民事强制执行参与分配制度的“类破产”功能,问题难以圆满解决。为此,2015年《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《民诉法解释》)在取消对企业法人参照适用参与分配的同时,第513条(2022年修正后为第511条)新增执行转破产(以下简称“执转破”),其程序启动与《中华人民共和国企业破产法》保持一致,均以当事人申请作为形式要求。然而,囿于当事人利益抉择和破产耻辱观的影响,“执转破”运行实效欠佳。2022年《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》(以下简称《草案》)第82条将“执转破”启动模式调整为执行法院依职权启动<sup>①</sup>。但若不加限制地普遍适用依职权破产,将导致当事人遭受超过必要限度的国家干预,侵害实体和程序双重利益。执行法与破产法应当确保在处理共同问题上的逻辑一致性<sup>[1]</sup>。因此,“执转破”职权启动是否具备国家干预适当性?理论和现实上有何困境?如何通过程序保障限缩依职权启动“执转破”的适用范围?存在厘清之必要。

## 二、当事人申请主义的障碍要因及其现实异化

### (一) 申请启动的障碍要因

传统观点认为,我国破产启动难的原因在于参与分配制度与破产分配功能重合,执行程序处理破产问题<sup>[2]</sup>,故建议废除对破产法适用对象的参与分配。但照此修改的2015年《民诉法解释》,对破产启动的积极效果并不显著,原因有二。

其一,参与分配功能重合的错误归因。参与分配是多数债权人就同一债务人之财产事实,强制执行所得之金额,申请执行法院平均受偿<sup>[3]</sup>。纵观域外国家和地区立法,执行分配原则往往和当事人破产能力休戚相关。平等原则通常搭配商人破产主义,因为非商人无法破产,为使债权人拥有平等受偿的机会,故在参与分配中平等清偿。与之对应,优先原则关联一般破产主义。一方面,为避免平等原则在执行和破产同时出现的立法重复;另一方面,为使得执行与破产制度之机能分化并相互配合。诚然,参与分配在一定程度上能缓解个别执行中的不公现象,但参与分配与破产分配的功能定位和适用条件差异显著,二者非此消彼长的关系,无法相互取代。《草案》恢复了对企业法人适用参与分配,并就一些理论争鸣作出调整<sup>②</sup>,力图实现两种债务清理制度的功能分化和制度对接<sup>③</sup>。“新”参与分配制度可理解为金钱债权终局执行竞合上的合并执行,对债务人财产的金钱执行已经

①《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》第82条第1款规定,基于金钱债权的财产执行案件中,若被执行人同时符合终结本次执行与破产法债务清理情形的,人民法院应当裁定终结本次执行,并依职权启动“执转破”,第82条第2款要求破产法院原则上应当受理。

②如将参与分配的客体以及与之对应的参与分配启动条件,由被执行人财产不足以清偿全部债权,调整为对特定执行标的的执行款不足以清偿全部债务和执行费用(《草案》第175条);把分配顺序由普通债权平等主义调整为普通债权优先主义,即按查封财产的先后顺序清偿(《草案》第179条第2款),同时还将参与分配与破产分配的清偿顺序予以区别,最明显的调整在于将维持基本生活、医疗的劳动债权和医疗费债权,优先于有财产担保的债权等对执行标的有优先受偿权的债权(《草案》第179条第1款)。

③《全国法院破产审判工作会议纪要》已明确职工生存权优先理念。法无明文规定之下,基于人身请求权的债权、私法债权、补充性债权清偿优先,与之对应的财产性债权、公法债权、惩罚性债权靠后。如按照《草案》进行清偿顺序调整后,劳动债权人将倾向于选择执行,而担保债权人则更青睐破产。

开始,他债权人对同一财产又申请金钱执行的,此时应当合并执行程序,已开始执行行为效力及于后申请强制执行的他债权人<sup>[4]</sup>。因此,破产并非债权人针对财务困境被执行人给出的唯一出路,参与分配仍是可选方案。

其二,当事人申请破产的激励机制欠缺。相比当事人依据破产法自行申请破产,当事人申请启动“执转破”并未体现出明显的个体利益的提升优势,二元并行破产启动模式不但无法为当事人提供更多的程序保障,反而造成功能重复和司法资源浪费。据此,在破产启动当事人申请主义下,“执转破”运行不畅的根源在于,破产法自身欠缺吸引力,因势利导的破产申请激励机制才是理论上解决“执转破”启动难的探寻之路。然而,此路难以成为首选方案,因为当事人动因不足是破产启动的“痼疾”<sup>[5]</sup>,其经济人属性将本能性地拒绝无益破产。

## (二) 实践异化及其理性反思

启动“执转破”的核心功能是净化市场,及时出清已不具备竞争能力的市场主体。但在执行实践中,不仅存在“移不了”“立不上”“破不掉”现象,而且还出现与制度初衷相悖的异化情形。

情形一:营业保护型。最高人民法院典型案例“四川西南医用设备有限公司执转破案”中,执行法院根据债务人“执转破”申请,受理破产清算,但未停止营业并清算注销,而是综合研判同意债务人和案外人以有偿合作方式生产,促使债务人复工复产,稳定职工就业,吸引意向投资,提升企业重整可能<sup>[6]</sup>。我们并非反对人民法院提升债权人清偿率的尝试,但保障债务人继续营业与提升重整机会,与“执转破”理念是否相符值得商榷。本案要旨似乎鼓励“执转破”后的债务人在破产法保护下继续营业,将“执转破”功能模糊化。

