

周
腾◎主编



一线司法

理论与实证研究

第四卷 下册

YIXIAN SIFA

LILUN YU SHIZHENG YANJIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

周
腾◎主编

一线司法

理论与实证研究

第四卷 下册

YIXIAN SIFA
LILUN YU SHIZHENG YANJIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

一线司法理论与实证研究. 第四卷: 全2册 / 周腾
主编. —北京: 法律出版社, 2016. 7
ISBN 978-7-5118-9981-1

I. ①—… II. ①周… III. ①法律—文集 IV.
①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 220505 号

一线司法理论与实证研究(第四卷)
周 腾 主编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 7 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨锦华
印刷 三河市兴达印务有限公司

印张 65.25 字数 1500 千
印次 2016 年 7 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-9981-1

定价(上、下册): 149.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

调研报告

15. “由执入破”的必要性与可行性分析
——以 G 省法院为研究样本
广西高级人民法院民二庭、兴宁区人民法院课题组 / 519
16. 法官员额制度在南宁法院系统实施的可行性分析的调研报告
——以南宁市两级法院为视角
南宁市武鸣区人民法院课题组 / 528
17. 检察权对民事审判权运行影响的实证研究
南宁市中级人民法院课题组 / 543
18. 边疆民族地区审判权运行机制研究
——广西试行行政案件集中管辖后行政审判权运行机制改革研究
南宁市中级人民法院课题组 / 592
19. 边疆民族地区审判权运行机制研究
——以广西壮族自治区基层法院审判组织运行行政化对审判权运行的影响为视角
南宁市江南区人民法院课题组 / 648
20. 人民法庭司法公开三大平台调研报告
——以南宁市法院所辖人民法庭为分析样本
南宁市马山县人民法院课题组 / 695
21. 社会舆论对审判权运行影响的实证研究
南宁市良庆区人民法院课题组 / 730
22. 健全法官员额制改革下广西法院法官遴选制度的调查报告
——引入法律多专家层次分析法创新研究
兰 岚 / 786
23. 司法改革语境下完善审判管理机制的调研报告
——以广西法院为研究对象
郑肖肖 / 809
24. 法官员额制改革背景下基层法院综合管理部门法官配置问题的调研报告
南宁市兴宁区人民法院课题组 / 838

案例研究

1. 李兴虎不服南宁市良庆区民政局婚姻登记案
韦思阳 / 863

2. 以“假结婚登记”方式,协助他人偷越边境,构成偷越边境罪
——洪军等组织他人偷越边境、偷越边境案 赵 阳 欧阳杰 / 868
3. 余莲娣诉南宁市住房保障和房产管理局颁发房屋所有权证案
李 艳 蒙永富 / 875
4. 本案合同性质是买卖合同还是行纪合同的认定
——南宁市益高商贸有限责任公司诉港之源商贸有限公司南宁家家
旺超市等行纪合同案 王 坚 / 882
5. 本案银行电话催款主张权利的效力应如何认定
——交通银行股份有限公司广西壮族自治区分行诉易春燕信用卡案 王 坚 / 885
6. 潘灼焕等诉广西横县童乐周进水牛乳业有限公司解散案 陆 敏 / 888
7. 钟力、钟碧与中国建设银行股份有限公司南宁五一中路支行储蓄存款
合同案 刘绍锋 / 897
8. 食品安全 QS 标志认定
——广西南宁速芳商贸有限责任公司不服南宁市工商行政管理局
青秀分局工商行政强制案 滕 莹 田 波 / 903
9. 保险公司是否应对被保险人在其他医疗保险中已受偿部分进行赔付
——温仕汉诉中国平安人寿保险股份有限公司广西壮族自治区
分公司保险合同案 张漪帆 覃 斯 / 912
10. 高科技领域犯罪及电子证据认定
——郑云岳、陈庆军、李浩威破坏计算机信息系统案 朱柳青 / 917
11. 合法信访行为与名誉侵权行为的界限
——广西路桥公司诉福建隆盛公司侵犯名誉权案 农慧兰 / 921
12. 收单行是否承担赔偿责任
——交通银行股份有限公司南宁金源支行与许平等储蓄存款
合同案 仇彬彬 / 926
13. 实行过限、部分犯罪共同的认定
——闭佳宁等人故意杀人、故意伤害案 文 莲 郑晓霞 / 932
14. 虚假婚姻的决定
——原告黎达新诉被告广西隆安县民政局行政许可案 凌全民 / 943
15. 名为公益 实为敲诈
——梁茂敲诈勒索案 韦宏东 / 947
16. 电缆设施架设方应否承担赔偿责任
——原告覃汉芳等与被告汤小光等道路交通事故人身损害赔偿
纠纷一案 郑忠林 / 950
17. 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害,各机动车投保的保险公司责
任应如何分担
——陈叔英等诉中国大地财产保险股份有限公司南宁中心支公司
等机动车交通事故责任案 刘 萌 / 957

