

论破产约定条款的效力认定规则

陈景善, 孙宝玲

(中国政法大学民商经济法学院, 北京 100088)

摘要: 破产约定条款的效力认定是当事人意思自治与破产法目标实现之间矛盾关系的冲突点。破产解除条款与《民法典》第580条第2款中的违约方解除合同规则具有功能上的一致性, 为避免合同僵局, 尊重当事人意思自治, 原则上应认定有效, 只有管理人确认继续履行合同符合程序条件和实质标准时, 才否定其效力。而破产变更条款会实质性阻碍破产法目标的实现, 原则上应认定无效, 只有在符合概括式豁免规则时, 才认定有效。概括式豁免规则可参考英国破产法中的公允对价理论、瑕疵资产理论和善意的商业安排理论等进行规则设计。以破产解除条款与破产变更条款为一般模式, 明晰破产约定条款的效力认定规则, 是优化营商环境、推进“办理破产”便利化的有效举措。

关键词: 破产约定条款; 破产解除条款; 违约方解除; 破产变更条款; 反剥夺原则

中图分类号: DF411.92 **文献标志码:** A **文章编号:** 1000-2154(2021)06-0086-11

DOI: 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2021.06.008

An Analytical Framework for the Validity of Ipso Facto Clauses

CHEN Jingshan, SUN Baoling

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The validity of ipso facto clauses is a conflicting point between the autonomy of the parties and realization of the goals of the bankruptcy law. The bankruptcy termination clause should be deemed effective in principle considering the new provision Article 580 (2) on “breaching party’s right to termination” in China’s Civil Code to avoid the deadlocks of contract and the need to respect the autonomy of the parties, except when the relevant bankruptcy administrator has decided to continue to perform the contract according with the relevant procedural conditions and substantive standards. The deprivation clause should be deemed ineffective in principle considering the fact that it would substantially hinder the realization of the goals of the bankruptcy law, except when its design accords with the general exemption rules that may refer to the “fair price” theory, “flawed asset” theory and “good faith” theory in the UK insolvency law. Taking the bankruptcy termination clause and the deprivation clause as general types of ipso facto clauses so as to clarify their validity is an effective measure to optimize the business environment and promote the index of “Resolving Insolvency”.

Key words: ipso facto clause; bankruptcy termination clause; breaching party’s right to termination; deprivation clause; anti-deprivation rule

为防范风险, 市场主体在订立合同时越来越多地考虑到合同相对方的破产风险, 从而在合同中约定当债务人发生破产事实时, 赋予债权人终止合同或者使合同权利与义务朝着有利于己方改变的权利。此类合同条款是基于意思自治, 在法律允许的范围内, 在债务人妥协的情况下, 债权人为获得更大的商业利益而

收稿日期: 2020-08-27

基金项目: 司法部纵向课题“商事外观主义原则研究”(19SFB2041)

作者简介: 陈景善, 女, 教授, 博士生导师, 法学博士, 主要从事商法、东亚比较法研究; 孙宝玲, 女, 博士研究生, 主要从事公司法、破产法、证券法研究。

订立的。但是,此类合同条款却可能导致债务人恢复营业的难度加大、破产管理人对待履行合同的选择不法行使、债务人财产的减少或债权清偿顺位的改变,不利于破产法目标的实现。破产约定条款集中体现了尊重意思自治与实现破产法目标的冲突,体现了债务人、其他债权人利益与对方当事人利益的冲突。明确破产约定条款的效力认定规则不仅有利于维护对方当事人行使合同权利的确定性、维护交易安全,而且对于防止当事人通过合同规避破产法的适用、实现破产法的目标具有重大意义,是高效率的破产法应具备的核心条文之一。破产法框架的效率是世界银行《全球营商环境报告》指标体系中评估“办理破产”的标准之一,明晰破产约定条款的效力对于提高破产法框架的效率、服务优化营商环境具有重要意义。

但是,我国破产法未对破产约定条款是否有效作出明确回应,《民法典》第580条第2款对合同解除规则的功能性革新也未能完全解决此问题。而在司法实践中,又存在诸多不同表现形式的破产约定条款,在破产事实发生时,应如何认定此类条款的效力成为各方当事人面临的棘手难题。例如,银行借款合同中的加速到期条款:银行通常与借款人约定,若借款人资不抵债、申请破产、进入破产程序或者发生类似事实,则贷款人可以宣布借款合同中的贷款加速到期,并据此要求借款人提前清偿^[1]。又如,合资经营合同中的破产解散条款:我国司法实践中存在对合资经营合同解散事由的约定,任何一方当事人因破产、解散或其他事由开始清算时,或任何一方发生财产保全、扣押或冻结、停止支付、无力支付、与其他公司进行合并或其他重大的组织重整的情况时,任何一方当事人可向对方当事人提出解散并清算合资公司的请求。破产约定条款存在于各类合同中,已成为我国司法实践中亟待解决的疑难问题。为了厘清这一问题,本文旨在分析这类合同条款在破产法中的效力。

一、破产约定条款的异质性剖析

破产约定条款是债务人在进入破产程序之前与对方当事人约定的,在债务人进入破产程序之后发生效力的合同条款,其会导致合同的解除或变更。此类条款与合同中的其他条款相比具有明显的异质性,履行此条款不仅可能导致合同双方的权利义务失衡,甚至由于其法律效果的外溢性,进而可能致使其他债权人受到损害。对破产约定条款的事实基础进行剖析,有利于从事物本质的角度得到关于其法规范的结构认识,从而为制定或适用相关法规范提供参考标准^[2]。就破产约定条款的适用实践而言,其异质性源于从“进入破产程序前订约、进入破产程序后履行”中派生出来的如下特征。

