

# 破产管理人选择权行使规则之解释论

张 尧

(中国人民大学法学院,北京 100872)

**摘要:**对于法院受理破产申请前成立的双方均未履行完毕的合同,破产管理人享有选择权,其有权决定继续履行或解除合同。破产管理人的选择权是对多方利益平衡和考量的结果,是由社会利益的公平实现这一价值观决定所选定的。在破产管理人选择继续履行后,对于对方当事人已履行而债务人(即破产企业)未为对待给付的部分,不能作为共益债务。同时,如果破产管理人选择继续履行合同并提供担保的,对方当事人不得继续行使不安抗辩权。而在破产管理人解除合同时,双方当事人应相互返还已经履行的部分,但无权主张履行利益的赔偿或请求承担违约金责任。

**关键词:**破产管理人;选择权;破产财团;解除合同

**中图分类号:**D913 **文献标识码:**A **DOI:**10.3963/j.issn.1671-6477.2014.01.013

“法治是需求的函数。经济改革和发展加强了对法治的需求,而法律改革和法治则有助于经济发展”<sup>[1]</sup>。社会主义市场经济的发展,要求经济建设反映市场需求的相关法律体系,以实现二者的配套。市场经济是优胜劣汰的竞技场,必然会出现企业的进入及退出,企业破产制度自然是不可或缺的。同时,企业之运行,财产与信用二者缺一不可,相辅相成。企业的财产是开展经营活动的基础,也是承担责任的基础。当企业的财产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力时,便会动摇其存在基础。企业财产一般为信用之基础,财产不足既会导致已有债务的无法清偿,也会增加今后相关交易的清偿风险。是故,破产亦为交易所必须。

## 一、破产管理人选择权的法理解释

《中华人民共和国企业破产法》(简称《企业破产法》)第 18 条规定:“人民法院受理破产申请后,破产管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。”据此可见,破产管理人行使选择权的对象是破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同。但

是,该条规定显得过于简略,且在与《合同法》相关规则的衔接过程中存在诸多争议点。首先,就破产管理人选择继续履行而言,在法院受理破产申请前,合同相对方已履行但债务人未为对待给付部分是否可作为共益债务?在破产管理人决定继续履行之前,合同相对人是否可以主张不安抗辩权?如果破产管理人决定继续履行的,合同相对方是否可以继续主张不安抗辩权,并解除合同?其次,就破产管理人解除合同而言,此种解除权的性质为何?其与我国《合同法》所规定的合同解除权有何区别?合同解除的后果为何?相对方因合同解除所享有的损害赔偿请求权的范围如何界定?是否可主张债务人承担违约金责任?等等。因此应当对破产管理人选择权予以解释,确定其内在的价值决定,如此可实现破产规则的逻辑自治,维护破产财团最大化,保障其他债权人的公平清偿,以及合理保护合同相对方的正当权益。

### (一)破产管理人选择权的价值基础

破产法最初产生的社会动因,主要是解决多数债权人之间因债务人有限财产不足以清偿全部债权而发生的清偿冲突<sup>[2]5</sup>。企业破产制度所实现的,莫过于确认破产企业的责任财产,实现对破产债权人的债务清偿。在现代社会,破产制度实则是企业承担社会责任的一种必要手段。现代破

收稿日期:2013-08-19

作者简介:张尧(1988—),男,河南省济源市人,中国人民大学法学院民商法专业博士研究生,主要从事民商法研究。

产程序的实施宗旨,更是在保证对债权人的公平清偿和对债务人正当权益的合理保护的同时,进而实现社会整体利益的<sup>[2]5</sup>。维护对于法律所保护的利益而言,可分为社会利益、国家利益和个人利益。但在利益冲突及调整的准据上,特别被关注的是社会利益。至于国家利益及个人利益,则在促进或维护社会利益的原则下受保障,性质上是一种补助的存在<sup>[3]</sup>。因此,破产管理人所享有的选择权,是实现债权人公平清偿的有效手段,可以有效避免价值浪费,优化其社会利益,继而取得相对于合同相对人的个人利益的优先性。

破产财团的状态决定债权人的受偿程度。在法院受理破产申请之后,破产企业的行为能力处于中止状态,债务人和对方当事人均未履行完毕的合同相应地处于未然状态,其履行与否取决于破产管理人。对于其他债权人而言,破产管理人的选择权可避免单个普通债权人的优先受偿,使破产财团免受不当减少之虞。但对合同相对人而言,其所享有的债的利益却因此处于“被介入”状态,有约必守(pacta sunt servanda)原则及秩序也或将受损。所谓有约必守,是指双方当事人在合同中一致同意所达致的内容必须得到遵守,其是人与人之间、国家与国家之间形成任何一种并非仅仅以权力关系为基础的秩序的先决条件<sup>[4]55</sup>。对此,我国《企业破产法》赋予破产管理人选择权,允许其决定解除或继续履行合同,应系对利益平衡的结果。

### (二)破产管理人选择权的性质

首先,破产管理人的选择权是一项技术性权利。所谓技术性权利,是指其本身并无实体利益,只是对一定的实质性法律效果的发生起到技术作用和手段作用的权利,如形成权、抗辩权等<sup>[5]</sup>。技术性权利与实质性权利相对,后者则指物权、债权等具有一定实体利益的权利<sup>[6]</sup>。任何技术性权利的行使都应当是有限制的,破产管理人的选择权也不例外。破产管理人的选择权的行使,不仅关系合同相对方债权的存续及实现方式,也会对破产财团产生影响。因此,选择权的行使应严格限定为其设立初衷,即为实现破产财团的最大化。

