

## 合同解除权之迷局 — 合同相对方破产情形下约定解除的效力

作者：陈朕 | 张玉臻

商事合同中通常会订有合同解除条款，比如满足约定条件或情形下，一方得以解除合同的单方解除条款。单方解除条款系商事主体在一定情形下为脱离合同而预先设置的退出机制，它保证了商事主体的意思自治，同时避免了各方受到已无价值的合同关系的拖累。近几年来，受经济大环境的影响，不少商事主体的经营遭遇困难，破产成为企业面临的高概率情形。破产不仅会影响到破产企业本身，亦会影响与破产企业签署商业合同的其他主体，例如，在《企业破产法》（“《破产法》”）第十八条的规定下，前述单方解除权的行使就会受到一定限制。在本文中，我们将提示和阐释该限制，并提出相应的解决方案与风险防范措施。

### 一、合同约定解除权

一份完整的合同通常会约定合同解除的条款，通常包括双方协商一致解除合同，以及约定条件下一方单方解除合同。关于单方解除合同条款，一般会有类似以下的约定：

“当一方进入破产程序、破产重整、清盘、资不抵债或其它类似的法律程序时，另一方有权立即书面通知对方解除合同。”

不论是《合同法》还是现行有效的《民法典》合同编，对于民商事合同，均支持当事人经平等友好协商确定、且不违反强制性法律规定的单方解除合同约定。然而，当法院裁定受理关于一方的破产申请，而另一方意欲行使上述合同约定的解除权时却可能发现，能否成功行使该单方解约权受制于对方破产管理人（“管理人”）的决定。

### 二、管理人的选择权

上述限制来源于《破产法》第十八条第一款的规定：“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。”

从法条原文来看，管理人仅以通知当事人的方式，便可以拒绝或继续履行各方尚未履行完毕的合同，而无需征得对方当事人的同意。管理人何以拥有如此权利？《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》第二辑中明确：“…管理人对待履行合同的选择权…目的在于保护多数债权人的利益，实现公共政策和破产目标，所以当事人不得事先以约定条款加以排除或者限制。”如此，对于管理人作出的“继续履行合同”的决定，对方当事人不得以事先约定的解除权为由反对。

在约定解除权受限的情况下，对方当事人是否拥有法定解除权呢？从法条看，仅“破产申请被受理”，并不直接属于《民法典》第五百六十三条中法定解除权的情形。这也不难理解，破产申请的受理并不一定导致合同目的落空。企业倘若能够进入重整，经批准仍可继续经营，重整成功后，企业还有东山再起的可能。《破产法》第十八条实际上限制了一方当事人通过事先约定脱离合同的权利。

### 三、仲裁条款的效力

从解决方式来看，实践中“仲裁”经常被约定作为商事合同争议解决的方式。关于管理人选择权的争议，能否通过预先约定的仲裁方式来解决呢？

有观点认为，《破产法》第二十一条虽然对破产申请受理之后的争议解决方式有限制，但其限制的是有关债务人的民事“诉讼”，而非“仲裁”；也有观点提示，破产法解释三第八条明确规定“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的…当事人之间在破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议的，应当向选定的仲裁机构申请确认债权债务关系。”

由此可见，破产程序并不当然排除仲裁条款的适用，《破产法》第二十条亦承认已经开始的仲裁程序的效力。然而，考虑到破产程序的复杂性，我们认为仍需视仲裁程序的进展以及争议性质具体分析。如对方当事人不同意管理人做出的继续履行合同的决定，或者认为管理人提供的担保不适当，考虑到该争议系基于《破产法》以及破产程序所产生，与此有关的事项大概率会由破产法院裁判，而不会交予仲裁委员会。这使得因破产管理人选择权而造成的争议解决之不便更加突出。

### 四、解约权受限的风险防范与反制措施

一方当事人进入破产程序，当然会给对方当事人带来很大的不确定性，对方当事人是否应当继续履行合同、履行合同的安全性如何，与此相关的一系列问题均处于不可知的状态。当管理人依据《破产法》第十八条，通知对方当事人继续履行合同，这种不确定性将会因约定解除权的受限而进一步放大，正常经营的一方则需要积极研究应对。

#### （一）管理人提供担保：担保的“适当性”

《破产法》第十八条第二款给予对方当事人要求提供担保的权利：“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。”

然而，《破产法》第十八条以及相关司法解释并没有明确该担保提供至何种程度才算充足，公开数据库中也鲜有法院的判例可以参考，学术界对于此问题也通常论述“交由法官裁定”，而并无进一步意见可借鉴。

我们认为，对于“担保适当性”的检视，不必拘泥于破产的情形。根据《民法典》第五百二十八条的规定，一方当事人有权要求“经营状况严重恶化”或“有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情

形”的合同相对方提供适当担保，否则该方有权中止履行甚至解除合同，该情形通常被称为不安抗辩。可见，在一方主张不安抗辩权的情形下，同样存在“担保适当性”的判断问题。从判例来看，该“适当性”的判断多参考如下要素：

