

反思《破产法》对合同的处理

刘颖

(中央大学 法学部, 日本 东京 2060001)

摘要: 我国《破产法》第18条规定, 管理人对破产程序开始时债务人和合同相对人均未履行完毕的合同有权决定继续履行或解除, 其目的在于增进债务人财产的价值, 维护债权人的整体利益。照此目的, 我国《破产法》在以下方面有待细化与补充: 首先, 应当设置给付为可分的情形的特则, 对于管理人决定继续履行合同时的合同相对人未受领的对待给付的请求权, 应当区分是否为其未履行的给付的对价, 分别作为破产债权或共益债权来处理; 其次, 应当从条文上明确, 管理人解除合同发生恢复原状的法律效果, 合同相对人由此产生的请求权为共益债权。

关键词: 《破产法》第18条; 合同; 解除合同

中图分类号: DF411.92 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2016.03.05

一、引言

正如联合国国际贸易法委员会的《破产法立法指南》所指出, “随着经济发展, 经济财富可能越来越多地包含在合同中或为合同所控制。因此, 合同的处理对破产程序具有压倒一切的重要性”^[1]。以破产程序开始时的合同履行情况来划分, 破产程序需要处理的合同大致分为三种: 第一种为债务人未履行完毕而合同相对人已履行完毕的双务合同、或者债务人未履行完毕的单务合同。此时合同相对人应按照《破产法》的规定, 以其因该合同而对债务人享有的债权来申报破产债权。第二种为债务人

已履行完毕而合同相对人未履行完毕的双务合同、或者合同相对人未履行完毕的单务合同。此时债务人因该合同而对合同相对人享有的债权在破产程序开始后属于债务人财产, 应由管理人按照《合同法》的规定, 请求债务人继续履行, 或者在合同相对人出现债务不履行时解除合同并请求合同相对人赔偿损失。第三种为债务人和合同相对人均未履行完毕的双务合同。 “对于双方均未充分履行义务的情形, 许多破产法都有一个共同特点, 即或延续或否决该合同, 一般由管理人负责对合同的处理作出选择”^{[1]121}。考察破产实务最为活跃、破产法理论研究最为先进的美、德、日、中等各国立法可发现, 美国法与德国法均赋予管理人继续履行或拒绝履行合同的^①选择权, 与此相对, 我国《破产法》第

收稿日期: 2016-02-25

基金项目: 2015年度公益财团法人全国银行学术研究振兴财团资助项目“倒産法上の双方未履行双務契約の取扱いに関する比較法的研究”(1538)

作者简介: 刘颖(1985), 男, 湖北武汉人, 日本中央大学法学部助教, 法学博士。

^① 《美国破产法典》第365条(a)规定“除本编第765条与本条b款、c款以及d款规定的情形外, 管理人在得到法院批准后, 可以承担或者拒绝债务人的待履行合同或未到期租约。”《德国支付不能法》第103条规定: “(1) 在支付不能程序开始时, 债务人及合同相对人均未履行或者未完全履行双务合同的, 管理人可以代替债务人履行合同并请求合同相对人履行。(2) 管理人拒绝履行时, 合同相对人只能作为支付不能债权人主张因不履行而产生的债权。”

18 条则与日本法一样,规定管理人“有权决定解除或者继续履行”合同^①。然而,这一立法模式上的关键性差异似乎并未引起我国学者的足够重视,甚至有学者对此产生了根本性误读^②。如果将拒绝履行模式误读为解除模式,当管理人决定“解除”合同时,只需将未履行完毕的合同放置于破产程序结束即可,无需考虑是否因合同解除而发生恢复原状的法律效果。也许正是这种误读,导致我国《破产法》只在第 53 条规定,管理人解除合同时,合同相对人由此产生的损害赔偿请求权为破产债权,而并未明确此时是否需要恢复原状以及应当如何对待合同相对人由此产生的权利^③。对此法律疑义,实务界的认识已经出现较大分歧,例如,既有法院将合同相对人恢复原状的请求权作为破产债权^④,又有法院将之作为取回权或共益债权^⑤。

随着适用相关条文审理的案件不断增多,今后在条文理解上的分歧有可能进一步加大,上述法律漏洞亟需填补。鉴于此,以下本文尝试运用目的解释与体系解释的方法,在分析我国《破产法》设置第 18 条规定的立法目的的基础上,从整体上探讨第 18 条、第 42 条第 1 款第 1 项及第 53 条等相关条款的合理与不足之处,并提出完善现行规定的方案。

二、《破产法》第 18 条的立法目的

(一) 为何必须设置《破产法》第 18 条?

