

破产程序中待履行合同的選擇权

選擇权的主体、条件与相对人保护

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 破产程序启动之后, 债务人与相对人之间尚未履行完毕的合同并不当然消灭, 法律把继续履行或者解除的選択权交给了管理人。这一制度安排, 在实务中却呈现出三种截然不同的走向: 有的管理人一律解除, 以图省事; 有的管理人一律继续, 以图维持营业; 有的则完全依相对人的主张而定, 放弃了自己的判断。分歧的根源, 在于三个层面的认识不清。其一, 主体不清, 選択权究竟属于管理人、债务人还是债权人会议, 管理人作出决定是否需要报告或者批准, 法律仅有零散规定, 缺乏体系化的权限分配; 其二, 条件不清, 继续履行须具备何种实质要件, 是否以合同对破产财团有增益为限, 是否须考量相对人的履约能力, 条文未设标准, 裁判缺乏抓手; 其三, 保护不足, 相对人在選択权面前处于被动地位, 其催告权、担保请求权、损害赔偿请求权的性质与顺位, 实务中把握不一, 共益债务与普通债权的界分尤其混乱。本文主张: 選択权在性质上属于管理人的法定形成权, 其行使受破产财团增益原则与诚信原则的双重约束; 继续履行的实质条件, 应当构造为必要性、可行性与经济性三层检验; 相对人的保护, 应当以担保请求权为核心, 辅以催告、期限限制与损害赔偿的类型化配置; 因继续履行产生的债务, 应当认定为共益债务, 因解除产生的损害赔偿, 原则上按普通债权清偿, 但相对人因信赖继续履行而支出的费用, 可以作为共益债务的例外。

关键词: 待履行合同; 選択权; 管理人; 共益债务; 破产财团

中图分类号: D922.291.92 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)02-0037-13

The Trustee's Right to Elect on Executory Contracts in Insolvency Proceedings

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: After the opening of insolvency proceedings, contracts that remain wholly unperformed by both parties do not automatically terminate; the law confers on the trustee the right to elect between continued performance and termination. In practice this arrangement produces three divergent paths: some trustees terminate everything for convenience, some continue everything to preserve the business, and some simply defer to the counterparty and abandon independent judgment. The divergence stems from three layers of confusion. First, the holder of the right is unclear: whether it belongs to the trustee, the debtor or the creditors meeting, and whether reporting or approval is required, is only sporadically regulated. Second, the substantive conditions are unclear: whether continuation requires a net benefit to the estate, and whether the counterparty's performance capacity must be assessed, find no statutory standard. Third, protection of the counterparty is inadequate: the nature and priority of the right to demand security, the right to set a deadline, and the claim for damages are treated inconsistently, and the boundary between administrative claims and ordinary claims is especially muddled. This article argues that the right of election is a statutory right of formation vested in the trustee, constrained both by the principle of net benefit to the estate and by good faith; that the substantive conditions for continuation should be structured as a three-tier test of necessity, feasibility and economy; that protection of the counterparty should centre on the right to demand security, supplemented by a typology of notice, time limits and damages; and that obligations arising from continued performance are administrative claims, whereas damages for termination are ordinarily general claims, subject to an exception for costs incurred in reliance on continuation.

Key words: executory contract; right of election; trustee; administrative claim; insolvency estate

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究民商事诉讼与破产诉讼。

一、问题的提出

破产程序启动之后，债务人的营业并未立即停止，那些尚未履行完毕的合同，仍然悬在空中。供货合同尚未交货，租赁合同租期未满，建设工程合同中途停工，技术许可合同许可期未届至，长期购销框架下的订单仍未履行。这些合同，有的因为一方已进入破产程序而事实上无法继续，有的则因为继续履行对双方均有益处而应当继续。法律给出的回答，是把选择的权利交给管理人。

企业破产法第十八条规定，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。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。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。

这一条文，看似周全，实则留下了大片空白。选择权的性质是什么，是形成权还是抗辩权，是管理人的固有权还是债权人会议的授权事项；继续履行的实质条件是什么，是否以合同对破产财团有净增益为限；相对人的担保请求权如何实现，管理人不提供担保时的后果如何界定；因继续履行产生的债务，是共益债务还是普通债权；因解除产生的损害赔偿，其范围与顺位如何确定。这些问题，条文未予回答，学理亦未形成通说。

