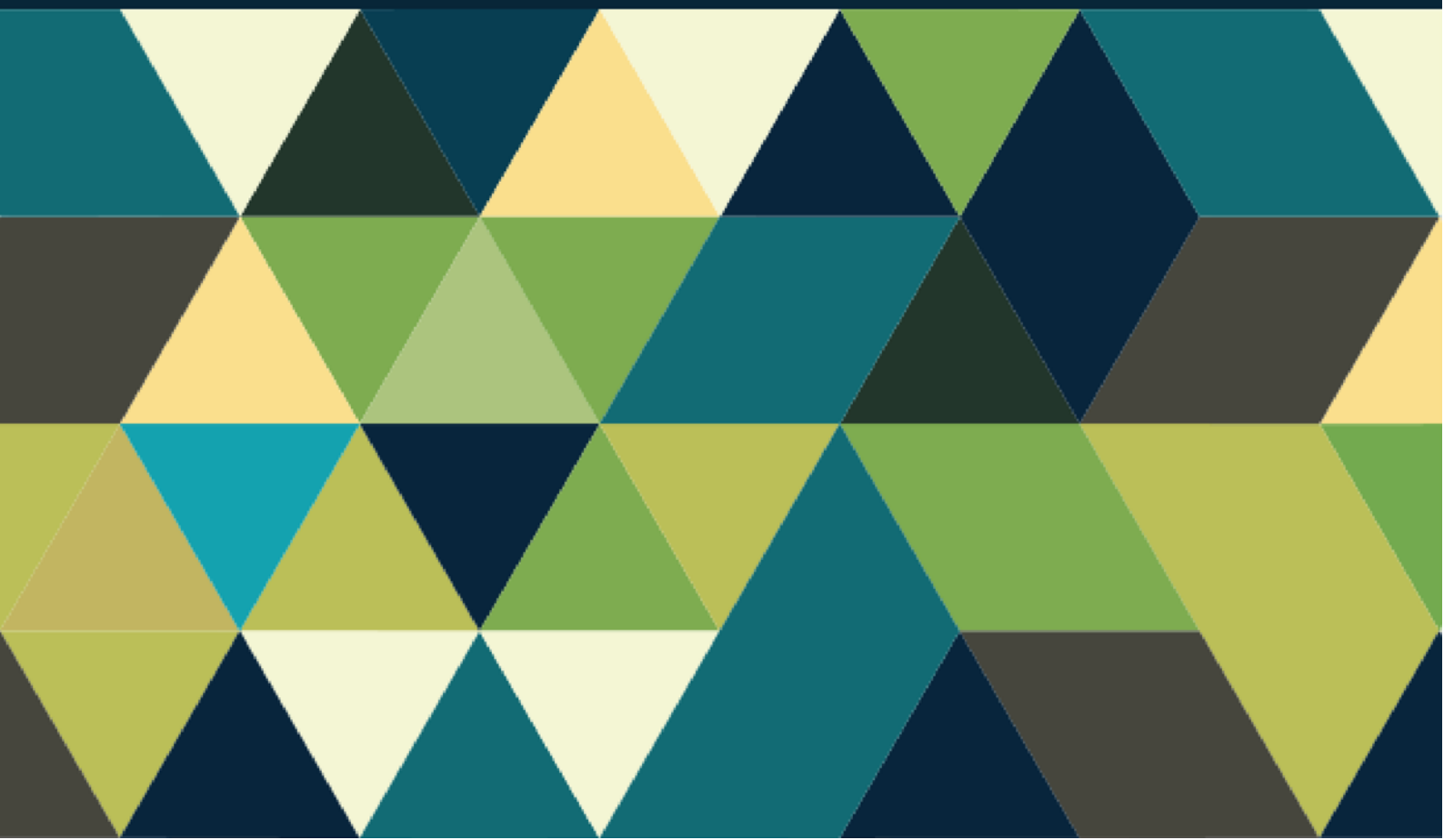


卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE PARTNERS

卓阅 Newsletter

2016年 第二期

公司合规与重组



专题文章

房地产开发企业破产系列研究

——房地产公司破产中待履行合同的处置¹

张思明 博士

内容提要 房地产公司破产中涉及到的房屋产权关系、合同法律关系较为复杂，处理好破产中的待履行合同问题是推动破产程序顺利进行的关键环节。本文分析了房地产公司破产中的合同关系特点；重点研究了商品房预售合同标的物在不同情形下的产权归属，根据现有法律、法规，结合司法实践探讨了作出预告登记的商品房预售合同的保全效力问题；以商品房预售合同在破产程序中的处置为立足点，从立法本义与司法解释的适用角度，分析了房地产公司破产管理人对待履行合同的解除与继续履行问题，并提出了一些立法完善建议。