### 1. 担保物价值与合同价值的比例

该比例为多少才算达到适当的程度呢？有观点认为，可参照《民法典》第五百八十六条关于定金的规定，将该比例设为债务的 20%。我们理解，比例的具体数字并无一定之规。任何要素均不是单独存在的，该比例可能会受到履约能力、履约成本、甚至其他保护措施的影响，而前述各要素又会依照个案而不同。该比例可以成为观察适当性的角度，但却不宜固定为一个具体的数字。

就检索到的判例而言，法院确实有从比例的角度审视“适当性”的操作，但却未对比例的数字作出明确的认定，例如在“山东某有限公司、江苏某科技股份有限公司承揽合同纠纷一案[(2020)鲁 05 民终 610 号]”判决书中，法官表示：“山东某公司虽在收到中止履行合同通知后支付货款 500 万元，但该款项所占本案合同标的额（约 5,000 万元）比例不大，未能达到江苏某公司要求的提供银行保函（的要求）”。此案件中，法官根据案件的具体情况进行了自由裁量，仅表示“比例不大”，但没有明确货款应占标的额的多少才算适当。我们认为，这是符合商业实践的灵活做法，从比例角度审视“适当性”系合理的思路，而具体的比例应视具体情况而定。

### 2. 提供担保一方的履约能力

担保的是否充足，可能会受到提供担保一方的履约能力的影响。履约能力越强，对其所提供担保的充足性的要求就越低。评定履约能力可从如下角度进行：恢复履约能力的可能，丧失履约能力的程度等。

在上述[(2020)鲁 05 民终 610 号]案件中，法官补充道“山东某公司此后时间里作为被执行人的执行案件继续增加，没有恢复履行能力”，故而江苏某公司可以解除合同。我们理解，执行案件增加，就意味着提供担保一方的其他债务增多，而在资产既定的情况下，其用于清偿本债务的资源必然减小，法官通过执行案件数量的角度对提供担保一方“恢复履约能力的可能”做出了预估，从而判断履约能力。

此外，在中山某有限公司、深圳某有限公司等买卖合同纠纷一案[(2021)粤 20 民终 4505 号]中，法院认为：“经本院派员现场调查核实，深圳某公司已于 2019 年 3 月 12 日从实际办公地址深圳市龙华新区搬离。深圳某公司没有向一、二审法院举证其公司变更了经营地址和提供继续履行合同能力的担保。由此可以认定，深圳某公司出现了经营情况异常且未提供继续履行合同的担保。…大量事实证实深圳某公司已经出现经营异常情况，且其并非小机器人的生产企业，举证事实尚不足以证明深圳某公司有继续履行涉案《产品销售合同》的能力。”我们理解，对深圳某公司的经营情况进行考察，从而做出其不具有继续提供货物的能力。这在某种程度上，是法院对深圳某公司“丧失履约能力程度”的判断。

上述两个角度，通常互相印证，彼此增强，其作用都是用来评价提供担保一方的履约能力，基于履约能力来判断违约的风险，从而判断担保的适当性。

### 3. 接受担保一方的履约成本

在上述要素的基础之上，“接受担保一方的履约成本”也可以作为判断提供之担保是否足以覆盖履约风险的参考。在佛山某有限公司、蓬江某加工厂以及王某加工合同纠纷一案[(2020)粤 06 民终 11663 号]中，法官认为：“佛山某公司将三十条布和其他原材料押在蓬江某工厂、王某处，作为支付涉案加工费的担保，蓬江某工厂、王某清楚该货物价值远超加工费，其继续履行送货义务的风险极小。退

一步说,蓬江某工厂、王某即使是没有收到加工费,亦可立即将货物拉回去,损失仅是几百元的运输费。从合同履行的诚实性、效率性、公平性方面考虑,佛山某公司已经超额提供担保物,蓬江某工厂、王某应当恢复履行合同。”

在上述案件中,法院考虑了“接受担保的一方履行合同的成本”,并得出“几百元,风险极小”的结论,这是在衡量接受担保一方继续履行的难度(即履约成本),以便理解接受担保的一方是否存在履行合同的实际障碍。如果接受担保一方的履约成本较小,则说明其风险被担保物价值所覆盖的可能性较大,其所需要的担保也就越少。

## (二) 其它风险防范措施

担保虽然能够降低风险,其在实际应用中却存在两种局限:其一,担保作为财产的优先受偿权,其作用通常为降低价款上的风险,而对履行行为本身并不能很好地进行保护;其二,担保形式、担保金额、担保范围等“适当性”问题并不明确。因此,“担保”不能也不应当成为唯一的保护措施。在此,我们以近期协助发包方处理的一起工程施工总承包项目为例,论述担保之外的处理方法。