18. 合同约定条款因国家政策变更而无法履行,开发商逾期备案违约金债权
的诉讼时效如何起算
——苏丽萍诉广西南宁星江物业发展有限公司商品房销售合同案 刘孙丽 / 960
19. “限购令”下的房屋买卖
——高岩诉向际猛、徐来香房屋买卖合同案 李 涛 / 964
20. 公司增资行为的程序以及公司股东资格的认定
——吴声健诉韦振东公司增资案 黄家靖 / 971
21. 隐名出资人未经公司其他股东半数以上同意是否能成为公司的股东
——刘功声诉南宁市华坤塑料制品有限公司股东权益案 王立兵 王艳学 / 974
22. 延迟一天支付转让款,是否构成对合同的根本性违约
——苏贞通诉蒋心增股权转让案 陈 实 / 977
23. 公司品牌使用费能否作价转让
——蒙树航、沈永春诉王亮、徐清福、庞杰股权转让合同纠纷案 吴俊锋 / 981
24. 义务帮工人帮工过程中死亡,被帮工人承担何种的责任
——何灿江、韦香珍诉何灿安义务帮工人受害责任案 卢燕华 / 984
25. 黄光辉诉南宁市山鹰机动车驾驶技术培训有限公司等承揽合同案 罗春海 / 987
26. 同居关系子女抚养诉讼时效、抚养费应如何计算
——原告韦秀春与被告李生雄同居关系子女抚养案 陆润华 / 991
27. 子女是否可变更父母离婚协议,请求给付抚养费
——曾广荃诉廖燕抚养费纠纷案 周 湘 / 995
28. 抵押权是否消灭的认定
——石山等人诉上林县农村信用合作联社抵押合同案 卢一凤 / 998
29. 银行应否对被人盗取存款的储户承担赔偿责任
——石高魁诉中国工商银行股份有限公司南宁市朝阳支行
借记卡案 滕 骞 / 1001
30. 解除劳动关系过程中签订的处分协议是否有效
——青朝兴诉平乐公司劳动争议案 李 晓 / 1004
31. 送奶工与乳业公司之间存在劳动关系还是承揽合同关系
——原告于光英与被告广西皇氏甲天下乳业股份有限公司
劳动争议纠纷案 刘春花 邱旭梅 / 1007
32. 债务加入后,原债务人不能免除付款责任
——黎东等诉谢珊等买卖合同案 卢才德 / 1011
33. 建设单位、施工单位需对建筑物质量承担连带责任
——詹敬明诉中国电信股份有限公司广西分公司等构筑物倒塌
损害责任案 卢才德 / 1014
34. 轿车安全气囊在事故发生时未打开是否成为销售商承担责任的理由
——梁雪峰诉南宁铭典汽车销售服务有限公司销售商产品责任案
王立兵 傅 强 / 1018

35. 处理相邻关系纠纷应当本着有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则

——农燕诉周彩光相邻纠纷案

何卫萍 / 1021

36. 哈飞面包车应归谁所有

——南宁市乖仔工贸有限责任公司与黄应革、赖建勇所有权确权案

孙泽兵 / 1023

37. 业主知情权的保护

——黄文标、高春莲诉南宁市安吉新城业主委员会业主知情权案

罗世民 / 1026

后 记

/ 1033

“由执入破”的必要性与可行性分析

——以 G 省法院为研究样本

广西高级人民法院民二庭、兴宁区人民法院课题组*

据统计,近年来破产案件的数量有下降趋势,破产案件面临“启动难”。最重要的原因是博弈中各方的信息不对称,债权人在企业外部不掌握信息,在无法通过执行得到清偿的时候,即便债务人真的没财产,债权人仍一次次无休止地启动执行程序,不愿意申请破产。债权人之所以不愿意选择启动破产程序,是因为他们不愿意和其他债权人平分秋色。

