

借款合同加速到期条款的破产法审视

● 韩长印 张玉海*

【内容摘要】 借款合同中的加速到期条款作为贷款人在借款合同中广泛采用的一种借贷风险管理方式,于借款人进入破产程序之后,其效力应否得到破产法的承认、应否依照破产撤销权规则作为未到期债权或者已到期债权的清偿而加以撤销,是一个理论上研究不足且实践中认识迥异的问题。由于破产撤销权的功能在于维持破产程序启动前债权人之间彼此既定的权利位阶,即保障破产法“同等债权同等对待”立法旨趣的实现,故在借款人进入破产程序之后,难以将加速到期条款列入破产撤销权的规制范围之内,其效力应得到破产法的承认。但在实务中不仅银行债权人在主张债权加速到期后实施的抵销行为应受我国《企业破产法》第 40 条的拘束,而且发生在破产临界期内的抵销也应受到适当限制,以免当事人通过诸如增加账户内余额等方式使抵销权人获得破产法外的优待。

【关键词】 借款合同 加速到期条款 合同终止权 破产撤销权 偏颇清偿

在 2009 年 2 月 12 日石家庄市中级人民法院宣告“三鹿集团”破产后,借款合同加速到期条款在破产法上的效力问题即已凸显,^①而且在理论上和司法实务中引发了较大的争议。^② 争议的焦点集中在以下几个方面:其一,依据加速到期条款获得清偿或者抵销的行为应否依照破产法上的撤销权规则予以撤销?其二,债权人根据加速到期条款而享有的宣布债权提前到期的权利属于何种性质的权利?如果银行借款合同中的加速到期条款能获得认可,那么破产债务人与借款合同之外的其他债权人之间关于特定债权优位对待的约定之效力是否应当同样得到承认?其三,如果允许撤销,是将其作为未到期债权的提前清偿还是作为已到期债权的清偿予以撤销?撤销权的适用对象是否应仅限于债务人的主动还款行为?^③ 其四,如果银行直接扣划破产债务人的往来款项用于债权债务抵销,能否认定债务人在银行的存款构成银行对债务人的负债从而认定其符合抵销的条件?银行能否不经通知债务人解除合同而直接扣

* 作者单位:上海交通大学凯原法学院。

① 如中国工商银行股份有限公司石家庄桥西支行便与破产管理人就其与“三鹿集团”签订的《流动资金借款合同》中加速到期条款的效力问题发生了诉争。中国工商银行法律事务部刘泽华等人指出:“在本案应诉过程中,尽管某银行高度重视,通过采取组织召开专家论证会、加强与有关媒体沟通等方式积极阐述合理主张及抗辩理由,力争取得一审与二审法院的理解与支持,但最后仍以败诉而终,这起案例应引起商业银行高度重视。”参见刘泽华、王志永:《银行宣布贷款提前到期的风险与防控》,《银行家》2010 年第 5 期。

② 在“北大法宝”网站的检索结果显示,截至 2015 年 3 月 20 日,全文含有“破产撤销权”与“提前”字样的案例共 22 个;全文含有“加速到期”和“破产”字样的案例共 13 个,全文含有“加速到期”、“破产”和“撤销”字样的案例共 9 个。

③ 参见浙江省湖州市中级人民法院(2013)浙湖商终字第 35 号民事判决书。该案例判决显示,一审、二审法院均认定本案中信用社的扣款行为属于对未到期债务的提前清偿,且撤销权的适用对象同样包括被动的债务清偿。

划相关款项以作抵销?^④限于篇幅,本文拟从借贷合同加速到期条款的法律属性、借贷合同的特殊性以及破产撤销权的基本功能等方面对相关问题予以初步探析。^⑤

一、借贷合同加速到期条款的基本内涵与法理依据

借贷合同加速到期条款虽在实践中广泛存在,但相关法律法规对其内涵却未予明确。基于破产法应尊重非破产法规范的基本原则,在对借贷合同加速到期条款进行破产法视角下的检视前,无疑须首先明晰借贷合同加速到期条款的基本内涵及其为合同法等相关法律法规所认可的法理依据。故下文先对这一前提性问题作一简要论述。

(一) 借贷合同加速到期条款的基本内涵

如果把信用经济(信用媒介交换)看作是独立于货币经济(货币媒介交换)的一种经济形式,那么银行利用信用交易价格或利率杠杆将社会闲置资金和储蓄存款等转化为信贷资金,为企业生产和投资提供专门的借贷资本市场,已经成为信用经济的重要组成部分,同时也是使闲置资金从借贷资本转换为职能资本从而替代直接投资以直接创造社会财富的重要途径之一。

在当今社会,随着公司对举债经营的进一步依赖,包括金融衍生品及债权衍生品等类别在内的破产债权以及担保债权在公司负债中的占比不断增加。^⑥相对于我国《担保法》和《物权法》关于担保类别的规定而言,实践中最为常见的借贷合同加速到期条款便成为一种非典型性担保类别。曾有学者早在半个世纪之前即撰文指出:“近百年来,没有哪项担保(贷款)合约会忘记订入加速到期条款。”^⑦

简单说来,借贷合同中的加速到期条款是贷款人对债务人的消极行为或者履约状况实施约束的救济性措施。借贷合同往往约定,当债务人出现“可能影响借款安全或者债务履行情形”或者“还款能力可能发生重大不利变化的情形”时,^⑧即便贷款的清偿期限并未届至,贷款人亦得单方面宣布债权提前到期,并得采取一切可能的措施实现对贷款的追讨。加速到期条款适用的法律后果根据其触发因素的不同而有差异。如果加速到期条款的触发因素有可能使债务人陷入破产,则该条款可能使借款人的还款义务自动并立即到期;反之,加速到期条款可能为债务人约定一个宽限期以使债务人消除其相关的风险触发因素。

在我国,借贷合同加速到期条款常见的触发因素主要包括:(1)违反陈述和保证;(2)不履行还本付息义务;(3)违反合同约定的其他义务(变更贷款用途等);(4)违反其他合同,影响本合同履行;(5)债务人涉讼,影响本合同债权人利益;(6)债务人经营能力或者清偿能力受限;(7)债务状况恶化;(8)股东

^④ 参见“中国农业银行股份有限公司南京雨花台支行诉南京宇扬金属制品有限公司管理人破产撤销权纠纷案”,南京市中级人民法院(2013)宁商终字第241号民事判决书。在该案中,一审法院在债权是否到期、是否构成提前清偿、银行扣划债务人存款以供偿债是否构成有效抵销、银行是否负有通知到期的义务等方面均采取了支持破产撤销的判决态度(参见南京市六合区人民法院(2012)六商初字第514号民事判决书),二审法院判决正好相反,采取了支持贷款方的态度。

^⑤ 在美国破产法上,在判断重整计划是否对特定组别的利益作出调整进而允许其主张按照《美国破产法》第1129(a)(7)(A)条所规定的最佳利益标准予以保护时,依据该法第1124(2)条,对于因对方违约而可以基于合同约定或法律规定主张债务人加速到期履行义务的债权人,若重整计划能满足以下标准,便不被认为对该债权人利益进行了调整:纠正违约(但《美国破产法》第365(b)(2)条所规定的违约情形除外);将债务到期时间回复至违约之前的约定时间;就债权人基于对加速到期条款的合理信赖所遭受的损失进行了补偿;如果债权或股权系因债务人未能履行非金钱性义务而成立,除非违约是因未能按该法第365(b)(1)(A)条的规定,对商业不动产进行经营所导致的,就该违约造成的实际财产损失对债权人进行了赔偿;对债权人的权利未予变更(See Charles Jordan Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 2nd ed., Foundation Press, 2009, pp. 1072-1074)。笔者认为,美国法上的上述做法对我国颇具借鉴意义,限于文章篇幅,本文不展开讨论。

^⑥ 据统计,1991年,在申请破产的穆迪评级公司中,担保债务在债务总额中所占的比例不足45%;到了2012年,在申请破产的穆迪评级公司中,担保债务所占的比例超过了70%。参见 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2444700, 2015年9月30日访问。

^⑦ See Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, § 43.3, at 1195 (1965). 转引自 David Hahn, *The Role of Acceleration*, 8 DePaul Bus. & Com. L. J. 229 (2010), note 3.