实务中的分歧，由此而生。第一种做法是倾向于解除。管理人多以合同继续履行将增加债务负担为由，一律通知解除，相对人只能申报债权，其期待利益落空。这种做法的理由，是破产程序以公平清偿为宗旨，管理人不应为个别合同相对人增加负担。

第二种做法是倾向于继续。尤其在重整程序中，管理人多以维持营业、保住客户为由，全面继续履行，甚至包括那些明显亏损的合同。这种做法的理由，是重整以拯救企业为目标，营业的整体维持优先于个别债权的清偿。

第三种做法是完全依相对人的主张而定。相对人主张继续，管理人即继续；相对人主张解除，管理人即解除。这种做法，表面上是尊重意思自治，实质上是管理人放弃了自己的判断，使选择权名存实亡。三种做法并存，同案不同判，交易预期无从建立。

分歧的背后，是三个层面的认识不清。主体层面，选择权究竟属于谁，管理人的决定是否须经债权人会议或者法院的审查，缺乏体系化的权限分配。条件层面，继续履行须具备何种实质要件，是否须考量相对人的履约能力与合同的经济性，条文未设标准，裁判缺乏抓手。保护层面，相对人在选择权面前处于被动地位，其催告权、担保请求权、损害赔偿请求权的性质与顺位，把握不一。

本文的任务，即在既有规范的基础上，为这三个层面提供一套可操作的解释方案。文章先界定待履行合同的范围，再讨论选择权的主体与性质，继而构造继续履行的实质条件，然后处理相对人的保护机制，最后讨论与相关制度的衔接。方法上，以教义学解释为主，辅以类型化与比较法的参照；立场上，以破产财团增益原则为价值基点，兼顾相对人

的信赖保护。

二、待履行合同的界定及其类型

适用第十八条的前提，是合同属于债务人与相对人均未履行完毕的待履行合同。这一界定，看似只是事实判断，实则包含着重大的价值选择。若界定过宽，将大量合同纳入选择权的范围，相对人的地位将因债务人破产而突然变得不确定；若界定过窄，又将使管理人对那些实际上已经无法履行的合同无权处理，破产程序难以推进。

通行的判断标准，是双方均未履行完毕。所谓未履行完毕，不是指双方均未开始履行，而是指双方的主给付义务均未全部履行。一方已全部履行，另一方未履行的，不属于待履行合同，而属于单方未履行的合同。此时，已履行的一方享有请求权，可以申报债权；未履行的一方，管理人不得再要求其履行，相对人亦不得要求继续履行。

问题在于，多数合同并非一次给付，而是持续给付或者分期给付。租赁合同，出租人已经交付房屋，承租人已支付部分租金，租期尚未届满，此时双方的义务均未履行完毕，属于典型的待履行合同。买卖合同，出卖人已交付部分货物，买受人已支付部分价款，亦同。建设工程合同，承包人已完成的工程量部分交付，发包人已支付部分工程款，亦然。

另一种复杂情形，是一方的义务已经履行，但附有瑕疵。例如出卖人交付的货物存在质量瑕疵，买受人尚未支付价款。此时，出卖人的交付义务是否已经履行完毕，取决于瑕疵的性质与程度。若瑕疵轻微，可以通过修理、更换补正，则出卖人的义务尚未履行完毕；若瑕疵重大，构成根本违约，买受人已可解除合同，则合同已进入解除的轨道，不再属于待履行合同。

还有一类合同，其履行具有人身属性，不得由他人代替。例如委托合同、行纪合同、以特定技能为内容的服务合同。这类合同，即便双方均未履行完毕，管理人也不能决定继续履行，因为继续履行将违背合同的人身信赖基础。此时，应当适用委托合同终止的规则，合同因破产而终止，相对人只能主张损害赔偿。

从类型上看，待履行合同可以分为三类。第一类是继续性合同，如租赁、供用电、供用水、技术服务、长期供货。这类合同的特点是给付持续进行，履行状态随时间推移而不断变化，管理人的选择须考虑时间因素。第二类是一时性合同但分期履行，如分期付款买卖、分期交货买卖。这类合同的特点是给付总量确定，但分期进行，管理人的选择须考虑已履行部分与未履行部分的比例。

第三类是框架合同下的个别订单。框架合同约定了交易的基本条件，个别订单是具体的履行行为。此时，待履行的究竟是框架合同还是个别订单，实务中有争议。本文认为，应当以个别订单为单位判断。框架合同本身只是交易的框架，其履行依赖于个别订单的发出；破产受理后，管理人不再发出新订单，框架合同事实上停止，已经发出但尚未履行的订单，属于待履行合同。

