

论不定期继续性合同随时终止制度

兼评《民法典合同编(二审稿)》的规定

吴奕锋*

摘要 作为继续性合同一般理论的一项特有制度,随时终止权的制度根源在于不定期继续性合同的永久束缚可能性的排除,是与以信赖基础丧失为正当化理由的任意解除权完全不同的一套制度,在法学理论和立法条文上均应予以区分对待。现阶段,从一时性给付义务视角认知继续性合同的思维定式深刻地影响着立法者、司法者和解释者,这不仅导致了对部分随时终止权规范的解释偏差,还导致司法实践中法院大规模的法律误用,并衍生出像返还义务诉讼时效这样的虚假理论问题。在随时终止权的体系化视角下,现行法呈现出“低水平重复”的特征。在民法典编纂立法中应当贯彻“公因式”的提取,删除各有名合同的大量重复和冲突规定,以具体化的终止期间取而代之。

关键词 随时终止权 任意解除权 终止期间 继续性合同 诉讼时效

在既有的合同法体系中,对不定期继续性合同的随时终止^[1]权(Ordentliche

* 德国科隆大学保险法博士研究生。本文受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”(项目编号:201506010318)资助。本文的修改完善得益于易军教授、殷秋实博士和孙新宽博士的批评指点,在此表示感谢。

[1] 需要注意的是,我国现行法中“终止”是解除的上位概念,特指合同关系的消灭;现行法中“解除”一语亦为广义,包含有溯及力的解除和无溯及力的解除两种类型,学界有部分文献分别以“解除”和“终止”两术语指代之。为了避免误会,有学者以广义终止(合同关系消灭)和狭义终止(无溯及力解除),广义解除(包含有溯及力和无溯及力)和狭义解除(仅指有溯及力的情形)予以区分,参见王利明:《合同法研究》(第2卷修订版),中国人民大学出版社2011年版,第251-252页。由于本论文是在继续性合同特有的制度语境下的专门研究,基于行文精准洗练的考虑,本文在狭义层面使用“解除”和“终止”概念,分别指代现行法用语中的有溯及既往效力和无溯及既往效力的“解除”。

Kündigung)^{〔2〕}的规定散落在各类有名合同的规定中,有《合同法》第206条第2句(借款合同)、第232条(租赁合同)、第376条(保管合同)、第391条(仓储合同)、第410条(委托合同),还有专门立法中的《合伙企业法》第46条、《保险法》第15条、《劳动合同法》第37条,以及《农村土地承包纠纷司法解释》^{〔3〕}第17条第1款第1句的规定。终止期间(Kündigungsfrist)的规定则有《合同法》第206条第2句、第232条第2句、第391条,以及专门立法中的《合伙企业法》第46条、《劳动合同法》第37条、《农村土地承包纠纷司法解释》第17条第1款第2句。新近的《民法典合同编(二审稿)》延续了上述规定,^{〔4〕}还新增第730条第2款(不定期物业服务合同)、第760条(不定期合伙合同)和第802条(人格权编—不定期肖像许可使用合同)随时终止权和终止期间的规定,特别是在合同法总则层面,增加了一般性规定——《民法典合同编(二审稿)》第353条第2款:“以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。”^{〔5〕}

但就是这样涉及众多条文的不定期继续性合同随时终止制度,长期以来却没有得到应有的重视。在理论层面,它通常被视为任意解除权的“附属品”,仅仅被附带提及,或者在概念上不作区分,甚至错误地将任意解除权的理论移植到随时终止权中去。^{〔6〕}

伴随着理论上的忽视,还有视角选择错误的问题。由于既有的合同法体系是以一时性买卖合同为原型建立的规范体系,^{〔7〕}一时性的视角作为思维定式主导着规范的认知和解读,在这一背景下,相当部分的随时终止权规定被误读,司法实践中大量误用法律条文,学术上还产生了“虚假”的诉讼时效理论问题。

〔2〕之所以不按照德国术语的字面意思翻译为“一般终止权”,主要是考虑到在德语语境中,“一般终止权”(Ordentliche Kündigung)是与“特别终止权”(Außerordentliche Kündigung)互为对称的概念,而我国尚无“特别终止权”的立法规定,自然无法以“一般终止权”称之。采用“随时终止权”这一表述,是从《合同法》现有规范中抽取“随时”二字,既表达出无需理由可以终止的意思,又与“任意解除权”的术语表达明确区分。

〔3〕全称《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]6号)。

〔4〕《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句(借款合同)对应既有《合同法》第206条第2句(借款合同),第521条(租赁合同)对应既有《合同法》第232条,第682条(保管合同)对应第376条,第697条(仓储合同)对应既有《合同法》第391条,第716条(委托合同)对应既有《合同法》第410条。