情形二:程序前移型。有观点提出,若想更有效地解决破产受理难,“执转破”不应止步于执行阶段,而应当前移至审判阶段“诉转破”,甚至是立案阶段“立转破”。实践中,部分试点法院发布“诉转破”相关内容<sup>④</sup>。从域外来看,我国台湾地区“《破产法》”第60条<sup>⑤</sup>虽然也有依职权“诉转破”和“执转破”之规定,但台湾地区学者认为,民事审判程序仅针对原告诉讼请求所依据之法律事实进行审理和裁判,债务人是否存在责任财产、能否履行生效裁判难以落入民事审判程序之射程。也唯有强制执行程序才能判断债务人的财产状况及清偿能力<sup>[7]</sup>。“立转破”“诉转破”有违执行法理,我国未来构建破产启动的职权路径只能是“执转破”。当债务人财产不足以清偿全部债权,并且尚未启动参与分配或者破产时,正是申请执行人获得有利执行的最佳时机。不同债权性质依优先顺序、同种债权性质依查封先后顺序清偿,不仅构成我国民事强制执行清偿体系,也对后清偿顺位债权人主动申请破产形成倒逼机制。

情形三:监督管理型。苏州工业园人民法院组成执破融合一体化团队,由执行法官和破产法官组成合议庭会诊办理涉“执转破”案件<sup>[8]</sup>。在办理一起对餐饮企业的执行案件中,法院参照破产程序确定一家机构管理人入驻被执行人企业进行“经营监管和债务管理”。此做法需要警惕的理由在于,强制执行不应考虑他债权人清偿问题,被执行人经营权亦不属于执行法强制管理的适用对象。执行法院毋宁在执行程序中参照破产程序处理债务,却不适用“执转破”的原因何在?

剖析上述样态异化的根源,我们可以发现,我国“执转破”当事人同意启动模式混淆了执行法与

<sup>④</sup>例如江苏省启东市人民法院制定的《关于诉讼程序与破产程序相衔接的若干意见(试行)》第7条规定,多起金钱执行案件针对同一被执行人,且其财产不足清偿全部债务时,执行法院可以推定其符合破产原因,不再支持部分申请执行人抢先清偿要求。

<sup>⑤</sup>在民事诉讼程序或民事强制执行程序进行中,法院查悉债务人不能清偿债务时,依职权宣告债务人破产。

破产法之间的关系,从而形成两法协同实施推进不力。“正确界分执行程序与破产程序的制度功能,理顺民事强制执行制度与破产法律制度之间的逻辑关系”<sup>[9]</sup>显得尤为重要,二者应以协调、兼顾、配合的理念予以衔接,故而“执转破”启动模式既要遵从执行法理,亦不得损及破产法规范和惯例。

### 三、职权主义共识化:从理论展开到普适危机

#### (一)“执转破”启动职权辅助的铺垫

当事人申请主义和职权主义为破产启动<sup>⑥</sup>两大模式。前者体现自由处分,但将程序启动完全交之个别当事人决定,不利于全体债权人保护且易导致分配结果不公;后者强调国家干预,却往往存在强制性和命令性的干预过度,难免侵害当事人权利。强化当事人权利是主流趋势,因而依职权强制破产的构想存在诸多现实障碍<sup>[10]</sup>。2015年《民诉法解释》放弃“执转破”职权启动思路,但当事人不同意则成为程序启动障碍,导致“执转破”运行实效与“应破尽破”制度期待产生落差。正因如此,理论界和实务界一致认可,在现有基础上增加职权启动“执转破”。就二者主次关系而言,少数学者认为,应当建立法院职权主义为主、当事人申请主义为辅的启动机制<sup>[11]</sup>。多数学者主张,在不废除依当事人申请启动的规则下,引入职权主义的辅助启动模式<sup>[12-13]</sup>。不过,应对职权启动的适用范围条件化,或认为,职权启动的条件在于,被执行人为“三无”企业或者被执行人已解散但未清算<sup>[14]</sup>;或主张,职权启动应当限定在事实清楚且类型简单、涉公共利益的群体性案件、涉僵尸企业、涉职工讨薪案件四个方面<sup>[15]</sup>。还有观点进一步提出应由法院依职权<sup>⑦</sup>直接宣告破产<sup>[16]</sup>。

在破产启动方面,英美法系和大陆法系国家并非完全摒弃了职权主义,而是兼采职权主义。例如,日本破产法修改时,曾提议赋予行政机关对不道德商事企业法人的破产申请权,但争议很大。批判意见认为,这使行政机关获得对私营企业的生杀之权,进而该提案未被立法采纳。作为日本法上重整型破产程序的再生程序,法院不得依职权启动,必须由债权人或债务人依申请开始(《民事再生法》第21条)。作为申请启动破产程序的例外,只有发生程序转换时,原则上法院可依职权启动牵连破产程序(《民事再生法》第250条)<sup>[17]</sup><sup>47,161</sup>。换言之,当重整计划不被批准、债务人不具有重整可能而被裁定终止重整等情形发生,法院可依职权启动破产清算。

可见,我国既往研究已提出设立“执转破”职权启动作为当事人同意模式的补充与辅助,具有积极意义。然而,当事人申请主义为主,职权主义为辅应是破产启动模式,而不是“执转破”的启动模式。将当事人申请启动模式交给破产法,将职权主义启动模式交给强制执行法,方才使一主一辅的二元启动模式能够合理运转。

#### (二)“执转破”职权启动展开及其普适危机

《草案》在终结本次执行时,仍保留债权人同意的程序设计。但相较于《民诉法解释》规定而言,已建构一条由执行法院依职权调查被执行人财产状况,裁定终结本次执行,并依职权启动“执转破”

<sup>⑥</sup>联合国国际贸易法委员会《破产立法指南》指出,启动破产程序时需达到的标准是破产程序设计上的中心环节。这一标准作为启动破产程序的依据,有利于确定哪些债务人可归入破产法的保护和规制的范围并确定由谁来提出启动申请,债务人、债权人,还是其他当事人。

<sup>⑦</sup>在此,还应注意区分破产程序开始的差异。德国、日本和我国台湾地区的破产受理仅作为破产程序开始的准备阶段,法院作出裁定破产宣告才是破产程序的正式开始。我国破产法则实行受理开始主义,以法院受理破产申请为程序开始的标志,并不要求破产宣告。