与待履行合同相邻的，是尚未生效的合同与已经解除的合同。附条件生效的合同，条件尚未成就的，合同尚未生效，管理人不享有选择权，相对人亦不得要求履行，只能就缔约过失主张赔偿。已经解除的合同，双方互负返还义务，属于返还之债，不属于待履行合同；但因解除产生的损害赔偿，仍应按债权申报处理。

需要特别讨论的，是所有权保留买卖。出卖人保留所有权，买受人尚未付清价款，此时双方的义务均未履行完毕。买受人破产的，出卖人能否取回标的物，与管理人能否选择继续履行，是两个不同的问题。若管理人选择继续履行，则买受人应支付剩余价款，出卖人应转移所有权；若管理人选择解除，则出卖人取回标的物，买受人已支付的价款作为普通债权申报。民法典第六百四十二条与第六百四十三条，为此提供了规范基础。

另一种需要讨论的，是融资租赁合同。出租人已支付购买价款，承租人占有使用租赁物并分期支付租金，此时双方义务均未履行完毕。承租人破产的，管理人可以选择继续履行，支付剩余租金并最终取得租赁物所有权；也可以选择解除，返还租赁物。前一种选择，实质上是以破产财团承担了融资成本；后一种选择，则使出租人取回租赁物，其未获清偿的租金作为普通债权。

从比较法上看，待履行合同的界定，各国做法并不一致。有的国家以双方均未履行为标准，有的国家以合同对破产财团构成负担为标准，有的国家则以管理人是否承认为标准。前一种标准，注重形式；后两种标准，注重实质。本文认为，我国既已采形式标准，就应当严格贯彻，不宜在个案中任意扩张或者限缩，否则将使相对人的预期无从建立。

三、选择权的性质与行使主体

选择权的性质，学理上有三种学说。第一种是形成权说，认为管理人的决定一经作出，即改变法律关系，无须相对人同意。第二种是代理权说，认为管理人代行债务人的合同权利，其效果归属于债务人。第三种是处分权说，认为选择权是对破产财团财产的处分，属于管理人的固有权限。三种学说，各有侧重，但均未完整揭示选择权的构造。

本文倾向于形成权说，但须作两点补充。其一，选择权是法定的形成权，其内容与行使方式由法律直接规定，不取决于当事人的约定。合同中的禁止解除条款、继续履行条款，原则上不能排除管理人的选择权，因为破产程序中的权利配置，属于强制性规范。其二，选择权是附条件的形成权，其行使以破产财团增益为实质界限，超出这一界限的行使，构成权利滥用。

从权利结构上看，选择权包含两个层次。第一个层次是决定权，即决定继续履行还是解除。这是选择权的核心，属于管理人的固有权限，无须债权人会议授权。第二个层次是执行权，即具体实施继续履行或者解除的行为，包括通知相对人、协商变更条件、处理善后事宜。这一层次的行为，须受债权人会议与债权人委员会的监督。

选择权的主体，是管理人。这一点，条文表述明确。但在重整程序中，债务人在管理

人监督下自行管理财产和营业事务的，选择权由谁行使，则不无疑问。企业破产法第七十三条规定，在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人监督下自行管理财产和营业事务。此时，债务人行使管理人的职权，选择权亦应由债务人行使，但须接受管理人的监督。

监督的具体方式，应当包括三项。其一，事先报告，债务人在作出继续履行或者解除的决定之前，应当向管理人报告，说明理由与依据。其二，事中审查，管理人对决定有异议的，可以要求债务人重新考虑，或者提请人民法院决定。其三，事后追认，债务人未经报告即作出决定，管理人可以请求人民法院撤销该决定，但相对人善意信赖的，应当保护其信赖利益。

债权人会议在选择权行使中的地位，值得讨论。企业破产法第六十一条列举债权人会议的职权，其中包括决定继续或者停止债务人的营业。选择权与营业决定权，关系密切但并不重合。继续履行一份重要的供货合同，实质上就是继续某项营业；解除一份长期租赁合同，实质上就是停止某个营业场所的使用。因此，选择权的行使，在涉及营业整体的存续时，应当受债权人会议决议的约束。