第一,从订立基础而言,破产约定条款通常存在于具有浓厚商事色彩的长期合同中,基于当事人之间良好的信赖关系而订立。在一方当事人进入破产程序之前,合同双方具有较好的信赖基础,对于对方当事人在未来履行合同有较好的期待性。以厂房、机器租赁合同中存在的破产约定条款为例,在订立合同之时,双方当事人均未发生破产事实,出租人信赖承租人能够按时支付租金,承租人信赖出租人可以依约交付租赁物。合同双方对于对方履约具有合理的信赖基础,可以期待此合同在较长一段时间内的正常履行,并在此基础上对己方的生产经营作出其他安排。然而,在一方当事人因发生破产事实而进入破产程序之后,其商业信用急剧下降,双方的信赖基础被打破,合同履行陷入僵局。为打破一方当事人进入破产程序所引发的合同僵局,合同双方订立破产约定条款,以解除合同或变更合同为手段对进入程序后的合同关系进行调整。伴随债务人破产事实之发生,合同之订立基础也将发生重大变化。根据波斯纳的多重自我理论,破产之前的一方当事人与破产之后的一方当事人甚至可以看作两个不同的人^[3-4]。商事主体与处于不同时点的其他商事主体进行交易,甚至可以看作与两个不同的商事主体订立合同,其信赖基础也必然不同。合同双方为了在债务人有破产风险之虞、双方信赖基础变更之时能够破解合同僵局,由此订立了破产约定条款。

第二,从合同内容而言,破产约定条款所解除或变更的合同交易通常具有相当的复杂性、关联性,是当事人在意思自治基础上作出的较为成熟的商事安排。在交易内容上,破产事实的发生会对进入程序前与进入程序后合同中的交易安排产生实质性的影响。为消弭这种合同履行基础发生变化对未来履约造成的影响,债务人便与对方当事人订立破产约定条款以赋予对方当事人解除合同或变更合同的权利。例如,在金融衍生合同中,ISDA(International Swaps and Derivatives Association)主协议中的提前终止规则就是一种破

产约定条款。其内容是,违约事件(如破产)发生后,守约方有权指定特定日期为协议下所有未完成交易的提前终止日。提前终止日被有效指定后,当事人根据协议约定计算提前终止款项并进行终止净额结算^[5]。ISDA 主协议是对于数个契约的交易安排,这些独立契约因而有了关联性。而由于衍生品合约是在一方当事人进入破产程序之前订约、未来履行的,故设立提前终止规则,以终止双方将于进入破产程序之后履行的独立契约。提前终止款项的计算、交付使得在经济后果上如同 ISDA 主协议中的违约事件或终止事件从未发生^[6]。现代经济生活的日趋复杂导致合同交易安排的整体性和关联性增强,破产约定条款通常是当事人基于意思自治,根据成熟的商业判断能力或多方面的专家建议,经过对交易成本的深思熟虑后订立的,约定在一方当事人进入破产程序后,对进入破产程序之前的合同交易安排予以解除或变更。

第三,从适用结果而言,破产约定条款适用于一方当事人进入破产程序之时,这一适用的触发时点决定了破产约定条款的法律效果具有外部性。破产程序是在债务人符合破产条件之时保护债务人财产、实现债权人公平清偿的集体机制^{[7]231}。然而,破产约定条款实质上是债务人与对方当事人之间的约定,在订立之时的双方约定,却可能在适用之时与作为处理债务人财产的集体机制破产程序相冲突。例如,破产重整程序的立法目标在于恢复债务人正常营业,通过提高债务人财产的营运价值以最大化债权人的整体利益^{[7]231}。若破产约定条款为对方当事人提供终止合同的权利,而债务人在此合同中的权利又为其正常生产经营所必需,则破产约定条款的履行会降低债务人通过重整程序恢复正常营业的可能性,不利于再建型程序中破产法目标的实现^[8]。破产约定条款虽然是合同双方对于进入破产程序之后权利义务的约定,但是,其法律效果还会涉及其他债权人的利益,具有外部性。

二、现有效力认定规则之检视

破产约定条款虽然是在债务人进入破产程序之前订立的,但由于合同履行的长期性、交易安排的关联性以及法律效果的外部性等异质性,是否应当承认破产约定条款在债务人进入破产程序后的效力成为平衡债务人、对方当事人与其他债权人之间利益的关键。按照破产约定条款适用的结果,可将其分为两种类型:破产解除条款和破产变更条款。破产解除条款是约定在一方当事人进入破产之时解除合同的条款,如解除融资租赁合同等。^①破产变更条款是约定在一方当事人进入破产程序之时,变更合同中权利义务的条款,如约定在债务人清算时增加债务人需支付的赎回质押品的金额,^②或约定若公司进入清算,则债权人有权获得与清算之前相比双倍的特许权使用费等。^③解除合同与变更合同在破产法上所产生的效果有实质的不同,且合同解除与合同变更适用法律有明显差异,故分别解析在我国现行法框架下破产解除条款与破产变更条款的效力认定。

(一) 制度回应

就破产解除条款而言,在债务人进入破产程序而合同尚未履行完毕之时,依《企业破产法》第18条适用待履行合同选择权规则。履行破产解除条款的结果是合同解除,又适用《民法典》中关于解除合同的规则。下面将结合破产法与民法中的相关规定对破产解除条款的效力进行分析。

根据破产解除条款解除合同可能与《企业破产法》中管理人对待履行合同的選擇权相冲突。《企业破产法》第18条规定,债务人进入破产程序之后,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,但管理人选择继续履行合同必须符合程序条件和实质标准。法律赋予破产管理人待履行合同选择权,其意义在于公平地保护债权人的一般利益而非个别债权人的利益,最大化债务人财产的价值,从而最大化债权人整体的利益^[9]。对于附有破产解除条款的待履行合同,破产解除条款的法律效果是在债务人进入破产程序之时,对方当事人有权解除合同,而依《企业破产法》

①参见日本最高裁判所平成20年(2008年)12月16日判决,最高裁判所民事判例集62卷2561页。

②参见 R. V. Johns [1928] Ch. 737,这是一个英国法上个人破产的判例,但是同样适用于公司破产。

③参见 R. V. Jeavons, ex parte Mackay (1873) 8 Ch. App. 643。

的规定,管理人有权决定解除合同或继续履行,这就导致对方当事人的解除权与管理人选择继续履行合同的权力相冲突。到底应尊重当事人的意思自治,承认破产解除条款的效力,还是应遵守破产法中的待履行合同选择权规则,根据管理人的选择继续履行合同?这便成为一个问题。

