

继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除

韩世远*

摘要 民法典合同编新规定的“违约方解除权”引发关注,滋生争议。引发该问题的“新宇公司诉冯玉梅案”本身仍有诸多基本问题,需要澄清。现行法关于继续性合同的解除规则供给不足,以至于在合同僵局场合法院被迫从拟制当事人的意思出发解除合同、打破僵局。立法的问题应通过立法解决。合同僵局问题并非仅在中国出现,在德、日两国,围绕继续性合同的解除(终止),立法及判例均有较为成熟的经验积累,值得我国立法借鉴。无视此类比较法经验,独创“违约方解除权”规则,并不可行。目前草案中的违约方解除权规则无法破解合同僵局,必须修正。建议借鉴《德国民法典》第314条,规定当事人可基于重大事由解除继续性合同。民法典就继续性合同的特别解除存在法律漏洞,则应类推适用保管合同的“特别事由”解除,或者类推适用婚姻关系“感情确已破裂”规则,由当事人请求法院解除。

关键词 继续性合同 重大事由 信赖关系破坏 合同解除

一、问题的提出：合同僵局如何破解

X、Y均为商事主体,双方约定X租赁经营Y的企业Z厂,为期20年。作为租赁标的的Z厂,不仅包括其设备,也包括经X筛选后留用的企业工人350余人。在租赁经营期间,所有人员身份不发生变化,Y负担下岗员工基本工资及有关保险费用,X根据工作岗位等因素确定聘用人员工资,并承担资产保险和留用人员的保险等费用。X经营Z厂一年后,Y的控股公司下发文件,拟给公司员工增资。在调资文件下达前后的一段期间内,Z厂部分工人集会要求回Y

* 清华大学法学院教授。本文是国家社科基金重点项目“合同法立法相关问题研究”(项目编号:17AFX020)的阶段性成果。

公司、增加工资,并在网上发帖号召 Z 厂工人到总公司门口集会进行集体维权。X 向 Y 发函,表明因 Y 的集团公司下达调资文件,影响职工情绪,给生产经营带来严重影响,并连续发生恶性事故,被迫停产等。次日,Y 向 X 复函称,X 擅自停止 Z 厂生产、给职工放假并进行招工的做法违反合同约定,属单方违约行为,并要求接管 Z 厂。在 Z 厂停产,其中某工段改由 Y 管理。后虽经当地政府调和,但未实际奏效。

X 起诉,要求根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 94 条第 4 项之规定,判令解除租赁合同及其补充协议、赔偿损失(包括利润损失)、返还固定资产投资、返还原材料款等。Y 反诉要求解除租赁合同关系,并要求返还财产、向 Y 支付截至合同解除之日尚未支付完毕的租赁费、工伤保险费、失业保险金、工会经费、水电气汽费、工人工资等,并要求赔偿损失等。

一审山西省高级人民法院认为,在本案合同效力既定的情况下,双方均要求判令解除合同,据此,双方均以明确意思表示不再履行原租赁合同及其补充协议,故从解决纠纷及若继续履行将难以实现合同目的考虑,应判令解除该合同及相关补充协议。判决解除租赁合同及其补充协议,返还财产等。原、被告双方均不服该判决,向最高人民法院提起上诉。

最高人民法院认为,双方在当地政府主持的协调会纪要上签字确认,均表达了终止合同的意思表示,并以此为由认定合同解除。^{〔1〕} 最高人民法院认为双方都存在违约行为,但均未达到根本违约的严重程度。

本案是一起典型的合同僵局事例,问题的焦点在于,在合同关系无以维系且当事人请求解除的情况下,法院应如何解除,合同僵局究竟如何破解。

二、我国法的回应手段

(一)基于现行法框架的分析

先说本案合同,它是企业租赁合同,租赁的对象是企业,不属于“物”。日本通说将此解释为类似于租赁的非典型合同(无名合同);^{〔2〕}在我国现行法的框架下,该合同也宜解释为非典型合同,可以类推适用《合同法》关于租赁的规定;^{〔3〕}又依《合同法》第 124 条,该合同适用合同法总则的规定。另外,还应注意两点:其一,企业租赁合同属于继续性合同,而非一时性合同;其二,本案企业租赁合同属于定期租赁合同,而非不定期租赁合同。

再说《合同法》中的“解除”,这是一个总括概念,既包括传统民法上的解除(Rücktritt),也包括终止(Kündigung)。因而,《合同法》“总则”中的解除规则,既适用于一时性合同(contract

〔1〕 参见山西数源华石化工能源有限公司与山西三维集团股份有限公司租赁合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2012)民一终字第 67 号。

〔2〕 近江幸治:《民法讲义 V 契约法》,成文堂 2009 年版,第 188 页。

〔3〕 韩世远:《合同法学》,高等教育出版社 2010 年版,第 445 页。

to be performed at one time),〔4〕也适用于继续性合同(英文文献中惯称 long-term contract “长期合同”,二者内涵严格地讲并不完全一致,不严格地讲大体相当)。当然,《合同法》立法者设定上述规则的时候,事实上多以一时性合同(比如买卖合同)为典型,对于继续性合同本身的特殊性关注不足(仅在第97条对解除的后果是否就已履行的部分恢复原状等,以“根据履行情况和合同性质”的表述,〔5〕作灵活的应对)。换言之,《合同法》“总则”中的解除规则,被默认普遍适用于继续性合同,同时,没有专门针对继续性合同规定其特有的解除规则。此外,在《合同法》“分则”中,针对借款合同、租赁合同、保管合同、仓储合同、委托合同等具体的继续性合同,有若干具体的解除规则。

如本文所举案例,现实生活中有时会出现合同僵局,如果确实需要让合同解除,在现行法中是否有应对手段?首先,在《合同法》“分则”租赁合同一章,虽规定了若干特殊法定解除原因,但在本案情形尚无法使用。故无论是当事人还是法院,均在《合同法》“总则”中寻找出路。可能的基础大体包括:其一、合意解除(《合同法》第93条第1款);其二、约定解除(《合同法》第93条第2款);其三、因违约之法定解除(《合同法》第94条第2—4项);其四、因不可抗力之法定解除(《合同法》第94条第1项)。除此之外,基于司法解释的补充,尚有第五,因情事变更之司法解除(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》,简称《合同法司法解释二》,第26条)。就所举案例,作为合同履行障碍直接原因的工人维权停止生产(罢工)纵然算是不可抗力,也只是导致本案合同一时的不能履行,并非永久不能履行,因而,原则上尚不构成解除租赁合同的理由;双方当事人均未选择不可抗力支持其主张解除合同,也反映出在当事人的心中也是不能(或者不愿)借助不可抗力解除。从最大程度地在法律效果上对自己有利出发,双方当事人均选择主张因对方违约而解除。可是在本案中,最高人民法院认定,合同双方虽均存在违约行为,但都未达到使合同目的不能实现的程度,不应认定构成根本违约。至此,不符合《合同法》第94条规定的一般法定解除原因。至于情事变更,在该案两级法院审理中,当事人没有提及,法院也没有考虑(案发时《合同法司法解释二》尚未出台)。事后来看,即便按照司法解释中的情事变更规则,似乎也难构成情事变更。至此可见,在现行法框架下,无论是一般法定解除还是司法解除,均不足以解决问题。加之当事人没有约定解除事由,故唯一剩下的只有合意解除。以下分析本案两审中的合意解除。

一审法院基于双方均要求判令解除合同,认为“双方均以明确意思表示不再履行原租赁合同及其补充协议,故从解决纠纷及若继续履行将难以实现合同目的考虑,应判令解除该合同及相关补充协议”,将解除合同的正当根据往当事人双方的意思表示上去寻找。隐含的意思是,双方就解除合同是有共同的意思表示的。换言之,默认当事人有解除合同的合意。姑且称之

〔4〕 即至少其特征履行(the characteristic performance)是要一次性地做出,最常见的一时性合同的事例是买卖合同,买卖的标的要在某特定时间交付。See UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts 2016, Article 7.3.6, Comment 1.

