

二十一世纪法学前沿学术文丛
*Academic Series Concerning the Front of
Law of 21st Century*

破产法上的 待履行合同研究

*Research on Executory
Contract in Insolvency Law*

兰晓为◎著



人民法院出版社

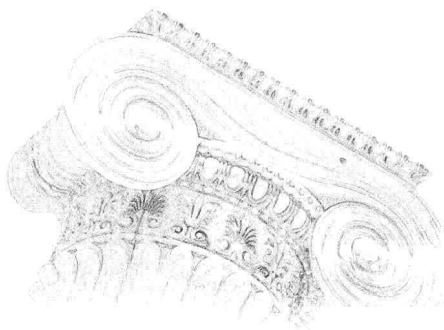
二十一世纪法学前沿学术文丛

*Academic Series Concerning the Front of
Law of 21st Century*

破产法上的 待履行合同研究

*Research on Executory
Contract in Insolvency Law*

兰晓为◎著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

破产法上的待履行合同研究/兰晓为著. —北京:
人民法院出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0369 - 4

I. ①破… II. ①兰… III. ①破产法 - 研究
- 中国 IV. ①D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 275934 号

破产法上的待履行合同研究

兰晓为 著

责任编辑 林志农 张承兵 李安尼

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550567 67550605 (责任编辑)
65223677 (读者服务部) 67550558 (发行部)

网 址 www.courtbook.com.cn

微 博 <http://weibo.com/courtpress>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 200 千字

印 张 7.625

版 次 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0369 - 4

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

作者简介



兰晓为，1982年生，辽宁大连人，民商法学博士。2010年6月毕业于武汉大学法学院，现为大连商品交易所博士后科研工作站博士后。先后于《法学评论》、《中国法律》、《科技与法律》《金融法治前沿》等发表论文十余篇，参与农村土地承包经营权流转问题研究、物权法重大疑难问题研究、期货法立法课题研究、司法考试题库建设等研究项目若干，研究成果多次入选中国法学会民法学研究会、中国破产法论坛、中国法学会审判理论研究会金融审判理论专业委员会、湖北省法学会民法学年会等会议论文集；主要从事期货法、破产法、知识产权法等民商法领域研究。

前 言

自2007年6月1日实施的《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)与《中华人民共和国企业破产法(试行)》(以下简称《破产法(试行)》)相比,进步显著,从立法体例到制度安排,都或多或少地反映了同时代世界破产法的最新理念。《破产法》最大限度地摒除了计划经济时期的局限性,引进了以市场为导向的破产模式,其适用范围扩大到所有的企业法人,确立了重整制度与破产管理人制度,在债权人会议和债权人委员会制度方面也进一步加强了对债权人的保护。很多学者对上述变化赞赏有嘉,却往往忽视了《破产法》另一可圈之处,即关于待履行合同较之以往更为详细的规定。

《破产法》第18条规定:人民法院受理破产申请后,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。本书所研究的待履行合同正是其中的“未履行完毕的合同”。较之《破产法(试行)》的规定,《破产法》通过该条文进一步明确了管理人行使选择权的时间、条件以及行使期限等内容,如此变化引起了笔者对破产法上待履行合同的关注。

起初,由于管理人的单方选择权,笔者不禁怀疑在待履行合同规则中,法律的天平似乎有意倾斜于破产企业。细揣之,却不得不承认这样略显失衡的规则,的确能够使破产管理人有权选择继续履行有利于提高破产财产价值的合同,而选择解除那些持续履约成本将超过可从合同取得收益的合同,从而实现破产财产价

值最大化或负债最小化，最终能够同时保护破产债权人与债务人的利益。待履行合同规则因此夹杂了些许功利主义色彩。笔者由此自问，是否只要以有利于多数人利益实现为目的，符合整个社会经济发展的需求，就可以赋予合同一方当事人在基本法上不曾享有的特权。