破产解除条款的效力与破产法中待履行合同的选择权规则存在一定的冲突,其效力认定在现行法中是否有其他规范可供参考?由于民法与商法是一般法与特别法的关系,《民法典》作为调整民商事活动的基础安排,对破产解除条款的效力认定也有所回应。具体而言,破产解除条款的效力是解除合同,在《民法典》中可能参考的适用基础包括约定解除及法定解除。

从约定解除而言,破产解除条款是在债务人进入破产程序时赋予对方当事人解除权的条款^[10-11]。根据《民法典》第562条的规定,当事人可以约定一方解除合同的事由,在解除事由发生时,解除权人可以解除合同,即对方当事人可以在债务人破产时解除合同,这是当事人意思自治欲达成的法律效果。《民法典》第562条旨在肯定民事主体的这一自由,因此在不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗的情况下,应承认破产解除条款的效力^[12]。

从法定解除而言,破产解除条款是在债务人破产时,合同双方信赖基础丧失,可能导致合同僵局这一背景下订立的,与法定解除中的违约方合同解除规则有功能上的一致性^[13-14]。根据我国《民法典》第580条第2款,当事人一方不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定,对方请求履行,而又存在法律上不能履行、事实上不能履行、伦理上不能履行、经济上不能履行、合理期限内未请求履行等情形,导致不能实现合同目的的,当事人可请求人民法院或仲裁机构终止合同权利义务关系。违约方解除合同规则发端于我国法院的司法裁判,是从个案到类案、从规范到入典,由司法推动法律进步的典型。该规则旨在解决商事交易中的合同僵局、提高经济效率,为商事活动提供基本遵循^[15]。承认破产解除条款的效力,可使当事人在出现破产事实的情形下,通过破产解除条款打破双方合同僵局,降低经济效率损失。这与违约方解除合同规则的制度功能是一致的。

除违约方解除合同规则外,《民法典》第533条规定的情势变更之司法解除规则也会导致合同解除的法律效果。情势变更的适用基础是在合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响又协商不成的当事人可请求人民法院或仲裁机构解除合同。因情势变更之司法解除的适用虽然最终会导致解除合同的效果,但其适用基础与违约方解除合同规则或破产解除条款有本质的不同。情势变更适用于合同成立后出现的影响社会整体或部分环境的客观情况,并排除商业风险^[16-17]。而违约方解除合同规则适用于合同双方信赖关系破裂后的合同僵局。破产解除条款与后者类似,属于合同双方预见到对方当事人可能破产的商业风险,而在合同订立之时作出的理性安排。此制度的功能性差异决定了破产解除条款的效力认定不可参照适用情势变更之司法解除规则。

对于破产解除条款的效力,《企业破产法》从公平对待债务人及其他债权人的角度出发,以待履行合同选择权规则予以规制。而在《民法典》中,约定解除及法定解除中的违约方解除合同规则对当事人欲达成解除合同的法律效果予以肯定。那破产解除条款的效力在现行法的框架下究竟如何?本文认为,对破产解除条款的效力宜以肯定为原则,在现行法框架下从破产解除条款本身的异质性出发,以公平原则为衡量标准,以违约方解除合同规则为参照,予以必要规制。具体而言,违约方解除合同规则虽然肯认了合同僵局情形下当事人可解除合同,但其适用并非毫无限制。《民法典》第580条第2款从程序和实质两个方面规定了违约方解除合同以打破合同僵局的构成要件:在程序上,解除合同必须通过人民法院或仲裁机构的裁判,而不能以通知的方式解除;在实质上,必须存在第580条第1款中限定的当事人一方不能履行非金钱债务而对方当事人又请求履行,致使不能实现合同目的的合同僵局情形。总之,根据《民法典》第580条第2款,在合同继续履行存在困难但未达到合同目的不能实现的程度时,不能依违约方解除合同规则达到解除合同的效果。在破产解除条款的情形中,债务人进入破产程序只是表明其履行合同能力存疑,并非一定导致合同目的不能实现。例如,在原材料买卖合同中,若买受人进入破产程序,根据破产解除条款,则出卖人有权解除合同。但若买受人能为此合同的继续履行提供担保,则买受人破产或迟延履行价款这一事实并非

导致合同目的不能实现,合同仍可继续履行,则应否认破产解除条款的效力。这一点也与《企业破产法》第18条待履行合同规则的规范脉络一致,在管理人选择继续履行且符合程序条件和实质标准时,对方当事人不能解除合同,其中的程序条件就包括债务人是否能为合同的继续履行提供担保。因此,根据现行法框架的分析,破产解除条款一般应认定为有效,对其效力的限制关键取决于管理人选择继续履行合同是否符合程序条件和实质标准。

(二) 具体规则之缺失

破产变更条款是在一方当事人进入破产程序时,变更合同的条款。^①破产变更条款是合同双方意思自治的结果,但由于其适用于破产时点的异质性,可能导致其与破产法目标相冲突^[18]。因为破产变更条款可能降低债务人通过破产重整程序恢复营业的可能性,抑或是阻碍破产管理人行使对待履行合同的选项权,还可能导致债务人财产的减少或法定的债权清偿顺序无法实现等。究竟应承认还是否定其效力?与上节破产解除条款适用法律的相关分析相同,破产变更条款属于当事人预见到对方当事人破产的商业风险,而提前做出的合同安排,不能适用情势变更规则。而我国民法对合同变更的规则供给有限,未对合同变更的不同情形和效力作出明确规定。况且破产变更条款的异质性决定了其与代物清偿等一般情形下的债之更改不同^[19],只能从《民法典》第153条违反法律的民事法律行为无效出发,对破产法的立法目标进行具体化解释,从而通过公平原则等衡量得出承认或否定其效力的结论。由此暴露出来我国现行法关于破产变更条款的效力认定规则供给不足的问题,需要改进。

立法规则的缺失须通过立法解决。那么应针对破产变更条款补充什么样的规则呢?从比较法出发,对于破产变更条款所导致的意思自治与破产法目标的冲突,有什么可供参考的解决方案呢?