根据最高人民法院关于解决执行难的最新文件精神,最高人民法院正在积极探索建立人民法院将执行程序转入破产程序的制度,这与学界的一致意见相呼应,即将当前破产程序依申请启动的单一渠道改革为以申请主义为主、以职权主义为辅的多渠道,以切实解决“破产启动难”与“执行难”两个相关联的实务问题。

但以上种种立法与司法实务倾向并不能忽略一个事实:目前在立法上,我国《企业破产法》对于破产程序的启动仍然采用单一的依申请主义,法院无法突破法律直接依职权启动破产程序。

以 G 省一则执行案例为例:被执行人某润汽车运输责任有限公司在 X 法院共有五十多起债务被列入执行案件,标的金额达到 200 余万元,但其注册资本仅为 100 万元。X 法院在执行过程中发现该公司已经资不抵债:银行账户均被依法冻结,账户内的存款也已被扣划,没有其他财产可供执行。对于债务人无可供执行财产的案,法院不能终止执行,只能裁定终结本次执行程序,等发现债务人具备履行债务的能力时才能恢复执行。据统计,G 省 2014 生产总值达 1.5 万亿元,有各类企业 365055 家。2014 年全省受理执行案件 59863 件,其中 30% 到 40% 甚至更多的执行案件中,债务人没有财产还债,实际上处于半死不活、事实上已经破产的状态。这些执行案件涉及的企业多为有限责任公司、个体工商户等。而在 G 省,此类执行不能又符合破产条件的执行案件每年都在增加(如图 1 所示)。

* 课题负责人:蒋太仁,广西壮族自治区高级人民法院民二庭庭长。课题组成员:蒋太仁、周家开、尹振中、梁慧。
执笔人:尹振中。

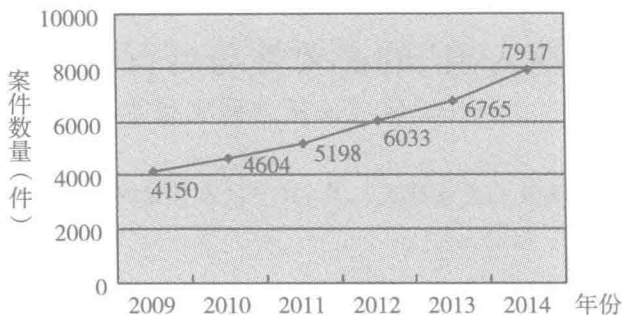


图1 近5年符合破产条件的执行案件数量

然而在现实中,债务人何时恢复履行能力难以预测。这些难以执结的案件长期堆积在法院,无法从执行程序中退出,形成大量积案。

一、造成以上现象的原因分析

1. 企业运营成本加大

近年来,我国原材料、能源价格等不断上涨,使一些初级产品或以此为生产原料的中小企业负担越来越大,最终影响整个企业的运营,有的企业不堪重负,面临倒闭的风险。同时,劳动力成本也在逐渐加大。2008年,我国开始实施《劳动合同法》,企业职工的工资标准以及福利待遇都有所提升,劳动力成本的提高挤压了企业的盈利空间。

2. 企业经营管理不善

部分企业的经营者只注重眼前利益,缺乏长远的目光及合理的经营理念,缺乏市场规划与调查,在市场竞争中逐渐处于劣势地位;部分企业是对自身人、财、物使用不当,缺乏掌控能力,一旦上下游企业出现问题就会导致资金链断裂而无法维持经营。如上述所说的G省某润汽车运输责任有限公司,其主要业务是管理其所属的营运车辆并收取管理费,而这些营运车辆都是由个体司机自行购买并挂在运输公司。管理费还没进公司账户就因各种成本支出所剩无几,而车辆属于挂靠性质无法强制拍卖。在管理水平低的情况下,挂靠的运输营运户因交通事故的赔偿产生大量债务。而公司财产接近于零,缺乏相应的履行能力,如果挂靠的运输营运户不能清偿债务,公司也无法用其他运营户的财产(车辆)来清偿。如此循环,公司的运营则容易陷入僵局。

