

企业破产法(修订草案)第二章“申请与受理”部分评析

聚焦破产法修订



◇ 中国人民大学教授 王欣新

赁合同,不适用前款规定。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,视为拒绝履行。经对方当事人同意,管理人可以一并转让合同的权利义务。”

待履行合同的继续履行权问题,对当事人的权益具有重要的影响。在债务人进入破产程序后,因情势变迁可能已丧失对待履行合同的继续履行能力,或失去继续履行的必要,或可能使继续履行出现不公平的情况,故需要解除待履行合同。而选择继续履行合同,则有助于促成债务人的重整挽救成功。所以,现行破产法规定,管理人可以单方面强制选择解除合同或继续履行合同,以避免债务人财产因破产程序启动而扩大损失。管理人选择解除或者继续履行合同,以保障债权人权益最大化为主要遵循原则,同时应当兼顾公平维护合同对方的正当权益。

《修订草案》对待履行合同的继续履行权,有几点重要的修改创新。第一,明确规定不得适用选择履行权的具体合同范围,即本条第二款中提及的符合法定条件的知识产权许可合同、房屋租赁合同以及不动产租赁合同。立法目的是通过禁止拒绝履行合同,以维护合同对方的特定正当权益不受侵害,保障选择履行权行使的实质公平。

第二,将选择履行权行使方式中的“解除合同”修改为“拒绝履行合同”。在管理人选择不履行合同时,各国使用的概念有“解除合同”与“拒绝履行”之别,两者的法律内涵和实施效果是不同的,选用何种概念以适用本国国情为原则。《修订草案》使用拒绝履行概念的目的,是要取消在解除合同概念之下对合同双方已经履行部分恢复原状的复杂法律程序与债权债务关系,降低司法成本,提高办案效率,促使破产程序更为顺利的进行。

第三,借鉴其他国家的有益经验,规定“经对方当事人同意,管理人可以一并转让合同的权利义务。”在待履行合同的继续履行结果会使债务人获得利益的情况下,如果债务人无法继续履行合同,便只能选择拒绝履行合同,这将使债务人的可得利益受到损失。为了实现对债务人财产利益的保全,一些国家的立法允许管理人一并转让合同的权利义务,并在转让中获得相应利益。我国立法借鉴此经验,对选择履行权的行使方式在继续履行、拒绝履行之外增加了转让合同权利义务,以更好地维护债务人及其背后的全体债权人的正当权益。

不过,《修订草案》对此条规定的修改也存在有待继续健全完善之处。问题主要出现在第一款中规定的,管理人未在法定期间内通知或回复对方当事人是否继续履行,即“视为拒绝履行”,但双方协商一致的除外”一句上。

第一,选择履行权是由管理人单方行使的强制性权利,无论其如何行使选择履行权,都是不

需要与对方协商一致即可生效的。管理人未在法定期间通知或答复对方视为拒绝履行,是对选择履行权的推定行使,同样无须与对方协商一致。该款规定修改后,在视为拒绝履行之后增加“但双方协商一致的除外”,不仅改变了法律规定的管理人对选择履行权行使的单方强制性属性,而且侵害了合同对方在法定情况下直接取得继续履行效力的权利。

管理人行使选择履行权只有一次性机会,不得反向再次行使,如选择继续履行后又拒绝履行,不仅违背诚实信用原则,而且会严重损害合同对方的正当权益。为防止管理人拖延行使选择履行权给合同对方造成损失,现行破产法规定,管理人在法定期间内未通知或答复对方当事人是否继续履行合同,视为拒绝履行。民法典第一百四十条第一款规定,行为人可以明示或者默示作出意思表示。对管理人行使选择履行权,也应当根据其是否以明示或者默示的方式作出继续履行合同的意思表示来判断。所以,虽然法律规定通知或答复的法定期间已过,可以“视为拒绝履行”,但要得出这一确切结论,还必须排除管理人已经通过行为表示或默示确认继续履行合同效力的情况。

实践中,一些管理人一方面通过自己的行为作出继续履行合同的表示,接受对方对合同的继续履行、财产交付等,享受因合同继续履行而产生的各种利益;另一方面,又以自己在法定期限内未作通知或答复,主张合同已经推定解除为由,将对方因实际继续履行产生的债权作为破产债权只做比例清偿,而不是全额清偿,侵害对方债权作为共益债权优先清偿的正当权益。依照民法典的规定,在管理人的行为已经足以确认其选择继续履行合同时,合同对方当事人就已经取得了继续履行合同的权力。而《修订草案》却在这种情况下,又附加上“但双方协商一致的除外”这一“画蛇添足”的条件,使合同对方本已得到法律确认的继续履行合同权利,因不可能与管理人协商一致被剥夺。所以,建议此处修改为:“债务人以其行为表示或默认合同继续履行的除外”,而不能规定为“双方协商一致的除外”。