其次,破产管理人的选择权是附有条件和期限的权利。依据我国《企业破产法》的规定,破产管理人选择权应当是在法院受理破产申请后,并在法定期间内行使。该期间为:自破产申请受理之日起二个月内,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内。同时,破产管理人可行使选择权

的应当是,破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同。故破产管理人的选择权是在特定条件成就后,须在法定期间内行使的一项权利。

最后,破产管理人的选择权具有形成权的效力。形成权是指权利人依自己的单方意思即可产生、变更或消灭法律关系的权利,如追认权、解除权等。法院受理破产申请后,破产企业的行为能力处于中止状态,双方均未履行完毕的双务合同的效力也因此处于中止状态,此时,合同的命运取决于破产管理人的选择。因破产管理人选择权的行使无须对方当事人的同意,故该权利具有形成权的效力。毕竟,形成权是给予权利人某种“权力”,使其有可能只根据自己的意愿单方形成某种法律后果,而形成权的对方必须允许这种形成,以及允许通过这个形成权来中断原来的法律关系,并且还要允许这种做法有效<sup>[4]289-290</sup>。

## 二、破产管理人选择权的构成要件

### (一)破产管理人选择权的行使对象

首先,依据我国《企业破产法》第 18 条的规定,破产管理人可对“破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”行使选择权。从其他国家的立法例来看,德国、日本等国家都规定破产管理人对双方均未履行的双务合同享有选择权<sup>①</sup>,美国也规定了破产管理人的选择权,而只是采用了“待履行合同”的表述。

合同可区分为单务合同与双务合同,所谓双务合同是指当事人双方互相负有对待给付义务的合同,即一方当事人愿意负担履行义务,旨在使对方当事人因此负有对待给付的义务。或者说,一方当事人所享有的权利,即为他方当事人所负有的义务,例如买卖、互易、租赁合同等均为双务合同<sup>[7]</sup>。对于我国《企业破产法》中“破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”的表述,可将其归为双务合同。

在双务合同中,一方当事人所负担的义务是以对方负担的义务为前提的,当事人双方彼此之间具有牵连关系。在双务合同的范围内,并不是所有的义务都是相互性义务<sup>[8]</sup>。在我国《企业破产法》第 18 条所规定的双务合同中,债务人和对方当事人均未履行完毕的部分应当是主合同义务。如果双方当事人均已履行主合同义务,只是从合同义务部分尚未完全履行,如通知、协助、告

知等义务,那么破产管理人选择权的行使就有不当行使权利之嫌。况且,如破产管理人解除合同,双方当事人须返还已受领的给付,不利于业已形成的法律秩序的稳定,还会增加相应的费用,且未必于破产财团有利。

其次,破产管理人行使选择权的合同应当是破产受理前尚未终止的。如法院受理破产申请前,无论基于免除、抵消、提存或解除等原因,合同效力已处于终止状态,那么破产管理人不得行使其选择权。合同效力终止的,破产管理人只得向另一方当事人主张债权,或由另一方当事人申报债权,并就破产财团按比例清偿。

### (二)破产管理人选择权的行使期间

破产管理人选择权的行使期间的限定,既要使破产管理人能够进行充分的考量,也要保障合同债权人的期间利益,使其不至于陷入无限期的未定状态。从比较法上来看,德国、日本、美国等国家和地区也都对破产管理人选择权的行使期间加以限定。例如,德国《企业破产法》第103条规定,“对方当事人催告破产管理人行使其选择权的,破产管理人应当毫不迟延地对其是否要求履行作出意思表示”,其中,“毫不迟延地”是指在没有过错的迟延的情况下,就此而言,具有决定性的不是客观上的“立即”或“即时”,而是立刻实施行为的主观上的可合理期待性<sup>[9]</sup>。在美国破产法上,关于破产管理人选择权的行使期间则存在“60天规则”。即,如果破产清算程序中的破产管理人或债务人在程序开始后60日内未作出是否选择的决定,则视为其选择拒绝履行<sup>[10]247</sup>。

在我国,为了对破产管理人行使选择权进行限定,并尽早确定合同的效力状态以及当事人双方的权利救济方式,依据《企业破产法》的规定,破产管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同。换言之,该期间是作为法定期间而存在的,当事人之间无法通过约定而对其作出改变。在对方当事人进行催告时,破产管理人有权在三十日内进行自由选择。同时,该“三十日”的期间应包括在“自破产申请受理之日起二个月”之内。因此,如果对方当事人在二个月届满前的二十天对破产管理人进行催告,如按照法律所规定的“三十日”期间进行计算,自破产申请受理之日起的总期间将会超出在二个月。在此情形下,应当认为,自破产申请受理之日起的“二个月”的总期间届满之时,如破产管理人

仍未答复的,对方当事人有权以“破产管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知”为由而主张合同发生解除的效力,而非在三十日届满时才被视为解除。