^⑧ 参见南京市中级人民法院(2013)宁商终字第241号民事判决书。

发生变动;(9)借款人或者担保人涉嫌犯罪;(10)逃避监管、构成违法事由;(11)担保物贬值且未追加担保等。^⑨实际上,加速到期条款最为重要的触发因素无疑是借款人违反借贷合同的还款义务。^⑩但触发加速到期条款的其他关联条款或者加速到期条款的先导性条款在国内外信贷实务中俯拾皆是,这些条款均构成贷款人防范借贷风险的自我救济性措施,具体包括以下常见触发因素。

1. 交叉违约与交叉加速到期。交叉违约(cross - default),是指借贷合同约定,债务人对其他任何债权人的违约行为均可构成对本约的违反,从而触发本约救济条款的适用,包括第三人对债务人的诉讼、对债务人财产的扣押、执行等。^⑪由于交叉违约是触发加速到期条款的常见原因,有时两者在借贷合同中被合并为一个条款,即交叉加速到期条款(cross - acceleration clauses)。交叉加速到期条款的后果是将债务人对他人的违约及其他债权人主张债权加速到期的行为均作为对本约的违反及加速到期条款的成就条件。

2. 消极担保。消极担保是指借贷合同约定,借款人不得通过给他人设定财产担保而负担债务,也即限制借款人在其自身财产或者其附属机构财产之上创设或者允许财产担保的存在。^⑫如果债务人违反约定而为他人设定担保,则将触发加速到期条款的适用。

3. 影响借款人偿债能力的其他因素。可以毫不夸张地说,如果贷款方在借贷市场中占据主导或者优势地位,则其可能把借款方的一切“风吹草动”均列入触发加速到期因素的范围之内,这些因素交织在一起可能对借款人的财务困境及破产程序的过早启动起到多米诺骨牌效应。

除前述消极担保等因素外,其他影响借款安全的因素至少还包括限制利益分派和财产处置条款、限制资本结构恶化条款、限制不当资产置换条款、限制相关风险事件条款等。限制利益分派和财产处置条款能够防止债务人通过股利分配、分拆公司、股份回购或者退股等方式减弱其偿债能力;限制资本结构恶化条款则可约束债务人不当增加债务、不当增加负债与资产的比重、不当改变债权人之间的债权顺位(包括对本约之外的债权设置财产上的消极担保);限制不当资产置换条款能够防止债务人及其子公司将稳定的低风险资产通过出售或者投资等方式置换成不稳定的高风险资产;限制风险事件条款旨在防范债务人因控股股东股权比例的增减、并购、董事会成员的变动或回购自身股份等因素而滑入经营上的风险。^⑬

如果对上述触发加速到期的因素加以分类,大致包括以下三类:其一,违反借贷合同本身的事由,比如到期未还款等;其二,先兆性违约事件或者预期违约事件,也即某一事件的发生使得借款人违反贷款协议将成为可能或者必然,而不是指借款人违反借贷合同本身的义务;^⑭其三,债务人的其他风险因素或者事件。交叉违约条款就属于典型的先兆性违约事件。

适用加速到期条款的主体,除了借款人之外,有时还包括借款人的子公司和保证人。如果借贷合同约定了子公司和保证人的交叉违约行为,“借款人就不仅要对自己的违约行为负责,还要对其子公司和保证人在和贷款协议无关的其他交易中的违约行为负责。”^⑮借贷合同甚至可以约定,借款人控股关系

^⑨ 参见李春:《商业银行提前收回贷款的法律问题探讨》,《上海金融》2007年第8期;吴庆宝:《金融机构提前收贷风险防范的司法认知》,《民商事审判指导》2008年第2辑,人民法院出版社2008年版,第265~267页。

^⑩ 后文引用的我国相关法律规定表明,借贷合同约定的触发因素可能主要是违反借贷合同约定的借款用途,其本意或许是将对借贷合同还款义务的违反直接当作违约行为而当然地触发加速到期的。

^⑪ 同前注⑦,David Hahn文,第231页。

^⑫ 实际上,消极担保条款的作用是有限的。正如有学者指出的,债务人即便遵守消极担保条款,但大量借入无担保债务的结果,同样会稀释借款人的财产。况且,消极担保条款对借款人与第三人的商业行为造成了不合理的约束,对借款人课加了不适当的负担。参见宿营:《论国际商业贷款违约救济中的责任财产》,2008年全国博士生学术论坛(国际法)论文集,第220~223页。

^⑬ 同前注⑦,David Hahn文,第232~235页。

^⑭ 参见金明:《国际贷款协议中的交叉违约条款》,《比较法研究》1994年第3、4期。

^⑮ 同上注。其原因主要在于借款人可能是由若干子公司组成的一个集团公司,并且有时候保证人的违约情形要比借款人的违约情形更为严重。

的变化以及控股股东的财务风险同样构成加速到期条款的适用事由,因为这些因素的变动可能影响借款人的经营方向和经营水平。

借贷合同加速到期条款的直接积极功效,在于赋予贷款人优越于其他债权人的特殊合同权利,主要表现在以下两个方面:(1)废止合同约定的履行期限,剥夺借款人未到期的期限利益;(2)终止合同的履行,终结既存的关系。^⑩对于无担保债权人而言,若无其他含有加速到期条款或者交叉违约条款的合约债权人存在,则有利于提高该贷款人获得清偿的几率,从而成为债权人的“止损”(cutting loses)利器。当然,如果多数无担保债权人均有类似的加速到期条款或者交叉违约条款,由于普通债权人之间并无债权等级和顺位方面的差异,任一债权人债权的加速到期并不具有明显的优势和正当性。^⑪

借贷合同加速到期条款的间接积极功效,在于其能够充当间接参与公司治理、有效约束债务人非理性行为的“紧箍咒”。公司的经营管理原本仅仅听命于公司股东,因为在公司债务人丧失偿债能力时,对债权人债权的清偿要优先于股东股本的发还,这是债权人放弃公司治理参与权的合约代价。^⑫但有目共睹的事实是,金融机构大多通过借贷合同的条款安排,间接参与债务人公司的治理及其经营行为的把控,并最终在公司出现破产原因后通过破产程序的启动完全接管对债务人的控制。^⑬尤其是对于小型公司或新设公司而言,“除了向银行贷款外,外部融资途径比较有限。它们除了接受短期或者有着详细限制性约定的贷款之外,别无其他商业选择。因而,有观点认为,‘银行的权力总是与借方的规模成负向关系,因为公司的规模与其信用评级及可资利用的借款选择息息相关’。”^⑭

