

## “执行转破产”中的基本理论问题：民法的视角

韩世远\*

---

**内容提要：**因受理破产申请而中止执行，其时间界限宜严格依据《企业破产法》第19条“受理破产申请后”，对于破产申请受理时的执行行为不产生影响。共益债务依《企业破产法》第42条的规定是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，就此不宜解释为封闭性规定，解释上仍应依实质标准承认人民法院受理破产申请前发生的对全体债权人有益的费用为共益费用，使之可以作为“共益债务”优先受偿。别除权是担保物权、特别优先权等效力在破产程序中的体现，在《民法典》物权编等对担保物权明确承认物上代位性的背景下，对别除权的内涵、效力等的理解应与时俱进，承认别除权的效力不仅可体现在特定物上，也可以体现在该特定物的金钱代偿上。

**关键词：**执行转破产 共益债务 别除权

---

### 一、“执行转破产”话题的由来及本文问题的提出

#### （一）话题的由来

执行转破产制度由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》（第513条至第516条）所确立，并于2017年1月由《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》较为系统地规定。<sup>〔1〕</sup>我国既有的司法审判采用的是“三环节”理论，即立案、审判、执行，而实践中的执行案件很多（一度达到未执行到位案件数40%~50%的占比）因债务人欠缺执行能力而以“终结本次执行”的形式终结，并没有实质解决问题。2016年人民法院开展“执行转破产”工作，最高人民法院提出将破产制度作为司法审判工作的“第四个环节”，寄望于以一个破产案件来消解若干执行案件，从制度上打通解决部分执行难问题

---

\* 韩世远，清华大学法学院教授。

〔1〕 参见贺小荣、葛洪涛、郁琳：《破产清算、关联企业破产以及执行与破产衔接的规范与完善——〈全国法院破产审判工作会议纪要〉的理解与适用（下）》，载《人民司法·应用》2018年第16期。

的“最后一公里”。〔2〕2018年3月《全国法院破产审判工作会议纪要》对执行程序与破产程序衔接中的重点难点问题梳理，并提出了相应的解决方案和对策。2019年6月发布的《最高人民法院关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要（2019—2023）》，其中第10条就完善执转破工作机制作出新要求，进一步优化、规范执转破工作流程，完善当事人申请或同意执转破的激励和约束机制，做到应转必转、当破必破，确保渠道畅通，运转有序。2020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）》修改，将第96条删除，〔3〕换言之，被执行人是企业法人的，明确不再适用参与分配制度；符合破产条件的，应当转为破产程序，以此“倒逼”债权人申请债务人破产。最高人民法院的诸多举措，从司法活动诸环节关联性和一体性角度，直面“执行难”与“破产难”这两个社会现实问题，创新机制，立意高远，值得点赞。

另外，即便出台“执行转破产”相关规定后，实践中执行当事人申请转为破产程序的积极性仍较低（比如北京市某区人民法院2020年以前实际成功移送破产审查的企业数量仅占按照法律规定符合破产条件企业数量的1.3%），基本依赖法院“告知”“释明”“建议”等非强制性手段，与制度预期目标尚有差距。〔4〕何以如此？对债权人而言，执行程序比破产程序成本低、效率高，且经执行分配未足额清偿部分仍有追偿的可能，通过执行程序实现债权更有利。而破产程序需要通知所有债权人参与分配，意味着债权的受偿比例降低，可能让其他债权人“搭便车”。对于债务人而言，启动破产程序后将面对所有债权的清偿，而且企业经营中存在的诸多问题，如出资不实、侵占资产、挪用资金、违规担保、不当交易、经营失范等可能暴露出来，对债务人的管理层极其不利。〔5〕

“执破接轨”过程中的秩序塑造，既涉及民法（合同法）中债权的实现，又涉及对民事实体权利的程序保障（民事诉讼法、强制执行法以及破产法）。债权能否通过合法的途径得到实现，这是检验一个国家法律制度成败的标尺之一，为实现债权而奋斗，需要中国的立法、司法、学说及民众为之付出巨大的努力。〔6〕

## （二）本文问题的提出

一旦法院受理破产申请，围绕债务人的很多法律关系便因此而受影响，包括对债务人采取的财产保全、执行措施等，《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第19条有基本规定，可是，在实务中仍会遇到疑难情形，本文拟结合实际案例，探讨如下几层基本问题：（1）在“执行转破产”语境中，“执转破”的时间节点如何把握？换言之，法院受理破产申请对执行程序的影响，包括财产保全措施的解除、执行程序的中止等，自何时发生？与受理破产申请

〔2〕 参见杜万华：《深入推进破产法律实施 积极补齐市场机制短板》，载《人民司法·应用》2017年第19期。

〔3〕 “执行难”与“破产难”的原因不一，或谓从法律制度上看主要原因有二：一是破产程序的启动程序仅限于当事人申请；二是依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96条，参与分配制度在例外情形下可以适用于企业法人，并有在实践中被扩大适用的倾向，使得当事人不愿意启动相对复杂的破产程序。参见赵晋山、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。

