

破产程序中待履行合同的处理

选择权、继续履行与共益债务的边界

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, 债务人对外签订的合同并不随之中止。厂房仍在租用, 设备仍在维修, 货物仍在供应, 这些双方均未履行完毕的合同, 构成破产财产之外的另一类待处理事务, 其处理结果直接影响可供分配的财产规模。现行法赋予管理人一项选择权: 或者继续履行, 或者解除合同。规则看似简明, 适用却歧义丛生。其一, 待履行合同的识别缺乏统一标准, 履行进度不同的合同被同等对待; 其二, 选择权的性质与行使方式不明, 二个月期间的性质、通知的形式、沉默的后果均有争议; 其三, 继续履行的条件被简化为对债务人财产是否有利, 忽视了对对方当事人的对待给付利益与抗辩权; 其四, 解除后的损害赔偿被一律降格为普通债权, 与继续履行所生债务的共益地位形成悬殊; 其五, 共益债务的认定标准模糊, 受理前已发生的债权与受理后新生的债权常被混为一谈。本文主张: 待履行合同应以双方给付义务均未终局实现为识别标准; 选择权在性质上属于形成权, 但须受诚信原则与利益衡量的一定约束; 继续履行的条件应包括对破产财团有利、对待给付的保障与不得损害优先权人; 解除后的损害赔偿原则上为普通债权, 但在对方已提供对待给付或者合同已部分履行且不可分时应有例外; 共益债务的认定应以债务发生的原因时点而非合同订立时点为基准, 受理前已生的债权不因继续履行而升格。

关键词: 待履行合同; 管理人选择权; 继续履行; 共益债务; 破产债权

中图分类号: D922.291 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)04-0015-15

Treatment of Executory Contracts in Insolvency Proceedings

ZHAO Yue

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

Abstract: After insolvency proceedings commence, contracts concluded by the debtor do not lapse automatically. Premises remain leased, equipment remains serviced, goods continue to be supplied. Contracts unperformed by both sides form a category of pending affairs apart from the estate, and their treatment directly affects the assets available for distribution. The law confers on the administrator an option to perform or to terminate, a rule simple in appearance yet ambiguous in application. First, no uniform standard identifies an executory contract, so contracts at different stages of performance are treated alike. Second, the nature and exercise of the option are unclear: the character of the two-month period, the form of notice and the effect of silence are all contested. Third, the condition for performance is reduced to whether performance benefits the estate, ignoring the counterparty's interest in counter-performance and its defences. Fourth, damages after termination are uniformly demoted to ordinary claims, in sharp contrast with the community-debt status of debts arising from performance. Fifth, the standard for identifying community debts is vague, and pre-petition claims are often confused with post-petition ones. This article argues that an executory contract should be identified by the criterion that neither side has finally realised its performance; that the option is in nature a right of formation subject to good faith and balancing of interests; that the conditions for performance should include benefit to the estate, security for counter-performance and no prejudice to priority holders; that post-termination damages are in principle ordinary claims, with exceptions where the counterparty has already performed or where performance is partly rendered and indivisible; and that community debts should be identified by the time the debt arises rather than the time the contract was concluded, so that pre-petition claims are not upgraded by subsequent performance.

Key words: executory contract; administrator's option; continued performance; community debt; insolvency claim

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, 债务人对外签订的合同并未随之中止。厂房仍在租用, 设备仍在

维修，原料仍在供应，职工仍在上班。这些尚未履行完毕的合同，构成了破产财产之外的另一类待处理事务。它们不进入财产清单，却决定着财产清单的规模：一份长期供货合同若能继续履行，企业可能保住了客户与现金流；一份高价租赁合同若能解除，企业可能甩掉了一个沉重的包袱。

立法者为此设置了专门的规则。企业破产法第十八条赋予管理人一项选择权：自破产申请受理之日起二个月内，管理人可以决定解除或者继续履行合同，并通知对方当事人；管理人自收到对方催告之日起三十日内未答复的，视为解除；管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行，但有权要求管理人提供担保，管理人不提供担保的，视为解除。

这一条文，看似简明，适用起来却歧义丛生。二个月期间是除斥期间还是训示期间，逾期未通知是否一律视为解除，视为解除之后管理人能否反悔，通知应当采取何种形式，这些问题在实务中都曾引发争议。有的法院认为，逾期未通知即发生解除的效果，不因事后追认而改变；有的法院认为，逾期仅使对方取得解除权，是否行使由对方决定。

更深的争议，在于选择权的性质。若认为选择权是纯粹的形成权，管理人一经作出意思表示，法律关系即告确定，对方无从抗辩；若认为选择权受诚信原则与利益衡量的约束，管理人的决定须经审查，则对方当事人的地位将大不相同。两种理解，直接影响到相对人在破产程序中的处境。

继续履行的条件，同样含混。法律仅规定管理人决定继续履行，对方应当履行，却未说明管理人依据何种标准作出决定。实务中的通行做法，是以对债务人财产是否有利为准。但这一标准过于笼统：有利与不利由谁判断，判断的时点是受理时还是决定时，若继续履行损害了担保权人的利益又当如何处理，均无明确答案。

解除的后果，则呈现出明显的失衡。管理人决定解除的，对方当事人因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权，作为普通债权受偿；管理人决定继续履行的，因履行所生的债务作为共益债务，随时清偿，优先于普通债权。同样是合同相对人，仅因管理人的一念之差，受偿地位天壤之别。