但是,在部分情形下,破产管理人所享有的权利行使期间可能显得过长,无法有效保护对方当事人的利益。例如,在买卖海鲜、蔬菜、水果等易腐烂、变质的货物的合同中,履行期限对于合同目的的实现具有重要意义。如果破产管理人在三十日即将届满之时行使选择权,选择继续履行合同,但此时对方当事人的利益可能已经因此而遭受重大损失。此时,如果合同中明确约定一方当事人在此情形下可以解除合同的,则应按照约定。如果合同并未约定解除权的,则应按照《合同法》第94条规定进行判断。依据《合同法》第94条规定,当事人只有在因不可抗力导致合同目的无法实现且一方当事人违约以及法律规定的其他情形下,方才享有法定解除权。而在前述情形下,因破产无法被归入到不可预见、不可避免、不可克服的不可抗力之中,合同的当事人仅能以对方当事人违约以及法定情形而主张解除合同。据此,如果在自破产申请受理之日起二个月内或自对方当事人进行催告之日起三十日内,合同所约定的履行期限届满的,而破产管理人仍未行使选择权的,对方当事人可以依据《合同法》第94条规定而行使解除权,从而发生解除的效果。如果合同所约定的履行期限未届满的,对方当事人则不得行使法定解除权。

## 三、破产管理人选择权的行使后果

### (一)继续履行

依据我国《企业破产法》第42条第1项的规定:“人民法院受理破产申请后,因破产管理人或者债务人请求双方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务,为共益债务。”同时依据该法第43条的规定,由此产生的共益债务由债务人的财产随时清偿。

1. 在破产管理人选择继续履行后,对于债权人已履行但债务人(即破产企业)未为对待给付的部分,是否可以作为共益债务而由债权人主张随时清偿?在比较法上,德国《企业破产法》依据当事人双方所负担的给付是否可分割而加以区分<sup>②</sup>,而美国破产法则允许在继续履行的情形下合同相对方对申请前及申请后的债权都享有管理

费用优先权。对此,我国《企业破产法》并未作出明确规定。但从我国《合同法》的相关规定来看,我国《合同法》第 72 条第 1 款规定,“债权人可以拒绝债务人部分履行债务,但部分履行不损害债权人利益的除外”,同时该法第 165 条和第 166 条分别就“数物买卖”和“分批交付”情形下当事人所享有的解除权都加以明确规定<sup>③</sup>。由此可见,对于合同的履行,我国实际上也是采用履行是否可分割理论。区分合同履行是否可分割的主要目的,是为了限制当事人的解除权,并达致鼓励交易这一目标。毕竟,合同是当事人意思自治的产物,依合同而获取履行利益才是合同的动因。从我国《合同法》的现有规定来看,在考量合同履行是否可分割的同时,还应参照合同订立的目的。如部分履行致使合同的目的无法实现,并损害债权人利益时,即使可分割,也不应限制债权人解除权的行使。据此可见,我国《合同法》所规定的可分割理论,系鼓励交易与意思自治二者博弈的产物。意思自治是私法的理论起点,而鼓励交易是内化于《合同法》的政策性目标,偏于任何一方都将有害于二者平衡的实现。但是,对于债权人已履行但债务人(即破产企业)未为对待给付的部分,是否可以参照《合同法》上所规定的合同履行分割理论而加以解释,仍存在疑问。

首先,我国《企业破产法》第 42 条第 1 项所规定的“双方均未履行完毕的合同”实质上是双务合同。因此,在破产程序开始后,对于合同的对方当事人已部分履行而即破产企业尚未为对待给付的部分,对方当事人是作为已经履行的部分债务的债权人而存在的。就债权人而言,在破产程序中,基于其所享有的权利的差异可将其分为两种类型:一种是享有优先权利的债权人,通常是依据法律规定其所享有的债权可以从破产人财产中获得优先受偿,例如,海商法等法律规定之优先权,或是由于其所享有的债权之上设定有担保而可以就破产企业所提供的担保财产获得优先受偿的债权人,例如,抵押权人、质押权人、留置权人等;另一种则是不能在破产人财产中获得优先受偿的普通债权人<sup>[11]</sup>。因此,在对方当事人已经部分履行其所负担的合同债务而破产企业未履行对应部分债务的情形下,作为债权人的对方当事人只有在构成享有优先权利的债权人时,才可主张优先受偿。毕竟,破产程序的设计必须在全体债权人的利益实现与一部分债权人的损失之间进行抉择,如果因破产管理人的选择而使合同相对方可就全部债

权获得优先受偿,对于其他普通债权人而言无疑是不公平的。这主要是因为,如果“双方均未履行完毕的合同”的对方当事人就破产程序开始前未获对待给付的部分实现优先受偿,就会造成破产财产总量的减少,而这将会对债权未能就担保财产获得全部受偿的享有优先权利的部分债权人,以及普通债权人的利益产生实质影响。

其次,合同履行的整体性通常不应成为合同相对方主张全部债权优先受偿的理由。合同是当事人意思自治的产物,在合同订立之时,当事人应就可能的受偿风险有足够的考量。毕竟,法律已经赋予合同相对人充分的缔约自由,其在与破产企业订立合同时可以通过设定保证、抵押、质押等方式来确保其自身所享有的债权获得满足。在通常情形下,一个完全行为能力人完全有理由选择对自己最为有利的行为方式。同时,“自主决定是调节经济过程的一种高效手段。特别是在一种竞争性经济制度中,自主决定能够将劳动和资本配置到产生最大效益的地方去。其他的调节手段,如国家的调控措施,往往要复杂得多、缓慢得多、昂贵得多,因此总体上产生的效益也要低得多”<sup>[12]</sup>。因此,对于破产程序开始前其已经履行但破产企业人未为对待给付的部分,合同相对方不能因合同的继续履行而要求优先清偿,并非不公平,同时这也符合意思自治的风险自担原则。