〔4〕 参见张世君、李雨芊：《“执破衔接”实施的困境反思与制度改进——以破产启动职权主义为视角》，载《河南财经政法大学学报》2020年第3期。

〔5〕 参见陈杭平：《中国民事强制执行法重点讲义》，法律出版社2023年版，第206页。

〔6〕 参见崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第402页。

同时发生的执行行为是否因此而受影响？（2）“共益债务”是否仅以《企业破产法》第42条的规定为限？执行程序中债权人支出的有利于全体债权人的费用，可否作为共益债务而随时清偿（第43条第1款）及优先受偿（第113条第1款）？（3）破产法学界常认为别除权属破产债权，是否真的如此？如何把握别除权与破产债权的关系？日本曾有学者“从破产看民法”，以揭示民法的盲点。<sup>〔7〕</sup>笔者愿反向而行，从民法看破产，如能就破产法的盲点揭示一二，则属幸甚。

## 二、受理破产申请对执行程序的影响：中止执行的边界划分

执行程序与破产程序共同的连接线索为债务清偿，亦即债务人应以其财产保障其债权人债权的实现，不过，二者的理念及功能定位不同。执行程序通常是就特定债权进行“个别清偿”，是对债务人财产的个别执行。如果就同一债务人存在多个债权人，债权人各顾各的，因而“先下手为强，后下手遭殃”。如果债务人的责任财产充足，后下手亦不至于不获清偿，结果差异不大。问题在于，债务人的责任财产有限，一旦不足以清偿全部债务，后下手的便难免遭殃。与之不同，破产程序旨在对全部债权实现“整体清偿”，是对债务人财产的“概括执行”，追求的是债权人之间相对的公平。以下以一则案例，展示执转破的时间节点问题。

### （一）案情简介

原告X与被告Y发生租赁合同纠纷，一审C法院判决：1. 确认双方租赁协议于2021年12月14日解除；2. Y向X支付违约金1900万元；3. Y将租赁标的物恢复原状；4. 驳回X的其他诉讼请求。双方均不服，提起上诉，二审D法院审理后裁决驳回上诉、维持原判。终审判决于2022年9月16日生效，Y并未依法履行，故X在同年9月30日向C法院申请强制执行，C法院在同年10月10日执行立案。另外，C法院依X的申请在诉讼中已经冻结了Y的银行存款2300万元。执行程序中，C法院在同年10月27日将执行款项1900万元依法扣划至法院账户内，因当地疫情突发，全区静默，导致C法院在同年10月30日将上述执行款项1900万元划拨至X账户。此后，C法院在11月1日收到E法院的破产案件受理裁定书、指定管理人决定书，以及中止执行告知函，该法律文书载明，E法院于2022年10月27日裁定Y破产清算。Y公司破产管理人以及E法院立刻与C法院沟通，称上述1900万元系破产财产，应立刻予以执行回转；同时，针对此问题向省高院汇报，并请求协调处理。鉴于此情况，C法院立刻在11月2日将上述款项1900万元全额冻结，并于11月14日作出执行裁定，以《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）》[以下简称《破产法解释（二）》]第5条规定为由，认为该1900万元的划拨是在10月27日破产受理之后，属于债务人财产，应执行回转，故裁定：1. 解除对Y的财产保全措施；2. 划拨X账户执行款1900万元至C法院账户。X无奈提出执行异议。<sup>〔8〕</sup>

### （二）“中止执行程序”的时间界线

《企业破产法》第19条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解

〔7〕 小林秀之「破産から新民法がみえる」(日本評論社, 2018年) 参照。

〔8〕 参见张炜颀、季园琴：《破产与执行程序下债务人财产界定标准矛盾的实务研究》，载《第十四届中国破产法论坛论文集》(第二册)，2023年，第495页。

除，执行程序应当中止。”换言之，破产程序一旦启动，个别执行便应停止，统一并轨到破产程序。

关于“债务人财产”，《企业破产法》第30条已有明确界定，“破产申请受理时”是一个关键时间点。在上述案例中，尽管执行法院知悉破产申请受理的时间在后，但《企业破产法》毕竟是法律，《破产法解释（二）》第7条、《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》（法发〔2017〕2号）第16条、第17条以及《最高人民法院给重庆市高级人民法院的复函》等相关规定，理应作与上述法律规定不矛盾的解释，诸此规范并不具有修改法律规定的效力。因而，对于实务中既已存在的裁判不统一，〔9〕理应在辨析清楚法理的基础上，回归统一。

上述案例实属一则“疑难案件”（a hard case），〔10〕又属“边际案型”，值得特别讨论。特别之处在于，C法院将执行款扣划至法院账户的时间与E法院裁定Y公司破产清算的时间是同一天，且无从区分先后。如此，C法院在该天扣划走的1900万元，是否仍属于Y进而构成破产法上的“债务人财产”，便模棱两可，并不明确。依据《企业破产法》第19条规定，法院“受理破产申请后”有关债务人财产的执行程序应当中止。在受理破产申请的当时，执行程序依法尚不应当中止。因而，《破产法解释（二）》第5条所要纠正的也是“破产申请受理后”未中止的执行程序。既然受理破产申请的裁定并不具有使当时的执行程序中止的法律效力，故C法院扣划Y1900万元的行为仍属有效，那么，便应进一步分析其效力内容。

其一，在强制执行法上，扣划账户资金与查封账户恐怕应作区分，二者的效力尚有差异。查封账户是诉讼财产保全措施，其效力在于限制债务人对其财产的处分（处分权能之限制）；而扣划资金，则借由执行法院的强制处置权使得资金脱离原账户主人，进入到新的账户。账户资金作为金钱的一种具体表现形式，与普通的动产不同，一旦脱离占有，便丧失了所有。进而，该资金流动归属于新的主体。在本案中，法院先扣划被执行人的资金到自己账户，再转给执行申请人，当属对于资金的一时性的无偿保管，属于一种提存。执行申请人在提出执行申请时，便有鲜明的使相应资金属于自己的意思，故在此种场合，也可以解释为借助执行法院的强制处置权，无须被执行人意思配合，在1900万元脱离Y账户的一刹那，便已归属于X，法院只不过是代X暂时保管而已。〔11〕也可以说，在1900万元脱离Y账户的一刹那，其1900万元违约金债务便因此而消灭，有关债务人财产的执行程序对于Y而言便已结束，进而也无从谈及“中止”，进而，也无须依《破产法解释（二）》第5条之要求予以纠正。