如果破产企业所享有的如此“特权”果真能够完全游离于民商法基本理论之外，笔者很难想象待履行合同规则在国外破产法经过一个多世纪却仍然蓬勃发展的生命力。于是，笔者决定潜心探究待履行合同规则与传统民商法理论之间的互通之处，从而证明笔者始终坚信的：任何一项科学的制度设计都不会缺少基本的法学理论支撑。本书遂在尊重《破产法》立法宗旨的前提下，充分运用传统民商法理论对待履行合同的法理基础进行全面架构，深入探寻待履行合同与基本合同制度之间的适用关系，对各种相关权利以及可能涉及的合同进行了类型化研究。

一处条文，一本书，当有人对此甚表惊讶时，笔者深知本书尚有遗漏或未予详尽之处。因为待履行合同规则本身的复杂性绝非一处条文所能涵盖。不当之处，敬请批评指正。

兰晓为

2011年12月26日

导 言

一、研究意义

破产程序开始前成立的尚未履行或者尚未履行完毕的合同，在企业进入破产程序后，是否继续履行，关系到债务人的继续营业，也关系到债务人的资产价值。破产法因此突破了合同法所确立的若干制度，而径直赋予破产管理人^①选择权。该类合同由是具有了保护破产企业资产价值的功能，是为“破产法上的待履行合同”。

基于破产管理人的选择权，破产法上的待履行合同能够使破产管理人有权选择继续履行有利于提高破产财产价值的合同，而选择解除那些持续履约成本将超过可从合同取得收益的合同，进而实现破产财产价值最大化或负债最小化。该功能同时保护了破产债权人与债务人的利益：一方面，在现代社会，人们越发习惯以合同来承载或控制经济财富，破产债权人希望尽可能地收集债务人财产实现其利益，待履行合同所赋予破产管理人的选择权直接突出了破产管理人保护破产财产的管理重心；另一方面，破产债务人亦希望法律尽量给予其重生的机会。破产管理人得以延续对企业有利的合同而拒绝负担重却无利可图的合同，无疑可以增

① 待履行合同的选择权主体不仅是破产管理人，也可能是重整程序中的债务人本身。鉴于后者享有选择权时，其角色已有别于单纯的债务人，而具有类似于破产管理人的特点。因此，笔者在提及“选择权”时，仅以“破产管理人”代之，以求行文简练。

加债务人存活的几率。可见,破产程序中,破产管理人对合同的处理将直接影响破产财产的价值。难怪联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》中断言:“合同的处理对破产程序具有压倒一切的重要性。”^①

待履行合同的处理在破产司法实践中属于较为复杂但又大量存在的问题。然而,从我国《破产法》的现行规定来看,待履行合同的复杂性及普遍性并未在立法上得到有效回应。目前,待履行合同在《破产法》中的规定甚为简陋,仅有一处条文,即《破产法》第18条。^②该条文提及了以下三方面内容:一是选择权的行使期间;二是合同相对方可要求担保的权利;三是解除合同的意思可以推定。暂不论现有规定妥当与否,至少实践中待履行合同所需要的规制远不止于这三方面。有关待履行合同与合同法上相关制度的协调,选择权的行使原则,对合同作出不同选择的相应条件以及后果等问题,都是实践中亟待明确,而立法却留有空白之处。有鉴于此,实有必要从破产法、合同法等法律中的一系列基本制度出发,对破产法上的待履行合同作以系统分析,以指导破产清算程序或重整程序依法高效进行,进而保障各方当事人的合法权益,在保障破产程序顺利进行,维护破产财产价值以及降低合同相对人利益损害之间寻求一个最佳结合点。

二、国内外研究现状述评

“待履行合同”称谓系舶来品,译于美国破产法 *executory*

① 联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》第108条。

② 《破产法》第18条规定:人民法院受理破产申请后,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。管理人自破产申请受理之日起2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30日内未答复的,视为解除合同。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。

contract 一词,国内破产法学界对此关注不多。在以破产法疑难问题专论为主题的国内汇编论著中几乎找不到关于“待履行合同”的讨论。只有破产法教材或系统研究破产法的论著中才略有提及,然均无专节论述,一般于受理破产申请的效力章节中作为问题之一加以介绍,多称之为“尚未履行完结的合同”或“破产宣告前已成立的合同”。