(三) 域外规则之镜鉴

1. 美国成文法中的破产约定条款效力认定规则。美国破产法对于破产变更条款的效力认定,主要规定在第365(e)款及第541(c)款。第365(e)款对待履行合同中的破产约定条款予以一般性地禁止。但其中也规定了两种例外情形,第一种是“其他法律中有特别规定”的衔接性例外,第二种是向债务人或为债务人的利益而提供贷款,或延长其他债务融资期限,或为债务人发行证券的合同中,破产约定条款有效。第541(c)(1)项规定任何根据破产法本应属于债务人的财产,不会仅仅因非破产法的规定或在任何合同中约定了限制债务人转让权益的内容,而被排除在破产财产之外。但第541(c)(2)项给予信托中的破产约定条款以豁免。除此之外,美国还为金融衍生合同设计了排除禁止破产约定条款规则的安全港原则。即美国破产法的第555条、第556条、第559条、第560条和第561条分别针对不同类型的金融合约给予了明确的豁免性保护,允许当事人约定在一方破产时对金融衍生合同进行终止净额结算^[20]。金融合同中的交易安排是更为商业化、更具复杂性的合同群或合同链,一方当事人的破产对整体交易基础具有极大影响,可能导致合同目的不能实现的后果。因此,在美国破产法中破产变更条款一般无效,但考虑到金融合同具有特殊性,其中的破产变更条款效力可能会得到承认。

2. 英国判例法中的破产约定条款效力认定规则。英国破产法通过反剥夺原则的适用范围确立破产约定条款的效力。^②反剥夺原则是指当事人不得通过合同“剥夺”债务人财产,若破产约定条款构成对债务人财产的剥夺,则无效^[21-22]。在对破产约定条款的效力认定上,违反反剥夺原则的破产变更条款无效^[23]。同时,英国判例法又确立了以下三个规则,作为反剥夺原则适用的例外情形。

第一,“公允对价”规则:柏兰德(Borland)案。^③公允对价规则即若对方当事人支付了公允对价,使根据破产变更条款作出的合同变更没有实质上剥夺债务人的财产,则破产变更条款有效。此判断标准是由柏兰

^①参见 *Re Jeavons, ex p. Mackay* (1873) 8 Ch. App. 643。

^②作为英国破产法的基本原则之一,反剥夺原则贯穿于英国破产法的适用范围,参见 Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, 2011, [7-01]。

^③参见 *Borland's Trustee v. Steel Bros & Co Ltd.* [1901] 1 Ch 279。

德案创立的。柏兰德先生是钢铁兄弟公司(Steel Bros & Co Ltd)的一个股东,公司为保证成员的稳定性,在章程中设计了一个破产变更条款:若股东破产,则其股票必须以公允价值转让给公司的董事或其他高管。法官认为,虽然此破产变更条款对合同作出了实质性变更,但只是将债务人的股票价值转化为现金,没有造成债务人财产的减少,应认定为有效。第二,“瑕疵资产”规则:货币市场公司(Money Markets)案。^①“瑕疵资产”规则是指若通过破产变更条款剥夺的债务人财产属于“瑕疵资产”,则其不违反反剥夺原则,应认定为有效。此判断标准典型地反映在货币市场公司案中:货币市场国际股票经纪有限公司(Money Markets International Stockbrokers Ltd)是伦敦证券交易所(London Stock Exchange Ltd)的成员。他们订立的一个破产变更条款的内容是,如果证券交易所成员违约(破产被视为违约事件),将失去其会员资格,即失去成员在交易所中的股权份额。此条款的效力在法庭上受到质疑。在本案中,法官强调了审查破产变更条款所订立理由的重要性,认为剥夺那些没有履约能力的成员的资格是合理的。因为证券交易所成员的利益依赖于其成员身份而存在,只有特定的成员公司才能在交易所持有股份,即货币市场公司的资产(交易所股份)本身是有“瑕疵”的,资产不能脱离履约能力而独立存在。若债务人是因无法满足为了能够持有或享有合同中的财产所必需的某些其他要求,而被剥夺了合同中的财产利益,则即使该条款是由破产事件触发的,也应认定为有效。

以上两个规则作为适用反剥夺原则的例外,已经相当成熟。但是第三种例外情形,“善意的商业安排”规则的争议较大。“善意的商业安排”规则是指若破产变更条款是当事人基于善意订立的商业安排,无规避破产法的故意,则应认定为有效。此判断标准主要来自英国最高院对贝尔蒙特案的判决,^②该案是在雷曼兄弟破产案中关于破产变更条款效力的纠纷。在贝尔蒙特案中,雷曼兄弟公司建立了一个特殊目的公司(债券发行人),此特殊目的公司向包括贝尔蒙特公园投资有限公司(Belmont Park Investments Pty Ltd)在内的投资者(债券持有人)发行了债券。发行人同时用这些债券持有人所支付的本金去购买了担保性投资工具(抵押品),为发行人对债券持有人的利息支付义务提供担保,此抵押品由受托人纽约银行信托服务有限公司(BNY Corporate Trustee Services Ltd)托管。与此同时,发行人又与雷曼兄弟特别金融公司(Lehman Brothers Special Financing Inc,以下简称特别金融公司)签订了一项信用违约互换协议,此协议中约定,特别金融公司将支付给发行人一笔款项,这笔款项与发行人应支付给债券持有人的金额相等。而发行人为此支付的对价是,向特别金融公司支付与抵押品的收益相等的金额。特别金融公司根据互换协议向发行人支付的超过抵押品收益的金额,视为向发行人支付的信用保护费。相对地,发行人以此抵押品为雷曼兄弟集团的一系列贷款债务提供信用保护^[23],即特别金融公司在此抵押品上享有优先权。根据此信用违约互换协议,雷曼兄弟控股公司和特别金融公司于2008年根据美国破产法第11章提交的破产重整申请是合同中规定的违约事件,债券持有人指示受托人终止此互换协议。虽然特别金融公司对抵押品享有优先权,但合同中包含一项通常被称为“反转条款”的约定,即如果发生了根据协议规定的违约事件,将扭转优先权,转为债券持有人而非特别金融公司对此抵押品享有优先权。特别金融公司认为此反转顺位条款无效,原因是该条款以特别金融公司破产为触发条件扭转特别金融公司和债券持有人对抵押品的优先权,剥夺了特别金融公司的财产权。否则,此财产权将归为特别金融公司的破产财产。英国最高法院的判决意见认定此反转条款有效,因为善意且商业性交易中的破产变更条款不应被认定无效,即善意的商业安排抗辩。

