

论破产中尚未履行完毕的合同*

许德风

摘要 尚未履行完毕的合同在破产中的处置,有不可自由选择和可自由选择两种。不可自由选择的合同的范围,主要是出于维护交易安全和保护合同当事人的预期而划定,如委托合同、附所有权保留的买卖合同、房屋租赁合同和知识产权许可使用合同等。对可自由选择的合同,完善的破产立法一方面应规定选择权,明确其性质,另一方面也应区别不同情形对其做适当的限制,在追求破产财产最大化的同时兼顾合同债权人利益的保护。在上述各个方面,我国《破产法》均有改进的余地。

关键词 拒绝履行 解除合同 租赁合同 技术转让合同 知识产权许可合同

作者许德风,法学博士,北京大学法学院副教授。

引言

破产中尚未履行完毕的合同 (gegenseitiger Vertrag, executory contract^①),指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。^②这里的“合同”,通常指双务合同,即双方当事人互负具有对价意义的债务且双方当事人的主给付义务之间具有密切牵连关系的合同,如买卖、租赁、承揽、有偿保管、有偿委托等等。^③对于“未履行完

毕”,在美国破产法的立法资料中,认为只要合同“某种程度上尚未履行”即可。^④德国《破产法》对何为“未履行完毕”也无明确规定,原则上只要履行义务或主义务没有完全履行即可构成。以买卖合同为例,若出卖人在破产开始前将标的物交付并转移了所有权,则视为出卖人已经履行完毕,无论出卖人是否有处分权。若在买受人支付了全部价款,

本文是北京大学法学院“青年教师科研基金”资助课题“破产制度的固有本质与时代属性:破产法立法史比较研究”的阶段性研究成果。本文的写作,得益于刘远萍、曾燕斐、殷秋实的协助,特此致谢。

① 阿蒂亚在讨论“契约应当遵守”的依据时,将合同分为三类:一方已支付对价的合同;虽未履行,但已发生信赖的合同;既无履行又无对价的合同,即所谓“wholly executory”的合同。见 P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979, pp. 2-4

② 简单地讲,假如债务人在破产前购买了机器设备并先行付款,约定一周后相对人向债务人交付机器设备,在该一周的期限到来前,债务人破产,在这种情况下,破产管理人可以要求相对人履行合同,如果相对人不履行合同,破产管理人可以要求其承担违约责任;假如相对人向债务人交付了机器设备,约定一周后债务人付款,在一周期限到来前,债务人破产,此时,出卖人就成为一个普通破产债权人,只能和其他债权人一起就破产财团按比例受偿。假如债权人与债务人订立一个买卖机器设备的合同,约定一周后买受人向出卖人付款,出卖人收到货款后向买受人交付机器设备。而在双方履行义务前,买受人破产。此时,买卖双方之间的合同就是一个破产中尚未履行完毕的合同。See Baird, *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, 2001, p. 126 ff. 当然,实践中有部分履行的情形,因此更复杂一些。

③ 实践中某些尚未履行完毕的多方合同如合伙合同,在一些国家也被列在破产中未履行完毕合同制度的调整范围之内。See David G. Epstein, *Bankruptcy*, West Publishing Co., 1993, p. 231. 相比而言,德国《破产法》第 103 条特别强调是双务合同 (gegenseitiger Vertrag),因此合伙合同并不在适用范围之内。

④ 美国有学者认为指双方 (或多方) 合同项下的义务均未履行,并且一方的不履行构成免除对方对待履行义务的实质违约 (material breach),以至于合同对方当事人可以此为由拒绝履行其合同义务。按照该定义,那些一方已完全履行的合同,或未完成履行但尚未履行的那一部分并未构成对方拒绝履行抗辩依据的合同,不属于破产中未完全履行的合同。Countryman, “Executory Contracts in Bankruptcy (Part I)”, 57 *Minn. L. Rev.* (1973), p. 439, p. 460.

其义务也视为履行完毕。^⑤

如何处理待履行合同是破产法的重要课题。^⑥无论是重整还是清算,都往往需要在一定时间内继续企业的生产经营。一方面,若企业的正常运转因破产程序而停止或中断,将极大地降低重整或以整体变卖方式清算的成功率;另一方面,即使不进行重整或整体变现,在企业破产时,往往也还要清理积压存货,将原料或半成品加工完毕,这都需要在原有合同的框架下完成。

我国《破产法》第18条规定了相关规则。该条分为两款,第1款规定破产管理人接受或解除

有选择权,第2款为该选择权设定了期限并规定了对方当事人催告权。^⑦第41条第1项同时规定,在破产管理人选择继续履行合同后,合同相对人所享有的债权属于共益债权而不是普通破产债权。以下分析表明,我国的规定过于简化,存在严重不当。从其他国家的破产立法看,除了构成要件清晰,法律后果明确的一般规则外,通常还会以专门对房屋租赁、劳动、委托、专利许可使用、特许经营、期权期货等合同做出额外规定,限制破产管理人的选择权。以下详述之。

一、破产管理人或债务人的选择权

允许破产管理人或债务人对双方均未履行完毕的合同在继续履行和解除(或拒绝履行)之间进行自由选择,是破产中尚未履行合同制度的一般性规则,但选择权的性质如何界定,颇值探讨,以下先加以说明,然后再讨论具体的选择权规范。

(一) 选择权的法律性质

我国《破产法》只规定了破产管理人解除或要求继续履行的选择,并未进一步明确该选择权的性质。基于何种理由规定破产管理人在破产程序开始后就当然取得了解除权?《合同法》第94条规定的法定解除权仅限于特定的情形,《破产法》通过特别规定加以超越是否妥当?

在美国现行《破产法》(1978)制定前,对此问题曾有三种见解:其一,认为破产中尚未履行的合同就是破产财团中的财产(property of the estate),

破产管理人有权自由选择或放弃。^⑧该理论忽略了破产债务人在拒绝履行合同时所可能承担的违约损害赔偿责任。^⑨其二,认为破产程序的开始导致债务人自动违约(automatic breach),破产管理人选择继续履行才可消除(cure)违约,若拒绝则该违约状态继续维持。^⑩该理论强制规定违约这一效果,失于过分拟制。实际上,在破产程序开始时,债务人或破产管理人并未必处于违约的状态。其三,认为破产财团是一个新的“实体”(new entity)而不是原合同的当事人,因此破产管理人有权自由选择继续或拒绝履行。^⑪该理论错误地将破产财团拟制为法律主体并割裂了破产财团和原债务人的关联。当前的主流理论认为,破产程序的开始并不对合同的存续发生影响,破产管理人要求继续履行或主张拒绝履行不过是在行使其在破产法外本来就享有的

^⑤ 在不动产转让中,必须要将买受人登记为所有权人才视为该不动产转让合同履行完毕,如果没有进行登记,即使买受人已经支付了价款并占有了有关的不动产,仍不构成履行(如果破产管理人选择拒绝履行买卖合同,并且其尚未取得所有权,则其应根据德国《破产法》第55条第1款第3项关于破产开始后取得的不当得利制度进行返还)。出卖人交付的标的物有瑕疵时,无论是物还是权利瑕疵,通常视为出卖人没有履行完毕其合同义务,除非双方当事人有特别约定。Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Mohr Siebeck 4. Aufl., 2005 Rn. 161.

^⑥ Raymond T. Nimmer, "Executory Contracts in Bankruptcy: Protecting the Fundamental Terms of Bargain", 54 U. Colo. L. Rev. (1983), pp. 507—512; 有学者甚至认为,在美国法上大量破产程序被提起的重要原因是籍此免掉本应承担的合同履行义务。Jay Lawrence Westbrook, "A Functional Analysis of Executory Contracts", 74 Minn. L. Rev. (1989), pp. 227—229.