共益债务的边界，因此成为争点。企业破产法第四十二条第一项规定，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，为共益债务。问题在于：对方在受理前已经履行的部分，其价款请求权是否因管理人事后的继续履行决定而升格为共益债务？受理后继续履行所产生的债务，是全部共益，还是仅新增部分共益？

本文的任务，即在现行法的框架内，为上述问题提供一套可操作的教义学方案。文章先讨论待履行合同的识别标准，再厘清选择权的性质与行使，继而确定继续履行的条件，然后分析解除的后果，接着划定共益债务的边界，最后讨论几类疑难情形与规则完善。方法上以解释论为主，辅以实践考察与比较法参照。

二、待履行合同的识别

识别是适用的前提。企业破产法第十八条所使用的表述是双方均未履行完毕的合同。这一表述包含两个要素：一是合同已经成立并生效，二是双方的给付义务均未履行完毕。前者排除无效合同、未生效合同与已经履行完毕的合同，后者则是一个程度问题。

履行完毕的判断，应以给付义务是否终局实现为准。买卖合同中的出卖人已经交付并转移所有权，买受人已经支付价款，合同即履行完毕，不属于待履行合同。若出卖人已交付而买受人未付款，或者买受人已付款而出卖人未交付，则属于一方未履行完毕，是否属于第十八条的适用范围，存在争议。

通说认为，第十八条所称双方均未履行完毕，应当理解为双方的主要给付义务均未终局实现。一方已经履行完毕、另一方尚未履行的合同，不属于待履行合同，管理人不能依第十八条解除，只能依其他规定处理。这一理解的依据，在于第十八条的立法目的：赋予管理人选择权，是为了避免破产财团被尚未履行的合同拖累，若一方已经履行，合同对财团的负担已经确定，无需选择。

这一理解在多数情形下是妥当的。若出卖人已经交付货物而买受人尚未付款，买受人的付款义务是确定的债务，管理人无从选择，只能依约付款或者承担违约责任。若买受人已经付款而出卖人尚未交付，出卖人的交付义务是确定的债务，管理人应当请求交付，交付的标的物属于破产财产，买受人的债权作为普通债权受偿。

但有两种情形需要例外处理。其一，履行已经着手而未完成。建设工程施工合同中的承包人已经完成部分工程，发包人尚未支付进度款，双方均未履行完毕，属于典型的待履行合同。其二，履行具有持续性。租赁合同、供用电合同、许可使用合同，其履行是一个持续的过程，任何时点上都处于未完成状态，属于待履行合同。

持续性合同的识别，不宜以某一时点的履行进度为准，而应以合同是否仍然存续、双方是否仍有待履行的给付为准。租赁合同中，出租人持续提供标的物的使用，承租人持续支付租金，双方义务均在持续，合同存续期间始终属于待履行合同。这一理解，与合同法上继续性合同的构造相契合。

已经履行完毕的合同，也可能因瑕疵而产生后续义务。出卖人交付的货物存在质量瑕疵，买受人可以请求修理、更换、减价或者赔偿，这些义务在破产受理时尚未履行。此时合同是否属于待履行合同？本文认为，质量瑕疵所生的责任是违约责任，不是原给付义务，不属于第十八条的适用范围，对方只能申报债权。

附条件、附期限的合同，识别上另有讲究。附生效条件的合同，条件未成就时合同尚未生效，不属于待履行合同；条件成就后，双方义务均待履行，属于待履行合同。附解除条件的合同，条件成就前合同有效，双方义务待履行，属于待履行合同；条件成就后合同失效，管理人无从选择。

框架合同与个别合同的关系，也须辨明。框架合同仅约定交易的基本条件，具体交易

由个别合同确定。若个别合同已经履行完毕，框架合同本身仍可继续，管理人可以选择继续维持框架关系；若个别合同尚未履行，则该个别合同属于待履行合同，管理人须逐一作出选择。

预约与本约的区分，同样重要。预约仅使当事人负订立本约的义务，本约尚未订立，双方的给付义务均未发生，严格而言不属于待履行合同。但预约的义务具有人身属性与信赖基础，管理人拒绝订立本约的，对方可以请求赔偿，此赔偿为普通债权。

从比较法上看，待履行合同的识别标准并不统一。美国破产法采用实质性损害标准，凡一方的不履行将构成实质性违约的合同，均属待履行合同；德国破产法采用双方均未完全履行或者未履行完毕的表述，与我国接近；日本破产法采用双方均未履行完毕的表述，并辅以案例的具体化。

三种立法例的背后，是对管理人选择权功能的不同理解。美国法强调破产财团的增益，故识别标准较宽，使管理人得以介入更多合同；德国法与日本法强调法律关系的确定性，故识别标准较严，避免管理人过度干预。我国的规定接近于德日，解释上宜从严把握，避免将本已确定的债权债务关系重新纳入选择的范围。

实务中还有一种情形值得注意：合同一方为债务人，另一方为债务人的关联企业。关联交易的条件往往偏离市场，管理人选择继续履行，可能构成对关联方的利益输送。此时识别待履行合同固然依前述标准，但在继续履行的审查上，应当适用更为严格的标准，必要时须经债权人会议或者法院许可。

