

论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式

王欣新 乔博娟

(中国人民大学法学院 北京 100872)

内容提要:破产法通常赋予管理人对待履行合同以选择履行权,同时规定对某些特殊合同中管理人的合同解除权予以限制,租赁合同尤其是不动产租赁合同就是其中最为典型的一种。在破产程序中,原则上应当尊重合同法等非破产法给予租赁合同的特殊保护,限制管理人对未到期租赁合同的选择履行权,尤其是对出租人的解除权加以限制。当承租人破产时,赋予管理人选择履行权而限制出租人的解除权,有利于管理人根据实际情况作出合理的选择处理;当出租人破产时,对管理人的合同解除权加以限制,严格限定解除合同的条件以防其滥用解除权损害合同相对人的利益。如果承租人选择继续履行未到期租赁合同,管理人应对其租赁权给予尊重,并且在变价出售租赁物时适用买卖不破租赁的规则和优先购买权的规定。

关键词:破产程序 待履行合同 租赁合同

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2015.03.007

如何正确处理待履行合同是破产法理论与实践中的重要问题,它直接影响合同相对人的利益和破产财产的实现价值,而且关系到社会经济秩序的稳定。然而,我国《企业破产法》仅对待履行合同的处理原则作出了一般性规定,并未对诸如租赁合同、委托合同以及知识产权许可合同等特殊合同的合理解决作出特别规定。在实践中,如果不考虑合同的特殊性而赋予管理人不加限制的选择履行权,特别是对合同的解除权,不仅可能会不公平地损害合同相对人的利益,而且由于违背合同法的合理规则,

也不利于维护市场交易的安全与稳定。笔者认为,鉴于租赁合同尤其是不动产租赁合同的特殊性,有必要对管理人的合同解除权加以限制,以期公平保障合同双方当事人的利益,增强市场交易之确定与安全,维护社会经济秩序。

一、破产程序中的待履行合同及其处理原则

(一) 待履行合同的界定及其类型化

探讨破产程序中未到期不动产租赁合同的处理,首先需要明确待履行合同的概念。然而笔者发现,各国立法对“待履行合同”的概念往

作者简介:王欣新(1952—),男,汉族,北京市人,中国人民大学法学院教授,破产法研究中心主任,北京市破产法学会会长。

乔博娟(1988—),女,汉族,陕西西安人,中国人民大学法学院博士研究生。

往并无十分明确之规定。如美国《破产法典》第365条虽然对于待履行合同和未到期租约(executory contracts and unexpired leases)有着长达数页的详尽规定,但是并未明确界定“待履行合同”和“未到期租约”的概念。美国破产法起草委员会在其报告中认为,“对‘待履行合同’不需要作出明确的界定。因为一般而言,其含义是容易理解的,使用任何简洁的法律语言对其作界定都可能在无意中造成遗漏或者混淆”。^①“未到期租约”是“待履行合同”项下的概念。根据美国破产法委员会的报告,“未到期租约”不包括“根据合同条款或破产法以外的法律,因债务人的违约而在破产申请日之前终止”的租约。^②如果租约条款已获实现,或者租约的一方当事人已根据州法采取必要的行动终止了该租约,则该租约不属于“未到期租约”。^③

与美国《破产法典》直接使用“待履行合同”这一高度抽象的概念不同,大陆法系国家甚至并未赋予此类合同一个概括性的称谓,而是在立法中对其进行直白的描述。如德国《破产法》称之为在破产程序开始时尚未为债务人和对方当事人履行或未完全履行的双务合同;^④日本《破产法》称之为破产人及其合同的对方在破产程序开始之时均未履行完毕的双务合同;^⑤我国《企业破产法》第18条则规定为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。值得注意的是,无论具体措辞

如何,各国破产法几乎都将此类合同的特征概括为破产程序开始时债务人和对方当事人均未履行完毕。双方“均未履行完毕”是大陆法系国家界定待履行合同的标准。据此,待履行合同的构成要件如下:其一,就存续期间而言,待履行合同应是成立于破产程序开始之前,且于破产程序开始时尚未终止的合同;其二,就合同类别而言,待履行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、有偿保管和有偿委托等合同,^⑥因为只有双务合同才存在双方“均未履行完毕”的情况;其三,就履行状态而言,待履行合同的履行状态为双方当事人均就合同给付义务存在未履行完毕的情形。^⑦综上所述,所谓待履行合同是指在破产程序开始前成立,债务人和对方当事人对合同给付义务均未履行完毕的合同。

由于待履行合同范围广泛、种类繁多、性质不一,各国立法对待履行合同的规定大多采用一般原则与例外情形并举的分类处理模式。如美国《破产法典》第365条在规定了待履行合同的一般处理原则后,又以列举方式规定了特殊类型合同包括租赁合同、知识产权许可合同以及贷款合同等的处理;^⑧日本《破产法》在对待履行合同作出一般原则规定后,又分别规定了以持续支付为目的的双务合同、租赁合同、委托合同、存在市场行情的商品交易所涉及的合

① Report of the Commission on Bankruptcy Laws of the United States, Part III, H. R. Doc. No. 93 ~ 137, 93d. Cong., 1st Sess. 1973, pp. 198 - 199.