如前所述,对于破产程序开始之时只有债务人与合同相对人中的一方未履行完毕的合同,按照《破产法》关于破产债权或债务人财产的一般规定来处理即可。然而,对于破产程序开始之时债务人和合同相对人均未履行完毕的合同,若仅仅交由一般规定来处理,将会出现如下“胶着状态”:一方面,若管理人要求合同相对人继续履行合同,在管理人同时履行合同之前,合同相对人有权行使同时履行抗辩权而拒绝管理人的履行要求^⑥;另一方面,若合同相对人要求管理人继续履行合同,管理人亦有权以破产程序禁止向个别债权人清偿债务为由^⑦,拒

绝合同相对人的履行要求。即使合同相对人原本承担先履行义务,其仍有权以债务人破产为由,行使不安抗辩权要求管理人提供适当担保^⑧,而管理人则无法在破产程序内向合同相对人提供任何担保。“要使这种合同在破产程序中得以处理,就必须采取一定的特别措施”^[2]。考虑到破产程序是一种集体清偿程序,且合同相对人未履行的给付属于债务人财产,显然没有理由在程序中搁置这种合同,因此,我国《破产法》参考国际通行的立法例,设置第 18 条特别规定——赋予管理人继续履行或解除合同的选择权^⑨。

① 《日本破产法》第 53 条第 1 款规定:“在双务合同中,若破产人及其合同相对人在破产程序开始时均未完成合同义务的履行,管理人可以解除合同或者履行破产人的债务并请求合同相对人履行债务。”

② 例如,有学者先指出“包括我国破产法在内的几乎所有国家的破产法都规定了管理人的合同解除权”,紧接着作为立法例,不仅援引了《德国支付不能法》第 103 条,还提到“美国破产法也承认破产管理人的尚未履行完毕的合同解除权”。(参见:李永军.论破产管理人合同解除权的限制[J].中国政法大学学报,2012(6).)

③ 与此相对,《日本破产法》第 54 条规定:“(1) 根据前一条第一款或第二款的规定解除合同的,合同相对人可就其损害赔偿行使作为破产债权人的权利。(2) 在前一款规定的情形,若破产人所受领的给付现存于破产财团中时,合同相对人可以请求返还;若没有现存于破产财团中时,合同相对人可以就其价额行使作为财团债权人的权利。”

④ 参见:湖南省娄底市娄星区人民法院(2010)娄星民二初字第 930 号;湖南省娄底市娄星区人民法院(2010)娄星民二初字第 931 号。

⑤ 参见:辽宁省沈阳市中级人民法院(2012)沈中民二终字第 2027 号。

⑥ 参见《合同法》第 67 条。

⑦ 参见《破产法》第 16 条。

⑧ 参见《合同法》第 68 条。

⑨ 需要指出的是,实际生活中可能存在合同相对人既不享有同时履行抗辩权,又不享有不安抗辩权的情形。例如,假设在一个房屋装修合同中,定作人与承揽人约定,当承揽人完成工作后,定作人向其一次性支付全部报酬。但由于工作量较大,报酬金额较高,双方同时约定,在定作人的该房屋上设定抵押,以担保承揽人的报酬债权。之后,承揽人尚未完成装修工作,定作人即告破产。此时,由于承揽人承担先履行义务,且定作人为承揽人的债权设定了足额担保,因此承揽人既不享有同时履行抗辩权,又不享有不安抗辩权。所谓的“胶着状态”并不存在,即使《破产法》未设置类似于第 18 条的特别规定,若管理人在破产程序开始后要求承揽人继续履行合同,承揽人无权拒绝,相关合同在破产程序中仍能得到处理。但是,这种极少数情形并不足以构成否定《破产法》设置类似于第 18 条特别规定的必要性的理由。

(二) 为何采用解除模式而非拒绝履行模式?

从比较法来看,管理人的合同选择权的积极选项均表现为继续履行合同,而合同选择权的消极选项却存在不同的立法模式。那么,为何我国《破产法》没有采用美国法及德国法的拒绝履行模式,而是采用日本法的解除模式?

首先,我国《破产法》将适用对象限定为企业法人^①,当破产程序终结后,管理人将向债务人的原登记机关办理注销登记^②。换言之,如果采用拒绝履行模式,由于破产程序终结后债务人的法人资格将消灭,被管理人拒绝履行的合同在破产程序终结后将失去存在意义。与其采用拒绝履行模式,让管理人(债务人财产)与合同相对人都既无法达成合同目的,又无法请求对方返还自己一方已履行的给付,倒不如采用解除模式,对债务人财产(及其背后的破产债权人)与合同相对人都较为有利。另外,如果我国《破产法》在今后的修改中引入个人破产制度,采用拒绝履行模式有可能出现被管理人拒绝履行的合同“穿越”整个破产程序,合同相对人在个人破产程序终结后再要求其合同对方(原个人破产债务人)继续履行合同的情形。如何处理这类情形与免责制度的关系将成为新的难题。