作为以个别债权人利益为立足点的救济性条款,借贷合同加速到期条款对债务人及其他债权人的消极功效也至为明显,主要表现在以下几个方面。

1. 增加债务人破产的几率。加速到期条款内含贷款人单方剥夺债务人期限利益、单方终止合同关系的特权,必然诱使众多具有议价能力的债权人竞相约定加速到期条款、交叉违约条款和交叉加速到期条款。其结果是,只要任一债权人的债权合约出现触发加速到期的因素,就会使得所有的债权一律立即到期,刺激债权人竞相争夺债务人财产,并使债权人为追讨债权蜂拥而至。如果说“对一些单期欠款而言,债务人股东有时会通过注资或者其他手段予以偿还……一旦债权人适用加速到期条款,则债务数额变大,债务人股东往往无力回天”,^⑮从而加速债务人的破产。

2. 不当干预债务人的经营权。按照公司法原理,公司利润的分配、公司财产和营业的处置、公司的并购、公司董事和高管的变动、公司股权关系的变化,甚至公司为开展营业所需而为他人提供相应的担保,都属于公司正常经营决策权的范畴。尽管这些经营因素的变化有可能对债权人的利益产生消极影响,毕竟也仅仅是一种可能性,公司行为固然有非理性的一面,但通常而言股东受利润最大化目标驱使,大多有其理性的一面。如果借贷合同把这些经营因素的变化一概不加评估地作为债权加速到期的触发

^⑩ 同前注^⑦, David Hahn 文,第 236~237 页。

^⑪ 同上注,第 239 页。

^⑫ 经济学上的“状态相依所有权理论”认为,股东是公司正常财务状况下的所有者,拥有剩余索取权并可控制公司经理人,债权人只是合同的收益要求者。仅在公司破产时,债权人才有权获得企业控制权,因为此时股东的收益已经固定为零,其在边际上已经不承担企业的风险,缺乏适当的激励,债权人成为实际上的剩余索取者,具有作出最好决策的积极性(参见张维迎:《企业理论与中国企业改革》,北京大学出版社 1999 年版,第 88 页、第 89 页、第 110 页)。关于剩余索取者理论及其在破产法判例上的运用,See D. G. Baird, The Initiation Problem in Bankruptcy, 11 International Review of Law and Economics 223, pp. 228-229 (1991); West Mercia Safetywear Ltd. (in liq) v. Dodd and Another [1998] BCLC 250, 252-253; Rizwaan Jameel Mokal, Corporate Insolvency Law: Theory and Application, Oxford University Press, 2005, p. 307.

^⑬ 至于认为交叉违约条款和交叉加速到期条款的普遍存在有可能促使各债权人采取集体理性行为的观点,笔者不以为然。因为只要债务人没有进入破产程序,各债权人就不会停止“勤勉竞赛”式的个别抢夺行为。惟有债权人通过破产申请把债务人拉入破产程序,才可能阻止其他债权人的抢先行为。

^⑭ [英]艾利斯·费伦:《公司金融法律原理》,罗培新译,北京大学出版社 2012 年版,第 341 页。

^⑮ 汤征宇、符望:《贷款加速到期条款在破产情形中的对待》, <http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MzMzNDM0Jnh0PTEmbG1kbT1sbTksNAPdcssPdcssz>, 2015 年 8 月 13 日访问。

因素,实际上会使债务人的经营陷入被信贷债权人控制的境地。这或许就是英国公司法上将过度参与公司事务管理的债权人当作事实董事和“影子”董事从而对其课加赔偿责任的理由。^②

3. 可能贬损其他债权人的利益。加速到期条款形式上是防范借贷风险的自救性措施,但在债务人责任财产范围确定的情况下,含有加速到期条款的信贷合同债权人以及其他含有类似条款合同的债权人实际上就会置其他债权人于劣后和不利的地位。消极担保条款就是减损其他债权人利益(包括限制债务人为其他普通无担保债权人提供追加担保)的典型条款。正如有学者所指出的,“银行也有动机去运用其可观的监督优势及对公司决策的影响力,以牺牲其他利益相关者为代价而强化其地位。”^③其结果一是会破坏债权的平等性(无论其效力范围限于担保债权还是普通债权);二是违背债权人与债务人主体资格平等原则,毕竟债权人除非同时与债务人之间形成股权关系,否则是无权借助债权合约对债务人的公司治理作出强制性约束的。

(二)我国借款合同加速到期条款的法理依据

1. 加速到期条款的合约依据。合同自由和意思自治无疑是合同法的精髓所在,这也恰好构成了加速到期条款的合约依据。英国 Hoffmann 法官曾经指出:“如果案件不危及法律的连续性或者违反公共政策,我想法院在宣布商业社会的某一做法在概念上不可行时,应当非常审慎。”^④毕竟“合同各方能够按其意愿互相赋予对方权利和义务,而这些权利和义务所创建的交易属于什么类型,则是法律的事情”。^⑤上海市高级人民法院《关于印发〈关于审理借款合同纠纷案件若干问题的解答〉的通知》(沪高法民二[2006]12号)也曾指出:“借款合同关于贷款人提前收贷有约定的,该约定只要不违反法律、法规的强制性规定,应认定有效。在贷款人主张借款人提前还款的条件成就时,贷款人据此诉请要求借款人提前还款的,法院应予支持。”正因为如此,如果不考虑破产法上的相关规定,加速到期条款作为借贷合同中司空见惯的自治条款,在当事人之间的法律效力是不应当遭受怀疑的。

2. 加速到期条款的立法依据。当前,对借贷合同中约定的加速到期条款加以肯认的法律规范主要包括:(1)中国人民银行《贷款通则》第22条第5项规定:“借款人未能履行借款合同规定义务的,贷款人有权依合同约定要求借款人提前归还贷款或停止支付借款人尚未使用的贷款。”该通则第71条规定:“借款人有下列情形之一,由贷款人对其部分或全部贷款加收利息;情节特别严重的,由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款,并提前收回部分或全部贷款:(1)不按借款合同规定用途使用贷款的。(2)用贷款进行股本权益性投资的。(3)用贷款在有价证券、期货等方面从事投机经营的。(4)未依法取得经营房地产资格的借款人用贷款经营房地产业务的;依法取得经营房地产资格的借款人,用贷款从事房地产投机的。(5)不按借款合同规定清偿贷款本息的。(6)套取贷款相互借贷牟取非法收入的。”(2)《合同法》第203条规定:“借款人未按照约定的借款用途使用借款的,贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”(3)中国银监会《流动资金贷款管理暂行办法》第22条规定:“贷款人应与借款人在借款合同中约定,出现以下情形之一时,借款人应承担的违约责任和贷款人可采取的措施:(1)未按约定用途使用贷款的;(2)未按约定方式进行贷款资金支付的;(3)未遵守承诺事项的;(4)突破约定财务指标的;(5)发生重大交叉违约事件的;(6)违反借款合同约定的其他情形的。”^⑥该办法第32条规定:“贷款人应动态关注借款人经营、管理、财务及资金流向等重大预警信号,根据合同约定及时

^② 比如,依照1986年《英国破产法》第214条的规定,“影子”董事可能对一些不法交易产生的亏损承担赔偿责任。

^③ 同前注^②,艾利斯·费伦书,第342页。

^④ See Re Bank of Credit and Commerce International SA(No.8)[1998]AC 214,HL,228.转引自前注^②,艾利斯·费伦书,第350页。