^⑦ 我国《破产法》第18条的规定: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。

^⑧ Collier, *Collier on Bankruptcy*, (15th ed.), 1988 § 365—368.

^⑨ Westbrook, "A Functional Analysis of Executory Contracts", 74 Minn. L. Rev. (1989), pp. 227—235.

^⑩ Central Trust Co. v. Chicago Auditorium Ass'n, 240 U.S. 581, 592 (1916).

^⑪ Shopmen's Local Union No. 455 v. Kevin Steel Prods., Inc., 519 F.2d 698, 704 (2nd Cir. 1975).

权利。^⑫

德国破产法史上也出现过类似问题。德国联邦最高法院 (BGH) 曾坚持“自动消灭理论”，认为在破产程序开始后，当事人之间的合同视为消灭，等待破产管理人的选择。如果破产管理人选择继续履行，则合同效力自选择之日起恢复；若破产管理人选择拒绝，另一方当事人只能主张损害赔偿。^⑬ 这项意见遭到广泛批评。^⑭ 首先，从文义上看，《德国破产法》第 103 条其实只是规定了破产管理人有选择权，并没有说明这种选择权的根据是什么，尤其没像 BGH 所理解的那样，规定当事人之间的合同自破产开始起消灭。^⑮ 其次，从体系上看，根据《德国破产法》第 201 条第 1 款规定，如果债务人没有被免除剩余债务，债权人在破产程序结束后，可以没有限制地要求债务人履行。如果认为破产程序开始即导致合同消灭，那么该项权利从何而来？第三，BGH 的意见也会和《德国破产法》第 94 条以下所规定的破产抵销制度相冲突。^⑯ 面对这些批评，BGH 最终也改变了其原有立场，转而提出“性质转变理论”，认为破产程序的开始并不导致合同自动消灭，而只是暂时使合同失去执行力 (Durchsetzbarkeit)，双方暂时不能请求对方履行，在破产管理人选择继续履行合同后，相对人的债权则从普通债权转为共益债权。^⑰ 这样的解释显然在教义学上更有说服力。当然，合同执行力的丧失应当只是暂时的，法律须设定一个相对合理的期限，

一方面让合同债权人不至于陷入无限期的不确定状态，另一方面也能为破产管理人留有充分的准备与考虑时间。

(二) 选择权行使的期限

按照我国《破产法》第 18 条，破产管理人应在破产程序受理后 2 个月内，或者自收到对方当事人催告之日起 30 日内作出选择。相比其他国家，这一规定显然过分简化，有失灵活。在美国破产法上，如果 (第 7 章) 破产清算程序中的破产管理人或债务人在程序开始后 60 天内未作出是否选择的决定，则视为其选择了拒绝履行。^⑱ 在个人或企业重整程序中 (第 11、13 章)，破产管理人有权在重整计划被法院最终确认前作出选择。^⑲ 但为了督促破产管理人及时行使选择权，相对人可以申请法院督促破产管理人确定合理的选择期限。在承租人破产时，如果没有依申请获得法院的延展许可，在程序开始 180 天内或重整计划通过后管理人还没有行使选择权的，管理人需要立即将不动产返还给出租人。^⑳ 需要注意的是，在破产管理人选择前，合同相对人的权利并不是完全处于“悬空”的“未决”状态，以租赁合同^㉑ 为例，在清算程序中，虽然在破产管理人或作为债务人的承租人做出正式选择之前债权人 (出租人) 无权取得租金，但出租人可以在该期间内无法行使对财产的占有权为由要求支付补偿金^㉒，且该权利为共益债权。^㉓

^⑫ Baird, *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press 2006 p. 130.

^⑬ BGHZ 106, 236, 241 ff.

^⑭ Bork, 2005 Rn. 156.

^⑮ 第 103 条规定：(第 1 款) 如果在破产程序开始时，债务人和合同对方当事人尚未或者尚未完全履行合同，则破产管理人可以代替债务人履行合同并要求对方当事人履行。(第 2 款) 如果破产管理人拒绝履行，则另一方合同当事人可以主张因不履行而产生的损害赔偿。如果另一方合同当事人催促破产管理人做出选择，则破产管理人应毫不迟延地就选择做出表示。如果未及时做出表示，则不能再要求对方履行合同。

^⑯ Bork, 2005 Rn. 157.

^⑰ BGHZ 150, 353 (359) .

^⑱ 11 USC § 365 (d) (1) .

^⑲ 11 USC § 365 (d) (2); LoPucki et al., *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, Aspen Law, 2003, p. 174

^⑳ 11 USC § 365 (d) (4) .

^㉑ 11 USC § 365 (d) (1); 11 USC § 365 (d) (3) .

^㉒ 11 USC § 365 (b) (2) .

^㉓ 当然，补偿金的实现将会存在相当程度的迟延，而且在数量上也少于应付租金。该补偿金的计算甚至也不以出租人所受的损害而以承租人实际所获得价值为基础。在一个案例中，破产管理人接手案件后，并未使用有关承租房屋，而是将该房屋腾空。2 个月后，破产管理人拒绝了该租赁合同的履行。出租人要求破产管理人依合同支付该 2 个月的租金，法院拒绝了这项请求，认为承租人并未从中实际获益。In re Rhymes, 14 B. R. 807, 808 (Bankr. D. Conn. 1981); 持不同意见的判例 (认为应当根据出租人的实际损失进行赔偿) 见 In re T. D. C. Dev. Corp., 73 B. R. 135 (Bankr. N. D. Tex. 1987). 目前的主流意见是认为根据客观价值来判断 (under an objective worth standard that measures the fair and reasonable value). In re Thompson, 788 F. 2d 560, 563 (9th Cir. 1986); In re Patient Education Media, Inc., 221 Bankr. 97 (Bankr. S. D. N. Y. 1998) .

在德国《破产法》上,第103条第1款未明确规定破产管理人选择权行使的期限,但第2款规定若对方当事人行使了催告权,破产管理人应当毫不迟延地做出选择,否则视为拒绝。不过,主流学说认为,既然《破产法》规定对破产企业的最终处置决定由第一次债权人大会做出(第156条),若强迫破产管理人在此以前因对方当事人的催告立即做出选择,将使债权人大会的法定权利形同虚设,因此,即使面临催告,也应认为破产管理人最早应在第一次债权人大会召开^{②③}之后做出选择(第29条)。^{②④}

(三) 继续履行合同的選擇

在管理人选择继续履行合同后,如果仅将债权作为普通破产债权对待,债权人在权衡因拒绝履行而应承担的违约损害赔偿责任和因履行而遭受的损失后,通常将拒绝履行合同。为此,我国《破产法》在破产管理人选择继续履行的情况下对合同的对方当事人提供了双重保护。其一是在管理人决定继续履行合同后,对方当事人有权要求管理人提供担保,若管理人不提供担保的,视为解除合同(第18条第2款)。其二是规定选择后的债权为共益债权,从而可以获得优先清偿(第42条第1款第一项)。

相比其他国家,我国破产法第18条第2款可能过度地保护了债权人。按照德国《破产法》第55条、第103条规定,在破产管理人选择继续履行合同后,对方当事人并无要求担保的权利,而只能按共益债权要求破产管理人履行义务。美国《破产法》对合同相对人的保护比德国法稍进一步,包括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,但在此以外只是要求破产管理人“确保”(assurance)合同的履行或提供“充分的确保”(adequate assurance)^{②⑤},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。^{②⑥}考虑到在破产时企业绝大多数财产上都附有担保权,不可能再提供额外的担保,我国法的规定将导致很多合同无法被延续,从而损害破产财产的价值或降低重整和整体转让的可能性。