的程序路径(见图1,图2)。

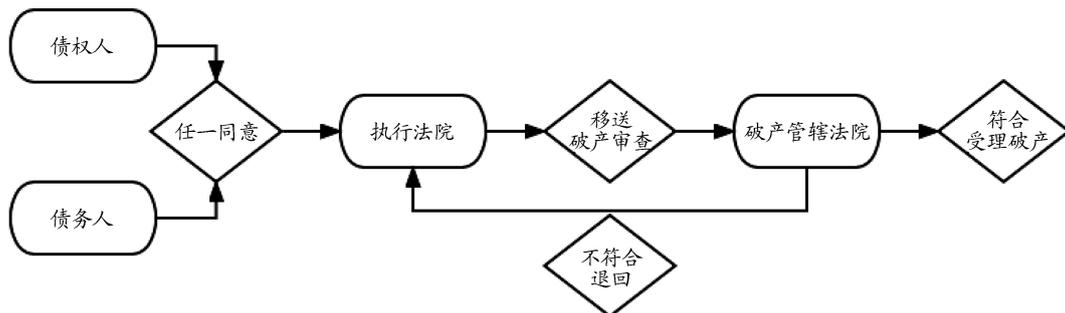


图1 2015年《民诉法解释》“执转破”当事人申请(同意)启动模式

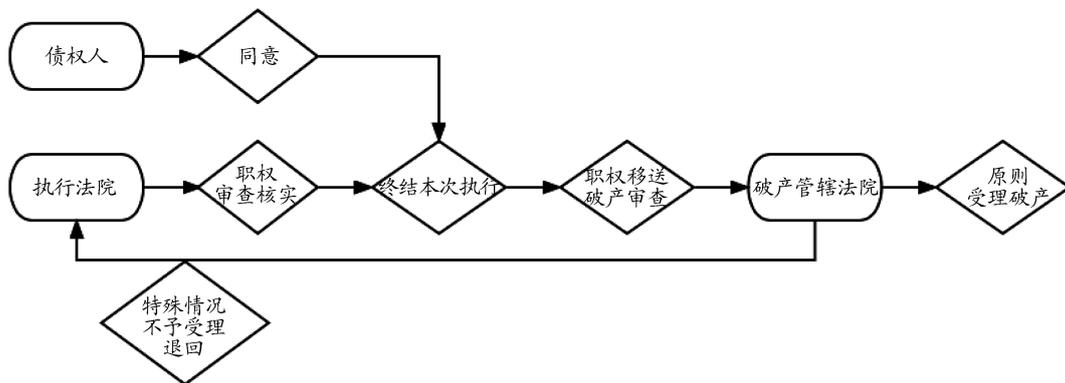


图2 《草案》“执转破”职权启动普适模式

破产启动事关当事人重大利益,进入破产后,债权人正在进行的强制执行中止,个体利益将被迫服从于团体利益;债务人更是面临停业注销的危机。故,执行立法不能仅考虑合用性,而忽视合法性与合理性<sup>[18]</sup>。“执转破”职权启动若不加限制地适用,则存在正当性危机。

(1)不当损及当事人破产启动权。执行或破产只是实现金钱债权多种路径下的选项。债务人不进入破产程序,债权人不仅可以避免破产费用和共益债务的产生,而且还可以防止他债权人未到期债权的提前到期。债务人也有权拒绝恶意破产申请的侵扰。一般情形下,国家职权不宜主动代替当事人作出选择。如若不然,则构成对当事人权利自由处分的剥夺。以时间为例,何时启动破产系重要商业判断,其源于破产管理人对破产受理前,债务人欺诈行为或者偏颇行为的否认。更为重要的是,破产程序的开始意味着强制执行系属的失效。这里的失效针对系属中的程序,已经结束的执行行为效力则不受影响。换言之,强制执行系属的失效取决于破产启动与执行终结的时间先后<sup>[19]116</sup>,进而对债务人财产归属产生影响。从这个意义上讲,破产启动时间代表债权人利益个体独享或团体共享的分水岭,其重要性是不言而喻的。

(2)超前消耗司法资源。随着民事关系和财产形态的复杂化,执行到位的难度不断加大。为了解放因执行不能而被浪费的司法资源,针对被执行人确无财产可供执行,大量执行不能案件无法结案的现实,我国创设终结本次执行制度,让司法资源合理配置到执行案件中去<sup>[20]</sup>。然而,终结本次执行仅为临时性结案措施,一旦发现债务人财产即可申请恢复执行,始终无法解决“退而不出”的问题。因此“执转破”的功能定位,不仅需要发挥服务供给侧结构性改革、完善企业市场退出机制、推

动经济高质量发展的经济功能,而且还需要成为消化执行积案、解决执行难的重要途径和配套制度<sup>⑧</sup>。最高人民法院曾在2012年民事诉讼法修订时,向全国人大法工委建议设立“执转破”,当时未被采纳。2015年《民诉法解释》制定过程中的“执转破”方案也曾有过职权启动方案,全国人大法工委认为,仍需要进一步研究<sup>[21]</sup>。民商事案件中约18%的案件是执行不能案件,以2020年和2021年数据测算,全国法院受理案件均超过3000万件,其中民事案件占比达55%,即每年将产生执行不能案件超过297万件<sup>⑨</sup>。每年数百万的执行案件无法有效退出而持续占用执行资源,消耗司法成本。

本次《草案》“执转破”职权启动的再次提出,表明理论积淀和实践探索已更为成熟。可是,寄希望“执转破”职权启动能够将执行不能司法资源彻底解放并非现实。在执行实践中,大量存在“无产可破”案件,债务人财产尚不足以清偿最基本的破产费用。这样一来,即便终结破产程序,法院也可不宣告债务人破产,而恢复强制执行。从执行人员的主观心态来看,如果可以终结本次执行结案的,执行人员也缺乏说服当事人“执转破”的积极性。一方面,被执行人包含非企业法人的,对企业法人职权启动“执转破”并不能将整个案件彻底退出执行程序;另一方面,执破衔接工作机制要求执行与破产共享财产查控信息、解除保全措施等多项对接,因而在破产法院宣告债务人破产,彻底终止执行前,执行资源依然没有得到彻底解放。如此一来,依职权启动“执转破”,释放执行资源和提升执行能力有限,甚至可能在一定程度上提前消耗司法资源,因为该做法只是把司法资源从执行转移至破产中。