再次,破产是市场自由竞争以及优胜劣汰的必然产物,行为人进行经济活动系对此种经济法则及风险的默示,因此,在对前述问题进行解释时,借鉴合同法中的履行可分割理论既可以实现对合同相对方以及其他债权人利益的合理安排,也不会超出当事人的合理心理预期。但是,履行可分割理论在《企业破产法》中的运用,并非将破产企业与对方当事人在破产程序开始前所订立而在破产开始后双方均未履行完毕的合同一分为二,即将合同分割为破产受理前的合同和受理后的合同。履行是否可分割所针对的只是合同的履行行为,而并非针对合同本身。在破产管理人选择继续履行的情形下,运用该理论既有助于实现破产财团的最大化,同时也可以为特殊情形的处理预留充分的空间。因此,在破产管理人选择继续履行后,应当将对方当事人已履行而债务人未为对待给付的部分作为普通债务对待,这应是《破产企业法》第 42 条第 1 项规定之义。

此外,基于上述原因,我国《企业破产法》的用语可更为精确,以彰显其立法目的及利益考量。

正如有学者所指出的,相较而言,德国法上的用词更为精确。《德国企业破产法》第55条第1款第2项明确规定:作为共益债务的是“以为破产财团利益而得被要求履行部分或必须在破产程序开始之后的实际履行的部分为限”<sup>[13]</sup>。对此,我国破产法可加以借鉴,这也可以消解因语焉不详而产生的解释论上的疑问。

2. 对方当事人的担保请求权及不安抗辩权。破产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破产管理人提供担保。破产管理人不提供担保的,视为解除合同。在比较法上,美国《企业破产法》除规定破产管理人在选择继续履行合同时应补足破产前所欠债务,赔偿因迟延履行给债权人造成的损失之外,只是要求破产管理人“确保”合同的履行或提供“充分的确保”,如申明企业有充足的现金流,未来经营前景乐观等,并未要求债务人必须为合同履行提供担保法意义上的物或人的担保<sup>[10]263-266</sup>。相较而言,我国《企业破产法》的规定更有利于保障对方的利益。

在此种情形下,破产管理人的选择权可能会与对方当事人依据合同法而享有的不安抗辩权之间产生冲突,这主要表现在如下两个方面:

(1)在破产管理人作出履行与否的选择之前,对方当事人行使不安抗辩权。所谓不安抗辩权,是基于双务合同而产生的抗辩权,是法律赋予双务合同当事人的一种法定抗辩权,主要是为了保障合同当事人的履行利益不因对方的债务履行能力减弱而遭受损害。依据我国《合同法》第68条规定,对方当事人在有确切证据证明对方有丧失或者可能丧失履行债务能力的,如经营状况严重恶化等,可以主张不安抗辩权而中止履行。在“债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”中,因其属于双务合同,故而,在人民法院受理破产申请后,对方当事人当然享有不安抗辩权,进而中止履行并要求破产企业提供担保。

在此情形下,依据《合同法》第68条规定,如果破产管理人未能在合理期限内恢复履行能力并且提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。其中,该“合理期限”的判断应根据具体情形进行综合判断。在破产案件中,“合理期限”的确定也应充分考虑破产管理人的指定期限。在该合理期限确定后,如果期限已过而破产管理人仍未作出是否继续履行的决定,则对方当事人可以解除合同。相反,如果在该合理期限之内,破产管理

人决定解除合同或继续履行的,合同的效力应根据破产管理人的选择而存续。

(2)如果破产管理人选择继续履行合同并提供担保的,对方当事人是否可以主张不安抗辩权而拒绝继续履行?在此情形下,如果在破产管理人选择继续履行合同并提供担保之后,对方当事人所享有的不安抗辩权就应受到限制,其不得以债务人已被申请破产以及《合同法》第68条第1款所规定的经营状况严重恶化等情由而拒绝履行。这主要是因为:一方面,对方当事人享有要求破产管理人提供担保的权利,同时,依据《企业破产法》第42条第1项的规定,继续履行所产生债务作为共益债务而优先从破产财产中获得清偿,这已经足以保证对方当事人所享有的债权获得清偿;另一方面,不安抗辩权属于双务合同的当事人所享有的抗辩权的一种,具有一时抗辩的性质,属于间接保障债权的手段<sup>[14]267</sup>。而担保则是以保障债权的实现为目的,破产管理人提供担保的行为可以保障债权的实现。因此,在破产管理人选择继续履行且提供担保时,对方当事人不得以不安抗辩权抗辩破产权利人的选择权。否则,将可能导致破产管理人的选择权名存而实亡。

需要明确的是,如果对方当事人所享有的债权未获全部清偿时,其仅应就继续履行开始后而发生的合同债务而获得优先受偿。对于继续履行开始前而产生的合同债务、违约金等内容,则不能就破产管理人所提供的担保而优先受偿。此外,为了保障对方的债权利益能够获得优先实现和充分满足,如果其主张因破产管理人所提供的担保不足额,或与合同所剩余额债权额不相当而拒绝继续履行的,应予支持。

## (二)解除合同

依据我国《企业破产法》的规定,可发生解除效果的行为方式可分为主动解除和拟制解除。所谓主动解除,是指对于破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同,破产管理人积极主动地行使解除权,并通知对方当事人的行为。而拟制解除则是指自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同,发生与主动解除同等效力。

需要明确的是,破产管理人行使选择权而解除合同,与合同当事人依据《合同法》第94条而享有的法定解除权不同。首先,根据我国《合同法》第94条规定,法定解除主要是因一方当事人违约