如前所述,在债权人部分履行的情况下,破产管理人选择继续履行合同后,对于尚未履行的部分,债权人履行后的债权是共益债权,法律上并无疑义。不过,我国《破产法》第42条第一项^{②⑦}的规定仍存在歧义与不当。首先,第一项放在“人民法院受理破产申请后发生的下列债务”之下并不合适,毕竟破产中尚未履行的合同是早在破产开始前就签订的,其项下的债权债务也在签订时便已产生,选择本身并不是合同之债发生的原因(除非采德国早已放弃的自动消灭理论进行解释)。其次,“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”的用词也可以被理解为管理人因为请求对方当事人履行而产生的新的债务如差旅费、通知费等。比较而言,德国法上的用词更为精确,如其《破产法》第55第1款第二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的部分或必须在破产程序开始之后的实际履行的部分为限。”但对于已履行的部分,其要求对待给付的权利是何种性质,颇值研究。若依反面解释,第42条第一项似乎意味着对于破产前已经部分履行合同所产生的债权人的对待履行请求权只能作为普通债权。德国破产法上也有类似规定:根据该法第105条第1句,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,该对方当事人以其已给付部分数额所享有的对待给付请求权而为普通债权人,即使破产管理人对尚未履行的那部分给付仍要求履行亦如此。美国则与我国与德国不同,其《破产法》规定所有根据合同和租约于破产申请前后产生的债

^{②③} 最迟应在破产开始后3个月内召开。

^{②④} Pape, et al., *Insolvenzrecht*, C. H. Beck, 2002, S. 487.

^{②⑤} 11 USC § 365 (b) (3) .

^{②⑥} 11 USC § 365 (b) (1); “The requirement of adequate assurance of future performance is generally satisfied by the debtor’s financial position and prospects or some sort of deposit or guarantee.” Epstein, *Bankruptcy*, West Publishing Co., 1993, pp. 263—266.

^{②⑦} 该条规定:“人民法院受理破产申请后发生的下列债务,为共益债务:(1)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”。

权都享有作为管理费用的优先权。^②

(四) 解除 (或拒绝履行) 的选择

合同解除的法律效果是免除当事人继续履行合同的义务, 使当事人取得对已履行部分的返还请求权。通常认为, 按照《合同法》关于法定解除的规定, 在一方当事人拒绝履行合同时, 仅非违约方享有解除权。^③ 现行《破产法》可以说是对上述规则设置了例外, 赋予了破产管理人因破产而解除合同的权力。相比而言, 如前所述, 德国与美国的相应规则并未强制赋予破产管理人以法定解除权, 而是规定其有拒绝履行的权利。

需要注意的是, 无论是对解除权还是拒绝履行权, 都有必要进行限制: 在非破产的情形下, 若债务人拒绝, 债权人可请求实际履行, 若无法实际履行, 可要求期待利益——相当于合同已履行的损害赔偿, 因而其利益是有充分保障的。而在破产程序中, 若允许债权人要求全额赔偿, 必然会导致债权人之间的不公: 同样是破产开始前发生的债权, 债权人已经履行的, 只能要求按比例受偿, 而尚未履行的, 因债务人违约而生的损害赔偿请求权却能全额受偿。但若仅允许债权人按比例受偿, 则可能发生“过犹不及”的效果: 让债务人通过拒绝履行间接取得一种撤销的权力 (avoiding power), 索回在破产之外本属于债权人的财产。例如, 在分期付款的所有权保留买卖中, 在买受人已付了 90% 的款项但仍未取得标的物的所有权时, 若出卖人破产并主张拒绝履行交付所有物的义务而将标的物转卖, 在标的物 (如不动产) 因时间的经过而升值时, 必将极大地损害购买人的利益。因此, 在现行法选择将损害赔偿请求权作为普通债权按比例受偿的情况下, 有必要对拒绝履行或解除的权利进行限制。

1. 破产管理人解除权 (或拒绝履行权) 的限制

赋予破产管理人以选择权, 主要源于最大化破产财产价值和恢复债务人的偿债能力的考量。在美国 1978 年破产法制定前, 破产司法实践中曾直接援用公司法上的“商事判断规则” (business judgment rule), 允许破产管理人按照破产财产的得失自由选择。^④ 1978 年美国破产法制定时, 曾有学者建议规定一些限制, 以兼顾合同中的对方当事人的利益。但立法者并未明文将限制的标准或具体情形写入成文法。实践中, 有些法院会根据自己的政策考量, 拒绝支持破产管理人拒绝履行合同的请求。

(1) 过重负担检验 (burdensome test)

这是法院在不允许破产管理人拒绝履行合同时最经常采取的一种规则, 内容是: 只要合同的履行不会造成破产财产绝对价值的减少, 破产管理人就不得拒绝履行合同。^⑤ 比如, 一个公司同意向工程队 A 付 100 万美元来建设一个工厂, A 建设工厂的成本是 60 万美元, 而公司对工厂的估值为 120 万美元。在双方均未履行合同前, 公司进入破产程序。这时工程队 B 出现了, 它出价 90 万美元建造工厂。如果运用“过重负担检验”的理论, 公司不能拒绝履行与 A 的合同, 因为此合同能够给公司带来 20 万美元 (120 - 100) 的收益, 虽然若其选择第二个合同, 其收益会更好 (120 - 90 = 30 万)。^⑥ 该规则的运用, 在某些情况下能够防止导致价值浪费 (value-wasting) 的拒绝履行, 即后合同的净收益小于前合同, 从而使得拒绝履行前合同成为一种无效率行为的情况。^⑦ 但是有学者认为它在很多案件中还是不能阻止所有导致价值浪费的拒绝履行行为。一方面, 在破产债务人陷入破产的境地时, 绝大多数合同的价值对其来说都会有所折扣, 即很多原合同履行都会造成破产财产的价值减少, 这时“过重负担检验”即使适用, 也不能再参照原合同的标准; 另一方面, 不允许破产管理人拒绝或

^② 11 USC § 365 (b) (1) (A) .

^③ 隋彭生: 《合同法要义》, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 277 页及以下; Fikentscher, et al., Schuldrecht, De Gruyter, 2006, Rn 486.

^④ Epstein Bankruptcy, West Publishing Co., 1993, p. 244.

^⑤ In re Jackson Brewing Co., 567 F. 2d 618, 621 (5th Cir. 1978); In re Stable Mews Assocs., Inc. 41 B. R. 594, 596 (Bankr. S. D. N. Y. 1984).

^⑥ 公司拒绝履行与 A 的合同当然要承担损害赔偿, 如本案中应赔偿 A 公司 40 万美元的期待利益损失 (100 - 60), 但考虑到 A 的债权只能按比例清偿 (通常破产清算中的清偿比例不高于 10%), 权衡后, 公司仍有违约的动力。

^⑦ 假设在前述案例中 B 建造工厂的成本是 80 万美元。如果公司拒绝履行和 A 的合同, 会带来 A 40 万美元 (100 - 60) 的损失, 同时却仅增加 20 万美元的收益 (B 会有 10 万美元收益; 公司的建造成本降低 10 万美元)。这样, 拒绝履行和 A 的合同将会导致总价值下降 20 万美元 (40 - 10 - 10), 运用“过重负担检验”理论阻止拒绝履行, 就会带来期望中的防止无效率的拒绝履行的结果。

解除原合同而订立条件更优的合同,在后合同带来的净收益大于违约给原合同相对人造成的损失时便会造成价值上的浪费。^⑤笔者认为适当运用“过重负担检验”是可取的。在第三人开出更高价格的场合,虽然让债务人赔偿原合同债权人的损失即可,但问题是实践中债权人的损失数额(或期待价值)是非常难以准确估量的,而且,这种赔偿通常都要通过司法等程序中立评估确定,过程本身也需要相当大的成本;另外,赋予原合同债权人要求实际履行的权利,然后再允许其将工程转包给第三人,实际上也丝毫不会损害法和经济学强调的福利最大化的目标。^⑥

(2) 利益平衡检验 (balancing test)

