

## 破产管理人待履行合同选择权行使的限制

武诗敏<sup>\*</sup>

**摘要:**破产程序中的待履行合同选择权作为破产管理人的一项职权有其特定的价值与目的,这一权利的行使应受到相应的限制。正当程序与司法审查是限制该项权利的有效途径。然而,我国现行立法在这两个方面均存在不足。鉴于待履行合同的处理对于债务人财产以及合同相对人利益可能造成的重大影响,人民法院的事先实质审查仍是必要的。待履行合同选择权行使的审查标准内化于这一制度本身的功能与价值之中,其关键在于待履行合同对于债务人财产的价值以及对于债务人重整的意义,在这一环节对于合同相对人的利益则并无予以特殊保护的正当性基础。商业判断标准的功能与待履行合同选择权司法审查的实质目的不相一致,因此不宜引入此类审查之中。我国立法应考虑在清算程序和重整程序中设定不同的选择权行使时限并允许在特定情形下进行延长,同时亦可考虑取消法定时限内未行权的默认法律后果并限制合同相对人的催告权。此外,有必要适当突破合同法关于不安抗辩权的规定,在特定情形中允许管理人要求合同相对人在间隔期内继续履行。

**关键词:**待履行合同 企业破产法 司法审查 商业判断标准 行权程序

对待履行合同的处理问题是破产法最具挑战性的问题之一。其不仅涉及对债务人未履行完毕的合同的继承或拒绝问题,而且关系到破产财产成本和收益的复杂计算以及相对人利益(甚至公共利益)保护基础上的选择权分配问题。<sup>①</sup>然而,我国现行立法对待履行合同问题仅有简要规定,对该问题的体系化研究仍有较大的不足,导致司法实践面临诸多障碍。待履行合同选择权的限制问题即是一典型例证。《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)第18条赋予破产管理人以待履行合同选择权,但并未对这一权利的行使施加必要的限制,在司法实践中该

<sup>\*</sup> 中国人民大学破产法研究中心助理研究员、新加坡国立大学法学院博士后研究人员  
基金项目:国家社会科学基金资助项目(20BFX126)

<sup>①</sup> 参见高丝敏:《破产法的指标化进路及其检讨——以世界银行“办理破产”指标为例》,《法学研究》2021年第2期。

项权利的行使引发了一系列疑难问题,而学界则尚未充分关注到这一问题的重要性。鉴此,笔者拟从司法审查与行权程序的双重维度,对限制待履行合同选择权的有效路径进行深入剖析,以期为我国企业破产法中待履行合同规则的进一步完善提供参考。

## 一、待履行合同选择权行使限制规则的现实需求

《企业破产法》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30日内未答复的,视为解除合同。”该条明确了管理人的待履行合同选择权以及权利行使的时限,然而,相较于待履行合同处理的复杂性,该条规定远不足以解决司法实践中产生的问题。<sup>①</sup>

### (一)限制规则缺位下的司法实践困境

我国企业破产法未就待履行合同选择权行使的限制提供明确细化的规则,待履行合同的司法实践则呈现出相当复杂的样态。立法的缺位导致破产程序中待履行合同的处理及其结果缺乏可预测性,极大地影响了待履行合同制度效用及功能的发挥。一方面,实体权利需要通过完善的程序性权利来保障,<sup>②</sup>而目前我国企业破产法关于待履行合同选择权行使的程序性规定并不完善,给保护利害关系人权利造成了障碍,主要包括两个方面的问题。第一,规则缺失。现行立法对待履行合同选择权的行使时限是否能够延长、间隔期应对待履行合同做何种处理等问题并未作出规定。第二,现有相关规定的合理性有待进一步讨论。这一问题主要体现在选择权时限是否应根据程序类型的不同进行分别规定、未在法定时限内行权的法律后果以及合同相对人催告相关规则等方面。

另一方面,立法在审查标准上的缺失导致了更进一步的问题。从理论上分析,待履行合同选择权的审查标准在司法实践中的适用应至少体现在人民法院对管理人选择的直接审查以及相关的衍生诉讼两个层面上。审查标准缺失带来的最直接问题是法官在审查管理人的选择时缺乏统一明确的标准和尺度,但更大的问题在于审查标准缺失对待履行合同相关诉讼造成的影响。一个符合逻辑的推论是,在司法实践中关于待履行合同的衍生诉讼应有一定的比例是围绕管理人行使待履行合同选择权是否符合行使标准展开。此类诉讼的样态是:管理人作出继续履行或者解除合同的决定之后,合同相对人或者债权人认为管理人在行使选择权时未能遵循相应的权利行使标准,致使其合法权益受到损害,因此提起诉讼要求人民法院撤销批准管理人决定的裁定。但事实上,通过检索与《企业破产法》第18条相关的司法案例可以发现,几乎所有待履行合同衍生诉讼的原告都是合同相对人,且合同相对人提起诉讼的理由是案涉合同不属于《企业破产法》第18条规定的“双方均未履行完毕的合同”,因此管理人无权就此类合同行使选择权,而非管理人未能恰当行使选择权。由此可见,审查标准的缺失不仅导致管理人在履职中缺乏明确的指引、法官在司法审查中难以把握统一的尺度,而且当事人也无法基于这一标准而进行诉讼,事实上严

<sup>①</sup> 参见余冬生:《论破产法中待履行合同的解除权》,《北方法学》2023年第1期。

<sup>②</sup> 参见施正文:《税收程序价值导论》,载刘剑文主编:《财税法论丛》(第2卷),法律出版社2003年版,第186页。

重阻碍了当事人在管理人不当行使待履行合同选择权时获得有效的救济。

## (二)待履行合同选择权限制的现行法基础

权利的行使必有一定的界限,超过这一正当界限而行使权利,即为权利滥用。<sup>①</sup>待履行合同选择权同样应有严格的边界,并内在地蕴含于其正当性基础及权利价值之中,其行使应受到相应的限制与约束,以充分实现破产法的立法目的。此外,待履行合同选择权有着明显的义务属性,应受到正当程序的约束与人民法院的监督。对待履行合同选择权的限制一方面体现在恰当的程序设计上,以正当程序保障实质公平;另一方面则体现在有效的司法审查机制上,以避免权利被不当行使,促进制度目标及价值的实现。