或不可抗力而发生。在许多情况下,合同的解除乃是法律允许非违约方在对方违约的情况下可以寻求的一种有效的补救方式<sup>[15]685</sup>。而破产管理人所享有的解除权则是依据破产法的规定而产生的权利,主要是为了实现破产财团的最大化。其次,《合同法》第 94 条所规定的法定解除权主要是赋予守约的一方当事人的权利,主要为了实现对其利益的救济和保护。而《企业破产法》则是将解除合同的权利赋予破产管理人一方。但是,从《合同法》第 94 条第 5 项规定来看,法定解除权的发生还可以基于“法律规定的其他情形”。该法条是作为不完全法条存在的。该法条只有与其他法条联合,才能形成特殊情形的法定解除权的授权性规定。换言之,破产管理人的解除权的完整性规范,是由《合同法》第 94 条第 5 项、《企业破产法》第 18 条以及《合同法》第 97 条共同组成的。因此,破产管理人的解除权的性质取决于《合同法》第 94 条规定,其行使条件应“引致”《企业破产法》第 18 条规定,而解除权的法律后果则应依据《合同法》第 97 条确定。

此外,破产管理人的解除权与对方当事人作为合同主体而享有的法定解除权,因请求权基础规范的不同而可能同时存在。例如,对于破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同而言,在合同标的物需要分批交付时,对方当事人除了享有《合同法》第 94 条所规定的法定解除权之外,还可以主张《合同法》第 166 条所规定的解除权。即,如果其中一批标的物不交付或交付不符合约定,致使该标的物不能实现合同目的,对方当事人可以就该批标的物解除。同时,其还可以依据该批标的物与今后其他各批标的物以及其他各批标的物(包含已经交付和未交付的各批标的物在内)的依存关系,而决定解除权行使的对象。据此,在破产管理人作出抉择之前,对方当事人可能已经根据《合同法》第 166 条的规定而解除合同。此时,对方当事人的解除权与破产管理人的解除权之间将不会产生冲突,但如果破产管理人在对方当事人行使解除权之前选择继续履行合同的,二者之间则可能会产生冲突的效力。在此情形下,应当尊重对方当事人基于《合同法》而享有的法定解除权。

在破产管理人行使解除权时,针对解除的法律后果,仍有以下问题仍待澄清:

1. 对于已经履行的部分,双方应恢复原状。

首先,原状返还义务是否是作为共益债务存

在的?在 1999 年《合同法》立法前后,主流观点认为第 97 条所规定的相互返还为不当得利的返还。若按照此种观点加以解释,在破产管理人行使解除权之后,依据《企业破产法》第 42 条第 3 项,对方当事人可以请求破产管理人或破产企业返还已经给付的部分,而且,此种返还因具有不当得利返还的性质而应归入共益债务之中,由债务人的财产随时清偿。此时,恢复原状的义务之所以被界定为不当得利的返还,实际上仍是由解除的效力所主导的。

就解除的效力而言,有直接效力说、间接效力说以及折中说三种观点,其中,直接效力说认为合同解除将导致合同溯及既往的消灭,当事人负有原状返还义务;间接效力说则认为解除后合同并未溯及既往消灭,其效力仍然存续,对于尚未履行的部分发生拒绝履行的抗辩权,对于已经履行的部分则发生新的返还请求权;而折中说认为,尚未履行部分消灭,而已经履行的部分则是发生新的返还请求权<sup>[16]527</sup>。在我国《合同法》制定之后,学界针对第 97 条所规定的合同解除效果存在争议,但总的来看,各自的观点内部并不能实现逻辑一致性。例如,受直接效力说的影响主张因合同解除而使合同关系溯及既往的消灭,当事人之间互负返还已经给付部分的义务,但仍可以请求违约金责任。因此,有学者从解释论的角度,认为我国《合同法》第 97 条和第 98 条并未采取直接效力说与间接效力说,而应从折中说的角度对合同解除的效果予以解释。例如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8 号)第 26 条明确规定:“买卖合同因违约而解除后,守约方主张继续适用违约金条款的,人民法院应予支持。”从最高人民法院对该条的解释中可以清晰发现,“折中说”已经为我国司法实践所采用<sup>[17]</sup>。

按照“折中说”的观点,在解除权行使后,已经履行的债务并不消灭,而是转化为返还义务。此种返还义务在性质上是作为一种债权请求权存在的,而非不当得利请求权。此种“恢复原状”的义务是指恢复到当事人之间原来的法律关系状态,而有别于物权请求权之中的恢复原状,物权法意义上的恢复原状主要是指将有体物遭受损害时,将该物恢复到原有的状态<sup>[14]475</sup>。在破产管理人行使解除权之后,双方当事人所享有的恢复原状的义务也与不当得利返还请求权之间具有实质的差异,其并不以现存的利益为限<sup>[16]555-556</sup>。因此,

在破产管理人解除合同之后,对方当事人针对已经给付部分而享有的返还请求权,不能作为共益债务而存在。在并未设定担保的情形下,对方当事人仅能就该其所给付的金额或已经交付的部分标的物的价值而进行债权申报,与普通债权人按照比例平等受偿。

其次,在合同的对方当事人所交付的标的物需要运输,或者当事人所订立的合同标的物是由承运人运输在途的标的物时,在标的物运抵目的地之前,破产管理人解除合同或合同发生解除效果的,对方当事人是否可以追回该标的物?就该部分标的物而言,允许对方当事人追回该标的物,可以避免合同的对方当事人的利益受损,也有利于节省返还原物的成本。但是,该种观点主要是从合同对方当事人的单方角度而作出的利益衡量,因此,允许对方当事人追回该标的物可能有失偏颇。对于交付的标的物需要运输,或者当事人所订立的合同标的物是由承运人运输在途的标的物,因其涉及到所有权的移转,所以应主要依据《物权法》等法律的规定而对标的物所有权是否发生移转进行判断。