〔5〕 “所谓‘合同的性质’,主要指合同的标的是物还是行为,是移转标的物的所有权还是使用权,是继续性合同还是非继续性合同等。”张广兴、韩世远:《合同法总则》(下),法律出版社1999年版,第47页。

为“默示的合意解除”路径。该路径是从双方意思中提取公因子(common factor),据以构成合意的基础。那么,这一路径有什么问题呢?它最大的问题在于对当事人意思的拟制,人为制造出一个“解除合同”,这个“解除合同”可能并不符合当事人的意思。双方当事人诉讼请求和反请求中均主张因对方违约而解除,表面上看解除方面是共同的,但双方对于解除的后果(赔偿损失等问题)上认识分歧巨大。而当事人对于解除及其后果本是有机结合在一起的(即“解除+对方向我赔偿”),如果没有“对方向我赔偿”或者赔偿不如期待,该方当事人可能就不想解除。一审法院拟制“解除合同”的实际结果是,双方对一审判决均不满意,均提起上诉。

二审最高人民法院没有采纳“默示的合意解除”路径,而是改采“明示的合意解除”路径。可是,对此并非没有质疑的空间:其一,该案双方均将解除合同作为第一项诉讼请求或者反诉请求,特别是,双方均明确了其主张解除的依据是《合同法》第94条,对方构成根本违约(或者严重违约),显然双方并不认为它们已经合意解除了该案租赁合同及其补充协议。其二,即便认为双方此前曾在解除合同这一点上达成过合意,事后双方起诉及反诉的第一项请求均要求解除合同,是不是可以解释为事后以行为否定了此前曾经达成过的合意呢?由此看来,“明示的合意解除”路径也不是万灵药,它在本案中的出现具有很大的偶然性,因而其可使用性也就具有很大的不确定性。假如当地政府不曾组织过协调会,最高人民法院是否判决合同解除呢?在数年后的另外一起案件中,最高人民法院在类似的情形下,采取了与本案一审“默示的合意解除”路径一样的手法。^{〔6〕}可是,“默示的合意解除”路径的采用同样也具有很大的偶然性,其可采性也有很大不确定性。假如被告不提起反诉,或者不作解除合同的意思表示,法院又能怎样裁判?

由此可见,在租赁合同等继续性合同中,确实会存在双方都存在违约但都没有构成根本违约的情形,合同关系难以继续,法院便想方设法来解除合同。现行法合同“解除事由”规则供给有限,法院便被迫从当事人的意思方面寻求突破,于是出现上述默示或者明示合意解除的不同路径。笔者对法院的做法抱以同情的理解,也无意批评裁判法官。但笔者认为,由此暴露出来我国现行法关于继续性合同的解除规则供给不足问题,确实需要改进。

(二)基于民法典合同编(二审稿)“违约方解除权”规则的分析

立法规则的缺失须通过立法解决。借民法法典化之机,补充相应的规则,无疑正当其时。那么,应该补充什么样的规则呢?

本案租赁合同明确约定了20年的期限,是定期租赁,显然不属于“不定期合同”,无法适用《合同编(二审稿)》第353条第2款新增的一般规定(继续性合同的普通终止)。为了化解定期继续性合同的合同僵局,上述“草案”同条第3款规定了所谓的“违约方解除权”,即“合同不能

〔6〕 九江雅格泰大酒店有限公司诉九江世惠科技服务有限公司、江西金誉酒店管理有限公司房屋租赁合同纠纷再审案,最高人民法院民事判决书,(2017)最高法民再227号。最高人民法院认为,“鉴于雅格泰公司于2012年2月2日向世惠公司发出解除租赁合同的通知,世惠公司、金誉公司在案件审理过程中,于2013年10月16日提起反诉,请求法院判决解除租赁合同,本案应认定世惠公司与雅格泰公司于2013年10月16日就解除合同达成了一致意见,案涉租赁合同于当日解除。”

履行致使不能实现合同目的,有解除权的当事人不行使解除权,构成滥用权利对对方显失公平的,人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同,但是不影响违约责任的承担”。那么,该“草案”规定能解决本案问题吗?不能,因为无论是原告还是被告,均没有以对方根本违约为由的解除权,更谈不上“滥用权利对对方显失公平”,由此可见,“草案”新创的规则在本文实际案例面前完败,必须改造。

立法草案中的“违约方解除权”规则欠缺比较法基础,那么,从比较法出发,相应的合同僵局问题有没有什么解决方案可供参考呢?

三、比较法考察

(一)德国法

关于继续性合同解除的事由,德国法区分普通终止(die ordentliche Kündigung)与特别终止(die außerordentliche Kündigung)。普通终止,不需要理由;特别终止,则需要说明理由。

关于继续性合同的特别终止,《德国民法典》第314条“因重大事由而终止继续性债之关系(Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund)”,其构成要件如下:

1. 继续性合同

《德国民法典》第314条适用于继续性债之关系,这是一个出了名的难以定义的概念,它也被译作“履行循环发生债务的合同”。各种定义均突出了该合同要具有“时间因素”(time element),因此在当事人之间产生继续性债务:在当事人之间不断地发生给付义务和保护义务,这有别于一时性合同(contract aiming at a mere one-off exchange of performances)。继续性合同通常要求当事人要么履行行为持续很长时间,要么不断重复履行行为。另外,继续性合同事实上还有一个特点,即合同债务的总量事先并不清楚,而是取决于合同的持续时间。^{〔7〕}

就可以归入继续性债之关系的合同类型,学者已形成比较一致的认识。其中,有些是在《德国民法典》中规定的合同类型,包括使用租赁、用益租赁、使用借贷、消费借贷、雇佣、寄托、合伙以及保险。另外,有些在法律实务中发展出来但并未被民法典规范合同类型也可归入继续性债之关系,典型事例包括保理、特许经营、设施管理、啤酒供应、护理(care-taking)、仓储、仲裁、许可证以及出版。^{〔8〕}

〔7〕 R. Gaier, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2, 7. Aufl., 2015, § 314, Rn. 5; Ch. Grüneberg, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015, § 314, Rn.2; D. Looschelders, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2014, Rn. 789; S. Vogenauer, “Termination of Long-term Contracts ‘for Compelling Reasons’ under the UNIDROIT Principles: The German Origins”, in UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law: Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Vol. 2, Rome: UNIDROIT, 2016, p. 1705.

〔8〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1705; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, S. 155.

2. 重大事由(令人信服之事由)

依德国法,对于因重大事由而终止继续性债之关系,最重要的要件便是须存在“重大事由”(wichtiger Grund)。英文翻译为“令人信服之事由”(compelling reason),德国学者认为该英译较之德文字面含义更得法意精髓。^{〔9〕}依《德国民法典》第314条第1款第2句,在斟酌个案所有具体情事,且衡量双方之利益后,维持该合同关系到约定之消灭期限或终止期限届满,对终止之一方无期待可能性者,有重大事由之存在。

不过,也有德国学者认为这一规定的作用是有限的,因为重大事由这一不确定概念最终被另外一个不确定概念(合同存续的不可苛求性)所取代。可是,进一步的法律特定化是不可能的,因为在具体合同类型中的要件是非常不同的。无论如何要澄清的是,终止事由必须通过个案中广泛的利益衡量来确定。^{〔10〕}

法院发展了一些一般性的指引或者标准:所要求的对于所有具体情事的评价要取决于所涉合同类型的特殊性;违反合同可能(并且经常会)成为确立重大事由的基础;一些不太重要的事实累积起来也可以构成重大事由;重大事由存在的相关时间点是终止通知作出时;只是对对方异常行为起了怀疑,但既不能证实也无法证伪的,也可能成为重大事由的基础(不过,当事人应证明支撑这种怀疑的事实,方得以此为由终止合同)。^{〔11〕}

作为一条通用规则,引发重大事由的事实须处于对方当事人的“风险领域”(sphere of risk)。^{〔12〕}风险的分配取决于合同条款、其目的以及相关立法规则。^{〔13〕}如果重大事由的事实处于意欲终止合同一方的风险领域,其终止的意思仅在例外场合可得有效。^{〔14〕}在判断重大事由是否成立要考虑一项因素,即对意欲终止的一方,让他不去终止而是依其酌处权作出别的默认选项,是否可得接受。^{〔15〕}如果合同的履行需要当事人之间的人际配合,则成立重大事由的门槛便要低些。^{〔16〕}

对于达到重大事由的门槛,对方的过错行为既非必要,也不充分。如果想终止合同的一方自己有过错行为,这并不必然排除重大事由的构成。^{〔17〕}不过,如果该方当事人对于双方关系

〔9〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1706.

〔10〕 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第287页。

〔11〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1706.

〔12〕 BGH, ZIP 2014, 1382(1385); BGH, NJW 2013, 2021(2022).

〔13〕 BGH, NJW 2010, 1874(1875).

〔14〕 Ch. Grüneberg(Fn.7), § 314 para. 7.

〔15〕 W. Fikentscher und A. Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl., 2006, S. 292.

〔16〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1707.

〔17〕 BGH NJW 1981, 1264(1265); LG Hamburg, NJW-RR 2005, 187(188); S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1707.