^⑤ See Agnew v. The Commissioner of Inland Revenue[2001]2 AC 710,PC,para.32.转引自前注^②,艾利斯·费伦书,第355页。

^⑥ 此处对交叉违约条款的规定限于“重大交叉违约事件”。此外,中国银监会《固定资产贷款管理暂行办法》第20条规定:“贷款人应在合同中与借款人约定,借款人出现未按约定用途使用贷款、未按约定方式支付贷款资金、未遵守承诺事项、中贷文件信息失真、突破约定的财务指标约束等情形时借款人应承担的违约责任和贷款人可采取的措施。”第33条规定:“贷款人应对固定资产投资项目的收入现金流以及借款人的整体现金流进行动态监测,对异常情况及时查明原因并采取相应措施。”

采取提前收贷、追加担保等有效措施防范化解贷款风险。”

有理由认为,尽管《合同法》仅就借款人变更借款用途情形规定了贷款人提前收回借款的权利,而对借款人违反合同约定义务的其他情形并未作出规定,但这是合同法条款内容的局限性使然,而非合同法关于加速到期条款的立法精神使然。从合同法的立法意旨而论,中国人民银行和中国银监会就借贷合同中的加速到期条款、交叉违约条款等作出规定,都是为合同法所肯认的。但如果从现行破产法规定的角度进行审视,显然无法得知立法对该问题的明确判断(或者说可以得出完全相左的两种判断)。究其原因在于以下两点:(1)现行破产法既未对金融机构的破产作出专门规定,也未针对金融债权的特殊性作出特别的回应和安排。^②(2)按照破产法原理,除非存在破产法上的压倒性理由,当事人的权利和义务不应仅因破产的发生而改变。^③破产法原则上不应当改变破产程序开始之前各种不同实体权利的性质,以及合同法、物权法与侵权责任法等实体法中既定的权利排序规则。^④

二、借贷合同加速到期条款的基本属性分析

笔者认为,借贷合同加速到期条款之定性问题的实质在于能否将其解读成一种关于终止权的约定条款,而这又涉及如何界定解除权与终止权的问题。

从比较法视角看,是否需区分解除与终止,在大陆法系国家或地区存在不同的做法。日本民法未规定合同的终止,而是将合同解除分为两类情形:一类是合同解除的效力溯及既往,另一类是合同解除的效力不溯及既往。^⑤而其他大陆法系国家相关判例与学说也多区分解除与终止。^⑥如在德国法上,解除(Rücktritt)是指一方当事人依据合同上的或者法定的相应权限,通过单方面的表示使一个有效成立的合同溯及地归于消灭。^⑦而在继续性债务关系中,常以特殊的信赖关系为先决条件,且当事人受到的拘束是长时期的甚至是不确定时期的。故在有重大事由时,必须能够使继续性债务关系在将来消灭,即必须能够使其终止。^⑧终止(Kündigung)是指合同一方当事人之单方面作出的形成性的意思表示。然而,与解除不同,终止不具有溯及既往的效果,而仅是自表示之时起向将来发生效力。^⑨在区分解除与终止的国家和地区,对二者间关系的解读,便成为学者的一项重要任务。我国台湾地区邱聪智教授对二者间的异同曾作过比较简明的归纳,颇值借鉴。其认为,二者之相同点主要包括以下几点:(1)在性质上均为形成权;(2)均通过使契约消灭而提供救济;(3)均存在权利行使(主观)不可分原则的适用空间;(4)均会因债务不履行而产生损害赔偿问题;(5)均因不履行事由得到补正而消灭。而二者间的区别主要包括以下几点:(1)解除之效力可溯及既往,得使契约自始消灭;而终止无溯及既往,仅使契约自终止后消灭。(2)解除之发生原因于债之通则中有一般规定,而终止之发生原因则于债之通则中无一般规定。(3)解除具有回复原状之效力,而终止则无此效力。(4)在解除时存有失权可能,而在终止时无失权问题。(5)在适用范围上,解除适用于一时性契约,而终止适用于继续性契约。^⑩

需注意的是,《德国债法现代化法》对法定解除权和约定解除权的法律效果予以了根本性的改造,即解除权的行使,使合同转变成清算了结的关系,或者成为返还性的债务关系。但其仅适用于债法上的合同,而不适用于物权合同。至此,以前通说之观念,即将解除视为消灭之法律构成,而将清算了结关系

^② 我国《企业破产法》第134条第2款规定:“金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。”

^③ See Douglas G. Baird, *The Elements of Bankruptcy*, New York Foundation Press, 2006, p. 5.

^④ 参见韩长印、韩永强:《债权受偿顺位省思——基于破产法的考量》,《中国社会科学》2010年第4期。

^⑤ 参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第541页。

^⑥ 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,第243页。

^⑦ 参见杜景林:《德国债法总则新论》,法律出版社2011年版,第127页。

^⑧ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林等译,法律出版社2004年版,第13~14页。

^⑨ 同前注^⑧,杜景林书,第130页。

^⑩ 参见邱聪智:《新订民法债编通则》下册,中国人民大学出版社2003年版,第367页。另外,史尚宽教授对解除与终止的区别亦持类似观点。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第572~573页。

视为被修正的得利关系,被宣告“寿终正寝”。通过解除,双方当事人的履行请求权,以及与履行请求权相关联的次级请求权归于消灭。解除不使合同作为整体被废止,而是说合同继续存在,但当事人的给付义务则各自改变方向,走向与原来相反的轨道。^⑤

在我国的相关实践中,“终止”概念至少在三个不同的层面上被使用:有时作为解除的上位概念,与合同消灭同义;有时作为解除的一种类型;有时则是与解除并列的概念。但我国《合同法》却将终止作为与合同消灭相同的概念使用,而将德国法所称的终止直接称为解除。^⑥由此,我国合同法语境下的终止与解除便与传统大陆法系国家尤其是德国法系国家之合同终止与解除存在重大差异。为了统一我国合同法下终止与解除的含义,同时也便于更好地进行比较法上的对比,崔建远教授认为,应将终止作为解除的一种类型,将这种意义上的终止直接称为解除,不再用“终止”一词;而在合同消灭的意义上使用终止,与法人终止、委托终止等保持一致。^⑦王利明教授则认为终止本身可以从广义上和狭义上进行理解。从广义上理解,终止包括解除等各种使合同关系消灭的形式,其效力在于使合同对当事人失去拘束力,而解除则仅为终止的一种原因。从狭义上理解,终止只是与解除相对应的、使合同不再对将来发生效力的导致合同消灭的事由。^⑧简言之,崔建远教授的思路在于扩大解除的外延,而王利明教授的思路则在于对终止作扩大解释。^⑨

在明晰了我国合同法语境下对解除与终止的不同理解之后不难发现,若严格坚持解除权与终止权相区分的观点,则借贷合同加速到期条款实为一种关于终止权的约定条款。

首先,考察相关域外法制,在严格区分解除权与终止权的德国与我国台湾地区,均认为加速到期条款应属一种关于终止权的约定条款。我国台湾地区黄茂荣教授认为,我国台湾地区“民法”除第204条外,对于消费借贷并无终止事由之规定,仅第475条之一第1项所定关于有偿消费借贷之预约的撤销事由,可类推适用充为终止事由。其实务上的结果是让诸当事人自订,特别是由贷与人以定型化契约的方式规范之。而加速到期条款可谓典型之代表,贷与人可据以期前终止契约。^⑩《德国民法典》亦有类似规定,依据该法第490条第1款之规定,如借用人的财产状况发生实质性恶化,或者濒临发生实质性恶化,则贷与人享有特别终止权。^⑪