按照该规则,若相对方因破产管理人拒绝履行合同而遭受的损失显著不成比例地超过破产财团因此而获得的利益,破产管理人不得拒绝履行。^⑦在 *In re Petur U. S. A. Instrusment Co.* 一案中,管理人拒绝履行一项专利许可使用合同的选择未获得破产法院的支持,因该拒绝将彻底破坏债务人继续经营的基础而仅给破产财团带来微不足道的利益。总体而言,该规则确实能一定程度上减少破产管理人可能导致过分价值浪费的拒绝履行行为,其局限是该理论只在利益对比显著不公平的情况下才会适用,因此只能阻止一些会导致价值严重浪费的拒绝履行行为。是否应当修正的“利益平衡检验”理论,要求法院抛弃“不成比例”的限制,只要合同相对方的损失超过拒绝履行时破产财团的得益,就剥夺破产管理人拒绝履行的权利呢?笔者认为不宜。其一,这种修正和破产法中的两个重要目标——公平分配因债务人不履行合同而带来的损失和帮助债务

人恢复偿债能力——相冲突。若采纳此种安排,将使本应该由合同相对方承担的违约损失被部分地转移到其他普通破产债权人身上,不但违反平等对待原则,也迫使破产债务人履行本可拒绝履行的合同,从而会减损破产财团的价值,使债务人的财务恢复更加困难。其二,这种规则可能难以实施。在实在法上,破产前发生的违约损害赔偿债权被在破产中和其他普通债权平等对待,一个濒临破产的公司只要它在申请破产之前任何时候拒绝履行合同即规避该限制。^⑧

2 债权人的损害赔偿请求权

对因合同解除或拒绝履行而发生的损害赔偿请求权,各国的规定基本上是一致的:债权人只能按照普通债权按比例获得清偿。^⑨这一规定不难理解:如果因解除或拒绝履行合同而产生的损害赔偿请求权构成了共益债权,将极大限制破产管理人的选择权,甚至客观上使其无法拒绝或解除尚未履行的合同,与破产法所追求的破产财产最大化目的以及破产企业的实际状态(陷入困境,无力继续经营)不符。

3 部分履行中债权人对待给付返还请求权

如前所述,我国《破产法》第18条超越了《合同法》关于法定解除构成要件的规定(第94条),赋予了破产管理人因破产程序开始而法定解除的权利。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。^⑩若依此适用《破产法》第42条第三项,则“受理破产申请后发生的不当得利”的返还为共益债务。若按照当前的主流观点,认为解除权行使后

^⑤ 假设在前述案例中B的成本不是80万美元而是40万,那么拒绝履行和A的合同会导致A40万美元的损失,带来B50万美元(90-40)的收益,并减少公司10万美元的建造成本,即,拒绝履行和A的合同将会给社会增加20万美元(50-40+10)的净价值。这时如果采用“过重负担检验”理论阻止破产管理人拒绝履行合同,其结果比让破产管理人拒绝履行合同仍要坏一些。Jesse M. Fried, “Executory Contracts and Performance Decision Decisions in Bankruptcy”, 46 *Duke L. J.* (1996), p. 517, p. 541.

^⑥ Anthony Kronmann, “Specific Performance”, 45 *U. Chi. L. Rev.* (1978), p. 351; Alan Schwartz, “The Case for Specific Performance”, 89 *Yale L. J.* (1979), p. 271.

^⑦ 35 B. R. 561 (Bankr. W. D. Wash. 1983).

^⑧ See note ⑤, p. 517, p. 543.

^⑨ 相关规定如我国《破产法》第53条,日本《破产法》第54条第1款,德国《破产法》第103条第2款第1句。

^⑩ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2008年版,第469页,及其相关引注(注①);韩长印:《破产宣告对未履行合同的效力探讨》,载《法商研究》1997年第3期。

已经履行的债务并不消灭,而是转化为返还义务,^④则实践中通常认为解除后的相互返还双方应当同时履行,一方在履行自己的义务以前要求对方履行,该他方当事人享有同时履行抗辩权。^⑤若双方当事人债务的种类与品质相同,任何一方当事人还可以主张抵销。^⑥无论怎样解释,债权人对待给付的返还请求权都是有充分保障的。日本《破产法》对相对人的保护更进一步,按照该法第 54 条第 2 款,破产管理人选择解除合同的,若在破产财团之中现存破产债务人取得的对待给付的,合同的对方当事人可以请求将其返还,该请求权为取回权;在原物不存在时,就其价额可以行使作为共益债权人的权利。

相比我国法和日本法,德国《破产法》上采取了更有利于破产财团的立场。如前所述,该法在破产管理人的选择权上,使用了“拒绝”(Ablehnung)这一表述,即破产管理人的拒绝并不当然导致解除,因而至少在其拒绝之时,尚不发生不当得利返还的问题。按法理,债权人可因债务人拒绝履行而解除合同,并请求返还其已履行的部分。不过,该法第 105 条规定,在可分履行中,如果债权人在破产程序开始时已经部分履行了其应履行的部分,债

权人无权因债务人不履行而解除合同,并从破产财团中要求其返还其已履行的部分。^⑦可以看出,德国《破产法》虽然没有像我国或日本破产法那样改变民法上法定解除的构成要件,但在相对人解除权的问题上改变了民法的传统法理,强制剥夺了合同中非违约方(债权人)在对方拒绝履行时解除合同的权力。美国《破产法》也和德国破产法一样使用了“拒绝”(reject)或“承认”(assume)的用语,加上《统一商法典》^⑧及大多数州法不承认先履行的出卖人在对方违约后请求返还原物的权利,因此破产法上无须特别规定即可发生与德国法相同的效果。

当然,以上差别并不必然意味着中、日模式比德、美模式更有利于保护合同相对人的利益,尤其在破产债务人已做出相应对待履行的情况下。因为在中、日的规则下,虽然相对人有权要求全额返还已履行的部分,但鉴于合同已被解除,该相对人持有的破产债务人的履行也应予以返还;而在德、美的规则下,虽然相对人只能按普通破产债权要求损害赔偿而无权要求全额返还其已作出的给付,但是破产债务人也同样无权要求返还其所作出的给付,因为其仅仅是“拒绝”履行而并未解除合同。^⑨

二、对破产管理人或债务人选择权的强制剥夺

前述“过重负担检验”与“利益平衡检验”是在承认破产管理人选择权的前提下对其做出的限制。实践中,各国在立法上都有强制剥夺破产管理人选择权的规则。和前述两个检验相比,这样的规定是将政策考量直接交由立法者先期行使,而不是

让法官通过司法程序事后进行判断。

(一) 因破产程序开始而自动终结的合同

实践中,相当多合同关系继续存在的法律基础在于当事人之间的特殊信任或其他只能在非破产情形下才存在的交易关系。破产程序的开始将动摇合

④ 德国民法上曾认为解除导致合同关系消灭,解除后双方的返还义务分别构成不当得利之债。但这项学说在 1980 年代时就被超越。目前通说认为合同解除并不消灭合同义务而只是使其发生转化,从各自的给付义务变为相互返还的义务。该义务建立在不当得利制度之上,与其不同的是延续了两个义务之间的牵连关系,从而使同时履行抗辩有继续应用的余地。BGH-Palandt, Einf. von § 346 Rn. 6; 王泽鉴:《债法原理》(第 2 册),中国政法大学出版社 2002 年版,第 261—264 页。

⑤ 明文的规定如仍施行于台湾的《中华民国民法典》第 261 条。

⑥ 因相互返还的债务是在破产开始之后发生的,因此其抵销并不违反我国《破产法》第 40 条的限制。类似观点,见王欣新等:《论管理人对待履行合同的表决权》,载《第二届中国破产法论坛论文集》,第 94 页。

⑦ HK-Marotzke, § 105 InsO, Rn. 18; FK-Wegener § 105 InsO, Rn. 16 有学者误读了德国《破产法》第 105 条,认为该条导致了一个合同被“一分为二”。参见同注④,王欣新等论文,第 90 页;丁晓春:《未履行或未完全履行的双务合同在破产程序中的命运》,载《天津市政法管理干部学院学报》2008 年第 1 期。实际上,该条仅规定了履行及履行的分割的问题,并未人为地将一项合同分割为法理上难于圆通的“破产程序启动前”和“破产程序启动后”两个合同。

⑧ 美国《统一商法典》第 2-702 条仅在少数特殊情况下保护出卖人返还原物的请求权。Stone, *Uniform Commercial Code In A Nutshell*, Thomson & West, 2005, p. 130.