② See Report of the Commission on Bankruptcy Laws of the United States, Part III, H. R. Doc. No. 93 ~ 137, 93d. Cong., 1st Sess. 1973, p. 156. 美国破产法委员会的报告指出:“一个依据州法有效终止的租约不会因为破产申请的提出而重新变得有效”。

③ 参见[美]大卫·G·爱泼斯坦等:《美国破产法》韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第231页。

④ 参见德国《破产法》第103条。See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

⑤ 参见日本《破产法》第53条。See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破产法&r=s&q=破产法, 访问日期:2015年1月27日。

⑥ 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,载《法学家》2009年第6期,第92页。

⑦ 参见兰晓为:《破产法上的待履行合同研究》,人民法院出版社2012年版,第24页。

⑧ 11 USC Sec. 365.

同的特别处理;⑨德国《破产法》则对定期行为、金融给付、可分割给付、所有权保留、租赁合同、雇佣合同以及委托合同等作出了特别规定。⑩有的学者认为,立法对特殊种类合同逐项列举规定,难免有所遗漏,且有些无名合同难以规定,因此主张对需特殊处理的待履行合同予以类型化处理,并以管理人选择履行权是否完整为标准,将待履行合同分为选择履行权不受限制的“完全待履行合同”和受限制的“不完全待履行合同”两大类;又基于选择履行权受限内容的差别,将“不完全待履行合同”进而划分为三类:继续履行受限的不完全待履行合同、转让受限的不完全待履行合同以及解除受限的不完全待履行合同。⑪如果借鉴这一分类方法,本文所探讨的租赁合同主要是以使用、收益为目的的不动产租赁合同(下文中的租赁合同均指不动产租赁合同),属于管理人解除合同选择权受限的不完全待履行合同。

(二) 待履行合同的履行原则

在司法实践中,债务人在破产申请受理前成立的合同依其履行程度的不同,大致有以下三种处理方式:其一,对于债务人已完全履行而对方当事人尚未履行或未履行完毕的合同,管理人无权决定解除,只能要求对方当事人继续履行。债务人因对方当事人未履行而享有的债权,属于破产财产。其二,对于对方当事人已完全履行而债务人尚未履行或未履行完毕的合

同,管理人原则上不能决定继续履行,因此时已形成对方当事人对债务人的债权,继续履行合同实际上将构成对个别债权人的违法清偿。通常情况下,管理人应解除合同,对方当事人虽可将损害赔偿额作为破产债权,却只能依破产程序得到一定比例清偿,比债务人继续履行合同支付给对方的金额要少得多。当然,如果情况相反,也可以继续履行合同。这两种情况均不属于破产法上的待履行合同。其三,对于债务人和对方当事人而言均未履行完毕的合同,即本文所探讨的“待履行合同”,一般赋予管理人选择权,其目的在于使破产财产的价值达到最大化和尽量减少负债,以及在重整中使债务人能够尽可能不中断地继续生存和营业下去。这些目标如果要实现,将可能涉及利用那些有利于和有助于提高破产财产的价值合同(包括有利于继续使用可由第三方拥有的关键财产的合同),而拒绝那些造成负担的合同或持续履约成本超过可从合同取得的收益的合同。⑫简而言之,对于仅有一方当事人尚未履行或未履行完毕的合同,无需制定特殊规则,直接适用合同法和破产法的一般规定处理即可;只有对那些双方当事人均未履行完毕的“待履行合同”,破产立法才有必要作出特殊规定。

在合同当事人破产的情况下如何处理待履行合同,涉及到立法宗旨与社会政策的平衡问题。一方面,即使是在合同当事人破产的情况

⑨ 参见日本《破产法》第53~58条。See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破产法 &r=s&q=破产法,访问日期:2015年1月27日。

⑩ 参见德国《破产法》第104~117条。See *Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866)*, <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>,访问日期:2015年1月27日。

⑪ “完全待履行合同”是指破产管理人选择权的范围不因合同自身性质而缩小,管理人决定继续履行、解除或转让合同之前,合同具有一切可能走向的初始状态的待履行合同。“继续履行受限的不完全待履行合同”是指破产管理人对合同的继续履行权在立法上受到限制,或在理论上理应受到限制的合同,具体包括三类合同,即非破产方风险过大的合同、非破产方享有法定任意解除权的合同以及有交易所行市的买卖合同。“转让受限的不完全待履行合同”是指破产管理人对合同的转让权在立法上受到限制,或在理论上理应受到限制的合同,具体包括根据合同性质不得转让的合同、法律规定不得转让的合同以及继续履行受限的不完全待履行合同。“解除受限的不完全待履行合同”是指破产管理人对合同的解除权在立法上受到限制,或在理论上理应受到限制的合同,具体包括三类合同:一是以使用、收益为目的的合同,二是涉及公共利益合同,三是劳动合同。参见兰晓为:《破产法上的待履行合同研究》,人民法院出版社2012年版,第31~37页。

⑫ *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 120.