3. 中小企业融资难度大

按照目前我国有关政策,中小企业要从银行得到贷款还是比较难的,有的企业无奈之下只能选择民间借贷。而民间借贷尚不规范,缺乏监管,一些企业甚至靠高利贷来保证资金,维持生产。2014年,在G省执行的符合破产条件企业的案件中,有3755家企业涉及借款合同、民间借贷纠纷。

4. 债权人对执行结果抱有过高期望

债权人在执行过程中过分依赖法院职权,对执行结果抱以过高期望,认为一旦进入执行程序,其债权必定能够得到清偿,如果未能实现,则必定是法院执行不力,责任在于法院,从而加深债权人与法院之间的矛盾。

二、法院依职权将执行程序转入破产程序的必要性分析

上述案件如果法院能够通过某一方式启动破产程序,则不仅在一定程度上可以缓解“执行难”,而且可以实现全体债权人的集体公平受偿,兼顾了债权实现的效率与公平,不失为保护债权人与维护社会稳定的一条有效途径。

(一) 部分执行案件的被执行企业缺乏应有的履行能力,符合破产的条件

如前所述的 G 省某润汽车运输责任有限公司,背负 50 多起执行案件,但每次在强制执行该企业财产的过程中,执行法官都难以实际扣划案款,公司账面余额往往接近于零。

而这样的运输公司管理成本低,相对其他安全水平较高的运输公司而言,有着低价优势,市场难以将其淘汰出局。旧的执行案件无法执行,新的案件又不断增加且同样无法执行,造成积案越来越多。这样的“积案制造者”还不止一家,如本院辖区内的广西某大运输公司也是同类企业。这些企业的共性是所涉纠纷在法院判决后,缺乏应有的履行能力,根据《企业破产法》第 2 条以及最高人民法院《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 1 条的规定,这种情况已经满足了破产条件。

(二) 由于各种主客观原因,当事人不主动申请破产

以 G 省为例,2009 ~ 2014 年全省受理的破产案件中,当事人申请破产的比例如下图 2 所示:

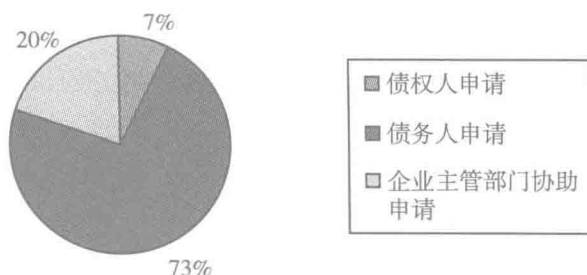


图 2 申请破产主体比例分析

就债权人而言,当债务人濒临破产时,债权人首先选择执行程序,以获得个别全额清偿。笔者对执行案件的当事人进行了抽样调查,选取了 372 个涉及债务人公司的执行案件,向当事人发放调查问卷,收回有效问卷 844 份,其中申请人 708 份,被执行人 136 份,调查结果如表 1 所示。

表 1 当事人选择执行程序的理由的问卷调查情况

(单位:人)

当事人的角色	被调查的人数	当事人选择执行程序的原因									
		成本低		效率高		债权受偿比例较大		债权后续得以清偿的可能性较大		其他	
		人数	占被调查人数的比率	人数	占被调查人数的比率	人数	占被调查人数的比率	人数	占被调查人数的比率	人数	占被调查人数的比率
申请人	708	215	25.47%	337	39.93%	531	62.92%	498	59%	93	11.02%
被申请人	136	11	1.3%	15	1.78%	0	0	0	0	116	13.74%

从表 1 的数据可以看出,在债权人看来,执行程序较破产程序而言有以下几个优点:

1. 成本低

执行程序除了执行费用由债务人承担之外,其他如协调、组织等费用则由财政支出,因此,法院承担了大部分的执行成本,而债权人在执行程序中几乎不用承担任何的成本。在破产程序中,各项费用都需要从破产财产中支付,对于债权人债权的实现无疑是不利的。