就对管理人履职的监督与限制而言,《企业破产法》第 69 条规定了履行债务人和合同相对人均未履行完毕的合同属于应向债权人委员会报告的事项。此外,一些待履行合同的处理可能涉及债务人的重大财产。根据《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(三)》第 15 条的规定,管理人处分《企业破产法》第 69 条规定的债务人重大财产的,应当事先制作财产管理或者变价方案并提交债权人会议进行表决,债权人会议表决未通过的,管理人不得处分。结合《企业破产法》第 61 条和第 65 条的规定,如果财产管理方案或者变价方案经债权人会议表决未通过的,则由人民法院裁定。综合上述规定,涉及债务人重大财产的待履行合同,其处理应作为财产管理或变价方案的一部分提交债权人会议表决,同时应向债权人委员会报告,若债权人会议表决未通过,则由人民法院进行裁定。对未涉及重大财产的待履行合同应履行的程序,尚无明确的规定。目前司法实务界比较常见的做法是,管理人将所有待履行合同及其拟定的处理方式汇集成册提交人民法院,人民法院则会对此进行实质审查。但由于管理人提交的材料详略程度不同,因此人民法院进行的实质审查的程度也有所不同。

关于管理人选择是否必须由人民法院批准这一问题,鉴于待履行合同的处理对债务人财产以及合同相对人利益可能造成重大影响,人民法院的事先审查仍是有必要的。英国破产法采取了事先不进行审查,但允许合同相对人事后提出异议的做法,<sup>②</sup>这一做法虽能够为合同相对人提供一定的救济,但显然较之事先审查而言对权利行使的监督更为宽松和薄弱。且应注意的是,人民法院对待履行合同的审查应是实质审查。从效率方面考虑,破产程序中的大量待履行合同属于债务人日常运营相关的合同,对债务人财产意义重大的复杂合同可能只是一小部分,而人民法院实质审查的重点仍然集中于这些可能造成重要影响的合同,因此实质审查并不必然会给人民法院造成过重的负担。此外,人民法院的实质审查与债权人会议和债权人委员会职权相关的法律规定也并无冲突,涉及债务人重大财产的待履行合同仍可按照现有规定由债权人会议表决或报告债权人委员会。

## 二、待履行合同选择权行使的实体限制

人民法院的司法审查是防止待履行合同选择权被不当行使的有效路径,但随之而来的问题

<sup>①</sup> 参见汪渊智:《论禁止权利滥用原则》,《法学研究》1995 年第 5 期。

<sup>②</sup> See Kristin Van Zwieten(editor), Goode on Principles of Corporate Insolvency Law (5<sup>th</sup> Student Edition), Thomson Reuters, 2019, p.236.

是,人民法院进行司法审查应采何种标准?这一问题如何解决无疑是构建更为完善的待履行合同处理制度不可回避的重要议题。

### (一)司法审查标准之争

关于待履行合同选择权司法审查标准这一问题,最具影响力的是美国司法实践中形成的3种标准,但这3种迥异的标准在多大程度上对我国相关制度及规则的完善具有借鉴意义仍有待进一步讨论。

#### 1. 商业判断标准

在待履行合同选择权的3种审查标准之中,影响最为广泛的是商业判断标准。在《美国破产法典》生效前,商业判断标准是司法实践中适用最广泛的标准。<sup>①</sup>商业判断标准并非破产法所创设的一项法律规则,而是来源于公司法,作为对公司董事、监事及高管(即董监高)的决策进行严格形式审查的标准,判断公司董监高是否履行了公司法所规定的义务,进而发展成为避免法院再为事后判断以保护董事基于诚信而为商业判断的一种制度。<sup>②</sup>商业判断标准的核心在于董事本着善意(即没有损害公司的意图),基于合理的信息和一定的理性作出的经营决策,可以认定其并未违反注意义务,从而有效地免受法律责难,即便从公司的角度看这些决定是糟糕的或者是灾难性的。<sup>③</sup>公司法上的商业判断标准的形式要求旨在用来论证管理者在作出决策时是否存在善意,对那些形式上符合要求的决策即不再审查其本身的合理性。<sup>④</sup>

在破产程序特别是重整程序中,管理人或者经管债务人的重要职责之一就是维持债务人企业的继续经营,就债务人的经营事项作出决策。就此而言,管理人以及经管债务人与企业常态经营下董监高所处的地位及承担的义务是极其类似的。对待履行合同的处理涉及众多法律关系与权利义务的调整,但管理人对待履行合同是否继续履行的选择在本质上仍应纳入商业决策的范畴。从这一角度来看,就待履行合同选择权适用商业判断标准进行审查具有一定的合理性。同时,法官并不具备专业的商业知识及经验,商业判断标准能够在很大程度上解决这一问题。

商业判断标准的底色是“司法克制”,因而这一规则能够避免以法官的判断取代董事高度专业性的决策,从而造成不公平的后果。<sup>⑤</sup>在大多数情况下,美国法院会尊重管理人所作的决定,对绝大多数合同采取的都是商业判断标准,除非管理人具有恶意或者滥用其选择权。<sup>⑥</sup>也正是基于这一原因,在有些案例中,法院认定商业判断标准过于宽松却又聊胜于无,只有在极个别情形下法院才会对管理人的决定采取行动。<sup>⑦</sup>

值得注意的是,从美国的司法实践看,待履行合同处理中的商业判断标准与公司法中的商业

① 参见[美]大卫·G.爱泼斯坦、[美]史蒂夫·H.尼克勒斯、[美]詹姆斯·J.怀特:《美国破产法》,韩长印、殷慧芬、叶名怡等译,中国政法大学出版社2003年版,第245页。

② 参见常健、张强:《商业判断规则:发展趋势、适用限制及完善——以有限责任公司股利分配为视角》,《法商研究》2013年第3期。

③ 参见[美]罗伯特·W.汉密尔顿:《美国公司法》(第5版),齐东祥等译,法律出版社2008年版,第339页。

④ 参见翁小川:《商业判断司法谦抑规则研究》,《政法论丛》2021年第4期。

⑤ 参见傅穹、陈洪磊:《商业判断规则司法实证观察》,《国家检察官学院学报》2021年第2期。

⑥ 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社2017年版,第883页。

⑦ 参见[美]大卫·G.爱泼斯坦、[美]史蒂夫·H.尼克勒斯、[美]詹姆斯·J.怀特:《美国破产法》,韩长印、殷慧芬、叶名怡等译,中国政法大学出版社2003年版,第245页。