对于柯林斯大法官所提出的“基于善意的商业安排”抗辩,学者克利里(Cleary)提出批评,认为这个抗辩太过于关注当事人的意思自治,而没有恰当地考虑其他债权人的利益。因为对于其他债权人而言,区别一个破产约定条款是否是基于善意的商业安排并没有意义。尽管此抗辩可能使意图逃避破产法适用的破产约定条款无效,但是“基于善意的商业安排”也会导致债务人财产的减少,对其他债权人的利益造成损

^①参见 Money Markets International Stockbrokers Ltd v. London Stock Exchange Ltd [2002] 1 WLR 1150。

^②参见 Belmont Park Investments Pty Ltd v. BNY Corporate Trustee Services Ltd and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38, [2012] 1 AC 383。

害^[23]。除此之外,古德(Goode)教授和沃辛顿(Worthington)教授也都强调,柯林斯大法官所提出的适用反剥夺原则的方法在实践中有一定的难度。一方面,此抗辩是在贝尔蒙特案中提出的,在其他案件中是否可适用具有一定程度的模糊性;另一方面,在事后确定订立合同时是否存在恶意对于法官来说也是很困难的^[23]。

针对以上“基于善意的商业安排”抗辩的缺陷,英国破产法理论中提出了一定程度的修正。具体而言,“基于善意的商业安排”包含两个层面的内容:第一,载有该条款的合同应是为了经营公司业务而在善意的基础上订立的,而且公司在订立该合同时,有合理的理由相信此合同会令公司受益;第二,在债务人进入破产程序时,该条款对于其他缔约方保持在交易安排中应有的交易地位而言,是合理必要的^[24]。例如,终止净额结算条款是一个交易网络的组成部分,与其他的交易共同组成一个结构性融资交易。在此交易中的每一方都需要以预先达成合意的、已经协商好的方式参与交易。如果此交易安排中有一项条款约定,若一方破产,则终止向其付款。从整个交易结构来看,在某一交易方破产时,此条款对于保护其他交易方在整个交易结构中所处的地位而言是必要的。在这种相互关联的交易结构下,不应单独考虑个别交易,而应将其放在整个交易各方之间的关系中进行分析。需要进行比较分析的内容包括两个方面:若没有发生破产,各交易方最终的交易地位;若发生了破产事件,且承认破产约定条款的效力,破产后各交易方的交易地位。如果在该公司进入破产程序时,该条款对于其他缔约方保持在交易安排中应有的交易地位而言,是合理必要的。换句话说,此交易安排不会导致某交易方因其他方的破产事件而获得意外收益,则此破产约定条款不违反反剥夺原则。但是,在单一交易的情况下,却很难证明终止净额结算条款对于保护非违约方对未来交易的合理期待是必要的。尤其在某些情形中,若承认此条款的效力,会导致非破产方因破产事件的发生得到意外收益,不应认定这种破产约定条款满足“基于善意的商业安排”抗辩。因此此破产约定条款的效力不应得到承认。

再如,在贝尔蒙特案中,反转条款在维护债券持有人的地位方面发挥了重要作用。他们不应因特别金融公司破产导致的交易安排提前终止而遭受损失,因为此抵押品正是为了担保债券持有人的利益而用他们的原始资金购买的。反过来说,特别金融公司根据反转条款享有比债券持有人更优先的抵押品受偿顺位的前提,是其按照合同持续地支付约定的款项给债券持有人。若特别金融公司无法继续支付约定的款项给债券持有人,就不应享有在抵押品上更优先的受偿顺位,否则特别金融公司的破产就给自己带来了一笔“意外之财”。而破产不应给合同当事人带来一笔意外之财(即比债务人未破产、合同正常履行带来的好处还要大),否则就会打破“基于善意的商业安排”抗辩所考虑的交易对手与债权人整体利益的平衡。法律保护善意的合同相对人本无可厚非,但绝不能容忍合同相对人利用破产程序不正当地获得额外利益。只有在破产约定条款对于保持非违约方在债务人破产时的交易地位而言是合理必要的,“基于善意的商业安排”抗辩才可得到适用。

然而,“基于善意的商业抗辩”仅仅满足以上两个层面的内容还是不够的,当公司在订立包含该条款的合同时,若有剥夺可供公司其他债权人分配的财产的意图,仍不能使破产约定条款有效。例如,若破产约定条款是在“危机期间”,即破产撤销权规则适用的期间订立的,则很难认定此合同条款是一个“基于善意的商业安排”。除此之外,若要适用“基于善意的商业安排”抗辩,破产约定条款也不应规避担保法律的规定。由于破产约定条款一般起到非典型担保的功能,而担保法规定了创建担保权益的严格的构成要件。若当事人的唯一抗辩是“基于善意的商业安排”,且此破产约定条款实质上使债务人财产的所有权或其他权益转移给了某一债权人,或者在破产公司的资产上创立的担保性权益不符合担保法律的严格规定,也很难认定此合同安排是一个基于善意的商业安排,因此破产约定变更条款不应有效^[25]。

3. 比较分析:破产约定条款效力认定规则的立法设计。从以上美国法及英国法中破产约定条款效力认定规则的分析中可以得出3点结论。第一,无论是美国破产法还是英国破产法,原则上都否定破产变更条款的效力。在设计合同效力的认定规则上,一般有两种方法:一种是原则上认定合同条款有效,再设计某些特殊情形下的例外;另一种是原则上认定合同条款无效,再对某些特殊情形予以豁免。不同的方法体现了对当事人意思自治的尊重与干预的程度不同。从破产约定条款而言,虽然破产解除条款对于破产法目标的实