其二，执行程序与破产程序的基本理念不同，前者鼓励先下手为强，后者则关注债务人财产不足以清偿全部债务场合全部债权的整体清偿。前者提倡及早动手、积极启动个别执行；后者则专注于公平受偿，尽管大家吃不饱，仍然是平等主义下的“大锅饭”，哪怕有人搭便车。正如上述案例所示，X不仅积极投入一审、二审，申请强制执行，而且采取保全措施、查封Y账户。而在破产程序中，未必全体债权人均有积极的投入，却可以与有积极投入的债权人一样吃“大锅

〔9〕 在实践中既有以破产受理法院作出受理破产裁定的时间为节点的案例，也有以执行法院知悉破产的时间为节点的司法案例，值得关注。

〔10〕 See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 81; [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第115页以下。

〔11〕 关于提存标的物所有权的移转，可参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第726页以下。关于执行法院对于执行财产的保管角色，可参见陈杭平：《中国民事强制执行法重点讲义》，法律出版社2023年版，第101页。

饭”，这样，比较两种不同的利益状态，法规则理应倾向于鼓励前者。因而，在模棱两可的边际案型场合，法政策应优待前者，亦即肯定与受理破产申请同时进行的执行行为仍然有效。

假如 E 法院受理破产申请与 C 法院扣划 Y 资金之执行行为并非发生在同一天，而是执行行为晚了一天，那么，案件便无翻转的可能，晚一天的执行行为理应中止，相应的扣划行为因不合法故不发生相应的法律效力，相应的资金仍应作为债务人财产。这时，X 当然会觉得功亏一篑，似乎令人惋惜，但这种情形并不属于边际案型，只不过是近于边际而已，但法规则依然清晰，并非模棱两可。

### 三、执行程序与破产程序对接中的共益债务

#### （一）问题的所在

在上述案例中，假如 X 在诉讼及执行程序中支出了律师费、保全费、保全保险费等相关费用，由于法院受理破产申请、解除保全措施，乃至执行回转，个别执行申请人的上述前期投入及费用等，可能因破产程序的启动进而所有的债权人均可参与分配而沦为虚掷；对于此番努力保全的“债务人财产”，因破产申请的受理而使得其他债权人“搭便车”，这是以上案例中人们会替 X 感到冤枉的原因所在。由此引发一项追问：个别执行申请人先期支出的费用是否只应作为自担的风险，抑或其中有些费用可以在某些条件下（比如可否评价为“共益费用”）在法律上有所救济。

《企业破产法》对“共益债务”作了规定，并赋予其“由债务人财产随时清偿”的效力（第 42 条和第 43 条）。不过，第 42 条规定的是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，学理及实务往往作严格解释，认为破产受理前发生的债务不属于共益债务。<sup>[12]</sup> 或者认为，对债务人财产进行无因管理所发生的债务作为共益债务的，仅以破产程序开始后发生者为限。对于债务人财产进行无因管理所发生的债务成立于破产程序开始前的，不得作为共益债务；但无因管理开始后持续的无因管理所发生的债务应当作为共益债务。<sup>[13]</sup> 对于破产申请受理前支出的费用是否救济，需要审慎思量。理论是灰色的，生活之树常青。我国司法实践中，就“共益债务”已有裁判事例突破“法院受理破产申请后发生”之限定，值得关注。<sup>[14]</sup>

#### （二）救济的必要性

不将个别执行人前期费用的线条拉得过长，仅以采取查封措施为例，在被执行人的财产不能清偿所有债权，被执行人的其他债权人依法向人民法院申请对执行财产按其债权性质或者债权数额按比例予以受偿，即所谓“参与分配”的场合，我国法院积极探索适用参与分配制度（或称之

[12] 参见王卫国：《破产法精义》，法律出版社 2007 年版，第 122 页；最高人民法院民事审判第二庭编著：《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 2017 年版，第 211 页。

[13] 参见邹海林：《破产法：程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 315 页。相似观点另见韩长印主编：《破产法教程》，高等教育出版社 2020 年版，第 99 页。该观点就为何要以破产程序开始后发生者为限并未特别说明。倒是我国台湾地区学者作了简要说明，以同系于破产宣告前发生之债权，无因管理人之债权，无较其他因契约行为所生债权有优先受偿之理由。参见陈荣宗：《破产法》，三民书局 1986 年版，第 212-213 页。

[14] 参见浙江省杭州市江干区人民法院（2016）浙 0104 民初 5948 号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙 01 民终 5761 号民事判决书。