识别错误会带来实体后果。将非待履行合同误认为待履行合同，管理人据此解除，将构成无权解除，对方可以请求继续履行或者赔偿；将待履行合同误认为非待履行合同，管理人未在期间内作出选择，视为解除，可能丧失了对财团有利的合同。故识别不仅是逻辑问题，更是责任问题。

综上，待履行合同的识别，应以双方主要给付义务均未终局实现为标准，兼顾继续性合同的特殊性，排除仅剩违约责任的合同、未生效的合同与已经履行完毕的合同。识别的时点为破产申请受理时，受理后新订立的合同不属于待履行合同，依其性质另行处理。

三、管理人的选择权

选择权是第十八条的核心。管理人可以选择继续履行，也可以选择解除，二者必居其一，不存在第三种可能。这一权利的设置，是为了使破产财团摆脱不利合同的束缚，同时保留有利合同的价值。其正当性，源于破产程序对全体债权人公平清偿的目标。

关于选择权的性质，学说上有形成权说、抗辩权说与选择之债说。形成权说认为，管理人的意思表示一经到达对方，合同关系即发生变动，无需对方同意，也无需法院确认。抗辩权说认为，选择权仅使管理人取得拒绝履行的抗辩，合同关系并不消灭。选择之债说认为，选择权是选择之债中的选择权，行使后债的标的确定。

本文采形成权说。理由有三：其一，第十八条明文规定管理人决定解除或者继续履行并通知对方，通知到达即生效，无需对方同意；其二，解除的效果是合同关系终止，这只能是形成权的效果；其三，最高人民法院的相关批复亦将管理人解除合同定性为单方行为，对方不服只能就损害赔偿申报债权，不能请求撤销解除。

形成权的定性，带来两个后果。其一，管理人的意思表示不得附条件、不得附期限，一经作出即生效，事后不得任意撤回。其二，相对人无抗辩余地，只能接受解除的后果，其救济限于损害赔偿。这一后果看似严苛，实则符合破产程序集体清偿的逻辑：若允许相对人抗辩，个别合同的处理将陷入无休止的争议，破产程序无法推进。

但形成权并非毫无限制。诚信原则、禁止权利滥用原则、平等原则，均对选择权的行使构成约束。管理人以明显不利于破产财团的方式行使选择权，或者以行使选择权为名行利益输送之实，债权人会议、债权人委员会或者个别债权人可以请求法院撤销。

选择权的行使期间，是二个月。自破产申请受理之日起算，管理人可以在此期间内随时作出选择。这一期间的性质，学说上有除斥期间说与训示期间说。除斥期间说认为，期间届满选择权消灭，合同视为解除；训示期间说认为，期间届满仅产生视为解除的效果，选择权本身并未消灭。

本文认为，二个月期间兼具除斥期间与推定解除的双重功能。一方面，期间届满未通知的，合同视为解除，这是法律拟制的效果；另一方面，视为解除并非不可推翻，若管理人事后明确表示继续履行且对方接受的，可以认为双方以新的合意恢复了合同关系。这一处理，既维护了法律的确定性，又保留了必要的灵活性。

催告程序，是对管理人的另一重约束。自收到对方催告之日起三十日内未答复的，视为解除。催告的意义，在于使相对人得以主动推动程序的进展，避免因管理人的拖延而使自己长期处于不确定状态。催告应当以书面形式作出，内容应当明确要求管理人在三十日内答复。

视为解除的效果，与明示解除是否相同？通说认为相同，合同关系溯及地或者在解除时终止，相对人的损害赔偿请求权作为普通债权申报。但二者的区别在于举证责任：明示解除由管理人举证证明通知已到达，视为解除由相对人举证证明催告已到达且三十日内未获答复。

通知的形式，法律未作限定。书面通知、电子送达、公告送达，均可发生效力。但涉及重大合同的解除，宜采书面形式并留存送达凭证，以免日后争议。实务中，管理人常在报纸上刊登解除公告，此种方式对不知下落的相对人有效，但对已知相对人仍应个别通知。

选择权的归属，原则上属于管理人。但在重整程序中，债务人在管理人的监督下自行管理财产和营业事务的，选择权由债务人行使。此时债务人的选择须经管理人同意，管理人不同意的，可以请求法院裁决。这一安排，兼顾了重整企业的经营自主与债权人的利益

保护。

选择权的行使，是否需要经过债权人会议或者债权人委员会？法律未作规定。实务中的做法不一：有的管理人自行决定，事后报告；有的管理人提请债权人会议表决；有的管理人报请法院许可。本文认为，应当区分合同的重要性：对破产财团有重大影响的合同，应当经债权人会议或者债权人委员会同意；一般合同，管理人可自行决定。

选择权的行使，还须考虑合同的性质。涉及人身信任的合同，如委托合同、行纪合同，管理人不得强制对方继续履行；涉及公共利益合同，如供水、供电、供气合同，管理人解除将影响公共利益，应当受到限制；涉及职工权益的合同，如劳动合同，其处理适用特别规则，不适用第十八条。

选择权的竞合，也值得讨论。同一相对人与债务人订立数份合同，管理人对其中一份选择解除，对另一份选择继续履行，是否允许？本文认为允许，但若数份合同构成一个整体交易，则应当整体处理，避免割裂当事人的交易安排。判断的标准，是合同之间是否具有相互依存关系。

