

# “执转破”操作模式及相关实务问题研究

丁海湖 田 飞\*

**摘要** “执转破”是最高人民法院在2015年2月4日公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中新设的一项制度,是对司法实践经验总结基础上的制度创新。该制度通过将执行案件导入破产程序,打通执行案件转入破产的通道,实现解决执行难和破产程序启动难引发的制度运行不畅、功能难以发挥的破产法困境之双重目的。执行案件移送破产中的首要环节就是执行和破产的衔接,而“执转破”操作模式是执行案件与破产案件衔接的核心,关系到执行案件能否依法、高效、顺畅地转入破产程序以及破产程序的有序推进。本文对目前“执转破”操作模式及管辖、决定程序、移送程序、审查程序和破产程序中的有关实务问题进行梳理和研究,并结合司法实践,提出了具体的可操作性意见,以确保执行程序与破产程序依法高效衔接。

**关键词** 执转破 衔接 破产程序

“执转破”制度,又称执行案件移送破产审查制度,是指法院在执行过程中发现被执行人资不抵债、达到破产界限、符合破产条件,通过一定的程序及时将企业移送破产审判部门审查,以启动破产程序来化解社会矛盾纠纷的法律制度。稳步推进“执转破”工作,是法院充分发挥破产制度在拯救生病企业、淘汰落后产能、贯彻中央供给侧结构性改革部署和推进解决“执行难”的重要举措,也是公平保护债权人合法权益、弥补传统民事救济手段之不足、疏导执行不能案件和“僵尸企业”之“堰塞湖”、完善市场主体退出机制、及时切断债务膨胀、保障经济秩序良好运行的客观需要,是最高人民法院发挥司法之主观能动性总结执行和审判实践经验而做出的司法工作机制创新。“执转破”作为一项新的制度,发轫于深圳、温州等地法院破产审判实践,形成于最高人民法院2015年2月4日公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,完善于2017年1月20日《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》的出台。然而,在司法实践中,尽管对“执转破”机制做了大量的探索,有的甚至出台了较为详细的指导性、

规范性文件,但“执转破”工作尚未达到社会和司法解释所期待的理想效果,“执转破”的制度功能未能在实践中得到很好的发挥。<sup>[1]</sup>以广东为例,截止2017年3月,全省法院执行系统移送破产审查的执行案件7732件,因“执转破”受理破产案件68宗,且大部分集中在深圳中院,其他地区受理“执转破”案件明显较少,有的甚至尚未受理“执转破”案件。究其原因,主要缺乏法律制度层面上的规范支持,司法解释规定移送条件不够细化、操作性不强,执行部门移送和破产审判部门接收案件的动力不足、协调难度大等等,有必要对“执转破”的操作模式进行详细的梳理,并对现行模式下执行案件移送破产中的疑难问题进行探讨,提出如何在司法实践中完善该项制度的具体对策建议。

## 一、“执转破”基本操作模式分析

“执转破”涉及执行程序和破产程序,而执行程序 and 破产程序均有相应的法律制度、审判组织和工作程序,因此,讨论“执转破”和涉及相关制度的重点和支点在于执、破的衔接。“执转破”的操作模式是开展“执转破”工作的一般方式,是基本理论和审判实践之间的中介环节,是指导“执转破”工作,设计“执转破”制度的前

\*丁海湖,广东省高级人民法院审判委员会委员、破产审判庭(执行裁判庭)庭长,全国审判业务专家;田飞,广东省高级人民法院破产审判庭(执行裁判庭)助审员。

[1]程品方主编:《人民法院企业破产审判实务疑难问题解析》,法律出版社2016年版,第100-101页。



提和基础,具有一般性、简单性、重复性、结构性、稳定性等特征。采取不同的模式,关乎法院执行部门和破产部门的职责、司法资源的配置以及配套规则的设置。理论和实践中,“执转破”操作模式主要有申请主义、职权主义和并行主义三种。