就运输在途的标的物或需要交由托运人进行运输的标的物,在通常情形下,标的物仅限于动产。据我国《物权法》的规定,动产可分为一般动产和特殊动产。就动产物权的移转而言,其主要适用交付主义,标的物的所有权自标的物交付时起转移。其中,对于船舶、航空器和机动车等特殊动产,依据《物权法》第24条规定,此类动产物权的移转未经登记,不得对抗善意第三人。此即“登记对抗主义”,在未经登记但已经交付的情形下,买受人所取得的物权仅可以对抗恶意第三人和普通债权人,其取得的物权仅系一个不完整的物权。但在此情形下,所有权仍已经发生移转,所有权已经发生移转,登记与否所产生的只是对抗效力,其并非作为物权移转的要件而存在的。因此,对于运输在途的或需要交由托运人进行运输的动产而言,判断其所有权是否发生移转以及何时发生移转,只需要针对该动产是否已经完成交付进行分析即可。

其一,对于运输在途的或需要交由托运人进行运输的一般动产,是否已经完成交付应主要根据当事人之间的约定并结合《物权法》的规定而进行判断。依据《物权法》的规定,交付的方式包括现实交付与观念交付<sup>[18]</sup>,既可以是现实交付,即动产的事实受领力的转移,使受让人取得直接占

有<sup>[19]</sup>,也包括简易交付、占有改定以及指示交付方式。但是,需要注意的是,《合同法》所规定的交付不同于《物权法》中的交付。当事人在合同中可以约定多样的交付方式,例如,对于需要运输的标的物,当事人可以约定将标的物交付给第一承运人,或是承运人将标的物运抵目的地交付给买受人或买受人指定的收货人视为交付。但合同中所约定的交付方式是否发生物权变动的效力,仍应根据《物权法》关于“动产交付”所作出的规定而进行判断。

其二,当事人之间是否就物权变动的规则作出不同的约定?依据《合同法》第133条规定,“标的物的所有权自标的物交付时其转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”其中,所谓“当事人另有约定”,主要是指当事人之间约定标的物的交付并不直接发生所有权移转的效果,或是所有权的变动并不以标的物的交付为标准。在特定时间届至或是特定条件满足时,所有权才发生移转。典型者如《合同法》第134条所规定的所有权保留制度。但《物权法》第23条规定,“动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外。”由此可见,物权法对当事人通过约定而改变动产物权变动的方式实际上是持保留态度<sup>[20]</sup>。因此,如果当事人之间约定标的物所有权并不因交付而发生转移。

2. 损害赔偿请求权。对于合同解除后,当事人是否可以请求损害赔偿?依据《民法通则》第115条规定,合同的变更或解除,并不影响对方当事人要求赔偿损失的权利。而《合同法》第97条也规定,合同解除后,当事人有权要求赔偿损失。由此可见,在我国,合同解除与损害赔偿是并存的<sup>[21]</sup><sup>163</sup>。依据我国《破产企业法》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。”因此,在破产管理人解除合同后,对方当事人享有损害赔偿请求权。

第一,损害赔偿请求权是否包括履行利益?对于损害赔偿请求权而言,有学者主张,合同解除的目的是将合同恢复到未订立的状态,而主张可得利益的赔偿则是实现合同履行之后的完满状态,因此通常情形下,该损害赔偿请求权不应包括可得利益在内,应主要涵盖当事人为准备履行所支出的费用以及恢复原状等因合同解除造成的损害<sup>[15]</sup><sup>727-728</sup>。但也有学者主张,损害赔偿请求权并不限于信赖利益的赔偿,还包括履行利益的赔

偿<sup>[14]</sup>481。在破产管理人行使解除权时,对方当事人是否可以主张赔偿履行利益,这实际上是与违约金请求权密切相关的。对此,本文将在违约金请求权部分一并予以论述。同时,依据《企业破产法》第 53 条规定,合同相对人就因合同解除而遭受的损害享有损害赔偿请求权,应作为普通债权申报并按比例清偿。

第二,违约金请求权。在破产管理人解除合同后,对方当事人是否可以主张违约金责任?从比较法来看,在美国法上,在 *TransAmerican Natural Gas Corp.* 一案中,法院判决认为:“如果待履行合同被拒绝,那么其中的违约金条款也就同时被拒绝了……强制执行被正当拒绝的合同中的违约金条款实际上就等于强制执行该待履行合同。”但在该判决之后,有学者指出,“强制执行被正当拒绝合同中的违约金条款并不等于强制执行该待履行合同。合同被拒绝后,合同的履行不再是破产财团的义务。”<sup>[10]</sup>243 据此,破产管理人拒绝履行合同的,仍应承担违约金责任。

从《合同法》第 97 条来看,合同解除后,当事人有权要求赔偿的损失究竟是以信赖利益为限,还是包括履行利益在内,并无明确的法律规定。同时,依据我国《破产法》第 53 条规定,因破产管理人解除合同而使对方当事人享有损害赔偿请求权,但其并未对损害赔偿请求权的范围予以限定,即对方当事人是否可以请求违约金责任或履行利益。在破产管理人选择解除合同时,对方当事人是否享有违约金请求权或履行利益的请求权,应从如下几个方面加以解释:

首先,在我国《合同法》中,违约金请求权原则上以补偿性为主,而以惩罚性为例外。违约金请求权是与合同当事人因违约而遭受的损失联系在一起的,依据《合同法》第 114 条第 2 款规定,如果约定的违约金高于或低于造成的损失,可以进行增加或减少等调整。因此,除了《合同法》第 114 条第 3 款所规定的迟延履行违约金等具有惩罚性的违约金之外,当事人所享有的违约金请求权的金额最终是与其所遭受的违约损失基本上等同的。因此,违约金责任原则上与履行利益的赔偿具有同一性。如果将违约金排除在破产债权之外,则意味着合同的对方当事人在请求损害赔偿请求权时,无法主张履行利益。

其次,基于破产管理人所享有的解除权可被视为特殊情形的法定解除,即《合同法》第 94 条第 5 项所规定的“法律规定的其他情形”。同时,就

合同解除的法律后果而言,《合同法》第 97 条并未对解除事由加以限定。因此,该条所规定的解除效果既可以适用于因对方当事人违约或因不可抗力致使合同目的无法实现而解除合同的情形,也适用于因法律规定的其他情形而解除合同的情形。但是,虽然我国《合同法》并未对损害赔偿请求权的范围进行限定,但从立法者的本意来看,其实际上是根据解除事由的不同以及解除是否具有溯及力来对《合同法》第 97 条所规定的“赔偿损失”的范围进行界定的。对于因一方当事人根本违约或经催告仍不履行义务而解除合同的,如果解除不具有溯及力,则应赔偿履行利益的损失;而如果解除具有溯及力,则仅赔偿信赖利益的损失。对于因不可抗力而解除合同的,一般不承担损害赔偿赔偿责任<sup>[21]</sup>164。但是,在判定对方当事人所享有的损害赔偿请求权的范围时,一方面,因为破产管理人的解除权主要是基于对社会利益的倾斜性考量,不宜比照因一方当事人根本违约或经催告仍不履行义务而解除合同的情形而对赔偿范围予以限定。另一方面,因为破产并不构成不可抗力,也不宜比照因不可抗力而解除合同的情形而对赔偿范围加以界定。

因此,单纯从体系解释等角度出发,难以界定对方当事人所享有的损害赔偿请求权的范围。由此,对方当事人是否可以请求违约金责任或主张赔偿履行利益,则应诉诸于破产法的法政策以及价值决定上的考量。一方面,违约金在性质上可分为补偿性违约金和惩罚性违约金,其中,补偿性违约金主要是为了弥补一方违约后另一方所遭受的损失,补偿性违约金的承担通常会使得双方实现完全履行的状态。我国《合同法》所规定的违约金制度也是以补偿性违约金为主,惩罚性违约金为辅。因此,如果允许违约金作为破产债权,合同相对人据以申报的违约金数额实际上是整个合同按照约定履行而可以获得的金额。在此情形下,破产管理人的解除权将会变得毫无意义。这是因为,即使破产管理人解除合同,但合同相对人通过违约金的请求仍可达到合同实际履行的效果,这就发生架空破产管理人所享有的解除权的实际效果,也会对破产财团最大化这一目标造成实质损害。另一方面,如果允许合同的对方当事人请求违约金,并将其作为破产债权申报,这虽然不产生优先权,但对于其他债权人而言仍是不公平的。债权人分为优先债权人和普通债权人,普通债务仅能就破产财团按比例清偿。如果合同相对人可

以作为普通债权人而主张违约金的破产债权, 债务人所应清偿的债务总额将会增加, 并对其他债权人的受偿比例产生压缩效应, 从而损害其他债权人的利益。此外, 如果允许对方当事人请求赔偿履行利益或主张违约责任, 将等同于因一方当事人根本违约或经催告仍不履行义务而解除合同时应承担的损害赔偿范围。在因违约而解除合同时, 违约金的支付或履行利益的赔偿既具有补偿的性质, 也可在某种程度上发挥惩戒违约当事人的效用, 促使当事人尽力履行合同义务。但在破产管理人解除合同的情形下, 破产企业一方并无可归责的事由, 其无法履行合同债务主要是基于自身的经营不善等原因, 而经营不善等的发生应被认为是经济风险的一种。对方当事人作为经济主体从事及参与经济活动, 此种风险是每个经济主体都可能遭遇的。在此情形下, 如果要求破产企业继续承担违约金责任或赔偿履行利益, 将会对其造成过重负担, 同时也不符合经济法则。但是, 对于对方当事人为缔约或履约而支出的成本及费用, 应由破产企业加以赔偿。这也符合公平原则的要求。因此, 合同相对人所享有的损害赔偿请求权主要是指其因破产管理人解除合同而遭受的信赖利益的损失。

#### 四、解释破产管理人选择权的一般规则

在对我国《企业破产法》中有关破产管理人选择的行使规则进行解释时, 首先, 应探求其与相关规则之间的关系, 此即体系解释。所谓体系解释, 是指以法律条文在法律体系中的地位, 依据其编章条款项的前后关联位置, 或相关法条的法意, 而阐明规范的意旨<sup>[22]</sup>。通过体系解释, 可以避免或排除法秩序中的“体系违反”<sup>[23]345</sup>, 从而明晰法律规范的内涵。其次, 在追求体系无矛盾的同时, 还应探求法律规范背后的价值决定, 继而实现规则内部的逻辑自治。“解释的目标在探求或阐释法律意旨, 而法律则在于规范生活关系。在这里, 人类不是为规范而规范, 亦即规范的本身并不是最终目的。人类只是利用规范追求某些目的, 而这些目的则又是基于某些(基本的)价值决定所选定。这些目的及(基本的)价值决定便是法律的法意所在。是故, 法律解释应取向于价值自明的道理。”<sup>[23]317</sup> 诚如前述, 破产管理人选择权是由社会