破裂负主要责任,或者他行为不诚实,法院通常会不认定成立重大事由。^[18]

德国法院认可基于重大事由终止合同的情形包括:^[19]健身房合同场合的怀孕,^[20]以及就约定的疾病按日给付保险金的保险合同场合被保险人有常规性的工作行为。^[21]与此相对,德国法院在下列情形否定了基于重大事由终止合同:^[22]某人搬家到了一个没有高速宽带的区域,他不能以网络服务提供商不能铺设线缆为由终止合同;^[23]债务人与另一公司的合并,只要合并对于想终止合同的一方没有带来实质性的变化,便不构成重大事由;^[24]同理,公司负责人的辞职对于该负责人就公司债务所提供的担保并不构成重大事由;^[25]商事主体缔结的仓储合同不能单纯因为该商事主体因资金问题而清算从而便终止。^[26]

在德国法上,基于重大事由而终止合同,通常被理解为是对于不可预见的情事变更的回应,而当事人如果预见到了这些变化,便会在合同中加以考虑。^[27]由此看来,合同终止(对于德国学者而言)并非对于通行的合同神圣原则不正当的例外。这也可以解释何以合同成立前存在的事由,只要终止方不知,仍可构成重大事由。^[28]

3. 补救期限徒过或催告而无效果

这是《德国民法典》第314条第2款第1句的要求,其目的是要让对方知道当下的情况,并且向对方宣布很快就要采取行动了。对方因此面对其行为可能的后果,被给予机会以改变其做法。另外,催告也有助于证立重大事由,因为如果对方经催告仍不停止其危害行为,这会特别有损于合同关系中的信赖。^[29]如果违反合同义务的行为持续存在,补救期限便是合适的。典型的事例是持续的不履行。如果违反发生在过去,则须给予催告,比如违反保护相对人利益的义务仅发生了一次,并且没有其他后果。

要求补救的通知或者催告通知须指明危害行为以及因该行为持续存在所造成的严重后

[18] BGH NJW 1981, 1264(1265); BGH NJW-RR 2009, 1189(1192); S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1707.

[19] S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1707.

[20] BGH, NJW 2012, 1341; AG Muenchen, NJW-RR 2011, 67.

[21] BGH, NJW-RR 2009, 1189(1191).

[22] S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1707.

[23] BGH, NJW-RR 2011, 916.

[24] BGH, NJW 2014, 1447(1450).

[25] BGH, NJW-RR 2011, 1518.

[26] BGH, NJW 2005, 1360.

[27] S. Lorenz, in: Bamberger/Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1, 3. Aufl.*, 2012, Rn. 7.

[28] BAG, NJW 2002, 162 (163); S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1708.

[29] BGH, NJW 1992, 496 (497).

果。^[30] 须告知对方,通过合同的未来合作受到了危害。^[31] 受害方应该确定或者至少表明补救期间的截止时点。如果期间定得过短,则按照合理期间处理。^[32]

根据第 314 条第 2 款第 2 句,在符合《德国民法典》第 323 条第 2 款第 1 项和第 2 项的情形下,为补救而指定期间或者催告通知是不必要的。该第 1 项是对认真且确定地拒绝履行;第 2 项规定定期行为场合债务人的不履行。

4. 终止的通知

最后,主张重大事由的当事人须向对方发出终止通知(第 314 条第 1 款第 1 句)。该通知无须表明终止的事由,尤其是,重大事由无须表述出来。^[33] 然而,一旦对方要求,终止合同方则有义务不迟延地表明这些事由(该义务一般是类推自《德国民法典》第 626 条第 2 款第 3 句)。^[34]

依第 314 条第 3 款,终止权人须在知悉重大事由后的合理期间内通知终止。该期间开始于实际知悉,因重大过失而不知,并不启动该终止期间。^[35] 在发出通知之前等待过久表明继续合同关系对于终止权人是接受的。^[36] 通过确保通知系依合理的速度发出,第 314 条第 3 款保护了相对人免于对未来合同继续存在有持久的不确定性。^[37]

何谓合理期间,取决于合同类型以及个案的具体情况。在特许经营商协议场合,法院认为该期间为 2 个月;4 个月对于用益租赁、3 个月对于农场的用益租赁,均被认为是合理的。与之相对,对于商事代理协议,用 2 个月考虑被认为太长;同样,2 个月对于借贷合同以及 5 年对于商事租赁,均属过长。^[38]

(二) 日本法

1. 日本民法中的继续性合同解除及判例的发展

关于合同解除,《日本民法典》在第三编债权第二章契约第一节总则中的第三款(第 540 条至第 548 条,2017 年修改后该款变为第四款,条文号没有变化)作了集中规定。这些规定(特别是其中的第 541 条和第 543 条)是否适用于继续性合同的“解约告知”,日本的判例及学说存

[30] Ch. Grüneberg, (Fn. 7), § 314, Rn. 8.

[31] BGH, NJW 2012, 53.

[32] R. Gaier, (Fn. 7), § 314, Rn. 16.

[33] OLG Nuernberg, WM 2013, 979; Ch. Grüneberg, (Fn. 7), § 314, Rn. 10.

[34] S. Vogenauer, supra note 7, p. 1709.

[35] Ch. Grüneberg, (Fn. 7), § 314, Rn. 10.

[36] OLG Duesseldorf, MDR 2010, 1447.

[37] S. Vogenauer, supra note 7, p. 1709.

[38] S. Vogenauer, supra note 7, p. 1709.

在分歧。^[39] 依山本敬三教授的概括,分别称为“628 条类推说”和“541 条修正说”(判例)。^[40]

①628 条类推说。“628 条类推说”着眼于继续性合同与交换型合同在性质上的差异,认为在继续性合同场合完全排除契约总则部分“合同解除”相关规定的适用;对于继续性合同,应类推适用《日本民法典》第 628 条、第 663 条第 2 项、第 678 条第 2 项等规定,按照各种合同内在的信赖关系的程度,承认包括有偿的继续性合同因债务不履行的解消以及基于其他事由的合同解消在内的解约告知制度。^[41] 第 628 条(因不得已事由的解除)规定:“当事人虽定雇佣期间,但有不得已事由时,各当事人得直接将契约解除。但其事由系因当事人一方的过失发生时,对于他方应负损害赔偿。”

②541 条修正说(判例)。“541 条修正说”(判例)认为对于像租赁这种继续性合同场合也适用《日本民法典》第 541 条,然就其要件,则要从作为租赁合同基础的信赖关系的角度予以修正。^[42] 《日本民法典》原第 541 条(因履行迟延的解除权)规定:“当事人的一方不履行其债务时,其相对人得定相当期间催告其履行。如在其期间内没有履行时,得解除契约。”

③判例发展:信赖关系破坏法理。对于上述因债务不履行而解除合同的一般规则,在租赁合同(特别是以居住为目的的不动产租赁)场合,日本判例发展出了“信赖关系破坏法理”。^[43] 依开创该法理的先例判决,“租赁当事人之一方,违反其义务,有违背信赖关系使租赁关系之继续显著困难的行为,于此场合,对方可无须催告地解除租赁合同”。^[44] 这里的义务违反并不限于租赁合同(包含特别约定)的要素义务的不履行,也包含违反诚信原则上的义务的行为。^[45] 就发生解除权的信赖关系破坏,仍应限定为基于租赁合同上义务的违反(包括对诚信

[39] 谷口知平、五十岚清編集:《新版注釈民法(13)》〔山下末人〕,有斐閣 1996 年版,第 647 页。日本相关的学说发展史,可参见(日)加藤雅信等編:《民法学说百年史》,牟宪魁等译,商务印书馆 2017 年版,第 654 页以下。

[40] 山本敬三:《民法講義 IV-1 契約》,有斐閣 2010 年版,第 473 页。

[41] 广中俊雄:“賃貸借における‘信頼関係’の破壊と‘解除’”,《契約法の研究》,1958 年版,第 123 页以下;田中实:《いわゆる継続的債権(契約)関係の一考察》,庆应法研 26 卷 12 号 121 页;谷口知平、五十岚清編集:《新版注釈民法(13)》〔山下末人〕,有斐閣 1996 年版,第 662 页。

[42] 山本敬三:《民法講義 IV-1 契約》,有斐閣 2010 年版,第 473-474 页;谷口知平、五十岚清編集:《新版注釈民法(13)》〔山下末人〕,有斐閣 1996 年版,第 662-663 页。

[43] 相关中文资料,可参见(日)渡边达德:“关于有名合同解除的规定——以租赁、承揽及委托为中心”,钱伟荣译,载韩世远、(日)下森定主编:《履行障碍法研究》,法律出版社 2006 年版,第 223 页以下。依渡边教授的介绍,日本信赖关系理论认为:“不动产租赁合同属于持续性合同,对于这种合同,一般应该允许以‘重大理由’为理由的即时‘解约告知’,所谓‘重大理由’,是指在持续性合同中,信赖关系遭到破坏,以致要求债权人维持合同关系已经更不合理的状况”。由此可见,日本判例法上的信赖关系破坏法理与德国民法中的重大事由终止很相似。