选择权的滥用，须有救济。管理人与关联方串通，以低价继续履行高价合同，损害债权人利益的，债权人可以请求撤销该行为，并追究管理人的赔偿责任。管理人怠于行使选择权，致使财团损失的，同样应当承担赔偿责任。责任的追究，是选择权正当行使的保障。

从比较法上看，管理人的选择权普遍受到期间的限制。美国破产法规定，管理人在重整计划提出前或者法院许可的期限内应当作出决定，逾期视为拒绝；德国破产法规定，管理人在对方催告后应当及时答复，未答复视为拒绝；日本破产法规定，管理人在法院确定的期限内未明确表示的，视为解除。

我国的二个月期间，在比较法上属于中等偏短。期间过短，管理人来不及评估合同的价值，可能作出错误的决定；期间过长，相对人长期处于不确定状态，交易安全受损。折中的做法，是允许管理人在期间届满前申请延长，由法院根据案件的复杂程度决定是否准许。

四、继续履行的条件

管理人决定继续履行，意味着破产财团将承担合同义务。这一决定不能任意作出，须符合一定的条件。法律虽未明定条件，解释上应当包含三项：对破产财团有利、对待给付有保障、不损害优先权人的利益。三项条件，分别对应效率、公平与秩序。

对破产财团有利，是首要条件。有利的判断，应当以继续履行所增加的财产与所承担的义务相比较。若合同约定的价款高于市场价，继续履行将使财团负担过重，不应继续；若合同约定的价款低于市场价，继续履行将使财团获得利益，应当继续。判断的时点为决定时，而非受理时。

有利的判断，还须考虑履行的可行性。合同虽有利，但债务人已无履行能力，继续履行将导致违约，反而增加财团的负担。此时管理人不应选择继续履行，而应选择解除。可行性的判断，涉及资金、技术、人员、资质等多方面因素，管理人应当充分调查。

对待给付有保障，是第二项条件。管理人选择继续履行，对方应当履行，但对方有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除。这一规定，体现了对相对人的保护：破产企业的信用已经受损，若不能提供担保，相对人将面临履行后无法获得对待给付的风险。

担保的形式，法律未作限定。现金担保、物的担保、第三人保证、信用证，均可。担保的数额，应当与对待给付相当。实务中，管理人多以共益债务的优先性作为担保，认为共益债务随时清偿，足以保障相对人。本文认为，此种做法不妥：共益债务的清偿以破产财产足以支付为前提，若财产不足，共益债务同样无法全额清偿。

不损害优先权人的利益，是第三项条件。继续履行所生的债务为共益债务，优先于普通债权，甚至优先于担保物权所担保的债权受偿。若继续履行将使破产财产减少，从而损害担保权人的利益，管理人不应选择继续履行，除非征得担保权人的同意。

三项条件之间，存在紧张关系。对财团有利的合同，可能损害优先权人的利益；对待给付有保障的合同，可能对财团不利。管理人须在三者之间寻求平衡。平衡的标准，是整体利益的最大化：若继续履行使财团净增，且不损害优先权人的核心利益，即可认为符合条件。

继续履行的范围，是全部还是部分？合同约定分批履行的，管理人可以仅就其中一批选择继续履行，其余的解除。此种部分继续，须经对方同意，且不得损害对方的整体利益。若合同的性质决定其不可分割，则只能整体继续或者整体解除。

继续履行的时间，从何时起算？通说认为，从管理人作出继续履行的意思表示时起，双方恢复履行。受理后至决定前，合同处于中止状态，双方均无履行的义务。若一方在此期间已经履行，其履行构成不当得利或者无因管理，依其性质处理。

继续履行决定作出后，管理人能否反悔？本文认为，原则上不得反悔。继续履行的决定一经作出并通知对方，即发生效力，管理人不得单方撤回。但若发生情势变更，继续履行将严重损害破产财团的利益，管理人可以请求法院解除合同，并赔偿对方因此受到的损失。

对方在继续履行中的抗辩权，值得讨论。管理人决定继续履行后，对方是否仍可主张同时履行抗辩、先履行抗辩、不安抗辩？本文认为，同时履行抗辩与先履行抗辩仍然适用，因为双方的给付互为对待；不安抗辩亦应适用，因为破产企业的履约能力已经削弱。

但抗辩权的行使，不得违反破产程序的集体清偿原则。对方以抗辩权为由拒绝履行，管理人可以选择解除合同，或者请求法院强制履行。若对方的抗辩成立，管理人应当先履行自己的义务或者提供担保，不得强求对方先履行。

继续履行中的抵销权，也须处理。对方对债务人负有债务的，能否以之抵销继续履行所生的债权？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。受理后因继续履行所生的债务，不属于抵销的范围，对方不得主张抵销。

继续履行的公示，具有意义。管理人决定继续履行重大合同的，应当在破产程序的信息平台公示，使债权人知悉。公示的意义，在于使债权人得以监督，防止管理人暗中输送利益。公示的内容，应当包括合同的相对人、标的、金额、履行的期限。

继续履行与重整的关系，须辨明。重整程序中，继续履行是维持营业价值的重要手段。管理人在决定继续履行时，应当考虑重整计划的需要：若合同对重整后的经营至关重要，即使短期不利，也可以继续履行；若合同与重整方向不符，则应当解除。