#### 四、“执转破”职权启动限缩的逻辑理析

民事强制执行的构造是债权人对债务人的单向攻击,被执行人的最坏结果为清偿全部债务,没有额外负担,“如果债务人抛开诸如诚信之类的内心道德准则,那么逃避就成了他应对由债权人启动的执行程序的最佳选择”<sup>[18]</sup>。因而“执行难”非我国特有,但我国强制执行法缺乏执行不能案件的有序退出机制,导致执行积案。“执转破”本质是基于被执行人经强制执行,无财产或者财产不足以清偿全部债务这一法律事实,就符合转出执行、转入破产的实质要件<sup>[9]</sup>。经过金钱债权执行后,债务人仍处于支付不能的客观状态,则可以推定债务人具备破产原因。然而,陷入财务困境的债务人即便具备破产原因,也不可能均通过破产程序来处理债权债务。破产法与执行法的适用边界无法人为划定,是否启动破产程序是各方利益主体相互博弈后的结果,只有进入破产程序的可期待利益大于执行程序,当事人才会主动申请破产<sup>[11]</sup>。与之相比,依职权启动“执转破”有必要设置更为严格的启动要件,以彰显程序的价值和意义。

##### (一) 职权进行主义对执破衔接的程序指挥

就当事人和法院在程序推进层面的分工,各国强制执行表现出当事人进行主义或职权进行主义的不同做法。德国强制执行的执行文模式系以特定财产为单位的执行,当事人可以决定执行程序的启动和终止,还可以选择执行方式和执行对象。即便客观上也会因执行不能而受到当事人谴责,但法院不存在执行退出难题。因为执行成功与否更多体现为债权人的自我责任,执行不能的风

<sup>⑧</sup>参见:2015年10月29日党的十八届五中全会《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》、2016年4月29日最高人民法院《关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要》(法发[2016]10号)、2019年2月27日《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》等文件。

<sup>⑨</sup>参见:《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》。

险和不利后果也应由当事人自己承担。我国集中执行模式则选择职权进行主义,除强制执行的启动依债权人申请启动外,执行法院享有程序控制权,依职权主持和指挥程序进行,在财产调查、查封、拍卖、交付、终结等程序推进事项上占据主动,以避免当事人拖延程序。

我国破产程序亦是由破产法院依职权主持和推进,为“执转破”职权启动提供衔接可能。破产法通过禁止个别债权人以损害其他债权人利益而获得个别清偿,体现出法律价值层面的集体利益优先保护性,只有这样才可以避免多数债权人对债务人财产的哄抢并可节省为了哄抢而花费的无谓代价,还能体现出分配秩序价值和财产增值价值<sup>[22]</sup>。也正是这个原因,即使执行程序在一定程度上行使了破产功能,民事强制执行制度无法替代破产制度。

“执转破”裁定一经作出,产生执行退出和破产启动两种效力,只要不再有进一步审理的余地,即使当事人反对,法官仍命令终结并不违反程序规定<sup>[23]</sup>,因为职权进行主义允许推进的仅是程序,而不是对当事人实体权利的处分和裁判。鉴于破产启动后对当事人权利的影响,“执转破”职权启动应当从程序上减轻执行退出和破产启动对当事人的消极作用,方才满足国家干预的适当性要求。

## (二) 财产调查结果构成对清偿能力的初步确定

### 1. 财产调查结果的差异性

金钱债权的执行标的是债务人的责任财产,除了法律规定不得强制执行的物品或权利外,原则上以债务人全部财产承担无限责任。债务人不仅在法律上负有履行债务的义务,同时也承担了因强制执行而丧失全部财产的危险,否则债权人的债权就难以保障<sup>[24]</sup>。我国集中执行模式提供的责任财产调查模式以执行依据为单位,金钱债权的执行标的是以债务人全部责任财产为对象的“概括式”执行,恰好为“执转破”职权启动提供了充分的衔接可能。

民事强制执行形式化原则决定了执行中财产调查结果的有限性。即便是在对执行标的实体权属进行判断的案外人异议审查中,执行法官的权属判断标准仍只能是形式判断,而非实质判断。债权人依据执行名义而取得针对国家的执行请求权,债务人不得不忍受强制执行对其权利的干预。执行机构根据财产公示原则进行权属调查,对于缺乏公示方法的财产则先以申请执行人的陈述为准。这与破产程序要求债务人财产最大化的实质原则存在区别。也正因如此,两法调查得出的财产结果并不具有同一性。也就是说,在执行和破产两种程序下,财产调查结果虽然存在一定区别,但理论上的债务人责任财产范围是一致的。因而,在执行中的财产调查结果可为破产管理人初步确定,使执行法上的“无财产可供执行”与破产法上的“明显缺乏清偿能力”得以衔接。

### 2. 终结本次执行是穷尽清偿能力的必要非充分要件

《草案》将符合终结本次执行条件作为“执转破”职权启动的前提和结果。而终结本次执行的内核是穷尽财产调查措施,无财产可供执行的审查判断。对于穷尽财产调查措施,应当在法院和当事人之间形成财产调查的合理分工,包括申请执行人提供财产线索、法院签发律师调查令、被执行人报告财产、人民法院通过“总对总”“点对点”网络执行查控系统调查和必要的走访调查<sup>[25]</sup>。对于无财产可供执行,则是穷尽财产调查措施后的结果,未发现财产或虽发现财产但无法执行,诸如保障基本人身权和生存权的豁免财产、属于法律上禁止转移或禁止使用的财产等。

清偿能力由财产、信用、劳力三者构成。虽无财产,但信用可获得融资和商业机会,劳力可维持生存和营业求得现金流入和自身价值。由此,债务人虽无财产可供执行,但只要还保留信用和劳力,就仍有清偿之可能。仅以财产要素作为“执转破”职权启动要件,难谓充分与公正。