需要注意的是,无论是现行的企业法人破产程序,还是今后有可能引入的个人破产程序,笔者认为,我国《破产法》选择解除模式还有更深层次的原因——与我国的法律体系、特别是《合同法》的规定相协调。具体而言,《合同法》第94条第2项规定:“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:……(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。”这在学理上被称为“因拒绝履行而发生的解除权”^[3]。按照我国合同法理论,首先,当债务人拒绝履行合同时,无须再通过催告给与债务人完成合同履行的机会,因此,“因拒绝履行而发生的解除权”并不以催告为成立要件^{[3]515 [4]}。其次,对于当债务人拒绝履行时债权人行使解除权是否以债务人的归责事由为必要,我国民法学说尚存分歧^③。考虑到《合同法》第

94条第2至4项在当初立法时吸收了《联合国国际货物销售合同公约》中“根本违约”的思想^[5],照此思想,合同解除的制度目的不在于给与违约方以制裁,而在与将非违约方从合同的继续履行中解脱出来,而且《合同法》也未规定债权人行使“因拒绝履行而发生的解除权”必须是债务人存在归责事由,因此笔者认为,行使这种解除权无须债务人存在归责事由。以我国《合同法》的这种“因拒绝履行而发生的解除权”为前提,假设《破产法》采用拒绝履行模式,当管理人拒绝履行合同时,合同相对人可按照《合同法》的规定行使“拒绝履行的法定解除权”^④。如此一来,采用拒绝履行模式等于将解除合同与否的主动权交给合同相对人,这将导致只赋予管理人以合同选择权的立法本意落空。因此,《破产法》采用解除模式。

(三) 为何只赋予管理人以合同选择权而非合同相对人?

合同相对人与其他的破产债权人在本质上并无差异,如果允许合同相对人行使合同选择权,将有可能导致债务人财产失去继续履行有利合同的机会或者承受继续履行不利合同的负担,这将直接影响其他破产债权人的利益,因此,从合同相对人与其他破产债权人的整体公平的角度出发,《破产法》无法将合同选择权赋予合同相对人。那么,《破产法》将合同选择权赋予管理人,“目的是为了管理能够摆脱那些对债务人财产构成负担的合同,而继续履行那些对扩大债务人财产有利的合同,从而最大程度地增加债务人财产,维护债权人的整体

① 参见《破产法》第2条。

② 参见《破产法》第121条。

③ 多数说认为,此时债权人行使法定解除权不以债务人的归责事由为必要。(参见:韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2012:515;李永军.合同法[M].北京:法律出版社,2004:635.)少数说则主张,此时债权人行使法定解除权以债务人的归责事由为必要。(参见:崔建远.合同法[M].北京:法律出版社,2010:251.)

④ 此时合同相对人行使解除权,无须催告债务人履行合同(清偿债务)与破产程序禁止个别清偿的一般规则并不冲突,而且不以债务人存在归责事由为必要,换言之,无须考虑管理人拒绝履行合同是否因破产程序的开始而具有正当性。

利益”^[6]。具体而言,管理人的合同选择权的积极选项,是为了突破——禁止向个别债权人清偿债务——这一破产法一般规则的限制,使管理人得以向合同相对人完全地提供债务人未履行的给付,从而免受合同相对人行使同时履行抗辩权或不安抗辩权的困扰,进而将对债务人财产有利的、合同相对人未履行的给付收归债务人财产。另一方面,管理人的合同选择权的消极选项,则是为了给与管理人一种超越合同法规则的特殊的解除权,使管理人不仅能够免于履行对债务人财产不利的合同,还能解除原合同并重新缔结对债务人财产更为有利的新合同。

三、关于继续履行合同

(一) 关于《破产法》第42条第1款第1项对合同相对人的权利的处理

按照《破产法》第42条第1款第1项的规定,管理人决定继续履行合同时,合同相对人的请求权为共益债权。从前文分析可知,破产程序开始后、管理人作出选择前,合同相对人的权利原本为破产债权,当管理人决定继续履行合同时,该破产债权随之升格为共益债权。对于为何需要设置特别规定,将此时管理人的破产债权升格为共益债权,学理上存在不同的见解。有的学者认为这是为了防止合同相对人以同时履行抗辩权或不安抗辩权来对抗管理人的履行请求^[7],也有学者认为这是为了防止发生如下情况,即“在管理人选择继续履行合同后,如果仅将债权作为普通破产债权对待,债权人在权衡因拒绝履行而应承担的损害赔偿责任和因履行而遭受的损失后,通常将拒绝履行合同”^[8]。