为“小破产”）所应坚持的原则，比如江苏省高级人民法院认为，除了债权平等原则外，还应坚持“利益平衡原则”，强调“还应注意平衡某些特定或特殊债权人的利益，对执行财产查找、控制以及获得中贡献较大的债权人应当适当提高分配比例”〔15〕。在北京地区，“参与分配程序中，若执行标的物为诉讼前、诉讼中、仲裁前或仲裁中依债权人申请所保全的财产，在清偿对该标的物享有担保物权和法律规定的其他优先受偿权的债权后，对该债权人因申请财产保全所支出的成本及其损失，视具体情况优先予以适当补偿，但补偿额度不得超过其未受偿债权金额的20%；其剩余债权作为普通债权受偿”〔16〕。此类做法表明，法院已意识到在参与分配场合补偿因财产保全所支出成本的必要性，并积极探索补偿方案。在破产场合也存在类似问题，如果不做相似处理，恐怕欠缺实质性理由。因而，应该认为，在破产场合也存在着相似的救济必要性，应该进一步探索对执行程序中投入了前期费用的债权人予以特别救济的可能性。

### （三）救济可能性之探索

#### 1. 比较法之考察

德国《民事诉讼法》第804条（扣押质权）规定：“（1）扣押后，债权人在扣押物上取得质权。（2）在与其他债权人的关系上，扣押质权使债权人得到与因契约取得动产质权时同样的权利；破产时，扣押质权优先于不视为动产质权的质权与优先权。（3）扣押在先所生的质权优先于扣押在后所生的质权。”〔17〕根据该条第1款，债权人通过扣押在被扣押的客体上取得扣押质权（Pfändungspfandrecht），该质权在与其他债权人的关系上，赋予债权人如同通过合同取得的动产质权（Faustpfandrecht）一样的权利。〔18〕在对债务人财产的支付不能程序中，债权人享有别除权（《支付不能法》第50条第1款第2种情况）。〔19〕当然，就此还应注意，破产程序启动最重要的效力就是对破产财团的扣押，债务人对属于支付不能财团的财产进行管理和处分权利因此而转移给破产管理人（《支付不能法》第80条第1款）。扣押对于破产债权人意味着：破产财团如今已为共同清偿之目的，从责任法上划归他们。而根据《支付不能法》第89条，程序启动导致执行禁止；另外，自启动申请提出前一个月至程序启动期间，通过强制执行的方式取得的担保权利，自程序开始时起失去效力（《支付不能法》第88条）。这意味着，无须再根据《支付不能法》第129条以下进行撤销；只有在此之前取得的扣押质权，方可为债权人成立别除权。〔20〕

在日本，因为保存行为而支付的费用，本身对于全体债权人有益处。在债权人代位权属于对全

〔15〕《江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》第2条第2项。

〔16〕《北京市高、中级人民法院执行局（庭）长座谈会（第五次会议）纪要——关于案款分配及参与分配若干问题的意见》（2013年8月21日）第15条第2款。

〔17〕谢怀栻译：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第804页。

〔18〕关于该种扣押质权的法律性质，在德国存在公法说、私法说、混合说（德国目前的通说）等的争议。参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯：《德国强制执行力法》（上册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社2019年版，第616页以下。相关德文术语译法，参见 Bernd Götz：《德日汉法律用语辞典》，郑昆山译，五南图书出版公司2000年版，第143、292页。

〔19〕参见〔德〕弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯：《德国强制执行力法》（上册），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社2019年版，第626页。中译本标注为《支付不能法》第49条第1款第2种情况，疑似有误，应订正为第50条第1款第2种情况。参见杜景林、卢湛译：《德国支付不能法》，法律出版社2002年版，第28页。

〔20〕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70页；Reinhard Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl., Mohr Siebeck 2021, S. 88.

体债权人的共同担保进行保全的场合，此种费用偿还请求权可以作为共益费用，如依《日本民法典》第306条第1项及第307条，会在债务人的总财产上发生（一般）先取特权；在代位债权人受领标的物并因保管而支出费用场合，对于该费用偿还请求权，还可以在标的物上发生留置权。<sup>〔21〕</sup>在日本法上，先取特权与留置权一样，属于法定担保物权，是某些特定的债权人当然取得的权利，而非依当事人合意发生的权利。<sup>〔22〕</sup>某债权人由于支出了“共益费用”，其他债权人亦因此受益，使之优先获得回收，实属公平。<sup>〔23〕</sup>另外，由于一般先取特权可从债务人的总财产中优先得到清偿，故被担保债权是优先性的破产债权，惟因其不能从特定的财产中获得清偿，故不属于别除权。<sup>〔24〕</sup>

通过考察比较法可以看出，对于在为个别执行做准备的扣押、保全等程序中支出的费用，在德国、日均有特别的救济，而且，二者的救济均非在破产法中提供，而是在破产法之外提供，换言之，均未借助于破产法中的“财团债务”。在德国是通过民事程序法特别规定的扣押质权，并在《支付不能法》中明确赋予享有该扣押质权之债权人的主债权、利息和费用以别除权（第50条第1款）。日本法是在民法典中规定共益费用之债权具有一般先取特权，虽与德国法路径不同，但就执行准备阶段发生的共益费用，在提供特别的救济途径方面则是相同的，这既可以佐证前文关于保全费用救济之必要性，也可以提示我国法解释论的努力方向。比较法之功用不在于简单的法条之比较，而系借助于功能比较之方法，就相同现实生活中的问题，启发法解释灵感，展现相似规范调整功能之可能，提示本国法可能的发展方向。

