

债务清理上破产法与执行法的关系

何 欢^{*}

内容提要：破产法与执行法同为债务清理法体系最重要的组成部分，这种本源上的共性要求破产法与执行法尽可能联动立法，且破产法原则上须尊重执行法。除非破产法的宗旨要求突破执行法，对关乎债务清理的共同问题的处理均应保持内在的逻辑一致性。这种共性也决定了破产法与执行法必有适用上的竞争，且适用边界无法人为划定。破产受理不畅的根源不应归咎于参与分配制度，而在于破产法自身欠缺吸引力，引入破产申请激励措施以增加当事人的破产申请动机，才是推动破产受理的根本路径。参与分配制度应定位为以同一执行程序处理金钱债权终局执行的竞合，具有独立于破产法的价值，其立法体例的选择也与破产法无关。破产法的宗旨在于以债的概括清理实现利害关系人整体利益的促进，对执行法的尊重若与该宗旨相冲突，破产法便不必受其拘束。破产法得突破执行法的当事人进行主义与形式化原则，更能直接对债的个别实现包括强制执行加以摒弃。

关键词：债务清理 破产申请 参与分配 强制执行 执行转破产

一、研究的意义

破产法与民事执行法是一国关于债权强制实现的最重要法律，在法律史上可谓系出同源，大陆法与英美法学者的考究均已证实这一点。^{〔1〕}即便二者早就成为不同领域，其内在关联也无法割裂。在德、日等国，研习民事诉讼法尤其是执行法的学者大多对破产法也有一定研究。瑞士的执行法与破产法仍然位于同一法典即瑞士联邦债务执行与破产法当中。在美国，破产法与执行法虽分属不同的法律系统，但几乎所有破产法教材开篇都会对执行法进行总体介绍。

在中国，破产法与执行法一开始便以独立面貌出现，破产法被归入商法，而执行法被归入程序法，更未同域外一般经历协同发展阶段。这种历史经验的缺失客观上造成了对二者关系的

^{*} 上海财经大学法学院讲师。

〔1〕 参见徐国栋：《罗马破产法研究》，《现代法学》2014年第1期，第9页以下；W. J. Jones, *The Foundations of English Bankruptcy: Statutes and Commissions in the Early Modern Period*, 69 Transactions Am. Phil. Soc'y 5 (1979)。

系统性忽视。个别民法学者虽曾对破产法有所关注，但只是将其作为新兴的研究领域，未深入探讨其与执行法的关系。^{〔2〕}可以说，对二者关系的认识不清已成为制约中国破产法与执行法发展的历史余债，一些突出现象至今尚无令人满意的阐释，包括但不限于：（1）如何看待二者存在许多相同或类似问题的客观事实。对这些问题的解决，二者应“自说自话”还是相互借鉴；若能相互借鉴，是否存在应遵循的特定规律。（2）如何看待广泛存在的“破产案件受理不畅”和“执行程序处理破产案件”现象，以及最高人民法院为推动破产案件受理而确立的执行转破产制度。破产法与执行法的适用范围应如何界分，如何从根本上推动破产案件的受理，执行法在当中又应扮演何种角色。（3）如何看待破产程序与执行程序的迥异特征，如前者对债的统一清偿与后者对债的个别实现，以及破产法对执行法的突破，典型如破产程序对强制执行的摒弃。

一国有关债权强制实现的全部法律规范可构成一个独立体系。欲明确该体系中各法律规范的内在关联，首要的是厘清破产法与执行法的关系。当前，企业破产法的修订已启动，执行法的法典化努力正在进行，一些地方甚至开始探索个人破产立法。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》与《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》也分别强调了完善破产法对全面深化改革和制定执行法对全面推进依法治国的重要意义。这些立法工作要更富实效，同样亟需厘清二者的关系。

二、破产法与执行法的制度共性

（一）债务清理的共通属性

从法律史来看，破产法与执行法都是有关债务清理即债的强制实现的法律。古罗马十二表法第三表与英国1283年阿克顿·伯内尔法分别是大陆法系与英美法系关于债务清理的早期成文立法，其共同点是，并不区分债务人是否达到破产界限。^{〔3〕}但随着商业与信用交易的发展，对面临财务困境的债务人，以统一程序有序清理其全部债权债务关系的需求与日俱增。此时，“不仅要保护债权人免受违约债务人的损害，还要保护债权人免受相互间的损害”，^{〔4〕}这并非通常意义上的债务清理法所能应对。自此，破产法才从以债的个别实现为要旨的执行法中分离出来。因此，美国学者将破产程序定位为“概括性债务清理机制”，^{〔5〕}德、日学者则将破产制度称为“整体执行程序”或“清算性的一般执行”。^{〔6〕}但严谨而言，不宜直接将“债务清理法”作为破产法的名称，因为债务清理是破产法与执行法的共通属性。

债务清理揭示了破产法的本质属性与功能界限。实践中，破产法与不少政策目标的实现密切相关，包括推动国有企业改革、促进企业再生、“僵尸企业”出清、执行案件终结。如在论及破产法的企业再生功能时，最高人民法院曾强调要“尽可能多兼并重组，少破产清算”。^{〔7〕}

〔2〕 参见张卫平：《破产程序导论》，中国政法大学出版社1993年版。

〔3〕 参见前引〔1〕，徐国栋文，第10页；前引〔1〕，Jones文，第13页以下。

〔4〕 Charles J. Tabb, *The History of the Bankruptcy Laws in the United States*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5, 7 (1995).

〔5〕 See e. g., Barry E. Adler, *The Creditors' Bargain Revisited*, 166 U. Pa. L. Rev. 1853 (2018).

〔6〕 参见〔德〕奥拉夫·穆托斯特：《德国强制执行法》，马强伟译，中国法制出版社2019年版，第4页；〔日〕石川明：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社2000年版，第1页。

〔7〕 杜万华：《把人民法院当作“生病企业”的医院》，《人民法院报》2016年3月25日第2版。

在阐述执行转破产制度的意义时，最高人民法院则强调破产清算的市场主体出清功能。^{〔8〕} 但就本源而言，破产法的产生是为了更好地应对困境债务人的债务清理问题，其较之执行法的根本优势在于，当债务人面临财务困境时，能提供一套与之更相适应的概括性债务清理程序。^{〔9〕} 因此，债的概括清理才是破产法的本质属性，且同时构成其功能的边界。正如美国学者所说，债的概括清理也“构成对破产法所能胜任之其他职能的限制”。^{〔10〕} 立法或政策制定均应以这种属性与边界为出发点，即便破产法间或能附带性地助益于特定政策的实现，也不能将其纯粹视为实现这些政策的工具，否则便无异于本末倒置了。

（二）破产法与执行法的联动

就债务清理而言，破产法与执行法分享大量共同的问题，涉及债权强制实现的各个方面。例如，民法典第406条对抵押物流转规则的修改就带来一个新的共同问题，即能否涤除抵押权的追及效力而对抵押物为无负担的司法变价。由于抵押权的追及势必影响抵押物售价，该问题的处理对执行程序与破产程序均举足轻重。^{〔11〕} 因此，破产法（包括个人破产法）与执行法必须联动规制。所谓联动，系相对于破产法与执行法以往“闭门造车”甚至“不相往来”的立法实践而言，以一种超越二者学科樊篱的视角，实现立法、司法及学术资源的有效整合与贯通。其目标除了助力于共同问题的更周延解决，更关键的是确保破产法与执行法在处理共同问题上的逻辑一致性。这种联动是法律体系思维的必然要求，既然是因债务清理而生的相同问题，其处理本就不应仅因发生在破产程序或执行程序中而有所不同。

以豁免财产的界定为例，债务人为自然人时，破产法与执行法均面临这一问题。豁免财产也称自由财产，是指为保障债务人及其家庭的最基本生存及发展而允许其留存的财产，但不包括依财产性质或功能本不受追索者。现代社会所重视的不限于债权人的救济，允许债务人留存必要财产，不仅能维护其个人权益与尊严，也符合社会利益。“全新开始”的可能性有助于债务人重拾财富创造的积极性，也能进一步激发民众的创业热情，这些都与国家竞争力息息相关。这一原理对执行法与破产法是共通的。^{〔12〕}

国内民诉法（包括执行法）研究及立法深受大陆法系影响，豁免财产的界定也如此。仿德、日立法例，2019年民事强制执行法草案征求意见稿（下称“执行法草案”）第117条采用了简单列举豁免财产类型的立法模式，粗略规定了债务人有权留存的财产类型。与之相比，2020年《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第3条更精细的地方仅在于明确了生活费用的留存可遵循地方标准。受此影响，国内现有地方性个人破产规范，如《深圳经济特区个人破产条例》第36条也采相同模式，规定债务人有权留存且非属依性质或功能不受追索的财产仅限于：“债务人及其所扶养人生活、学习、医疗的必需品和合理费用”，以及“因债务人职业发展需要必须保留的物品和合理费用”。尽管其授权深圳中院制定“具体分项和各分项具体价值上限”，但该授权仍处于未行使状态。该模式可维系立法的

〔8〕 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第1362页以下。

〔9〕 参见韩长印：《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》，《法商研究》2002年第3期，第62页以下。

〔10〕 Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington D. C. : Beard Books, 2001, p. 7.