对此笔者认为:前一种观点不能解释合同相对人不享有民法上的抗辩权的极少数情形。后一种观点并未详细说明如何计算“因拒绝而应承担的损害赔偿责任和“因履行而遭受的损失”,考虑到该损害赔偿的范围包括履行利益,而且合同相对人拒绝履行合同将导致管理人解除合同,此时合同相对

人除须赔偿损害外还须返还已受领的给付,因此,即使将管理人选择继续履行合同时的合同相对人的权利作为破产债权,也并不一定会对合同相对人产生拒绝履行合同的激励。

如前所述,《破产法》赋予管理人继续履行合同的权力,主要是为了收回对债务人财产有利的、合同相对人未履行的给付,这部分给付将使全体债权人受益,其对价理应由全体债权人共同承担,因此合同相对人的对待给付请求权具有共益债权的性质。

(二) 关于给付为可分的情形中对合同相对人的权利的处理

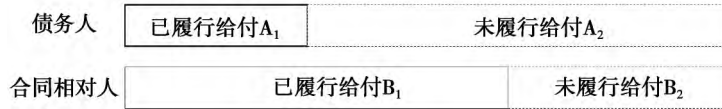
传统学说较为重视债务人的整个给付与合同相对人的整个给付间的对价关系。照此观点,只要管理人决定继续履行合同,合同相对人未受领的对待给付的请求权将一律作为财团债权。然而,近来学说着眼于将合同相对人未履行的给付收归债务人财产,并认为只有这部分给付的所对应的对待给付的请求权才能作为共益债权,而合同相对人其他未受领的对待给付的请求权只能作为破产债权^[9]。1999年1月1日开始实施的《德国支付不能法》第105条即体现了这种观点^①。

具体地说,如图1所示,假设在破产程序开始时,债务人已履行的给付为 A_1 、未履行的给付为 A_2 ,合同相对人已履行的给付为 B_1 、未履行的给付为 B_2 ,并且债务人尚未开始履行给付而合同相对人已经部分履行给付,或者债务人和合同相对人均已部分履行给付、且合同相对人已履行的给付在比例上超过债务人已履行的给付($B_1 > A_1 \geq 0$)。破产程序开始之后管理人决定继续履行合同。如果按照传统学说的观点,即重视 $A_1 + A_2$ 与 $B_1 + B_2$ 之间的

① 《德国支付不能法》第105条规定:“(1)作为债务负担的给付是可分的、且合同相对人在支付不能程序开始前已经部分履行其负担的给付时,即使管理人是基于(合同相对人)尚未履行的给付而请求履行,合同相对人也可作为支付不能债权人就自己已经履行的给付部分请求管理人履行对待给付。(2)合同相对人不能因对待给付请求权的不履行而请求返还已经成为债务人财产的自己在程序开始前履行的给付。”

对价关系 那么,合同相对人未履行的给付 B_2 将转 (债务人未履行的给付) A_2 将全部转化为共益债
化为债务人财产 B_2 , 合同相对人未受领的对待给付 权 A_2 。

破产程序开始之时



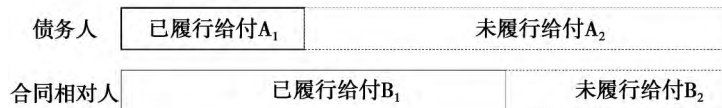
管理人决定继续履行合同后



图1 传统学说的效果图

与此相对,如图2所示,如果按照近来学说的观点,即着眼于将合同相对人未履行的给付 B_2 收归债务人财产,则只有 B_2 的对价才可作为共益债权,而合同相对人比债务人多履行的那部分给付所对应的对待给付 $B_1 - A_1$ 只能作为破产债权。这是因为:合同相对人的先履行使 $B_1 - A_1$ 失去了对价关系的保护, $B_1 - A_1$ 与其他一般的破产债权在性质上没有差别,不能给与其优先受偿的待遇。

破产程序开始之时



管理人决定继续履行合同后

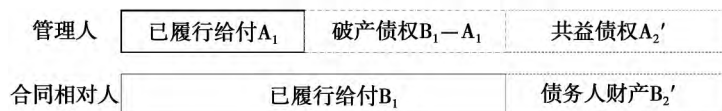


图2 近来学说的效果图

我国《破产法》采用图1还是图2所示的效果,首先取决于第18条的立法目的。如前所述,《破产法》赋予管理人以合同选择权并不是为了保护合同相对人的利益,而是维护债务人财产的利益。具体而言,赋予管理人继续履行合同的权力,主要是为了收回对债务人财产有利的、合同相对人未履行的给付,因而应当采用图2所示的效果。换言之,因为合同相对人未履行的给付能够使全体债权人受益,所以作为对价给与这部分给付所对应的对待给付请求权以共益债权的待遇;而合同相对人其他未