判断规则并不完全相同。美国法院在借鉴这一规则之初的目的可能与在公司法上的适用并无实质不同,但在长期的适用过程中,这一标准逐渐发展出了不同于公司法层面的独特内涵。这一点体现在,法院在审查管理人的选择时并非完全只是进行形式上的审查,同时也关注其实质结果。例如,在“路博润公司诉里士满金属修整器公司案”<sup>①</sup>中,最终双方真正较量之处并非法律标准是否恰当,而是拒绝履行之后将会产生的效果,在破产法的框架下,商业判断标准不再只是一种纯粹的形式审查,同时也加入了对管理人行为实体结果的判断与考虑,重点在于管理人所作决策是否有利于债务人财产的保值增值。

## 2. 负担标准

也有论者反对商业判断标准,不认可在审查管理人的决策时仅仅关注债务人一方能否从合同履行中获得利益,进而发展出其他两种审查标准——负担标准与利益平衡标准。其中较为常用的是负担标准。根据这一标准,只有继续履行将会导致债务人财产价值实际减少,管理人才能选择拒绝履行合同。<sup>②</sup>换言之,只要继续履行合同能够提升债务人财产的价值,管理人就应选择继续履行,而无论提升价值的多少以及是否有更优选项。负担标准与商业判断标准的核心区别在于是否将继续履行可能造成实际损失作为拒绝合同的必要前提条件。负担标准要求满足这一条件,而商业判断标准则不然。在商业判断标准下,即便实际履行合同并不会对破产财团造成损失,但是如果拒绝这一合同并与其他主体订立新的合同将获得更大的收益,那么管理人就可以拒绝该合同。<sup>③</sup>美国破产法起草委员会针对负担标准这一强制适用的要件进行评论时认为:鉴于破产管理人的一般职责是尽力使债权人获得分配最大化,因此“负担”并非必不可少的要件,并且对财产重新评估后它会刺激管理人对先前预见的品质的追求。<sup>④</sup>

## 3. 利益平衡标准

第 3 种标准是利益平衡标准。商业判断标准关注的是破产财团和债权人整体的利益,负担标准则更多地关注合同相对人的利益。在这两种标准的基础之上,有美国法院认定,不能单一地适用上述任何一种标准,而应注重债权人利益和合同相对人利益的平衡。换言之,如果合同相对人因管理人拒绝合同而遭受的损失与债权人整体因此而获得的利益不成比例,那么法院就可拒绝批准管理人拒绝待履行合同的申请。<sup>⑤</sup>在日本的司法实践中也有类似观点。例如,日本最高裁判所曾作出判决认定,由于法律赋予管理人解除权的立法目的是在当事人公平和破产程序的顺利进行之间寻求平衡,因此,合同解除给对方当事人带来显著不公平的,管理人不得解除。<sup>⑥</sup>

利益平衡也是法律分析中常见的分析方法,如民法在分析权利是否被滥用时,也会通过从权

---

① 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 884 页。

② See *In the Matter of Jackson Brewing Company, Bankrupt.*, 567 F. 2d 618.

③ 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 883 页。

④ 参见[美]大卫·G.爱泼斯坦、[美]史蒂夫·H.尼克勒斯、[美]詹姆斯·J.怀特:《美国破产法》,韩长印、殷慧芬、叶名怡等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 245 页。

⑤ See *In re Chi-Feng Huang*, 23 Bankr. 798.

⑥ 参见金春:《论房地产企业破产中购房消费者的权利保护——消费者保护和债权人可预测性的平衡》,《法律适用》2016 年第 4 期。

利人造成自己得利或他人受损的结果比较予以鉴别,<sup>①</sup>权利人基于行使权利获得的利益,与造成他人或社会的损失严重不成比例时,其权利行使便应受到限制。<sup>②</sup>但也有学者认为,在破产程序中拒绝待履行合同时无须特别考虑合同相对人的利益,因为适用利益平衡标准将会给予合同相对人优待,而这仅仅是由于合同具有待履行性。<sup>③</sup>相较于负担标准,利益平衡标准招致了更多的批评。尽管利益平衡标准的出发点是为了在待履行合同的处理中兼顾合同相对人与债权人的利益,但是其结果却可能导致合同相对人相较于债务人的其他普通债权人获得缺乏正当性的优势,<sup>④</sup>同时也会促使管理人履行应拒绝的合同,导致债务人财产价值的减损,不利于债务人自身的重整。<sup>⑤</sup>

## (二)构建回归待履行合同制度功能的司法审查标准

对上述3种标准的分析是讨论待履行合同选择权审查标准问题时无法回避的,但是问题恰恰在于对已有标准的关注往往可能模糊问题的核心,使解决问题的路径隐藏在这些标准幻化的迷雾之中。破产法的规则设计应紧密围绕其基本功能和立法目的展开,准确定位破产法的功能和立法目的对立法规则的完善有着十分重要的意义。<sup>⑥</sup>待履行合同选择权的审查标准在实质上就内化于这一制度本身的逻辑与价值之中。

### 1. 待履行合同制度的逻辑与价值

依据破产法的公平清偿原则,在破产程序中合同相对人应与其他普通债权人获得同等对待,其享有的破产债权按比例获得清偿。但是待履行合同制度使得管理人可以选择继续履行特定的待履行合同,由此产生的后果在实质上是违反公平清偿原则的。一方面,继续履行某些合同可能构成个别清偿;另一方面,即便在一些情况下继续履行并不构成真正的个别清偿,但这种情形仍然有悖于公平清偿原则。原因在于,合同相对人与债务人之间的合同是在破产之前订立的,两者之间的债权债务关系产生于破产程序开始之前,这一点与债务人的其他普通债权人是一致的。但是,管理人选择继续履行之后,合同相对人得以继续依照合同条款履行剩余合同,这就意味着其破产前的既定交易安排能够继续推进,在待履行合同中的预期收益也得以实现。在债务人的其他普通债权人与债务人交易的预期利益由于债权的按比例清偿而荡然无存时,继续履行的合同相对人却几乎不受破产程序的影响,安然躲过了破产风暴。

破产法赋予管理人待履行合同选择权背后的逻辑在于,对作为合同当事人的债务人一方而言,某些待履行合同之中蕴含着经济价值,相较于解除合同,继续履行虽然使得合同相对人取得了优于其他普通债权人的待遇,但同时也将提升债务人财产的价值或者减少债务人的财产损失,因此其他普通债权人的利益不仅不会由此而受损,反而将由此得以提升。此时继续履行对合同

① 参见彭诚信:《论禁止权利滥用原则的法律适用》,《中国法学》2018年第3期。

② 参见施启扬:《民法总则》(修订第8版),中国法制出版社2010年版,第373页。

③ See Michael T. Andrew, Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding Rejection, 59 University of Colorado Law Review, 845(1988).