其次,从解除与终止之区别即是否可溯及既往来看,加速到期条款难以被解读成关于解除权的约定条款。实践中加速到期条款之实质是通过债务人对自己期限利益(主要是指债务人在债权人主张加速到期后的到期日与原合同约定的到期日之间对本金的使用利益)的放弃,提前实现债权人的债权,进而达到债权人规避风险的目的。若以时间为衡量标准,按照加速到期条款的字面意思,其效果在于使尚未到期的贷款提前到期,与意在解除当事人双方合同关系的合同解除并不相同,即主张债权加速到期并不具有溯及既往的效力,由此也不会产生失权问题。而实践中往往存在这样的情形,即在加速到期条款中同时约定债权人可得解除合同——对提前收贷与解除合同作刻意区分。如在“中国银行股份有限公司厦门开元支行诉张价值等金融借款合同纠纷案”中,当事人在借贷合同中约定:“借款人未按期归还贷款本息视为合同项下违约,贷款人有权要求借款人限期纠正,宣布本合同项下贷款本息全部或部分提前

^⑤ 详细讨论参见前注^②,杜景林书,第127~130页。

^⑥ 同前注^⑤,崔建远主编书,第244页。

^⑦ 需注意的是,崔建远教授作出此种判断的基础在于其认为在溯及力方面,合同解除和合同终止已经趋同了(同上注)。不过,杜景林教授认为,与解除不同,终止不具有溯及的效果,而仅是自表示之时起向将来发生效力(同前注^⑤,杜景林书,第130页)。

^⑧ 同前注^⑥,王利明书,第541页。

^⑨ 笔者赞同一时性合同采解除权模式、继续性合同采终止权模式。

^⑩ 参见黄茂荣:《债法各论》,中国政法大学出版社2004年版,第117~118页。

^⑪ 《德国民法典》第490条第1款规定:“借用人的财产情况或者为借贷所提供担保的价值发生实质性恶化,或者有发生实质性恶化的危险,因此危害借贷的归还,并且纵使将担保变价,仍然不能够改变这一情况的,在发生疑义时,贷与人在支付借贷之前,始终可以终止借款合同,在支付借贷之后,通常仅能够立即终止借款合同。”参见杜景林、卢湛:《德国民法典评注——总则·债法·物权》,法律出版社2011年版,第248~249页;同上注,第118页。

到期,终止或解除本合同并依法及本合同约定对抵押汽车行使抵押权。”^{④③}另外,在国际贷款协议中对持续不止的违约事件,贷款人(辛迪加贷款时为一定比例的贷款人)可以通知借款人取消自己的贷款承诺,并对已经发放的但尚未到期的贷款宣布提前到期,此处的取消贷款承诺是针对解除贷款人尚未履行的义务而言,加速到期是要求借款人在贷款到期之前提前返还贷款。^{④④}尤其需要注意的是,当事人对终止与解除的此种刻意区分往往能够得到人民法院的正面回应。上海市高级人民法院《关于印发〈关于审理借款合同纠纷案件若干问题的解答〉的通知》(沪高法民二[2006]12号)就“贷款人依据借款合同关于提前收贷的约定,诉请借款人提前还款,是否必须提前解除合同诉请”的问题给出的解释是:“该诉请不以解除合同为前提,故贷款人无须主张解除合同诉请。”在对加速到期条款进行解读时,对于上述商业实践及司法实践所持的态度不应刻意回避。毕竟法律的产生在形式上虽是创制的,但实质上却是生产的。^{④⑤}

此外,从时间因素在合同履行中所处地位和所起作用的角度来看,合同分为一时性合同和继续性合同,后者总的给付内容或给付的范围直接取决于给付时间的长短。^{④⑥}在借贷中,借用人可以使自己所获得的资本的时间越长,出借人的给付内容也就越多,据此梅迪库斯教授将其纳入继续性债务关系的范畴。^{④⑦}对此,笔者予以赞同。而“消费借贷作为继续性合同以使用、收益标的物为目的,已经被受领方享用的标的物效益,也就不能恢复原状。”^{④⑧}故结合前文所述的解除与终止之区别来看,亦应将借贷合同中的加速到期条款界定为一种关于终止权的约定条款。

综上,无论是从比较法视角考察,还是从解除与终止之区别的视角考察,^{④⑨}均宜将加速到期条款所赋予的债权人得主张债权加速到期的权利解读为一种终止权。

三、破产撤销权的功能定位与加速到期条款的偏颇性甄别

笔者赞同认为加速到期条款实为约定了一种单独的违约责任承担方式的观点,即赋予贷款人合同终止权可以达到进一步追究借款人其他违约责任的目的,比如债权人可以据此主张本金、利息及罚息等。在无破产因素的情况下,若债务人此时承担了违约责任,债权债务关系便归于消灭;而在加入破产因素后,则需对债权人的加速到期行为是否与破产法的基本原则相冲突进行检视。即允许债权人加速债权到期是否意味着赋予该特定债权人较其他债权人(指未在合同中加入加速到期条款的债权人)以更加“优先”的地位?这种地位的改变是否应当被列入破产撤销权所规制的偏颇清偿行为的范畴?^{⑤①}要厘清债权人主张债权加速到期进而实现债权的行为是否具有可撤销的偏颇性,首先须明晰破产法上所谓偏颇撤销权的功能定位,进而检视债权加速到期时债权人地位的改变是否具有偏颇性。

(一)破产撤销权的功能定位

^{④③} 参见福建省厦门市思明区人民法院(2012)思民初字第3923号民事判决书。

^{④④} 参见郭玉军:《国际贷款法》,武汉大学出版社1998年版,第166页。

^{④⑤} 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第225页。

^{④⑥} 同前注^{④③},崔建远主编书,第33~34页;同前注^{④③},迪特尔·梅迪库斯书,第12页。

^{④⑦} 同上注,迪特尔·梅迪库斯书,第12页。

^{④⑧} 同前注^{④③},崔建远主编书,第261页。

^{④⑨} 前文所述邱聪智教授所归纳的解除与终止之间的第二点区别,属立法技术层面的问题,对于界定加速到期条款是否为关于终止权的约定条款并无实质性影响。就两者间其余四点区别而言,根据文中的分析,加速到期条款的约定仅具备终止的特点,而不具备解除的特点。

^{⑤①} 就我国立法而言,破产撤销权规制的可撤销行为分为两类,即欺诈行为与偏颇性清偿行为。前者主要包括无偿转让财产、以明显不合理价格进行交易、放弃债权;后者主要包括对未到期的债权提前清偿、对没有财产担保的债务提供财产担保、危机期间的个别清偿行为(参见奚晓明主编:《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2013年版,第191页)。由于“破产法上对诈害性行为的撤销当属对取得利益本身即属不合法的行为的撤销”(参见韩长印:《破产撤销权若干疑难问题研究》,《月旦民商法杂志》2006年第4期),而加速到期行为一般并不具有诈害性,故该行为无法基于欺诈原因而被撤销。故本文对其的讨论主要集中在是否具有可撤销的偏颇性。