本文主张，应当区分两种情形。其一，选择权的行使仅涉及个别合同，不影响营业整体的，由管理人自行决定，无须债权人会议决议。其二，选择权的行使涉及营业的继续或者停止，或者涉及重大资产的处置的，应当先经债权人会议决议。这一区分，既尊重了管理人的专业判断，又保障了债权人的知情权与决定权。

人民法院在其中的角色，是审查而非替代。管理人的决定，原则上无须法院批准；但相对人或者债权人对决定有异议的，可以请求人民法院裁决。法院的审查，限于合法性，即决定是否超越权限、是否违反法定程序、是否构成权利滥用，不涉及决定的经济合理性。这一界限，是尊重管理人商业判断的必然要求。

实务中，管理人往往以时间紧迫为由，未经任何程序即作出决定。这一做法，在个别合同的处理上或许可以理解，但在涉及重大合同时，则可能损害债权人的整体利益。本文建议，应当建立选择权的登记与备案制度：管理人在作出决定后，应当在管理人工作日志中记载决定的内容、理由与依据，并向债权人委员会备案；未备案的，不影响决定的效力，但管理人在承担赔偿责任时，不得主张已尽勤勉义务。

选择权的行使，还须遵循诚信原则。管理人在决定继续履行时，不得以明显不利于相对人的条件强加于人；在决定解除时，不得以解除为手段，迫使相对人接受不合理的让步。实践中，有的管理人要求相对人降价、延长账期、放弃违约金，作为继续履行的条件，实质上是利用破产程序的优势地位进行压价。这种行为，违背诚信原则，相对人有权拒绝，并请求按原合同继续履行或者解除合同。

四、继续履行与解除的实质条件

条文只规定了选择权的存在，未规定选择的标准。这意味着，管理人享有广泛的裁量空间。裁量的边界何在，是本文必须回答的问题。本文主张，继续履行的实质条件，应当构造为必要性、可行性与经济性三层检验；解除的实质条件，则以继续履行不能或者不经济为前提。

必要性检验，着眼于破产程序的目标。继续履行是否为实现破产程序的目标所必需，是第一个问题。在清算程序中，破产程序的目标是变价分配，继续履行只有在有助于保全或者增加破产财团价值时，才具有必要性。例如，继续履行一份尚在履行期的房屋租赁合同，可以稳定租金收入，维持房产的变价价值，具有必要性；继续履行一份明显亏损的生产合同，只会增加债务负担，不具有必要性。

可行性检验，着眼于履行的现实可能。债务人是否具备履行能力，相对人是否具备履行能力，是第二个问题。破产企业往往资信受损、人员流失、设备闲置，履行能力存疑。若管理人决定继续履行，而债务人无力履行，将导致相对人二次受损。因此，管理人在决定之前，应当评估债务人的履行能力，必要时应当要求相对人先行履行或者提供担保。

经济性检验，着眼于破产财团的净增益。继续履行是否使破产财团获得净收益，是第三个问题。这一检验，是三层检验的核心。所谓净增益，是指继续履行所带来的收益，扣除履行成本与风险之后，仍然为正。判断的方法，是将继续履行的收益与解除的收益进行比较：继续履行的收益，是合同履行完毕后破产财团所增加的价值；解除的收益，是相对人因解除而主张的损害赔偿债权在破产程序中的清偿额与取回标的物的价值之和。两者相较，取其高者。

经济性检验的具体操作，可以分解为四个步骤。第一步，计算继续履行的总收入，包括合同价款、附随收益与可能的增值。第二步，计算继续履行的总成本，包括生产成本、履行费用、税费与资金成本。第三步，计算解除的总代价，包括相对人的损害赔偿债权按清偿比例折算的数额、标的物取回后的变价价值与因解除而丧失的营业利益。第四步，比较两者，选择净收益较高者。

这一方法，说起来繁琐，实则可以简化为一条规则：继续履行只有在使普通债权的清偿比例提高时，才具有正当性。因为破产程序的目标，是使全体债权人的整体受偿最大化；若继续履行只使个别债权人受益，而使普通债权的清偿比例下降，则违背了公平清偿的原则。这一规则，可以作为经济性检验的操作标准。

管理人在决定继续履行之前，须评估相对人的履约能力与合同的履行价值，此点在重整中尤为关键，可参见破产重整期间债务人能否继续经营一文对重整营业事务处理的梳理。该文所述的管理模式，正是选择权行使的组织前提。