国内论述概由篇幅所限,多集中于对现行《破产法》第18条的解释,缺少系统性介绍,即使些许提及国外立法例,也有隔靴搔痒、意犹未尽之憾。国内以“待履行合同”为题的论文均以美国破产法为视角。然基于美国法律文化、社会背景、经济发展程度与我国不同,美国破产法对我国的启示意义绝非与借鉴意义并重,可以比较但不宜照搬,何况对于“待履行合同”的处理,《日本破产法》、《德国破产法》、联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》等众多规定皆可资借鉴。

与国内研究现状不同,但凡破产立法比较完善的国家,对破产法上的待履行合同的讨论都比较充分。自上世纪60年代起即有专以“待履行合同”为题的研究成果陆续问世,且英美法系国家的法院通过大量判例对破产法待履行合同进行了详细的解释。因此,国外可查相关资料较多。现有资料显示,国外学者多以“待履行合同”界定、选择权行使方式、破产法与合同法竞合等问题为研究重点,这些研究较为充分,却仍存颇多争议。例如,关于“待履行合同”的概念界定,通说认为是双方均未履行或未完全履行的合同,但何谓“未完全履行”,何种合同义务的未履行才是“未完全履行”,至今尚无定论。又如,破产管理人对待履行合同选择权的行使是否需要得到法院的同意,对此立法上与理论上皆存在差异。再如,就破产管理人选择继续履行合同的标准,国外研究多提及“商业判断评估”(business judgment test),却对该判断规则没有详细解释。

论及特殊合同的处理,国内国外的相关资料皆体现了理论研

究的不足。国内学者习惯于对各类需要特殊处理的合同逐一分析,国外学者(尤其是美国学者)则多侧重分析租赁合同,对租赁合同的着墨远重于其他特殊合同,难免顾此失彼。而对于不胜枚举的需要特殊处理的待履行合同,类型化无疑是最为有效且实用的研究方法,只是现有国内外研究成果皆鲜见就特殊待履行合同类型化的努力。

三、研究路径与研究方法

(一) 研究路径

待履行合同有别于合同法的一般合同规则,在某种程度上以牺牲合同相对人部分利益为代价保护破产方利益,故对“待履行合同”范畴需要谨慎界定,以免合同法在破产程序中被架空。在准确界定“待履行合同”范畴的基础上,笔者从宏观、微观两方面对“待履行合同”作以系统化研究。充分运用合同法一般原理,结合破产法特有价值取向与技术规则,从宏观角度解决待履行合同与相关制度的关系协调问题,并提炼出选择权行使的一般规则以统领待履行合同的诸项细化规则。随后,笔者按照待履行合同的继续履行、转让、解除三种不同走向仅就其相应的特别规则予以进一步区别探讨,以后文个性的分析补充前文共性的提炼。通过从共性到个性,从一般到特殊的行文逻辑对待履行合同力求实现较为全面的解读。

(二) 研究方法

1. 体系化方法

遵循从共性到个性的研究,力图设计出总一分结构的破产法上待履行合同的基本理论体系。在就破产法上待履行合同的范畴、选择权行使一般规则等方面得出整体性结论后,再分别区分继续履行、转让、解除三种情形的特殊规则作以补充性研究,以求立法设计过于简单、实践操作又颇为复杂的待履行合同至少在

理论上可以实现体系化。

2. 类型化方法

并非所有待履行合同的命运都可以任由破产管理人选择，由于合同自身特征以及法律对不同价值取向的倾向性，必然存在不宜由破产方单方决定强制履行、转让或解除的合同，而这些合同在具体的商业生活中有着千变万化的表象。笔者对此冠以“不完全待履行合同”之名，并对其进行抽象归类，以配合待履行合同的体系化研究。

3. 比较分析法

通过比较英美法系美国、英国、澳大利亚和大陆法系德国、法国、日本、我国台湾地区、澳门地区等国家或地区破产法上关于待履行合同的理论、立法和实践，辨别区别、认清差距，寻找借鉴的路径和基础。