〔5〕《民法典各分编(草案)》于2018年8月27日公布,由十三届全国人大常委会第五次会议审议;在此基础上《民法典合同编(二次审议稿)》进行了部分条文修改。二审稿跟本文相关的修改有,第353条第2款增加终止期间的规定,“以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人可以随时解除合同”修改为“以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人在合理期限之前通知对方后可以解除”;第730条第2款不定期物业服务合同的终止期间明确为60日。

〔6〕以上理论含混之处见于张红:《继续性合同终止制度研究》,湖南大学法学院2011年博士学位论文,第118—119页,第131—141页;崔建远:《债权:借鉴与发展》(修订版),中国人民大学出版社2014年版,第502页、第505页;韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第52页;王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第352页。问题的详细探讨见本文的第2部分。

〔7〕参见屈茂辉、张红:“继续性合同:基于合同法理与立法技术的多重考量”,《中国法学》2010年第4期,第36—37页。

针对理论的混乱,本文以继续性合同〔8〕为视角,重新审视既有合同法规下的随时终止制度规定,探寻其统一的理论基础以及在现行体系中的安排可能。具体安排如下:首先,界定随时终止制度,探寻其独立的法律理论基础;其次,将随时终止权与任意解除权区分开来,使其不仅在理论层面,也在法律条文层面获得独立性;再次,审视在一时性合同的思维定式下对既有随时终止权规范的错误理解,澄清理论上诉讼时效的虚假问题,并证明立法上以“返还义务”为表述模式的严重缺陷;最后,针对《民法典合同编(二审稿)》的具体规定,探讨在立法上理论统合和规范发展的可行性。

一、随时终止制度的界定与正当化理由

(一)随时终止权与终止期间的性质界定

随时终止制度包含随时终止权(Ordentliche Kündigung)和终止期间(Kündigungsfrist)〔9〕两个部分。前者是指,不定期继续性合同的双方当事人均可行使无理由的结束合同关系的终止权;后者是指,终止意思表示到达相对人之后,需经一段期间才发生终止的法律效果。因此,随时终止权本质上是一个附有终止期间的需受领单方法律行为。既往的研究往往不能精确地把握这一点——比如,《德国民法典》中的不定期继续性合同的随时终止权(Ordentliche Kündigung)往往被翻译为“预告终止”(或者是“预告解约通知”)。〔10〕这一表述是有歧义的,因为“预告终止”的字面含义是预先为通知(vorherige Ankündigung),〔11〕表明终止权人在一定期间后会作出终止意思表示——典型例子有如《合同法》第94条第4项,在债务人迟延履行情形,债权人可以催告,该催告包含着预告解除/终止的含义,如果催告后仍不履行,则合理期间后债权人可以选择解除/终止合同。但这并非附终止期间的随时终止权的含义——附终止期间的随时终止意思表示是一个附期限的法律行为:当下正是终止意思表示,而

〔8〕 继续性合同是单纯由时间决定给付范围的合同类型,每一单个给付对债权人都是充分的,不依靠整体给付的其他部分,合同关系与特定的给付结果无关。主要有固有的继续性合同和连续供应合同两种类型。继续性合同的详细定义和讨论参见屈茂辉等,同上注,第25—36页;王文军:《继续性合同研究》,法律出版社2015年版,第5—6页,第32—74页。

〔9〕 在我国《合同法》的具体规定中,部分随时终止规范中缺失终止期间的规定,本文认为构成开放性漏洞,应当予以类推填补。具体讨论见本文的第4部分第1节。

〔10〕 不同翻译的处理见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译,法律出版社2015年版,第103页注释〔7〕、第176页注释〔59〕。“预告解约通知”的译法见于郑冲、蒋红梅翻译的《德国民法典》第609条,见《德国民法典》,郑冲、蒋红梅译,法律出版社1999年版,第141页;而我国台湾地区德国民法编译委员会翻译的《德国民法(上)》也有不切合之处,如将《德国民法典》第489条的终止期间翻译为“预告期间”,虽然也可以作“对已经作出的终止意思表示,预告其终止效力之发生的期间”的理解,但仍然有容易引发误会的语义空间,直接使用“终止期间”更为贴切。该条文翻译见《德国民法(上)》,(我国台湾地区)德国民法编译委员会译,元照出版社2016年版,第469页。

〔11〕 终止权人并不负有预先告知将会行使终止权的义务,除非在例外情形,通过诚实信用原则推出应当预先告知。Vgl. Berger, in: MüKoBGB, 7. Aufl., 2016, § 488, Rdn. 229.