受领的对待给付只不过是其在破产程序开始前先履行的给付的对价,只能将之作为破产债权。

退一步讲,假设《破产法》第18条以保护合同相对人的利益为首要目的。那么,这种利益保护被允许无非在于合同相对人与债务人财产间存在“双方未履行的对价关系”^[10]。由此便会产生一个问题:在把握对价关系时,是应当像图1那样将债务人与合同相对人各自已履行的给付和未履行的给付作为一个整体看待,还是应当像图2那样将合同相对人已履行的给付及其对待给付、与合同相对人

未履行的给付及其对待给付区别看待。关于这一点,民法学说认为,在给付为可分的情形,在债务人已履行的给付的限度内,债权人将丧失同时履行抗辩权,债务人可请求债权人提供对待给付^[11]。换言之,在破产程序开始前,双务合同一方当事人的先履行将破坏其已履行的给付与之所对应的对待给付间原先存在的对价关系,而另一方当事人因此失去基于这种对价关系的同时履行抗辩权的保护。这种思考方式同样适用于破产程序开始后。具体而言,合同相对人在破产程序开始前的先履行将破坏其已履行的给付与之所对应的对待给付间原先存在的对价关系,在破产程序开始后,合同相对人由于失去了基于这部分对价关系的保护,而只能作为破产债权人行使相应的对待给付请求权。与此相对,合同相对人未履行的给付与之所对应的对待给付仍然处于对价关系之中,因此合同相对人可基于这部分对价关系的保护,而作为共益债权人行使相应的对待给付请求权。总归而言,还是应当采用图2所示的效果。

需要注意的是,上述探讨仅适用于债务人与合同相对人的给付均是可分的情形。如果给付是不可分的,那么为了将合同相对人未履行的给付收归债务人财产,必须给与合同相对人整个未受领的对待给付的请求权以共益债权的待遇,即采用图1所示的效果。另外,如果破产程序开始时债务人已履行的给付在比例上超过合同相对人已履行的给付,即合同相对人不存在先履行的情形,那么当管理人决定继续履行合同后,合同相对人未受领的对待给付的请求权都将作为共益债权。

(三) 关于《破产法》第18条第2款对合同相对人的不安抗辩权的处理

《破产法》第18条第2款规定“管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行;但是,对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,视为解除合同。”这实质上是在破产程序内承认合同相对人的不安抗辩权。由于债务人开始破产程序已经构成不安抗辩事由,按照《合同法》第68条及第69条的规定,若债务人在合理期限内未恢

复履行能力并且未提供适当担保的,合同相对人可行使法定解除权。《破产法》没有规定合同相对人有权解除合同,而是直接拟制合同解除,主要是为了减少法律关系的不确定性以及提高程序效率^[12]。

有学者认为《破产法》第18条第2款的规定“可能过度地保护了”合同相对人^{[8]95}。对此笔者认为,实践中经常存在债务人财产不足的情形,即使合同相对人的权利被作为共益债权,也不能保证该权利能够完全得到满足,因而有必要通过不安抗辩权来保护合同相对人。另外,考虑到管理人选择继续履行合同是为了收回对债务人财产有利的、合同相对人未履行的给付,这将使全体债权人受益,因此,即使承认合同相对人的不安抗辩权,也不会影响全体债权人的整体公平^①。

四、关于解除合同

(一) 关于是否恢复原状以及如何处理合同相对人由此产生的权利

在管理人合同选择权的消极选项上,我国《破产法》采用解除模式。然而,相对于同样采用解除模式的日本法明确规定管理人决定解除合同时的合同相对人的恢复原状的请求权为财团债权(共益债权)或取回权,我国《破产法》对于此时是否发生恢复原状的法律效果则语焉不详。对此学界普遍认为,管理人解除合同的法律效果应当参照合同法规则,换言之,发生恢复原状的法律效果^[13]。只是对于合同相对人恢复原状的请求权究竟是破产债权还是共益债权,目前尚存较大争议。有学者以民法学说的主流观点认为合同解除后的相互返还给付以不当得利的返还为前提,进而指出合同相对人的恢复原状的请求权应当适用《破产法》第42条第1款第3项“因债务人不当得利所产生的债务”之规定,即为共益债权^{[8]97}。也有学者认为,若要防止合

① 从比较法上看,日本的判例也承认合同相对人的不安抗辩权在破产程序开始后仍然有效。(参见:東京高等裁判所判決平成2年12月20日[J]. 判例タイムズ,1991,757:215-216.)