第二,有的人认为,在合同被“视为拒绝履行”后,就禁止双方再继续履行合同,这也是错误的。即使管理人在法定期限未通知或答复对方当事人,可以因推定而被“视为拒绝履行”,也并不意味着此后就禁止合同双方继续履行。在选择履行权已经失去适用效力后,只要双方依据民法典自愿协商一致,仍可以继续履行合同,只不过这时管理人不再享有单方强制性要求继续履行合同的权力。

第三,从实践情况看,目前法律规定管理人对行使选择履行权的通知或答复的法定期间有些短,部分案件没有给管理人留出足够的时间认真作出选择,故建议适当延长上述法定期间。

综上,《修订草案》的此项规定存在明显的逻辑

适用不当,一方面将通知或答复的法定期间超过后要继续履行合同时必须具备的“双方协商一致”条件,嫁接到了“视为拒绝履行”之后,消除了法律明文规定的管理人选择履行权的强制性。另一方面,使法律规定的“视为拒绝履行”的推定性性质事项,变成了只有“双方协商一致”才可能例外推翻的事项,在管理人已经以其行为确认继续履行合同事实的情况下,剥夺了合同对方已经依法得到的主张继续履行合同的权力。故建议对第二十二条规定中存在的问题予以纠正,保障选择履行权的公平、公正行使。

二、破产申请受理后中止的诉讼与仲裁继续进行的条件

《修订草案》第二十五条对现行破产法的第二十条。该条规定:“人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行。”《修订草案》没有对此条进行修改,但其存在逻辑错误的瑕疵。

该条之所以规定,“人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止”,其原因是破产申请受理后,债务人对原由其进行的诉讼或者仲裁案件丧失了管理权与处分权,应由管理人接管并继续进行。但管理人继续进行这些诉讼或者仲裁事务,是需要一定时间熟悉案情和做好准备工作的,所以应当暂时予以中止。既然中止的原因是等待管理人接管诉讼或者仲裁事务,这些事项恢复进行的条件当然也应当是管理人接管了诉讼或者仲裁事务。

本条规定的错误在于,诉讼或者仲裁中止的原因与其应恢复进行的事由,法律的规定不相对应。管理人接管债务人财产与其接管诉讼或者仲裁事务,是不同的概念和事项,两者之间不存在可以相互取代的逻辑关系。而且,在破产程序中管理人接管这两个不同事项的法定时间也不相同。法院指定管理人后,管理人就应当立刻接管债务人财产。但管理人接管并掌握诉讼或者仲裁事务,往往不是在指定后就能够立刻开始,即刻完成的。由于接管这两个不同事项的时间是不同的,实践中已经出现受理诉讼的法院、受理仲裁案件的仲裁机构,在破产程序开始后就以管理人已经接管债务人财产为由,要求立刻恢复与之并无关联的诉讼或者仲裁事务的案件。立法中不应当出现这样明显的逻辑错误,建议予以修改。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》出台时对此问题已经作出了修改调整,其第110条中规定:“人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼,在管理人接管债务人财产和诉讼事务后继续进行。”但该条没有删除“接管债务人财产”的内容,而只是增加了管理人对

“诉讼事务”的接管,这是因为考虑到作为一般性司法文件的会议纪要,增加必要的内容是可以理解的,但不宜对破产法直接进行修改。

三、破产申请受理后的中止执行与解除保全措施

《修订草案》第二十四条规定:“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除,执行程序应当中止。管理人可依据受理破产裁定书和指定管理人决定书申请解除保全措施和中止执行,相关机关应当向管理人移交债务人财产或者其处分权。前款规定的保全措施、执行程序包括人民法院在民事、行政诉讼中采取的保全措施和执行程序,人民法院、行政机关行政强制中为实现债务人财产给付的强制措施和强制执行,税务机关、海关采取的税收保全措施、强制执行。”