下,也应当尽可能地维持合同法的一般原则与适用,以保障具有普适性的公平,维护市场之交易安全 and 经济秩序的稳定。另一方面,为适应合同当事人破产这一特殊情况的发生,立法又有必要干预既定的合同原则,作出相应的调整,以保障实质公平在债务人破产的非常态条件下的实现。这就要求立法者公平权衡二者的利益与重要性,以确保在一般公共政策目标、破产目标和商业关系具有可预测性之间保持适当平衡。如果破产法采取可能与一般合同原则相对立的干预履约的做法,那么对这些权力的行使程度和哪些类型的合同可能受到影响需仔细考虑。具体而言,在重整程序中,其目标是使债务人能够存活并且尽量继续经营其业务,因此应延续对债务人企业有利或必不可少的合同以及有助于提高破产财产价值的合同,例如提供基本货物和服务的合同,或涉及使用对企业继续经营至关重要的财产(包括第三方拥有的财产)的合同。同样,也可以通过允许管理人否决负担沉重的合同而提高成功的前景,例如那些履约成本高于预期获利的合同,或者租金超过市场价格的尚未到期的租赁合同。而在清算程序中,程序启动后延续合同的可取性或许不如在重整中那么重要,但合同可使债务人企业或某项特定资产增值的,或者可以促进将企业作为营运资产出售的情况除外。例如,在一份租赁合同中,如果租金低于市价而且余下较长的租期,那么出售这份租赁合同可能为债权人创造价值。^⑬

纵观各国立法,对待履行合同的处理普遍遵循上述原则,赋予管理人选择履行权。如美国《破产法典》第365条(a)规定,破产管理人根据法庭的正式批准,可以接受或拒绝债务人的任何待履行合同和未到期租约。德国《破产法》第103条规定:“如果在破产程序开始时,

双务合同尚未为债务人和对方当事人履行或未履行,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。如果破产管理人拒绝履行,则对方当事人只能作为破产债权人对因未履行而产生的债权提出主张。如果对方当事人催告破产管理人行使选择权,破产管理人应当毫不延迟地对其是否要求履行作出意思表示。如果破产管理人未及时作出表示,则不能再坚持要求对方履行合同。”^⑭日本《破产法》第53条规定:“关于双务合同,破产人及其合同的对方在破产程序开始之时均未履行完毕的,破产管理人可以解除合同或者履行破产人的债务从而请求合同的对方履行债务。合同的对方当事人可以向破产管理人提出催告要求其作出明确答复,即确定一定的期限,在该期限内解除合同或者提出履行债务的请求。在此情况下,破产管理人在该期限内未作出明确答复的,则视为已解除合同。”^⑮

我国《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三十日内未答复的,视为解除合同。”各国破产法之所以规定在此种情况下管理人可以解除合同,是因为债务人已经进入破产程序,在很多情况下已经不再具备继续履行合同的实际能力,尤其是在债务人进入破产清算程序后,原则上只应在清算目的范围内活动,所以对未履行完毕的合同可以决定不再履行。管理人决定解除或者继续履行合同,应当以保障债权人权益最大化为基本原则,同时还应考虑到对方当事人因合同解除而可能提出的损害赔偿额,

^⑬ See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, pp. 120~121.

^⑭ See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

^⑮ See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破产法 &r=s&q=破产法, 访问日期:2015年1月27日。

综合权衡利弊来决定。此外,为使破产案件受理后未履行的合同关系不致长期处于不稳定状态,影响对方当事人的权益,《破产法》还规定了对方当事人享有对合同是否继续履行的催告权,并规定了管理人行使继续履行合同权利的最长期间。^{①⑥}该条第2款进一步规定:“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。”为保障合同对方当事人的正当权益,在管理人决定继续履行合同时,首先应当补救债务人可能已经存在的违约状况。因继续履行合同而发生的债务属于共益债务,从债务人财产中优先支付。^{①⑦}管理人决定解除合同(包括视为解除合同)时,对方当事人因合同解除所产生的损害赔偿请求权为破产债权。^{①⑧}

破产法在对待履行合同的履行规定一般性原则的同时,也必须考虑对某些特殊类型合同规定例外之情形。联合国国际贸易法委员会制定的《破产法立法指南》中指出,管理人处理待履行合同权力的例外一般分为两类,第一类涉及特定种类合同,第二类涉及不能继续履行的合同(如不可替代的个人服务合同^{①⑨})。就特定种类合同而言,破产法规定可以推翻自动终止条款,^{②⑩}但是似乎应该为诸如短期金融合同(例如互换交易合同和期货合同)、保险合同和贷款合同规定具体的例外。对否决权的限制可能也适用于劳动合同和债务人是出租人、特许

权给予人或者知识产权许可人的合同,而终止合同将会结束或严重影响对方的业务,特别是在对债务人的好处可能相对较小的情况下;另外也可适用于与政府的合同情形,例如许可证协议和采购合同。^{②⑪}简而言之,尽管破产法原则上赋予了管理人选择权,但是考虑到其他法律的强制性规定或者合同本身的特殊性质以及合同对方当事人的利益,也应对管理人的选择权加以合理限制。

二、破产程序中对租赁合同的特殊保护

(一) 租赁合同的特殊性——租赁权的物权化

《合同法》第212条规定,租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益,承租人支付租金的合同。根据租赁目的的不同,可分为商业租赁和非商业租赁。目前在我国的实践中,企业在破产申请受理前成立的涉及不动产的租赁,除其将自有住房出租给职工居住等特殊情况外,一般均为商业租赁。不动产的商业租赁合同一般租期较长,承租人为了从事经营活动,往往根据所营业务的需要对租赁房屋等进行大规模的装修改造。如果出租人提前解除租赁合同,则应赔偿承租人遭受的全部损失,除了已经发生的实际损失外,还包括可得利益的损失,即承租人预期的利润损失。此外,合同解除后还会涉及添附的装饰装修物的处理。