非将来意思表示的预告,尽管法律效果最终需要等待终止期间经过以后才发生。^[12]

两者的区别是:如果是预先通知将来会终止,则届时仍可选择终止或者不终止,虽然可能会构成附随义务的违反,但是并不会剥夺终止权人决定是否行使该形成权的权利;相反,附有终止期间的终止是需受领单方法律行为,该终止意思表示到达对方后就不能单方面撤回(《合同法》第17条)。^[13]以《合同法》第232条“当事人可以随时解除合同,但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人”的理解为例:出租人的意思表示就是终止权的行使本身,不过终止效力是在“合理期限”之后才发生,而非预告终止,或者是预告解约通知。

(二)随时终止制度的正当化理由

仅在不定期继续性合同中,才特别地有随时终止制度的问题。一方面,一时性合同没有此种终止需求,因为一时性合同自身包含了内在的“休止符”。虽然一时性合同的给付期间也可能完全不确定,但只要合同约定的特定结果实现,合同关系就自然宣告结束。比如,海运中的货物保险合同,合同关系的结束与“航程终了”或“任务完成”等时间点联结,尽管实际持续期间有长有短,但整体给付范围事先已经被“航程终了”或“任务完成”这样的给付结果所划定。^[14]另一方面,定期的继续性合同也没有此种终止需求,因为定期继续性合同会有外在的“休止符”。在定期的继续性合同中,双方的合意预设了合同关系的结束时点。这一约定根据意思表示、合同的具体情况,可以表现为附合同终止期间的形式,^[15]也可以表现为附合同终止条件的形式,比如约定租赁合同的租期为2年,或者明确借贷目的在于支持企业的重整计划(则重整计划完成,合同自动结束)。^[16]唯独不定期的继续性合同既不与特定的给付结果相联结,无法像一时性合同那样,基于内在因素结束,又缺乏双方事先的合意限定,无法像定期继续性合同那样,基于事先约定的外在因素结束。

这就必然导向一个法律问题:在不定期继续性合同的情形,法律要不要为合同当事人提供一个事后的单方解脱机会?

假设答案是否定的,也就意味着任一不定期合同,非经对方同意(合意解除),一方不能单方从合同关系中解脱。联系上文不定期继续性合同的特性,不定期的继续性合同自身并不会自动走向合同结束,否定单方解脱的权利也就等同于肯定一方永久束缚另一方的权利。

[12] 参见(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第640页。

[13] 如果终止期间未经过,由于合同尚未终止,可以通过获取对方同意撤销该终止意思表示。

[14] 同样道理,超大型建筑的承揽合同,虽然具体施工期间可能随着工期作出调整,但建筑施工的完成为合同关系结束的内在“终止符”。

[15] 也可能是依还款计划表分期地到期,但也有可能是只约定了最低的清偿额度的情形。Vgl. Berger (Fn. 11), § 488, Rdn. 224.

[16] 但双方仍然保持租赁或借贷事实的,则转变为不定期租赁和借款合同。Vgl. Berger (Fn. 11), § 488, Rdn. 240.

此种在时间上无休止的持续供给束缚,构成对个人变相奴役,与个人的自主决定权相冲突。^[17] 尽管面对解脱需求,相对人可能会主张合同严守(*pacta sunt servanda*),但合同严守原则是以个人自主决定权为底色,因此不能在理论上推及那么远,以至于一方能依据合同正当地主张对另一方永久束缚。^[18] 因此,只要不定期继续性合同的双方当事人未合意排除终止权,则随时终止权的存在是该合同的应有之义,应当认为和合同严守原则不构成冲突。^[19]

在理论层面,“法律赋予随时终止权”和“终止立即发生效力”是两个不同的命题。尽管上文论证了不定期继续性合同的双方都不能期待不定期合同永久存续,但是却并没有否定合同当事人对合同在“合理期间”内仍然持续的合理信赖。如果随时终止权来自于对永久束缚危险的避免,那么终止期间则源于继续性合同双方的合理信赖:信赖合同在一定期间内仍能存续。这同样根植于不定期继续性合同的特质——不定期继续性合同并无外部、内部“终止符”,相反,在存续期间给付义务源源不断地产生,然后不断被履行清偿,这样不断重复的结构,不可避免地导致当事人产生预期:合同会延续,至少,不会戛然而止。^[20] 这里涉及到一个有趣的问题,一般而言,单方法律行为不得附期限和条件,因为单方法律行为经过单方的意思表示就能使既有的法律关系发生变动,如果再予附条件或附期限,会使得相对人进一步受到悬而未决状态的不利影响。^[21] 但是,这里的附期限是立法对随时终止权的特别规定,其不仅不会使得相对人受到不利影响,相反,是立法对相对人信赖利益的特别保护,通过终止期间的存在,终止相对人得以有时间适应新的法律

[17] 参见王文军,见前注[8],第188页;(德)巴尔、(英)克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(全译本第1卷、第2卷、第3卷),法律出版社2014年版,第613页; *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Mohr Siebeck, 1994, S. 272ff.