在破产申请受理后,对债务人的财产中止执行与解除保全措施的落实,一直是司法实践中的难题。为解决这一问题,本条首先明确了申请解除保全措施和中止执行的负责人是管理人,而不是受理破产案件的法院,赋予管理人重要的履职权力,统一了司法实践中的做法。而在此前的法律规定中,没有明确规定是由管理人还是法院负责申请(或要求)解除保全措施和中止执行。申请时,管理人应当提交受理破产裁定书和指定管理人决定书。相关机关接到申请后,应当向管理人移交债务人财产或者其处分权,履行法律明确规定的义务。

本条第二款明确了应当依法解除保全措施和中止执行的具体范围,包括人民法院在民事、行政诉讼中采取的保全措施和执行程序,人民法院、行政机关行政强制中为实现债务人财产给付的强制措施和强制执行,税务机关、海关采取的税收保全措施、强制执行。

但是《修订草案》的规定仍有继续完善的必要。第一,立法未将刑事诉讼中对债务人财产的解除保全措施和中止执行程序的问题包括在内,也没有规定对两种司法程序应如何协调适用。这一问题如不能解决,将使与刑事程序并行的破产程序难以正常进行,建议作出相应规定。

第二,建议增加对违法机关与违法者追究相应法律责任包括民事赔偿责任的规定。实践中之所以屡屡发生拒不依法解除保全措施和中止执行的行,关键原因就是违法者缺乏追究责任的明确预期。

第三,在征求意见的过程中有人建议,应当规定管理人在提出申请后超过一定期限仍得不到解决,受理破产案件的法院可以直接采取相应措施解除保全措施和中止执行,必要时采取执行回转措施。笔者认为,如果追究违法者法律责任的建议不能落实,该建议的采纳就非常有其必要性。

虚假宣传纠纷中诉的利益识别



◇ 石超丹

判权之外。权利保护利益则是在肯定权利保护资格后,判断对于原告的请求是否有作出本案判决的必要,强调诉之提起是否有必要或是否具备容许。具体而言,应否定诉的利益的情形一般包括重复起诉、存在不起诉合意、超过诉讼时效等情形。

诉的利益作为诉讼要件是本案审理和判决的理论前提,本身具有重要的程序价值。对于原告而言,诉的利益具有诉权保障功能,使其能方便利用国家诉讼制度保护自身权益;对于被告而言,诉的利益具有保障其正常经营活动不受干扰、防止其被不当卷入诉讼的功能;对于国家而言,诉的利益系对原告的诉权保障与被告无端涉诉等因素进行利益衡量后,就利用民事诉讼制度的必要性与正当性作出的一种判断。

反不正当竞争法保护的并非法律明确规定的权利,而是一种具有模糊性和不稳定性利益。与商标法、著作权法、专利法相比,反不正当竞争法保护的利益,保护的边界并不清晰。法益保护上的模糊性和不确定性,导致诉的利益识别难度增加。在虚假宣传纠纷中,作为经营者的原告并非享有某项法定权利,而只是当其合法权益受到反不正当竞争法第九条所规定的虚假宣传行为损害时,才能具备诉的利益,进而诉诸民事诉讼进行救济。

二、虚假宣传纠纷中诉的利益识别的识别地位

虚假宣传纠纷中,诉的利益识别地位具体表现在以下方面:

一是虚假宣传纠纷常与其他知识产权侵权类纠纷作为复合案由出现,法院容易因其其他行为导致的损害“显而易见”,而忽略审查原告是否因虚假宣传不正当竞争行为受到了损害,进而造成虚假宣传纠纷中诉的利益审查被

遗漏。

二是损害要件事实在实践中逐渐异化为免证事实。原告怠于举证损害事实的行为,借由法定赔偿在知识产权审判中的惯常适用而被默许或纵容。原告本就模糊的利益究竟是否受到现实损害,常常被忽略审查,或错将损害的可能性等同于损害的现实性。

三是混淆虚假宣传行为与虚假宣传不正当竞争的概念。目前,规范虚假宣传行为的法律渊源隐含在诸多部门法领域,其中过半数以上是行政法律规范。违反行政法律规范的虚假宣传行为,只能引起行政法上的责任,进而应由行政机关处理。此种情形下,民事诉讼并非合适的解纷方式。

三、虚假宣传纠纷中诉的利益识别的路径

一种虚假宣传行为可能引起的法律责任,既有行政法上的责任,又有民法上的责任,前者有赖于行政权的行使,而后者则有赖于审判权的行使。审判权的行使要符合诉的利益要件,遵循审判权的中立性和被动性,避免对行政权的蚕食或僭越。诉的利益在性质上是一种强制性诉讼要件,具有资格筛选与权利界分的双重功能。虚假宣传纠纷中,原告提起民事诉讼的正当理由,不在于被告是否存在受公法调整的虚假宣传行为,而在于被告的虚假宣传行为是否应承担民事责任。具体而言,虚假宣传纠纷中诉的利益识别宜遵循如下路径:

一是基于不同案由,围绕诉讼请求识别诉的利益。虚假宣传纠纷的司法裁判思路,应是利益出发型而非权利出发型。不能以权利归属思维审理本属行为规制范畴的不正当竞争纠纷,而应当围绕与虚假宣传不正当竞争相关的诉讼请求进行。在单纯的虚假宣传纠纷中,诉讼标的有且只有一个:在虚假宣

传纠纷与其他不正当竞争或知识产权侵权纠纷并存的案件中,原告提出多项给付请求且请求根据为两个以上,诉讼标的亦有二个以上,此时发生“诉的客观合并”。无论是单一案由还是复合案由,经识别,诉的利益存在的,与虚假宣传不正当竞争相关的诉请均应进入实体审理阶段。经识别,诉的利益欠缺的,在单一案由中,宜作出不予受理或驳回起诉的裁定;在复合案由中,对于原告提出的与虚假宣传不正当竞争相关的诉讼请求,不必再进入实体审理阶段。若因基于其他法律关系的诉讼请求进入实体审理需要作出判决的,应参照判决吸收裁定的原则,一并在判决中驳回与虚假宣传不正当竞争相关的诉请,但在判决说理部分应当阐明,该项诉讼请求系因缺乏诉的利益不予审查。

二是以现实损害为标准,认定原告是否具备诉的利益。市场竞争本身就是自带伤害的,甚至具有天然的“损人利己”属性,由此造成的损害是由市场生态理性而决定的竞争损害,是法律所豁免的损害,没有必要利用国家诉讼制度进行救济。当现有证据不足以认定原告竞争利益受到被告虚假宣传行为的直接、现实损害时,原告向被告提起虚假宣传不正当竞争之诉就缺乏诉的利益,更谈不上构成虚假宣传不正当竞争。此种情形下,依照相关法律规定应当由其他机关处理的争议,告知原告向有关机关申请解决,避免出现“凡虚假宣传行为皆可诉”的后果。

三是以原告举证为必要,准确区分“虚假宣传行为”与“虚假宣传不正当竞争”。最高人民法院第28批指导性案例——广州王老吉大健康产业有限公司诉加多宝(中国)饮料有限公司虚假宣传纠纷案中明确,“引人误解”必须是现实的、确定的结果,而非仅仅是一种可能性。换言之,不能简单地以相关公众可能产生误导性后果来替代原告对自身受到损害的证明责任。

2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第十八条重申,即使被诉行为属于虚假宣传行为,因该行为请求赔偿损失的原告,也“应当”举证证明其因该行为受到损害。在诉讼中,只有原告证明其竞争利益受到直接的、现实的损害,而非仅属一般市场竞争损害或潜在损害可能,当事人之间的损害关系方可特定化。

四、虚假宣传纠纷中诉的利益识别的法律适用

诉的利益最终划定了审判权的界限范围。由此,民事诉讼法第三条关于“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼”的规定,第一百二十二条第四项关于“属于人民法院受理民事诉讼的范围”的规定,以及第一百二十七条的规定,均可作为识别诉的利益的法律渊源。

此外,反不正当竞争法第二十一条第一款、第二款还明确规定,经营者违反本法规定,给他人造成损害的,应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的,可以向人民法院提起诉讼。换言之,反不正当竞争法第九条规定的虚假宣传行为,并非都是经营者可以通过民事诉讼制度进行救济的行为。经营者可以诉诸民事诉讼的虚假宣传行为,必须是导致其自身利益受到损害的行为。可见,经营者受到损害是诉的前提条件之一。有损害,才有诉的利益。因此,对于虚假宣传纠纷的裁判而言,诉的利益的法律渊源不仅包括民事诉讼法中的相关规定,还包括反不正当竞争法第二十一条第一款、第二款的规定。

(作者系山东大学法学院博士研究生、山东省青岛市中级人民法院四级高级法官)

一、虚假宣传纠纷中识别诉的利益识别的必要性

诉的利益包括权利保护资格和权利保护利益。权利保护资格与请求内容是否可以作为本案判决对象有关,意指请求内容是否属于法律上的争讼,不属于法律上争讼的请求被置于审