现可能造成一定阻碍,但由前文的深入分析可以得出,此阻碍只有在破产管理人对待履行合同确认继续履行时才会真正突显。换言之,破产解除条款阻碍破产法目标实现的可能性较小,只是例外情形。因此,基于对当事人意思自治的尊重,破产解除条款原则上有效,只有阻碍破产管理人对最大化债务人财产或恢复债务人营业的努力时,才不应得到执行。而破产变更条款与破产解除条款有实质上的不同,其效力认定规则设计应采取以否定为原则、以承认为例外的第二种思路进行:首先,就对合同的改变程度而言,破产变更条款为对方当事人提供了在债务人破产时变更合同权利义务的权利,可能对合同做出实质性改变,阻碍破产法目标的实现^[18]。其次,破产变更条款是债务人在发生破产事实之前订立而在发生破产事实之时适用的合同条款。在债务人正常营业时,作为债务人股东的代理人无拒绝此类条款的动力,而其他债权人的审查动力也不足。对这种人们都没有动力提前审查,但又可能导致不公的条款,法律进行管制是符合效率要求的^[1]。最后,从域外的立法经验而言,对此类条款效力规制的设计思路也基本上采取原则否定、例外承认的规制思路^[22]。

第二,关于破产变更条款无效的例外,美国破产法列举规定金融衍生合同中的破产变更条款有效,^①英国破产法以反剥夺原则适用的例外情形,概括地认定某些情形下破产变更条款有效。如在不同判例中确立的公允对价规则、瑕疵资产规则及善意的商业安排规则等,符合以上三种情形的破产变更条款有效。与英国判例法的概括式相比,美国破产法中列举式的适用看起来比较确定,没有英国法概括式中所出现的模糊和不确定性。但是,概括式的例外规则架构实际更优于列举式:首先,作为破产约定变更条款一般无效的例外,列举式的安全港原则范围“太小”。美国破产法中的安全港原则仅承认几类金融合同中某几种合同安排的有效性,而对其他金融衍生合同中可能出现的各种形式的破产约定条款没有豁免。某些金融衍生合同中的破产约定条款所具有的特殊性在适用此原则时无法得到特殊处理。例如,上节所述贝尔蒙特案中的“反转条款”,在美国破产法中便无法得到豁免。这些条款虽然导致了债务人财产权益的减少,但是认定此类条款有效却是公平的。其次,按照美国安全港原则这种“形式主义”的方法判定是否构成豁免情形是值得商榷的。以金融衍生合同的形式认定其是否适用安全港原则的保护,可能导致当事人以金融衍生合同的形式起草实质上的普通合同。同时,可能导致某些恶意逃债的金融衍生合同逃避破产法的限制,无法实现稳定金融市场或公平清偿债权人的目标。在对安全港原则的具体适用上,争议的焦点多集中在适用安全港原则的金融衍生合同的范围上,而非涉案的破产约定变更条款本身,可谓本末倒置。

相比而言,概括式的例外规则设计从保护债务人财产的角度根据具体情况具体分析,衡量债务人、交易对手及其他债权人的利益,更容易做出公平的判断。在处理金融衍生合同中的破产约定条款时,概括式通过制定实质性的规则,如在贝尔蒙特案中引入了“基于善意的商业安排”抗辩,而非给予某类合同条款特殊保护,有效地平衡了当事人意思自治与破产法目标之间的冲突,具有很大的借鉴意义。但是,在破产约定变更条款的效力认定上,采取实质性的规则也可能导致司法效率不高、交易安全保护不力。因此,在处理破产约定变更条款的效力问题上,概括式也不是一个完美的解决方案。本文将在下节探讨中国应如何设计破产约定变更条款无效的例外规则,以更好地在实现破产法目标、平衡破产法中各方利益的同时,维护交易安全。

第三,虽然美国破产法与英国破产法针对破产变更条款无效的例外情形规定有所不同,但都是为了平衡意思自治与破产法的立法目标所作出的努力,且两者在形式上都在破产法中规定了破产约定条款的效力认定规则。尤其是针对金融衍生合同中破产变更条款的效力认定上,美国破产法以列举的方式承认在商品合约(Commodity Contract)、证券合约(Securities Contract)、远期合约(Forward Contract)、回购协议(Repurchase Agreement)、金融互换(Swap)、主净额结算协议(Master Netting Agreement)等几乎所有金融合约中,内容为提前终止、净额结算或担保安排的破产约定条款有效^[25]。英国破产法也在贝尔蒙特案中以“善意的商业安排”抗辩承认金融衍生合同中破产变更条款的效力。在形式上,英国在判例法中适用反剥夺原则否认破产约定条款的效力,又以适用反剥夺原则的三种例外情形,通过认定债务人的财产不会因执行破

^①即美国破产法中对金融衍生合同提供豁免的安全港原则。

产变更条款而被剥夺,从而承认这些情形下破产变更条款的效力。而美国则更进一步,直接以成文法的方式规定除某些例外情形外,破产约定条款无效。无论如何,其破产法都为破产约定条款的效力认定提供了具体规则,而非笼统地提供原则性的解决方案。

三、效力认定分析框架之重构

(一) 破产解除条款:现有规则之体系化

将《企业破产法》以及《民法典》中的相关规范进行体系性解释,在充分考察规范功能一致性的基础上,本文认为,破产解除条款原则上有效,但在破产管理人选择继续履行合同符合程序条件和实质标准时,合同应当继续履行,破产解除条款无效。破产解除条款是否有效的关键判断标准是管理人选择继续履行合同是否符合程序条件和实质标准。