2. 效率高

如今,执行资源日趋丰富,执行机构在软硬件的配备上日益完善,执行能力也大幅度提高。而且,执行期限有法律的强制性规定,6 个月内要执行完毕。而破产程序在资源方面则比较匮乏,法院中也很少有专门审理破产案件的法官,审判组织专业化分工不强,审结期限长,往往要三四年才能审结。

3. 债权受偿的比例较大

执行程序保障的是个别债权的实现,债权人选择执行程序可以有效地将其他债权人排除在外,增加自己受偿的比例。而破产程序是保障全体债权人的债权,追求的是债权的公平受偿,申请破产程序的债权人债权的受偿比例在一定程度上将会下降。

4. 债权后续得以清偿的可能性较大

执行程序中,即便本次执行不能,债权人还可以保留债权等待被执行人有可供执行财产时申请恢复执行。而破产程序中,一旦宣告债务人破产,债权人未能受偿的债权将归于消灭。

就债务人而言,其主要担心的是破产程序启动后将要面临所有债权的清偿问题,而且企业内部的诸多矛盾可能会呈现,对债务人的管理层造成不利影响。

(三)在上述情形下,破产程序的效果优于执行程序

在 G 省,法院近 5 年受理破产案件的数量在逐年下降,如图 3 所示:

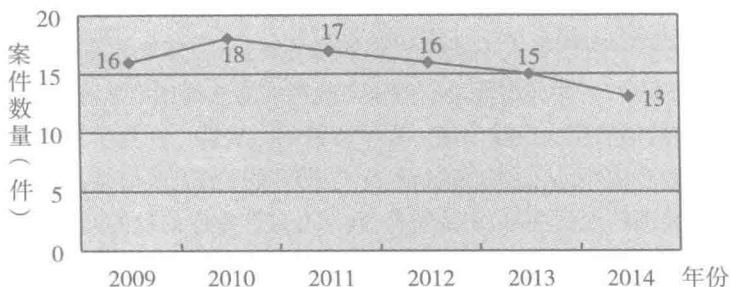


图3 G省法院近5年受理破产案件数

与此同时,工商机关每年吊销、注销的企业数量均在5000件以上。这说明,大量企业如果执行不能,则会选择注销而不是破产程序来退出市场。破产案件数量下降的原因除了当事人不愿意申请启动破产程序之外,还与社会对企业破产法律制度存在片面认识有关。根据G省法院对当地涉债务案件企业的调查,结果显示80%以上企业对破产程序存在认识误区,企业普遍把破产等同于企业死亡、职工下岗,而忽视了破产制度在企业挽救、资产保值、公平清偿、矛盾化解等方面的重要积极意义。

对于符合破产条件的执行案件而言,破产程序的效果优于执行程序。借助国家公权力的介入以实现债权是破产程序与执行程序的特点。^①执行程序本质上属于个别执行,其更注重的是债权的个别实现与保护。而破产程序的侧重点在于全部债权人整体利益的保护,其公开性、自治性、专业化的特点纠正了利益主体错位的问题。

在前述的这类案件中,某一个案件的执行完毕已经不是执行部门所追求的目标了。即使勉强执行完其中一个案件,由于被执行人已经缺乏应有的履行能力,必然无法清偿其他申请人的债权,法院保护了一个申请人的利益就可能会损害其他债权人的利益。对于这类系列案件,申请人可能有上百人,如何让被执行人对全部申请人做到全面、公平清偿是这类案件执行工作的重心。从法院工作的价值取向来看,对于这类案件执行部门更希望能够转入破产程序,通过破产程序最大化保护所有当事人的合法权益。而且像某润公司这样的企业,仍处于经营中,还在产生新的不能履行的债务,及时对其进行破产清算才是唯一出路,否则将会反复出现“旧案未了,新案又至”的现象。

三、域外大陆法系国家与地区的相关立法

德国破产程序的启动原则上是申请主义模式,但是在例外情况下法院可以依职权宣告企业破产。^②根据法国《困境企业司法重整与司法清算法》第621—1条到第621—7条的规定可以看出,法院可以依职权启动破产程序。^③《日本破产法》第15条规定,破产程序的启动原则上是根据利害关系人的申请,但是在例外情况下法院也可以依职权启动破产程序。《日本民法典》第70条规定了法人在资不抵债时,法院可以因债权人的请求或者依职权启