同解除后管理人向合同相对人主张返还时合同相对人以同时履行抗辩权相对抗,则必须将合同相对人恢复原状的请求权作为共益债权^[14]。还有学者认为,管理人行使解除权发生合同法上的合同解除的法律效果即恢复原状,但是根据民法学说对合同解除的法律效果的不同解释,合同相对人的恢复原状的请求权将在破产程序中受到不同对待。具体而言,如果采用“直接效果说”,则恢复原状的请求权为物权或不当得利返还请求权,那么在破产程序中相应地成为取回权或共益债权;如果“采用折衷说”,则恢复原状的请求权为债权,那么在破产程序中则相应地成为破产债权^{[13]33}。

对于上述三种观点,笔者认为:第一,即使采用合同相对人的恢复原状的请求权为不当得利返还请求权的立场,由于债务人受领合同相对人已履行的给付是在破产程序开始之前,换言之合同相对人恢复原状的请求权发生于破产程序开始之前,而《破产法》第42条第1款规定的是“人民法院受理破产申请后发生的”的债权,那么适用该款第3项的规定就有些牵强。第二,按照合同法规则,合同解除后的当事人双方的恢复原状的义务准用同时履行抗辩权的规则。但有一种情形,即在破产程序开始时,债务人尚未开始履行债务,而合同相对人已经部分履行债务,破产程序开始后,管理人决定解除合同。此时管理人无需向合同相对人主张返还,因而也无需担心合同相对人会以同时履行抗辩权相对抗。在这种情形,若要给与合同相对人的恢复原状的请求权以共益债权的待遇,显然不能以防止合同相对人以同时履行抗辩权相对抗为理由。第三,“直接效果说”、“间接效果说”、“折衷说”以及“债务关系转换说”作为日本民法学说关于合同解除的法律效果的解释论,只是从不同的逻辑路径寻求对《日本民法典》相关条文最有说服力地解释。无论采用哪种解释论,“在法律效果上可谓殊途同归”^[15]。在解释《破产法》的某一条文时,不能因为采用民法学说中的不同解释论就得出不同的结论。在民法下,恢复原状的法律效果是确定的,按照这一法律效果,合同相对人享有恢复原状的请求权。

在破产程序中界定合同相对人的这一请求权的性质时,只能从破产法规则自身寻求依据。另外,即使采用折衷说,将合同相对人的恢复原状的请求权界定为债权,也不代表能够当然地将其作为破产债权。

基于以下理由,笔者认为应当将合同相对人恢复原状的请求权作为共益债权。《破产法》第18条突破合同法规则赋予管理人特殊的解除权,使其不仅能免于履行对债务人财产不利的合同,还能解除原合同并重新缔结对债务人财产更为有利的新合同,因此,必须给与合同相对人恢复原状的请求权以共益债权的待遇。这与给与管理人决定继续履行合同的合同相对人的请求权以共益债权的待遇是同样的道理。换言之,全体债权人受益的对价必须由全体债权人共同负担。这并不违反全体债权人的整体公平,反而能够在那些即使继续履行合同对双方当事人都有利,但管理人为了缔结对债务人财产更为有利的新合同而解除原合同的情形中,有效地维护原合同上的个体公平。需要指出的是,在那些破产程序开始时债务人尚未开始履行债务,而合同相对人已经部分履行债务的情形,若管理人决定解除合同的,只有合同相对人享有恢复原状的请求权,而管理人不享有恢复原状的请求权。由于此时债务人财产免除了继续履行不利合同的负担,而且管理人获得了重新缔结更为有利的合同的机会,这都将使全体债权人受益,作为对价,仍应给与合同相对人恢复原状的请求权以共益债权的待遇。

另外,《日本破产法》第54条规定,“若破产人所受领的对待给付现存于破产财团中时”,合同相对人可行使取回权。这主要是因为:日本民法在物权变动上采取意思主义^①,而且通说不承认物权行为的无因性,因此,债权人在合同解除前已交付给债务人的标的物的所有权,将因合同解除而复归于债权人。与此相对,我国《物权法》关于物权变动采

① 《日本民法典》第176条规定“物权的设定及移转仅因当事人的意思表示而发生效力。”

用意思主义与公示行为的结合^①,而且关于合同解除与恢复原状的关系,民法学界莫衷一是^②。可见,在债权人已交付给债务人的标的物的所有权是否因合同解除而复归于债权人的问题上,一时难有定论。对于管理人决定解除合同时,合同相对人可否对债务人占有的标的物行使取回权的问题,笔者认为应当根据我国《物权法》所采用的公信原则^③区分情况加以探讨:如果标的物为动产,既然债务人占有该动产,则该动产的所有权归属于债务人财产,此时合同相对人不能行使取回权;如果标的物为不动产,并且债务人已取得该不动产的所有权登记的,则该不动产的所有权归属于债务人财产,此时合同相对人也不能行使取回权;如果标的物为不动产,但债务人尚未取得该不动产的所有权登记的,则该不动产的所有权归属于合同相对人,唯有此时合同相对人才能行使取回权。