解除的条件，相对简单。继续履行不能，包括事实不能与法律不能。事实不能，是指债务人已丧失履行能力，或者标的物已灭失；法律不能，是指履行将违反法律的强制性规

定，或者须经批准而未获批准。继续履行不经济，是指继续履行的净收益为负，且无其他方式可以改善。两种情形，均构成解除的正当理由。

需要讨论的，是部分解除的可能性。一份长期供货合同，约定了十个年度的供货量，债务人已履行三个年度，剩余的七个年度，管理人能否只解除其中一部分。本文认为，应当允许部分解除，但须符合两个条件：其一，合同的性质允许分割，即各部分之间具有可分性；其二，部分解除不损害相对人的整体利益。若合同具有整体性，部分解除将导致对价失衡，则应当整体处理。

另一种需要讨论的，是继续履行中的变更。管理人可以与相对人协商，变更合同的价款、数量、期限、履行方式。这种变更，属于合同自由的范畴，法律并不禁止。但变更不得违反公平原则，不得利用破产程序的优势地位，迫使相对人接受明显不利的条件。变更后的合同，其效力与原合同相同，因履行产生的债务，仍属共益债务。

实务中，有的管理人采取先继续履行、后择机解除的策略，即在继续履行一段时间、稳住相对人之后，突然通知解除。这种策略，实质上是对相对人信赖利益的侵害。本文认为，管理人一旦作出继续履行的决定并通知相对人，即不得随意撤回；确需撤回的，应当赔偿相对人因信赖继续履行而支出的费用。这一规则，是诚信原则在破产程序中的具体体现。

五、选择权行使的程序限制

选择权虽为管理人的固有权限，但其行使并非不受限制。程序上的限制，至少包括四个方面：期限的限制、通知的形式、报告的义务与异议的救济。这四个方面，共同构成了选择权行使的程序框架。

期限的限制，是第十八条明确规定的內容。自破产申请受理之日起二个月内未通知相对人的，视为解除；自收到相对人催告之日起三十日内未答复的，视为解除。这两个期限，性质上属于除斥期间，不因当事人的约定而延长，也不因管理人的申请而中止。期间的起算点，前者为受理之日，后者为收到催告之日，均以客观事实为准。

期限的后果，是视为解除。所谓视为解除，是法律拟制的解除，不以管理人的意思为要件，也不以通知为要件。期限届满，合同即告解除，管理人此后再作出继续履行的决定，不发生效力。这一规则，旨在督促管理人及时行使权利，避免合同长期悬置，损害相对人的利益。

实务中，管理人在期限届满后仍继续接受相对人的履行，相对人亦继续履行，此时合同是否已经解除，存在争议。本文认为，应当认定为合同已经解除，但双方的实际履行行为，构成了新的合同关系。新的合同关系，其效力独立于原合同，因履行产生的债务，属于共益债务；原合同的解除后果，仍然发生，相对人可以就解除的损害赔偿申报债权。

通知的形式，条文未作规定。口头通知、书面通知、电子邮件、传真，均可。但考虑

到破产程序的严肃性与证据保全的需要，本文建议采书面形式，并载明决定的内容、理由与依据。通知到达相对人时生效，到达的方式，适用民法典关于意思表示到达的规定。通知一经发出，管理人不得随意撤回，但相对人尚未产生信赖的除外。

报告的义务，是管理人对债权人会议与债权人委员会的义务。企业破产法第二十三条规定，管理人应当向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。选择权的行使，属于重大事项，管理人应当及时报告。报告的内容，包括决定的内容、理由、经济性分析、相对人的反应与可能的风险。

异议的救济，是相对人与债权人的权利。相对人对解除决定有异议的，可以请求人民法院裁决；债权人对继续履行决定有异议的，可以请求债权人会议复议，或者请求人民法院裁决。法院的审查，限于合法性与程序正当性，不涉及经济合理性。这一界限，既保障了利害关系人的程序权利，又维护了管理人的判断空间。

另一个程序问题，是选择权行使与债权人会议决议的衔接。管理人在作出继续履行决定之前，若该决定涉及营业的继续或者重大资产的处置，应当先提请债权人会议决议。债权人会议未通过的，管理人不得继续履行，但可以申请人民法院裁定。法院裁定继续履行的，应当同时确定担保措施与监督方案，以保障债权人的利益。