^① 陈军、林小娟:“破产程序与执行程序的冲突与衔接”,载 bhcfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=357, 2013年8月5日访问。

^② 范安菊:“德国新破产法典述评”,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第1期。

^③ 李飞主编:《当代外国破产法》,中国法制出版社2006年版,第351页。

动破产程序。我国台湾地区“破产法”(1993年修正)第60条规定,在民事诉讼程序或者执行程序中,法院有证据证明债务人不能清偿到期债务时,可以依职权宣告债务人破产。

可见,在大陆法系中,一些典型代表的国家与地区的立法都规定法院可以依职权启动破产程序。这一立法精神,也从侧面反映出这一程序存在的必要性。在当事人不愿意申请破产时,由法院依职权启动破产程序,从而实现执行程序与破产程序的有效衔接,使两个程序发挥各自应有的价值。反观我国的现行法律、司法解释,我国在破产程序启动的问题上采取的是单一的申请主义模式。面对执行不能、无人申请破产的困境,笔者认为在立法上的对策要解决两个问题:一方面,应促使申请权利主体依法启动破产程序;另一方面,应赋予法院启动破产程序的权力。据此,我国在立法上的单一申请主义立场可能需要作出调整,即在《破产法》中明确赋予人民法院依职权启动破产程序的权力,进一步强化司法权在保护债权人利益、维护社会经济秩序方面的职能,消除债权人“各自为战”的混乱局面对社会经济的负面影响。

四、执行程序与破产程序的衔接之模式设计

前文分析了在立法上赋予法院依职权启动破产权的必要性,但立法的完善毕竟需要一个过程,不可能一蹴而就。2015年2月4日,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》)正式公布实施。其中第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”,该条规定则是在执行程序与破产程序之间建立了链接。这是立法上的一个突破。因现行破产程序启动需当事人申请,所以在当事人未提出申请时,执行法院应当征求申请执行人或者被执行人的意见。如果申请执行人之一或者被执行人同意进入破产程序,就相当于当事人对被执行企业提出了破产请求,此时,为了能够方便当事人的诉讼,执行法院应当将有关材料移送至有管辖权的法院来启动破产程序,同时裁定中止执行。

然而,这条规定相对来说还是比较宽泛,只确定了相应的处理方向,而具体应该如何执行仍然需要进一步探讨。笔者认为执行程序转入破产程序应当如图4所示:

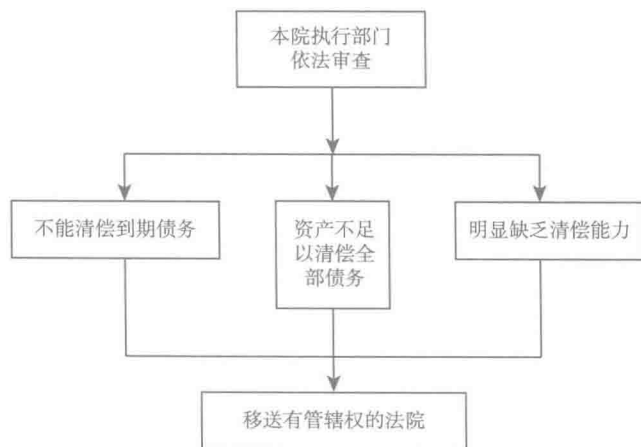


图4

（一）执行程序转入破产程序的审查主体应当是执行部门

对于已经在审判、执行中接触到的企业,最熟悉其财产状况、履行能力的无疑是法院的执行部门。从法律规定的精神出发,认定一个企业是否符合破产条件,需要全面掌握其财产状况和履行能力。实践中,债权人完成诉讼后如果无法得到清偿,绝大多数债权人为了实现个体权益的保护,都会优先选择申请强制执行而不是申请破产。因此,执行部门已经在执行工作中经历多次查询,基本可以掌握企业的财产状况和履行能力。当债务人企业确实无财产可供执行,如果执行法院审查认为债务人企业符合破产条件,就应当考虑提起破产程序。