〔11〕 对该问题，美国破产法上已有成熟经验。See 11 U. S. C. § 363 (f) - (i).

〔12〕 参见 Charles J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 4th ed., St. Paul, Minn. : West Academic Publishing, 2016, pp. 874 - 875;

〔德〕弗里茨·鲍尔等：《德国强制执行法》上册，王洪亮等译，法律出版社2019年版，第81页，第447页。

高度抽象，却忽略了如下问题：（1）如何回应债务人个体的差异。债务人个体境况不同，则基本需求也不同，对豁免财产类型的有限列举无法涵盖债务人群体的所有境况。^[13]（2）如何回应国民经济的波动。民众生活水平和需求与国民经济整体水平密切相关，允许债务人留存的财产应与整体经济水平相一致。（3）如何回应地区发展的不均衡。不同地区的经济水平、民众需求不可能完全相同，允许债务人留存的财产也应与地区发展水平相适应。鉴于这三方面的因素，债务人基本生存及发展所需财产的类型乃至各财产类型之细目的划分本身也会成为问题。

为回应前述问题，美国联邦破产法作出了大量努力，其财产豁免规则呈三方面特征：其一，额度限制的同时采用。对豁免财产的界定，该法第522条（d）除列举财产类型外，也根据需要采用了额度限制的模式。两种模式又有两种组合运用方法：类型限额，即对得豁免的特定类型财产设置额度限制；类型限额+单个限额，即同时对该类型中的单个财产设置额度限制。考虑到债务人对同类财产的需求可能不一，该规定同时设有“通用豁免额度”，超出类型限额或单个限额的财产均可在该额度范围内豁免。为与整体经济的变动相适应，该法第104条规定，这些数额每三年便须根据消费者物价指数调整一次。其二，生活费用留存的特殊规则。该法第707条（b）（2）（A）（ii）将生活费用区分为一般生活费用和杂项生活费用。后者适用于子女学费、护理费用等不宜划定标准的费用类型。前者则分为联邦标准、地方标准、其他必要费用三个档次，分别适用于地区差异不大的费用、地区差异显著的费用以及以实际支出为前提的必要费用。其三，州执行法豁免规则的适用。在美国，破产法与执行法虽分属联邦法与州法，但为更好地调和豁免财产界定上的地区差异，该法第522条（b）（2）明确允许债务人在该法豁免规则与州（执行）法豁免规则中进行选择，也允许各州直接排除该法豁免规则的适用。^[14]即便曾因此引发激烈的宪法争议，包括是否属于“对联邦立法权的不当转让”，是否违反“统一立法的宪法要求”，^[15]这种联动仍为现行联邦破产法所坚持。

围绕界定模式的选择及组合、额度限制的设置及调整、财产和费用类型及其细目的划分等，中国的执行立法完全可与个人破产法的探索相联动，以更加科学妥善地应对豁免财产的界定这一共同问题。例如，就地区差异明显的生活费用，区分不同的统计区而采不同标准；在全部生活费用的留存上，应与税法保持一致并实现数据共享；在细致划分豁免财产的类型及其细目的同时，以通用豁免额度满足债务人个体的差异化需求等。当然，破产法与执行法的共同问题不限于豁免财产的界定，也远不限于个人破产法领域。只要这些问题与债务清理有关，且如后文所述，破产法的立法宗旨不要求区别分析，就应确保处理结果的一致性或至少是应对思路的共通性，而不应仅因在执行法或破产法中而有所不同。这不仅有助于增强债务清理法外在的稳定性，也是建立其内在体系并确保该体系内部逻辑一致性的需要。

（三）破产法对执行法的尊重

作为债务清理法的最重要组成部分，破产法与执行法对二者共同问题的处理原则上均应保

[13] 如2018年一则宠物犬拍卖公告就曾引发家养宠物是否属于豁免财产的争论。参见《拍卖柴犬不近人情？这或许是其最好归宿》，《新京报》2018年10月27日第A03版。

[14] 州法与联邦破产法相比，更贴合本地情况，往往也更精细。比如，纽约州民事诉讼法及规则第5205条就将机动车作为单独的豁免财产类型，并采用了数量限制（1辆）+用途区分（是否为残疾人专用）+额度限制（普通车辆4825美元，残障专用车11975美元）的组合界定方法，其额度也是每三年调整一次，且允许超量或超额时使用通用豁免额度。

[15] *Hanover National Bank v. Moyses*, 186 U. S. 181 (1902).

持内在的逻辑一致性。并且，在方向上，这种一致性体现为破产法原则上须尊重执行法。在比较破产法上，“尊重非破产法”是一条基本原则。破产法与非破产法在面对相同问题时，若非其立法宗旨要求另行分析，则破产法应尊重非破产法的原则、规则乃至法秩序。^[16]这里的非破产法，也包括执行法在内。国内有学者注意到了该原则，但将其限定为对非破产之实体法的尊重。^[17]这种限定在比较法上并无根据。在 *BFP v. Resolution Trust Corp.* 案中，美国联邦最高法院就明确指出，非破产之执行法亦属破产法应默认尊重的范畴。^[18]归根至二者的起源，作为债之个别清理法的执行法才是一般法，而作为概括清理法的破产法是特别法。换言之，破产法乃是以执行法为默认模板确立起来的。正因如此，“如果非破产规则不影响概括清理对个别清理的优势，破产程序中强加不同规则就只能是次佳选择，甚至事与愿违”。^[19]

以未登记动产抵押权的效力为例，民法典第 403 条规定：“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时成立；未经登记，不得对抗善意第三人。”但对“善意第三人”是否包括普通无担保债权人这一争论颇久的问题，^[20]民法典未有明文回应。为解决该问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 54 条第 3 项、第 4 项规定，“抵押人的其他债权人向人民法院申请保全或者执行抵押财产，人民法院已经作出财产保全裁定或者采取执行措施，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持”；“抵押人破产，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持”。由此可见，最高人民法院在该问题上采纳了“债权人类型区分说”，未登记动产抵押权不得对抗执行债权人与破产债权人，但可对抗一般的无担保债权人。该说的论据：一是对公示公信原则的贯彻（包括对秘密担保的规制），二是债权人可通过执行程序或破产程序取得对抵押物的支配关系。^[21]也有学者从域外破产法中未登记动产抵押权不得对抗破产债权人的规则推及执行程序，得出了相同结论。^[22]

债权人类型区分说虽为司法解释所采纳，但有待该说回答的是：一方面，为何无担保债权人能通过执行程序或破产程序取得对抵押物的支配关系，而这正是其突破“物权恒优于债权”原则的关键。另一方面，未登记动产抵押权为何在执行程序中仅不得对抗执行债权人，但在破产程序中却无法对抗任何无担保债权人。本文不欲加入论战，而是要指出其忽视了执行法的相关性以及破产法与执行法的关联。

未登记动产抵押权能否对抗无担保债权人，债权人能否通过执行程序取得对财产的支配关系，涉及执行法的一个重要问题：金钱债权终局执行竞合的处理。金钱债权终局执行竞合，是指不同金钱债权的终局执行先后或同时针对同一债务人的特定或相同财产。^[23]按无担保债权

[16] 参见联合国国际贸易法委员会编：《破产法立法指南》中译本，2006年版，第13页，https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/05-80721_ebook.pdf。