## 2. 我国解释论的探索

为实现债权而对债务人的财产采取保全措施，此类举措得从两个方面观察。其一，自债权人角度，是为实现自己债权而采取的必要举措，是对于自己财产的管理行为；其二，自债务人角度，因其财产为债权人债权的一般担保，故因负债而给债权人提供介入该一般担保之管理机会，即在法律上承受债权人对其责任财产的介入可能。本来，自己的财产自己管理，他人不得随便介入，在因债之法锁而将两个主体联系在一起的时候，为防范债务人责任财产之不足清偿，而借助公权力之手对债务人责任财产予以保全（扣押是国家执行机关的高权行为<sup>〔25〕</sup>）、为下一步变价偿债做准备，便会呈现一体之两面：既是对自己财产的管理行为（确保债权之催收），也是对债务人财产的一种正当管理行为（限制债务人对其财产的处分、隐匿或损毁）。作为与处分行为相对而言的观念，管理行为包括保存行为（防止财产灭失和损坏、维持其现状的事实行为或法律行为）、利用行为（把财产按照其性质有效地加以利用的事实行为或法律行为）和改良行为（在不改变财产性质的范围内增加其价值的事实行为或法律行为），<sup>〔26〕</sup>对债务人的财产采取保全措施，便属于保存行为，是广义的财产管理行为之一种。因此而支出费用场合，此种费用可否由债务人

〔21〕 奥田昌道=佐々木茂美『新版債権総論』（中巻，判例タイムズ社，2021年）394頁参照；参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第149页。

〔22〕 道垣内弘人『担保物権法』（第3版，有斐閣，2011年）43頁参照。

〔23〕 道垣内弘人『担保物権法』（第3版，有斐閣，2011年）46頁参照。

〔24〕 参见〔日〕石川明：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，上海社会科学院出版社1995年版，第84页。

〔25〕 参见〔德〕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），王洪亮、郝丽燕、李云琦译，法律出版社2019年版，第614页。

〔26〕 参见我妻荣主编：《新版新法律学辞典》，董璠舆等译，中国政法大学出版社1991年版，第136页；松岡久和=中田邦博（編）『新コメンタール 民法（財産法）』（第2版，日本評論社，2020年）137頁。

负担，以及可否作为共益债务而先予清偿，均需在解释论上进一步讨论。大体需要解决两方面的问题：其一，因保存行为而支出费用，就此请求债务人返还的请求权基础何在；其二，该请求权有别于普通债权而获优先受偿，相应的规范基础何在。以下分别说明。

债务人的债务依其发生原因，大体而言无外乎合同、无因管理、不当得利、侵权行为及缔约过失等。《企业破产法》第42条规定的共益债务也可分别整理归入上述几类债的发生原因。本文并不准备全面讨论，而想以债权人行使代位权为例，讨论债权人保全债务人责任财产而支出的费用是否构成共益费用，进而是否具备优先受偿属性。比如，一方面，债权人对债务人的债权尚未到期；另一方面，债务人对相对人有金钱债权而不积极行使，而其诉讼时效期间即将届满，如不主张则会影响债权人债权的实现。这时债权人依《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第536条可以代位行使债务人的债权，请求相对人向债务人履行。为此，债权人因委托律师而支出费用若干。债权人此举属于保存行为，是典型的保全债务人责任财产的行为。此后，债权人债权到期，并取得了执行名义，申请法院查封债务人财产，并就该财产强制执行。这时，债务人的其他债权人申请债务人破产，法院启动了破产程序。

首先，债权人行使代位权的必要费用由债务人负担（《民法典》第535条第2款）。这构成债权人费用请求权的规范基础。据此，也可以说债务人所负担的是一项法定债务。

其次，中国法既不像德国法那样在民事诉讼法中明确规定扣押质权，也不像日本法那样在民法典中规定就共益费用债权人在债务人的总财产上有先取特权，如此，共益费用之优先受偿便难以像德、日两国在破产法之外寻找救济，更可行的方案是在破产法内部发掘潜力。好在我国破产法中未像德、日两国使用“财团债务”之类概念（如德国《支付不能法》第54条和第55条等），而是新创了“共益债务”概念（《企业破产法》第42条），尽管其主要规范功能与前者相当，但就其语义而言，实有较前者更大的空间。

在破产程序中，不考虑担保物权等具有民事实体法基础的优先受偿权，具有优先受偿属性的便是《企业破产法》第43条规定的破产费用和共益债务，它们“由债务人财产随时清偿”。由于《企业破产法》第42条将共益债务限定于“人民法院受理破产申请后发生的”，故此此前发生的便难以直接适用。司法实践中，对于法院受理破产申请前发生的费用，有一审法院直接适用了《企业破产法》第42条第2项之规定，确认原告为被告垫付的费用为共益债务，<sup>[27]</sup>二审法院指出一审直接适用第42条第2项不当的同时，认为“宋都公司垫支资金的行为发生于亚西亚公司破产原因具备之后，且系受政府指令托管已停工的阳光景台项目而产生，非纯粹的商业行为，同时，因宋都公司的资金垫支，阳光景台项目完成续建并竣工，使债权人受益，故宋都公司垫支资金22734100.64元的债权可在亚西亚公司破产清算程序中参照共益债务进行清偿”<sup>[28]</sup>。此处的“参照共益债务进行清偿”并没有法律明确依据，故并非“准用”，而是一种类推适用。由此也可以说，二审法院认为我国破产法存在一项法律漏洞，并应通过类推适用填补该漏洞。