[18] *Oetker*, a.a.O. S. 272.

[19] 各国法律赋予不定期继续性合同双方当事人随时终止的权利,其背后的思想正是,任何人都不能根据合同永久地拘束另一个人。参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由——合同编(上)》,法律出版社2013年版,第195页;(德)巴尔等,见前注[17],第613页; Ole Lando and Hugh Beale (eds.), *Principles of European contract law: Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, p. 317; *Oetker* (Fn. 17), S. 272ff.

[20] Vgl. *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I—Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., 1987, § 2 VI, S. 31; *Nicklisch*, *Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? — unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge*, *JZ* 39,17 (1984), 757 (761). 正如有学者表述的那样,“持续性关系是行为重复博弈的结果,行为的重复博弈会产生当事人之间的合理期望,这样持续性的期望在当事人之间就产生了合理预期。这种稳定的预期为当事人或更多的当事人所接受,就产生了规范。这种形成了的规范在同样条件下,有继续产生和强化此种期望。”孙良国:《关系契约理论导论》,科学出版社2008年版,第126页。

[21] 参见许中缘:“论民法中单方法律行为的体系化调整”,《法学》2014年第7期,第66—67页;梅迪库斯,见前注[12];(德)梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第391、409页。

状态，^{〔22〕}比如租赁情形，承租人可以在此期间结束前继续租用房屋，同时寻找其他合适的租住机会，避免过于仓促而流离失所。同样，借款合同的借款人可以在贷款人终止表示之后，终止效力发生之前，寻找其他替代借款来源，避免资金的骤然中断引发投资损失。^{〔23〕}

如果说随时终止权是从终止权人的个人自主决定权一端出发的产物，那么终止期间则是从合同严守一端出发的结果。^{〔24〕} 两端利益的角力结果是：基于永久束缚之奴役的避免，合同严守原则予以退让，随时终止权得以证立；但又基于保护相对方合理信赖的必要，终止并非立即发生效力，而是在意思表示到达后，经合理期间才发生效力，此为终止期间。

二、规范杂糅：与任意解除权的“切割”与“分离”

随时终止权有独立的理论根基，但长久以来没有得到应有的重视，这是因为继续性合同理论研究的不充分，相当程度上也是因为它与任意解除权“相类似”，致使两者在理论上“纠缠不清”。在此，有必要指出学界在理论上未将随时终止权和任意解除权清晰界分的错误。在清晰划分之后，本文还将指出现行法规范杂糅的缺陷与解决方案。论述目标在于，无论是在学说理论上还是在法律条文表述上，都应将随时终止权与任意解除权彻底“切割”开来，确定随时终止制度的完全独立性。

（一）随时终止权与任意解除权^{〔25〕}的理论分离

在既往研究中，我国学者往往没有注意到随时终止权的理论独立性，而是将其与任意解除权一并含糊处理。这主要体现在：在概念上不进行区分，将随时终止权视为任意解除权的一种类型；^{〔26〕}没有意识到随时终止权的独特性，仅在论证任意解除权时附带提及；^{〔27〕}错误地将任

〔22〕 参见梅迪库斯，见前注〔12〕。

〔23〕 参见唐德华主编：《合同法条文释义》，人民法院出版社2000年版，第1190页。

〔24〕 *Oetker* (Fn. 17), S. 273.

〔25〕 任意解除权制度不以继续性合同为依托，因此依合同性质，应当根据一时性合同和继续性合同而以“任意解除权”和“任意终止权”分别表述。通常发生混淆的也是“任意终止权”这一类型。但考虑到如果用学界一直以来的习惯用语为“任意解除权”，假如本文以“任意终止权”为表述，可能会被误会为随时终止权需要与一种新的权利进行理论分离，而非传统意义上的“任意解除权”，进而达不到本部分的论述目的。因此，此处之表达为广义，以“任意解除权”指代“任意解除权”和“任意终止权”。

〔26〕 参见张红，见前注〔6〕，第118—119页、第131—141页。部分学者已经意识到两者的实质区别，但在概念上仍然用任意解除权指代两者，参见王文军，见前注〔8〕，第181—185页。亦有文献意识到两者的区别，并区分对待。比如蔡恒、骆电正确指出，《合同法》第232条（租赁合同）“不是任意解除权的规定，而应理解为不定期租赁中出租人和承租人都随时可以确定租赁合同的到期时间”。蔡恒、骆电：“我国《合同法》上任意解除权的理解与适用”，《法律适用》2014年第12期，第109页。