[17] 参见许德风：《破产法基本原则再认识》，《法学》2009年第8期，第49页以下。

[18] See 511 U. S. 531 (1994)。

[19] 前引[10]，Jackson书，第26页。

[20] 如有观点认为，只要无担保债权人为善意，便不得对抗。也有观点认为，物权恒优于债权，而不论无担保债权人是否善意。相关学说的全面梳理，参见高圣平：《担保法前沿问题与判解研究》第5卷，人民法院出版社2021年版，第386页以下。

[21] 最高人民法院采取前一理由，参见林文学等：《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》，《人民司法·应用》2021年第4期，第41页。有学者采后一理由，参见孙鹏等：《担保物权法原理》，中国人民大学出版社2009年版，第158页。也有学者兼采之，参见上引高圣平书，第386页以下。

[22] 参见庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，《法学研究》2018年第5期，第89页以下。

[23] 参见崔婕：《强制执行竞合的解决——兼论我国相关强制执行制度的完善》，《法商研究》2001年第4期，第99页以下。

人内部先采取执行措施者能否先行受偿,各国立法体例可分为“优先主义”与“平等主义”。^[24]在德、美等国,无担保债权人之所以能通过执行程序取得对财产的支配,是因为立法明确规定其能够通过执行程序取得物上担保。即先采取执行措施者不仅清偿顺序上优先,还享有实体法的保障。如德国民事诉讼法第804条、第866条规定,债权人可通过对动产的扣押而取得质权,对土地的执行可采用登记强制抵押权的方式。美国各州均规定,债权人可通过执行程序取得对执行财产的执行优先权。^[25]这种立法体例可称为金钱债权终局执行竞合的“实体优先主义”。

未登记动产抵押权在破产程序中不能对抗任何无担保债权人,则是破产法尊重执行法的结果,并非无担保债权人因破产程序启动而取得物上担保。^[26]无担保债权人可通过执行取得物上担保,意味着在破产程序外其与未登记动产抵押权人本就处于“竞赛”中,二者孰先孰后并无定论。前者可通过执行取得优先于后者的地位,而后者亦可补充登记。破产法对执行法的原则性尊重,当然也包括了对执行法中这种不确定的地位和权利格局的尊重。^[27]正因如此,美国联邦破产法第544条(a)(1)规定,破产管理人得作为拟制的司法优先权债权人,撤销破产程序启动之时尚未完善的动产担保物权。以德国法为主要模板的《欧洲示范民法典草案》第IX-3:101条第1款也规定,未登记动产担保物权不得对抗破产管理人。基于相同理由,美国联邦破产法第362条(b)(3)、第546条(b)还规定,如果动产抵押权的登记在破产法外具有溯及效力,以破产程序启动时登记宽限期未届满为限,抵押权人仍得为补充登记,以取得对抗无担保债权人的效力。^[28]

回到中国法,现行执行规范对金钱债权终局执行竞合并未采实体优先主义。如下文将论及的,即便在采优先主义的场合,也仅有程序上的优先性,即程序优先主义。脱离执行法与破产法而在民法层面“强行”规定未登记动产抵押权不得对抗执行债权人与破产债权人,表面上似更具可接受性,但在理论上却难称圆满。其一,由于通过执行能取得对抵押物的支配这一核心理由欠缺执行法基础,其仍将面临“物权恒优于债权”原则的诘难。其二,在金钱债权终局执行竞合的情形下,就未登记动产抵押权的标的财产单独采用一套规则,将使得执行法在该问题上陷入“分裂”境地。其三,最重要的是,未登记动产抵押权的效力看似与德、美等国相同,实则违背了破产法尊重执行法的原则。由于破产法外的“均势竞赛”在中国并不存在,而破产程序启动不构成债权人地位提升的事由,不得对抗破产债权人的结果不仅不构成对执行法的尊重,反倒违反了破产法的自动冻结制度。学者从破产法推及执行法的思路更是倒果为因,不足采用。

破产法是在执行法的基础上建立起来的,这就意味着,不能仅因破产法的产生或破产程序启动而认为执行法不再适用,而应默认尊重执行法上的结果,再去探究有无加以突破的理由。这也是后文讨论破产法能否突破执行法的逻辑起点。当然,这并不等同于破产法应无条件地尊重

[24] 此外,也存在“团体优先主义”。如根据瑞士联邦债务执行与破产法第110条、第111条的规定,债务人财产受查封时起30日内,请求附带查封的债权人与最先查封者属于第一优先群团,并以此类推。

[25] 如加利福尼亚州民事诉讼法第697.710条规定,债权人根据执行令扣押债务人财产后,便取得了对该财产的执行优先权。仅有的差别是,在少数州,执行优先权在执行令送达债务人后便能成立。参见纽约州民事诉讼法及规则第5202条。

[26] 相反,如下文将论及的,破产程序启动后,债权人地位的提升原则上均受到冻结。

[27] See Brian A. Blum & Samir D. Parikh, *Bankruptcy and Debtor/Creditors: Examples & Explanations*, New York: Wolters Kluwer, 2018, pp. 309-312.

[28] 我国民法典第416条规定了购买价金抵押权登记的10日溯及效力,故同样的问题在中国也可能出现。

甚至让步于执行法。破产法与执行法当然不尽相同，但如下文将阐明的，这只能是破产法基于其不同于执行法的立法宗旨而另有安排的结果。若不考虑法史背景而简单地认为破产法既然有别于执行法，自得随意对执行法加以突破，则不仅违反了其立法宗旨，更与其历史本源相冲突。

三、破产法与执行法的制度竞争

（一）破产法与执行法缘何竞争

破产法与执行法作为债务清理法的制度共性意味着二者的适用范围可能出现重合。只要破产法制不完备（如个人破产立法仍未通过）、当事人不打算或未决定是否申请破产，即便债务人确已出现财务困境，债务清理客观上仍只能依靠执行程序。因同一债务人无法同时适用执行程序和破产程序，这意味着执行法与破产法、执行程序与破产程序之间本就存在制度学意义上的竞争关系或替代效应。何者与潜在当事人（包括债务人与债权人）的利益诉求更相适应，更加符合他们的成本收益分析，就能得到更加广泛而及时的适用，在二者的竞争中占据优势。然而，这种关系或效应并不表明执行制度存在任何不妥之处，因为其在全世界范围内同样存在。正因如此，破产程序可视为执行程序的“平行”乃至“辅助”程序，破产法面临的难题之一就是如何减少债务清理由民事执行转换至破产程序的成本。^[29]除了适用范围存在重合，这种竞争之所以不可避免，也与如下两项客观事实有关：

其一，债务人的财务困境不可能均通过破产程序来处理。国内许多学者主张，破产法与执行法的应然适用范围截然不同，企业法人若达到破产界限，债务清理就只能通过破产程序。^[30]不少学者更是主张应赋予法院依职权启动破产程序的权力。^[31]“执行法草案”第200条第2款也规定，“执行中，发现被执行人符合破产条件的，有管辖权的人民法院可以依职权宣告破产”。这些主张显然忽略了企业财务困境的其他处理方式。以美国为例，利害关系人可选择债务或资产重组、法院外和解、自行清算、州法上的衡平接管、预重整等多种替代措施。理论上，消极拖延也属于可行选项，因为负债经营本就是正常商业现象。美国破产法学者就认为，只要能通过出售实现企业运营价值，则整个企业破产制度都将不复存在。^[32]最高人民法院也注意到了保持企业财务困境处理方式的灵活性所具有的价值，如《最高人民法院关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》第16条指出，各级人民法院应“积极推动构建庭外兼并重组与庭内破产程序的相互衔接机制，加强对预重整制度的探索研究”。这些替代措施并不会削弱破产法的制度功能，相反，困境处理与债务清理仍处于“破产法的阴影”之下。只要破产法规则明确且完备，当事人完全能够根据自身处境、破产成本等因素来选择困境化解与债务清理的途径。

其二，破产法与执行法的适用边界无法人为划定。作为一个商业问题，并不存在企业财务困境必须或只能通过破产程序处理的所谓关键节点。破产程序何时启动取决于债务人及债权人

[29] 参见前引〔10〕，Jackson书，第4页以下，第22页。

[30] 参见葛行军、刘文涛：《关于执行财产分配的立法思考》，《法学研究》2001年第2期，第115页；许德风：《破产法论：解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第19页。

[31] 参见徐阳光：《执行与破产之功能界分与制度衔接》，《法律适用》2017年第11期，第18页以下；肖建国：《中国民事强制执行法专题研究》，中国法制出版社2020年版，第236页。

[32] See Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen, *The End of Bankruptcy*, 55 Stan. L. Rev. 751 (2002).