租赁权是指承租人依据法律和合同约定而

^{①⑥} 参见王欣新:《破产法》(第三版),中国人民大学出版社2011年版,第60页。

^{①⑦} 《企业破产法》第42条规定,人民法院受理破产申请后,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。

^{①⑧} 《企业破产法》第53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。

^{①⑨} 此即无论破产法如何处理自动终止条款,合同都不可能继续,因为其中规定由债务人或由债务人的雇员履行无法替代的个人服务。例如,合同可能涉及某种特殊知识产权,涉及合伙协议的服务,由具有高度专业技能的人或者有特长的知名人士提供服务等。See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 130.

^{②⑩} 破产法应规定,合同条款凡是规定某一合同会在出现以下情形时自动终止或提前到期的,对破产管理人和债务人都不可执行:申请启动或实际启动破产程序;指定破产管理人。See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 122.

^{②⑪} See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 130.

对租赁财产所享有的使用和收益的权利。租赁权从本质上讲是债权,而不是用益物权,因为其支配力比较低。然而,租赁权也具有一定的物权效力,这主要体现在“买卖不破租赁”等规则上。根据我国《合同法》第229条规定,租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。从租赁权的发展看,许多国家的法律为了强化对承租人利益的保护,确保其对不动产的有效利用,都确认了“买卖不破租赁”的规则,赋予租赁权具有对抗第三人的效力。租赁权的物权化使得出租人将租赁物的所有权让与第三人之后,原租赁合同对新所有人继续有效。^②

此外,我国《合同法》第230条规定,出租人出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人,承租人享有以同等条件优先购买的权利。该规定确立了租赁合同中承租人的优先购买权。法律上设置承租人优先购买权,有其特殊的政策考量,主要是为了保护承租人的权益不受损害,维护租赁关系的稳定,实现承租人的居住或经营利益。^③ 优先购买权是一种具有物权效力的权利,但其本身并不是物权,它是依附于租赁权而产生的,是法律、行政法规创设的一项财产请求权,而非实质意义上的物权。^④ 但优先购买权具有对抗出卖人和第三人的效力,在出租人出卖房屋时,法律赋予承租人优先于其他人订约的请求权。出租人损害承租人的优先购买权时,承租人有权主张损害赔偿。^⑤

(二) 租赁权物权化在破产程序中的适用

在破产程序中,管理人能否对未到期的不

动产租赁合同行使选择履行权,任意予以解除?“买卖不破租赁”的规则是否继续适用?笔者认为,考虑到立法对承租人的租赁权给予的特殊保护,对于破产程序中未到期的不动产租赁合同,不能简单适用破产法处理待履行合同的一般原则,任由管理人决定履行或者解除,而应作出特殊规定,对管理人的解除权加以限制,以公平兼顾合同双方当事人的利益。

联合国国际贸易法委员会在其制定的《破产法立法指南》中指出,破产法必须与其赖以存在并且最终加以维护的该社会的法律价值观和社会价值观相辅相成,并行不悖。破产法尽管通常自成一体,但它运作产生的结果不应与破产法以外法律所依据的前提有根本的冲突。如果破产法确实希望实现一种不同于或根本偏离该其他法律的结果(例如,关于合同的处理、先前行为或交易的撤销或对担保债权人权利的处理),那么这种结果必须是朝此方向做出认真考虑和采取自觉政策的产物。^⑥ 实现破产财产价值最大化无疑是管理人乃至每个债权人追求的目标,因为唯有如此方能提高对全体债权人的清偿额,减少破产造成的损失。然而,要实现此目标必须平衡兼顾破产程序中各方当事人的利益,否则一味追求破产财产价值最大化,甚至“偏袒”债务人,势必会危及合同关系的可预测性,损害合同相对人的利益,进而影响市场交易安全和经济秩序,造成破产制度不同目标之间的对立与冲突。因此,在破产程序中,应当尽可能地承认并执行债权人在破产程序启动前对债务人及其资产所享有的各种权利,尤其是关

^② 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第20条规定:“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。”

^③ 参见戴孟勇:《房屋承租人优先购买权制度之研究》载《民法九人行》(第4卷),法律出版社2010年版,第65页。

^④ 参见杨立新主编:《最高人民法院审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释理解与运用》,中国法制出版社2009年版,第149页。

^⑤ 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条规定:“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形,承租人请求出租人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支持。”

^⑥ See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 10.