[44] 最高裁判所 1972 年 11 月 16 日判决,最高裁判所民事判例集 26 卷 9 号 1603 页。

[45] 吉田克己:《信頼関係破壊の法理》中田裕康、潮见佳男、道垣内弘人編:《民法判例百選 II 債権》(第 6 版),有斐閣 2009 年版,第 119 页。

原则上义务的违反)。^[46] 由于租赁是以当事人相互的信赖关系为基础的继续性合同,在租赁持续过程中,在一方当事人有违背信赖关系、使租赁关系之继续显著困难之不信行为场合,对方当事人便可以向将来解除租赁合同。因“信赖关系破坏法理”的出现,对于因债务不履行而解除合同的一般规则便有了如下修正:^[47]

第一,对催告解除的限制。出租人虽经催告解除,但仍存在因信赖关系未破坏为理由而否定的可能性。作此主张时,信赖关系破坏之不存在,便属于解除的阻却原因(承租人的抗辩)。

第二,无催告解除。出租人虽尚未催告,仍有可能以存在信赖关系破坏而解除。作此主张时,信赖关系破坏之存在,便属于出租人支撑其解除的成立要件(出租人的请求原因)。

第三,不存在不履行场合的解除。虽然谈不上承租人违反了租赁合同上的义务,仍有可能以信赖关系破坏为理由而解除。作此主张时,信赖关系之破坏,便属于出租人支撑其解除的成立要件(出租人的请求原因)。

2. 日本民法修改

在日本民法典修改过程中,2009年5月以鎌田薰(早稻田大学教授)为首的日本民法(债权法)改正检讨委员会发布了《债权法改正基本方针》,其中涉及继续性合同解除问题,相关的说明可以代表此次修改的基本立场。

《债权法改正基本方针》第3编债权第2部各种合同第16章补则的第2节规定“继续性合同等”,关注继续性合同的特殊性并尝试在立法中加以规范,引人注目。该草案在“继续性合同等”中规定了如下内容:继续性合同的定义(第3.2.16.12条)、未定期间合同的终了(第3.2.16.13条)、已定期间合同的终了(第3.2.16.14条)、解除的效果(第3.2.16.15条)、分割履行合同的解除(第3.2.16.16条)和多数当事人型继续性合同(第3.2.16.17条)。日本该草案并未规定基于重大事由的解除,主要理由如下:①该草案关于因债务不履行的解除,在其一般要件中以“债务的重大不履行”为标准(第3.1.1.77条解除权的发生要件),而继续性合同的解除通常可以依该规定解决;②就继续性合同,虽不构成“重大的债务不履行”却有“重大事由(不得已的事由)”场合可否解除,尚可成为问题。其实,受国际统一私法协会《国际商事合同通则》第三版起草工作以及德国民法的启发,可以作为重大状况变化以及当事人信赖关系丧失场合的解除来讨论。其中,关于重大状况的变化,通过关于情事变更的一般规定以及合同分则部分的具体规定加以规范是合适的。关于继续性合同,在这些规定之外,再规定补充的解除原因,会带来规定复杂化、引起混乱之类的担忧。关于将信赖关系丧失作为解除原因,不作一般规定,而是在劳务提

[46] 广中俊雄:《不動産賃貸借法の研究》,创文社1992年版,第81页。

[47] 山本敬三:《民法講義 IV-1 契約》,有斐阁2010年版,第474页。

供合同等其他具体合同中,考虑各种合同的特质,加以判断,更为妥当。〔48〕

《日本民法典》修改虽然没有在契约总则部分专门针对继续性合同的解除做出规定,但新的规则仍然照顾到了继续性合同的特殊性,比如新第541条在原条文基础上新增加了但书:“但是,该期间经过时债务之不履行依契约及交易上之社会通念为轻微时,不在此限”。显然就符合了上文“信赖关系破坏法理”对催告解除的限制。

(三)比较分析

1.无论是德国民法还是日本民法,均找不到如同我国立法草案中的“违约方解除权”的规则设计。

2.关于继续性合同的解除,德国民法规定了对各类继续性合同具有普遍适用性的合同一般规则,日本民法所规定的契约解除规则没有区分一时性合同与继续性合同,故其规则如同我国《合同法》,没有专门针对继续性合同的终止规定一般规则。但是,二者在各种合同的规则中,均有具体的针对特定继续性合同的特别解除(终止)规则。其中,德国的“重大事由”终止规则具有普遍适用性;日本民法针对雇佣合同,规定了因不得已事由的解除;日本判例针对租赁合同发展出了“信赖关系破裂法理”,该法理与德国的“重大事由”终止规则具有极大的相似性。

3.在德国及日本,除根本违反合同义务或者重大的契约违反而解除(终止)合同外,这两国无论是通过立法还是判例,均承认法律行为基础丧失规则(《德国民法典》第313条)或者情事变更原则(日本《借地借家法》第11条及第17条),该规则可以适用于继续性合同,从而可以产生合同解除(终止)的效果。因而,其基于“重大事由”的终止或者信赖关系破坏法理,是在债务不履行(违约)及情事变更之外的独立的合同解除(终止)事由。当然,关于因不可抗力导致不能履行场合,这两个国家原来的规则与我国不同,其民法现代化之后,在这点上已与我国相似。

4.在德国,因重大事由的终止与因根本性的义务违反之解除(终止)或者与因行为基础丧失的解除(终止),有可能在一起案件中同时充足各自的构成要件,这时的法律效果会有差异,当事人可以选择主张。在日本法中,暂时不清楚其信赖关系破坏法理与情事变更的关系,以及与契约义务违反之间的关系,但可以看出继续性合同场合信赖关系破坏法理对于债务不履行之解除规则的修正。

5.德日两国关于继续性合同的两种特别终止(解除)规则:重大事由及信赖关系破坏法理,均是起源于各自的判例法。德国法更进一步,在《德国民法典》中吸收了判例法;《日本民法典》的修改相对保守,在法条上虽非直接规定,但新的第541条“但书”还是可以看出照顾到了判例发展的新变动。无论如何,其相应的规则均是有大量裁判案例的支撑,不是在民法典中贸然创

〔48〕 民法(债权法)改正检讨委员会编:《詳解債権法改正の基本方針 V 各種の契約(2)》,商事法务2010年版,第402页。

设欠缺裁判经验的新规则。

除此之外,国际统一私法协会(UNIDROIT)也在积极酝酿在新版《国际商事合同通则》中增补基于重大事由的合同解除。即便是普通法国家,在判例以及学理上,积极肯定基于重大事由的合同解除者,均不乏其例。这些均值得重视。

四、通过规定继续性合同的重大事由解除替代违约方解除权

(一)摒弃“违约方解除权”之错误概念

“违约方解除权”已引起学界的热烈讨论,支持及反对者均不乏其人。^[49] 2019年11月8日,最高人民法院印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》),《九民纪要》第48条为“违约方起诉解除”,“违约方不享有单方解除合同的权利。但是,在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中,双方形成合同僵局,一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同,有时对双方都不利。在此前提下,符合下列条件,违约方起诉请求解除合同的,人民法院依法予以支持:①违约方不存在恶意违约的情形;②违约方继续履行合同,对其显失公平;③守约方拒绝解除合同,违反诚实信用原则。”“人民法院判决解除合同的,违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”《九民纪要》不是司法解释,不能作为裁判依据进行援引。但法官在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用的理由时,可以根据《九民纪要》的相关规定进行说理。《九民纪要》能够体现出当下的司法政策,因而在实践中很受重视。关于继续性合同(长期性合同)的“违约方起诉解除”规则如何在现行法框架下正当化(法律漏洞之证成及其填补方法),《九民纪要》本身并没有指明手段和方法。由此带来的实践问题无法回避,需要有解决方案,而规则的供给应由立法担当。

我认为,“违约方解除权”是个错误概念,应予摒弃。相关理由分析,已另有文章说明,^[50] 此处仅提示要点,并略作补充。

1.从比较法角度来看,在大陆法系尚未见到承认违约方解除权的立法例,可以说在民法典合同编“通则”中规定此种“违约方解除权”,非常独特。

相反,从比较法上可以看到,在权利人有可归责事由场合限制其解除的规则。比如,《德国

[49] 赞同违约方解除权者如:孙良国:“违约方的合同解除权及其界限”,《当代法学》2016年第5期,第46—58页;崔建远:“完善合同解除制度的立法建议”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第83—90页;孙良国:“违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计”,《法学》2019年第7期,第38—53页;刘承魁:“论演艺经纪合同的解除”,《清华法学》2019年第4期,第130—143页。反对违约方解除权者如:蔡睿:“吸收还是摒弃:违约方合同解除权之反思——基于相关裁判案例的实证研究”,《现代法学》2019年第3期,第152—168页。蔡睿此文,实证资料丰厚,分析细密,值得细读!