⑨ 同注④,丁晓春文,第 73 页。

同的这类基础,因而有必要通过直接规定这些特殊的合同在破产程序开始时而法定终止,以免这些合同的继续存在给破产财团带来额外损失,同时也省去破产管理人进行选择的额外成本。

典型的因破产程序而自动终止的合同是委托合同。我国在《合同法》中规定了破产程序中委托合同的处理规则。^{④7} 据此,若委托人受破产宣告,除另有约定或委托事务性质所限外,委托合同自动终止。若受托人破产,除另有约定或委托事务性质所限外,委托合同也将自动终止。这些规定的理由不难理解:自委托人破产开始之日起,破产管理人在很大程度上便成为其“全权”受托人,因而其他委托关系均告终结。在具体操作上,在受托人开始破产后,破产管理人应立即通知委托人,且在委托人作出善后处理前,有义务采取必要措施以免委托人利益受到不当损害。^{④8}

实践中,有的合同不完全是委托合同,但包含委托的性质,如何处置也很值得讨论。保理合同(factoring)就是一例。在这类合同中,有大量经常性应收账款的企业通常是委托人,银行等金融机构为受托人。有关企业将自己对其他债务人的债权让与给受托人,受托人按照一定的贴现率支付贷款,到期再向委托人的债务人催收相关款项。该合同具有三项功能:融资、保证(受托人承担债权不能实现的风险)和服务(相当于企业将催收欠款的工作外包给受托人)。对于这类合同的处理,应当区别委托人破产和受托人破产对待。在委托人破产时,合同中的委托关系通常因破产程序的开始而自动终结。但是对于具体的应收账款托收法律关系,要根据该法律关系双方是否履行完毕确定处理规则。如果委托人已将应收特定账款转让给受托人,受托人也已为此支付了贴现,则视为该合同项下应收账款的转让已完成。而对那些没有支付贴现的应收账款委托合同,无论是“真正”还是“非真正的应收账款委托”(仅以应收账款作为贷款的担保),破产管理人仍保有选择权。在受托人破产时,对于破产开

始时债务人已经支付了贴现的委托则不受破产程序的影响。对于尚未履行完毕的委托,仍要区别真正的应收账款合同和非真正的应收账款合同对待。对于非真正的应收账款委托合同,委托人仍有权将有关债权索回,因为在这种情况下受托人尚未承担担保的责任。如果是真正的应收账款委托合同,破产管理人则享有选择权。如果破产管理人行使了拒绝履行的权利,根据合同的不同约定,委托人分别享有取回权或只享有普通的破产债权。^{④9}

(二) 不受破产程序影响而继续存续的合同

1. 附所有权保留的买卖合同

在破产法上,所有权人仍有权要求返还原物,其该项权利被称为取回权。^{⑤0} 在所有权保留买卖中,如果买受人破产,主流学说认为,虽然所有权保留人也是所有权人,也应享有取回权而非别除权,但对所有权保留在破产程序中地位的考察,应当建立在“破产中的待履行合同”制度基础上。即应允许买受人根据其利益得失进行选择,若其选择解除合同,则出卖人可将其“所有物”取回,若其选择继续履行合同,则应允许其付清剩余款项并取得所有权。在出卖人破产时,如果买受人尚未付清价款,原则上管理人无权解除或拒绝履行该合同。即只要买受人能依约付清全部价款,便可取得标的物的所有权。^{⑤1} 其基本理由是,所有权保留的本质目的是确保出卖人价款请求权的实现,允许买受人在履行全部付款义务的前提下取得所有权,并不违背所有权保留制度的本意,这也是破产法上尊重非破产法规范原则的体现。相反,如果允许出卖人拒绝履行买卖合同,收回所有物,将可能会使债务人获得其在破产程序之外本不应获得的利益,造成买卖双方权益的严重失衡。

2. 房屋租赁合同

我国现行法并未对破产中未到期的租赁合同做出任何特别规定,只是在《合同法》第242条提及“出租人享有租赁物的所有权,承租人破产的,租赁物不属于破产财团”。司法实践中倾向于认为出

④7 见我国《合同法》第411—413条。

④8 其他国家破产法都有类似的规定,见德国《破产法》第115条,日本《破产法》第57条,日本《民法典》第365条。

④9 Hess et al., Kommentar Zur Insolvenzordnung mit EGRsO, 2. Aufl., 2001, Rn. 29 ff.

⑤0 Baur, et al., Sachenrecht, C. H. Beck, 1999, Rn. 14.7 f.

⑤1 如德国《破产法》第107条第2款, Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Mohr Siebeck, 2005, Rn. 149 f.

租人破产时,出租人有选择解除合同的权利。^②这种简单地将租赁房屋、租赁合同与破产财产相分隔的制度显然有失偏颇。各国破产实践中租赁合同的处置规则非常复杂。以下稍作说明。

在承租人破产时,各国普遍规定采取限制出租人解除权的态度,如德国《破产法》规定,在承租人破产时,出租人不得因下列事由而解除合同:(1)破产申请前迟延缴纳使用租赁或收益租赁的租金;(2)债务人财务状况恶化(第 112 条)。美国法上除了有类似于以上德国法的规定外,在一些方面还走得更远,如允管理人不受租赁合同中禁止转租、转让条款的限制,将承租权转让(assign)给第三人。^③这是一项非常值得深思的规定。表面上似乎为保护承租人(破产债务人)其他债权人的利益过分限制了出租人的权利,但也至少有两项正当化理由:第一,营业场所是债务人一切交易活动的基础,允许破产管理人在债务人破产时将租赁合同转让,客观上有助于督促出租人在签订租赁合同和执行租赁合同时对承租人资信状况的审查和监督,从而有助于压缩资信不良的债务人的生存空间;第二,破产清算中的债务人企业在程序终结后通常会注销其主体资格,不允许其转让客观上不能真正保护其租赁合同项下的利益。

在出租人破产时,无论德国《破产法》还是美国《破产法》都限制破产管理人的解除权。根据德国《破产法》,破产时债务人关于不动产标的或房屋的使用租赁和收益租赁关系以及债务人的雇佣关系继续有效(第 108 条第 1 款)。美国《破产法》第 365 条虽然规定出租人可以拒绝履行合同,但同时也规定即便如此,承租人也可以以按期支付房租为条件,根据租约的条款(包括其中关于续租或延期的条款)继续占有并使用有关不动产。此时,出租人在合同之下承担的诸如修理、维护等义务可因其拒绝而得到免除,同时规定,对于此种不履行造