间的相互博弈,前述国内多数观点也未意识到这一点。关于破产界限,主流国家一般均作模糊处理。如根据日本破产法第15条与德国支付不能法第17条,得以债务人停止支付推定其达到破产界限。在美国,尽管如下文将提及的,破产申请提出,破产程序即启动,但债权人的破产申请无法导致破产程序的效力全面触发。要实现这一目标,还须满足债务人“整体性未清偿到期债务”这一高度模糊的标准。^[33]此外,就破产程序的启动,主流国家一般采申请主义,即由当事人选择是否及何时申请破产,而不是划定某个节点或规定何时破产程序必须启动。中国也不例外,如企业破产法第2条“明显缺乏清偿能力”“有明显丧失清偿能力可能”的含糊规定与第7条对破产申请主体的排他性列举。甚至“资不抵债”“不能清偿”等破产法理论中的术语本身也均为不确定概念,因为其认定有赖于会计或司法评估,而在经济学上,评估实为“有依据的猜测”。^[34]如前所述,适用边界的这种不确定性自有商业上的价值。试图人为划定适用边界,并由司法机关依职权启动破产程序,或者设置破产申请义务,即对董事(会)或高管课以必须于该节点申请破产的义务,恰恰会引发是否必须启动破产程序的合理性危机。这也是设置破产申请义务之立法实施效果不佳的原因之一。^[35]而破产程序启动的申请主义反倒与适用边界的客观不确定性及破产界限的客观模糊性更相适应。如下文将论及的,债务人与债权人通常都缺少破产申请的动机,因此,他们经过内部博弈后选择申请破产本身即能为破产程序启动的必要性背书。

与前述主张相关,国内主流观点认为:企业破产程序之所以长期受理不畅,是因为执行法尤其是参与分配制度中平等分配的做法不恰当地替代了破产法的功能。^[36]《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》(下称“民诉法解释”)第516条废除参与分配之于企业法人的参照适用,其原因即在于此。^[37]该观点同样未能意识到破产法与执行法的竞争关系:首先,不论任何国家,只要破产法不具备足够吸引力,以非破产方式化解财务困境并利用执行程序来清理债务,都必然更加普遍。以美国为例,因破产成本不断上升,近来利用非破产措施处理财务困境的比例大幅增加,中小企业尤其如此。^[38]十几年前,国内就有文章敏锐地指出了执行程序与破产程序的竞争性替代现象。^[39]但遗憾的是,这种现象至今仍被用于对执行法和参与分配制度的批评,而未被用于对破产法的制度性反思。其次,由于破产法与执行法的竞争关系属于客观必然,且二者的适用范围无法人为划定,破产法处于竞争劣势本身不能证成执行法有需改进之处,更不应以破产法的实施困境作为执行法或参与分配制度的修改理由或出发点。且如前所述,破产法与执行法在规则构建上的联动关系是,破产法应原则性尊

[33] 11 U. S. C. § 303 (h).

[34] 美国破产法的立法档案便直言不讳,财务评估“一半确定,一半靠猜测”。See H. R. Rep. No. 95 - 595, 95th Cong., 1st Sess., 222 (1977).

[35] 德国是采此立法例的代表国家,但其破产法仍面临极其严重的“无产可破”现象。参见[德]莱因哈德·波克:《德国破产法导论》,王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第5页。

[36] 参见刘贵祥、黄金龙:《平等分配制度与破产制度的分工》,《人民法院报》2014年4月30日第8版;王欣新:《破产与执行程序的合理衔接与转换》,载王欣新、郑志斌主编:《破产法论坛》第9辑,法律出版社2015年版,第7页。

[37] 参见前引[8],最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编书,第1363页。

[38] 参见美国破产法协会:《美国破产重整制度改革调研报告》,何欢、韩长印译,中国政法大学出版社2016年版,第21页以下,第66页以下,第322页。

[39] 参见唐应茂:《为什么执行程序处理破产问题》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第12页以下。

重执行法，而不是执行法的制度构建须仰赖于破产法或其实施状况。

总言之，破产法与执行法的竞争关系也具有如下意涵：案件受理不畅这一破产法困境的根源在乎破产法自身而非其他，困境化解的根本途径应从破产法内部探寻，而不应苛责于执行法。类似地，即便现行执行规范或参与分配制度确有问题的，也应从执行法内部进行分析，与破产法并不相干。

（二）参与分配制度的重新定位

对破产法与执行法竞争关系的认识不清突出体现在对参与分配制度的定位上。在现行执行规范体系下，参与分配是指申请执行人之外的执行名义债权人，于被执行人财产不能清偿全部债权时，申请加入同一执行程序并平等受偿的制度。最高人民法院历来将其定位成为弥补有限破产主义的缺陷而确立的特殊分配制度，即利用其解决自然人及非法人组织不具破产能力时的平等受偿问题，并基于类似考量，在企业破产法实施不畅时，将其参照适用于企业法人。^[40]及至2015年，鉴于破产受理的推动已成为共识，参与分配制度对企业法人的参照适用终被“民诉法解释”废除。其深层次的理念是：在债务人资力充足的场合，债权实现的效率应作为首要选择；若债务人资力不足，则应首先考虑债权实现的公平。^[41]然而，这一理念并不构成将破产界限作为破产法与执行法分工临界点的理由。破产法与执行法的竞争关系以及二者适用边界的不确定性均属客观事实，且无法人为消除。参与分配制度传统定位的错误正在于此，且完全弄反了破产法与执行法的联动关系，所以才会先以企业破产法运行不畅为由将参与分配参照适用于企业法人，包括更早之前以个人破产法缺位为由确立该制度，后又以企业破产法运行不畅为由废除这种参照适用。一言蔽之，破产法在与执行法的竞争中失败，应考虑破产法自身的原因（即内因），而不能“归咎于”执行法（即外因）。一般破产主义与有限破产主义的抉择、破产受理如何推动，均系破产法要解决的问题，企图借助执行立法来改变有限破产主义的弊端或破产法的实施困境，均无异于圆凿方枘。^[42]

基于破产法与执行法的竞争关系，对参与分配制度的定位应回归执行法内部。尽管该制度一引入我国便设有“被执行人的财产不能清偿所有债权”的要件，但参与分配从未超出强制执行的范畴，其本质上属于通过同一执行程序处理金钱债权终局执行的竞合。^[43]根据我国“民诉法解释”第508条、第509条第2款的规定，二者的适用要件实为相同：其一，得实际参与分配的主体仅限于已取得金钱债权执行依据的债权人；其二，参与分配适用的前提是在先的执行程序尚未执行完毕；其三，在先执行与在后执行针对的是同一债务人的相同财产。进言之，民事执行不应区分被执行人的财务状况，而对金钱债权终局执行竞合采用完全不同的立法体例。2015年“民诉法解释”施行前，不论被执行人的类型，若其资力充足，则采“程序优先主义”，即按采取强制执行措施的先后确定无担保债权的受偿顺序，但并未赋予实体优先权；若其出现财务困境，则改采平等主义。^[44]如今，企业法人已统采程序优先主义，但这种

[40] 参见黄龙龙：《关于人民法院执行工作若干问题的规定实用解析》，中国法制出版社2000年版，第277页，第292页；前引〔8〕，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编书，第1342页。

[41] 参见江伟、肖建国：《论我国强制执行法的基本构造》，《法学家》2001年第4期，第85页。

[42] 参见刘保玉：《参与分配制度研究》，载江必新、贺荣主编：《强制执行法的起草与论证（三）》，中国法制出版社2014年版，第381页。

[43] 参见日本民事诉讼法第51条、第87条、第140条、第165条。德国并非通过同一执行程序来处理金钱债权终局执行竞合，但国内有学者认为，德国亦存在参与分配制度，也是因为这一原因。参见丁亮华：《参与分配：解析与检讨》，《法学家》2015年第5期，第109页。

[44] 参见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）》（已被修订）第88条、第90-96条。