破产管理人确认继续履行合同必须符合程序条件,包含三个方面:管理人的报告义务、通知义务及担保义务。对于管理人的报告义务,在首次债权人会议召开之前,管理人继续履行待履行合同的,应向法院报告;召开之时,向债权人会议报告;召开之后设立债权人委员会的,向债权人委员会报告,未设立的,仍向法院报告。对于“报告”的理解,从《企业破产法》第69条的立法本意来看,应理解为取得法院、债权人会议或债权人委员会同意后方可确认继续履行合同^[26]。对于管理人的通知义务,管理人要继续履行合同,必须在破产申请受理后两个月内通知对方当事人,或者在对方当事人行使催告权之日起30日内答复对方当事人。对于管理人的担保义务,若管理人决定继续履行合同,则应提供担保。对于“担保”的理解,可以借鉴美国破产法中对继续履行的限制,主要体现在存在违约事实的待履行合同上,要求管理人需要满足以下条件才能选择继续履行:1. 对违约进行迅速地补救;2. 适当赔偿给对方当事人造成的损失;3. 对未来依约履行提供充分担保^[27]。担保应包含两个方面,一个是对违约情形的纠正,另一个是对未来依约履行的担保。管理人只要充分地确保合同能够履行或者申明企业未来确实可以履行,对方当事人就应当继续履行合同。若对方当事人向法院起诉有异议,可请求法院审查管理人是否提供了充分的担保,进而判决是否要求对方当事人继续履行。

破产管理人确认继续履行合同必须符合实质标准。何为实质标准,我国《企业破产法》无明确规定。但在司法实践中,破产管理人与法院对此达成了一些共识。通过检索全国企业破产重整案件信息网中的案件,查看法院同意继续履行的理由,并按照其适用次数的多少排序。可以发现,在司法实践中对于破产管理人决定继续履行合同的实质标准,归纳起来主要有以下四个。第一,有利于重整工作的顺利进行。决定继续履行合同基本都是在重整程序中,例如,为了保障债务人正常运营、保障职工的稳定而决定继续履行合同。第二,有利于维护债权人、债务人的利益。在某些情形下,继续履行合同是一个有利于各方的决定,可形成多方共赢的结果。第三,有利于实现债务人财产的保值增值^[28]。继续履行合同可避免或减少债务人财产损失,有利于保护债务人财产。第四,有利于债务人恢复正常营业。继续履行合同是保障运营利益的需要,对于与生产经营相关,为债务人日常运转所必需且不具有市场可替代性的合同,应继续履行。这些标准虽然彼此之间有重合之处,但基本反映了破产法的立法本意,也回应了学术界的观点。例如,李永军教授认为是否继续履行合同的的标准应是破产财产的利益最大化标准^[29]。王欣新教授也认为,管理人决定解除或继续履行合同,应当以保障债权人权益最大化为原则,同时还应考虑对方当事人因合同解除而可能提出的损害赔偿额,综合权衡利弊^[30]。韩长印教授认为,管理人可以根据债务人财产最大化的原则和破产债务人的实际情况决定是否履行合同^{[7]68}。本文认为,破产管理人主要可基于以下两个实质标准选择确认合同继续履行:一是最大化债务人财产的需要,二是债务人恢复正常营业的需要。即在考虑破产解除条款的效力时,应重点关注的是,终止继续性合同是否意味着终止对债务人恢复营业至关重要的合同权利,例如承租人的租赁权^[31]、知识产权等,以考察破产解除条款是否违反最大化债务人财产、帮助债务人恢复营业的立法目标^[32]。

由此,在现行法框架下破产解除条款的效力认定规则基本确立,即破产解除条款一般有效,在破产管

理人选择继续履行合同,并且符合程序条件和实质标准时,破产解除条款无效。以待履行合同选择权规则为链接点,平衡对方当事人与其他债权人的利益,有利于在促进债务人财产最大化、提高恢复债务人营业可能性的同时,不损害对方当事人的利益,从而达到兼顾尊重当事人意思自治与实现破产法目标的效果。

(二) 破产变更条款:增设无效规定

建议在《企业破产法》中新增破产变更条款一般无效,但以下情形例外的规定。第一,虽然通常情形下,对方当事人会利用破产变更条款,使合同的权利义务朝己方有利的方向变更。但若对方当事人并无规避破产法适用的故意,而只是追求合同价值形式上的转变,例如,由股权转为现金,应当考虑债务人和其他债权人的利益是否受损。由于对方当事人已支付了公允对价,未导致债务人财产减少,而且简化了向债权人公平分配的过程,应认定为有效。第二,从对方当事人的利益考虑,在某些情形下,虽然破产变更条款导致了债务人财产的减少,但此减少的债务人财产本身是“瑕疵资产”,则应认定破产变更条款有效。所谓“瑕疵资产”是指由资产本身的性质决定的,若债务人进入破产程序,则无法继续拥有的资产。此类豁免通常适用于股份制协会章程中的破产变更条款,“瑕疵资产”规则可为此类破产变更条款的效力提供一定的处理思路,对证券交易所、期货交易所、足球俱乐部等协会类组织进行股份制改革具有重要意义。第三,对于破产变更条款效力的否定,势必会损害对方当事人的利益。但在某些情形下,破产变更条款是当事人基于商业判断,经过深思熟虑、慎重磋商所做出的。此时,破产变更条款是为应对债务人破产风险的提前安排,是整个合同的交易链、交易群设计的必要条件^[33]。当事人没有损害债务人财产的故意,故为平衡债务人或其他债权人与对方当事人的利益,法律应尊重这种基于善意的商业性、专业性、必要性的安排,尊重对方当事人在破产变更条款中的利益。

在第三种例外情形中,尤以金融衍生合同中的破产变更条款为典型。对于符合金融衍生品交易惯例中的破产约定条款,应承认其效力。学者多认为对金融衍生品合同中的破产约定条款提供豁免是出于降低系统性金融风险、保障金融市场的稳定等利益考虑^[20,25]。但是,以此为由提供豁免略显牵强。对于实现政策目标,安全港原则发挥的作用不仅很有限,还可能导致金融市场系统性风险的增加。安全港原则规定受保护的交易所包括几乎所有金融合约,且其保护范围呈不断扩张状态。没有区分一般的金融衍生合同与可能导致系统性风险的金融衍生合同,一律予以保护,反而可能鼓励短期金融工具或其他以套期保值为目的的金融衍生合同的发展^[25,34],扭曲公司的资本决策结构,加剧金融市场的薄弱性。对于金融衍生合同中的破产约定条款,应从实质交易角度分析是否提供豁免。在金融衍生合同中,如果设计的破产约定条款是一个基于善意的商业安排,则应对其提供豁免。从我国的实践而言,对于 ISDA 主协议所建立的交易提前终止、^①终止净额结算和信用支持安排等制度中涉及的相关破产约定条款,我国已通过 NAFMII 主协议的形式认可其效力。^②其中的破产约定条款在金融市场的实践中也得到广泛适用,已成为金融衍生品交易的惯例,并非当事人为规避破产法的适用而订立,可以认为是一个善意的商业安排。对于此类破产约定条款,可通过列举式立法直接承认其效力,尤其我国《企业破产法》第134条第2款规定,金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。因此,从规则的引入而言,对于符合金融衍生品交易惯例中的破产约定条款,若不违背破产法中关于破产变更条款无效的例外规则,则可通过国务院进一步立法的形式直接承认其效力。