成的损失,承租人可以以其租金给付义务抵销。^④

3. 知识产权许可使用合同

本质而言,知识产权的许可使用也是一种持续性的债权债务关系,因此在相当程度上可准用有关租赁合同的规则,当然,其背后的立法政策与租赁合同是不同的。美国《破产法》在 1980 年代以前并未对知识产权合同的选择问题做特殊规定,是 1984 年的 In re Richmond 一案引起了公众对这个问题的关注。该案中, Richmond 与 Lubrizol 签订了技术转让协议,后者购买了前者技术的非专有使用权。后 Richmond 破产,其管理人认为转让协议仍是一项尚未履行完毕的合同,因此主张拒绝继续履行,以将有关技术收回并高价转让给第三人。原审破产法院认为该转让合同与一般买卖合同并无差别,本案中破产债务人 Richmond 已经履行了其主义务,因此不能再通过拒绝履行而要求取消技术使用许可。^⑤第四巡回法院改变了破产法院的判决,支持了破产管理人的主张。^⑥该判决受到美国破产法学界和产业界的激烈批评。其背景是,随着新技术的兴起和以硅谷中小企业群落为代表的产业组织的变化,掌握专有技术或专利技术的主体常是中小企业,他们所拥有的这些技术随着被许可人的推广、开发而日益增值。在允许破产管理人随意拒绝履行的情况下,一些企业会主动通过破产程序解除有关的许可使用合同,将技术收回后再高价转让,以获取更高的利益。这样的选择,一方面使小企业获得了额外的、在破产之外本不属于其所有的利益,另一方面也会降低其他企业(常常是大企业)购买和推广有关技术的动力。后来,诸多大企业强力游说国会于 1988 年通过专门法案^⑦修改了原《破产法》的规定,采取了与租赁合同类似的规则。^⑧目前,在知识产权许可人(licensor)破产并且拒绝继续履行许可使用合同的情况下,破产法赋

② 见“承租人兴昊公司诉破产财产买受人香河公司继续履行其与破产企业签订的租赁合同案”(检索于北大法律信息网司法案例数据库 <http://www.chinalawinfo.com>)。

③ 11 USC § 365 (f) (1) .

④ 11 USC § 365 (h) (1) — (2) .

⑤ In re Richmond Metal Finishers, Inc., 34 Bankr. 521 (Bankr. E. D. Va. 1983); 756 F.2d 1043 (4th Cir. 1985) .

⑥ Lubrizol Enters. v. Richmond Metal Finishers, Inc., 756 F.2d 1043, 1048 (4th Cir. 1985) .

⑦ Intellectual Property Bankruptcy Protection Act of 1988 (IPBPA), Pub. L. No. 100—506, 102 Stat. 2538

⑧ 11 USC § 365 (n); Baird, *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, 2006, p. 139 不过该项规定没有将商标、著作权等包含在内,留下了一些回旋空间。

予了被许可人选择权：其一，被许可人可以选择接受被许可人的拒绝履行，并就对方违约造成的损害作为普通债权与其他债权人按比例请求清偿；其二，在合同被拒绝履行的情况下，被许可人可以选择以继续支付使用费为代价，在合同期限内保留根据许可使用合同获得的技术权利，并在合同约定了延展期的情况下自由决定是否延展。其三，许可人

拒绝合同意味着其按照使用权许可合同必须额外承担的其他积极性作为义务（affirmative duty），如技术的培训、知识产权的更新升级等将得以免除。^{⑤⑨}综合而言，在被许可人选择继续原合同的情况下，债务人（许可人）必须承受其根据许可合同所负担的容忍被许可人使用这一实质性义务，并不得干扰被许可人的使用权的行使。^{⑥⑩}

三、破产中待履行合同制度与相关规范的关系协调

根据《合同法》第110条，除一些特殊情况，在一方当事人拒绝履行时，另一方有权要求实际履行。但在破产的情形下，特定债权人的该权利必须被限制，因为这将破坏破产法上债权人平等受偿的原则。基于这样的考虑，有些国家的破产法以强行规定的形式剥夺了非违约方要求实际履行的权利。^⑪我国《破产法》虽然无明文规定，但应做相同解释。类似地，《合同法》第68—69条规定合同当事人在预期违约的情况下有中止履行，要求对方提供担保和必要时解除合同的权利。破产法关于双务合同的规定也对该权利做了一定的限制。一方面，在管理人选择继续履行合同时，债权人的权利在性质上为共益债权，具有充分的保障，因此第68条所列的四项理由便都不能成立。另一方面，在破产法上，那些仅在债务人破产时发生适用的条款（*ipso facto* clause）无效，因此，诸如“本合同因一方当事人破产而解除”的约定是无效的。^⑫其理由是：表面上看，以破产作为约定解除合同的条

件似乎无违意思自治原则，但仔细考量后会发现，这种条款的存在会严重损害债务人其他债权人的利益：如果企业不破产，这种条款不能发挥作用；如果企业破产了，股东将丧失其对企业的全部权益，因此企业在与债权人签订合同时，股东及其代理人并无充分的动力拒绝这种条款。承认这种条款的效力，受损的只是债务人的其他债权人，而其他债权人在订立合同时并无动力审查这类条款，对这种人们都没有动力加以注意的条款，法律进行适当控制是符合效率的要求的。^⑬

对于破产中尚未履行完毕的合同，除了继续履行和解除（拒绝履行）外，破产管理人还有撤销的选项。^⑭以下举例说明：甲印刷厂3月1日被开始破产程序。1月1日，甲与乙订立了买卖合同，约定将旧印刷机作价500万元出售给乙。破产程序开始后，乙催告甲履行合同。经查，该印刷机市场价为2000万元。在这个案例中，如果破产管理人选择解除合同，则需按破产清偿比例赔偿购买人乙期

^{⑤⑨} 11 USC § 365 (n) (1) (B); 11 USC § 365 (n) (2) (B). 需要注意的是，在专属的专利许可中，原则上被许可人除了有独占使用专利的权利外，还有排除他人使用的权利，包括在他人侵犯专利使用权时通过提起诉讼等手段寻求救济的权利。而在非专属许可中，被许可人似乎就不享有该项权利，这就造成了一个困境：许可人因破产而不能履行保护专利不被侵犯或滥用的义务，而被许可人又没有这样的权利。有研究建议将保护被许可人的权利授予给债权人委员会。J. M. Strickland, “Nonexclusive Patent Licensees Unite: Use Bankruptcy Committees to Sue for Patent Infringement”, 48 *Duke L. J.* (1998), p. 571, p. 593.

^⑥ 在被许可人破产时，许可人的利益则没有特别保护的必要，被许可人对于未履行完毕的知识产权许可使用合同享有选择权。在这种情形下，只需要特别强调许可人不得因为债务人陷入破产而解除使用权许可合同。

^⑦ See note ⑤, Westbrook, p. 245

^⑧ “A man is not allowed, by stipulation with a creditor, to provide for a different distribution of his effects in the event of bankruptcy from that which the law provides... a person cannot make it a part of his contract that, in the event of his bankruptcy, he is then to get some additional advantage which prevents the property being distributed under the bankruptcy laws.” *Ex parte Mackay*, 8 *Ch App* (1873), pp. 643—648. 当然，为了限制债务人借款后的机会主义行为，实践中银行会在合同中规定限制性条款（covenants），以确保其债权实现。如规定若债务人财务状况恶化，则借款提前到期等。这类规定，仍属未直接与破产“挂钩”，因此是允许的。

^⑬ 这也是为什么法律要调整一般交易条款的原因——个别的消费者不会在意印在购物单据背面的一般条款，或因为有这些条款的存在而与出卖人进行协商，或因此而不购买商品。

^⑭ See note ⑤, Westbrook, p. 275

待利益的损失(1500 万元),但是,因为甲乙之间的买卖合同可能构成《破产法》第 31 条规定的“以明显不合理的价格进行交易”的可撤销情形,破产管理人可以径直选择撤销合同,而无需再承担

因解除而产生的损害赔偿责任。类似地,对于以上所述的效力不受破产程序影响的合同,如出租人破产时的房屋租赁合同,如果价格“明显不合理”,破产管理人也可撤销。

四、结语:处理破产中未完全履行合同的一般准则

破产这种特殊状态迫使我们很多民事权利的基本性质进行重新思考。尚未履行完毕的合同制度所触及的主要是物权与债权这两个基本概念的区分及处置问题。^⑤在现行法的框架下,人们的通常认识是:债务人破产时,他人的物权是不受影响的,只有债权才会受到包括按比例受偿、待履行合同等制度的直接“干预”。本文的研究表明,这种认识是有偏差的:房屋租赁权、知识产权许可使用权等“债权”在破产中的双务合同制度下被像物权一样尊重而非与其他合同债权同等对待。那么,破产法为何做如此的安排?权利性质上的差异(物权抑或债权)在破产程序中不重要么?物权与债权究竟有何种区别?