在该项目中,工程承包方因受第三方项目发包方商业承兑汇票的牵连而遭遇资金链危机,被法院裁定受理破产申请。承包方管理人随即通知发包方要求继续履行合同。作为一家欧美大型零售企业,发包方对多项问题存有疑虑,例如:承包方或管理人挪用、滥用进度款,拖欠农民工工资,拖欠分包商价款,工程技术人员流失而导致的工程质量问题,工期延误等。为进一步降低发包方的潜在风险,发包方经与承包方及其管理人反复沟通,最终达成如下风险防范措施:

### 1. 专款专用

任何发包方支付的工程进度款项均应汇入管理人专用账户,而非破产债务人的结算账户。管理人账户一经设立,便独立于债务人的账户,任何管理人账户的支出将受到管理人以及法院的审核与监管,从而将本项目的合同款项与破产债务人的债务和其它未完结项目进行物理隔绝。

### 2. 直接支付

作为专款专用措施的补充,发包方可与承包方协商,由发包方对部分供应商和分包商进行第三方转移支付,即经承包方确认后、由发包方直接向其供应商和分包商支付。与此同时,相应直付款项在发包方需支付的总包工程进度款中,予以扣除。此举可确保相应进度款直接由发包方决定,用于与项目有关的支付中,避免因款项被挪用或混于债务人资产而影响发包方项目进程的风险。

### 3. 直接采购物料

在承包方尚未完成大宗工程材料和设备采购的情形下,且在厘清质量瑕疵缺陷责任和现场物料仓储风险与责任的前提下,发包方也可考虑参照“甲供材”模式、由发包方直接向承包方选定的供应商采购材料和设备。除了规避上述进度款风险以外,采取发包方直接采购的方法,意味着采购物料的所有权、在物理性混同于建筑工程以前归属于发包方,而承包方仅提供加工承揽服务,从而避免承包方所采购物料被认定为破产财产的风险。

### 4. 额外的履约保函

发包方可与承包方在总包合同中预先约定,如出现关于承包方的破产申请被法院受理等情形,则发包方有权立即提高履约保函的比例,如从合同金额的10%增加到30%,用以覆盖因破产程序而给发包方带来的额外履约风险。如因破产的关系,承包方陷入信用危机而无法再申请保函,发包方亦可要求承

包方寻求关联方开出以发包方为受益人的银行保函。在缔约阶段，发包方和承包方关于保函金额的预先约定，也能作为破产阶段厘定“担保适当性”的重要参考。

## 5. 管理人行使选择权之后，约定发包方的解除权

管理人做出继续履行合同的决定、合同双方商定管理人应当提供的担保之后，发包方仍应当与承包方、管理人协商签订相应的补充协议。在该补充协议中，建议约定新的单方解约权，即在承包方违反承包合同和补充协议并且在约定期限内不能改正的，发包方有权立即解除合同。我们理解，管理人根据《破产法》第十八条的选择权不能反复使用，补充协议系发包方与承包人在其进入破产程序后、征得管理人同意后新签订的协议，管理人有充分的机会考虑其对整体债务清偿的影响。故而，当管理人针对原协议已经行使过选择权以后，对于新签订的补充协议，应当并无再次选择继续履行的权利。

当然，实践中发包方可能遇到的风险还有很多，且不同性质的合同涉及的风险也会有所不同。上述仅以工程承包合同为例对所遇到的个别风险作出提示性建议，这其中涉及到大量的法律文书、沟通，建议聘请专业人士协助把握其中的法律和合规性风险。

### （三）缔约前的防范措施

在签约以前，对合作方进行详细而又全面的背景调查，是降低风险的第一法则。涉诉情况、失信被执行人记录、行政处罚记录、信用公示、董监高负面新闻等都是常见的商业合作伙伴调查项目，且都可以通过公共信息平台获取资料。潜在合作伙伴大量涉诉（或存在诸多失信被执行人记录）都可能是其陷入破产困境的先兆，这特别需要企业关注并预先采取风险防范措施。

## 五、结语

在一般的商业常识里，破产总是小概率事件。所以，为应对债务人破产所做的考虑并不总是能够体现在合同条款中。然而，在经济结构调整，叠加国内外疫情影响的大背景下，经济下行的压力，会随着纷繁复杂的商业活动，渗透到法律关系的各个方面，形成经济繁荣时期所不能自显的风险，如不能及时发现，企业利益便可能承受无法预见的损失。

在这个过程中，首当其冲的是即将或已经进入到破产程序的企业，破产结束以后，资本会转入新的增长点，旧的旅程终结，一切又是新的开始。在此关键节点，“幸存者”更应当提高警惕，了解破产对于常规商事活动的影响，并仔细甄别合作伙伴以及上下游的法律关系，审时度势，尽可能降低因环境变化而带来的不利影响。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 陈朕

电话： +86 21 6080 0303

Email: [cody.chen@hankunlaw.com](mailto:cody.chen@hankunlaw.com)