二分法对自然人与非法人组织依旧适用。然而,如前所述,参与分配制度的本质与破产法无关,其立法体例自然不应考虑破产法是否缺位或运行不佳。二分法无法回应为何仅因债务人财务状况的变化,便对债权人的权利顺位规则进行事后变更。^[45]归根结底,试图以参与分配制度填补破产法的缺憾,是对破产法与执行法的竞争关系与联动关系的错误应对。2004年《最高人民法院关于执行程序中多个债权人参与分配问题的若干规定(征求意见稿)》曾尝试回归参与分配制度的本来面目,并统一金钱债权终局执行竞合的处理规则。^[46]或许是因为对破产法与执行法的关系误解过深,该征求意见稿最终未获通过。

对于统一后的金钱债权终局执行竞合处理规则,最重要的问题仍是立法体例的选择。国内不少学者在非统一立场上讨论过该问题,并认为应采纳优先主义。其理由可概括为:破产法与执行法应以破产界限为适用边界,金钱债权终局执行竞合采平等主义将有违“民事执行优先主义”。^[47]该观点不仅未正确认识破产法与执行法的竞争关系,且受此错误影响,亦混淆了“优先主义”一词在两种语境下的不同涵义。具体说来:“民事执行优先主义”涉及的是对破产程序外债权实现规则的总体描述。在此语境下,“优先主义”是指在破产程序外,债权实现遵循“先到先得”的抢夺式规则,包括债的非强制实现,与之相对的是破产程序内统一有序的债务清理规则。这种优先与金钱债权终局执行(限于强制执行)竞合的处理并不相关。对于后者,“优先主义”是指出现此种竞合时,在无担保债权人内部,先采取强制执行措施者在清偿顺序上应当优先,又可细分为“实体优先主义”与“程序优先主义”,与之相对的是“平等主义”。因此,金钱债权终局执行竞合的立法体例同样纯属执行法内部的选择,无论采何种体例,都不构成对民事执行优先主义的违反。

(三) 推动破产受理的根本路径

对破产法与执行法竞争关系的认识不清也体现在推动破产受理的现有措施上。现行企业破产法施行后长期面临破产受理难的问题,^[48]为此,“民诉法解释”废除参与分配之于企业法人的参照适用,并确立了“执行转破产制度”,以执行当事人对执行法院“将案件移送破产审查”的“征询”(下称“移送征询”)的同意代替常规情形下破产申请的提出。执行转破产制度的实施确实令破产案件有所增加,但也引发了日益严重的“无产可破”现象,即全部破产财产在优先清偿担保债权后不足以偿付破产案件的成本。例如,浙江省瑞安市2017年移送破产审查的案件中,无任何现有财产者占比高达54.25%。^[49]其他地方虽未公布直接数据,但诸多侧面证据足以作为印证,如“破产管理人报酬基金”的广泛建立和“简易破产程序”需求的急剧增加。^[50]另一项关键证据则是重整案件占比的变化。根据企业破产法第78条第1项与《全国法院破产审判工作会议纪要》(下称“破产审判纪要”)第14条,债务人资产状况

[45] 参见韩长印、何欢:《隐性破产规则的正当性分析——以公司法相关司法解释为分析对象》,《法学》2013年第11期,第24页以下。

[46] 根据该征求意见稿第1条、第7条第3款,执行程序中多个债权人参与分配的,不再区分债务人是否出现财务困境,并在普通无担保债权人内部统采平等主义。

[47] 前引[31],徐阳光文,第20页;前引[31],肖建国书,第239页以下。

[48] 参见马剑:《破产案件审理工作的现状及建议——基于2003至2012年法院审理破产案件的统计分析》,《法制日报》2014年4月2日第9版。

[49] 参见浙江省瑞安市人民法院课题组:《无产可破破产案件的再简化审程序——以浙江瑞安法院简化破产案件审理程序经验为样本》,《人民司法·应用》2018年第25期,第66页。

[50] 参见关丽:《当前管理人制度实践问题的思考》,《人民法院报》2020年4月16日第8版;贺小荣:《建设适应现代化经济体系的破产法治》,《人民法院报》2017年11月15日第7版。

是其重整可行性判断的最重要参考因素。以近年来案件数量稳居全国第一、相关数据公开透明的浙江省为例，^[51]自2015年执行转破产制度开始施行，破产案件总数确实不断增长，但增长的案件几乎全来自执行转破产，而常规案件多年来未有实质增长。重整案件的数量历来稀少，且自2015年起，不仅在当年全部破产案件中的占比剧降，绝对数量也明显减少。重整案件占比与常规案件占比的变动几乎一致，但与执转破案件的占比却呈明显的反比例关系。换言之，破产制度很大程度上沦为帮助执行机关摆脱因无财产而无法终结之执行程序的工具，其本身的社会经济功能却未发挥。因“无产可破”现象过于严重，该省法官甚至转而主张以执行程序处理这类破产案件。^[52]

从逻辑上讲，执行转破产制度无法根除破产受理难问题，是因为其仍试图从执行程序这一端来解决问题。更深层地，其同样将破产法在与执行法竞争中的失败“归咎于”执行法，而不是破产法自身，最高人民法院甚至将解决执行难当作确立该制度的一项初衷。^[53]这种颠倒外因与内因的做法显然违背了破产法与执行法的竞争关系。真正要问的是，为何当债务人陷入财务困境时，为对此时的债权债务关系加以概括清理而专门制定的破产法竟无法适应当事人的利益诉求，无法引导其适时地申请破产。回归破产法内部，若破产审判法官能动性 with 破产司法专业性不变，影响破产受理的最关键因素便是当事人破产申请的动机。破产法的“痼疾”就是当事人普遍缺少破产申请动机，及时申请破产虽对利害关系人整体有利，对个体却不一定。^[54]由是，增加当事人破产申请的动机才是推动破产受理的根本路径，才能让破产法在与执行法的竞争中占据优势。执行转破产制度显然不具有这种功能，这是因为：对债务人及其经营者，执行转破产与其破产待遇并不相关。对债权人，其首选是债的个别实现，只要债务人尚有一定财产，“移送征询”便难起作用。最高人民法院法官也承认，“当前执行转破产程序难以实现的一个突出问题就是制度设计与参与主体的利益相背离”。^[55]仅当债权人在“抢夺竞赛”中“落在最后”，且其对债务人存有可供分配的财产不抱希望时，该制度才能起作用。这就解释了为何常规案件无实质增长，但“无产可破”现象却变得如此严重。

要增加当事人破产申请的动机，需通过事前措施激励其适时主动申请破产。这里还存在激励对象的选取问题。由于债权人申请与否取决于债务人剩余财产的多寡，而财产多寡又取决于其他债权人的追偿行动，故其动机难以通过激励措施有效干预。在确立执行转破产制度前，最高人民法院曾尝试通过降低债权人申请破产的举证责任来推动破产受理，^[56]但此举非但未增加债权人的申请动机，反倒有被不当利用的可能。^[57]而债务人及其经营者之所以不愿申请破产乃至实施不当行为，根本原因是临近破产时其个体利益与利害关系人整体利益出现了偏差。^[58]破产申请激励措施的作用机理就是在合理范围内改善其破产待遇，以修复此种偏差，

[51] 2012—2020年的数据，参见徐建新主编：《浙江法院破产审判十年探索（2010—2020）》，法律出版社2021年版。2021年的数据，参见《2021年浙江法院破产审判工作报告暨典型案例》，<https://mp.weixin.qq.com/s/5aBFZCWMVzYzyaMEWlezjA>，2022年5月4日最后访问。

[52] 参见王雄飞：《执行程序部分替代简易程序功能的必要性和可行性》，《人民法院报》2017年7月5日第7版。

[53] 参见前引〔8〕，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编书，第1361页以下。

[54] 国内学者对该痼疾的详细讨论，参见韩长印、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》，《政治与法律》2013年第2期，第3页。