在重整程序中，选择权的行使还须与重整计划的制定相衔接。重整计划草案中，应当载明待履行合同的处理方案：哪些合同继续履行，哪些合同解除，继续履行的条件是什么，解除的后果如何处理。重整计划经批准后，管理人的选择权即受其约束，不得再作与原计划相反的决定。这一衔接，是重整程序统一性的要求。

程序上的另一项要求，是信息披露。管理人在作出选择之前，应当向相对人披露必要的信息，包括债务人的财务状况、履行能力、破产程序的进展。相对人据此判断是否要求担保、是否同意变更。信息披露的范围，以相对人作出决策所必需者为限，涉及商业秘密的，可以保密处理。

六、相对人的保护机制

选择权制度的最大风险，是相对人的地位因债务人破产而骤然恶化。合同原本是双方意思自治的产物，双方的地位平等；破产程序启动后，选择权单方面赋予管理人，相对人只能被动接受。为平衡这一失衡，法律设置了若干保护机制：催告权、担保请求权、损害赔偿请求权。三种机制，各有其功能，也各有其局限。

催告权，是相对人主动推进程序的权利。相对人可以催告管理人在三十日内作出决定，管理人逾期未答复的，视为解除。这一权利的功能，是打破合同的悬置状态，使相对人早日摆脱不确定。催告应当以书面形式作出，载明合同的标的、履行情况与催告的意思。催告一经发出，三十日期间即开始计算。

担保请求权，是相对人最核心的保护手段。第十八条第二款规定，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。这一规定，实质上赋予了相对人一项选择权：或者要求担保并继续履行，或者拒绝并要求解除。

担保的性质，值得讨论。本文认为，这里的担保，既包括物的担保，也包括人的担保，还包括金钱担保。担保的范围，应当包括合同履行后相对人可能主张的全部债权，即主给付义务、附随义务与违约损害赔偿。担保的提供方式，可以是抵押、质押、保证，也可以是提存保证金。管理人不提供担保的，相对人即可拒绝履行，合同视为解除。

实务中，管理人对担保请求权的应对，往往消极。有的管理人以破产财产已设定担保为由，拒绝提供担保；有的管理人以担保须经债权人会议决议为由，拖延不决；有的管理人则直接表示无力提供担保，要求相对人自行承担风险。这些做法，实质上架空了担保请求权，使相对人陷入两难：继续履行则风险自担，拒绝履行则合同解除、只能申报债权。

本文主张，应当强化担保请求权的实效。其一，管理人应当在合理期限内答复，一般不超过十五日；逾期未答复的，视为拒绝提供担保，合同解除。其二，管理人拒绝提供担保的，应当说明理由，并载入管理人工作日志。其三，相对人对拒绝理由有异议的，可以请求人民法院裁决。其四，管理人无正当理由拒绝提供担保，致使相对人受损的，应当承担赔偿责任。

损害赔偿请求权，是相对人在合同解除后的救济。合同解除后，相对人可以就因解除而产生的损害申报债权。损害的范围，包括积极损害与消极损害。积极损害，是指相对人因准备履行而支出的费用、因履行而投入的成本；消极损害，是指相对人因合同不再履行而丧失的可得利益。两者相加，即为损害赔偿的总额。

损害赔偿的顺位，是实务中最易混淆的问题。企业破产法第四十二条列举了共益债务的六种情形，其中第一项是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。据此，因继续履行产生的债务，属于共益债务，随时清偿，优先于普通债权。但这里指的是继续履行所产生的债务，而非解除所产生的损害赔偿。

因解除产生的损害赔偿，性质上属于违约损害赔偿，是破产受理前已成立的合同关系因解除而转化的债权，应当按照普通债权清偿。这一点，实务中多数观点已经明确。但有一种例外情形值得讨论：相对人因信赖管理人将继续履行而支出的费用，是否可以作为共益债务。本文认为，可以，但须严格限定：其一，相对人的信赖须有正当理由，即管理人已明确表示将继续履行，或者已实际接受相对人的履行；其二，费用须为履行合同所必需，而非相对人自身的经营成本；其三，费用的支出须在管理人明确表示之后。

除上述三种机制外，相对人还享有抵销权与取回权。企业破产法第四十条规定，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。相对人因合同所负的债务，与债务人对其所负的债务，可以抵销。这一权利，在待履行合同的场合尤为重要：相对人可以以自己享有的债权，抵销因继续履行所负的债务，从而避免净额损失。