④ 参见[美]大卫·G.爱泼斯坦、[美]史蒂夫·H.尼克勒斯、[美]詹姆斯·J.怀特:《美国破产法》,韩长印、殷慧芬、叶名怡等译,中国政法大学出版社2003年版,第246页。

⑤ 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,《法学家》2009年第6期。

⑥ 参见邹海林、周泽新:《破产法学的新发展》,中国社会科学出版社2013年版,第21页。

相对人以及其他债权人而言都是有利的,是一种双赢的结果,因此破产法对此并不禁止。<sup>①</sup>

## 2. 对合同相对人利益的考量

待履行合同的履行涉及诸多利害关系人的利益,需要平衡合同相对人与债务人的利益、合同相对人与其他债权人的利益,是非常典型的利益衡量问题。<sup>②</sup> 最好的法律应取得最大的社会效益,法律的任务就是调整各种相互冲突的利益。<sup>③</sup>

纵观待履行合同选择权 3 种标准之争,一个引发广泛争议的问题是在待履行合同的履行中合同相对人利益的地位问题。在破产程序之中,应将合同相对人的利益及其保护放置在更为广泛的视阈下进行考量。在债务人未破产的情况下,合同相对人与债务人之间的法律关系及其变动通常仅对这两个当事人产生影响。但是,一旦债务人进入破产程序,债务人及其相关主体之间的利益结构就发生了根本性改变,包括合同相对人在内的所有债权人的利益因破产程序而相互联结起来,特别是普通债权人与合同相对人基于相同责任财产受偿,双方利益不免陷入此消彼长的境地。因此,在对破产程序中的主体利益保护进行考量时,必须考虑该主体利益与债权人整体利益之间的相互关系及其影响。

基于这一考虑,在待履行合同的履行中,就选择是否继续履行这一环节似无必要对合同相对人进行特别保护。首先,破产程序中的合同相对人与其他普通债权人处于同等法律地位,理应同等对待。对合同相对人予以特殊保护将导致其他普通债权人利益的减损,在待履行合同的继续履行中,基于合同相对人在破产程序中继续履行合同义务所要承担的风险,可能需要特别关注其利益保护,但是在此之前应同等对待合同相对人及其他债权人。契约严守固然是合同法的核心原则,但这一原则应在合同当事人之间的法律关系框架下发挥作用,如果该原则的落实将损害合同之外其他主体的利益,那么就不应再将这一原则置于价值考量的首要地位。其次,无论管理人做何选择,合同相对人因此而承担的损失也并未超出可预见的范围。市场交易本身就蕴含着潜在的商业风险,合同相对人在订立合同之时就应当预见债务人破产的风险。因此,待履行合同在破产程序中的走向及其结果均属于破产所造成的可预见风险,同样是破产导致的风险,普通债权人承担这一风险即为合理而合同相对人承担同样的风险则不合理,这一观点是缺乏充分法律依据的。再次,破产财产的最大化是贯穿破产法的基本精神,<sup>④</sup>破产立法应当在法条、机制和制度设计上防止债务人财产的不当贬损,并尽可能地提升债务人财产的实际价值,<sup>⑤</sup>根据负担标准而限制管理人的选择不利于这一目标的实现。此外,合同相对人作为普通债权人中的一员,其本身也将基于债务人财产价值的提升而获益。<sup>⑥</sup>最后,基于合同相对人的利益而限制管理人选择权的负担标准以及类似路径能否在实践中有效落实值得商榷。对合同价值的判断在本质上是商业判断,尤其是涉及复杂商业安排的合同,价值评估并非易事,可能具有一定程度的主观性。具言之,并不排除在有更优选择的情况下,管理人为了不再履行某一实际上能够提高债务人财产价值

① 参见王欣新、余艳萍:《论破产程序中待履行合同的履行方式及法律效果》,《法学杂志》2010 年第 6 期;庄加园、段磊:《待履行合同解除权之反思》,《清华法学》2019 年第 5 期。

② 参见丁文联:《破产程序中的政策目标与利益平衡》,法律出版社 2008 年版,第 124 页。

③ 参见孟祥娟:《论利益平衡的法律控制》,《理论探讨》2008 年第 2 期。

④ 参见余延满、年亚:《破产法上待履行合同的履行规则》,《广东社会科学》2021 年第 6 期。

⑤ 参见齐明:《论破产法中债务人财产保值增值原则》,《清华法学》2018 年第 3 期。

⑥ 参见李永军:《论破产管理人合同解除权的限制》,《中国政法大学学报》2012 年第 6 期。

的合同而规避负担标准从其他方面论证这一合同的不利之处。如同一个没有标准答案的开放式问题,从正反两个方面均能找到相应的论证依据。

### 3. 待履行合同选择权司法审查标准的建构

待履行合同选择权制度本身就蕴含着对这一权利的限制与约束,只有那些对债务人财产价值以及债务人重整有利的待履行合同,管理人继续履行的选择才具有正当性及合理性基础,才能为破产法所认可和允许。因此,待履行合同选择权审查标准的核心仍在于待履行合同对债务人财产的价值,不应将这一关键点淹没于各种迥异的标准之中。无论是管理人的履职还是人民法院的审查,均应关注待履行合同是否有利于维护和提升债务人财产的价值,在继续履行或解除之间“两害相权取其轻,两利相权取其重”。

如前所述,商业判断标准适用于待履行合同处理场景有一定的合理性,但在本质上商业判断标准的价值功能与待履行合同选择权审查的目标是不一致的。商业判断标准用于确定董事责任,是一种对董事的保护性推定,即推定董事所作出的商业决策,是在充分知悉信息的基础上,善意且真诚地相信其行为符合公司最佳利益。如果董事没有滥用裁量权,那么法院将尊重董事的商业判断。<sup>①</sup> 商业判断标准关注的是商业决策背后的“人”,市场和商业交易本身蕴含着无法避免的风险,只要决策者是善意的就不应对其课以法律责任,即使其决策本身实际损害了公司利益。因此,商业判断标准作为一种事后判断解决的是责任问题,而不关注决策行为本身。