关于物债的区分,表面上看,债所指向的是债务人的一般责任财产(即使有些债指向的客体是特定物,这种履行义务也可以被在如合同法第 110 条的框架下免除,转化为损害赔偿之债,从而仍指向债务人的一般责任财产),在债务产生至履行期届满的这段时间,债务人的一般责任财产是可以变动的;相比而言,物权指向的是特定物,相对于上下波动的债务人之一般财产而言,其对象是具体的,物的归还是可预期的。即,在一般债权合同中,应认为在合同订立时债权人就接受了这样的(默示)

条款:债权在债务人破产时只能按比例受偿。相反,物权人让渡物的占有时则不存在此类接受权利受限制的默示意思,对于物权人而言,其所应承担的仅是该物灭失的风险。这种说法虽然从当事人预期的角度表明了法律对保护稳定期待的重要性,但有“循环论证”之嫌,并未揭示物债区分的根源。

在康德—萨维尼关于物权、债权的区分理论中,物权是可以排除他人干涉并直接支配标的物的权利;债权的最终目标虽然是取得物上的权利或对物的利用,但其不能直接对标的物发生效力,而是指向他人行为。^⑥这种观点虽难谓有错,但在占有人常常并非所有权人的现代社会中,其在判断一个权利究竟属债权还是物权时甚有局限。在房屋租赁与知识产权许可使用合同中,虽然权利的行使要借助债务人的行为(合同履行需要债务人的必要容忍),但债权人取得了物某种程度的实际支配。^⑦有鉴于此,对这类“合同权利”能否再按一般的“物权—债权”二分法进行归类便值得讨论。说其是债权,承租人(债权人)却事实上占有和支配着物;说其是物权,承租人的权利又是源于租赁合同,取决于出租人的履行。

实际上,法律对物债的区分很大程度上可以说是出于尊重与鼓励稳定预期、长远投入的政策考量,

^⑤ Blake Rohrbacher, “More Equal than Others: Defending Property-Contract Parity in Bankruptcy”, 114 *Yale L. J.* (1982), p. 1099. 对这一区分的讨论很多,如 Henry Hansmann et al., “Property, Contract and Verification: The Numenius Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, 31 *J. Legal Stud.* (2002), S373; Thomas W. Merrill, et al., “The Property/Contract Interface”, 101 *Colum. L. Rev.* (2001), pp. 773—775; Thomas W. Merrill et al., “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numenius Clausus Principle”, 110 *Yale L. J.* (2006), p. 1.

^⑥ 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 2005 年版,第 73—75 页,第 87—91 页;金可可:《私法体系中的债权物权区分说》,载《中国社会科学》2006 年第 2 期。需注意,在排除他人干涉的效力上,物权与债权是相同的,第三人故意侵害他人债权并造成损害,也要承担损害赔偿责任。在对义务人的约束效力上,物权与债权(债务)也是相同的,前者来源于法律的规定,后者让人们之间的自愿约定通过民事法律行为制度而产生对他人的拘束力。由此看来,认为物权不受破产影响的原因是其可以排除他人干涉或是法定权利的推论只是一种形式上的论证。实际上法律完全可以规定物权在破产中也不能全身而退(如规定所有权人将丧失由债务人直接占有的所有物,或规定担保权人不能优先受偿)。

^⑦ 对物的实际支配这一点对于确立租赁权的物权属性非常重要。在德国《破产法》上,承租人破产时原则上出租人不得因其破产(包括因其欠缴租金)而解除租赁合同,但若承租人尚未取得标的物,则承租人解除租约的权利不受限制(第 109 条第 2 款)。

而非基于某种先验性的特征。地上权、永佃权和（我国法上的）土地承包经营权的设置便是典型例证，也正是基于同样理由，德国有学者将住房租赁合同看作是房屋上“物权性负担”（dingliche Lasten）的一种。^⑧如果在这一基础上承认债权与物权区分的相对化，把基于债权合同取得的租赁权也看作是“物权”或至少承认其有“物权的属性”，那么破产中待履行合同制度参照处置物权的规则调整房屋租赁合同（与知识产权许可使用合同）便是有充分依据的。当然，以上的分析仍是在既有概念的框架下进行的，试图重新定义“物权”或区分“物权”与“物权的属性”并将“物权不受破产影响”的规则准用到原本属于债权的特定权利上，以论证其在破产中特殊对待的合法性。

另一个角度是基于信贷与破产本质的思考。从自然属性看，在任何非即时交易^⑨（一方将一定的价值转移给他方，他方在远期支付相应的对价）中，无论是债权人还是物权人，都有可能遭遇他方破产。^⑩在各国实在法上，不但在借款合同中债权人要承担借款到期不还的风险；在使用借贷或保管合同中，所有权人也同样要承担债务人破产时因标的物毁损灭失而发生的不能返还原物与不能折价赔

偿的风险。法律其实完全可以再向前走一步，规定在债务人破产时，对处于债务人实际占有之下的物，无论是否属于债务人所有，都要被全体债权人“瓜分”。之所以没有做这样的规定而是允许物权在破产中全身而退（即设立取回权与别除权制度），更多是交易实践的需要。若不做如此安排，将破坏大部分的信用交易，出卖人失去了所有权保留制度的保护，会要求“一手交钱，一手交货”；使用借贷将很难实现（除非债务人资信状况良好）；担保物权制度会消失；委托保管人也将出于对丧失所有权的担心，尽量避免将物委于他人照料。

由此看来，某一项权利在破产中被“照顾”（优先受偿）或“削减”（按比例清偿），与该权利在性质上是属于物权还是债权可能并不直接相关。原本属于物权的权利，在破产中有被“降格”的可能，原本属于债权的权利，在破产中却可能优先受偿。究其原因，正如 Heck 所指出的，在于“物权”、“债权”这类概念性质上是编纂性或描述性的，是对特定权利共同特征的集合与抽象，并不等同于特定权利自身，因而某一权利被归为债权或物权本身尚不足以提供价值判断，难以成为推理的逻辑起点。^⑪在破产法中（其他法律关系亦然），

⑧ Staudinger-Emmerich (2003), 578 Rn. 7; Vorbem. zu § 535 Rn. 24 ff. BGB. 苏永钦教授指出，“对债权、物权二分强调权利有无‘对第三人效力’的诠释”其实主要“源于物权为所有权的想象，而不能完全适用于定限物权。定限物权先天上即非单纯对物的支配，而与债权一样有对人请求的关系。”“所谓物权的对世性，只是交易创造的结果，交易的本质一定是‘相对’的，不能‘对世’交易，物权的创设和债权一样必然从相对的互通有无出发，诸如永佃权、建设用地使用权”等，“都只是从交易双方的债权关系‘切割’下来的一定权利义务关系。”基于此，他进一步深刻指出，物权与债权分编的根本原因其实只在于其强行法与任意法的分野。很多时候，物权法不过是将“隐匿、相对的债权提升为法律秩序确定分配（定分）、公开而可对世的权利”，因此以“定分权”（Zuordnungsrecht）概括更为妥当。参见苏永钦：《寻找新民法》，元照出版公司 2008 年版，第 235 页。德国也有学者对物、债二分的体系进行重新思考，如 Rüller 认为物权这一概念无法充分揭示用益物权的特征，对很多权利如期待权、取回权，规范内容的设计与该权利的（名义）属性并无实质性的关联。参见 Jens Thomas Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?* Mohr Siebeck, 2006, S. 526 ff.