我国破产法学说也承认，实质上是为全体债权人利益而发生的破产费用、共益债务为一般优

[27] 参见浙江省杭州市江干区人民法院（2016）浙0104民初5948号民事判决书。

[28] 浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙01民终5761号民事判决书。

先权，并且认为我国立法也应采取将一般优先权与别除权区别开的做法。<sup>[29]</sup>不过，“共益债务”概念在《企业破产法》中仅出现在第42条、第43条和第113条，立法对于此概念的界定仅出现在第42条；另外，《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（三）》（2020年修正）第2条第1款进一步明确了重整中借款的优先受偿权利。<sup>[30]</sup>“共益债务”的内涵是否以“人民法院受理破产申请后发生”者为限，在学说上仍应进一步阐释、消解盲点，以济实务应用。通过上述对日本民法及破产法学的介绍，不难看出，其“共益费用”不仅可出现在破产法中，也存在于民法中；日本法中“共益费用”之一般先取特权的识别取决于该费用是否使其他债权人受益，并不存在以法院受理破产申请为时间分界点的问题。这可以启发我们，对于“共益债务”应该由形式的判断走向实质的判断，宜在个案中具体识别，拓展“共益债务”的应有内涵。果如此，《企业破产法》第42条对于共益债务的规定便应解释为不完全列举性的规定，不具有封闭性。从实质的判断出发，共益债务应是一个开放的概念，它以其他债权人是否亦因此而受益为基本判断依据。当然，这里可能涉及另外一个问题：是否同时要求债权人对该费用的支出是出于共益目的。

就破产程序中的共益费用（或称财团费用），有学者强调此等费用必须系为破产债权人共同利益所支付者，破产债权人為自己利益对破产财团或其他债权人进行诉讼所支付之费用，均不得列为财团费用，应由破产债权人个人负担。<sup>[31]</sup>如果按照这样的要求，那么很多场合债权人支出的费用便达不到共益费用的要求。另外一种可能的方案是，对共益费用的成立只要求客观要件，即客观上使其他债权人受益，并不再要求支出费用的债权人主观上须为共益目的，这样便可以大大放宽共益费用的成立。笔者倾向于后一方案，因为绝大多数场合，债权人会是基于利己目的，有时可能兼利他。就本文所重点关注的问题，即“执转破”场合，前期费用的支出客观上会使其他债权人受益，不承认其构成共益费用，其结果便是默认其他债权人免费搭车，并不公平。

行文至此，我们恐怕应该直面常青的生活之树，使理论与与时俱进，在《企业破产法》第42条之外有条件地承认其他“共益债务”的存在，在法律适用上，对于受理破产申请前发生的实质的共益债务，类推适用《企业破产法》第42条和第43条，使之获得“由债务人财产随时清偿”的地位。从效果上看，这也有鼓励债权人积极从事保存行为的效果，在法政策的层面，亦值得提倡。

## 四、破产财产及别除权

### （一）责任财产、债务人财产与破产财产

近现代债法强调债务与责任的区分，责任为对于债务履行的担保。<sup>[32]</sup>加之对债务不履行不承认“人的责任”、只承认“物的责任”，即“债务人之一般财产系债务不履行对债权之总担保”<sup>[33]</sup>。

[29] 参见王欣新：《破产法》（第4版），中国人民大学出版社2019年版，第367页。

[30] “参照《企业破产法》第42条第4项”之表述被人诟病，换言之，本应“适用”的却被表述成了“准用”，如此一来，“不仅没有提高反而降低了、不仅没有明确反而模糊了其优先清偿地位”。王欣新：《破产法》（第4版），中国人民大学出版社2019年版，第354页。

[31] 参见陈荣宗：《破产法》，三民书局1986年版，第207-208页。

[32] 参见诸葛鲁：《债务与责任》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（上），五南图书出版公司1984年版，第20页。

[33] 林诚二：《论债之本质与责任》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（上），五南图书出版公司1984年版，第38页。

如此，对于债权而言，真正的保障不在于债务人的“责任”，而在于债务人的“财产”。因而，债务人的财产即是其对外能够承担责任的保障，学理称为“责任财产”，它在民法上是一个重要概念，债权人代位权、债权人撤销权等均是以此概念为核心发展出来的法律制度。

“债务人财产”不仅在民法中使用（比如《民法典》第687条第2款），而且在破产法中使用（《企业破产法》第四章标题、第19条、第30条等）。另外，破产法中还使用“破产财产”，“债务人被宣告破产后……债务人财产称为破产财产”（《企业破产法》第107条第2款）。因而，“破产财产”是在特定阶段使用的概念。<sup>[34]</sup>

责任财产、债务人财产以及破产财产，不严格地讲大体相当，严格地讲彼此仍有区别。就破产法而言，如果暂不考虑重整制度，破产清算及清偿债务的活动也可以说是“确产确权、依次分配”。“确产”即确定破产财产，“确权”即确定相应的债权及其顺序。因而，确定破产财产是非常关键的一环。不过，就其“破产财产”的内涵，特别是债务人以其特定财产设定特别担保的场合，该特定财产是否仍算入破产财产，可能有不同认识，我国立法也有变化。

原《中华人民共和国企业破产法（试行）》第28条第2款规定，债务人“已作为担保物的财产不属于破产财产；担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产财产”。相应的学理认为，“当债务人不能履行债务时，担保物的支配权和处分权已经与原所有人（或经营权人）相分离，属于债权人而不属于债务人”<sup>[35]</sup>。如今，《企业破产法》第30条规定：“破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。”没有排除债务人已作为担保物的财产。《破产法解释（二）》第3条进一步明确，“债务人已依法设定担保物权的特定财产，人民法院应当认定为债务人财产”。