系到担保债权人的权益和各种优先权,以便为当事人提供可预测性,使之能够采取适当的措施防范风险,增强市场的确定性并促进经济稳定和增长。

从管理人对待履行合同选择权的适用范围看,如果在破产程序之外,某一合同依法律规定或按其性质不可解除,则在破产程序中如果要赋予管理人对该类合同的解除权,就必须在允许管理人行使选择履行权所要实现的破产法目标与其他法律规定此类合同不可解除所要实现的目标之间进行充分的理论论证与利益衡量。除非破产程序所要实现的目标经过立法论证被证明比另一目标更为重要,否则其他法律对该类合同禁止解除的规则在破产法中应当得到尊重与适用。笔者认为,在破产程序中,应当尊重合同法等非破产法律给予不动产租赁合同的特殊保护,限制管理人对租赁合同的解除权,尽可能适用“买卖不破租赁”的规则和优先购买权的规定。

我们还可以从物权与债权区别保护政策的适用的角度确认在破产程序中对租赁合同特别处理的正当性。我国立法在特定情况下使租赁权物权化,对租赁权给予物权性保护,而不仅仅是债权性保护,其重要原因之一就是确保承租人对不动产的有效利用,这是出于鼓励长期投资、稳定收益预期的政策考量,所以在破产程序中参照物权处置规则调整不动产租赁合同是有充分合理依据的。而且租赁合同的存在通常并不是导致出租人破产的原因,即使在破产程序中,承租人对于房屋占有、使用的稳定期待也是有其正当性的,这或许也是许多国家法律规定在出租人破产时管理人不能随意解除房屋租

赁合同的主要依据。^{②⑦}

租赁合同是各国立法对特殊的待履行合同予以例外调整情形中最为典型的一种。如美国《破产法典》第365条(h)对债务人为不动产出租人时拒绝该不动产租约的效力作了限制。尽管债务人(不动产出租人)有权拒绝租约,但是该拒绝的效力十分有限。对于此种拒绝最重要的限制是,除非承租人自愿搬离,则出租人不得收回该房产。^{②⑧}德国《破产法》规定,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,以对破产财产具有效力的方式延续。^{②⑨}日本《破产法》规定,处理待履行合同的一般规则不适用于就设定租赁权以及其他以使用、收益为目的的权利的合同。^{③⑩}由此可见,立法在对以使用、收益为目的的租赁合同作出特殊规定时,集中于限制出租人的解除权,一方面是因为租赁合同可以使出租人持续收益租金,有利于增加破产财产;另一方面,身为破产企业的出租人仍然是租赁物的所有人,租赁合同的存续并不影响其转让租赁财产。因此,在租赁合同中无需牺牲承租人的利益而赋予出租人合同解除权。^{③⑪}

尽管各国立法在破产程序中普遍限制出租人的解除权,但是对应在何种程度上适用“买卖不破租赁”规则的规定并不完全一致。日本《破产法》第56条规定,破产人的对方当事人可以就租赁权进行登记、注册以及对抗第三人。^{③⑫}而德国《破产法》第111条规定,破产管理人出让由债务人以使用租赁或收益租赁方式出租的不动产标的或房屋并且取得人取代债务人进入使用租赁或收益租赁关系的,取得人可以

②⑦ 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,载《法学家》2009年第6期,第102~104页。

②⑧ 参见[美]大卫·G·爱泼斯坦等:《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第239页。

②⑨ 参见德国《破产法》第108条。See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

③⑩ 参见日本《破产法》第56条。See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破産法&r=s&q=破産法, 访问日期:2015年1月27日。

③⑪ 参见兰晓为:《破产法上的待履行合同研究》,人民法院出版社2012年版,第37页。

③⑫ See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破産法&r=s&q=破産法, 访问日期:2015年1月27日。

依照法定期限预告解除使用租赁或收益租赁关系。^③ 在我国的司法实践中,一方面出于鼓励长期投资、维护租赁关系稳定的考虑,理应给予租赁权特殊保护,限制管理人的合同解除权;但另一方面,如果由于破产财产上设有租赁权而导致其变卖十分困难或市场价值严重降低、甚至难以使用的特殊情况出现,则在买卖之后破除租赁关系也有其必要的合理性。

三、破产程序中未到期租赁合同的处理

(一) 未到期租赁合同的处理规则——限制出租人的解除权

1. 承租人破产。承租人进入破产程序后,通常已不再具备继续履行合同的能力,尤其是在进入破产清算程序后,原则上只能在清算目的范围内活动,所以管理人对未履行完毕的租赁合同可予以解除。合同解除后,出租人可以对租赁物行使取回权,并有权要求赔偿解除租赁合同造成的损失。这时对出租人提出的损害赔偿应规定一个上限(可以是一定的金额或应支付损害赔偿的一段规定的时期),以使根据长期租赁合同提出的赔偿债权不会压倒其他债权人的债权。而且,出租人通常也有机会通过转租财产来减轻其损失。^④

与此同时,为给债务人喘息的机会,以便管理人权衡利弊作出选择,各国(地区)立法普遍限制出租人的解除权,以防止其“落井下石”。如德国《破产法》第112条规定,对债务人以使用租赁或收益租赁承租人身份缔结的使用租赁或收益租赁关系,在提出开始破产程序申请之后,对方当事人不得因下列事由预告解除:(1) 延迟缴纳提出破产程序开始申请前的时间内发生的使用租赁或收益租赁租金;(2) 债务人财务状况恶化。^⑤ 台湾地区《破产法》第77条规定,承租人受破产宣告时,虽其租赁合同约定有期限,破产