（二）审查标准

提起破产程序,其核心就是对破产对象资产状况、履行能力的审查,审查通过则将案件材料移送对破产案件有管辖权的法院,审查不符合规定则不移送材料。

审查的依据是民诉法、破产法与破产条件认定有关的规定,以及专门司法解释的规定。审查依据不论是行使职权还是履行职责,不论表达的形式是具有国家强制力的裁定、决定还是不具有强制力的司法建议,其审查是否具备破产条件的内容和准则都应当是一致的。即审查应当包含合法性、可行性审查,兼顾债权人利益保护最大化。

1. 不能清偿到期债务

该标准一般是指债务人以明示或默示的形式表示其不能支付到期债务。这是一种外部客观行为,而不是债务人财产的客观状况。审查时应当注意:(1)债权债务关系依法成立。如债务人不否认或者无正当理由否认债权债务关系,或生效的法律文书已经确认债权债务关系的成立。(2)债务履行期限已经届满。如果履行期限未届满,则难以认定债务人是否有能力清偿债务。(3)债务人未完全清偿债务的状态客观存在。无论债务人的客观经济状况如何,只要其未完全清偿到期债务即可。在执行过程中,如果通过查封、扣押、冻结等执行措施后,债务人企业依然不能履行债务清偿的义务,那么执行部门应当综合考虑该被执行人的现存资产是否低于执行标的总额,企业继续经营的可能性有多大。如果企业不能继续经营,其存活的可能性接近于零时,执行部门可以考虑提起破产程序。

2. 资产不足以清偿全部债务

资产不足以清偿全部债务是对债务人客观偿债能力的判断,应以债务人的真实财产数额为基础。破产法司法解释也将审计报告、资产评估报告等作为判断债务人是否资不抵债的依据。在执行程序中,被执行企业的财产一般都被法院采取了保全措施,企业财产被进行评估拍卖后,如果企业的资产负债表等信息显示企业的财产已经不足以清偿全部债务,执行部门应当提起破产程序。

3. 明显缺乏清偿能力

该判断标准的侧重点在于债务关系能否正常了结,而资不抵债的侧重点在于资债比例关系。一般来说,债务人不能清偿到期债务已构成资不抵债,但在有些时候,债务人账面资产虽未超过负债,也可能因为资产结构不合理、资产长期无法变现等而对到期债务缺乏现实支付能力而无法支付。破产法司法解释列举了明显缺乏清偿能力的几种主要情形,其中第三种情形为“经人民法院强制执行,无法清偿债务”,故在执行中,如果法院

发现经过强制执行后,债务人仍然无法清偿债务,即可以提起破产程序。

(三)管辖法院

根据《民诉法解释》第513条的规定,破产案件由被执行人住所地法院管辖。然而,现在的基层法院并没有设立专门审理破产案件的部门,商事审判庭的能力有限,缺乏破产案件审理经验的法官。据统计,G省基层法院从事商事审判的法官有400余人,其中有破产案件审理经验的法官有约30人。人才的稀缺是破产案件审理的一大障碍。

而且破产案件比较复杂,审理期限长,耗费司法资源较大,在科学合理的绩效考评机制建立之前,许多基层法院对破产案件存在畏难情绪。

面对基层法院的上述压力,笔者建议,破产案件应该集中管辖。而执行案件转入破产案件则可以实行“集中排位”制,即各个法院将符合破产条件的执行案件材料集中报到高院,由高院来对这些执行案件进行审查。高院在审查时,各法院应进行全力配合。审查后,高院将这些执行案件按照最适合破产和比较适合破产的顺序来进行排位,将排在前面的一些案件移送至高院指定的集中管辖的法院。此外,高院还可以建立破产管理人数据库,通过摇号来决定破产案件的管理人,并将破产管理人的信息一并移送至受理案件的法院。

五、相关配套措施

为了能够完善执行程序向破产程序的转换,笔者建议出台以下相关配套措施。

1. 立案程序

在受理执行案件时,应当提前告知申请执行人和被执行人,如果该执行案件符合破产条件,法院将会征询各方意见,如果申请执行人或被执行人同意适用破产程序,则法院将依职权将执行程序转入破产程序,并告知执行不能移送破产程序的有关事项。