破产法的立法目的虽然在理论上存在争论,^{⑤1}但破产程序作为一种概括清偿程序,应具有最大化收集破产财产并在同等债权人中公平分配的功能。正如联合国国际贸易法委员会发布的《破产法立法指南》所指出的:“破产制度应当实现如下关键目标,即为市场提供确定性以促进经济稳定和增长、力求资产价值最大化、确保对处境相近的债权人的公平待遇。”^{⑤2}由此,区别于个别强制执行所秉承的“时间在先、权利在先”理念的“同等债权同等对待”原则,便构成破产法的最大特征。破产法所追求的“同等债权同等对待”目标,是建构在一系列制度保障基础之上的,而破产撤销权便是其中一项重要的制度设计。正如有学者指出的,破产法主要通过破产程序启动之时的“自动冻结”制度所产生的往后冻结效力与撤销权制度所体现的溯及既往的功能,维持可供债权人分配以及可供社会利用的总财富的价值。这两项制度通过在时间维度上的无缝对接,共同实现防止个别人在全体债权人共有的责任财产这一“公共鱼塘”内“钓鱼”的效果。因而,要解决债务人的有限财产所引发的债权人利益的公平分配问题,没有破产撤销权制度是绝对行不通的。^{⑤3}破产撤销权的逻辑机理就在于,将影响对债权人公平对待的财产转让行为予以撤销,从而维护破产法的公平原则。^{⑤4}

具体而言,从理想的状态出发,破产法应以债务人出现破产原因时债权人之间的权利秩序或者权利义务格局作为其调整债权人之间相互关系的基础,我们可以将此时的秩序称为债权人权利顺位的“原始秩序”。但由于对破产原因出现时点进行准确判断在实践中往往不具可操作性,也即在实践中破产原因出现的时点往往不能与进入破产程序的时间保持同步,^{⑤5}由此便产生了“原始秩序”不能直接延续至破产程序中的问题,也就产生了“原始秩序”被扭曲的风险。为尽量降低此种风险,立法上只能以破产申请日为基准并向前推定至特定日期,对在此期间内试图转移债务人财产、破坏债权人之间“原始秩序”的行为予以撤销。^{⑤6}故而对此期间内债权人之间权利秩序的维护,也便意味着维护了破产法对债权人的“同等对待”。而在此偏颇期起始时点后出现的试图改变债权人之间权利秩序的行为,便打破了债权人之间的这种“平等对待”关系,也即具有了偏颇性,故需借助破产撤销权制度将其转移的财产予以回复(对新设担保行为的撤销无需取回财产),以恢复债权人之间的“原始秩序”,进而实现破产法上“同等债权同等对待”之目标。美国破产法学者曾指出,破产撤销权旨在将债权人试图在破产程序启动前扩大其债权以增加其可得分配份额的行为或债务人在债权人授意下采取的类似行为所取得的财产予以取回。^{⑤7}

概言之,破产撤销权之关注点仅在于偏颇期起算时点至破产程序启动期间之债权人之间的债权秩序是否会因债权人或债务人的行为而发生改变,而不考究此时段内债权人的债权是否确定或合法等问题。也即破产撤销权试图维护的是偏颇期起算时点之时债权人之间的相互关系或按此时状态之自然发展结果(比如,某项有财产担保的债权因所附解除条件之成就而被解除所产生的债权人之间相对秩序的变动,或其间发生新的债权而引起的债权人之间秩序的变动等)。其效果是将偏颇期起算时点至破产程序启动期间的债权秩序予以“冻结”,以防止进入破产程序前债权被个别清偿或被改变受偿顺位。

^{⑤1} 破产法的立法目的在境外尤其是美国理论界存在较大争议。参见韩长印:《企业破产立法目标的争论及其评价》,《中国法学》2004年第4期。

^{⑤2} 联合国国际贸易法委员会:《破产法立法指南》中译本,第10~13页。

^{⑤3} 同前注^{⑤1},韩长印文。

^{⑤4} 同前注^{⑤1},Charles Jordan Tabb书,第442页。

^{⑤5} 破产原因出现的时点与进入破产程序的时点不同的原因,除正文中所提到的原因外,还包括诸如债务人或债权人等适格当事人启动破产程序的态度等因素。

^{⑤6} 当然,破产法并非对此期间内转让债务人财产的行为一概予以撤销,各国都规定有例外情形,我国《企业破产法》第32条关于“个别清偿使债务人财产受益的除外”之但书规定即属此例。又如,《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)》第16条规定:“债务人对债权人进行的以下个别清偿,管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的,人民法院不予支持:(一)债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的;(二)债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金的;(三)使债务人财产受益的其他个别清偿。”

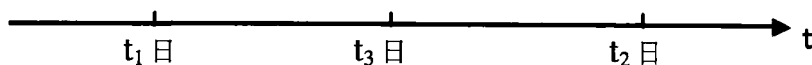
^{⑤7} See Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Harvard University Press, 1986, p. 130.

但此处之“冻结”效力不及破产程序启动之时的“自动冻结”效力,后者会产生诸如未到期债权被视为到期的效果,而前者并不影响双方当事人基于合同产生的既定的权利义务内容。破产撤销权的此种设计也体现了“破产法应尽可能承认原有权利义务”的基本诉求。^⑤

(二)加速到期条款的偏颇性甄别

如前所述,破产撤销权试图维护的是偏颇追溯期起算之时债权人之间的权利义务格局或按此时之状态自然延续至破产程序启动时的权利义务结果,任何试图改变此原始状态或其自然延续结果的行为均将被撤销。而判断债权人基于合同约定主张债权加速到期的行为是否具有偏颇性的关键在于,要甄别加速到期的行为是否改变了偏颇期起算之时债权人之间的相互关系或按此时状态之自然发展结果。

在判断加速到期行为是否具有偏颇性之前,有必要对破产撤销权所维护的债权人之间的权利义务格局或其自然发展之结果作进一步考察。为便于说理,先假设一简单案例:某甲对某乙负有一笔债务,而某甲于 t_2 日进入破产程序,假设 t_1 日为偏颇期起算之第一日,其时间关系如下图。



如前所述,破产撤销权所维护之原始状态实际上包括了两种不同类型,可称之为静的原始状态与动的原始状态。就前文所假设之案例而言,所谓静的原始状态,是指某乙之债权于 t_1 日已处于确定状态;或虽未立即确定,却于 t_2 日前确定下来,一旦完成这种转换,也就可以称之为一种静的状态了。而所谓动的原始状态,是指某乙之债权于 t_1 日时尚处于未确定状态,或因其尚未到期,或因其所附之条件尚未成就等而仍处于变动的状态下,比如,其可能因所附之解除条件成就而于 t_2 日来临之前归于消灭。

基于上述权利义务两种状态的类型划分,破坏原始状态的行为也存在不同的样态。对静的原始状态的破坏,其典型行为当属对债权的个别清偿。在上述假设案例中便表现为某乙之债权已于 t_1 日到期,而某甲却于 t_3 日进行了清偿;对担保状态的违反也构成了对静的原始状态的破坏行为。我们可将前述假设案例改造为某甲以其所有的一头猪为某乙之债权设定了担保,在 t_1 日时该猪仅值100元,而于 t_3 日时,因某乙之后续饲养行为,该头猪已值300元。若某乙在此时主张对这300元都享有担保物权,则在此情形下便会被认为存在不当的利益输送,破坏了于 t_1 日时形成的原始状态,从而具有偏颇性,超出 t_1 日时之200元价值部分将被撤销,并返回于破产财产。^⑥概言之,对静的原始状态的破坏会直接改变债权人本应得到的清偿额,进而使债权人取得相对优先的地位,违背了破产法“同等债权同等对待”的立法目标。