### (一)申请主义

申请主义,又称申请人申请主义,是指在强制执行程序中,被执行人存在不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力等破产原因的,由申请执行人或被申请人申请转入破产审查程序,通过启动破产程序来实现债权债务清偿的目的,体现了法院消极中立和不告不理的原则。该种模式对应的是破产立法中破产启动的申请主义模式,是在破产启动申请主义模式立法在执行案件移送破产领域的反映,但与当事人直接向法院申请破产对当事人权利义务的影响不尽相同。申请主义模式下,执行部门如果同意移送,则可以发生中止执行的效力,即法院审查破产申请阶段也可以发生中止执行的效力;当事人直接申请破产的,根据破产法的规定,只有法院审查后裁定受理破产申请的,方可产生中止执行的效力,<sup>[2]</sup>“执转破”是由执行法院移送的,可以避免不必要的协调工作,提高破产审判效率。应当指出,在早期的审判实践中,因相关法律、司法解释对“执转破”没有明确规定,因破产法关于破产程序的启动时采取的当事人申请主义,各级法院在开展“执转破”工作时,大部分是依据当事人申请来开展的,尽管取得了一定的成效,但具有偶然性、随意性和不规范性。

### (二)职权主义

职权主义是指在强制执行案件中,如法院查明债务人存在破产原因时,无需当事人的申请,执行法院依职权直接移送破产审判部门进行审查,以决定是否进入破产程序。较为明确规定这种模式的是我国台湾地区“破产法”(1993年修订),第60条规定,在民事诉讼程序或民事执行程序进行中,法院查悉债

务人不能清偿债务时,得依职权宣告债务人破产,正是赋予了执行法院依职权开展“执转破”的权力。与当事人申请主义体现的“不告不理”原则类似,职权主义则体现了公权力对经济活动的干预和公力救济主义的特点。该种模式对应的是破产立法中破产启动的职权主义模式,是在破产启动职权主义模式立法在执行案件移送破产领域的反映。所谓破产程序启动方式的职权主义,即“法院不俟当事人之申请,依职权宣告债务人破产之主义”,<sup>[3]</sup>目前各国立法均将其作为申请启动原则的例外制度予以设置。<sup>[4]</sup>“执转破”职权主义模式强调执行部门的责任,实际上赋予了执行部门一项新的执行权力。强制执行权是国家执行机关根据申请执行人的申请或法律授权机关的移送,依照法定程序,运用国家强制力做出执行实施或执行裁决行为,强制义务人履行义务以实现生效法律文书确定权利的权力。<sup>[5]</sup>事实上,如执行不能的企业达到破产界限而不能及时有效进入破产程序,不仅可能造成大量的资源浪费,而且大量存在的执行难、执行久也容易导致信用低下、经济秩序混乱,因此,从执行权的设置目的来看,执行案件移送破产可以视为执行法院为了公平实现裁判文书确定的权利、义务而采取的一种执行措施,可以视为执行权应有之义。而执行部门决定并移送破产审判部门之后,破产审判部门则是依据执行部门的移送,而非依据职权而主动启动破产程序,从这个意义上讲,“执转破”职权主义模式与破产程序启动方式的职权主义有本质的不同。当然,鉴于目前法律层面上并无“执转破”的规定,司法解释和实务只能援引破产立法中关于破产程序启动的职权主义模式而对“执转破”程序进行阐释和剖析,这一点从《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(征求意见稿)》关于直接移送破产制度征求人大法工委意见时人大法工委反馈的“该规定与破产法的规定不一致,是否妥当,建议进一步研究”<sup>[6]</sup>中可以窥见一斑。

[2]《中华人民共和国企业破产法》第19条规定:“人民法院受理破产申请后,有关债务人的财产保全措施应当解除,执行程序应当中止。”

[3]吴传颐:《比较破产法》,商务印书馆2013年版,第159页。

[4]王欣新主编:《破产法原理与案例教程(第2版)》,中国人民大学出版社2015年版,第43页。

[5]全国人大法工委民法室编著:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉解释与适用》,人民法院出版社2012年版,第360页。