4. 法社会学分析法

破产法上的待履行合同不仅仅是法律问题，作为破产法的一部分，对其研究必然需要考虑社会、经济等层面诸多因素。法律的实际作用比抽象内容更为重要，笔者通过考察破产法上待履行合同处理规则与社会事实之间的关系，寻求更具实践意义的理论支撑来实现待履行合同应有的制度价值。

目 录

导 言	(1)
第一章 待履行合同的范畴	(1)
第一节 待履行合同的词源	(1)
一、待履行合同与 Executory Contract	(1)
二、待履行合同与各国破产法	(3)
三、我国《破产法》第 18 条与“待履行合同”	(5)
第二节 待履行合同的概念	(8)
一、界定标准之概览	(8)
二、现有标准之评析	(11)
三、以“未履行完毕”为标准对待履行合同的 界定	(13)
第三节 待履行合同的种类	(24)
一、一概而论之诟	(24)
二、逐项列举之弊	(25)
三、待履行合同种类新探	(28)
第二章 待履行合同与相关制度的关系处理	(38)
第一节 待履行合同与合同履行抗辩制度	(38)
一、合同履行抗辩制度的内容	(38)
二、待履行合同对同时履行抗辩权行使结果的 “破冰”功能	(43)

三、待履行合同对不安履行抗辩权的限制与强化	… (45)
第二节 待履行合同与合同解除制度	… (50)
一、现行法上合同解除制度与待履行合同的交集	… (50)
二、待履行合同规则对约定解除权的限制	… (53)
三、待履行合同规则对法定解除权的限制	… (56)
第三节 待履行合同与破产债权申报制度	… (59)
一、待履行合同规则与破产债权申报程序理论上的 相互独立	… (59)
二、待履行合同之债在破产申报程序中的转化	… (63)
三、待履行合同规则前置于债权申报程序的设想	… (66)
第三章 待履行合同的选择权	… (71)
第一节 选择权的内涵	… (71)
一、界定待履行合同选择权的必要性	… (71)
二、待履行合同选择权的性质	… (73)
三、待履行合同选择权内涵初探	… (75)
第二节 选择权的主体	… (75)
一、待履行合同选择权的主体——破产管理人 或债务人	… (75)
二、破产管理人行使选择权时的法律地位	… (76)
三、债务人行使选择权时的法律地位	… (79)
第三节 选择权的内容	… (82)
一、合同继续履行权	… (82)
二、合同转让权	… (86)
三、合同解除权	… (90)
第四节 选择权的行使原则	… (100)
一、破产财产最大化原则	… (100)
二、不可分割原则	… (108)
三、及时性原则	… (113)

第四章 待履行合同的继续履行	(121)
第一节 继续履行合同的要件	(121)
一、继续履行合同的同意要件	(121)
二、先前违约的补救要件	(126)
三、将来履行的担保要件	(133)
第二节 继续履行的效力	(137)
一、对合同本身的效力	(137)
二、对破产方之合同债权的效力	(140)
三、对非破产方之合同债权的效力	(141)
第三节 继续履行受限的不完全待履行合同	(146)
一、非破产方享有法定任意解除权的合同	(147)
二、有交易所行市的买卖合同	(153)
三、非破产方风险过大的合同	(155)
第五章 待履行合同的转让	(158)
第一节 转让合同的要件	(158)
一、转让合同的同意要件	(159)
二、先前违约的补救要件	(161)
三、将来履行的担保要件	(162)
第二节 转让的效力	(164)
一、对破产方的效力	(164)
二、对非破产方的效力	(165)
三、对受让方的效力	(165)
第三节 转让受限的不完全待履行合同	(166)
一、继续履行受限的不完全待履行合同	(167)
二、根据合同性质不得转让的合同	(168)
三、法律规定不得转让的合同	(169)