[50] 参见韩世远:“合同法的现代化:为何及如何”,《法治研究》2019年第6期,第14—26页。

民法典》第323条第6款规定：“债权人对会使其有合同解除权的情事单独或主要地负责任，或债务人无须对之负责任的情事发生在债权人陷于受领迟延之时的，不得解除合同。”又如，2017年修正后的《日本民法典》第543条新设规定：“因可归责于债权人的事由，致使债务不履行时，债权人不得依前两条的规定解除契约。”由此可见，如果一个人对于导致解除的发生具有可归责性，比较法的通常做法是不允许该人解除。这一立场，符合“任何人不得因自己之不法行为而获得利益(Nullus commodum capere potest de injuria sua propria; No one can take advantage of his own wrong)”^[51]的法律谚语。而“违约方解除权”的规则设计，与此相悖，是让那个导致解除事由发生的人来解除，哪怕是借助法院之手。

从上文对德、日民法所作考察可以看出，关于继续性合同的终止(解除)均有较我国现行立法更为细致和成熟的规则，可以供我国立法参考借鉴。德国法学家耶林(Rudolph von Jhering)百年前在《罗马法的精神》一书中曾写道：“外国法律制度的接受问题并不是一个“国格”(Nationalität)问题，而是一个单纯的符合目的及需要的问题(eine Frage der Zweckmässigkeit, des Bedürfnisses)……只有傻子才会因为奎宁不是从自家菜园里长出来的而拒绝接受它。”^[52]中国的立法者不应成为耶林所说的那个傻子。

2.由“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”^[53]引出了“违约方的解除权”这个似是而非的错误概念，暴露了一些没有理清的问题。

①究竟是一个合同关系还是彼此关联的两个合同关系？问题的症结究竟是存在于一时性合同抑或继续性合同？这两个问题，法官(受制于原告的诉讼请求及理由)似乎没有清晰认识，许多评论者也没有搞清楚。如果仅仅是“商铺买卖合同”，它就是一个合同关系，而且是一时性合同关系。据笔者了解到的实践情况，在此类分割产权商铺的买卖合同通常还会伴随有另外一个“委托统一管理协议”(简称“商场管理协议”)，是由商铺买受人(业主)与商场管理者签订，由商场管理者统一管理，以保障商场管理的整体性、统一性和规范性，通过该合同约定包括收银、照明、用电、电梯等公共设施、卫生保洁、空调、暖气、保安、消防等诸多问题，以及相应的服务管理费的收取标准和办法。买卖合同是一时性合同，与之相伴的商场管理协议则是继续性合同。当然，这里往往还会涉及“集体谈判”的问题，为便于集中说明本文主题，暂不深究。

②该案商铺买卖合同并不存在履行不能的问题，也不存在履行费用过高的问题，问题是出在与之相伴的商场管理协议。由于两个合同关系紧密，离开商场管理协议提供的管理服务，业

[51] 郑玉波：《法谚》(二)，法律出版社2007年版，第4页。

[52] 参见(德)K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，“中译者序”第4页，第28—29页；另见王泽鉴：《民法学说与判例研究》(二)，1979年自版发行，第32页；see also K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 1998, p. 17.

[53] 参见新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案，《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第6期。

主购买商铺的商业目的便难以实现,因而,这里会出现因为终止商场管理协议而使商铺买卖合同连带遭殃的问题。这一问题在我国法学理论上并没有引起关注,可是,在日本的判例、学说乃至立法草案中已经出现并有应对方案,^[54]很值得重视。

③对于“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”呈现的合同僵局,由于被告作为非违约方既没有提反诉,也没有表达解除合同的意愿,因而,法官无法依“默示的合意解除”路径解除合同。为了解除合同,一审法院便依据《合同法》基本原则进行裁判,主要依据第5条公平原则和第6条诚实信用原则,创造性地从事司法活动。二审法院为补强说理,依据《合同法》第110条第2项中规定的“履行费用过高”,认为一审判决解除合同正确。

此处有一需要细心思考的问题:该案判决解除合同,究竟是依托于原告的民事权利(不论是解除权还是解除诉权)抑或是基于法官的司法权力?原告起诉要求解除时是以情事变更作为请求的基础,但是,法官否定了这一基础的成立。换言之,原告在该案中并不享有基于情事变更的解除权或解除诉权。而《合同法》第110条所规定的“除外”情形,只是履行请求权的除外情形,换言之,在该案中对方(被告)不“可以要求履行”,该规定本身并没有构成解除权的规范基础。因而,如何从不“可以要求履行”,到清算双方之间的合同关系(解除),这一点在现行法上欠缺规定。

回观“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”,既然《合同法》第110条“除外”规定无法构成请求解除合同的规范基础,那么,法院依据《合同法》第5条公平原则和第6条诚实信用原则判决解除合同,实质所依托的并非原告的民事权利(不论是解除权还是解除诉权,在现行法框架下均欠缺依据),而是基于法官的司法权力。在民事裁判领域,依司法权力直接介入民事法律关系,宜慎之又慎。由该案带来的后续影响是,有人提出了“违约方解除权”概念,似是而非,纵然花费大量笔墨,仍难及时澄清。

3.由“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”引反映出来的诉讼法难题并未解决,“违约方解除权”规则会使该难题普遍化。在该案中,被告没有提起反诉,一审法院判决原告(违约方)向被告进行赔偿,故被告方提起上诉时特别就此认为“一审法院在没有当事人请求的情况下作出的判决,违背了法律规定”。裁判者何以“超判”或者“超裁”,其正当性无疑是一个程序法上的难题。目前草案但书规定“不影响违约责任的承担”,是否意味着法院或者仲裁机构可以直接裁判违约方承担违约责任的实体内容?果如此,势必因为实体法上的一个特别规定带来程序法上更为特别的规定,得不偿失。实体法的规定不能不顾及程序法。

[54] 日本《债权法改正基本方针》第3.1.1.81条规定了复数合同的解除,“同一当事人之间成立的多个合同之间存在密切关联性场合,一个合同出现解除原因,因此导致成立多个合同的目的全体无法达成的,当事人可依第3.1.1.77条(解除权的发生要件)将该多个合同全部解除”。民法(债权法)改正检讨委员会编:《詳解債權法改正の基本方針II契約および債権一般(1)》,商事法务2009年版,第319页。

4.除了与诉讼法的协调不容忽视外,实体法自身的协调同样不容忽视。关于合同救济,中国合同法的基本出发点与大陆法系相一致,而与普通法中的合同规则相左,即我们肯定非违约的合同债权人具有履行请求权,强制履行是一种基本的责任方式,没有像美国普通法那样承认“违约自由”(freedom to break one's contract)。这一基本立场,在民法典“草案”中继续坚持(见《合同编(二审稿)》第367条、第369条和第370条;《民法典(草案)》2019年12月16日稿第577条、第579条和第580条)。如此,违约方本身并不能任意从债务履行或继续履行中自我解放,决定权在于非违约方,而不在于违约方。而赋予违约方以解除权,势必与此基本立场相冲突,造成合同法体系冲突;并且,这势必会动摇我国合同法的根基,属于重大的立法政策变动,不可不慎。至于“违约方解除权”拥护者从“效率论”角度所作的论证,在两大法系合同救济基本出发点差异性背景下,在未成功论证中国法准备好彻底改弦更张之前,本身便不具有正当性,因为其结论与我国现行法存在结构性冲突。这也正是为什么,“效率违约”的概念引介到中国已三十余年,^[55]却从未真正进入中国合同法。

(二)设计我国民法中的基于重大事由的合同解除规则

建议修改《中华人民共和国民法典(草案)》(2019年12月16日稿,以下简称《民法典(草案)》)第563条,使之继续保持《合同法》第94条的基本形式,将该条第2款独立成为新条文,作为第563条之1;另外,新增规定“草案”第563条之2。第563条之1可维持目前第563条第2款的表述。以下重点设计替代“违约方解除权”的新规则,作为第563条之2。^[56]