[6]沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第1364页。

### (三)折中主义

所谓“执转破”折中主义模式,该种模式完全是破产启动立法模式在“执转破”领域的移植。所谓破产启动方式的折中主义,即在体现司法自治的申请主义造成不公平或者当事人存在恶意逃债的情形时,如果法院查明存在破产原因,为了保护全体债权人或社会公共利益,避免造成资源浪费,而赋予法院强制启动破产程序的权利。现代破产法大都采取折中主义,即以申请主义为原则,以职权主义为例外。<sup>[7]</sup>如法国困境企业司法重整和司法清算法规定,在债务人申请启动和债权人传唤启动的基础上,法庭可以依职权立案。<sup>[8]</sup>具体到“执转破”领域,启动“执转破”程序的方式包含当事人申请和法院主动启动两种,当然法院主动移送一般被限制在当事人未申请或拒绝申请的情形之下。

### (四)“执转破”操作模式之检讨与选择

研究“执转破”操作模式之目的,是为了探究当前法律体系下选择打通执行程序 and 破产程序的衔接渠道,构建执行和破产这两种债务清偿方式之间桥梁和纽带,发挥好执行和破产之功能,以实现债权人利益、社会公共利益和经济秩序之统一。关于当事人申请主义模式,赋予了申请执行人、被执行人完全的自主选择权,尊重了破产之司法自治的特点,但同时也忽视了破产程序之公平保护全部债权人利益、维护社会经济秩序良性运转和实现资源合理有效配置的重要功能。关于职权主义模式,本质上能够反映破产程序和执行程序的公共利益保护之特点,也能较好地实现破产程序之“公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序”<sup>[9]</sup>的功能,但过多地强调执行程序之行政色彩,容易忽视对申请执行人和被执行人程序权利,也因破产法关于破产程

序之启动上的当事人申请主义<sup>[10]</sup>而受到诟病。关于折中主义模式,实践中较为灵活,也较为理想,但何种情况下采取申请主义、何种情况下采取职权主义,往往并没有法律规定,实务中也很难分清,执行法官自由裁量较大,也容易沦为不作为、乱作为的工具。“执转破”操作模式的选择,要遵循执行和破产审判工作特点和工作规律,从有利于充分发挥执行和破产两种制度功能的角度予以设计,形成破产和执行制度相互独立、相互补充、相互促进的债务清偿制度体系,从这个角度,应当说职权主义较为理想,但是也要有对当事人程序权利的保障和救济措施。笔者以为,原则上,在执行不能时,执行法院应当征询当事人关于移送破产审查的意见,如当事人不同意移送的,法院可以依职权移送,这种移送应当被视为一种执行措施,赋予当事人异议权,当然出于效率考虑,异议的审查和救济可以在破产审查程序中进行,从破产法的规定来看,仅对不予受理或驳回申请的裁定赋予了当事人上诉的权利,对于法院裁定受理破产的,是否允许再次救济以及再救济的程序,依赖于破产法的有关规定。事实上,国外多数国家立法例是允许对受理破产的裁判上诉的,如德国破产法规定,破产启动裁定作出后,债务人可以通过启动立即抗告来撤销,<sup>[11]</sup>在司法实践中,因破产审判人员的司法能力不足,破产一裁终局和程序的不可逆性导致破产案件的投诉逐年增加,有关国外立法例中破产案件救济程序可资借鉴。

### 二、当前“执转破”操作模式及其特征

选择“执转破”操作模式,不仅需要考虑到审判执行工作实践,还要考虑当前司法制度、理论基础甚至具体的法律规范。因目前我国法律并没有关于“执转破”的明确规定,如何在法律原则精神和法律框架下设计“执转破”制度、开展好执行案件移送破产工作,成为审判

[7]李永军、王欣新、邹海林、徐阳光:《破产法(第2版)》,中国政法大学出版社2017年版,第7页。

[8]李飞主编:《当代外国破产法》,中国法制出版社2006年版,第359页。

[9]参见《中华人民共和国企业破产法》第1条规定:为规范企业破产程序,公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序,制定本法。

[10]参见《中华人民共和国企业破产法》第7条规定:债务人有本法第2条规定的情形,可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人不能清偿到期债务,债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。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。

[11][德]莱因哈德·波克:《德国破产法导论(第6版)》,王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第62页。