四、结 语

破产约定条款集中体现了意思自治与破产法目标可能产生的冲突,解决此冲突的理念应是以最大限度地尊重当事人意思自治为原则,只有在破产法目标确实会因此而无法实现时,才对意思自治进行干预。

^①ISDA, International Swaps and Derivatives Association(国际掉期与衍生工具协会)。

^②NAFMII, National Association of Financial Market Institutional Investors(中国银行间市场交易商协会)。参见中国银行间市场交易商协会:《中国银行间市场金融衍生产品交易主协议(2009年版)》,中国金融出版社2010年版,第1页。

基于此,对于破产约定条款的两种一般模式——破产解除条款与破产变更条款的效力,可采取不同的认定思路。破产解除条款的效力认定应以现行法为分析框架,参照《民法典》第580条第2款中的违约方解除合同规则,在待履行合同选择权规则的适用逻辑中予以具体认定;而对于破产变更条款的效力认定,我国破产法应另行制定规则,通过建构禁止一豁免型条款的破产变更条款效力认定规则,实现破产法目标与尊重当事人意思自治原则的平衡。

参考文献:

- [1] 韩长印,张玉梅. 借款合同加速到期条款的破产法审视[J]. 法学,2015(11):41-53.
- [2] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:15.
- [3] POSNER R A. Are we one self or multiple selves? Implications for law and public policy[J]. Legal Theory,1997,3(1):23-35.
- [4] 许德风. 合同自由与分配正义[J]. 中外法学,2020(4):973-1000.
- [5] 梁洁艳. 继续性契约? ——ISDA 主协议提前终止规则的法律解释[EB/OL]. (2014-08-20)[2021-05-27]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_8e52c70f0102uzmx.html.
- [6] 刘燕,楼建波. 金融衍生交易的法律解释——以合同为中心[J]. 法学研究,2012(1):58-76.
- [7] 韩长印. 破产法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2016.
- [8] 山本和彦. 日本破产处理法入门[M]. 金春,译. 北京:法律出版社,2016:69-70.
- [9] 李永军. 论破产管理人合同解除权的限制[J]. 中国政法大学学报,2012(6):69-77.
- [10] 郑一丹. 约定解除权的识别与规制[J]. 中南财经政法大学研究生学报,2020(1):141-148.
- [11] 崔建远. 附解除条件不同于合同解除[J]. 法学杂志,2015(7):30-38.
- [12] 江平. 民法学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2015:21.
- [13] 韩世远. 继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除[J]. 中外法学,2020(1):104-127.
- [14] 石佳友,高邛梅. 违约方申请解除合同权:争议与回应[J]. 比较法研究,2019(6):36-52.
- [15] 刘承魁. 论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行[J]. 中国政法大学学报,2020(3):37-46.
- [16] 王利明. 情事变更制度若干问题探讨——兼评《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条[J]. 法商研究,2019(3):3-10.
- [17] 彭凤至. 情事变更原则之研究[M]. 台湾:五南图书出版公司,1986:240.
- [18] 丁燕. 世行“办理破产”指标分析与我国破产法的改革[J]. 浙江工商大学学报,2020(1):78-88.
- [19] 陈存款. 论未履行代物清偿合同的立体法权构建[J]. 重庆理工大学学报(社会科学),2019(6):126-134.
- [20] 冯果,洪治纲. 论美国破产法之金融合约安全港原则[J]. 当代法学,2009(5):17-24.
- [21] WORTHINGTON S. Making sense of arguments about the anti-deprivation rule[J]. International Corporate Rescue,2011,8(1):26-40.
- [22] CLEARY T. Perpetuating uncertainty; the anti-deprivation principle and contractual rights in the post-lehman world[J]. International Insolvency Review,2011,20(3):185-218.
- [23] CLEARY T. Belmont park investments pty limited v. BNY Corporate[J]. Business Law International,2012,13(1):105-115.
- [24] CLEARY T. Lehman brothers and the anti-deprivation principle: current uncertainties and proposals for reform[J]. Capital Markets Law Journal,2011,6(4):411-449.
- [25] 金晓文. 破产程序中的金融合约“安全港”——安全边界的功能性定位[J]. 现代法学,2017(1):108-116.
- [26] 许胜锋. 我国破产程序中债权人委员会制度的不足与完善[J]. 中国政法大学学报,2018(5):110-122.
- [27] 查尔斯·J. 泰步. 美国破产法新论[M]. 韩长印,译. 北京:中国政法大学出版社,2017:921.
- [28] 王欣新. 《全国法院破产审判工作会议纪要》要点解读[J]. 法治研究,2019(5):122-137.
- [29] 李永军. 破产法——理论与规范研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2013:123.
- [30] 王欣新. 破产法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011:60.
- [31] 孙峰. 构建以住房承租人权利为核心的法律制度[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版),2020(1):80-86.
- [32] 王欣新,乔博娟. 论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式[J]. 法学杂志,2015(3):60-71.
- [33] 王妍,赵杰. 制度金融学范式下商业银行非破产市场退出的制度构建路径[J]. 北方法学,2019(4):129-138.
- [34] LUBBENS J. Derivatives and bankruptcy; the flawed case for special treatment[J]. University of Pennsylvania Journal of Business Law,2009,12(1):61-71.