第563条之2:“继续性合同的任何一方当事人,均可在合同期限届满之前基于重大事由请求人民法院或者仲裁机构解除合同。根据个案具体情况,并衡量双方当事人的利益,维持该合同关系到约定存续期限届满,对一方或双方当事人无期待可能性的,属于存在重大事由。重大事由属于违反合同义务的,仅当补正期限经过而无效果,或者催告而无效果时,方可解除,但下列情形除外:①债务人拒绝履行或者以行为表明不履行的;②履行期限依约定或者依债务性质对债权人具有特别重要意义,债务人迟延履行。在发生特殊情事并经衡量双方利益后,认定合同应立即解除的,无须确定补正期限及催告期限。当事人应当在知悉该重大事由的合理

[55] 参见张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社1988年版,第124—125页。

[56] 王文军副教授此前已建议过以德国法上“特别终止”制度为镜鉴,增加类似《德国民法典》第314条的规定,针对《合同编草案二审稿》第353条,“不妨增设第3款规定继续性合同的非任意解除:‘以持续履行的债务为内容的定期合同,当事人可以在终止期限届满前,基于维持合同关系无期待可能性的重大事由而解除合同。’”王文军:“论继续性合同的解除”,《法商研究》2019年第2期。此项见解,殊值肯定。不过,该建议只言“增设”,未说《合同编草案二审稿》第353条第3款“违约方解除权”是否删除,似有不足。

期限内主张解除，解除不排除请求损害赔偿的权利。”

上述试拟草案条文，重点参考了《德国民法》第 314 条的规定，并结合中国法的特点，作了修正。修正的重点在于：①鉴于我国合同法没有区分解除与终止，且“终止”是在更为一般的意义上指代债权债务的消灭，故不像德国民法那样区分解除与终止，统称为“解除”；②《德国民法典》第 314 条规定的终止权是一般意义上的形成权，向对方当事人以意思通知即可行使并发生相应法律效果。这与德国民法关于行为基础丧失场合的解除（终止）权规定是一致的。我国法在这点上与之不同，《合同法司法解释二》第 26 条以及《民法典（草案）》第 533 条关于情事变更的规定，均采取了形成诉权的模式，即当事人要请求人民法院（或者仲裁机构）解除合同。有鉴于此，故继续采形成诉权模式。

在民法典合同编“通则”中针对继续性合同特别规定基于重大事由的解除，意义何在？特别是有的德国学者指出，《德国民法典》第 314 条的作用是有限的，是用一个新的不确定概念（合同继续存在的不可苛求性）取代原有的不确定概念（重大事由）。另外，日本民法在修改过程中，也没有学习《德国民法典》第 314 条，而是在分则中具体规定特定继续性合同的解除。结合我国立法、司法及学说情况，笔者认为学习《德国民法典》第 314 条具有重要意义。至少可以体现在如下几点：

第一，现行法关于继续性合同的解除，规则供给不足，面对合同僵局，裁判者要么拟制当事人的意思，出现了“默示的合意解除”与“明示的合意解除”；要么大胆自由裁量，出现脱离当事人民事基础权利的“司法解除”或者“酌定解除”。就此，由立法者借鉴成功立法例的既有经验，成本最低。

第二，立法关于继续性合同的解除规则供给不足，在《合同法》“总则”及“分则”中均有体现。比如在“分则”中，对于租赁合同，并没有规定基于信赖关系破坏而解除的规则。另外，对于雇佣更是整体欠缺基本规定。立法者意识到了关于继续性合同的解除规则存在不足，在《民法典（草案）》合同编“通则”部分补充规定了不定期继续合同的解除规则（第 563 条第 2 款），有了进步。与之相响应，针对有确定期限的继续性合同也应规定其解除规则，典型的立法例便是《德国民法典》第 314 条规定的基于重大事由解除继续性合同（既适用于有确定期限的继续性债之关系，也可以适用于没有期限的继续性债之关系）。

第三，意识到德、日两国民法典在继续性合同解除（终止）规范模式上的差异，学习德国民法，在合同编“通则”中规定重大事由作为解除继续性合同的一般解除事由，对于非典型的继续性合同，尤其具有规范价值。现代社会中越来越频繁地遇到立法没有专门规定的继续性合同，比如许可证合同、继续性供给合同、护理工合同、演艺经纪合同、出版合同、健身（房）合同等，这些非典型合同可以适用合同总则中的一般规则。以演艺经纪合同为例，目前我国司法实务界的共识认为它并非委托合同，而是涵盖了委托、行纪、居间、劳动、雇佣、著作权、职业生涯规划、

培养培训、包装推广等综合性内容的混合合同。^{〔57〕}一旦我国民法典规定了继续性合同的重重大事由解除,便可以为破解此类合同僵局提供规范基础,使法院“酌定解除”摆脱无法可依的尴尬局面,并通过类型的积累,使此类裁判变得统一。

第四,有些合同僵局可以通过情事变更规则打破,有些则不能。另外,有些虽有可能借助于情事变更规则,但由于当下司法适用情事变更规则的态度谨慎,事实上变得不能。如此,现实中需要增加关于继续性合同解除的特别规则。

当然,抽象的一般规定及其所带有的不确定概念注定了上述规定需要裁判者根据个案情况具体判断,在开始的时候,对于“重大事由”的判断,可能会比较棘手。即便如此,相较于新创“违约方解除权”规则,借鉴德国民法的“重大事由”解除规则仍然是值得推荐的,因为,“违约方解除权”是一条无人尝试过的新路,能否走得通以及途中会遇到什么样的困难,均是未知。放着有别国已有上百年经验的成功道路不走,却冒险去趟一条前途未知的新路,不正是耶林所说的傻子!成功的经验是宝贵的,也是应当借鉴的。这宝贵的经验中不仅有法律条文,更有裁判案例可以学习借鉴。以下进一步考察比较法上的裁判案例,为基于“重大事由”的解除规则的理解及应用提供指南。

(三)比较法上的案例

用两个德国联邦普通法院(BGH)裁判的案例,说明《德国民法典》第314条在实务中是如何适用的。其中一个为商事交易,另外一个为消费者合同。

1. 财务困难

在商事关系中经常碰到这样的问题,即一方当事人的财务困难或者利润率能否构成重大事由进而据以终止长期合同。在2004年,联邦普通法院利用一个商事仓储合同纠纷的机会,阐明了就此问题的法律立场,并重整了早于如今第314条的相关判例法。^{〔58〕}

当事人讼争的问题之一是,原油仓储合同是否已因重大事由而正当终止。该案保管人被国家环保机关要求对油罐额外加装保护层,保管人声称,这在经济上是无法承受的,相关成本势必会令它倒闭。相应地,保管人发出了终止通知,将倒闭风险作为重大事由。联邦普通法院认为,在本案中未达到重大事由的门槛,它是基于两点理由作出该裁判的。首先,财务可行性、可营利性以及避免倒闭是保管人的商业风险领域(entrepreneurial sphere of risk)的问题,而作为一般规则,在一方当事人风险领域发生的问题,不得作为重大事由而使之终止合同。其次,在签订本案合同之前,保管人便已被环保机关正式要求作必要的整改,因而,保管人在缔

〔57〕 刘承魁,见前注〔49〕,第134页。

〔58〕 BGH, NJW 2005, 1360.

约时理应知晓其交易可能会伴有额外的成本。〔59〕

联邦普通法院列举了两份该院早先认定财务困难构成重大事由的判决,用以说明在判断是否存在重大事由时的事实敏感性(棘手性)。其一涉及因委托人财务下滑而终止商事代理合同。〔60〕另一则是基于同类理由终止公司经理与公司之间的服务合同。〔61〕在联邦普通法院看来,这两起案件与原油仓储案之间的差别有两方面。第一,不像仓储合同,代理关系以及服务合同均是基于特别的忠诚及信任关系。第二,这两份协议不仅是长期的交换合同,而且分别带有在同一商事经营活动中双方当事人的共同利益。

因而,联邦普通法院关于财务困难作为可能的“重大事由”而允许终止商事长期合同的立场可以总结如下:作为一般规则,财务困难并不证成终止。然而,对于该规则有例外,就是可基于特别的忠诚及信任关系,以及双方当事人对于因同一事业而赢取财务成功的共同参与。〔62〕

2. 怀孕

因重大事由而终止继续性合同的权利也常在涉及健身房合同的案件中提起。典型情形是,消费者因缔约时没有预见到的事件而希望终止合同,比如严重的受伤或疾病,或者因工作原因而搬到另外一个地方。通常,健身房的老板会根据格式合同条款来排除这种意想不到的终止。在2012年,德国联邦普通法院判决了一起这样的案件,巩固了消费者的地位。〔63〕双方起初签了一份为期两年的健身房合同,并约定如果在到期前的三个月内没有终止合同,则自动续期一年。有一格式条款规定,提前终止须有医生的证明,写明妨碍消费者利用健身房至期限终了的身体损伤或者疾病。实质上,联邦普通法院认为,格式合同条款不得排除《德国民法典》第314条。另外,该院判定,如果格式条款对基于重大事由的终止权的行使附加了额外的要求,这些要求妨碍了消费者行使该权利,便是不能允许的。〔64〕

基于该案事实,联邦普通法院挑明了两个问题。

第一,终止健身房合同的重大事由并不仅限于身体损伤或者疾病,其他的事由,比如怀孕,亦得构成不得继续合同的事由。在该院看来,决定因素在于该方当事人能否影响到该重大事由。

第二,像本案中那样要求出具医生证明实属过分,不能允许这样子提高终止权的门槛。〔65〕鉴于一般医生证明的可信度,该证明只要表明消费者不再能够利用健身房即可,无须揭示健康状况细节。由于健身房老板对于其消费者并不负有保密义务,这样的条款会妨碍消

〔59〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, pp. 1711–1712.