〔27〕 比如“于定期无偿保管合同场合，寄存人随时可请求取回保管物，不定期无偿保管合同场合更是如此”，崔建远，见前注〔6〕，第505页，在第502页也有类似表述。

意解除权的正当化理由——比如信赖基础丧失——作为随时终止权的证立基础。^[28]

从现行法来看,任意解除权的规定主要有《合同法》第268条(承揽合同)、第295条(客运合同)、第308条(货运合同)、第376条第1款(保管合同)、第392条第2句后半句(仓储合同)、第410条(委托合同)、《旅游法》第65条、《劳动法》第31条、第32条、《劳动合同法》第37条、《保险法》第15条。依照这些规范,权利人无需提供理由,即可摆脱双方事先约定的束缚,比如事务的完成或合同期限的约定,从合同关系中解脱出来。

但是仔细考察这些规定,可以发现,支撑着每一有名合同任意解除权的是源自各有名合同特性的特别理由。虽然这些具体的理由各异,但共同点在于:基于特定理由的更高权重,合同严守原则应予以突破。以《合同法》第410条规定的任意解除权为例,其特定理由是:委托人将自己事务交由受托人处理,其以当事人之间的信任关系为前提,如果信赖基础丧失,则委托合同没有继续维持的必要性。^[29]在此,立法者赋予当事人的主观信赖以更高权重,使其能够突破双方事先的合同约定,特定委托事务完成的约定不再能束缚行使任意解除权的委托人/受托人。又比如《合同法》第268条中承揽合同定作人任意解除权的根基在于:承揽人所承揽的工作是为了满足定作人的特别需求,因此当定作人主观不再有需求时,坚持承揽合同的完全履行,一方面违背定作人利益需求,另一方面也构成资源浪费。^[30]由于这一特定理由只发生在定作人这一边,因此也就仅有定作人任意解除权的规定,而无承揽人任意解除权的规定。在这些具体的合同构造中,立法者赋予特定理由更高权重,因而在与合同严守原则的衡量中占据了上风,从而使得诸如特定事务的完成,或者合同持续期间的双方合意均无法继续束缚行使任意解除权的权利人。

这是和随时终止制度完全不同的。随时终止制度如前一部分所述,理论根基在于永久束缚的避免,适用范围也因此被限定在不定期的继续性合同中。而任意解除权的基础在于特定合同类型以高度信赖为基础等特殊理由,因此与合同性质是一时性合同还是继续性合同无关联。正如委托合同,无论其具体形态为一时性合同或继续性合同,均不影响任意解除权的适用。

[28] “另一方面,许多继续性合同特别重视信赖基础(如雇佣、合伙等),要求当事人各尽其力实现合同目的,除给付义务以外,尚发生各种附随义务。信赖基础一旦丧失,或因其他特殊事由难以期望当事人继续维持这种结合关系时,法律允许一方当事人有权解除合同,比较适宜。这样,对于继续性合同,只要没有限定合同的期限,原则上宜承认当事人的解约自由。”韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011版,第52页。类似表述,参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第352页。

[29] 参见魏耀荣、张桂龙、郑淑娜、刘淑强、段京连、郝作成:《中华人民共和国合同法释论(分则)》,中国法制出版社2000年版,第582页;胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》(第3版),法律出版社2012版,第630页;崔建远主编:《合同法》(第6版),法律出版社2016版,第449页;崔建远、龙俊:“委托合同的任意解除权及其限制——‘上海盘起诉盘起工业案’判决的评释”,《法学研究》2008年第6期,第76页。至于为何呈现为无理解除的形态,是因为“信任关系属于主观信念的范畴,具有主观任意性,并无一定的规格和限制。如果当事人在信念上对对方当事人的信任有所动摇时,就应不问有无确凿可信的理由,均允许其随时解除合同”,唐德华,见前注[23],第1691页。换言之,信赖基础的丧失仍然是其理论底色,只不过基于证明不可能的理由,我国立法特别地免去当事人的证明责任,最终呈现为无理解除的样态。

[30] 参见胡康生,见前注[29],第438页。

理论根基上的差异亦延展为制度具体构造的差别。一方面,任意解除权与损害赔偿联结,而随时终止权的行使无需损害赔偿。在任意解除权中,由于使得一方得以从合同中任意解脱的正当化理由,并不能一概地取消相对方基于合同原本可以获得的利益的正当性,因此需要以损害赔偿的方式对相对方的利益予以平衡^[31]——特别是无法证明信赖丧失的情形。^[32]这就使得任意解除权总是与损害赔偿制度相联结。相比之下,随时终止权的理论与信赖利益无关,所以不以损害赔偿为法定结果。另一方面,随时终止权的行使与终止期间联结,而任意解除权的行使无需附终止期间。在不定期继续性合同中,被终止方对“合理期间”内合同存续存在合理利益,因此,需要给予合理的终止期间,以衡平双方利益。这就使得随时终止权总是与终止期间制度相联结。而任意解除权并不必然跟不定期继续性合同联结,自然不以终止期间为制度内容。