而在待履行合同处理中,审查标准的意义与价值一方面体现为对管理人行为的指引,另一方面则在于其在司法实践中的应用。就司法适用这一点而言,选择权审查标准指向的应是管理人的决策而非管理人自身。换言之,选择权审查标准是用以判断管理人的选择是否合理恰当,而非管理人是否应就此承担法律责任,此时法院需要进行的是最后一个环节的事前判断,以尽可能促进债务人财产利益的提升。显然,商业判断标准所关注的“善意”或许足以解决是否课以责任这一问题,但在决策本身的合理性判断上却缺乏效率。商业判断标准与待履行合同处理所要求的审查标准的出发点相距甚远。此外,待履行合同选择权针对的是单个合同,其商业复杂性也不及公司高管所进行的大型商业决策。因此,评估其对债务人财产的价值也更为可行。

美国的司法实务部门显然也意识到商业判断标准适用于待履行合同领域的这一重大缺陷,因此开始转而关注待履行合同选择的实质后果而不仅仅只限于形式审查。这一趋势不应称之为对商业判断标准的改造,因为商业判断标准已经有其既定的体系化的概念与内涵。因此,不如将其视为对商业判断标准的逐步摒弃更为妥当。从实用的维度分析,既然实质重点已经发生转变,那么固守商业判断标准之名也无甚意义,反而可能导致理解和认识上的混乱。

此外,应特别注意的是,待履行合同选择权审查标准不仅应用于指导管理人的履职,也应在司法实践中有效发挥作用,包括人民法院实质审查环节以及利害关系人救济环节两个环节,关键在于利害关系人救济环节。从理论上,针对管理人所作选择的异议可能来自两类利害关系人,即合同相对人和债权人。而由此引发的诉讼也应该主要围绕两个争点展开:管理人是否享有待履行合同选择权以及在确有这一权利的情况下,其对权利的行使是否恰当。而目前的司法实践在上述两个方面基本都是缺失的——待履行合同相关的衍生诉讼基本都是由合同相对人提出;诉讼争议的焦点仅集中于管理人是否享有选择权,也就是案涉合同是否属于待履行合同。这两

<sup>①</sup> 参见林一英:《董事责任限制的人法动因与路径选择》,《政法论坛》2022年第4期。

个方面的缺失无疑对利害关系人的救济造成了重大的影响。

因此,待履行合同选择权审查标准应真正落实于司法实践中。首先,人民法院在审查的过程中应严格适用这一标准进行实质审查而不能仅仅作形式审查。但同时应注意的是,法官作为居中裁判者并不具有商业领域的专业知识和经验,其审查在很大程度上仍必须依赖于管理人提交的相关材料,这就要求管理人不仅应向人民法院说明其拟定的处理方式,而且还要提交相关材料以证明继续履行或解除某一合同的正当性。其次,应允许合同相对人或者债权人就管理人行使选择权是否恰当提起诉讼。对管理人行使选择权是否恰当的判断应涵盖两个步骤:其是否享有这项权利、其行使权利是否符合标准,两者缺一不可。在大量的案例中,人民法院的逻辑是由于“管理人享有待履行合同解除权”,因此“管理人解除案涉待履行合同是恰当的”,而在此显然缺失了一个关键步骤。

### 三、待履行合同选择权行使的程序限制

约束待履行合同选择权行使的另一重要途径是程序规制,构建合理高效的程序规则能够最大限度保障权利的正当行使及利害关系人的利益。待履行合同制度主要涉及如下关键的程序问题:选择权行使的时限、间隔期内对待履行合同的处理以及对管理人选择的监督和审查程序。

#### (一)待履行合同选择权行使的时限

很多国家的破产法都规定,管理人必须在一定时限之内决定是否继续履行每一项待履行合同。时限问题看似简单,但也涉及复杂的利益平衡。在时限问题上,管理人与合同相对人之间的利益分歧通常十分明显:合同相对人往往希望管理人能尽早决定,从而作出替代性商业安排,管理人更希望可以推迟作出决策的时间,因为时间的拖延使其能够进行更加灵活的选择。<sup>①</sup>因此立法确定的时间期限既不能过分拖延给合同相对人带来过大的不确定性,也不能过于短暂以至于管理人无法在期限内作出决定。

##### 1.选择权行使时限的分化

关于待履行合同选择权行使期限的规定一般包括 3 方面的内容:一是管理人行使选择权的期限,二是合同相对人的催告权以及管理人收到催告后行使选择权的期限,三是管理人未能在法定期限内作出是否继续履行决定的法律后果。《企业破产法》第 18 条第 1 款规定,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 30 日内未答复的,视为解除合同。

目前,这一规定已经涵盖前述 3 方面的内容。但相比其他国家,这一规定显然过分简化,有失灵活。<sup>②</sup>以美国破产法为例,美国破产法在 20 世纪 30 年代修改之前,对待履行合同选择权行使的期限并无明确的规定,管理人或者衡平接管的接管人可以在一段“合理时间”内作出选择,因此,即使这段时间很长通常也能够获得批准。《美国 1938 年破产法》第 70b 条增加了关于选择

<sup>①</sup> 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 877 页。

<sup>②</sup> 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,《法学家》2009 年第 6 期。

权行使时限的规定,规定了60日的期限,但是仅限于清算程序。<sup>①</sup>之所以进行这一差异化的处理,是因为美国国会认为在重整程序中管理人或经管债务人应该享有更大的自由。

1984年,美国国会对《美国破产法典》第365条进行了修订,将清算程序中的60日时限要求适用到了重整程序中的非住宅性不动产租约的承继和拒绝。《2005年防止破产滥用及消费者保护法案》将这一时限修改为120日。此后,美国国会又在2020年12月7日生效的《2021年综合拨款法案》中对破产程序中租约处理的相关条款再次进行了修改。该法案将管理人或经管债务人作出承继或拒绝履行的时限由120日延长到210日。如果法院认为有合理理由,那么债务人最多可以将这一期限延长到300日。

由此可见,具体期限的确定与立法所采的价值取向有紧密的联系。特别是在美国,自1978年以来,该款规定一直都是在特殊利益群体驱动下立法最为频繁的地方。<sup>②</sup>从各国的立法来看,具体时限为28天至60天不等。目前我国企业破产法规定的时限在我国破产实践中是否恰当仍然有赖于进一步的实证研究,也是我国企业破产法修订时应予以关注的内容之一。与时限长度的确定相比,更重要的问题是应否为清算和重整程序分别设置时限。