继续履行与和解的关系，同样如此。和解协议生效后，债务人恢复对财产的管理与处分，待履行合同的处理由债务人负责。此时管理人已退出，选择权由债务人行使，但债务人的选择须受和解协议的约束，不得损害债权人的利益。

五、拒绝履行的后果

管理人决定解除合同，或者因期间届满、催告未答复而视为解除的，合同关系终止。终止的后果，包括恢复原状、赔偿损失、返还给付。这三项后果在破产程序中的处理，各有其特殊性。

恢复原状，在继续性合同中难以适用。租赁合同解除后，承租人应当返还租赁物，出租人应当返还押金；建设工程施工合同解除后，承包人应当交付已完工程，发包人应当支付相应价款。这些返还义务，在破产程序中如何定性，是实务中的难点。

本文认为，解除后的返还请求权，应当区分情形。对方应当返还债务人的财产，属于取回权的范畴，管理人可以请求返还；债务人应当返还对方的财产，属于共益债务或者普通债权，视财产是否已经混同、是否增值而定。若财产仍然特定，对方可以取回；若已经混同或者处分，对方只能申报债权。

赔偿损失，是解除的主要后果。企业破产法第五十三条规定，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。这一规定，将损害赔偿一律定性为普通债权，其立法意图是避免共益债务的膨胀，保障破产程序的顺利进行。

这一规定在多数情形下是妥当的。相对人因合同解除而丧失的履行利益，属于破产程序中的普通债权，与其他无担保债权平等受偿，符合公平清偿的原则。但一律降格为普通债权，在某些情形下会产生不当后果，须设例外。

第一种例外，是对方已经全部或者部分履行，且履行利益已经归属于破产财产。此时若仍将损害赔偿作为普通债权，等于破产财产无偿取得了对方的给付，违背公平。本文主

张，此种情形下对方的返还请求权或者价款请求权，应当作为共益债务，优先受偿。

第二种例外，是合同解除前管理人已经请求对方履行。管理人请求履行后又解除合同，对方因信赖管理人的请求而支出了费用或者放弃了其他交易机会，其损失应当作为共益债务。理由在于，该损失是因管理人的行为直接引起的，属于破产财团应当承担的成本。

第三种例外，是合同的性质决定其不可分割。建设工程施工合同、承揽合同，其履行是一个连续的过程，已完工程的价值已经附着于破产财产之上。此时承包人的价款请求权，应当就已完成部分作为共益债务，未完成部分的损失作为普通债权。

损害赔偿的范围，依合同法的一般规则确定，包括履行利益与信赖利益。但在破产程序中，履行利益的计算应当考虑破产企业的实际情况：若企业已经资不抵债，履行利益的赔偿将加重其他债权人的负担，故应当适当限制。实务中，多按合同约定的违约金或者定金条款计算，避免过度赔偿。

违约金过高的，可以调整。相对人申报的违约金明显高于实际损失的，管理人或者债权人可以请求法院酌减。酌减的标准，参照民法典第五百八十五条的规定，以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等因素。

定金罚则的适用，须谨慎。给付定金的一方破产，无权请求返还定金；收受定金的一方破产，应当双倍返还定金。但双倍返还的部分，是违约责任的承担，属于普通债权，不享有优先性。若定金已经混同于破产财产，对方只能申报债权。

解除权的行使，是否受期间限制？管理人的解除权，受第十八条二个月期间的限制。相对人的解除权，依合同法的一般规定行使，但须在破产程序中主张。相对人主张解除的，应当通知管理人，管理人无异议的，合同解除；有异议的，由法院裁决。

解除与撤销的区分，须辨明。解除是针对待履行合同的解除，撤销是针对已经生效的法律行为的否定。管理人对债务人于破产受理前一年内无偿转让财产、以明显不合理价格交易等行为，可以依第三十一条、第三十二条行使撤销权。二者性质不同，适用条件不同，不得混淆。

解除后的税务处理，也须考虑。合同解除后，已经开具发票的，应当红冲；已经缴纳的税款，可以申请退还。这些税务事项的处理，不影响民事权利的认定，但影响破产财产的实际数额，管理人应当及时办理。

解除的通知，应当明确具体。通知中应当载明解除的依据、解除的时间、后续处理的安排。若通知仅表示解除而未说明理由，对方可以请求补充说明。通知到达对方时生效，到达的时间以对方签收或者公告发布之日为准。

解除的后果，可否通过约定排除？当事人在合同中约定，一方破产时另一方有权解除或者合同自动终止的，该约定有效。此类条款称为破产约定条款，其效力在比较法上有争议。我国实务中多承认其效力，但若条款显失公平，可以撤销。

六、共益债务的边界

共益债务是破产程序中优先清偿的债务。企业破产法第四十二条规定了六类共益债务，第一类即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。这一规定，是理解待履行合同处理后果的关键。

在破产费用与共益债务的区分上，实务中的具体做法可参见破产费用与共益债务的清偿规则一文的梳理，本文不再重复其细节，只就其边界展开。

共益债务的正当性，在于其使全体债权人受益。管理人请求对方履行合同，是为了维持营业、保全财产价值，其效果及于全体债权人，故其成本应当由全体债权人共同承担，优先于普通债权受偿。这一逻辑，与无因管理、不当得利的返还请求权的优先性相通。