### (三) 破产利益对执破转换的程序规制

“执转破”职权启动应当审查破产利益。破产利益是民事诉讼的利益理论在“执转破”启动的具体应用。诉的利益是考虑到被告的利益以及法院司法运营的基本情况,为了排除毫无意义的诉讼而设置的诉讼要件<sup>[26]</sup>。如果缺乏诉的利益,将导致诉不合法而不予受理或者驳回。上诉需要上诉利益,当事人上诉的前提是受到一审判决的不利益,否则就会因没有上诉利益而无上诉之必要<sup>[27]</sup>。执行要有执行利益,当执行中缺乏执行利益时,禁止执行机构采取不必要的执行措施。同理,破产同样需要破产利益,“所有破产申请都需要满足法律保护必要性这一前提。法律保护的必要性原则上因国家执行垄断而产生,当存在更简单的法律保护可能性时则丧失”<sup>[28]</sup>。例如取回权人、可能获得全部清偿别除权人、唯一债权人,就缺乏破产利益。法院受理破产并非以债权人申请强制执行为必然要件,但经过强制执行努力之后,仍无法全额实现金钱债权的,无疑更能提高破产利益的说服力。

破产利益不是针对当事人的利益,而是对法院和国家而言,属于公共利益的范畴。就像国家必须通过其执行机关考虑公共利益<sup>[29]</sup>,破产亦不得忽视其对社会经济和劳动就业的影响。破产利益的约束性价值在于,其对依职权启动“执转破”的适用范围进行了宏观限缩,令国家职权干预执行和破产不得超过必要限度。既要保障这样的国家干预措施不至于限制当事人权利处分自由,又要防止债务人因转入破产之后,陷入社会救助侵蚀公共利益的情形。

## 五、限缩“执转破”职权启动的程序图景

由于国家兼具治理主体与经济主体的双重属性,国家参与或影响破产制度本身也可以被理解作为一种破产行为,这是破产法律和政策的一个自然特征,而非一种扭曲,因为它大致符合破产理论、破产法和国家其他法律及监管组成的结构性关系,说明破产与非破产法律之间的相互作用是无处不在的,也是国家总体制度设计的一部分。然而,值得注意的是,司法承担政治职能更需审慎和适当,其干预程度必须是合恰的<sup>[30]</sup>。准以此言,“执转破”职权启动就是国家对市场的干预方案。因此,与其说此项国家干预是政策使然,倒不如承认制度是历史的产物,新增“执转破”职权启动作为破产启动模式的组成部分,形成“当事人申请为主、职权启动为辅”的破产启动格局,是我国强制执行与破产制度的改革与进化。优化营商环境建设一定程度上仰仗于国家与市场、司法与行政的相互衔接与协调。据此,法院注定成为启动破产这场博弈中的参与者,但其参与应当符合合恰性要求而不得无限制。限缩“执转破”职权启动的适用范围,需要为当事人提供充分程序保障,才能使“执转破”职权启动真正彰显合理配置资源的功能与价值取向。“执转破”职权启动限缩模式见图3所示。

### (一) 执行对话互动

民事强制执行需要执行主体间对话推进。纠纷解决过程就是对话与沟通的过程,不同主体之间的有效对话助于各方的意见表达和获得认同,从而及时化解矛盾纠纷。近年来,我国民事强制执行的“超职权主义”随着执行改革的效果而呈淡化的趋势。然而,由于民事强制执行是国家公权力保障私法债权实现的程序,不免对当事人,尤其是被执行人的权利强制干涉,因而职权烙印始终难以消解。传统“职权干预型”执行构造中,执行法官往往程序式地推动流程,缺乏与当事人交流对话。更为严重的情形是,当事人在执行中全程未能与执行法官取得联系,为执行不合规、不合法、程

序瑕疵等埋下隐患。毋庸置疑,执行主体间对话,助于明确各方的诉求和态度,消减执行瑕疵的出现。在执行对话的程序设置上,依循“执行程序推进→当事人参与→执行主体间对话→法官释明、法律观点开示→对话结果形成→法官执行裁决的作出”<sup>[31]</sup>的顺序展开。