[55] 曹守晔、杨悦：《执行程序与破产程序的衔接与协调》，《人民司法·应用》2015年第21期，第25页。

[56] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》第2条、第6条。

[57] 参见前引〔54〕，韩长印等文，第4页以下，第8页以下。

[58] 参见王欣新：《破产原因理论与实务研究》，《天津法学》2010年第1期，第18页。

尽可能使债务人及其经营者的个体理性与利害关系人的整体利益重新恢复一致，从而增加其申请动机。

以激励措施增加破产法的吸引力是美国破产法的突出特征，其最重要的措施是破产程序的即时启动与重整案件的“自行管理原则”。即时启动是指无论自愿或强制破产申请，一经提出破产程序便立即启动。^[59]这不仅能确保申请人毫无延迟地获得“破产保护”，也有利于破产筹划的开展与实施。自行管理是指重整程序中原则上仍由债务人负责财产与营业事务。^[60]该原则意味着经营者不会仅因破产程序启动而丧失经营权，且债务人得因此在重整协商、计划拟定及意见征集中占据主导地位。因当事人通常缺少破产申请动机，且破产程序启动对其自身行为有极强的限制效力，激励措施的滥用风险总体可控，但美国法仍十分重视对其滥用的防止。对即时启动规则，滥用防止机制包括恶意申请的驳回、错误申请的赔偿、撤回申请与连续免责的限制等。^[61]对自行管理原则，若债务人不胜任或有实质不当行为，不论发生在破产前或后，均得剥夺其自行管理资格而指定管理人。^[62]由此可见，美国法设置了一整套对当事人行为具有高度正向引导功能同时又有限度的激励措施。

仅当设有妥善的破产申请激励措施时，破产法的债务清理规则才可能称得上完备。然而，国内破产立法并不重视对当事人动机的影响，更遑论破产申请的激励。典型的反例如企业破产法第113条第3款，“破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算”。客观而论，该规定考虑的是破产企业的董监高可能“对于企业的破产，负有一定的责任”。^[63]但这应该通过责任追究之诉来解决，而不是在报酬问题上一概平均处理，更不考虑对其破产申请动机的影响。相反，美国联邦破产法第503条(c)允许债务人通过经法院批准的“关键雇员挽留方案”向关键雇员（包括高管）提供合理的额外薪酬，同时对关键雇员的认定与额外薪酬合理性的判断设有明文要求。以管理层雇员为例，须以其对企业存续“至关重要”、额外薪酬为挽留其所必需为前提，且数额不得超过非管理层雇员当年平均激励薪酬的10倍或是该管理层雇员之前一年所获激励薪酬的25%。若额外薪酬组合中包括离职费，同样不得超过非管理层雇员当年平均离职费的10倍。这不仅可激励破产申请的及时提出，亦可换取他们与债务人共进退。关键问题是，立法在维护利害关系人整体利益、预防和规制不当行为的同时，也应尽可能确保个体利益与整体利益的一致性，进而使利害关系人个体主动服务于整体利益，而不能扩大分歧，以致“迫使”他们为个体利益主动损害整体利益。

四、破产法与执行法的制度分野

（一）破产法与执行法不同宗旨

尽管破产法与执行法具有债务清理的共通属性与平等的竞争关系，但二者早已出现制度上

[59] See 11 U. S. C. § 301, 303 (b). 在我国，破产程序启动须经过漫长并充满不确定性的受理审查，且债务人自愿申请的难度要大得多。参见张亚楠：《完善我国破产保护制度的若干思考》，《政治与法律》2015年第2期，第11页。

[60] See 11 U. S. C. § 1107 (a). 根据我国企业破产法第13条、第73条，企业重整以“管理人管理”为原则。

[61] See 11 U. S. C. § 303 (i), 707, 727 (a) (8) - (9), 1112 (b), 1141 (d) (3), 1328 (f).

[62] See 11 U. S. C. § 1104 (a).

[63] 安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第160页。

的分野，可概括为四个方面：在债的实现方式上，执行法是债的个别实现之法，通常仅以单个或有限的数个债权人权益的满足为目标；而破产法是债的概括或集合实现之法，同时面临众多债权人的受偿诉求。在所涉利益冲突上，执行法一般仅涉及债权人与债务人间的冲突，而破产法还涉及债权人相互之间的冲突。在受偿规则上，执行法遵循“时间在先、权利在先”的抢夺规则，而破产法下债权人只能统一有序地获得清偿。在立法宗旨上，执行法强调债权人个体利益的优先保护，而破产法着眼于利害关系人整体利益的促进。^[64]

在上述四个方面中，立法宗旨的区别居于决定性地位。任何市场主体，不论企业或自然人，也不论是否陷入财务困境，其经济交往问题都可分为两类，即资产有效运用与利害关系人权益实现。通常来说，这两类问题是相互独立的，后一问题的处理不会影响到前一问题，故执行法无需专门考虑债务人资产有效运用与整体利益促进的问题。但当债务人陷入财务困境时，两类问题就被绑定到了一起，利害关系人为实现其个人权益而进行的“抢夺竞赛”将使为确保资产有效运用而展开的努力一同“石沉水底”。^[65] 此时若仍以债的个别实现为要务，就会出现“个体理性导致集体非理性”的现象。破产法之所以要用有序的概括性清理代替无序的个别追偿，其作用就在于提供一套将利害关系人权益实现问题与债务人资产有效运用问题重新区分开来，从而避免“为了个体利益而损害整体利益”的法律框架。因为任何人都无法事先确保在“抢夺竞赛”中占先，从事前的角度看，这种安排对利害关系人个体也更为有利。^[66] 概言之，与执行法相比，破产法不仅更有利于实现资源的优化配置，也更有利于利害关系人个体权益的保护。因此，尽管破产法原则上应当尊重执行法，但只要对执行法的尊重与其宗旨相冲突，或者说，将妨碍债权债务关系的概括清理或利害关系人整体利益的促进，破产法便不必再受拘束，而可突破执行法的法效果、规则甚至是原则。^[67]

（二）破产法对执行法的突破

破产法基于整体利益促进的宗旨，得突破执行法的当事人进行主义。当事人进行主义是私权自由在执行法上的体现，是指执行程序是否及何时开始须依债权人申请，且债权人得单方决定终止。^[68] 破产法至少要在以下两方面突破该主义的拘束：

1. 破产申请人对破产申请不享有任意撤回权。根据德国支付不能法第13条第2款、日本破产法第29条第1分句，破产程序启动前申请人得任意撤回破产申请。我国企业破产法第9条亦采此立法例，规定破产受理前“申请人可以请求撤回申请”。结果是破产申请成为了债权人个别追偿的工具，即债权人通过申请破产迫使债务人偿债后再撤回。以上市公司为例，债权人通过申请破产迫使财务不佳的上市公司或其关联公司清偿债务，随后再主动撤回申请，这已

[64] 对应否以整体利益促进作为唯一宗旨，破产法学界其实存在激烈争论。See e. g., Elizabeth Warren, *Bankruptcy Policy*, 54 U. Chi. L. Rev. 775 (1987); Douglas G. Baird, *Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren*, 54 U. Chi. L. Rev. 815 (1987).

[65] See Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson, *Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interest: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy*, 51 U. Chi. L. Rev. 97, 104-105, 108 (1984).

[66] See Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 Yale L. J. 857 (1982). 即便债务人出现财务困境，个体利益与整体利益依然具有潜在一致性。破产立法应对此种潜在一致性加以运用，前文所说的破产申请激励措施的旨趣也正在于此。

[67] 参见前引[10]，Jackson书，第28页。但反过来讲，也只有为整体利益维护所需时，才能不受执行法的拘束。参见前引[65]，Baird等文，第100页。

[68] 参见陈荣宗：《强制执行法》，三民书局1989年版，第23页。

然成为常见的公告内容之一。^[69] 这种结果显然与破产法的宗旨相悖，破产程序是概括清理程序，须为利害关系人整体利益进行。当事人虽对是否申请破产享有自由，但一旦提出申请便不再享有绝对处分权。因此，即便破产法相对具有吸引力的美国，也规定撤回申请原则上需符合法定条件。^[70]