就学理而言，对属于债务人财产的标的物享有担保权的人，其所应得者原则上不在于该标的物本身，而只是该标的物所体现的价值（以被担保债权额为限）。因而，债权人不能在债务人破产时取回担保物，该物属于破产财团。债权人只能请求就担保物先于其他债权人受偿，亦即以变现收益优先清偿有担保的债权。<sup>[36]</sup>由此看来，我国破产法的上述转变是合理的。当然，我国学说就上述转变也有解释，其理由有二：其一，如立法规定担保财产不属于债务人财产，将使管理人对担保物的接管活动（破产案件受理后，管理人将接管债务人的全部财产）失去法律依据。其二，如担保物不属于破产财产，便难以解释何以本不属于破产财产的担保物，在清偿担保债权后的剩余就可以直接用于对其他破产债权人清偿。<sup>[37]</sup>

这可以说是一种实用主义的转向。此种务实的立场，我国民法学者亦有相似的意识萌芽，比如崔建远教授早年曾写道：“在债务设立时确定责任财产的范围，象征的意义远远大于实用的价

[34] 我国破产法学理关于债务人财产和破产财产有“区别说”和“相同说”两种观点，由于我国立法上使用的是广义的破产概念，破产程序包括了清算程序和重整程序，“相同说”更为妥当，该说认为债务人财产和破产财产并无本质差别，仅仅是涵盖的时间段不同而已。参见韩长印主编：《破产法教程》，高等教育出版社2020年版，第142页。

[35] 柴发邦主编：《破产法教程》，法律出版社1990年版，第172页。

[36] 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136页；Reinhard Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl., Mohr Siebeck 2021, S. 171.

[37] 参见李永军、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125-126页。

值，不如采取务实的态度，以债务清偿期届满乃至进入破产程序之时为准确定责任财产的范围。”〔38〕许德风教授近来也表示：“责任财产是一项非常特殊的、法律拟制的‘事物’，其永远处于变动之中，但又必须遵循一些不变的底线规则，撤销权、代位权、偏颇清偿乃至公司债权人保护制度就是建立在该原理之上的具体制度。”〔39〕

## （二）担保物权与别除权

就前述案例而言，假如 X 不是查封了 Y 的账户，而是在 Y 的不动产上设立了抵押权，在 E 法院裁定受理 Y 破产案件时，X 在 C 法院的执行行为（实现抵押权）应否中止呢？抵押权属于典型的担保物权，因为抵押权的设立，被担保的债权的效力得以增强，表现在该债权具有优先受偿性，而且，附有抵押权担保的债权，因对抵押物有别除权，故可以不受破产程序的局限，可以在任何环节行使。

依《企业破产法》第 109 条，对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。学说称此为别除权（Absonderungsrecht）。在讨论别除权与破产债权的关系时，我国理论界常依第 107 条第 2 款对“破产债权”的界定，认为别除权也属破产债权，只不过是性质特别的破产债权。因别除权首先是对债务人的债权，其物权担保只是从属性权利，优先受偿权的享有并没有改变其是对债务人的债权的基本性质。〔40〕这种理解，显然是以被担保债权的债务人破产的情形为语境，并且似有意义混同之处，对此，如果以破产者并非被担保债权的债务人而是担保人的情形为参照，则更容易理解其间的差异。比如，债权人对于担保人享有抵押权，尽管该抵押权服务的对象是债权，但它本身并非债权。此时，债权人的债权所对应的债务人并非破产人，破产人只是抵押人而已。此种情形，符合《企业破产法》第 109 条规定的条件，该债权人就抵押物享有别除权（而不必另行考虑取回权），该别除权是就破产财产而言的，其基本性质恰恰不是债权，而是作为他物权的抵押权。职是之故，在学理上，别除权人并不限于破产债权人，别除权可以指担保物权设立人破产场合的担保物权的效力。〔41〕请参见图 1。

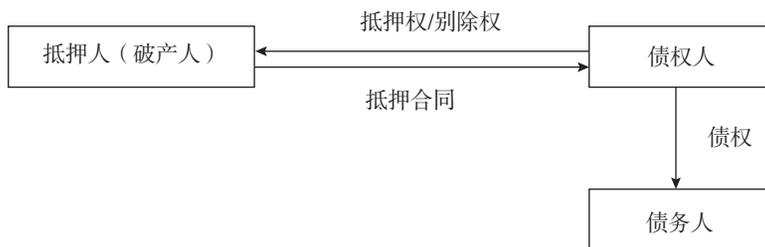


图 1 仅抵押人破产情形下债权人的别除权

债权是“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”（《民法典》第 118 条第 2 款），其本质属于两个特定主体之间相对的权利，是一方对于另一方的请求权。别除权在本质上有别于

〔38〕 崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社 2004 年版，第 30 页。

〔39〕 许德风：《债务人的责任财产——债权人撤销权、代位权及公司债权人保护制度的共同基础》，载《清华法学》2024 年第 1 期，第 42 页。

〔40〕 参见李永军、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 124 页。

〔41〕 山木戸克己『破産法』（青林書院，1992 年）160 頁参照。

此，它不是一方对于另一方的请求权，而是就特定财产排他性的优先受偿权，就排他性而言，实具有对世的效力。因而，有学者特别强调，别除权表达的是担保物权原则上不因设立人破产而受影响，它是表现其对于破产财团的效力或者作用的概念，因而它并非破产法创设的权利。<sup>〔42〕</sup>或谓别除权系基于破产宣告前在破产人特定财产上已存在担保物权之效力而来，并非破产法上新创设之权利；别除权是否存在，应以民法、商事法以及其他有关法律之规定为断。<sup>〔43〕</sup>这些关于别除权本质的认识，应该说是正确的。