实践的重点和难点。下面笔者主要结合民事诉讼法的司法解释中“执转破”的具体规范对当前“执转破”操作模式进行分析,以更好地理解 and 适用司法解释中“执转破”的有关规定。

### (一)当前“执转破”操作模式

从操作模式上来讲,当前“执转破”既不同于《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《民事诉讼法司法解释》)出台之前司法实践中普遍采取当事人申请或者同意主义模式,又不同于我国台湾地区“破产法”采取的职权主义模式,更不同于申请主义和职权主义并存的折中主义模式。从《民事诉讼法司法解释》第513条的规定来看,应当是采取了当事人申请主义模式,但从该条“应当”的措辞<sup>[12]</sup>以及排除参与分配制度对企业法人的适用倒逼不能清偿的债权人申请破产<sup>[13]</sup>的规定来看,带有一定的职权主义特色。笔者以为,目前采取的模式应当是申请主义之下职权辅助的“执转破”操作模式。具体有如下几点体现:一是司法解释明确了“当事人申请或同意”这一必备要件,主要体现了我国破产法关于当事人申请主义的立法精神,即如无当事人申请或者同意,执行法院无权移送破产审查,这是前提也是必备要件,无论是最高人民法院的有关通知还是各地法院在最高人民法院有关规定出台之前公布的“执转破”规范性文件,<sup>[14]</sup>均未突破当事人申请这一前提条件。二是明确了执行部门在“执转破”案件中的责任。《民事诉讼法司法解释》第513条规定,企业法人具备破产原因的,执行法院经申请执

行人之一或被执行人同意的,应当裁定中止执行,将执行案件相关材料移送被执住所在地法院破产审查,《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4条进一步明确要加强对被申请执行人和申请执行人的征询工作,并将及时询问明确为执行法院的责任,这与当事人申请主义中被执行人仅被动的接受申请而移送又有本质的区别。三是以禁止参与分配制度促使当事人“同意”。在执行程序中,多个债权人申请执行而债务人的财产不足以清偿全部债务的情况下,《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)》(以下简称《执行规定》)确立了参与分配制度。从《执行规定》第90条来看,参与分配主要是针对公民或其他组织财产不足以清偿全部债务的情形,<sup>[15]</sup>企业法人原则上不适用参与分配制度,但《执行规定》第96条又规定了“被执行为企业法人,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90条至95条的规定,对各债权人的债权按比例清偿”,又规定了企业法人例外适用参与分配制度的情形,因破产程序启动难、该条规定的“歇业”标准不明确以及迫于债权人申诉信访的压力等因素,该条在实践中存在扩大适用的倾向。<sup>[16]</sup>正是由于对企业法人扩大适用了参与分配制度,加剧了执行积案和破产程序启动难。为了推动“执转破”工作,促进更多的申请执行人同意转入破产程序,《民事诉讼法司法解释》第516条<sup>[17]</sup>从正面规定了按照保全措施的先后顺序清偿的制度,而《最高人民法院关于执行案件

[12]《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》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。”

[13]同注[6],第1364页。

[14]参见最高人民法院2017年1月20日《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第2条、《广东省高级人民法院关于执行案件移送破产审查的若干意见》第6条、《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2条。

[15]参见《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90条:被执行为公民或其他组织,其全部或主要财产已被一个人民法院因执行确定金钱给付的生效法律文书而查封、扣押或冻结,无其他财产可供执行或其他财产不足清偿全部债务的,在被执行人的财产被执行完毕前,对该被执行人已经取得金钱债权执行依据的其他债权人可以申请对该被执行人的财产参与分配。

[16]同注[6],第1363页。

[17]参见《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》第516条: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。

移送破产审查若干问题的指导意见》第4条又进一步明确企业法人禁止适用参与分配制度,折中倒逼模式也体现职权主义特征。综上所述,当前“执转破”操作模式本质上是当事人申请主义模式,但也具有一定的职权主义特色。