2. 强制程序

法院应当充分利用执行手段调查、控制、处分被执行人财产,在这过程当中全面把握被执行人的资产状况以及负债情况,客观判断其偿债能力。笔者建议,可以将超过六个月执行期限无可供执行财产或者可供执行的财产不足以清偿全部执行债权的执行案件列入执行不能案件范围,并进行清偿能力的排序,以便决定哪些案件进入执行程序。

3. 释明程序

对于执行不能的案件,经过综合分析,对符合破产条件的执行案件,应当对当事人进行释明,并征求申请执行人或被执行人的意见,若同意,则签署执行程序转破产程序的确认书。

4. 异议程序

为了保护当事人的合法权利,对符合破产条件的执行不能案件,执行人或被执行人一方同意执行程序转入破产程序的,法院启动破产程序后,对各方当事人利益会产生重大影响,因此,应当给予当事人权利救济的途径。笔者认为,启动破产程序的裁定作出后,应当赋予债务人异议权和复议权。当事人可以向上一级法院申请复议,或者向原审法院提出执行异议。

结语

按照业界专家、学者与实务工作者的意见,我国探索建立人民法院依职权将执行程

序转入破产程序的制度,是构建新的执行退出机制的重要组成部分,是妥善平衡“破产启动难”与濒临破产企业“执行难”的解决方案,也是未来一段时间,法院负责破产业务与执行业务的部门需要共同研究、改革创新、积极试点的实务前沿。在尝试阶段,充分挖掘现有司法制度可以提供的法律支持,积极开展案例样本研究,可以为下一步制定完善的改革方案、起草可行的立法意见稿提供最为有力的支持。本文提出在实务上借助司法建议实现“由执入破”的构想,期望能引起这样的思考与论证。

(本文获 2014~2015 年度广西法院优秀调研成果三等奖)

法官员额制度在南宁法院系统实施的 可行性分析的调研报告

——以南宁市两级法院为视角

南宁市武鸣区人民法院课题组*

前言

优化法院人员的分类管理是当前我国司法体制改革中的一个重点内容,形成一套积极、高效的管理体制将更有助于法院工作的开展。优化法院人员分类管理的关键点在于对法官队伍的管理。法官作为适用法律对案件进行审理和裁判的中立第三方,其职业素养和业务水平在很大程度上影响了纠纷的解决。因此,如何创建一支高效廉洁、文明有素的法官队伍就成为了司法体制改革当中的重点。

法官员额制度是指通过对某一地区的经济发展水平、案件数量情况、人口密度等一系列因素进行综合考量科学确定该地区内从事法官职业的人员比例。这一概念在我国最早出现于最高人民法院 1999 年发布的《人民法院五年改革纲要》,如今十余年过去了,法院人员管理改革初获成效。2014 年,上海、深圳等地已率先开始在其行政区划范围内的各级法院进行法官员额试点改革。

随着试点法院人员管理改革工作的深入进行,法官员额在法院系统内的改革工作也引起了各方关注,法官员额制度在全国范围内推行将会是一个大的趋势。因此,探究法官员额制度在南宁法院系统是否能够顺利实施的问题也显得尤为迫切和重要。本院组成课题组,拟定探究法官员额制度在南宁法院系统实施的可行性为本院 2014 年度重点调研课题,通过对南宁法院系统法官的基本情况调研,了解我市法官工作生态并作出分析,为南宁法院系统推行法官员额制度献言献策。

(一)调研背景、目的和意义

1. 调研背景

西方国家的法官或者审判者作为一种职业已经历时悠久,可以追溯至古罗马时代的罗马共和国前期。现在大多数西方国家在法官人员的管理模式上都已经确立法官员额制度,以美国法院为例,在法院的内部管理模式上,经历了混合模式阶段、功能分离阶段、审判权分离阶段以及司法行政专业化阶段,现阶段法官的职能就是对案件进行审理和判决,联邦法官的编制调配及人事政策由美国司法委员会负责,名额则通过国会确定,法院

* 课题负责人:傅豪,南宁市武鸣区人民法院院长。课题组成员:傅豪、曾燕、谢弥、张雅琦。执笔人:谢弥、张雅琦。