(二) 关于《破产法》第53条对合同相对人的损害赔偿请求权的处理

按照《破产法》第53条的规定,管理人决定解除合同时,合同相对人由此产生的损害赔偿请求权为破产债权。对此学理上存在不同的解释:有学者指出,合同相对人的损失从根本上来讲是由债务人的履行不能所致,并非基于管理人纯粹意义上的管理行为所致,故应将其作为破产债权^{[7]57}。也有学者认为,合同相对人的损害赔偿请求权本来为共益债权,为了方便管理人行使解除权,而将其降格为破产债权^{[8]97}。考虑到管理人纯粹意义上的管理行为并非共益债权的唯一根据,后一种解释无疑更为合理。换言之,管理人决定解除合同时,合同相对人的损害赔偿请求权与恢复原状的请求权具有同一性质,两者都是使全体债权人受益的对价,本来都应当作为共益债权,但为了消除管理人在选择解除合同时的成本方面的顾虑,立法者将前者降格为破产债权。

至于合同相对人可主张的损害的范围,部分学者认为仅限于实际损失,理由在于:其一,合同相对人的损害赔偿请求权应参照《合同法》第97条规定的“赔偿损失”的范围,而该“损失”是指实际损

失^{[14]73}。其二,《破产法》赋予管理人特殊的解除权,目的在于减轻债务人的负担,如果允许合同相对人主张包括合同利益损失在内的所有损害,则解除合同与履行合同没有实质区别,这将会阻却管理人解除合同^{[16][17]}。对此笔者认为,首先,关于《合同法》第97条规定的“赔偿损失”的范围,民法学界众说纷纭,既有学者坚持仅限于实际损失^[18],也有学者主张包括履行利益^{[3]538-539}。如果以此为参照来界定合同相对人可主张的损害的范围,结论将存在不确定性。而且,《合同法》中的因债务不履行而产生的损害赔偿与《破产法》中的合同相对人的损害赔偿存在显著差异,前者的请求权人为解除权人,后者的请求权人为解除权人的对方当事人。换言之,《破产法》中的合同相对人处于极其被动的地位,其并无任何过失,却仅仅因为债务人的破产而须忍受管理人解除合同,如果还要禁止其以合同履行后本可获得的利益申报破产债权,对其而言过于残酷^[19]。其次,即使允许合同相对人主张包括履行利益在内的损害,由于合同相对人的损害赔偿请求权只不过被作为破产债权,而管理人决定继续履行合同时合同相对人的权利为共益债权,因而不会出现解除合同与履行合同没有实质区别的结果,也不会阻却管理人行使解除权。基于上述分析,笔者认为应当允许合同相对人主张包括履行利益在内的所有损害。

另外一个常被提及的问题是,合同相对人在主张损害时可否适用违约金条款或定金罚则?对此学者们多持否定立场,其主要理由在于,管理人解除合同是直接基于《破产法》的规定,因而并不构成违约^{[14]73[17]146}。笔者认为,既然已允许合同相对人主张包括履行利益在内的所有损害,如果再适用违约金条款或定金罚则,反而有使合同相对人不当得

① 参见《物权法》第9条、第23条。

② 部分学者在合同解除上采取直接效果说,且认为恢复原状的请求权为所有物返还请求权。(参见:崔建远:解除权问题的疑问与释答[J].政治与法律,2005(4):42-51.)另一部分学者在合同解除上采取折衷说,并认为恢复原状的请求权为债权的请求权。(参见:韩世远:合同法总论[M].北京:法律出版社,2012:531.)

③ 参见《物权法》第16条。

利之嫌。

五、结语 《破产法》现行规定的完善

如上所述,鉴于合同对于破产程序的重要性,若要使破产程序得以处理债务人与合同相对人均未履行完毕的合同,就必须设置类似于《破产法》第18条的特别规定。《破产法》第18条本身是法律移植的结果,但并非对外国法律盲目地照搬照抄,在选择日本法的解除模式而非美国法及德国法的拒绝履行模式的过程中,充分考虑到了与我国法律体系、特别是《合同法》的相关规定相协调的内在要求。《破产法》第18条赋予管理人继续履行合同的权力,主要是为了促进债务人财产的积极增加;而赋予管理人以特殊的解除权,则不仅是为了促进债务人财产的消极增加,更是为了保障债务人财产的积极增加的机会^[20]。换言之,无论给与管理人以合同选择权的积极选项还是消极选项,其目的都是为了增进债务人财产的价值,从而使全体债权人受益。作为对价,在管理人决定继续履行合同时,《破产法》第42条第1款第1项给与合同相对人的对待给付请求权以共益债权的待遇;同理,在管理人决定解除合同时,也应给与合同相对人恢复原状的请求权以及损害赔偿请求权以共益债权的待遇,但是,为了方便管理人行使解除权,《破产法》第53条将合同相对人的损害赔偿请求权降格为破产债权。