利益的公平实现这一价值决定所选定的, 因此在对破产管理人选择权的行使规则进行解释时, 既应尊重《企业破产法》与《民法通则》、《物权法》以及《合同法》等法律规范之间的体系一致性, 也应考虑到破产管理人选择权的特殊性, 从而实现破产财团的最大化。

注释:

- ① 德国《破产法》第103条规定:“(1)双务合同在破产程序开始时尚未为债务人和对方当事人履行或未完全履行的, 破产管理人可以取代债务人履行合同并要求对方当事人履行。(2)破产管理人拒绝履行的, 对方当事人只能作为破产债权人对因未履行所生的债权提出主张。对方当事人催告破产管理人行使其选择权的, 破产管理人应当毫不迟延地对其是否要求履行作出意思表示。破产管理人不作出表示的, 不得坚持要求履行。日本《破产法》第53条规定:“关于双务合同, 破产人及其合同的对方在破产程序开始之时均未履行完毕的, 破产财产管理人可以解除合同或者履行破产人的债务从而请求合同的对方履行债务。”
- ② 德国《破产法》第105条规定:“所负担的给付可以分割并且对方当事人在破产程序开始时已部分履行其所应为之给付的, 该对方当事人即以其已给付部分数额所享有的对待给付请求权而为破产债权人, 即使破产管理人为尚未履行的那部分给付仍要求履行亦如此。对方当事人无权因其对待给付请求权未履行而要求从破产财产中返还还在破产程序开始前已转移至债务人财产的那部分给付。”
- ③ 我国《合同法》第165条规定:“标的物为数物, 其中一物不符合约定的, 买受人可以就该物解除, 但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的, 当事人可以就数物解除合同。”第166条规定:“出卖人分批交付标的物的, 出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定, 致使该批标的物不能实现合同目的的, 买受人可以就该批标的物解除。出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定, 致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的, 买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。买受人如果就其中一批标的物解除, 该批标的物与其他各批标的物相互依存的, 可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。”

[参考文献]

- [1] 裴文睿. 中国的法治与经济发展[M]//吴敬琏, 江平. 洪范评论:第1卷第1辑. 北京:中国政法大学出版社, 2004:9.
- [2] 王欣新. 破产法:第2版[M]. 北京:中国人民大学出

- 版社,2007.
- [3] 邱聪智. 民法研究:第 1 册[M]. 北京:中国人民大学出版社,2002:68.
- [4] 拉伦茨. 德国民法通论:上册[M]. 王晓晔,邵建东,程建英,等,译. 北京:法律出版社,2007.
- [5] 北川善太郎. 日本民法体系[M]. 李毅多,仇京春,译. 北京:科学出版社. 1995:51.
- [6] 戴孟勇. 先买权的若干理论问题[J]. 清华大学学报:哲学社会科学版,2001(1):53-59.
- [7] 王泽鉴. 债法原理:第 1 册[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001:144-145.
- [8] 梅迪库斯. 德国债法总论[M]. 杜景林,卢 谔,译. 北京:法律出版社,2006:351.
- [9] 陈卫佐. 德国民法典:第 2 版[M]. 北京:法律出版社,2007:38.
- [10] 爱泼斯坦,尼克斯坦,怀特,等. 美国破产法[M]. 韩长印,译. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [11] 丁文联. 破产程序中的政策目标与利益平衡[M]. 北京:法律出版社,2008:133.
- [12] 梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东,译. 北京:法律出版社,2001:143.
- [13] 许德风. 论破产中尚未履行完毕的合同[J]. 法学家,2009(6):92-104.
- [14] 韩世远. 合同法总论:第 2 版[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [15] 王利明. 违约责任论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [16] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [17] 奚晓明. 最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2012:418.
- [18] 谢在全. 民法物权论:上册[M]. 北京:中国政法大学出版社,2011:89.
- [19] 崔建远. 物权:规范与学说:上册[M]. 北京:清华大学出版社,2011:225.
- [20] 王利明. 物权法研究:上卷[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007:375.
- [21] 胡康生. 中华人民共和国合同法释义[M]. 北京:法律出版社,2009.
- [22] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京:中国政法大学出版社. 1999:140.
- [23] 黄茂荣. 法学方法与现代民法:第 5 版[M]. 北京:法律出版社,2009.

(责任编辑 江海波)

## The Bankruptcy Administrator's Right of Choice in the Context of Hermeneutics

ZHANG Yao

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

**Abstract:** After the people's court accepts an application for bankruptcy, the administrator shall have the right of choice, which means that he has the right to rescind or continue to perform the contract that is concluded before the acceptance yet remains to be fulfilled by both the debtor and the other party. The right of choice for the bankruptcy administrator is the result of balance of multiple interests and decided by the value of equity ultimately. Once the administrator decides to continue to perform the contract, the part which the debtor has not fulfilled, as the valuable consideration for what the other party has performed, could not be treated as "debts incurred for the common good of creditors". Meanwhile, where the administrator decides that performance of the contract be continued and provides guaranty for the other party, the other party should not claim the precarious right to defense any more. However, if the administrator decides to rescind the contract, both parties shall mutually return what has been performed. But they can not claim for compensation for damage of performance interest or liability for liquidated damages.

**Key words:** bankruptcy administrator; the right of choice; bankruptcy financial group; rescission of contract