客观而言,清算程序的目的是尽快将债务人资产变现向债权人进行分配,即便进入清算程序后管理人基于债务人财产价值最大化的考虑继续维持债务人企业的经营,也仅仅是暂时的。而在重整中,与公平清偿债权人同等重要的目标是促进债务人的复苏,因此,管理人需要考虑的不仅仅是在程序中维持债务人的继续经营,更为重要的是确保债务人在重整程序结束之后仍然能够良好运营。因此,在重整程序中处理待履行合同显然比在清算中要更为慎重,需要考虑的因素也更为复杂。就此而言,在重整程序中允许管理人有更长的时间来决定是否继续履行待履行合同也是十分合理的。在清算程序和重整程序中为管理人设定不同的决策时限,有利于提高立法的灵活性,促进债务人的重整成功,同时也不会对合同相对人的利益造成不当减损,我国破产法应对此予以考虑。

## 2. 未在法定时限内行权的法律后果

管理人未能在法定期限内作出是否继续履行合同的决定,根据《企业破产法》第18条的规定,在此种情况下视为合同自动解除而不是继续履行,这一规定有其合理之处。继续履行需要双方当事人的配合,在管理人未明确表示要继续履行合同的条件下,即使立法规定合同自动继续履行,管理人在后续的履行中也可能不配合,或者要求解除合同。这一规定也是出于保护债务人财产,使其免于被草率地承担共益债务的考虑,因此,管理人决定继续履行合同时需要采取一些行动,如果在一定的期限之内管理人并未采取任何行动,那么视为管理人拒绝了合同。<sup>③</sup>值得关注的是,根据《美国破产法典》第7章清算程序的规定,管理人未在规定的期限内作出选择即视为其拒绝履行;但是第11章重整程序的规定则相反,对待履行合同的拒绝必须获得法院的批准,管理人必须证明“普通债权人能够从拟进行的拒绝中获得重大的实质的利益是具有合理可能性的”以

<sup>①</sup> See Lee Silverstein, Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization, 31 University of Chicago Law Review, 467(1964).

<sup>②</sup> 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社2017年版,第877页。

<sup>③</sup> See Michael T. Andrew, Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding Rejection, 59 University of Colorado Law Review, 845(1988).

获得法院对其拒绝履行的批准。<sup>①</sup> 清算与重整采取不同规定的原因在于,清算程序中的债务人不再继续营业,因此拒绝履行通常是恰当的选择,但是重整程序中的债务人将继续存续,而待履行合同对债务人的继续经营可能至关重要,因此管理人的拒绝履行必须得到法院的批准。未在法定期限内行权的法律后果这一问题的关键之处在于,无论是视为默认解除还是默认继续履行,都将导致对选择权行使的审查在实质上被规避。

管理人未在规定期限内就待履行合同作出选择视为继续履行或拒绝履行,立法作此规定主要是为了避免合同长期处于不稳定状态,确保在规定的期限内就待履行合同是否继续履行有一个明确的结果。但在这一规定之下,选择权行使标准落空似乎是无法避免的。因此,关于这一问题的另一思路是只规定管理人作出选择的期限而不再规定未在这一期限内作出选择所导致的默认法律后果,如同破产法中关于其他事项期限的规定。若管理人未能在规定期限内作出选择,则可赋予合同相对人相应的救济或对管理人进行相应的惩戒以督促管理人尽快履职。这一思路可以确保管理人的选择均经过人民法院的实质审查,避免选择权行使标准落空。

### 3. 行权时限能否延长

从《企业破产法》第 18 条的文义看,并不存在行权时限延长的可能性。这一规定虽然在一定程度上确保了合同相对人的可预期性和确定性,但是无疑也存在缺乏灵活性的问题。《企业破产法》第 79 条已然允许在有正当理由的情况下,经债务人或者管理人请求,重整期间在 6 个月的基础上延期 3 个月。在这种情况下,待履行合同的处理作为管理人在重整中重要的决策内容之一,其时限亦应可以相应延长。从美国破产法看,在几乎所有情形下,破产法院都拥有延长或缩短选择时限的权力。法院需要通过平衡当事人之间的利益来决定是否允许对时限进行延长或者缩短,同时,提出延长或缩短时限要求的当事人应举证证明其要求是合理的。<sup>②</sup> 至于可延长的期限,笔者认为不应该超过立法本身规定的时限。同时,出于确保破产程序稳定性、提高合同相对人的确定性的考虑,管理人应仅能延长一次对待履行合同进行选择决策的期限。

### 4. 合同相对人的催告权

我国企业破产法明确规定合同相对人享有催告权。但如果对合同相对人的催告权不加限制,那么实质上将架空破产法关于两个月确定时限的规定。因为一旦合同相对人进行催告,管理人就必须在 30 日之内回应。因此,应从以下两个方面对合同相对人行使催告权进行限制。

第一,应考虑到是否需要债权人会议或债权人委员会通过待履行合同是否继续履行的决定。德国破产法上的主要观点为,只有在第一次债权人会议之后管理人才应作出决定,因为破产法明确规定了关于破产企业处置的事项须由第一次债权人会议进行决定,如果允许管理人基于合同相对人的催告而在此之前进行决策,那么将会架空法律赋予债权人会议的权利。<sup>③</sup> 从我国破产法的实践来看,特定待履行合同可能涉及债务人的营业或者重要财产的管理和处置,而此类事项属于债权人会议的职权范围,催告权的规定可能导致此种后果。

<sup>①</sup> See Michael L. Cook, Bankruptcy: Judicial Standards for Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy Code Reorganization Cases, 1980 Annual Survey of American Law, 700 (1980).