⑨ 为了保护全体债权人公平受偿，在破产开始以前的特定时间内，债务人对第三人的清偿可能被撤销，如我国破产法第 32 条规定，破产开始前六个月内的清偿可以被撤销，无论有关债权是否到期。但该规则有一个一般性的例外，即所谓“即时交易”（Bargeschäft）的限制，即尽管破产债务人在破产开始前的临界期内对第三人做了履行，但如果同时也收到了对方当事人的对待履行，则该给付履行行为不得被撤销。该制度的核心原理就是这里所讲的“信用”原理，即在即时交易中，并不存在债权人授予信用给债务人的情形，债权人无正当理由期待自己的权利不受影响，无论其是否发生在破产前的临界期内。

⑩ 按照 Atiyah/Smith 的提法，合同法的正当性在很大程度上在于对远期债权的保护，在债务人不依约履行时候为债权人提供救济。Atiyah and Smith, *An Introduction of Contract Law*, Clarendon Press, 2005, p. 4. 但在债务人破产时，实际履行或违约损害赔偿等救济是无能为力的，这是破产法的逻辑起点。德国破产法立法理由书中也开宗名义地指出：“如果没有信贷，自然没有制定破产法的必要”。Carl Hahn, *Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen* (Bd. IV); *Materialien zu den Konkursordnung und dem Einführungsgesetz vom 10. 2. 1877*, 1881, S. 292; “Die Quelle aller Konkurse ist der Kredit”, Leopold Levy, *Konkursrecht*, 1926, 2. Aufl., Berlin, S. 1.

⑪ Heck 指出，法律概念可从不同角度做不同分类。从法律适用的角度看，应区分三个层次的概念：“当为概念”（Sollbegriffe），这之中包含了价值评价或法律评价，如行为应“诚信”；实然概念（Seinsbegriffe），这主要涉及事实的认定，是法官裁判的前提性工作；编纂概念（Ordnungsbegriffe），主要是为了承载当为概念而由学说或立法者建构的概念。Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, redigiert von Roland Dubischar, Verlag Gehler, 1968, S. 162–163. 当为概念与编纂概念的区别在于，当为概念是利益演化为法律规则的结果，而编纂概念是“描述性概念”（beschreibender Begriff），与法规范的产生并无因果关系。“Das Rechtsgebot entsteht durch Interessenwirkung. Die Ordnungsbegriffe sind nicht kausal, sondern sekundäres Ergebnis der Nomenbeobachtung und Darstellung”, S. 167. 中文的介绍可参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 69–70 页。

如何处置某项权利除了要参酌其所在的类属，还要考察其自身属性并斟酌参考专属于破产法的政策考量。本文所列支租赁权、专利许可使用权就是一例，实践中同样是债权，在破产中仍会被分出不同的先后顺序更是典型。

具体就房租租赁合同而言，租赁合同的远期“信用”属性并不如借款等合同显著，其存在通常并不会导致出租人破产，因此承租人对于房屋占有、使用的稳定期待便有了正当性，这大体是法律规定在出租人破产的情况下其破产管理人不能随意解除房屋租赁合同的主要依据。当然，在特殊情况下，房屋租赁合同本身也有可能是出租人破产的直接原因，如租金过低导致出租人无力对房屋进行必要的维护与修缮，从而因在此合同项下入不敷出而最终破产。此时，破产发生的原因并非租赁合同下他人对房屋的占有使用，而是过低的租金使出租人不能负担维修义务。如果免除出租人的该项义务，即消除了导致破产的原因，则合同的继续存在便回复了正当性（如果合同的对待给付义务非常不公平，可用破产法之外的规则如显失公平等制度加以

解决）。前文所述美国破产法上出租人可因拒绝履行而免除维护义务便可这样解释（该解释也同样适用于知识产权许可使用合同中的许可人）。

作为总结，本文所概括的处理破产中未完全履行的合同的一般准则是：权利人在破产之外已经实际取得的权利在债务人破产时应当继续得到保护，若双务合同的存在是导致破产的原因，应允许债务人、破产管理人通过拒绝履行而免除其维护、支持等合同义务。^②该准则一方面最大限度地承继了实体法的规定，充分考虑了合同关系尤其是持续性合同关系中一方当事人的预期以及某些合同所具有的财产权或准物权的属性；另一方面也避免让破产财产承受过重的负担。从法教义学的基础上看，各国《破产法》通常都会规定破产财团的概念——“破产申请受理时属于债务人的全部财产”。^③若将该概念作反面解释，即可得出他人的租赁权与知识产权可构成属于破产财产的所有权的有效限制，从而不属于破产财产的结论。^④

（责任编辑：朱 岩）

^② Jackson, “Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors’ Bargain”, 91 *Yale L. J.* (1982), p. 857.

^③ 如我国《破产法》第 30 条，美国《破产法》第 541 条，德国《破产法》第 35 条。

^④ See note ⑤, Westbrook, p. 259.

ed supervision and prudential carve-out. Some suggestions on the improvements of China's home responsibilities are put forward.

Keywords Basel Accords; Consolidated Supervision; Home Responsibility; Prudential Carve-out; GATS
Yang Song, Professor of Liaoning University Law School.

The Reconstruction of Capital Market Regulation in the Internet Age

FENG Guo °72°

Internet technology is increasingly pervasive in all aspects of capital markets, which will have a profound impact on the operation and structure of capital markets. The high degree of integration of network and capital markets, which herald a new era in capital markets, requires us to re-examine the existing regulatory concepts and regulatory rules, so we should have a more inclusive attitude to deal with it, change the control-oriented regulatory strategy and strike a balance between technical innovation and effective supervision to prompt the successful transition for our capital markets.

Keywords Information Technology; Computer Network; Capital Markets; Regulation; Reconstruction
Feng Guo, Ph. D., Professor of Wuhan University Law School.

Chinese Labor Contract Legislation in Social Reformation

LI Jianfei °80°

Labor contract legislation has been going along with the 30-year Chinese social reformation. Establishing and improving labor contract system is the key to the reformation of labor employment system. What's more, labor contract legislation is the core of labor legislation. From "permanent worker" to "contract worker", labor employment system has experienced three stages including breaking the ice, tackling the key problems and making the law, which appear as enacting policies, regulations, administrative rules and regulations, laws in particular aspects and laws in particular fields. During the course of protecting employees' lawful rights and adjusting complicated employment relationships, China has made a great success in labor contract legal construction. However, there is also much room for improvement.

Keywords Social Reformation; Labor Contract; Legislation
Li Jianfei, Ph. D., Professor of Law School at Renmin University of China.

On Executory Contracts in Bankruptcy

XU Defeng °92°

Executory contracts in bankruptcy are generally classified into two categories: for some contracts, the bankruptcy trustee (or the debtor in possession) is awarded the freedom to choose between rejection and assumption, together with certain restrictions on these choices; for others, the law simply deprives the trustee (or the debtor in possession) the freedom to choose, like the lease contract and the intellectual property license contract. Chinese bankruptcy law needs to be improved in both aspects. As a general theory, the paper argues that limitations on the freedom to choose between rejection and assumption are necessary and important to balance the need of maximizing the bankruptcy estate and the goal of creditor protection (thus maximizing the overall welfare).

Keywords Rejecting the Performance; Rescinding the Contract; Lease Contract; Technology Transfer Contract; Intellectual Property License Contract
Xu Defeng, Ph. D., Associate Professor of Peiking University Law School.

Class Action in Germany: curiosity or paragon?

WU Zeyong °105°

German Scholars' researches on American class action, which began at the beginning of 1970s, were mainly concentrated in the protection of consumers in the 1970—1980s, and then in the legal remedy for mass damages in the