问题在于，共益债务的范围如何划定。若将合同项下的全部债务都认定为共益债务，则相对人在受理前已经产生的债权也将优先受偿，这等于使个别债权人获得了优先地位，违背公平清偿的原则。若仅将受理后新生的债务认定为共益债务，则相对人的对待给付可能被割裂，履行的意愿降低。

本文主张，共益债务的认定应以债务发生的原因时点为基准。所谓原因时点，是指该项债务的发生原因（即管理人的请求行为与对方的履行行为）发生于破产受理之后。受理前已经发生的债权，其发生原因在受理前，不因管理人后续的继续履行决定而改变性质。

据此，合同项下的债务应当分割为两部分。受理前对方已经履行而债务人未履行的部分，其价款请求权是受理前的债权，属于普通债权；受理后管理人请求对方继续履行，对方据此履行所生的价款请求权，是受理后的债权，属于共益债务。两部分分别定性，分别清偿。

这一分割的难点，在于合同价款的整体性。合同约定总价一千万，对方已履行六成，受理后继续履行四成，价款如何分割？本文认为，应当按照履行的比例分割：已履行部分对应六百万，作为普通债权；继续履行部分对应四百万，作为共益债务。若合同约定的是整体价格而无法按比例分割，则由管理人与对方协商，协商不成的，由法院裁决。

分割说的实践意义，在于避免相对人因继续履行而获得超额利益。若采一体说，相对人的全部价款请求权均升格为共益债务，其受偿率可能远高于其他债权人，这与破产程序的公平原则相悖。分割说使相对人的受偿地位与其履行的时点相对应，更为合理。

但对分割说也有批评。批评者认为，分割说使相对人承担了破产风险的很大一部分，其在受理前已经履行的部分只能作为普通债权受偿，受偿率可能极低，这将打击相对人继续履行的意愿，不利于营业的维持。这一批评有其道理，但不足以否定分割说。

回应这一批评，可以从两方面着手。其一，相对人在受理前已经履行的部分，若符合取回权的条件，可以取回标的物，不必作为普通债权受偿。其二，管理人在请求继续履行时，应当提供担保，担保的范围包括受理前的债权，以此换取相对人的继续履行。

共益债务的清偿顺序，须明确。企业破产法第四十三条规定，破产费用和共益债务由

债务人财产随时清偿；债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用；不足以清偿破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。这一规定，确立了破产费用优先于共益债务、共益债务优先于普通债权的顺序。

共益债务与担保物权的顺位，是争议的焦点。担保物权人可就担保物优先受偿，共益债务则就债务人财产随时清偿。若债务人财产不足以清偿共益债务，而担保物价值充裕，共益债务能否就担保物受偿？本文认为，原则上不能。担保物权的优先性，是物权法定原则的体现，不因共益债务的存在而改变。

但有两种例外。其一，共益债务是为保全担保物而发生的，如担保物的保管费、修缮费、保险费，此类费用构成对担保物的必要支出，可以从担保物的变价款中优先扣除。其二，共益债务是为担保权人的共同利益而发生的，如担保物的处置费用，同样可以从变价款中扣除。

共益债务的申报，是否需要？共益债务不参与债权申报，由管理人主动清偿。但相对人应当向管理人主张，管理人不予确认的，相对人可以向法院提起诉讼。诉讼的性质，是给付之诉，不是债权确认之诉，因为共益债务不依赖债权表的确认。

共益债务的错误认定，须有救济。管理人将普通债权误认为共益债务，优先清偿的，债权人可以请求撤销该清偿行为，追回财产。管理人将共益债务误认为普通债权，不予清偿的，相对人可以提起诉讼，请求确认并清偿。救济的途径，是破产程序中的异议与诉讼。

从比较法上看，共益债务的范围宽窄不一。美国破产法将管理费用限定为破产财团的实际必要费用，范围较窄；德国破产法将共益债务分为财团债务与财团负担两类，范围较宽；日本破产法将共益债权分为六类，与我国接近。我国的规定，属于中等偏宽。

范围偏宽的好处，是保障了交易相对人的信心，有利于债务人在破产程序中继续经营；坏处是共益债务的膨胀可能侵蚀普通债权人的受偿基础。权衡之下，本文主张维持现有的范围，但通过严格的认定标准控制其适用：只有真正使全体债权人受益的债务，才能认定为共益债务。

受益的判断，应当采直接标准。所谓直接，是指该债务的发生直接使破产财产增加或者避免减少。管理人为维持营业而支付的工资、租金、水电费，属于直接受益；管理人为处理破产事务而支出的差旅费、评估费，属于破产费用，不属于共益债务。二者的区分，在于是否与营业的维持直接相关。

间接受益的情形，应当排除。管理人为债务人的关联企业垫付货款，虽可能间接有利于债务人的商誉，但不构成对破产财产的直接增益，不应认定为共益债务。这一界限的把握，是防止共益债务被滥用的关键。

七、几类疑难情形

租赁合同的处理，是实务中最常见的情形。承租人破产，管理人决定继续履行租赁合同的，租金作为共益债务；决定解除的，出租人可以取回租赁物，并申报因解除所生的损害赔偿。出租人破产，管理人决定继续履行的，应当保障承租人的使用；决定解除的，承租人应当返还租赁物，并申报损失。

买卖不破租赁的规则，在破产程序中如何适用？破产受理前已经成立的租赁关系，破产受理后债务人出售租赁物的，承租人仍可依买卖不破租赁的规则继续承租。但若管理人依第十八条解除租赁合同，则租赁关系终止，买受人不受租赁的约束。二者的区别，在于解除权的行使。