第六章 待履行合同的解除	(175)
第一节 解除合同的要件	(175)
一、未设同意要件的立法例	(175)
二、设有同意要件的立法例	(177)
三、关于合同解除之同意要件的评析	(179)
第二节 解除的效力	(182)
一、解除待履行合同溯及力之否定	(182)
二、非破产方的损害赔偿请求权	(184)
三、非破产方的违约金请求权	(197)
第三节 解除受限的不完全待履行合同	(199)
一、以使用、收益为目的的合同	(200)
二、涉及公共利益的公司	(206)
三、劳动合同	(208)
参考文献	(212)
一、中文著作部分	(212)
二、中文论文部分	(217)
三、学位论文	(219)
四、法典类	(220)
五、外文著作部分	(220)
六、外文论文部分	(221)
七、外文案例部分	(225)
后 记	(227)

第一章 待履行合同的范畴

第一节 待履行合同的词源

一、待履行合同与 Executory Contract

“待履行合同”译自 1978 年《美国破产法》第 365 条的“Executory Contract”一词，其详尽的规定吸引了各国破产法学者对“待履行合同”的关注，学理上纷纷借此概括本国破产法赋予债务人或破产管理人选择权的合同。然而，“Executory Contract”一词的出现实际上要比 1978 年《美国破产法》第 365 条早得多。美国学者普遍认为，“1978 年《美国破产法》第 365 条是 1938 年《钱德勒法》第 70b 条的延续，保留了后者的核心内容。”^①

作为对 1898 年《美国破产法》进行修改的重要修正案，1938 年《钱德勒法》（Chandler Act）开始着眼于企业的存续价值，其所依赖的理论根基在于，当公司遇到财务危机时，如果能够设法维持企业的存续从而留存企业的存续价值，将被认为是对债权人和债务人都有益处的选择。为了尽可能留存企业价值，此次修正不仅构建了由第十章“公司重整”和第十一章“偿债安排”构成的一般企业重整制度，而且增加了第 70b 条——有关待履行合同的規定。

即便如此，“Executory Contract”对于 20 世纪 30 年代的美国

^① See David G. Epstein, Bankruptcy and Related Law 6th Edition, West Group, 2002, p321.

破产法而言,仍非“新”名词,其历史尚可继续向前追溯。事实上,第70b条起草人 Maclachlan 教授早在第70a条建议修正稿中,就已经使用过“待履行合同”一词。^①而19世纪末至20世纪初的美国破产案件中也不难找到“Executory Contract”的身影。^②“Executory Contract”甚至出现在1874年的判决中。^③追溯至此,“Executory Contract”一词的出现已经比1978年《美国破产法》早了一个世纪之多。面对瀚漫的美国破产法判例,关于“Executory Contract”的最初出处,笔者不敢妄断。但通过追溯,至少可以得到如此结论:“Executory Contract”并非起源于某部成文法,而是在破产法成文化之前,便早已存在于美国的司法实践中。

Executory Contract 有多种中文译名,除“待履行合同”之外,还有“有效合同”^④、“尚待执行的合同”、“进行中双务契

① Maclachlan 教授在起草第70b条时指出:“就待履行合同中的破产方而言,破产法已经很详细地予以说明,因为第70(a)(5)条的附加条款在很大程度上作出了自我说明。”See McLachlan, Amendment of the Bankruptcy Act, Harvard Law Review, February, 1927, p605.

② 1916年某判例提到“一份非自愿破产申请构成‘待履行合同’的预期违约……”, Central Trust Co. v. Chicago Auditorium Ass’n, 240 U.S. 581, 1916, p582. 1900年某判决提到“如果‘待履行合同’的一方当事人公然地毁弃合同,那么合同相对方不必等到履行期间届满……”, See Roehm v. Horst, 178 U.S. 1, 1900, pl.

③ 该判决中多次提到“待履行合同”,如“这个规定是建立在与执行时间相关的口头协定的设想上的,它修改了如‘待履行合同’等书面协定的条款,我们对此不能理解。”See Daniels v. Newton, 114 Mass. 530, 1874, p530~531.

④ 参见李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第109页。