从上文分析可知,我国《破产法》第18条及相关条款需要从以下几个方面加以细化或补充:

第一,在给付为可分的情形,对于管理人决定继续履行合同的合同相对人的权利的处理,应当以合同相对人的未受领的对待给付是否对应其未履行的给付(债务人财产)为标准,将其未受领的对待给付的请求权区别对待,而不是一律地作为共益债权。具体而言,可参考《德国支付不能法》第105条,在我国《破产法》第42条第1款^①下增设第2款规定“在前一款第一项规定的情形,若作为债务负担的给付为可分的,对方当事人向人民法院受理破产申请前尚未履行的给付所对应的对待给付为共

益债务;对方当事人以其他未受领的对待给付申报债权。”

第二,应当从条文上明确管理人解除合同将发生恢复原状的法律效果,合同相对人由此产生的恢复原状的请求权为共益债权或取回权。具体而言,可参考《日本破产法》第54条第2款,并结合我国《物权法》的相关规定,将我国《破产法》第53条^②提前至第18条之后^③,并在该条中增设第2款规定“在前一款规定的情形,对方当事人因合同解除所产生的恢复原状的请求权为共益债权;若债务人所受领的给付现存于债务人财产中,该给付之标的物为不动产、且债务人在人民法院受理破产申请时尚未完成不动产登记的,对方当事人可以通过管理人取回该不动产。”^④

参考文献:

- [1] United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law [M]. United Nations New York 2005: 119.
- [2] 福永有利. 破产法第59条の目的と破産管財人の選択権[J]. 北大法学論集, 1989, 39(5-6): 1373-1413.
- [3] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 500.
- [4] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 251.
- [5] 韩世远. 中国合同法与CISG[J]. 暨南学报(哲学社会科学版) 2011(2): 8-13.
- [6] 李曙光, 宋晓明. 《中华人民共和国企业破产法》制度设计与操作指引[M]. 北京: 人民法院出版社, 2006: 515.

① 《破产法》第42条第1款第1项规定“人民法院受理破产申请后发生的下列债务,为共益债务:(一)因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务。”

② 《破产法》第53条规定“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的,对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。”

③ 由于第53条位于《破产法》“第六章 债权申报”中,而新增的第2款并非以破产债权为内容,因此将第53条提前至第18条后更为合理。

- [7] 韩长印. 破产宣告对未履行合同的效力初探[J]. 法商研究, 1997(3): 55.
- [8] 许德风. 论破产中尚未履行完毕的合同[J]. 法学家, 2009(6): 95.
- [9] 水元宏典. 破産および会社更生における未履行双務契約法理の目的(一)[J]. 法学志林, 1995, 93(2): 92.
- [10] 宫川知法. 破産法五九条等の基本的理解[J]. 法学雑誌, 1990, 37(1): 70.
- [11] 山本敬三. 民法講義Ⅳ-1 契約[M]. 東京: 有斐閣, 2011: 89.
- [12] 王卫国. 破产法精义[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 54.
- [13] 王欣新, 余艳萍. 论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果[J]. 法学杂志, 2010(6): 51.
- [14] 李永军. 论破产管理人合同解除权的限制[J]. 中国政法大学学报, 2012(6): 71-72.
- [15] 崔建远. 解除效果折衷说之评论[J]. 法学研究, 2012(2): 63.
- [16] 李国光. 新企业破产法条文释义[M]. 北京: 人民法院出版社, 2006: 307.
- [17] 吴庆宝, 王建平. 破产案件裁判标准规范[M]. 北京: 人民法院出版社, 2009: 146.
- [18] 李永军. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 635.
- [19] 叶知年, 毕昌东. 论合同法定解除后损害赔偿问题[J]. 重庆理工大学学报: 社会科学版, 2015(5): 67-73.
- [20] 廖懿林. 论合同解除的溯及力[J]. 重庆工商大学学报: 社会科学版, 2014(3): 130.

Reflection on the Treatment of Contract in Chinese Insolvency Law

LIU Ying

(Chuo University Faculty of Law, Tokyo 2060001, Japan)

Abstract: According to the Article 18 of Chinese Insolvency Law, the administrator is entitled to decide whether to continue to perform or terminate the contract. The purpose is to enhance the value of the property of the debtor, and maintain the overall interests of the creditors. According to this purpose, the Chinese Insolvency Law needs to improve in the following aspects. First of all, we should set up special provisions of the situation that praestare is separable. Secondly, it should be clear from the provision that rescinding contract is producing legal effect of restoring the original status, and opposite party enjoys the claim of restoring the original status, it is common benefit right.

Key Words: Article 18 of Insolvency Law; contract; rescission of contract

本文责任编辑: 林士平