然而,对动的原始状态的破坏的判断却不像对静的原始状态的破坏那样显而易见。对动的原始状态的破坏,典型者如对尚未到期债权的提前清偿,亦可能表现为对附期限、附条件债权在所附期限、条件成就前的清偿。^⑦其偏颇性一方面在于债务人放弃了自己的期限利益,进而减少了破产财产;另一方面在于导致债权人厚此薄彼,违背破产程序之概括清偿的立法旨趣。但对于诸如在前述假设案例中某乙

^⑤ 同前注^⑤, Thomas H. Jackson 书,第23页。此外,国内亦有学者对此进行了相对详细的论述(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)。

^⑥ 这便是美国学者所谓的“肥猪案(fat pig case)”(同前注^⑤, Charles Jordan Tabb 书,第473页)。而基于我国现有立法,似可对《企业破产法》第31条中“对没有财产担保的债务提供财产担保”之规定作扩大解释以实现同样的效果,即将此处之债务解释为“本来未设置担保之债务,以及虽然设置了担保但担保财产价值不足的部分”。对于此假设案例而言,超出 t_1 日时之100元部分的债务便属于《企业破产法》第31条所规定之“没有财产担保的债务”。关于此类案例所涉“浮动抵押担保”的效力分析,参见韩长印:《破产撤销权行使问题研究》,《法商研究》2013年第1期。

^⑦ 需注意的是,我国《企业破产法》第117条规定:“对于附生效条件或者解除条件的债权,管理人应当将其分配额提存。管理人依照前款规定提存的分配额,在最后分配公告日,生效条件未成就或者解除条件成就的,应当分配给其他债权人;在最后分配公告日,生效条件成就或者解除条件未成就的,应当交付给债权人。”

之债权于 t_1 日至 t_2 日期间内继续增加,或属于在此期间内新增之债权,应如何甄别?其是否属于对原始状态的破坏呢?笔者认为,这两种情形均不会破坏破产债权人之间的原始债权秩序。在此,可以结合前述“肥猪案”进行分析。在“肥猪案”中,对于超出 t_1 日时的担保价值部分(即小猪日后因饲养等原因增值的200元,区别于纯粹的市场价格变动导致的担保物价值变动),不仅要撤销债权人对该部分主张担保权的行为,而且应认定债权人对这部分根本就不享有担保权。^⑥原因在于,一旦认可债权人对此部分享有新的担保物权,则意味着该债权人的位阶将获得提升,其日后获得的破产分配额也将优于原本与他处于同一受偿顺位之债权人(即于 t_1 日时均未设有担保之债权的债权人)。而对于在 t_1 日至 t_2 日期间内新增的债权,即使是有担保的债权,其之所以不会被破产撤销权制度所否认,就在于这种变动虽然也会对原有债权人产生影响,但其影响仅限于绝对数额,并非改变原有债权人之间的相互位阶。即在新增债权的情况下,原有债权人间的相互关系并未受到影响,其在日后的破产分配中仍可获得“同等对待”。而对于在 t_1 日时债权额仍处于变动中的债权,因其在 t_1 日至 t_2 日期间内的变动,同样不会影响既有债权人之间的相互关系,故同样不存在偏颇性问题。

对于债权人基于加速到期条款而主张债权加速到期的行为,其效果仅在于使得在 t_1 日至 t_2 日期间内尚未确定的债权得以确定,即由未到期债权转变为到期债权。由此而引起的该债权人地位的变化,并未改变其与原债权人之间的顺位关系。因为该债权人的这种可得改变自身地位的权利是于 t_1 日时自然发生的。即于 t_1 日至 t_2 日期间内,该债权人基于加速到期条款所享有的地位,只有在该债权人就是否主张加速到期作出明确选择时才得以确定,在此之前其与其他未到期债权之债权人之间的关系都处于一种不确定状态,而且这种不确定状态应属破产撤销权制度所意在维护的 t_1 日前的原始秩序状态。

四、加速到期之后的抵销及其限制

如前所述,加速到期乃一终止权,即使权利人于破产偏颇期内行使该权利亦不具有破产法上之偏颇性。其行使效果是使得合同关系终止,使未到期债权转换为到期债权,债权人可得主张债务人清偿债务,应于破产中予以承认。此时,对于这一业已到期之债务,银行债权人当然可以主张其各种法定或约定之权利,包括通过扣划的方式行使抵销权。

一般而言,银行对于其客户账户内的资金享有抵销权为各国立法所确认。^⑦在我国,立法上虽缺乏相应的明确规定,但仍可以找到必要的规则支持。^⑧如我国《合同法》第99条关于抵销的规定确立了法定抵销的基本制度框架,《企业破产法》第40条^⑨也对破产语境下的破产抵销权作出规定。破产抵销权来源于民法上的抵销权,之所以在破产程序中加以承认,是因为“一是抵销制度是为了担负担保性功能,通过行使抵销权而不是根据破产手续,就能优先得到清偿;二是如果不允许抵销,就会产生不公平的现象,即自己欠破产财团的债务,被要求作出全面的履行;与此相对,自己拥有的债权则作为破产债权,

^⑥ 在美国法下,对本问题的认知思路与本文并不完全相同,其一般认为此属于偏颇性的财产转移行为,即将其放在作为偏颇性清偿行为构成要件之财产转移下进行讨论。同前注^⑤,Charles Jordan Tabb书,第471~473页。

^⑦ 参见沈达明:《美国银行业务法》,对外经济贸易大学出版社1995年版,第127页;沈达明、郑淑君:《英法银行业务法》,中信出版社1992年版,第12~23页、第188~199页。

^⑧ 在我国,虽可基于《合同法》、《贷款通则》等解读出相关立法已赋予银行以抵销权,但尚存在诸多问题。如并未限制银行可得抵销的账户类型,未对银行可抵销的借款人账户上资金的来源及用途进行明确界定,银行与客户权利安排失当等。相关讨论参见李西臣:《论我国银行抵销权制度的建立》,《上海金融》2007年第1期;张学安:《国际金融法中的抵销理论与实务》,法律出版社2008年版,第195~206页。

^⑨ 该条规定:“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的,可以向管理人主张抵销。但是有下列情形之一的,不得抵销:(一)债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的;(二)债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人负担债务的;但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外;(三)债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”

只能受到按比例的平均的分配(清偿)”。^⑤虽然破产程序的基本规则之一在于尊重破产程序开始之前既存的权利义务格局,但是并不意味着银行之抵销权将不会受到破产法的任何规制。在我国现行立法下,银行行使抵销权,除应受到破产法之外关于抵销之一般性规定的规制外,尚需接受破产法关于破产抵销权的必要规制。^⑥