2. 无正当理由未申报债权将丧失受偿权。对破产程序中债权人的参与，各国均设有债权申报制度，并明定申报期限与迟延申报的后果。^[71] 我国企业破产法第56条第1款更是规定，对于迟延申报，不补发已进行的分配。有争议的是债权人根本未申报的法律后果。根据该法第56条第2款，未申报债权不得依破产程序受偿，但债权本身不受影响。然而，清算终结、企业注销后，未申报债权实际上将无从受偿。而在重整案件中，根据该法第92条第2款，未申报债权得于重整程序终结后，按重整计划规定的同类债权的清偿条件受偿。德国支付不能法第201条第1款与日本民事再生法第181条亦采“程序不消灭实体”的观点，我国学者也多采此说。^[72] 然而，这不仅导致清算与重整案件中未申报后果的实质差异，也给企业重整带来了无法预见的风险，^[73] 更与破产法的宗旨相违背。作为概括程序，为统一清理全部债务关系，需要债权人尽可能地参与，^[74] 且为整体利益考虑，应尽量提高债务清理的效率，不允许当事人任意行使权利。只有明确不依法申报的后果，才能确保这种概括性与强制力。因此，债权未申报的评价在清算与重整程序不应有所不同，企业破产法第92条第2款应明确废除。美国联邦破产法第523条(a)(3)与第727条(b)更是明确规定，无正当理由未申报的债权均应免除。但如此一来，又可能引发程序正义方面的问题，故该法第521条(a)(1)(A)与联邦破产程序规则第2002条(a)(7)还要求债务人提交已知债权人清单，并就债权申报进行单个通知。值得注意的是，2021年《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》第6条第2款已先行采此立法例，规定已知债权人收到债权申报的单个通知但无正当理由未申报的，视为放弃债权。

基于整体利益促进的宗旨，破产法还可以突破执行法的形式化原则。形式化原则基于审判程序与执行程序的区分，强调执行机关不得对执行名义的合法性进行评价。即便执行名义明显不当，也不得对实体法规则加以审查或拒绝适用。^[75] 该原则也为中国法所接受，根据民事诉讼法第56条第3款与第227条，执行异议仅能对执行标的为形式审查，实体争议的最终判断需通过诉讼解决。但是，破产法的立法宗旨决定了其必须考虑非破产法适用于破产程序的效

[69] 如《蓝盾信息安全技术股份有限公司关于债权人对子公司破产清算的申请被裁定撤回的公告》，<http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2021-05-14/1209981126.PDF>，2022年5月4日最后访问。

[70] 如第7章的案件须满足“综合因素”标准，第11章的案件须符合“债权人与破产财团的最佳利益”(See 11 U. S. C. § 707 (b) (3), 1112 (b) (1))。仅第12章与第13章的案件中债务人有任何撤回权(See 11 U. S. C. § 1208 (b), 1307 (b))，但这是基于对自然人不得强制劳役的宪法考量(See H. R. Rep. No. 95-595, 95th Cong., 1st Sess., 120 (1977))。

[71] 如德、日两国虽允许迟延申报，但债权人需承担相关费用(参见德国支付不能法第177条第1款、日本破产法第119条)。美国亦明定迟延申报时，只能参加后续轮次的分配(See 11 U. S. C. § 726(a))。

[72] 参见前引[30]，许德风书，第196页；王卫国：《破产法精义》，法律出版社2020年版，第194页，第301页。

[73] 参见程顺增：《规避企业破产法的重整计划条款有效》，《人民司法·案例》2019年第32期，第73页。

[74] See H. R. Rep. No. 95-595, 95th Cong., 1st Sess., 309 (1977)。我国企业破产法第46条、第47条也体现了这一要求，未到期、附条件、附期限、未决债权均应申报。

[75] 参见前引[12]，鲍尔等书，第120页以下。国内学者近年对该原则的专门讨论，参见肖建国：《强制执行形式化原则的制度效应》，《华东政法大学学报》2021年第2期，第6页以下。

果，任何民商事实体法或程序法的适用都不得与破产程序的概括性或利害关系人的整体利益相冲突。因此，破产程序同时兼具债务清理与实体裁判的特征，破产法既是程序法又是实体法。^[76]对于债权未申报的后果，传统观点固守“程序不消灭实体”，显然也与未能认识到破产法的这种双重属性有关。

（三）破产程序对强制执行的摒弃

关于破产法对执行法的突破，最直观的是，现代各国破产法对债权的个别实现原则上均持摒弃立场。有两项重要制度与此相关：一是自动冻结，即破产程序启动后，针对债务人财产的追偿行为及其他对债务人财产具有消极影响的变动，原则上均应中止。二是偏颇撤销，即破产程序启动后，启动前特定期限内基于个别追偿的财产变动及其他令个别债权人获得偏颇待遇的变动，原则上均应撤销。我国企业破产法同样采纳了这两项制度，^[77]但有关规定存在大量需厘清的问题。以对担保物权行使的冻结为例，就至少涉及如下与执行法密切相关的问题：清算与和解程序中应否冻结，冻结范围是否限于狭义担保物权的行使，冻结是否存在例外，提前解除冻结的事由，担保物权人的保护。其中最核心的问题是：当个别追偿系通过强制执行的方式时，破产程序究竟可在多大程度上对其加以摒弃。

1. 破产立法与司法实践的偏差

关于破产程序中应如何对待强制执行，破产立法及其实践历来存在偏差。一方面，根据企业破产法第19条，破产受理后“保全措施应当解除，执行程序应当中止”。按立法原意，破产程序一启动，债权人的执行措施即须受到“冻结”，而仅能依破产程序受偿。^[78]但根据民事诉讼法第256条与“民诉法解释”第166条，保全解除与执行中止均需执行法院以裁定方式为之。最终，由于未明确规定冻结效果是否自动发生，加上执行机关的地方保护主义倾向，该条规定起不到“自动冻结”的作用。^[79]最高人民法院的应对方案是，由破产管理人持格式化文书向执行法院申请解除保全或中止执行，^[80]但这更坐实了破产程序对强制执行的冻结并非自动。另一方面，根据企业破产法第32条，破产受理前6个月内“对个别债权人进行清偿”的，均应予撤销，仅“个别清偿使债务人财产受益”时例外。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（下称“破产法解释二”）第15条却规定，“债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿”不得撤销，除非“债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益”。其中，“经诉讼、仲裁、执行程序”为何构成偏颇撤销的例外有待检讨。因破产受理的审查期往往较长，债权人趁尚未受理，请求乃至催促执行机关抓紧“抢夺”债务人财产的现象本就屡见不鲜，^[81]该例外的增设无异于对破产受理前这种抢夺行为的鼓励。

若站在司法运行的角度，破产程序中应如何对待强制执行的问题可转译为：破产程序中审判权得在多大程度上干预执行程序中执行权的行使。就此论，该问题与司法权（包括执行权）的两个重要方面有关：其一是管辖职权分配。现行破产管辖规则为：地域管辖从住所地，级别

[76] 参见韩长印、郑金玉：《民事诉讼程序之于破产案件适用》，《法学研究》2007年第2期，第99页以下。

[77] 参见企业破产法第16条、第19条、第75条第1款以及第31条第3项、第32条。

[78] 参见前引〔63〕，安建主编书，第35页。

[79] 参见前引〔59〕，张亚楠文，第17页。

[80] 参见《最高人民法院关于印发〈管理人破产程序工作文书样式（试行）〉的通知》中文书样式7、文书样式8。

[81] 参见齐明：《我国破产原因制度的反思与完善》，《当代法学》2015年第6期，第117页。

管辖从登记机关级别，但中院以上原则上不管辖。现行执行管辖规则为：地域管辖从财产所在地，级别管辖从一审法院级别，而民事诉讼级别管辖的首要标准就是标的数额。因此，对同一债务人，破产审判法院与执行法院的级别与地域不一致所在多有。其二是执行监督体系。根据《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）》第十二章、第十三章，仅上级法院有权监督下级法院的执行工作，多个法院在执行相关案件中发生争议且协商不成的，需逐级报请共同的上级法院处理。考虑到管辖分配的前述状况，这意味着在现行执行法框架下，破产审判法院几无可能对执行法院进行中或已完成的强制执行直接进行监督。总结起来，自动冻结与偏颇撤销两项制度的前述偏差现状确系更符合现行司法体制的安排。最高人民法院设置前述格式化文书与“破产法解释二”第15条正是遵循执行权运行逻辑的结果。^[82] 但该思路的错误在于，破产法本就得基于其宗旨，于必要时突破执行法。故此处要思考的应是破产法为什么要建立这两项制度，而非执行权的运行逻辑。