〔60〕 Vgl. BGH, VersR 1958, 243(244).

〔61〕 Vgl. BGH, WM 1975, 761.

〔62〕 BGH, NJW 2005, 1360(1362); S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1712.

〔63〕 BGH, NJW 2012, 1341.

〔64〕 S. Vogenauer, *supra* note 7, p. 1712.

〔65〕 BGH, NJW 2012, 1341(1343).

费者终止合同。〔66〕

五、重大事由的体系位置:初步分析

(一)重大事由解除与因根本违约解除的关系

1.可能的交叉

在中国合同法上,原本没有关于重大事由解除合同的规则,新增规则是基于现实的需要,因而,基于重大事由而解除继续性合同,是在因根本违约之合同解除事由之外的另一类合同解除事由。

重大事由可能与违约无关。重大事由的典型事例是对于合同对方当事人的犯罪行为,有的时候这类行为(比如侮辱、人身伤害)与给付的互换无关。〔67〕

重大事由也可以表现为合同义务违反,须合同关系遭受严重的扰乱(合同目的之实现遭受如此危害),无法期待非违约方受合同的拘束。其适用的案型包括:合同毁弃(Vertragsaufsage)以及拒绝履行(Erfüllungsverweigerung);因一方当事人违反合同的行为无法指望合同继续(比如随着合同进展出现了严重的不可信赖,或者严重丧失信誉);诈取保险给付可招致保险合同的终止;对于保护义务的重大的违反。〔68〕

2.相互的影响

由日本“信赖关系破坏法理”对于违约解除一般规则的修正可以获得如下启示:

①在继续性合同场合,催告解除规则(《合同法》第94条第3项、第227条;《民法典(草案)》第563条第1款第3项、第722条)的适用应依合同的特殊性而有所限制。对于长期的租赁合同而言,即便充足了催告解除的要件,如果租金的不支付或者迟延支付尚未未达到使租赁基础的彼此信赖关系遭受破坏的程度,则不应认定解除。〔69〕比如租赁期限20年,租金按月支付,此前七年的时间里承租人一直按期付租金,如果一个月或者两个月没有按期支付,出租人催告且经过合理期限仍未付,依我国的催告解除规则便可以解除。可是,这样轻易解除并非真的符合现实的需要。因此,《日本民法典》2017年修改后,第541条增加了但书,限制了此种轻易成立的解除。建议针对继续性合同的特殊性,借鉴日本民法的最新修改,调整草案内容。

②特定违约情形下可以无催告解除。在为期10年的房屋租赁场合,约定租金按月支付,后来出租人因病住院,长年卧床不起,承租人明知此事,却在5年多的时间里没有支付租金。

〔66〕 S. Vogenauer, supra note 7, p. 1713.

〔67〕 Vgl. Brox/Walker (Fn. 8), S. 159.

〔68〕 Stadler, in: Jauernig BGB, 12. Aufl., 2007, § 314, Rn. 6.

〔69〕 山本敬三:《民法講義 IV-1 契約》,有斐阁2010年版,第477页。

像这种长期不付租金的情形，即便没有按照催告解除规则进行催告，也必须承认可以无催告解除，因为这种违约行为相当于侵夺出租人所有权。^{〔70〕}

③没有违约行为场合的解除可能性。在日本，纵然承租人不存在违反租赁合同上义务的问题，也仍然在有些场合承认以信赖关系破坏为理由的解除。^{〔71〕}比如说，房屋承租人虽然每个月都支付租金，也没有其他违反合同义务的事实，但是却持续作出干扰出租人生活平静的行为，在这种情况下，也有可能仅以信赖关系遭到破坏为理由便可肯定出租人的无催告解除。^{〔72〕}在我国也出现了此类问题。

比如甲乙双方签订了《物业租赁经营合作合同》，约定乙方承租甲方的商务楼（4800平方米），为期15年。合作条件约定，鉴于乙方为甲方投入了资金投入（1500万元），承租期内不收取乙方任何费用。此外，双方又补充签订有《委托经营管理目标责任书》，约定经甲方公司董事会同意将公司委托乙经营管理，聘任乙为董事长助理兼常务副总经理，代表董事长全权管理甲方公司经济工作，为期亦15年。约定乙方在前五年应保证甲方企业毛利润每年不低于400万元；后十年中甲乙双方按照15%比85%的收益比例分配，但甲方取得15%的净收益应不得低于500万元/年。另外，乙方负责自筹资金完善甲方商务楼的土地权证，并更名至甲方名下；负责向政府有关部门协调完善××字号的权属。此后，乙以甲方的名义，将商务楼对外出租，经营收益。四年后，乙被捕入狱。甲方主张解除合同，乙方则主张继续履行合同。

在上述《物业租赁经营合作合同》中，甲方的义务是提供商务楼供乙方对外出租、经营收益，乙方并不负有积极的给付对价的义务（此处包含有抵销的合意，即以租金抵销甲方欠乙方的1500万元债务。即便从此意义上讲，乙负担的对价义务也已履行完毕）。仅就该合同来看，乙方并不存在违反主给付义务的问题。很难说乙方存在根本违约进而甲方可以解除合同。而乙的被捕入狱是否构成本案合同履行的障碍？乙可否委托他人代为经营管理？或者乙可否将其合同权利转让给他人？这对于该合同究竟是解除抑或继续履行至关重要。这些问题，在我国现行法上并没有现成的答案。对于上述实务问题，从立法论角度，如果积极吸收《德国民法典》第314条“因重大事由而终止继续性债之关系”规则或者日本判例发展出的“信赖关系破坏法理”，便容易解决问题。

〔70〕 最高裁判所1974年4月26日判决，最高裁判所民事判例集28卷3号467页；山本敬三：《民法講義IV—1契約》，有斐阁2010年版，第484—485页。

〔71〕 山本敬三：《民法講義IV—1契約》，有斐阁2010年版，第485—487页。

〔72〕 内田贵：《民法II—債權各論》，东京大学出版会2001年版，第230—231页；（日）渡边达德，见前注〔43〕，第225页。

(二)与因情事变更解除的关系

在德国,依《德国民法典》第313条第3款,如果合同不可能调整,或者不可期待,则行为基础障碍可以成立特别的合同终止。^{〔73〕}在继续性债之关系应向将来终了场合,基于重大事由的终止排斥《德国民法典》第313条第3款第2句。不过,如果行为基础障碍可以通过可得期待的合同调整予以消除,则仍依第313条第3款第1句排除此处的终止权。^{〔74〕}

2019年7月4日“民法典合同编总则立法研讨会”期间,就立法草案规定的“违约方解除权”,我曾表达过通过修正合同编草案(二审稿)第323条情事变更规定,扩张其覆盖面,将争议问题利用情事变更规则予以消解。这种构想与日本民法(债权法)改正检讨委员会在《债权法改正基本方针》中的想法相似。会议期间全国人大常委会法工委民法室石宏副主任明确表示,希望我就此问题作进一步的研究,并提供替代“违约方解除权”条款的备用方案。如今,随着我个人对于继续性合同特殊性认识的深入,并考虑到我国司法部门对于适用情事变更的谨慎态度,感觉不如更进一步,借鉴《德国民法典》第314条,在合同编“通则”部分规定“重大事由”,与情事变更并存,作为独立的解除继续性合同的事由。

六、解释论初探

从《民法典(草案)》可以看到,“违约方解除权”已经被删除,但是,该草案并没有规定基于重大事由的继续性合同解除规则。因而,“革命尚未成功,同志仍须努力”。退一步讲,假如我国民法典最终没有规定像《德国民法典》第314条那样的规则,面对目前暴露的问题,在未来的解释论上,我们该怎么办?