根据我国《企业破产法》第 40 条之规定不难发现,现行立法对破产抵销权的行使限制主要存在于破产程序启动之后,而对于在破产程序启动前的偏颇期内抵销权的行使却未作出明确规制。这是否意味着于破产程序启动前的偏颇期内行使抵销权不受限制?其实不然。例如,我们不妨假定:2015 年 5 月 31 日,债务人甲在债权人乙银行处开立的账户中只有 100 万元存款,而其时尚欠乙银行贷款 200 万元,后债务人甲于同年 6 月 1 日向前述账户中新增存款 100 万元,并于同年 6 月 3 日申请破产。而乙银行于同年 6 月 2 日向债务人甲主张行使抵销权,使自己对债务人甲之 200 万元债权得到全额清偿。在该假设案例中,若没有债务人甲于 2015 年 6 月 1 日之不当增加其在乙银行账户内余额的行为,债权人乙银行即使行使抵销权,也将仅有 100 万元债权被清偿,而现在其对债务人甲享有之 200 万元债权却得到了全额清偿,即实际上多获得了 100 万元的清偿额度。因此,可以说乙银行获得了优待,有违破产法的“同等债权同等对待”的立法精神。而我国《企业破产法》第 40 条却并不能对上述情形作出有效回应。此外,依我国《企业破产法》关于破产撤销权之规定也难以有效对此时乙银行之抵销行为作出回应。^⑦这是因为在该假设案例中,增加账户内余额的行为(即债务人甲于 2015 年 6 月 1 日向其于乙银行处开立的账户中新增 100 万元存款的行为)可解读为双方当事人之间产生了新的债权债务关系,而债权人嗣后以其原债权与新债务为抵销。问题的关键是,对于这部分新增的债务,债权人可否为抵销。对此问题,《美国破产法》主要通过第 553(b)条的规定予以规制。其规定如果债权人在破产程序启动前 90 日内行使抵销权的行为减少了该笔主动债权与其所对应之被动债权之间的原本差额,那么便意味着该债权人的地位获得了提升而损害了其他债权人利益,管理人就得追回债权人多获得清偿的那部分财产。此处之差额衡量有两个关键的时间点:一为破产申请日前 90 日,或于偏颇期内第一次产生差额之日(也即债权人可得主张抵销权之日);二为债权人实际行使抵销权之日。管理人所追回的金额应当是第二个时点上主动债权超出被动债权之差额较第一个时点上所减少的部分。^⑧为此,我国《企业破产法》第 40 条关于破产抵销权的内容有必要借鉴美国法上的这一规定,以更好地维护破产法的立法旨趣。而对于银行债权人基于加速到期条款中的抵销条款在偏颇期内行使抵销权,除需满足民商实体法关于抵销权的一般性规定及双方于合同中所约定条件的限制要求外,同样应注意不应通过行使抵销权而获得优于其他同类债权人的超额利益。

需注意的是,《美国破产法》第 553 条详细列举了于破产中为抵销时应予以限制的情形。但是,《美国破产法》在 2005 年修订时,明确规定互换协议、证券附回购转让合同、证券合同、远期合同、商品期货合同和净额结算主合同等金融合同中的抵销得免受以下几项的限制:债权人的债权不得是在债务人事实破产之后、破产案件启动前 90 日内取得的;债权人的债务不得是为取得抵销权而在债务人事实破产之后、破产案件启动前 90 日内“不当承担”的;若债权人已在破产案件启动前 90 日内实际实施抵销行为,以偏颇期限起算之时和抵销之时为准,在债权人地位获得提高的范围内,管理人可予以追回。^⑨对

^⑤ [日]石川明:《日本破产法》,何勤华等译,中国法制出版社 2000 年版,第 133 页(转引自王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 156~157 页)。我国学者关于抵销权之担保功能的论述,参见前注^①,崔建远主编书,第 270~271 页;王利明:《合同法研究》第 2 卷,中国人民大学出版社 2011 年版,第 343 页;黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 717~718 页;同前注^⑤,邱聪智书,第 469 页。

^⑥ 在我国现行立法下,对破产抵销权的限制主要体现在《企业破产法》第 40 条上。

^⑦ 我国《企业破产法》中关于破产撤销权的内容参见前注^⑤。

^⑧ 同前注^⑤,Charles Jordan Tabb 书,第 545~546 页。

^⑨ 同上注,第 542~543 页。

此,我国破产法在今后修订时应予以关注。此外,在美国破产法上,于破产程序中行使抵销权,与其他担保权一样均应受到自动冻结制度的限制。我国《企业破产法》仅对破产过程中担保权的行使应予必要限制作出了规定,^⑩而未涉及抵销权的限制问题。此问题在今后修法时亦须受到重视,但由于自动冻结的效力仅及于破产程序启动后,与本文重点讨论的破产偏颇期内抵销权之行使关联不大,故不予讨论。

五、结语

毋庸置疑,加速到期条款的存在暗含了当事人通过合同规避适用破产法的可能性。如当事人借鉴加速到期条款的机制,^⑪在合同中约定以破产程序的启动或类似事件的发生作为债权人变更合同内容的条件,尤其是在进入破产程序后处理待履行合同时,破产法应否承认此类条款的效力呢?对此,我国现行破产法缺乏明确规定,而美国破产法主要通过破产事实条款(Ipso Facto Clauses 或 Bankruptcy Clauses)加以处理。所谓破产事实条款,一般是指于合同或租约中约定基于债务人的破产或特定财务状况,甚或仅仅与债务人有关的破产案件的开始,而终止或变更债务人的利益。^⑫对此类破产事实条款效力的认同,剥夺了延续对破产财团具有重要价值的合同的机会。^⑬根据《美国破产法》第365条的规定,因出现诸如债务人在破产程序结束前任何时间内发生支付不能或陷入某种财务困境,或者依据破产法的规定而开始一项破产程序,或者在破产程序开始前,由被指定的破产管理人或托管人接管资产等情形而生效的条款在破产程序中被禁止执行。不过,需要注意的是,在美国一方面有学者认为贷款合同并不受此限制,另一方面也有学者对此提出了质疑,认为贷款合同中的加速到期条款属于破产事实条款,《美国破产法》第365(c)(2)条与第365(e)(2)(B)条之规定均应适用于贷款合同。^⑭此外,一般认为,《美国破产法》第365条对当事人基于破产事实条款在破产程序启动前终止之合同无能为力,^⑮即该条无法像破产撤销权那样发挥向前的效力,仅对破产程序启动后尚未被终止之合同具有效力。

(责任编辑:洪 玉)

^⑩ 如我国《企业破产法》第75条第1款规定:“在重整期间,对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是,担保物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害担保权人权利的,担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。”

^⑪ 如在我国台湾地区银行便可因依“破产法”声请和解、声请宣告破产、声请公司重整等事由而主张债权加速到期。参见前注④,黄茂荣书,第118页。

^⑫ See Paul Rubin, Not Every Ipso Facto Clause is Unenforceable in Bankruptcy, 32 - Aug. Am. Bankr. Inst. J. 12(2013).

^⑬ See H. R. Rep. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 347, 348(1977).

^⑭ See Scott K. Charles & Emil A. Kleinhaus, Prepayment Clauses in Bankruptcy, 15 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 537 - 582(2007). 另外,关于美国学者近年来对待履行合同的反思,参见前注⑤, Charles Jordan Tabb 书, 第767 ~ 770页。

^⑮ See Henry M. Karwowski, Can the Invalidity of Ipso Facto Clauses Apply to Prepetition Termination?, 29 - Mar. Am. Bankr. Inst. J. 54(2010).