2. 摒弃强制执行的法理

破产法之所以对个别追偿加以冻结，原因有两方面：其一，将债务清理由恶性抢夺转换为有序状态，从而使概括清理成为可能。如企业破产法第75条第1款所规定的，即便担保物权的行使在重整程序中也要受冻结。其二，使债务人财产摆脱债权人追索，从而可将其用于经济回报更佳之场景。如“破产审判纪要”第25条补充规定的，若为实现破产财产整体出售的溢价所需，清算程序与和解程序中也可冻结担保物权的行使。因此，自动冻结不仅能排除个别追偿对利害关系人整体利益的消极影响，对积极增益于整体利益亦能起到关键作用。其重要性从美国联邦破产法第362条（a）对冻结范围极其宽泛的规定，以及有意抛弃字面表达的准确性而使用相互存在重合的表述，便可见一斑。^[83] 正因如此，若对个别追偿不加冻结更有利于整体利益，如通过提前清偿换取供应商对重整的支持，经法院认可，美国（判例）法上也允许冻结例外的存在。^[84]

为确保债务清理的程序转换，使特定债权人获得偏颇性地位的破产前行为，如个别清偿、追加物保，尽管具有对价且在破产法外完全正当，但同样会影响到债务的概括清理与整体利益的实现，在破产程序中也应加以撤销。简言之，偏颇撤销之目的“就在于确保个人的选择退出行为不致损害概括清偿程序所能带来的优势”。^[85] 这便能解释为何企业破产法第32条明定，偏颇行为“使债务人财产受益”时，构成偏颇撤销的例外。

破产法对整体利益促进的追求有一种超越权力运行图谱的视野。如在民商事立法大多为州法的美国，之所以将破产法确定为联邦法，就是为了排除各州司法权对跨地域破产案件的不当干扰。^[86] 同样，根据美国联邦破产法第362条（b）（4），政府部门治安权或监管权的实施（包括诉讼或非讼程序的启动或继续、判决的执行）不受冻结，但该例外不适用于对金钱判决

[82] 参见2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第109条；最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用：破产法解释（一）·破产法解释（二）》，人民法院出版社2013年版，第233页。

[83] 根据其规定，应冻结的范围包括但不限于申请前债权的追偿，针对债务人的程序，优先权的创设、完善和执行，针对破产财产的行为。

[84] 又称“必要清偿规则”。对其适用的详细讨论，参见前引[12]，Tabb书，第1082页以下。

[85] 前引[10]，Jackson书，第126页，第131页。

[86] See The Federalist Papers, No. 42 (James Madison).

的执行。破产法甚至不考量其术语使用与其他部门法的调和，突出表现为冻结或撤销范围不限于实际追偿行为，还包括特定的法效果，典型如无追加物保行为但抵押物价值增加的情形、^{〔87〕}通过清偿主债权而使担保人受益的情形。^{〔88〕}破产法系在功能主义立场使用“中止”“撤销”等术语，而非执行法或民法中的原初内涵，目的就是为对损及概括清理以致影响整体利益实现的一切行为或效果均加以排除。

3. 破产法的应然态度

基于前述法理，自动冻结与偏颇撤销两项制度自无需考虑个别追偿是否系通过强制执行或诉讼、仲裁为之，这也是主流国家立法的观点，如美国联邦破产法第 101 条（54）、德国支付不能法第 141 条、日本破产法第 165 条。这并不涉及对强制执行权威性的评价，更何况，即便系通过强制执行为之，债权也不会更具执行力。只要限制破产申请任意撤回权，这一规则也无滥用的可能。此外，这里也无需单独考虑债权实现的成本，因其本就属于破产债权的范围，且债的非强制实现也存在该问题。如前文所述，从事前的角度看，这一规则也更符合债权人个体利益。对于自动冻结，最重要的命题是使其进一步“自动化”。立法有必要明确，其效力之触发无需管理人或破产审判法院采取任何措施。破产程序一旦启动，无论债权人或执行法院，继续个别追偿即应承担相应的法律责任。不仅如此，德、日等国甚至设有临时冻结制度，经当事人请求并经法院认可，在破产受理审查期便允许对个别追偿加以冻结。^{〔89〕}如前文所述，美国更直接规定，破产申请均具有直接启动破产程序的效力，申请一旦提交便能触发自动冻结。对于偏颇撤销，同样应以破产法的宗旨为唯一出发点，而无需考查偏颇效果发生的原因、当事人的主观状态等。该制度应当考虑的是，如何一方面增加其威慑力与实际功效，如区分债权人身份设置不同追溯期间、对破产界限的认定采推定规则，另一方面将有利于整体利益的行为或效果排除在撤销范围外。当然，对这些问题的讨论同样不应放在执行法的框架下进行。

另需强调的是，利害关系人整体利益的促进不仅构成突破执行法的原因，同时构成判断突破限度的标尺。破产法能在多大程度上突破执行法，同样取决于其立法宗旨实现的需要。由是，即便债权人的个别追偿将受到冻结，只要债权人及时申报，其债权本身并不为破产法所否认。类似地，即便债权人所得的偏颇清偿遭到撤销，在利益被追回的范围内，其债权也应恢复至原状。故在清偿主债权而使担保人受益的情形，若对主债权人行使偏颇撤销权，则担保关系亦应予恢复。这一点同样可视为破产法对执行法的形式化原则与破产法外的实体法予以尊重的结果，即仅否认债权受偿的结果，而与执行法一样不否认债权本身的正当性，后者只能根据破产法外的实体法来评价。在此意义上，破产法对执行法与其他民商事法律的尊重可看作经过其检视的结果，而非一项独立的破产法原则。

结 语

“法学无法放弃体系思想……法条不可胜数，仅将之作为不具推演性的事实，系法学之

〔87〕 参见任一民：《既存债务追加物保的破产撤销问题》，《法学》2015 年第 10 期，第 111 页。

〔88〕 国内已有类似案件。参见工商银行衢州南区支行与衢江公司管理人个别清偿行为撤销纠纷案，浙江省衢州市中级人民法院（2018）浙衢民终 53 号民事判决书。

〔89〕 参见德国支付不能法第 21 条、日本破产法第 28 条。

所不能容忍，其必将探求其内在之关联。”^{〔90〕} 不论对破产法的完善与执行法的未来制定，还是对债务清理法内在体系的建立，破产法与执行法关系的厘清均有至关重要的意义。破产法毕竟建立在执行法（及其他民商事法律）的基础上，二者之间既共通又竞争、区别的关系，塑造了破产法与执行法的现代品格和格局，也为后续讨论有关二者关系的具体争议提供了相对明确的框架。统一后的金钱债权终局执行竞合处理规则究竟应采何种立法体例、破产申请激励措施的具体构建这两个分属执行法与破产法内部的问题，也得在此基础上展开进一步研究。另需说明的是，破产法尊重非破产法（包括执行法）的原则与破产法的立法宗旨，均可放到更广的语境下进行理解，其理论意义与实践价值不局限于破产法与执行法的关系这一范畴。由于具有跨多学科的属性，破产法可以看作外在体系相对模糊、但具有以利害关系人整体利益促进作为首要价值的明确内在体系的特殊法律领域，故本文的分析对讨论破产法与民商事实体法的关系或许也具有相当的辐射效应。

Abstract: Both bankruptcy law and enforcement law are the most important components of the debt collection law system. This commonality in origin requires that their legislation should be interconnected to the greatest extent and that bankruptcy law should in principle respect enforcement law. Unless bankruptcy law is required by its purpose to break through enforcement law, the solutions to common problems related to debt collection should maintain internal logical consistency. This commonality also leads to their competition in terms of application, the boundary of which cannot be artificially drawn. The root cause of the bankruptcy-initiation problem lies not in the participation-distribution regime, but in the lack of attractiveness of bankruptcy law itself. Encouraging the filing of bankruptcy petitions by introducing incentive measures should be the fundamental resolution to this problem. The distribution-participation regime should be positioned as one dealing with competing final enforcement of monetary claims through the same procedure, with its function independent of and the choice of its legislative pattern irrelevant to bankruptcy law. The purpose of bankruptcy law is the promotion of the overall interests of all interested parties through collective debt collection. Bankruptcy law does not need to be bound by enforcement law if their purpose conflict. Bankruptcy law could break through enforcement law's party-centrism and formalization principle, and more directly, reject the individual realization of debts, including compulsory enforcement.

Key Words: debt collection, bankruptcy petition, distribution-participation, compulsory enforcement, reference from enforcement to bankruptcy

〔90〕 [德] 海尔默特·科殷：《法学中的体系思想：历史及其意义》，金可译，载王洪亮等主编：《中德私法研究（19）：民法体系的融贯性》总第19卷，北京大学出版社2021年版，第140页。