## (二)“执转破”的法律依据

在法律层面上,无论是破产法还是民事诉讼法,均没有执行案件移送破产审查的明确规定。为了从制度上建立“执转破”制度,在2012年民事诉讼法修改中,最高人民法院曾向全国人大法工委提出过建立“移送破产”制度的建议,但最终未被采纳,<sup>[18]</sup>这才在《民事诉讼法司法解释》的修改中设计了通过限制参与分配程序对企业法人的适用以使查封在后的债务人同意移送破产审查的申请主义之下的职权辅助的“执转破”操作模式。尽管法律对“执转破”没有明确规定,但法律也没有在执行阶段转入破产程序的禁止性规定,故《民事诉讼法司法解释》中关于“执转破”的规定并非完全没有法律依据。从《民事诉讼法司法解释》第513条规定来看,“执转破”实体法依据是《中华人民共和国企业破产法》第7条当事人申请破产以及第19条受理破产申请后执行程序中中止的规定,程序法的依据是《中华人民共和国民事诉讼法》第256条第1款第5项“人民法院认为应当中止执行的其他情形”的规定,因《中华人民共和国企业破产法》将破产主体限制在企业法人,故《民事诉讼法司法解释》将“执转破”限制在企业法人。当然《中华人民共和国民事诉讼法》第256条第1款第5项并未将被执行主体限制于企业法人,随着破产程序在其他企业主体的适用,也为司法实践对其他企业类型的被执行人留下了适用“执转破”制度的空间和可能。

## (三)“执转破”的主要特征

作为《民事诉讼法司法解释》创设的一项新制度,尽管民事诉讼法司法解释关于“执转破”规定仅有4个条文,但经各地法院长达一年多的实践以及《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》

详细规定,已经形成了较为完备的操作规范。总体上,当前“执转破”制度呈现如下特点。

一是主体的有限性。“执转破”程序适用主体仅为企业法人,并不包括合伙企业、个人独资企业以及事业单位等其他可以参照适用破产程序的民事主体。

二是级别管辖的相对集中。关于破产案件的级别管辖,《中华人民共和国企业破产法》并没有明确规定,司法实践中均按照2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第2条确定的原则,基层法院管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件,而地级市以上的工商行政管理机关核准登记的企业破产案件则由中级法院管辖。但为了避免执行案件移送破产审查的随意性和适应破产审判专业化建设的要求,在“执转破”案件的审查,执行案件移送破产实行以中级法院管辖为原则、基层法院管辖为例外的管辖制度。<sup>[19]</sup>

三是执行征询程序的强制性。从《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4条规定来看,在执行过程中,执行法院发现被执行的企业法人符合破产法第2条规定的,应当及时征询相关主体是否同意将案件移送破产审查,是最高人民法院对执行法院的一种要求,也是执行法院应尽的职责,体现了一定的强制性。

四是破产立案审查的独立性。执行案件移送破产审查后,破产审判业务部门要依照破产法及其司法解释的规定进行审查和处理,不受执行法院移送审查决定的制约。

## 三、“执转破”实务中的几个问题

执行案件移送破产审查工作,关系到执行程序 and 破产程序之间的转换和衔接,涉及不同法院之间、同一法院内部执行部门、立案部门、破产审判工作部门之间的协调配合,不同部门、不同法院的工作理念、工作方式和工作程序又有所不同,既要防止执行法院和破产审判部门不愿作为而使“执转破”制度不能发挥应有之功能,又要防止单纯追求

[18]同注[6],第1363页。

[19]《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3条规定:“执行案件移送破产审查,由被执行人住所地人民法院管辖。在级别管辖上,为适应破产审判专业化建设的要求,合理分配审判任务,实行以中级人民法院管辖为原则、基层人民法院管辖为例外的管辖制度。中级人民法院经高级人民法院批准,也可以将案件交由具备审理条件的基层人民法院审理。”



执行结案把关不严而将执行难的矛盾转移为破产难,亟需明确相关操作规则,以在现有“执转破”操作模式下畅通执行案件移送破产渠道,提高司法效率,保护当事人合法权益。下面笔者结合广东司法实践以及法律、最高人民法院司法解释的有关规定,梳理探讨一下“执转破”工作中几个亟待明确问题的处理思路。