管理人得终止契约。本条规定的终止契约之权,仅管理人始得行使,出租人不得以承租人破产为由终止契约。租赁契约有无终止之必要,由管理人依实际情况作出决定,并非必须终止契约。^⑥ 当承租人破产时,限制出租人的合同解除权,仅赋予管理人选择履行权,有利于管理人根据实际情况解除那些于己无用或无利的合同,延续那些保证债务人基本运营(如办公场所、厂房、仓库等的租赁合同)或有助于提高破产财产价值的合同(如在租赁合同允许转租的情况下,通过转租租金低于市价的不动产可以实现一定的租金收益),以保证破产程序顺利进行并且增加破产财产价值,这一权利在重整程序中显得尤为重要。

2. 出租人破产。与承租人破产相比,出租人破产时对租赁物的处理更为复杂,也容易引发争议。如前所述,各国(地区)立法对租赁合同作出的特殊规定集中于限制出租人的解除权,尤其是当出租人破产时。例如,美国《破产法典》第365条(h)规定,管理人有权拒绝履行债务人是出租人的未到期的不动产租约,承租人可以选择以拒绝履行为由终止租约,从而搬出该不动产,并就其因租约被拒绝所遭受的损失主张债权;也可以选择保留其依据租约享有的权利(包括关于支付租金的数额和时间、其他应当由承租人支付的费用以及使用、占有、安宁的享有、转租、转让或设置担保的权利)继续占有并使用不动产,当然也必须继续向管理人支付租金。然而,实践中出租人选择拒绝租约的案例极为少见,第365条(h)的存在使得破产管理人拒绝履行不动产租约的权利形同虚设。德国《破产法》第108条规定了长期债务关系的延续,即债务人关于不动产标的或房屋的使用租

^③ See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

^④ See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, Sales No. E.05.V.10, ISBN 92-1-133736-4, p. 129.

^⑤ See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

^⑥ 参见陈荣宗:《破产法》,台湾三民书局1986年版,第143页。

赁和收益租赁关系以及债务人的雇佣关系,以对破产财产具有效力的方式延续。对于债务人以出租人身份缔结的使用租赁关系和收益租赁关系,以及对于涉及其他标的的使用租赁关系和收益租赁关系,以上述标的已作为担保而转移给为购买或制造此种标的融资的第三人为限,也适用该规定。^⑦我国台湾地区《破产法》规定,承租人破产时,管理人有权终止租赁合同,而在出租人破产时并未规定允许管理人终止租赁合同。故也有学者认为,这在实践中可能存在一些问题,出租人破产时,管理人对于租赁物多有急于收回处分之必要。在租赁合同约定期限的情况下,只能等到期限届满才能收回租赁物,对于破产程序之进行颇为不便。管理人仅得将租赁物出卖于他人,由买受人与承租人继续维持其租赁契约之法律关系。^⑧

在我国,债务人在进入破产程序前,常因经营与财务状况恶化等原因将闲置的土地、厂房等出租,待其最终进入破产程序时,租赁合同往往尚未到期,破产财产上仍然设有租赁权。由于《企业破产法》第18条对管理人的合同解除权未作限制规定,司法实践中多倾向于允许管理人解除合同。按照《企业破产法》第53条规定,管理人解除合同时,对方当事人因合同解除所产生的损害赔偿请求权作为破产债权。承租人对租赁之房地产的高额改建与装修费用(如将破旧厂房改建为高级宾馆、酒店)、预交租金等各种经济损失,往往都被不当地理解为只能作为破产债权受偿,这将使其权益遭受严重不公平的损失,这与各国立法限制出租人的解除权、强化对承租人利益保护的惯例也是背道而驰的。

有的地方法院在司法过程中已经注意到这一立法不足,并尝试通过内部规定予以解决,如《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五(试行)》(京高法发[2007]168号)规定:“破产企业出租的房屋土地无租赁期

限的,可以随时解除租赁合同,但应留给承租人合理的时间。破产企业出租的房屋土地有租赁期限但未到期的,应区别情况处理:(1)如果承租人的各项财产情况表明可以继续使用,且该位置适于承租人发展的,则可以考虑继续履行租赁合同。继续履行的,拍卖时应向竞拍人做出说明,适用买卖不破租赁的规则。(2)如果该地点作其他开发更有价值,解除合同更有利于财产变现的,应解除合同。解除合同的补偿属于共益债权性质,在解除合同时向承租人优先支付。”该规定虽然没有从理论上对问题的解决进行充分的论证,但其对租赁合同的处理没有采取“一刀切”的简单做法,而是综合考虑出租财产的情况区别处理,加强了对合同相对人权益的保护,从结果上看更为公平一些。

综上所述,笔者认为,我国在立法或司法解释中应当规定,在出租人破产时,管理人对不动产租赁合同的解除权要受到限制,无权单方强制解除合同。首先,在出租人破产时,管理人仍可以提出解除不动产租赁合同的提议。因为即使是在我国《合同法》之下一方当事人也是可以提出解除合同的提议并进行协商的,但是管理人此时的提议不具有我国《企业破产法》第18条规定之强制性的单方解除效力,对这一点管理人在其提议中应当明确告知承租人,不得故意误导。如果承租人也同意解除未到期的租赁合同,双方可以协商提前解除合同,并解决财产返还和损害赔偿问题。如果承租人不同意解除未到期的租赁合同而选择继续履行,则管理人无权单方予以解除。此为一般性原则。其次,对各种特殊情况的例外处理作出明文列举规定。例如,租赁房产是分部分出租(如无独立区分房间使用的出租商铺柜台等)时,其个别区分部分上设定的租赁权导致租赁物整体变卖困难、市场价值严重降低,甚至无法实现合理使用目的,或者管理人或新的购买人计划改变