(二)随时终止权与任意解除权的规范分离

一旦在理论上将随时终止权与任意解除权有效区分开来,就会发现,在《合同法》立法时,立法者恐怕也未能清晰地意识到两种制度是不同源的——从上文对随时终止权和任意解除权的条文列举可以看出,部分条文同时包含了随时终止权和任意解除权两种规范。从实际效果来看,这样的杂糅规定并不能实现用尽量少的条文表述尽可能多的规范的目的,反而往往生成了法律漏洞。下文以《合同法》第376条第1款和《合同法》第410条的杂糅规定为例进行分析。

《合同法》第376条第2款前段,“当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的,保管人可以随时要求寄存人领取保管物”,这一规定十分清晰,是保管人的随时终止权的单独规范。但《合同法》第376条第1款,“寄存人可以随时领取保管物”,就没有将任意解除权和随时终止权区分开来,同时糅合了“定期保管——寄存人的任意解除权”和“不定期保管——寄存人的随时终止权”两种规范。

又依传统见解,《合同法》第410条仅为任意解除权的规定,^[33]这一认识是不全面的。应当认为,在《合同法》第410条中包含了随时终止权的等位规范。这是因为委托合同事实上有三种形态:不定期的继续性委托,定期的委托,特定事项的委托。^[34]仅在特定事项委托和定期委托的情形,才是单纯的任意解除权规范;在不定期的继续性委托情形,显然还包含了随时终止权的规范——除非认为,不定期的委托合同就应当构成终生委托,否则无法解释,为何在不定期租赁合同(《合同法》第232条)、不定期保管合同(《合同法》第206条第2句前段)等情形均规定了随时终止权,唯独不定期的委托合同缺乏对应规定。

[31] 参见崔建远,见前注[6],第677页;王利明:《合同法研究》(第2版第3卷),中国人民大学出版社2015年版,第731页。

[32] 有学者认为《合同法》第410条的损害赔偿的含义需要区分处理。如果“解除”是一方“打着解除合同的旗号”故意毁约的,则为拒绝履行,赔偿履行利益;如果是有理由解除,则分别按合同类型,具体确定信赖利益或履行利益赔偿。参见崔建远,见前注[6],第676—683页。

[33] 参见胡康生,见前注[29],第630页;崔建远,见前注[29];王利明,见前注[31],第728页。

[34] 在《共同参考框架草案》(DCFR)中,甚至将这一内容设计为一条文,参见《共同参考框架草案》IV. D. - 1:103 (Duration)。

也可以设想我国立法者有意识地通过这样的合并规定,实现了用尽量少的条文表述尽量多的规范的目的。但这一设想并不成立。这是因为任意解除权与损害赔偿联结,而随时终止权与终止期间联结,这样的合并规范顾此失彼,事实上造成了法律漏洞。就《合同法》第376条而言,“定期保管——寄存人的任意解除权”缺失了同样为任意解除权的《合同法》第268条承揽合同和《合同法》第410条委托合同的损害赔偿法律后果的规定。除非认为立法者刻意在此进行特别安排,认为保管人作为合同相对人,应当处于比承揽合同和委托合同相对人更加不利的位置,以至于无需通过损害赔偿来协调其利益,否则无法解释,为何同为任意解除权,后两个规范都规定了损害赔偿,唯独保管人得不到赔偿。因而,此处应为漏洞填补,从《合同法》第376条第1款析分出来的任意解除权规范,类推《合同法》第268条、第308条和第410条,补充委托人对保管人的损害赔偿法律后果。

而《合同法》第410条则走向了另一个极端——一概规定为权利行使则应损害赔偿。这无法贴合“不定期委托合同——随时终止权”的实际需求。因为不定期委托合同相对人的合理利益的妥当保护方式是终止期间的设定,终止效果在终止期间经过才生效,此时无需损害赔偿来平衡利益。因此,需要排除损害赔偿,并同时增加终止期间。具体而言,需要对《合同法》第410条第2句进行限缩解释,使其不适用于前句随时终止的情形;与此同时,类推适用《合同法》第206条第2句、第232条第2句和第391条,终止意思表示需经“合理期间”才发生效力。