关键词 待履行合同；商品房买卖合同的选择履行；“在建工程”的处置

根据我国《企业破产法》第 18 条的规定，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。此类合同即破产法理论上称之为的“待履行合同”，管理人享有对待履行合同的履行选择权。在房地产公司的破产程序中，待履行合同的处理具有一定的特殊性，尤其是商品房预售合同，需要根据标的物的形态以及合同履行的不同情形区别对待。房地产公司的破产财产也具有特殊性，主要是已建成的房屋、在建房屋及其土地使用权。在实

¹ 本篇文章由张思明博士在其导师王欣新教授的指导下完成。

践中，在建房屋的处置存在一些难题，其现有实际情形也影响着商品房买卖合同的履行。

一、对待履行合同解除权的正确理解

首先，《企业破产法》第 18 条赋予管理人对待履行合同的选择履行权，但并非适用于所有的待履行合同，如担保合同便不得解除。管理人对待履行合同解除权的行使应遵守破产法规定的立法本意，如果解除合同会导致法律所禁止的后果，管理人则不能解除合同。在房地产公司的破产案件中，如管理人行使合同解除权是为了收回已经交付购房者使用的房产，或者购房者已交付全部或大部分款项而尚未交付的房产，因违背了《破产规定》，解除合同的目的不合法，故解除权不得行使。

其次，应明确双方“均未履行完毕”的概念。管理人仅能解除“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”。有学者认为，“履行完毕”是指“主合同义务和从合同义务都履行完毕”，²这是对“待履行合同”的误解。对破产法上的双方“均未履行完毕”，不能理解为对合同的所有条款全部履行完毕，只要合同的主要义务或者关键性义务履行完毕，能够实现双方签订合同的实质性目的，即为“履行完毕”。否则，在房地产公司破产时，房屋买卖合同可能因存在房屋保修、税费支付等次要或附随义务尚未履行完毕而被视为“待履行合同”，从而使管理人可以任意解除合同，损害购房者的正当权益。

第三，对“视为解除合同”的正确理解。《企业破产法》第 18 条规定，管理人自破产申请受理之日起 2 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。据此，有的管理人就认为，一旦符合该规定的情形，合同就自然解除了，即使合同相对人

²王茜：“论破产管理人待履行合同解除权的限制”，吉林大学 2014 年硕士学位论文。

有权要求继续履行合同也不允许继续履行了，试图以此方式解除合同并收回房产。这种理解也是错误的。《企业破产法》此项规定的目的是为了维护合同相对方的权益，避免因管理人的长期拖延不及时决定是否继续履行合同，使相对方的合同利益长期处于不确定的状态，损害其正当权益。因此，该规定的立法本意是指在达到上述期限之后，管理人就丧失了在此情况下选择继续履行的权利，并非禁止待履行合同的继续履行，更不是要限制相对方要求继续履行的正当权利，不能藉此作为变相收回房产的理由。

此外，待履行合同的解除或继续履行的选择权依法应由管理人行使，债权人会议并无此项职权。《企业破产法》第 69 条规定管理人需要向债权人委员会及时报告的事项，包括“履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”，但这仅为报告义务，目的是便于债权人委员会对管理人行为的监督，并非是必须取得债权人委员会或债权人会议的同意。需要强调指出的是，对《企业破产法》第 61 条列举的债权人会议职权中“决定继续或者停止债务人的营业”一项要有正确的理解。如果是否继续履行合同是以债务人是否继续营业为前提时，管理人应当提交债权人会议表决，但提交的理由是决定债务人是否继续营业，而不是决定合同是否继续履行。管理人不能以提交债权人会议表决的方式而推卸自己的责任，更不能借债权人会议作出决议之名达到解除合同、收回房产的不当目的。³

二、房屋买卖合同的选择履行

在房地产公司破产程序中，管理人不能以解除合同的名义收回尚未办理产权证或者产权过户手续但已经向买方交付的房屋，因其不属于破产财产。房屋已经建成完工尚未交付，而购房者已交