<sup>②</sup> 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 877 页。

<sup>③</sup> 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,《法学家》2009 年第 6 期。

第二,合同相对人是否可以行使催告权应基于待履行合同的性质。如果就所有待履行合同,合同相对人均可行使催告权,那么可能给管理人的决策施加过大的压力。因此,应在一定程度上限制合同相对人行使催告权,只有在管理人尽快作出决定将给合同相对人造成极大损失等情况下,合同相对人才可对管理人进行催告。例如,对具有一定时效性的合同,应允许合同相对人行使催告权,督促管理人尽快作出决定,避免合同相对人蒙受不必要的损失。

## (二)间隔期对待履行合同的处理

在待履行合同处理中常常被忽视的一个问题是,在管理人作出是否继续履行决定前的间隔期内,待履行合同处于何种状态,当事人是否有义务履行合同。虽然破产程序中的大量事项可以通过协商的方式解决,但是立法仍应提供明确的规则,一方面在协商不成的情况下提供一个解决问题的方案,另一方面也是为当事人之间的协商提供预期和底线。

### 1.问题源起

首先应明确的是,破产程序的开始本身并不影响合同的效力,合同并不因一方当事人进入破产程序而自动解除或终止。德国联邦最高法院认定随着破产程序的启动,合同请求权应该只是丧失其可执行性,双方暂时不能请求对方履行,如果管理人选择履行,那么请求权会取得新的权利属性。<sup>①</sup>美国破产法也认可,破产程序启动后待履行合同仍然存续,但合同仅是单方面丧失执行力,管理人仍可要求对方履行合同义务。

就破产程序启动后合同的执行力问题,依据合同法与破产法的一般规则,首先,从债务人的角度看,禁止个别清偿是破产程序最核心的原则之一,以保障债权人之间的公平,因此一旦破产程序开始,合同相对人均无权请求继续履行。<sup>②</sup>其次,从合同相对人的角度看,债务人进入破产程序已然构成“经营状况严重恶化”,或者属于“有丧失或者可能丧失债务能力的其他情形”,因此,合同相对人可以主张不安抗辩权,有权暂时中止合同义务的履行。就此来看,破产程序启动后,待履行合同虽然有效,但是对合同双方均丧失了执行力。

但上述结论在司法实践中可能带来难以解决的困境,如果一旦进入破产程序,所有待履行合同的合同相对人就可以中止履行,那么可能导致的后果是管理人无法进行充分的考虑,只能仓促决定继续履行。从管理人的角度看,由于某些合同的重要性,债务人可能难以承担中止履行的后果,因此,即使之后可能会有更有利的选择或者可能调研之后发现这一合同是需要解除的,但是当下结论是未知的,管理人只能匆忙决定继续履行。此外,对诸如不动产租赁合同,在客观上也无法要求债务人在间隔期先搬出租赁的房屋,等决定继续履行之后再搬回。

从另一个角度看,间隔期规则的缺失也可能给合同相对人的利益带来极大的损失。例如,就融资租赁合同而言,在管理人作出选择前的间隔期内融资租赁合同继续存在,作为承租人的债务人一方虽基于禁止个别清偿暂不履行租金支付义务,但仍然享有对租赁物占有、使用的权利,如果破产管理人最终决定解除合同,那么对承租人所负担的决定期间的租金支付义务,出租人只能申报一般破产债权。<sup>③</sup>此类情形造成不公平的根源来自在间隔期这一特殊时期,债务人可能未继续履行合同义务,但某些合同相对人却陷入了被迫履行的境地。

<sup>①</sup> 参见[德]乌尔里希·福尔斯特:《德国破产法》(第7版),张宇晖译,中国法制出版社2020年版,第130页。

<sup>②</sup> 参见王欣新、余艳萍:《论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果》,《法学杂志》2010年第6期。

<sup>③</sup> 参见曲天明、谭润泽:《论承租人破产时融资租赁合同的解除权》,《学术交流》2022年第5期。

因此,现行法关于间隔期待履行合同处理的空白可能造成 3 个后果:第一,待履行合同选择权的功能无法完全发挥,管理人可能无法选择更为有利的方案;第二,管理人的选择未经过充分考虑和论证,极有可能在选择继续履行之后仍然需要解除合同,给债务人财产和债权人利益造成损失;第三,给合同相对人的利益造成损失。

## 2. 美国破产法的处理

美国破产法在这一问题上的理论和规则有值得借鉴之处。大多数美国法院认定,在待履行合同被承继或拒绝之前,合同继续存在,管理人或经管债务人可以要求对方履行合同,但反之则不可以。<sup>①</sup> 法院也承认这种单方面的履行可能会给非债务人一方造成负担,但总的来说有利于债务人财产的增值。<sup>②</sup> 换言之,管理人在尚无法作出最终选择的情况下,能够要求相对人履行义务,同时由于管理人并未正式承继合同,因此该合同对管理人而言并不具有完全的拘束力。<sup>③</sup> 此外,管理人要求合同相对人在间隔期内履行合同并不像正式承继合同那样需要纠正先前发生的违约并提供充分保证。合同相对人的履行义务是为了等待管理人作出决定,因此,对不能承继的合同,合同相对人在间隔期内没有履行的义务。美国破产法审查委员会曾对单边性质的执行力规则进行了审慎的评估,尽管委员会理解非债务人之当事人对更高的确定性以及特定形式的充分保证的渴求,但也认为要求其进行申请后履行的一般性规则仍是合理的。<sup>④</sup>

基于对合同相对人利益的保护,在破产财团要求相对人履行合同的范围内,相对人有权主张其向破产财团实际提供的所有利益获得合理对价补偿,且该债权在破产案件中具有管理费用优先顺位。<sup>⑤</sup> 值得注意的是,对合同相对人补偿的是破产财团所获得的利益,而不是合同约定的数额。易言之,即使合同相对人按照合同约定提供了某标的物,但如果债务人没有实际使用,那么在计算对合同相对人的补偿数额时也不应考虑该标的物。其理由可能在于,管理费用优先权的存在应该取决于破产财团是否获得了利益,而不是取决于一个特定债权人是否蒙受了损失。但是,对此也有不同的观点。美国破产法审查委员会在 1997 年的报告中就对上述对合同相对人补偿的计算方式提出了质疑,认为对合同相对人的补偿,应根据合同法的一般原则来确定。<sup>⑥</sup> 因此,该委员会提出的方案关注的是合同相对人合理且不可避免地承受的损失。

基于上述规则对合同相对人造成的负担,美国国会通过立法增加了上述规则的例外情形,对于非住宅性不动产租约、特定动产租约以及知识产权许可协议,经管债务人即使在破产申请后也应及时履行其合同义务。在《1984 年破产修正和联邦法官法案》中,国会增加了特殊规则,以在

<sup>①</sup> See Michelle M. Harner, Final Report of the ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2014), Book Gallery, Book 97, p. 116, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/books/97>, 2022-03-11.

<sup>②</sup> See Michelle M. Harner, Final Report of the ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2014), Book Gallery, Book 97, p. 117, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/books/97>, 2022-03-11.

<sup>③</sup> See Douglas W. Bordewick, The Postpetition, Pre-Rejection, Pre-Assumption Status of an Executory Contract, 59 American Bankruptcy Law Journal, 197 (1985).