在别除权人同时为破产债权人场合，该享有别除权的破产债权人应如何实现其债权，立法上有不同模式。其一，担保物权先行主义，即别除权人先行使其担保权，不足部分作为普通债权另行行使。其二，选择主义，即由权利人自由选择主张。其三，有限制的选择主义，如选择先就债务人的无担保财产变价分配，别除权人可先以其全部债权作为破产债权参加分配，但对其分配额应予以提存。待担保物变价后，别除权人再以担保物价款不足清偿的债权部分作为普通破产债权，按照破产分配的统一比例以提存财产清偿，超过应分配部分的提存财产向其他破产债权人作补充分配。我国学说依《企业破产法》第110条，推定其采取的是担保物权先行主义。<sup>〔44〕</sup>

就别除权的基础，《企业破产法》第109条规定的是对破产人的特定财产享有的“担保权”，一般认为包括对破产人的特定财产享有抵押权、质权、留置权之类担保物权，而且强调其标的物须为特定物，像所谓浮动抵押，由于作为其标的物的库存商品等处于变化状态，而非特定，故不承认可成立别除权。<sup>〔45〕</sup>

### （三）建设工程价款优先受偿权与别除权

《民法典》第807条规定了建设工程价款优先受偿权，就其性质有留置权说、法定抵押权说、法定优先权说等不同学说。<sup>〔46〕</sup>鉴于司法解释对于优先受偿的范围有严格限制，该权利与抵押权的担保范围尚有较大差异，殊值注意。<sup>〔47〕</sup>该权利可否成为别除权的基础？法律并未明确规定。在司法实践中，2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》明确了建设工程优先受偿权优于抵押权，因此，已有指导性案例显示，如果发包人破产，则承包人的建设工程价款优先受偿权在破产程序中即为别除权。<sup>〔48〕</sup>

对于别除权是否具有追及效力，有意见认为别除权的行使应以该特定物为限，如果该特定物损毁或者灭失，别除权即不存在。<sup>〔49〕</sup>不过，担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期限未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等（《民法典》第390条）。学说称此为担保物权的物上代位性，别除权既为担保效力的体现，故应认为此时别除权并不消灭。

〔42〕 山木戸克己『破産法』（青林書院，1992年）160頁參照。

〔43〕 参见陈荣宗：《破产法》，三民书局1986年版，第231页。

〔44〕 参见李永军、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125页。

〔45〕 参见安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第151页。

〔46〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第694-695页。

〔47〕 参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第500页。

〔48〕 参见指导案例73号“通州建总集团有限公司诉安徽天宇化工有限公司别除权纠纷案”，载《最高人民法院公报》2017年第6期。

〔49〕 参见安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第151页。

## 五、结 论

在“执行转破产”中，须从民法视角解决有关财产归属、共益债务范围、别除权效力等疑难问题。因受理破产申请而中止执行，其时间界限宜严格依据《企业破产法》第19条的“受理破产申请后”，对于破产申请受理时的执行行为不产生影响。共益债务依《企业破产法》第42条的规定是“人民法院受理破产申请后发生的”债务，就此不宜解释为封闭性规定，解释上仍应依实质标准承认人民法院受理破产申请前发生的对全体债权人有益的费用为共益费用，使之可以作为“共益债务”优先受偿。别除权是担保物权、特别优先权等效力在破产程序中的体现，在《民法典》物权编等对担保物权明确承认物上代位性的背景下，对别除权的内涵、效力等的理解应与时俱进，承认别除权的效力不仅可体现在特定物上，也可以体现在该特定物的金钱代偿上。

破产法一如强制执行法，是民法债权延长线上的存在。与体现在《民法典》合同编通则等中的债法一般规则相比，破产法调整的是数个债权的竞争关系以及通过重整等程序后的共生共存关系，是诸多法规范综合应用的演武场。就执行转破产而言，在没有现成教科书照搬的前提下，如何兼顾法律效果与社会效果乃至政治效果，考验破产领域法律人的智慧。在此过程中，不应仅就破产而言破产，而应跳出破产法进而从民法等更广泛的视角看破产法，或可有助于揭示盲点、突破局限、打开思路，最终蹚出一条适合中国实践需要的新路来。

---

**Abstract:** The time limit for suspension of enforcement due to acceptance of bankruptcy application should be strictly interpreted according to Article 19 of the Enterprise Bankruptcy Law, which requires it shall be “after” the acceptance of bankruptcy application. The enforcement at the time “when” the bankruptcy application is accepted should not be prejudiced. According to Article 42 of the Enterprise Bankruptcy Law, common benefit debts refer to debts “incurred after the people’s court accepts the bankruptcy application”; and this should not be interpreted as a closed provision. In light of the substantive standard, it is necessary to recognize expenses for the common good of all creditors incurred “before” the people’s court’s acceptance of bankruptcy application as common benefit expenses, which correspondingly shall be paid off in priority. The exemption right, in essence, is the embodiment of the effects of security interests or special rights of priorities in bankruptcy proceedings. Given the explicit recognition of the subrogation in rem of security interests in Section Property Rights of the Chinese Civil Code, the understanding of the connotation and effects of the exemption right should advance with it, and the effects of exemption right can not only be reflected in a specific thing, but also in the monetary compensation of that specific thing.

**Key Words:** from execution to bankruptcy, common benefit debts, exemption rights

---

(责任编辑：武 腾)