^⑦ See Insolvency Statute (Bundesgesetzblatt 1994 I S. 2866), <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/136/4148.html>, 访问日期:2015年1月27日。

^⑧ 参见陈荣宗:《破产法》,台湾三民书局1986年版,第143页。

租赁物的原有用途,且该改变作用于租赁物整体而又不可区分处理,以致承租人也无法实现原租赁合同目的时,解除合同对双方就更具有合理性,也更有利于破产财产变现,管理人就可以主张解除合同。但是,这时管理人的主张仍不应具有我国《企业破产法》第18条规定之强制性的单方解除效力,否则难免导致权利的滥用。如果双方因此发生纠纷,可以通过法院诉讼解决,由法院裁判决定是否对管理人的主张予以支持,公平解决双方的利益争议。总之,是否解除合同要公平考虑各方利益以及破产财产的合理使用与社会价值最大化。

(二) 出租人破产时未到期租赁合同的继续履行

在租赁合同继续履行的情况下,应当充分考虑出租人已经进入破产程序这一实际情况,对双方当事人的权利义务进行必要的调整。如美国《破产法典》第365条(h)规定,如果承租人选择继续占有、使用不动产,则出租人不能强迫承租人搬离,但是可以免除其合同项下诸如修理、维护等义务。对于任何因出租人不履行合同义务所造成的损失,承租人可以主张以其依据合同应当支付的租金抵销,但是承租人不得因此享有任何对抗破产财产或债务人的权利。这一规定的合理性很值得我国借鉴。我国《合同法》第220条规定,出租人应当履行租赁物的维修义务。但在出租人破产的情况下继续履行合同,出租人往往已经丧失继续履行合同一些条款的能力。为此,双方可以在协商一致的基础上,就租赁合同的某些条款如维修条款等进行变更,合理减轻或免除出租人对租赁物的维护与维修义务,同时可以适当降低承租人的租金,或者约定承租人可以用租金抵销相应的维修费用。另外,我国还可以借鉴美国《破产法典》的规定,通过司法解释规定将出租人对租赁物的维修义务直接予以免除。这一规定是具有合理性的,因为出租人破产这一客观事实使其无能力再履行维修义务,承租人在对此明知的情况下仍然愿意继续承租,应由其自行承担此不利后果,不过立法也应承认承租人在出租人不履行维修义务造成损失的范围内抵销

其应当支付租金的权利。根据我国《企业破产法》第42条规定,人民法院受理破产申请后,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,这一原则也同样适用于未到期租赁合同的继续履行。

我国《企业破产法》对破产财产转让时其上所设租赁权如何处理未作规定。笔者认为,遵循应尽可能承认债权人在破产程序启动前对债务人及其资产所享有之各种权利的原则,为维护租赁关系的稳定,此时作为一般原则应适用“买卖不破租赁”和优先购买权的规则。管理人决定变价出售租赁物时,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人,承租人享有以同等条件优先购买的权利。鉴于出卖人的权利瑕疵担保义务,管理人以拍卖等方式出售租赁物时,应向竞拍人等说明情况。买受人取得破产财产所有权后,原租赁合同对新所有人继续有效。

(三) 出租人破产时未到期租赁合同的解除

在出租人破产时,解除未到期的租赁合同会随之产生财产返还与损害赔偿问题。需要强调的是,在未到期租赁合同解除之后续问题的处理上,我们首先要区分因租赁合同解除而产生的财产返还义务与因解除合同而产生的损害赔偿义务,因为两者处理的法律原则是不同的。

在持续性的不动产租赁关系中,承租方虽占有租赁物,但并不取得租赁物的所有权,而仅取得其使用和收益权,所以,在租赁合同因双方履行完毕而正常终止时,必然存在对租赁物的实物返还和相关费用的结算返还,在合同被解除时也同样如此。这种返还义务是合同不再履行的自然后果,无论合同是正常终止还是在履行中被解除都是相同的,与合同一方当事人是否违约无关,它不是基于一方的违约或侵权行为而发生的,不能混同于因解除合同而产生的损害赔偿义务,两者法律性质与处理方式是完全不同的。笔者认为,在破产程序中,租赁合同解除时基于财产返还义务产生的债务,或属于对该财产的取回权,或属于共益债务;而基于解

除合同造成的损害赔偿义务产生的债务则属于破产债权。所以,在管理人解除租赁合同时,对方当事人基于财产返还义务产生的权利不属于我国《企业破产法》第53条规定的“对方当事人因合同解除所产生的损害赔偿请求权”,不应作为破产债权处理,而应作为共益债务处理。其他国家也有类似规定,如根据日本《破产法》第54条的规定,破产管理人解除合同的,合同对方当事人的损害赔偿属于破产债权,但对待给付则性质不同,如果破产人取得的对待给付现存于破产财团之中,合同的对方当事人可以请求将其返还,即构成取回权;如果已不复存在,则相对人可以就其价额行使作为财团债权人的权利,即相当于我国的共益债务。^⑨过去,在司法实践中对两者没有作出区分,混淆了其法律性质,一概作为破产债权处理,严重损害了承租人的合法权益。