劳动合同的处理，不适用第十八条。企业破产法第四十八条规定，债务人所欠职工的工资、医疗伤残补助、抚恤费用等，不必申报，由管理人调查后列出清单并公示。劳动合同的解除，依劳动合同法的规定处理，经济补偿金作为职工债权优先受偿，不适用待履行合同的选择规则。

建设工程施工合同的处理，涉及多方利益。发包人破产，管理人决定继续履行的，承包人应当继续施工，工程款作为共益债务；决定解除的，承包人可以就已完成部分主张价款，并就工程价款行使优先受偿权。承包人的优先受偿权，优先于抵押权与其他债权。

实际施工人的地位，须特别考虑。转包、违法分包中的实际施工人，虽然不是合同的当事人，但依司法解释可以突破合同相对性向发包人主张权利。破产程序中，实际施工人的请求权如何定性？本文认为，其性质取决于发包人是否欠付工程款：欠付的部分，实际施工人可以主张，但不得优先于承包人的其他债权人。

供用电、水、气、热合同的处理，涉及公共利益。管理人不得以破产为由拒绝支付欠费而中断供应，供电企业也不得以债务人破产为由停止供应。此类合同的继续履行，属于共益债务，应当优先保障。若管理人决定解除，须经有关部门同意，并安排替代供应。

知识产权许可合同的处理，具有特殊性。许可人破产，被许可人可以依第十八条要求继续履行，许可费作为共益债务；若管理人解除，被许可人只能申报损害赔偿。但若许可已经登记，被许可人的权利具有对世性，管理人的解除不得对抗被许可人。

技术秘密许可的处理，更为复杂。技术秘密不具有登记公示的外观，被许可人的地位较弱。管理人解除许可合同后，被许可人不得继续使用技术秘密，其已支付的使用费可以作为共益债务或者普通债权主张。若被许可人已经将技术秘密用于生产，管理人可以请求停止使用并赔偿损失。

特许经营合同的处理，须兼顾品牌与网点。特许人破产，被许可人（加盟商）可以要求继续履行，许可费作为共益债务；若管理人解除，加盟商可以拆除招牌、停止使用品牌，并申报损失。被许可人破产，特许人可以解除合同，收回品牌使用权，并申报损失。

金融衍生品交易的处理，适用终止净额结算规则。一方破产时，另一方有权终止全部

未到期交易，计算净额，主张抵销。这一规则，突破了第十八条的选择权，属于特别规定。其正当性，在于防范系统性风险，避免因破产导致连锁违约。

保理合同的处理，涉及应收账款。应收账款债务人破产，保理人可以就应收账款主张权利；保理人破产，应收账款债务人可以向保理人履行，也可以向原债权人履行，视通知的情况而定。管理人选择继续履行保理合同的，保理融资款作为共益债务。

以物抵债协议的处理，须区分协议的性质。若以物抵债协议是债务清偿的方式，则属于新债清偿，原债务不消灭，管理人可以主张原债务；若以物抵债协议是债的更改，则原债务消灭，管理人只能依新协议处理。破产受理前订立的以物抵债协议，若尚未履行，管理人可以解除。

股权转让合同的处理，涉及股东资格。转让方破产，管理人决定继续履行的，受让方应当支付价款，股权变更登记；决定解除的，受让方可以申报损失。受让方破产，转让方可以解除合同，收回股权，但不得损害其他股东的优先购买权。

农村土地经营权流转合同的处理，须考虑政策约束。土地经营权入股合作社或者企业，该企业破产的，土地经营权能否作为破产财产？本文认为，土地经营权具有社会保障功能，其处置须经发包方同意，且不得改变土地的农业用途。管理人可以继续履行流转合同，也可以解除，但解除后的土地应当复耕。

八、规则完善与程序保障

从立法论上看，现行规定有三处可以完善。其一，明确待履行合同的识别标准，将双方主要给付义务均未终局实现作为唯一的判断依据，并列举继续性合同、附条件合同的处理规则。其二，明确选择权的性质与行使方式，规定通知的形式、期间的性质、视为解除的效果。

其三，明确共益债务的认定标准，规定以债务发生的原因时点为基准，受理前已生的债权不因继续履行而升格，同时列举可以认定为共益债务的例外情形。这一修改，可以使实务中的分歧得到统一。

程序保障方面，须建立三项机制。第一项是信息披露机制，管理人作出继续履行或者解除的决定，应当在破产程序的信息平台公示，说明理由，接受债权人监督。第二项是异议机制，相对人或者债权人对管理人的决定有异议的，可以向法院提出，法院应当及时裁决。

第三项是责任机制。管理人怠于行使选择权、滥用选择权、与相对人串通损害债权人利益的，应当承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。责任的明确，是选择权正当行使的保障。

从比较法上看，各国对管理人选择权的规制方式不同。美国法通过法院的事前审查控制选择权的行使，管理人须经法院许可才能拒绝履行；德国法通过债权人委员会的监督控

制，管理人须向债权人委员会报告；日本法通过期间的限制控制，逾期未决定视为放弃。

三种方式各有优劣。事前审查的优点是审慎，缺点是效率低；监督报告的优点是灵活，缺点是约束弱；期间限制的优点是简便，缺点是粗放。我国可以采混合模式：重大合同事前报告，一般合同事后备案，所有决定均受期间约束。