³王欣新：“房地产公司破产案中的房产权属与合同继续履行问题”，载《人民法院报》2011年4月13日。

付全部或者大部分款项或者经过预告登记的房屋也不应列入破产财产，或者说预告登记可以对抗管理人的合同解除权，管理人不能以解除合同的方式将已出售房屋收回。对购房者已一次性缴足房款或者缴清首付并办理按揭贷款的房屋买卖合同，由于购房者的付款义务已实际履行完毕，不属于待履行合同的范围，管理人不得对该类合同行使解除权。房屋买卖交易中的按揭贷款合同形成的是购房者与银行之间的借贷法律关系，购房者按约定向银行履行还贷义务，银行则是将购房者应付的全部购房款项一次性支付给开发商。所以，办理了按揭贷款的购房者实际上已经向开发商支付了全部房屋价款，即对合同履行完毕。购房者根据贷款合同向银行履行还贷义务的行为，是房屋买卖合同之外的另一个合同关系，贷款合同的尚未履行完毕不能作为认定房屋买卖合同未履行完毕的理由。基于对购房者合同利益以及生存利益的保护，管理人不能主张解除上述房屋买卖合同，房屋已经建成符合交付条件的应当继续向购房者交付房屋。

购房者已履行完毕或者做了预告登记的房屋买卖合同，如果房屋尚属在建工程的，管理人一般应选择继续履行。2014年12月最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第29条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产公司名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”这一规定对破产案件中房屋买卖合同的处理具有一定的借鉴意义。从权利实现的角度讲，破产属于概括的执行，所以至少符合上述规定的商品房预售合同，在破产程序中管理人不应有合同解除权。下面结合企业破产情况具体分析上述规定的条件。首先，购房者应为个体消费者，而不能为企业等商业组织，以实现保障生存权的主要立法目的，并制约“以房抵债”等偏袒性清偿行为发生。其次，购房的目的应为居住，而不是投资或者营业用房，但应当包括商住两用的商品房，并且购房者“名下无其他用于居住的房屋”，此外还应考虑合

理的人居面积等因素。第三，已交付购房款的 50%以上，包括以按揭贷款方式交付购房款；如果购房者仅交付定金或者少部分预付款，按揭贷款手续尚未完成，预告登记也没有办理，该合同则属于破产法意义上的待履行合同，管理人享有合同解除或者继续履行的选择权。在实务中，还存在不具有买房资格的买受人（如受户籍限制等）以他人名义与开发商所签的房屋买卖合同，此类合同如经查实，管理人也可予以解除。

三、被拆迁人的利益保护

在房地产公司的破产程序中，还可能涉及被拆迁人的利益保护问题。被拆迁人的安置关乎其基本的生存权益，在破产程序中应给予特别优先的保护。被拆迁人的安置分为所有权调换形式的房屋安置与货币补偿两种方式。

在所有权调换形式的房屋安置中，被拆迁房的产权本属于被拆迁人所有，在产权置换协议签订后，应视为被拆迁人原房屋所有权因拆迁而转移到调换后的房屋或者相应房屋对价补偿款上。据此，拆迁安置房不属于债务人财产。在房地产公司进入破产程序时，房屋已经建成并交付给被拆迁人但未办理产权登记的，被拆迁人享有对该房屋的所有权，管理人应当继续为其办理产权登记。在房屋已经建成但尚未交付的，被拆迁人有权根据产权置换协议行使破产取回权，取得房屋及其产权。房屋尚属在建工程而不具备交付条件，或不具备续建条件，甚至尚未建设时，有实务界人士认为：“应按照置换协议订立时房屋的市场价格确定债权金额，允许其在破产债权范围内享有优先受偿的权利。而就迟延交房所产生的违约金损失，因合同约定的违约金不具备人身特殊性，列入普通债权。”⁴该观点具有一定的合理性，但仍有不妥之处，应进行适当调整。本文认为，债权数额应当按照房地