三、视角错乱:源于一时性视角的理论乱象

将随时终止权从任意解除权切割出来后,以其为独立考察对象,观察既有的合同法规则,还可以发现,对同一种制度,我国立法者竟以两种完全不同的形式予以表述。一种是《合同法》第232条(租赁合同)、第410条(委托合同)、《保险法》第15条、《劳动合同法》第37条、《合伙企业法》第46条^[35]的“终止合同”的表述模式(在条文表述上为“随时解除”,下文简称为“终止合同”模式);另一种是《合同法》第206条第2句(借款合同)、第376条(保管合同)、第391条(仓储合同)的“返还义务”模式(从一时性给付义务的角度进行界定,具体表述为,不定期合同,当事人可以随时返还借款/领取保管物/提取仓储物,下文将这种表述类型简称为“返还义务”模式)。

语言是思维居所,采取何种表述往往体现出表述者的思维模式。“返还义务”的表述模式恰恰表现出立法者从一时性给付义务视角认知继续性合同的思维角度。这样的“返还义务”表述模式似乎除了表达出立法者于一时性债务入手的视角偏好之外,并无不妥当之处,甚至还要更“接地气”一些,因为从现实生活出发,这样的表述更加直观,比如在借贷合同中,一个贷款人的表述更可能是“还钱”,或者借款人的“把钱还给你”,而不是“终止你我之间的借款合同关系”。如此一来,这样的表述形式甚至有优点,因为达至通俗化的追求目标的同时,又能无碍于“抽象难懂”的理论之构建,自然是普罗大众与法律人皆大欢喜的结局。

[35] 《合伙企业法》第46条虽然表述为“退伙”,但与“终止合同”无异,这些都是合同关系结束这一层面的表述。

但问题在于,这样的理解视角贯穿了立法者、司法者,也影响了作为解释者的法学家群体,事实上引发了三个方面的理论困难:首先,这样的一时性给付义务视角规定误导部分学者,将“返还义务”视为自始已届清偿期的请求权行使规定,沿袭这一认知,司法实务大规模地误用了《合同法》第62条第4项;其次,这一视角引发了不必要的争论,在返还义务诉讼时效问题上造就了虚假的理论问题;最后,一时性给付义务角度包含着终止时点的多种理论解释路径的可能,而这些可能的解释路径是多余的。

(一)被误解的“返还义务”

以不定期借款合同的规定为例,《合同法》第206条第2句规定,“对借款期限没有约定或者约定不明确,依照本法第61条的规定仍不能确定的,借款人可以随时返还;贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”一种流行的见解是,《合同法》第206条第2句不过是《合同法》第62条第4项“履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行”在合同法分则中的说明性规定——既然借款合同是不定期合同,那么意味着一旦将借款交付,则返还借款的义务已届清偿期(Fälligkeit),自然随时可以要求返还借款。^[36]

这样的学术见解是完全错误的。考察借款合同,其并非仅仅是借款对应币值的“一来一回”,而是同时包含了该币值在一段时间内的用益的继续性给付义务。^[37]一旦贷款人要求返还借款,则已经预设了不需要再承担持续性地给付借款用益的义务这一前提已经得到满足,而这一继续性给付义务的结束,又须以继续性合同关系的结束为前提。换言之,返还借款义务不可能是在借款移转之后就已届清偿期的,因为这和用益的持续性给付义务相冲突。只有在借款合同关系被终止时,返还给付义务的清偿期才届至。^[38]这和定期的借款同一道理,期满才合同返还义务清偿期届至,不同之处只在于定期情形是双方约定了期长,而不定期情形则需要一方的终止意思表示。

这样的错误见解却长期为实务所沿用,以《合同法》第62条第4项检索民事裁判文书,就会发现,大量的不定期借款合同的问题都通过《合同法》第62条第4项的随时返还来解决。^[39]以其中的最高人民法院判例为例,共有6个案例,其中就有5个案例援引《合同法》第

[36] 参见奚晓明主编:《借款、担保合同纠纷》,法律出版社2007年版,第72页;亓述伟:“论债权履行期限与诉讼时效期间的起算”,载《人民法院报》2003年10月05日,第3版;刘贵祥:“诉讼时效若干理论与实务问题研究”,《法律适用》2004年第2期,第27页。

[37] 有见解认为,双方义务仅为贷款人交付并移转货币所有权,借款人承担一定期间经过之后返还并移转等同数额货币所有权和相应利息的给付义务。这一见解参见郑玉波,见前注[52],第313页、第319页。但这样的理解单纯从形式立论,既无助于理解为何借贷双方系互为给付和对待给付的实际关系,也偏离现实利益状态过远,因为如果没有贷款人的持续款项用益的提供,哪里会有借款人每期的利息给付和本金返还义务?此批评参见王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第167页;Vgl. Berger (Fn. 11), § 488, Rdn. 31; Mülberty, Das verzinsliche Darlehen, AcP 192 (1992), 447 (457f.).

[38] Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, JherJb 64 (1914), 335 (399f.); Mülberty, a.a.O.