<sup>④</sup> 参见美国破产法协会:《美国破产重整制度改革调研报告》,何欢、韩长印译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 136 页。

<sup>⑤</sup> 参见[美]查尔斯·J. 泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 946 页。

<sup>⑥</sup> See National Bankruptcy Review Commission, Bankruptcy: the Next Twenty Years, U.S. Government Printing Office, 1997, p. 468.

不确定期间内对商业不动产租约的合同相对人提供更多的保护。对商业不动产租约,管理人对合同相对人的补偿不再是根据破产财团获得的利益计算,而是要严格、全面履行租约条款。在《1994年破产改革法》中,美国国会又针对商业动产的租约增加了新的规定,管理人或经管债务人必须全额支付所有租赁财产的租金,无论破产财团是否实际使用这些财产。<sup>①</sup>

### 3. 对不安抗辩权的适度突破

有学者认为,在破产程序中就每一待履行合同,管理人都仅能行使一次选择权,如果允许其多次选择,那么可能会对合同相对人的利益造成重大不利的影响,同时也违背诚实信用原则。<sup>②</sup>但是,正如前述,对很多合同而言,合同的持续履行是所有继续履行该合同的决策的先决条件。<sup>③</sup>一旦中止履行,以后可能将无法继续履行。因此,如果严格遵守待履行合同进入破产程序后对双方均没有执行力这一规则,那么管理人为了避免出现以后无法选择继续履行的情况,只能先选择继续履行,而不论审慎研判之后的结果是否的确是要继续履行。而这将导致在实践中出现大量的纠纷,因为某些合同中止执行在客观上可能是不现实的。并且,虽然管理人选择继续履行之后可以再依据合同法解除合同,但是在已经选择继续履行的情况下,再行解除合同产生的恢复原状的义务及损害赔偿债权均要全额清偿,如同在破产程序之外。继续履行之后的解除无疑会减损债务人财产的价值。

因此,在这种情况下,有必要适当突破合同法关于不安抗辩权的规定,在特定情形下允许管理人要求合同相对人在间隔期内继续履行。但美国破产法关于这一问题的立场显然是过分偏向债务人一方的,而对合同相对人的利益有过于漠视之嫌。

我国破产法在构建相应规则时应坚持利益平衡的原则,既要保障最大程度实现待履行合同制度的价值与功能,又不能过分疏于对合同相对人的保护。首先,只有针对特定合同,管理人才应有权要求合同相对人在间隔期内继续履行。此类合同主要包括对债务人经营具有重要影响的租约、知识产权合同等继续性合同,以及债务人运营所必需的原材料供应合同,等等。立法对此应进行严格限定,以防管理人滥用权利。其次,在合同相对人在间隔期继续履行应获得的保护方面,较为充分的保护是要求债务人也按照合同约定履行义务或者由此承担的债务作为共益债务清偿。合同相对人在间隔期继续履行,完全是基于债务人财产和债权人整体的利益,且合同相对人在债务人破产、合同是否继续履行尚不得而知的情況下仍要继续履行义务,给合同相对人带来了很大的风险,因而,对合同相对人进行充分保护是十分必要的。<sup>④</sup>根据债务人财产实际获得的利益来计算合同相对人应获补偿的方式,对合同相对人而言极为不公。

此外,如果管理人未能履行相应合同义务,那么应视为其正式选择不再继续履行。主要理由是,如果在间隔期管理人就无法继续履行合同义务,甚至无法提供有效的担保,那么债务人此后继续履行合同的能力无疑是值得质疑的,继续履行将可能给合同相对人带来更大的风险。合同相对人在间隔期继续履行合同义务,已经承担很大风险,债务人不应有权避免所有风险而仅享有

<sup>①</sup> 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》,韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社2017年版,第952页。

<sup>②</sup> 参见王欣新:《对管理人合同选择履行权的正确理解》,《人民法院报》2013年1月16日。

<sup>③</sup> See David Hahn, The Internal Logic of Assumption of Executory Contracts, 13 University of Pennsylvania Journal of Business Law, 723(2011).

<sup>④</sup> 参见张玉海:《民法典时代破产法上待履行合同“涤除”制度再造》,《华东政法大学学报》2022年第5期。

获利的机会。

#### 四、结 语

破产程序中的待履行合同制度牵涉复杂的利益平衡,对提升债权人整体利益、推动债务人重整成功具有重要的意义。对待履行合同选择权进行必要及合理的限制是这一制度不可或缺的重要组成部分,对此应给予充分关注。无论是以司法审查为中心的实体限制还是程序限制,其根本目的都是避免管理人或债务人不当行权,促进待履行合同选择权制度功能的充分发挥。在具体规则的设计上,应考虑到破产程序中的特殊利益结构,包括债务人与合同相对人之间以及合同相对人与其他普通债权人之间的利益平衡,一方面不应忽视合同相对人在待履行合同继续履行中所面临的潜在风险,另一方面对合同相对人的特别保护必须具有充分的正当性基础。只有确立了完善明确的权利限制体系,待履行合同制度的价值才能充分发挥,从而推动破产制度整体向着更加公平高效的方向发展。

---

**Abstract:** The option to the executory contract has specific functions and purposes, and the exercise of such power should be subject to restrictions and supervision. Due process and judicial review are effective ways. However, the current legislation still has major deficiencies in these two aspects, which have caused considerable obstacles in judicial practice and caused damages to the interested parties. In view of the possible significant impact of the executory contract on the estates and the interests of the counterparty, the court's substantive review is still necessary. The review standard for the option of the executory contract is essentially internalized in the logic and function of the system itself, and the key lies in the value of the executory contract to the estates and the debtor's reorganization. The interests of the counterparty have no legitimate basis for special protection at this stage. The function of the business judgment standard is inconsistent with the purpose of judicial review of executory contracts. As a result, the business judgment standard should not be introduced into such review. There should be different time limits for options in the liquidation and the reorganization and allow this time limit to be extended under certain circumstances. At the same time, it should be considered to cancel the default legal consequences of not exercising rights within the statutory time limit and restricting counterparties' right of interpellation. Finally, it is necessary to break through the rules of unstable counter-argument right and allow the trustee to require the counterparty to continue to perform during the interval in certain circumstances.

**Key Words:** executory contract, enterprise bankruptcy law, judicial review, business judgment standard, exercising procedures

---