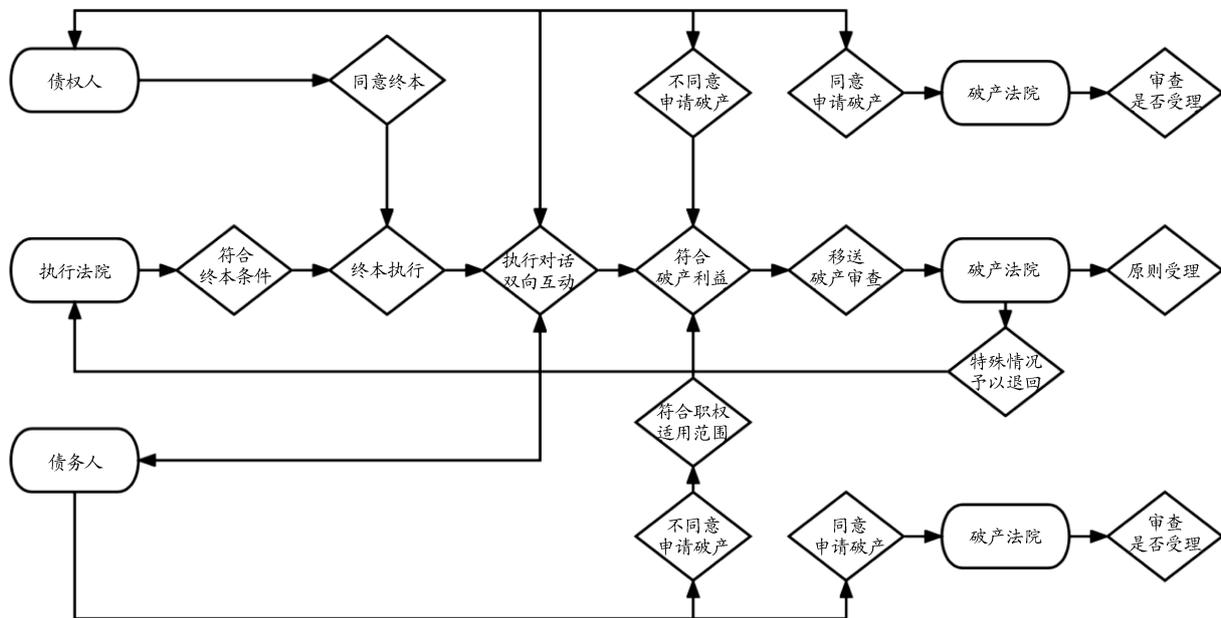


图3 “执转破” 职权启动限缩模式

通过执行对话可以表达“执转破”的程序正义。破产中的任何成本实际上都是全体债权人和社会分担的结果,国家职权要尊重当事人的意思自治,执行法和破产法的互动不可避免需要一些排序和协调,这种排序和协调并非谁对谁的妥协,而是制度功能的互补。职权进行主义虽然为法院依职权启动“执转破”的程序推进取得了逻辑基础,但为了缓和职权的过度强势,鼓励当事人或者利害关系人自行申请破产,执行法院应当在整个执行程序中与当事人进行对话互动。特别是在依职权启动“执转破”前,应当就财产调查结果、执行不能原因、自行申请破产的法律后果、不同意依职权启动“执转破”的救济途径等重大事项向申请执行人和被执行人进行告知和释明,再由当事人自行决定。至此,在执行程序推进中,已充分给予当事人自行申请破产的时间和机会,尊重当事人的权利处分。如若当事人仍不采取行动的,“执转破”职权启动符合程序正义。

## (二) 清偿能力的穷尽

如前所述,清偿能力包含财产、信用、劳力三要素,执行法院尚需否定信用要素和劳力要素,以成就“执转破”职权启动的前提要件。信用对民事主体(尤其是商事主体)获得交易机会和吸引投融资至关重要,信用受损将对被执行人产生巨大影响。我国执行法对财产和信用进行了关联,当被执行人违反财产报告制度或妨害执行等不履行生效法律文书确定义务的行为,法院将对其实施信用惩戒,将被执行人纳入失信被执行人名单。清偿能力中的信用要素随着被执行人执行不能的财产状态,一并得到否定性评价。至于劳力,一旦自然人身体出现严重疾病、残疾等丧失劳动能力的情形,企业法人出现停止营业、无工作人员的状态,就没有劳力可言。由此看来,无财产、无经营、无人员的“僵尸企业”与无财产、无信用、无劳力三要素大抵构成对应关系,是依职权启动“执转破”最显著的适用对象。

同时,穷尽清偿能力为被执行人进入破产程序后,提供了依职权破产宣告和适用简易破产程序

的基础。第一,依职权破产宣告是“执转破”职权启动的必由之路。“执转破”建立在以下假设之上:债权人或者债务人经过释明和告知后仍不愿意自行申请破产,也就意味着进入破产后没有当事人提出重整、和解的程序转换申请的盖然性极大。且在执行中,已对债务人作出了清偿能力穷尽之结论,表明破产清算将是唯一选择。第二,破产宣告实现执行程序的彻底终结。破产宣告的法律意义不仅在于市场主体的清算退出,而且还关乎执行不能案件的退出。由于宣告破产是执行终结的法定事由,执行终结后,因执行积案被占用的执行资源,才得以从执行中止或者终结本次执行中彻底解放。然而,在我国现有法律框架下,个人尚不具备破产能力,若被执行人既有企业法人又有个人的,则只能看作是针对企业法人的执行终结,执行不能案件并没有整体退出。就此疑问,我们认为,构建企业与个人在连带责任或者人格混同情形下的合并破产制度,应是当下的合理选择<sup>[32]</sup>。第三,“执转破”与简易破产程序内在吻合。破产法的理念对于个体利益、集体利益与社会利益同等重视,并要求破产法提供一套符合“成本—效率”的制度框架和策略机制,及时启动程序并保障有生存竞争能力者再生,无能力者出清。“僵尸企业”大多为中小微企业,从目前破产实践来看,因破产成本过高,而产生畏难情绪。为提高破产效率,降低破产费用,我们主张构建仅适用于破产清算案件的简易程序,并由法院依职权根据案件情况,确定适用普通程序还是简易程序<sup>[33]</sup>。依职权启动“执转破”与适用简易程序的内在要求是一贯的。

### (三) 破产利益审查

破产申请审查是一项重要的法律判断,系破产审判权的适用范畴,一般不宜由执行权替代行使,也不必将其前置于执行程序。因为破产法官被要求迅速确定谁能或谁不能进入程序,而执行法官尚不具备此项能力。这是由现代破产法律挽救危困企业的价值取向与目标设置所决定的。执行法官在整个执行过程中,应当严格遵循审执分离的形式化原则,从而保障执行法效率优先兼顾公平之理念。执行财产职权调查的全面性(穷尽必要财产调查措施)和有限性(财产调查的形式化原则)决定着执行法官能够运用推定之方法,由执行不能的事实推出被执行人具备破产原因的事实,此审查方式没有突破形式化原则。《草案》第82条规定破产法院对“执转破”移送案件原则上予以受理,只有特殊情况附理由驳回,亦是如此考虑。

如上所述,破产利益决定着并非全部执行不能案件均有依职权启动“执转破”的必要性和实效性,破产利益的审查需要从以下方面考虑。

第一,对主体方面的审查。其一,“执转破”不适用自然人。破产能力类似当事人能力,是债务人能否破产的必然要件。虽然理论界和实务界均强烈呼吁构建我国的个人破产制度,理论著述和域外实践均已证成其有能力破产,我们对此亦持积极态度。但是,鉴于个人破产侧重挽救“诚而不幸”债务人的重整型程序,与“执转破”快速出清市场主体的制度目标存在一定冲突,即便我国未来破产法修订后采一般破产主义,对自然人的“执转破”仍要慎重。作为全国首部个人破产法规的《深圳经济特区个人破产条例》,已积累1年以上的实践经验。“在个破条例实施1周年内收到的1031件个人破产申请中,申请清算789宗、申请重整175宗、申请和解67宗。”<sup>[34]</sup>尽管个人破产需求事实存在,但“执转破”本质是国家净化市场的职权干预方案,通过将符合条件的特别对象送入破产程序,实现特定主体的快速出清。而个人不会因破产而消灭,只是债务免责,与制度趣旨不符。在社会公众对于被执行人利用个人破产制度进行逃废债存在忧虑的情况下,就个人依职权启动“执转破”,不利于个人破产制度的构建和发展。个人破产启动交由当事人自行申请即可,只是未来仍需