取回权，适用于相对人对标的物享有所有权或者其他物权的情形。所有权保留买卖中，出卖人可以取回标的物；融资租赁中，出租人可以取回租赁物；委托合同中，委托人可以取回委托物。取回权的行使，不受选择权的影响，但取回后相对人不得再就同一标的物主张债权。取回权与选择权的关系，是并存而非替代：管理人选择继续履行的，相对人不得取回；管理人选择解除的，相对人可以取回。

相对人保护的另一个维度，是信息的对称。相对人往往不掌握债务人的财务状况，难以判断管理人是否有能力继续履行。为此，本文建议，管理人在通知继续履行时，应当同时提供必要的财务信息，包括资产负债状况、现金流量预测、履行资金来源。相对人据此判断是否要求担保。信息提供的义务，虽未在条文中明确规定，但可以从诚信原则中推导出来。

七、与相关制度的衔接

待履行合同的选择权，并非孤立存在，它与取回权、抵销权、撤销权、别除权等制度，存在着复杂的交织关系。处理好这些关系，是选择权制度发挥功效的前提。

与撤销权的衔接，体现在两个方面。其一，破产受理前，债务人与相对人恶意串通，以明显不合理的价格订立合同，管理人可以在选择解除的同时，行使撤销权，请求返还财产。其二，破产受理后，管理人决定继续履行，实质上是对该合同的认可，相对人不得再以合同订立时的瑕疵为由，主张撤销。两种情形，前者是撤销权优先，后者是选择权优先。

与别除权的衔接，体现在担保物的处理上。若待履行合同的标的物已设定抵押，管理人决定继续履行，抵押权人的地位不受影响；管理人决定解除，抵押权人可以就标的物的变价款优先受偿。但若继续履行将导致担保物价值减损，抵押权人可以请求管理人提供替代担保，或者请求法院裁定停止继续履行。这一规则，是担保物权优先性的体现。

与抵销权的衔接，前已述及。此处补充一点：相对人主张抵销的，应当在管理人作出选择之前提出。管理人已通知继续履行的，相对人不得再以抵销为由拒绝履行；管理人已通知解除的，相对人可以就抵销后的余额申报债权。这一时限，旨在维护选择权的安定性。

与取回权的衔接，需要区分两种情形。其一，相对人是标的物的所有权人，管理人尚未选择，相对人可以取回，但取回后合同视为解除。其二，相对人已取回标的物，管理人不得再要求继续履行，但可以就相对人取回所造成的损失，主张赔偿。两种情形，前者是取回权优先，后者是取回权的后果。

与共益债务制度的衔接，是实务中争议最大的问题。因继续履行产生的债务，属于共益债务，这一点没有争议。但共益债务的范围如何界定，实践中分歧很大。本文主张，共益债务的范围，应当包括三类：其一，继续履行所产生的合同债务，包括价款、租金、利

息；其二，因继续履行而产生的从债务，包括税费、保管费、运输费；其三，因继续履行而给相对人造成的附随损害，包括因迟延履行产生的违约金。三类债务，均随时清偿，不受破产财产分配顺序的限制。

与重整制度的衔接，体现在重整计划的约束力上。重整计划经批准后，对债务人和全体债权人均有约束力。管理人在重整计划执行期间，不得再作出与重整计划相反的选择。相对人依重整计划所受的清偿，不得再以选择权为由主张变更。这一规则，是重整程序确定性的要求。

与和解制度的衔接，体现在和解协议的效力上。债务人与债权人会议达成和解协议的，和解协议对全体和解债权人有约束力。管理人在和解协议执行期间，选择权的行使，应当受和解协议的约束。相对人依和解协议所受的清偿，不得再主张恢复原状。

与执行程序的衔接，体现在破产受理后的中止执行上。破产受理后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。此时，执行程序中的待履行合同，转化为破产程序中的待履行合同，由管理人统一处理。申请执行人已支付的价款，作为普通债权申报；已交付的标的物，按取回权或者别除权处理。

八、裁判方法与立法完善

从裁判方法上看，待履行合同纠纷的审理，应当遵循三步走的思路。第一步，审查合同是否属于待履行合同，即双方的主给付义务是否均未履行完毕。第二步，审查管理人是否在法定期限内行使选择权，即是否在二个月内通知、是否在催告后三十日内答复。第三步，审查选择权的行使是否合法，即是否超越权限、是否违反程序、是否构成权利滥用。三步走完，结论自明。