### (一)适用范围问题

关于“执转破”的适用范围,包括两个问题:一是被执行人主体资格问题,二是适用破产类型问题。

关于被执行人的主体资格,《民事诉讼法司法解释》第513条将其限定为企业法人,《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》又做了进一步明确,即在司法解释层面,“执转破”只能适用于被执行人为企业法人的情形。鉴于当前“执转破”制度并没有立法的明确规定,《民事诉讼法司法解释》也只是在破产法和民事诉讼法规定的基础上而创设的一项制度,本质上是在现有法律制度下人民法院执行权和破产审判权协调配合的一项工作制度,并没有对现有法律制度和当事人实体权利做出实质性改变。尽管《民事诉讼法司法解释》将“执转破”限定为被执行人为企业法人的情形,但基于法律并没有禁止其他类型被执行人通过“执转破”的方式启动破产程序,笔者以为,随着破产制度适用主体的扩大化,在当事人申请主义模式下,因目前已经通过法律、司法解释等途径确定了合伙企业、个人独资企业、民办高校甚至企业法人之外的法人<sup>[20]</sup>破产能力,通过“执转破”方式启动破产程序并没有法律上的障碍。基于当前破解执行难和破产案件立案难的现实需要,各级法院也可以对被执行人之外的企业法人探索适用“执转破”制度,当然也要注意与企业法人“执转破”进行区别:对于符合破产条件的,执行部门是否有征询相关人同意的责任,既然最高人民法院司法解释没有明确规定,可以赋予各高级法院结合审判执行工作实际灵活把握,对此广东高院公布的《关于执行案件移送破产审查若干意见》明确将法

律、司法解释规定的可以参照适用破产程序的其他组织纳入“执转破”的范围,可供司法实践借鉴;对于是否适用参与分配制度,应当严格按照《执行规定》第90条的规定执行。

关于适用破产类型问题。从立法例上,我国破产法采取广义破产法概念,规定了破产清算程序、和解程序和重整程序三种程序,<sup>[21]</sup>相应地,在现有制度下,“执转破”也应当包括执行案件移送破产清算程序、和解程序和重整程序,三种程序。尽管《民事诉讼法司法解释》并没有明确执行案件移送审查的破产类型,但从《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20条“受移送法院裁定宣告被执行人破产或裁定终止和解程序、重整程序的,应当自裁定作出之日起五日内送交执行法院,执行法院应当裁定终结被执行人的执行”规定来看,最高人民法院对执行案件移送和解、重整程序持肯定态度。

### (二)“执转破”的管辖问题

《民事诉讼法司法解释》第513条规定,执行案件移送破产审查应当移送至被执行人住所地人民法院管辖,《中华人民共和国企业破产法》第3条也规定,破产案件由债务人住所地人民法院管辖,在地域管辖上,法律和司法解释均明确为被执行人住所地法院管辖,并无争议。但在级别管辖上,因破产法等法律并没有明确规定,尽管最高人民法院2002年公布的《关于审理企业破产案件若干问题的规定》对破产案件级别管辖问题作了明确,但《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》采取了“以中级人民法院管辖为原则、以基层人民法院管辖为例外”的管辖制度,采取了与《关于审理企业破产案件若干问题的规定》不同的观点,但如何理解和操作,实践中不无争议。自2016年8月1日开始,最高人民法院将强制清算案件和破产案件从民事案件中分离出来,成为与民事案件并列的一大类型,同时赋予破产审查案件独立的地位,将破产案件分为破产类和破产审查类两大类。执行案件移送破产审查包含两类案件,一是审查类案件,二是破产类案件。

[20]新颁布的《中华人民共和国民法总则》第68条明确将法人被宣告破产规定为法人终止原因,在立法层面全面赋予了法人的破产能力,因此除企业法人之外,其他盈利法人、非盈利法人的破产能力均被法律所认可。