1. 因合同解除而产生的财产返还义务。合同解除的效力首先是使合同关系消灭,至于是自始消灭还是向将来消灭,涉及合同解除与终止的问题,在学说上历来存在争议,各国立法对此规定也不尽相同。^⑩合同解除的效力直接影响到双方当事人是否享有对待给付返还请求权。我国《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”由此可见,作为一般原则,我国《合同法》承认合同的解除应向将来发生效力,即对尚未履行者应终止履行;同时承认合同的解除也可以产生溯及既往的效果,即在具备客观可能性的前提下,已经履行的,可以要求恢复原状或采取其他补救措施,并将之与“赔偿损失”要求区别处理。但我国《企业破产法》对此问题尚缺乏具体规定。

租赁合同为继续性合同,即不是一次履行完毕的,承租人可以持续地对租赁物进行占用、使用和收益。所以,租赁合同在解除时仅能对未来发生效力,无法发生溯及力。^⑪这意味着承租人在合同解除时要返还租赁物,但是其此前对租赁物的占用、使用和收益是有效的,且因客观上无法返还,所以对已经履行的部分不负恢复原状的义务。考虑到在租赁合同履行中可能存在承租人已经预付租金、支付押金以及对出租财产进行添附、装修、维修等特殊情形,所以在合同解除时,承租人除有权要求返还预付的租金、押金外,还享有相应费用返还请求权,要求返还其在租赁合同履行中支付的必要费用和有益费用。必要费用是指维持租赁物处于正常使用状态而由承租人支出的费用。如我国《合同法》第221条规定:“承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的,承租人可以自行维修,维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的,应当相应减少租金或者延长租期。”有益费用是指租赁物在客观价值上增加的费用。如《合同法》第223条第1款规定:“承租人经出租人同意,可以对租赁物进行改善或者增设他物。”对有益费用的判断,一是必须要征得出租人的同意,二是要依据客观标准来判断。^⑫此外,由于承租人前期投入的装饰装修物使用期限较长,且在合同解除之后仍然具有使用价值,在此构成民法上的添附问题。根据相关司法解释对合同解除后装饰装修物处理规定的原则,^⑬承租人经出租人同意装饰装修,合同解除时,除当事人另有约定外,未形成附合的装饰装修物可由承租人拆除,即承租人可基于所有权行使取回权。对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的,因出租人破产导致合同解

^⑨ 参见日本《破产法》第54条。See http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15920040602075.htm#r=s&q=破产法&r=s&q=破产法,访问日期:2015年1月27日。

^⑩ 参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第540页。

^⑪ 参见王利明:《合同法分则研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,第247页。

^⑫ 参见王利明:《合同法分则研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,第275~276页。

^⑬ 参见《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第10、11、12条。

除的,承租人有权请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失。上述因财产或费用返还义务而产生的债务均应属于共益债务。

2. 因解除合同而产生的损害赔偿义务。我国《企业破产法》第53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。如前所述,这里法律规定的“对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权”不包括因财产或费用返还义务而产生的债务,因财产或费用返还义务而产生的债务属于共益债务,而因合同解除所产生的损害赔偿请求权则属于破产债权。这是解除未履行完毕租赁合同

时保障公平处理的关键。

对于因合同解除所产生的损害赔偿请求权的范围,破产法并无明确规定。民法学界中对于合同解除时的损害赔偿范围也存在争议,主要表现在是否包括因不履行合同义务而产生的可得利益损失方面。损害赔偿的目的在于填补损失,因此,其范围确定应以尽可能补偿因合同解除而遭受的损失为原则。笔者认为,出于鼓励长期投资以及稳定租赁关系的政策考量,如果出租人提前解除租赁合同,则应赔偿承租人遭受的全部损失,包括已经发生的实际损失和可得利益的损失,承租人可以上述债权申报破产债权。

On the Execution Ways of Unexpired Real Property Leases in Bankruptcy Proceedings

Wang Xinxin Qiao Bojuan

Abstract: In bankruptcy law, the trustee generally shall decide to rescind or continue to perform a contract that has been established before acceptance yet has not been fully performed by both parties concerned and notify the opposite party concerned of its decision. For some special contracts, the law simply deprives the trustee the freedom to choose, like the lease contract, especially real property leases. In bankruptcy proceedings, we should respect the special provisions of lease contract in non-bankruptcy law in principle, and limit the right of trustee to decide to rescind or continue to perform unexpired leases, especially the termination right of leaser. In case the lessee goes into bankruptcy, the law should endow the trustee with an option but limit the termination right of leaser, for the trustee to make reasonable choice according to the practical situation. In case the leaser goes into bankruptcy, the law should limit the termination right of trustee to prevent the damage of the opposite party's interests. If the lessee decides to perform unexpired leases, the trustee should respect the leasehold of the lessee. Where the leaser is to sell a dwelling unit under a lease, it shall give the lessee a notice within a reasonable time limit before the sale, and the lessee has the right of first refusal under the same conditions. Furthermore, any change of ownership to the lease item does not affect the validity of the lease contract.

Keywords: bankruptcy proceedings; executory contract; lease contract

(责任编辑:李 辉)