从经济分析的角度看，选择权的行使是一个成本收益的比较。继续履行的收益，是合同的价值；成本，是履行的支出与共益债务的负担。解除的收益，是免于履行的负担；成本，是损害赔偿与营业中断的损失。管理人应当在两者之间选择净收益较大者。

这一分析框架，对实务有指导意义。管理人在决定时，应当编制合同的价值评估表，列明继续履行与解除两种方案的现金流、风险与时间成本，作为决策的依据。评估表应当存档，供债权人与法院查阅。

从体系解释的角度看，第十八条与第四十二条、第五十三条构成一个整体：第十八条赋予选择权，第四十二条确定继续履行的后果，第五十三条确定解除的后果。三条环环相扣，缺一不可。解释时应当整体把握，避免割裂。

与民法典的衔接，也须注意。民法典关于合同解除的一般规定，适用于破产程序中的合同解除，但破产法有特别规定的，优先适用。例如，民法典规定解除权应当在合理期限内行使，破产法规定二个月的期间，后者优先。

与民事诉讼法的衔接，同样重要。破产程序中的合同纠纷，由受理破产申请的法院集中管辖；当事人对管理人的决定有异议的，可以提起诉讼，诉讼的类型依争议的性质确定。管辖的集中，避免了裁判的冲突，提高了效率。

从司法政策的角度看，待履行合同的处理应当服务于破产制度的目标。破产制度的目标，已从单纯的债务清理转向企业的拯救与资源的再配置。据此，管理人在选择时，应当优先考虑营业的维持与就业的保障，而非单纯的财产变现。

这一政策取向，在重整程序中尤为明显。重整的目标是使企业重生，待履行合同的处理应当服务于这一目标：对维持营业必需的合同，即使短期不利，也应当继续履行；对与重整方向无关的合同，应当及时解除，减轻负担。

从当事人的角度看，最关心的是确定性。管理人何时作出决定，决定的内容是什么，决定的后果如何，都应当明确、及时、可预期。程序的确定性，是破产程序公信力的基础，也是吸引投资、促成重整的前提。

九、结语

一份待履行的合同，牵动着两方当事人的利益，也牵动着全体债权人的受偿。管理人的一支笔，决定了合同是继续还是终止，决定了相对人是优先受偿还是按比例受偿。这支笔的分量，远超一般的商事决策。

本文的基本主张是：待履行合同应以双方主要给付义务均未终局实现为识别标准；选

择权在性质上属于形成权，但受诚信原则与利益衡量的约束；继续履行应当满足对财团有利、对待给付有保障、不损害优先权人三项条件；解除后的损害赔偿原则上为普通债权，但在对方已履行且利益归属破产财产等情形下应有例外；共益债务的认定应以债务发生的原因时点为基准，受理前已生的债权不因继续履行而升格。

这些主张，未必周全，但至少提供了一个可以讨论的框架。框架的价值，不在于结论的正确，而在于使分歧有了共同的讨论基础。有了基础，争论才能深入，规则才能统一。

实务中，还有一个细节值得注意：管理人的通知义务。管理人决定继续履行或者解除合同，应当及时通知对方，并说明理由。通知不仅是程序要求，更是实体权利行使的证明。没有通知，选择权就没有行使，合同的效力就处于不确定状态。

通知的送达，也须规范。直接送达、邮寄送达、电子送达、公告送达，各有其适用条件。管理人应当根据相对人的情况选择适当的方式，并留存送达凭证。送达的瑕疵，可能导致选择的无效，进而引发赔偿。

最后须强调，待履行合同的处理，本质上是破产程序中各方利益的协调。管理人不是合同的当事人，而是全体债权人的受托人；其行使选择权，不是为了某一方的利益，而是为了破产财团的最大化。这一立场，是理解第十八条的关键，也是评价管理人行为的标准。

规则清晰，程序透明，监督有效，待履行合同才不致成为破产程序的堵点，债权人的期待才不致落空。破产制度的功能，也才能从纸面走向现实。

从更宏观的视角看，待履行合同的处理折射出破产法的基本理念：在债务人的困境中，如何平衡债权人的公平受偿、相对人的交易安全与社会的整体利益。这一平衡，没有一劳永逸的答案，只有在具体案件中不断调整的智慧。

司法的任务，正在于这种调整。法官在审理此类案件时，不应机械地适用条文，而应把握条文的意旨，在个案中寻求妥当的结论。条文是骨架，价值是灵魂，二者结合，裁判才有生命力。

参考文献

- [1] [1] 王卫国：《破产法精义》，法律出版社2020年版。
- [2] [2] 李永军：《破产法：理论与规范研究》，中国政法大学出版社2019年版。
- [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2021年版。
- [4] [4] 韩长印：《破产法上的待履行合同》，《法学研究》2018年第4期。
- [5] [5] 丁文联：《破产程序中的合同处理》，载《人民司法》2020年第16期。
- [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：《全国法院破产审判工作会议纪要》，2018年。
- [8] [8] 崔建远：《合同解除的疑难问题》，《法学》2019年第2期。
- [9] [9] 邹海林：《破产法上的共益债务》，载《法学研究》2017年第5期。
- [10] [10] 联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》，2019年中文版。