[21]同注[7],第1页

从《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3条内容来看,“执行案件移送破产审查,由被执行人住所地人民法院管辖”,是规定的执行审查类案件的地域管辖;“在级别管辖上,为适应破产审判专业化建设的要求,合理分配审判任务,实行以中级人民法院管辖为原则、基层人民法院管辖为例外的管辖制度”,则规定的是破产审查类案件的级别管辖;“中级人民法院经高级人民法院批准,也可以将案件交由具备审理条件的基层人民法院审理”,应是贯彻民事诉讼法第38条精神规定的破产审理案件管辖权的移转问题。从文义解释的角度,“执转破”的级别管辖存在以下两个层面的问题:一是审查类案件的级别管辖问题,原则上由中级法院管辖;二是破产案件的管辖问题,中级法院裁定受理破产案件的,可以由中级法院审理,也可以经高级人民法院批准交由基层法院审理。笔者以为,在当前破产案件数量较少、破产审判专业化不强、破产审判力量不能满足审判需要的情况下,采取中院集中管辖原则有利于完善破产审判工作机制,推动破产审判专业化、规范化、常态化,尽管最高人民法院授权高级人民法院可以调整中院和基层法院管辖范围,但不易过于分散,操作上,对于执行案件移送破产审查类案件,应当按照中院和基层法院受理和审理破产案件数量、经验,由中级法院统筹报高级法院批准基层法院及其管辖案件范围;至于破产类案件,则由中级法院裁定受理后,逐案报送高级法院批准交由具备条件的基层法院审理。

### (三)关于执行法院的职责问题

执行法院的职责问题关系到执行法院在“执转破”中的职能定位和“执转破”制度功能能否得到有效发挥。尽管最高人民法院司法解释并没有明确执行法院有义务移送破产审查,但从《民事诉讼法司法解释》以及《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》中“应当”用语来看,已经将征询当事人意见作为最高人民法院对全国法院开展“执转破”工作的具体要求固定下来,并规定了相应的决定程序,具有一定的强制性,法院执行部门应当严格遵守,以推动“执转破”工作的全面高效开展。笔者以为,在当前解决执行难和全面推动破产审判工作的大背景下,各高级法院应当对执行部门移送和破产审查的提出具体工作要求和推进措施,以确保“执转破”制度

功能得到有效发挥。

### (四)关于“执转破”的审查

执行案件移送破产审查案件时,执行法院仅仅是按照规定移送材料给破产审判部门,是否受理仍然要依据破产法等法律、司法解释的规定进行,不得附加条件阻碍或变相阻碍破产程序的启动。审查时应注意以下问题。

一是受移送法院的材料接收义务。即执行法院移送破产审查的材料,受移送法院不得以材料不完备等为由而拒绝接收,材料不完备的,受移送法院可以通知执行法院补齐、补正。实践中争议较大的是,执行法院不予补齐、补正材料的情形如何处理,《民事诉讼法司法解释》以及《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》似乎没有明确的意见。笔者以为,执行法院不予补齐、补正材料情形的处理,基于“执转破”当事人申请主义模式,应当结合破产法及司法解释的有关规定,通知同意移送破产审查的申请执行人或被执行人补充,只有同意移送破产审查的申请执行人或被执行人未按期补充的,才可以做不予受理或驳回申请处理。

二是破产费用对“执转破”的影响。关于破产费用,司法实践中,有的法院要求申请人预交破产案件诉讼费用,并在申请人未预先缴纳费用时,以此为由裁定不予受理破产申请或驳回破产申请,反映到“执转破”领域,则有的法院要求执行案件移送破产审查时应当具备执行案件能够支付破产费用的条件,这显然是不符合法律规定的。笔者以为,破产费用并非“执转破”案件的必备要件,破产费用的解决是破产法律制度实施的有效保障问题,依赖于诉讼费用减免制度和破产援助资金制度的建立,不能作为执行案件移送破产程序的先决或必要条件。

三是繁简分流问题。随着“执转破”工作的推进,执行案件移送破产审查将急剧增加,必将加剧破产审判案多人少矛盾,事实上,破产案件既有几年甚至十几年无法审结的上市公司、证券公司、金融机构破产案件,也有不足半年乃至3个月的债权债务关系简单的企业破产案件,有必要借鉴民事案件的繁简分流和速裁程序,构建破产案件快速审理机制,以实现简案快审、繁案精审,提升“执转破”案件和破产审判工作质量和效率。

(责任编辑:李国慧)