(一)是否构成法律漏洞?

实务中呈现的合同僵局问题绝大多数是出现在继续性合同,《合同法》“总则”中规定的解除事由当然可以适用于继续性合同,但是,合同僵局问题暴露了《合同法》关于继续性合同的法定解除事由不够用,立法规则供给不足。在这个意义上,《合同法》关于继续性合同的特别法定解除事由存在漏洞。《民法典(草案)》对此有所补充,新增了继续性合同的“普通解除”(第563条第2款),但是,并没有一并规定继续性合同的“特别解除”事由。因而,“草案”中仍有漏洞。

对于上述结论可能会有不同意见。一种可能的解释是,不存在法律漏洞,因为立法者已经意识到了这个问题,但是立法没有规定基于重大事由的继续性合同解除,说明它不在立法计划当中。对此,可作如下回应:立法者虽然意识到了这个问题,且没有在立法中规定,并不等于立

〔73〕 Brox/Walker (Fn. 8), S. 159.

〔74〕 Brox/Walker (Fn. 8), S. 319.

法者在该问题上持否定意见；恰恰相反，立法者可能认为这个问题尚不成熟，仍需要司法经验及学术研究的积累，留待将来处理。

是否属于法律漏洞之问题，就我国《合同法》没有规定情事变更已经呈现出来。笔者就此倾向于采后“法律漏洞说”。围绕情事变更问题，我国法律发展的历程也印证了这一点，《合同法》没有规定情事变更，不等于立法者在立法计划上否定了情事变更。最高人民法院《合同法司法解释二》第26条恰恰是为了应对现实需要，填补了法律漏洞，带动了我国法律的进步，并取得了良好的社会效果。如今，《民法典(草案)》第533条明确规定情事变更，正是对于司法解释填补法律漏洞的肯定。有此成例在先，恐怕将来仍然需要通过司法解释，填补关于重大事由之解除规则的法律漏洞。

(二)《九民纪要》第48条能否发挥填补法律漏洞的功能？

《九民纪要》直面现实问题，锐意进取，积极尝试，有很多亮点，值得肯定。但仅就第48条而言，仍有讨论的空间。第48条的价值在于它提示人们关注长期性合同(继续性合同)的合同僵局问题；它的缺点也很明显，即它被“违约方解除权”说带“偏”了。而目前的“违约方解除权”说的不足在于，它是以构造于一时性合同基础之上的合同解除理论应对继续性合同的特别解除问题，没有真正意识到继续性合同的特殊性，在一时性合同解除事由及理论中打转转，最终开出了一剂“偏方”。

就内容而言，如前所述，关于继续性合同(长期性合同)的“违约方起诉解除”规则如何在现行法框架下正当化(法律漏洞之证成及其填补方法)，《九民纪要》本身并没有指明达到目标的手段和方法。如果法官仅以《九民纪要》第48条撑腰，在裁判中脱离应有的裁判说理及论证方法而直奔合同解除的结果，则会极大地影响裁判的理性化。

(三)法律漏洞如何填补？

如果我国民法典立法者不借鉴《德国民法典》第314条，让《合同法》中的法律漏洞继续存在，就必须想方设法来填补漏洞。填补法律漏洞，自然要考虑类推适用，类推适用什么规则呢？

1.与德、日民法典关于各种合同的规定相比，我国《合同法》以及《民法典(草案)》关于具体合同的规定相对薄弱，比如，关于雇佣合同没有规定，没有类似于《日本民法典》第628条的规则；关于合伙合同，《合同法》没有规定，虽然《民法典(草案)》新增加了一章，但总体规定仍略显简单，比如，对于合伙期限有明确约定场合，没有规定类似《日本民法典》第678条第2款(即使定有合伙的存续期间，但各合伙人有不得已事由时，亦得声明退伙)的规则，故整体而言，可以类推的对象相对不足。惟其如此，拉伦茨先生所谓借助“整体类推”得出“一般法律原则”：在所有继续性债之关系，均得基于“重大事由”终止其关系，^[75]在我国至少目前尚难以照搬。

[75] 参见(德)卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第260页。

2.关于“特别事由”,《合同法》第376条第2款后段(约定保管期间的,保管人无特别事由,不得要求寄存人提前领取保管物)以及《民法典(草案)》第899条第2款后段有规定。保管人的“特别事由”,包括保管人患病、丧失行为能力等。^[76] 对此类规定作反面解释,有“特别事由”场合,可以要求提前解除(终止)合同。这一“特别事由”,当然可以作为“个别类推”的选择对象。

3.考虑在租赁合同中没有规定信赖关系作为合同基础,在合伙、不动产租赁等以信赖关系作为合同基础场合,甚至可以考虑类推适用《婚姻法》关于离婚的规则,《民法典(草案)》第1079条第2款(人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如果感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚)。像本文前头所举案例,双方虽然都存在违约行为,但都没有达到根本违约程度。在许多继续性合同中,其实和婚姻关系很像,双方主体可能都不存在“出轨”之类严重事由,但双方家庭生活已经过不下去了。这时,就需要在根本违约之外,增加新的解约事由,类似于“感情确已破裂”。这正是继续性合同的特别之处。日本民法学说没有提到类推离婚规则,但在我国,却有这种必要。

4.应当注意到,类推对象不同,相应地会存在形成权抑或形成诉权的差异。相比较而言,并结合前文构造我国“重大事由”之解除事由时提到的形成诉权方案,在解释论上,本文更倾向于采纳类推适用离婚事由并依形成诉权构造继续性合同解除的路径。

5.比较法可以作为填补法律漏洞之辅助工具,向为学者所承认。^[77] 在上述“个别类推”,均系适用我国法上既有之规定,以填补法律漏洞。此仍属《民法总则》第10条依照“法律”处理民事纠纷。于此场合,本文前述所考察比较法素材及其所蕴含之法理,可用以支持法律之类推适用。^[78]

6.如果不(或无法)借助于我国立法既有规定,填补法律漏洞之“材料”系采自外国立法例,则应认为系以外国立法例作为“法理”而适用。^[79] 《民法总则》第10条虽未明确规定“法理”为法源,但是并不等于裁判中不能适用法理。^[80]

七、结 论

民法典编纂过程中,在合同编围绕合同解除问题,目前最大的争议莫过于所谓的“违

[76] 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第547页。

[77] 王泽鉴,见前注[52],第23页以下;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第284页。

[78] 王泽鉴,见前注[52],第31页。

[79] 王泽鉴,见前注[52],第31-32页。

[80] 梁慧星:《民法总则讲义》,法律出版社2018年版,第33页;崔建远等编著:《民法总论》(第3版),清华大学出版社2019年版,第18页。

约方解除权”的新设规定。问题是由“新宇公司诉冯玉梅案”引发,该案本身仍有诸多基本问题,需要澄清。由于存在模糊认识,便出现了“违约方解除权”这样的错误概念。现行法关于继续性合同的解除规则供给不足,以至于在合同僵局场合法院被迫从拟制当事人的意思出发解除合同、打破僵局。立法的问题应通过立法解决,合同僵局问题并非仅在中国出现,在德、日两国,围绕继续性合同的解除(终止),立法及判例均有较为成熟的经验积累,值得我国立法借鉴。而无视此类比较法经验,独创“违约方解除权”规则,并不可行。通过参考比较法,本文建议借鉴《德国民法典》第314条,规定当事人可基于重大事由解除继续性合同,如果该立法建议不被采纳,民法典就继续性合同的特别解除所存在的法律漏洞,则应类推适用保管合同的“特别事由”解除,或者类推适用婚姻关系“感情确已破裂”规则,由当事人请求法院解除。

Abstract: A new provision in the draft of China's Civil Code, namely Article 353 (3) on the “breaching party's right to termination”, has attracted attention and become very controversial issue. The case raising the issue, “Xinyu Co. vs. Feng Yumei”, has left a lot of misunderstandings demanding clarification. The existing Chinese law supplies inadequate rules on termination of long-term contracts. And in order to break the deadlocks of contract, judges have been obliged to construct an agreement of the parties to terminate the contract by implication. However, insufficiency in law should be improved by legislation. Since such an issue of deadlock of contract is not an issue only existing in China, comparative legal studies may provide help. Based on a comparative study of both German and Japanese laws on termination of long-term contract, the author suggests the Chinese legislature to follow the German BGB § 314, which is on termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation. The author has also introduced two German cases, in order to show how to apply the rule on termination of long-term contract for a compelling reason.

Key Words: Long-term Contract; Compelling Reason; Break Down of Reliance Relation; Termination of Contract

(责任编辑:贺 剑)