要理顺个人破产制度与强制执行制度之间的关系,完善因个人无财产可供执行案件的甄别退出机制<sup>[35]</sup>。其二,“执转破”不适用公法人。一般认为,具有政治统治地位、提供公共服务的国家和政府,即便无法清偿债务也没有破产能力,因为其人格不能通过破产程序消灭,同时,通过对国家财政的监管可以实现债权人公平清偿,因而无破产之必要。其他公法人是否具备破产能力,也不宜依据公益性强弱判断,可获得政府财政资金拨款或融资的,只是属于破产原因的判断,不妨碍其破产能力<sup>[19]38</sup>,因而仅视法律支持或排斥破产法适用<sup>[17]45</sup>。公法人履行社会公共管理职能,对其执行应当注意平衡公共利益与私权利益,给予必要礼遇。在此情形下,保障公共利益的价值位阶显然高于市场主体的出清,因而对公法人启动破产宜在立法明确下交之当事人申请,而非依职权“执转破”。

第二,对客体方面的审查。对有财产担保等优先债权的执行不适用“执转破”。有财产担保债权人就担保物的执行不受破产限制,担保财产享有别除权,“执转破”既不能使有财产担保债权人实现财产快速变现,也不能给予其他债权人额外收益。相反,这种做法造成的后果甚至是消极的。为了实现担保债权的财产评估、变价和过户费用等成本将升级为破产费用随时清偿,实际上使破产程序成为由全体债权人负担成本的担保债权个别清偿程序<sup>[16]</sup>。因此,对普通债权的金钱执行进行“执转破”最符合破产利益。原因在于,无论在执行还是破产中,普通债权的清偿顺序均靠后,“执转破”的程序转换不会构成对债权人清偿利益的侵扰,这也符合国家干预市场的适当性原则。

第三,对费用方面的审查。债务人财产应当足以清偿破产费用。在破产法中,破产费用具有清偿顺位的超级优先性,甚至于当债务人的非担保财产不足以支付破产费用时,产生了破产费用与担保财产优先权清偿顺位之争。因此,当债务人财产无法支付破产费用时,表明继续推进破产程序无任何意义,故法院应当终结破产程序。假如不加限制地依职权启动和受理“执转破”,“执转破”案件又无法支持破产费用的,执行恐演变为新一轮的破产不能,导致司法资源和社会资源再浪费。

## 六、结语

本文以执行退出与破产启动两项程序衔接的“执转破”启动为研究对象,并站在职权主义立场进行探讨并形成结论:第一,“执转破”启动当事人申请主义运行不畅的原因,不在于参与分配,而在于启动破产对当事人个体利益提升难以起到积极功效。第二,《草案》第82条规定的“执转破”启动职权主义具备逻辑与现实的适当性,组成了我国破产启动体系中“以当事人申请为主,以职权启动为辅”的二元模式。不过,依职权启动的强制程度应当限定在适当范围之内,否则,即便“执转破”启动职权主义立足本土问题,且对解决现实困境有所裨益,也将丧失其正当性基础。第三,我国强制执行法与破产法的程序构造为依职权启动“执转破”提供程序衔接可能,但仅及于程序指挥事项。第四,我国财产调查职权模式能够对债务人全部责任财产进行形式化调查,完成金钱债权执行不能到破产原因之支付不能的事实推定。但除财产要素之外,还需要执行机构依据形式化职权调查,对信用和劳力要素予以否定,从而穷尽被执行人清偿能力,为进入破产清算后直接宣告破产并适用简易破产程序提供事实依据,以完成“执转破”快速出清市场主体的根本宗旨。第五,破产利益属于公共利益范畴,既对无破产必要性的“执转破”予以驳回,又对国家职权干预执行和破产是否超过必要限度予以监督。执行机构依推定之方法,足以完成对破产利益的形式化审查。当然,在金钱债权实现的程序体系安排下,我们主张,执行法和破产法二者予以联动立法。有鉴于此,理论上仍需要厘清执行法与破产法之间的关系,实现二者功能界分和制度协同,为清偿债权人债权、保护债务人合