⁴叶智焕，“房地产破产案件相关法律问题研究”，载《2015 年中国破产法论坛房地产企业破产专题研讨会论文集》，2015 年 12 月。

产公司破产时或置换协议订立时的房屋市场价格孰高原则来确定，因为这种损失的可能扩大是由于债务人的违约行为造成的，所以应由债务人承担。被拆迁人的这一债权享有优先于其他各种债权包括建设工程款和抵押权的受偿权。因迟延交房所产生的违约金按照发生的时间段处理，在破产案件受理前发生的违约金按照破产债权处理，在破产案件受理后发生的违约金则按照劣后债权进行处理。如果债务人以欺诈手段将安置房出卖给第三人，被拆迁人有权根据产权置换协议取得安置房，债务人与第三人签订的房屋买卖合同应予以解除，第三人因此享有的债权原则上按普通债权处置。鉴于拆迁安置协议是开发商与被拆迁人协商签订的民事协议，对因各种原因导致明显超出拆迁安置合理标准的被拆迁人债权，超出的部分则应考虑按普通破产债权对待。如拆迁安置协议约定以货币形式补偿的，被拆迁人对该货币补偿款享有优先于其他各种债权的受偿权。但被拆迁人将货币补偿款直接作为借款或者领取后作为借款借给债务人的，应认定为民间借贷性质，按照普通债权进行处置。

四、“在建工程”的处置

在房地产公司破产案件中，“在建工程”往往是债务人的主要资产，因其法律与实物状态存在瑕疵而较难处置。本文认为，“在建工程”的处置应当以实现债务人财产价值最大化，提高债权受偿率，公平保障各方当事人的权益，实现社会和谐稳定为原则，通常应通过各种方式实现“在建工程”的复建完工。为了“在建工程”的复建完工，管理人应当及时作出继续履行合同的决定，或者决定解除旧合同、签订新合同；未交付全部购房款的购房者则需要继续交付余款。如最终“在建工程”未能顺利完工，购房者继续交付的房款以及建设工程承包人复建“在建房屋”的款项属于共益债务，享有优先受偿权。

“在建工程”续建的核心问题之一是如何解决续建资金，实务中主要有政府垫资、引进战略投资人投资以及由购房者投资等多种融资模式。此外，美国破产法中的待履行合同转让制度也可为我国所借鉴，即将“有价值的或者不再需要的合同转让以得到更多的债务人财产分配给债权人。”⁵我们可以通过将房地产项目整体转让的方式解决“在建工程”的复建问题，以维护购房者、建设工程承包人等当事人的正当利益。待履行合同的转让应以债务人财产的增值为目标，促进债务人营运资产的整体出售。⁶在某房地产公司破产案件中，建筑工程承包人以全款垫资方式进行建设工程，房屋尚未建成时，房地产公司被债权人申请破产。承包人无力再行续建，将其债权打折转让给担保公司，以转让款解决了拖欠工程价款的问题，保障了建筑工人的劳动利益，维护了社会稳定。破产企业的在建房屋及土地使用权则通过拍卖形式整体转让给一家新的房地产公司，由新的建筑工程承包人进行续建工程，担保公司获得相应清偿，购房者的利益也得到保障。在可能情况下以多种方式对“在建工程”进行续建交付，是保障房地产公司破产程序顺利进行的一个关键环节。

作者简介

张思明博士就读博士研究生期间师从我国著名的破产法权威专家王欣新教授。张思明博士目前主要研究公司治理与企业重整中的理论与实务问题，参与编写《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用破产法解释(一)破产法解释(二)》一书。发表学术论文 10 余篇，申报有省级、厅级课题并获得相关奖项，主编《经济法概论》教材两部。

张思明博士现为卓纬律师事务所高级法律顾问。公司破产与重整部门是卓纬 2015 年新增设的业务

⁵Simpson K S. Fifth Circuit's Executory Contract Standards Deconstructed: The Mirant Lessons[J]. Miss. CL Rev., 2006, 26: 230.

⁶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”，载《法学杂志》2010 年第 6 期。

部门，在主管负责人张思明博士的带领下，通过破产清算程序妥善处理债权债务关系或者启动破产和解与重整程序使困境公司获得更生，为困境公司提供专业性、全方位的法律服务。

"[Click on the input article name]"

"[Click enter the author name]"

"[Click on the input article]"

卓纬律师事务所

CHANCE BRIDGE PARTNERS

公司合规与重组团队

吕红梅

团队负责人

Hongmei.lv@chancebridge.com

张思明

Siming.zhang@chancebridge.com

李青

Qing.li@chancebridge.com

美术编辑：陈 曦
文字编辑：朱 政

电话 Tel : +86 10 8587 0068

传真 Fax : +86 10 8587 0079

www.chancebridge.com

北京市东城区东长安街 1 号东方广场 C1 办公楼 601, 100738
601, Office Building C1 Oriental Plaza, No. 1 East Chang An Ave.,
Beijing PRC 100738