第一步的审查，重点在于履行的认定。实务中，当事人往往对是否已履行完毕争执不下。法院应当结合合同的性质、履行的方式、行业的惯例，作出实质判断。已经履行部分占全部义务的比例，可以作为参考，但不能作为唯一标准。关键在于，未履行的部分是否构成合同的主要内容。

第二步的审查，重点在于期限的计算。二个月的期间，自受理之日起算，不因管理人的指定而改变。三十日的期间，自收到催告之日起算，不因管理人的内部程序而延长。期间的最后一日为法定节假日的，顺延至节假日后的第一个工作日。期间的届满，产生视为解除的效果，不以通知为要件。

第三步的审查，重点在于裁量的边界。法院不审查决定的经济合理性，但审查决定是否违反法定程序、是否超越权限、是否构成权利滥用。所谓权利滥用，是指管理人以损害相对人作为主要目的行使选择权，或者行使选择权的方式明显不当。认定的标准，是客观的，即一个理性的管理人在同样情形下是否会作出同样的决定。

从立法论上看，现行规定尚有三处可以完善。其一，明确选择权的性质与权限分配，

区分管理人自行决定的事项与须经债权人会议决议的事项。其二，细化继续履行的实质条件，将破产财团增益原则明文化，并规定经济性分析的方法。其三，完善相对人的保护机制，明确担保请求权的行使方式、管理人的答复期限与违反后果。

此外，还应当建立选择权的司法审查标准。目前，法院对管理人决定的审查，缺乏统一的标准，导致同案不同判。建议由最高人民法院通过指导性案例或者司法解释，明确审查的范围、标准与后果。审查的范围，限于合法性与程序正当性；审查的标准，是理性管理人标准；审查的后果，包括撤销决定、责令重新作出决定、赔偿损失。

从更宏观的视角看，待履行合同的选择权，折射出破产法的基本价值取向：是优先保护债权人的整体利益，还是优先保护个别交易相对人的信赖利益。我国现行法，倾向于前者，但也在逐步加强对后者的保护。这一平衡，需要随着实践的发展不断调整。在市场经济条件下，交易安全与破产效率，都是重要的价值，不能偏废。

实务中，还应当注意选择权与优化营商环境的关联。破产程序的效率，直接影响市场主体的预期。选择权行使不及时、不确定，将导致交易成本上升，投资者信心下降。因此，管理人应当在法定期限内尽快作出决定，法院应当及时处理异议，债权人会议应当积极配合。三方合力，才能形成高效的破产处理机制。

九、结语

待履行合同的选择权，是破产法中一项技术性很强、价值判断很重的制度。它连接着合同的安定与破产的效率，连接着相对人的信赖与债权人的公平。条文只有短短两款，却包含了主体、条件、程序、后果四个层面的问题。

本文的基本主张是：选择权在性质上属于管理人的法定形成权，其行使受破产财团增益原则与诚信原则的双重约束；继续履行的实质条件，应当构造为必要性、可行性与经济性三层检验；相对人的保护，应当以担保请求权为核心，辅以催告、期限限制与损害赔偿的类型化配置；因继续履行产生的债务属于共益债务，因解除产生的损害赔偿原则上按普通债权清偿，但相对人因信赖继续履行而支出的费用可以作为例外。

这些主张，未必成熟，但至少提供了一个可以讨论的框架。破产法的完善，从来不是一蹴而就的，它需要学理的积累、实务的检验与立法的回应。待履行合同的选择权，正是这样一个需要持续耕耘的领域。

一份合同，连着两家企业的生死，连着数十名职工的饭碗，连着上下游产业链的稳定。管理人在作出选择时，手中的笔，分量不轻。规则的清明，程序的正当，裁量的克制，三者兼备，选择权才能真正成为破产程序中的建设性力量，而不是压垮相对人的最后一根稻草。

参考文献

[1] [1] 《中华人民共和国企业破产法》第十八条、第六十九条。

- [2] [2] 《中华人民共和国民法典》第五百六十三条、第五百七十七条、第五百八十条。
- [3] [3] 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版。
- [4] [4] 王欣新：《破产法》（第四版），中国人民大学出版社2019年版。
- [5] [5] 李永军：《破产法：理论与规范研究》，中国政法大学出版社2013年版。
- [6] [6] 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）》，2013年。
- [7] [7] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》，人民法院出版社2020年版。