法权利提供制度供给与法律保障,为践行供给侧结构性改革、促进经济高质量发展、推进国家治理体系和治理能力现代化提供智力支持和中国方案。

#### 参考文献:

- [1]何欢. 债务清理上破产法与执行法的关系[J]. 法学研究,2022(3):141-158.
- [2]唐应茂. 为什么执行程序处理破产问题?[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版),2008(6):12-20.
- [3]杨与龄. 强制执行法论(最新修正)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:255.
- [4]赖来焜. 强制执行法各论[M]. 台北:元照出版有限公司,2008:805.
- [5]韩长印,何欢. 破产界限的立法功能问题:兼评《企业破产法》司法解释《规定(一)》的实际功效[J]. 政治与法律,2013(2):2-14.
- [6]最高人民法院案例指导与参考丛书编选组. 最高人民法院公司案例指导与参考[M]. 第2版. 北京:人民法院出版社,2022:548-550.
- [7]许世宦. 强制执行法[M]. 台北:新学林出版股份有限公司,2021:77.
- [8]朱旻,袁法轩. 执破融合,让企业“再生”机会更多[N]. 人民法院报,2022-10-19(6).
- [9]徐阳光. 执行与破产之功能界分与制度衔接[J]. 法律适用,2017(11):18-26.
- [10]谭秋桂. 民事执行法学[M]. 第3版. 北京:北京大学出版社,2015:238.
- [11]张艳丽. 破产重整制度有效运行的问题与出路[J]. 法学杂志,2016(6):92-102.
- [12]赵泽君,林洋. “执转破”程序启动模式的分解与重塑[J]. 政法论丛,2018(3):63-73.
- [13]刘旭东. 执破衔接视阈下“执转破”要点透视及规范进路[J]. 河北法学,2019(4):172-184.
- [14]王富博. 关于《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》的解读[J]. 法律适用,2017(11):2-10.
- [15]廖丽环. 正当程序理念下的执行转破产机制:基于法理视角的反思[J]. 法制与社会发展,2018(3):122-142.
- [16]童兆洪,章青山. 破产与执行:功能定位与制度调谐[J]. 刑事司法论坛,2005(1):307-338.
- [17]山本和彦. 日本倒产处理法入门[M]. 金春,译. 北京:法律出版社,2016:45-161.
- [18]赵秀举. 论现代社会的民事执行危机[J]. 中外法学,2010(4):576-586.
- [19]谷口安平,山本克己,中西正. 日本倒产法概述[M]. 佐藤孝弘,田言,译. 北京:中国政法大学出版社,2017:38,116.
- [20]马登科,张晓帆. 终结本次执行论[J]. 民事程序法研究,2016(2):12-25.
- [21]江必新,刘贵祥. 最高人民法院执行最新司法解释统一理解与适用[M]. 北京:中国法制出版社,2016:99-100.
- [22]韩长印. 破产程序的财产分配规则与价值增值规则:兼与个别执行制度的功能对比[J]. 法商研究(中南政法学院学报),2002(3):62-67.
- [23]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新,刘荣军,译. 北京:中国政法大学出版社,1996:102-104.
- [24]王泽鉴. 债法原理[M]. 第2版. 北京:北京大学出版社,2013:75.
- [25]百晓锋. 程序变革视角下的终结本次执行程序制度:以《民诉法解释》第519条为中心[J]. 华东政法大学学报,2015(6):29-39.
- [26]高桥宏志. 民事诉讼法重点讲义(导读版)[M]. 张卫平,许可,译. 北京:法律出版社,2021:14.
- [27]唐力. 论民事上诉利益[J]. 华东政法大学学报,2019(6):101-114.
- [28]莱因哈德·波克. 德国破产法导论[M]. 王艳柯,译. 北京:北京大学出版社,2014:41.
- [29]弗里茨·鲍尔,霍尔夫·施蒂尔纳,亚历山大·布伦斯. 德国强制执行法(上册)[M]. 王洪亮,郝丽燕,李云琦,译. 北京:法律出版社,2019:82.
- [30]FEIBELMAN A. Bankruptcy and the state[J]. Emory Bankruptcy Developments Journal,2022,38(1):1-50.
- [31]朱福勇. 瑕疵执行行为之规制:以执行对话模式的构建为中心[J]. 法商研究,2017(5):121-130.
- [32]赵吟. 连带责任视角下个人与企业合并破产的准入规范[J]. 法学,2021(8):20-37.
- [33]李曙光. 论我国《企业破产法》修法的理念、原则与修改重点[J]. 中国法律评论,2021(6):25-40.
- [34]曹启选,景晓晶,叶浪花. 个人破产制度先行先试中的实践示范与体系构建[J]. 人民司法,2022(22):10-21.
- [35]刘冰. 论我国个人破产制度的构建[J]. 中国法学,2019(4):223-243.

## The universal application crisis of *ex officio* “execution to bankruptcy” and its procedural response

ZHU Fuyong<sup>a</sup>, QIU Jin<sup>b</sup>

(*a. Applied Law Research Base of the Supreme People's Court; b. Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China*)

**Abstract:** Under the party application doctrine model, the main obstacle to the poor operation of “execution to bankruptcy” in China does not lie in the distribution of proceeds of execution, but the limited protection of interests has resulted in insufficient motivation for the parties to agree, coupled with the lack of legislation on *ex officio* bankruptcy, made “execution to bankruptcy” inefficient finally. The difficulties of execution withdrawal and bankruptcy launch have inspired the innovations of “execution to bankruptcy” in China, Article 82 of the Civil Execution Law (Draft) in 2022 stipulates the launch mode, which adjusts the parties’ consent to the compulsory starting with terminating the execution procedure, and determines that the bankruptcy court should accept it in principle, which adds an *ex officio* provision, thus establishing Chinese bankruptcy launch model that “party application doctrine mainly, *ex officio* doctrine complementally”. A comparative examination of extraterritorial countries and regions shows that while the party application doctrine is the dominant approach, the *ex officio* doctrine has not been completely abandoned. The reason is that the state should consider public interests in execution and bankruptcy proceedings, and that bankruptcy interests are properly part of them. The *ex officio* doctrine requires that, even if the parties object, judge can end the proceedings which does not violate the procedural rules, as long as there is no need for further proceedings. In terms of money execution, the centralized execution model in China takes the debtor’s entire responsible property as the subject of execution, laying the foundation of compulsory “execution to bankruptcy” and the convergence of the two laws. The essence of “execution to bankruptcy” is the state’s intervention plan to purify the market and realize the rapid clearance of specific subjects. As a result, the development direction of the “execution to bankruptcy” is to declare *ex officio* bankruptcy and apply summary proceedings to quickly liquidate the debtor. State intervention in execution and bankruptcy is appropriate for reasons of public interests. However, the unrestricted universal application of compulsory “execution to bankruptcy” will, to a certain extent, infringe both substantive and procedural rights of the parties, and over-consume the judicial resources, thus depriving it of its legitimacy. In response, it is necessary to clarify the relationship between civil execution law and bankruptcy law, and to realize their functional boundary and institutional coordination, while providing sufficient procedural safeguards for the parties. In other words, the dialogue in execution should be used to moderate the compulsory effect of *ex officio* doctrine, the principle of formalisation should be used to eliminate the solvency of the debtor, including property, credit and labour, and the review of bankruptcy interests should be used to exclude unnecessary “execution to bankruptcy”, thus limiting the scope of compulsory application. To provide institutional provision and effective safeguard for creditors’ rights realization and debtors’ legal interests protection.

**Key words:** execution to bankruptcy; bankruptcy launch mechanism; *ex officio* doctrine; the convergence of execution and bankruptcy; bankruptcy interests

(责任编辑 袁虹)