[39] 2018年4月6日,以《合同法》第62条第4项“履行期限不明确的,债务人可以随时履行”检索案例,在“借款合同纠纷”子类别下有案例4615个,这些案例中的相当部分是援引《合同法》第62条第4项来处理借款合同的返还义务。

62条第4项来处理不定期借款合同的借款返还问题。^[40]法院援引《合同法》第62条第4项之所以是错误的,原因在于《合同法》第62条第4项是对已届清偿期的请求权的规定,其本身并不包含终止合同关系这个层次的意思。因此,必须在包含终止意思的角度解释《合同法》第206条第2句,其作为随时终止规范,是与《合同法》第62条第4项完全不同的制度。

综上所述,尽管《合同法》第206条第2句从一时性给付义务角度被规定,但在逻辑上必定是“终止意思表示(返还借款的请求)——合同关系结束——返还义务已届清偿期”,而非“贷款人向借款人借款——返还义务已届清偿期——随时可以请求返还本金”。换用一套日常用语来表述,假使贷款人一方面主张不终止借贷关系,却又单独要求对方履行返还借款义务,则会被借款人“训斥”:我还未逾期,贷款还能继续使用,“催”什么“催”。^[41]这一分析适用于共享同一套表述模式的《合同法》第376条(保管合同)、第391条(仓储合同)。

(二)衍生的“虚假”时效问题

上文的分析并不局限于追求理论体系融洽的“思维体操”式结果,更不是用一种“时髦”的角度考察既有条文,从而得出一个“我们还可以这样理解”的新奇答案,而是为了为下文虚假学说问题的揭示和解决做好理论铺垫。

在以一时性给付为中心的认知惯性下,“不定期合同的返还义务在给付时已届清偿期”的认知催生了一个“理论难题”:不定期的借款合同,借款返还请求权的诉讼时效的起算问题。对这一问题,有两派对立的观点。一派观点是“权利可行使说”,^[42]主张诉讼时效应从本金移转给贷款人之时起算。因为既然《合同法》第206条第2句规定借款返还请求权随时可以行使,那么贷款人将本金移转给借款人之时,即为权利可以行使的时间点。^[43]另一派观点是“权利实际主张说”,^[44]主张诉讼时效从贷款人请求返还借款时起算。理由是诉讼时效的起算以知道或应当知道权利受到侵害时起为前提,仅在贷款人请求返还借款时,才知道权利受到侵害。^[45]举一个例子,甲乙在2010年1月1日订立不定期借款合同,甲在2010年2月1日将借款本金交付给乙,现甲于2013年3月1日请求乙在一个月后返还借款。依“权利可行使说”,甲从2010年2月1日时起已经可以行使权利,因此诉讼时效从2010年2月1日起算;而依“权利实际主张说”,甲是在2013年3月1日主张返还借款时,才知道权利受到侵害,因此诉讼时效从2013年3月1日起算。

[40] 分别是最高人民法院(2016)民申2559号“六安市华山畜产品有限公司诉霍郦郦等民间借贷纠纷案”、(2015)民提字第211号“黄世就与柯国庆民间借贷及股权转让纠纷再审案”、(2014)民提字第81号“洪泽丰润金属物资回收有限公司诉安徽福赐德新材料有限公司企业借贷纠纷案”、(2016)民申2324号“昆明雄苑经贸有限公司诉云南艺术学院民间借贷纠纷案”、(2015)民申字第3048号“鞍山乐雪(集团)有限公司诉鞍山天兴国际购物广场有限公司企业借贷纠纷案”。

[41] 此例不适用《合同法》第203条提前收回借款的情形。

[42] 这一命名参见奚晓明,见前注[36],第72页。

[43] 参见亓述伟,见前注[36]。

[44] 这一命名参见奚晓明,见前注[36],第72页。更细致的分类参见霍海红:“未定期债权时效起算——一个‘中国式问题’的考察”,《吉林大学社会科学学报》2011年第11期,第138—139页。

[45] 参见刘贵祥,见前注[36],第27页。最高人民法院(2015)民申字第3048号亦采此种观点。

但是这实际上不是什么学术难题,也无需动用“权利可行使”和“权利实际主张”的理论来处理。考虑这一问题的思路应当是,未约定履行期间的借款合同,双方均可随时终止合同,只有终止效力发生后,返还借款的给付义务才会清偿期届至,^[46]也就在这个时候才可能起算诉讼时效。换言之,只有在贷款人请求返还借款或借款人要求返还时,根据这一终止意思,借款合同关系终止,返还借款的给付义务才届清偿期,^[47]此时才是“权利可行使”。上举例子中,因为甲在2013年3月1日发出终止意思表示,则在甲设定一个月合理期间经过后,也即,2013年4月1日起,乙的借款返还给付义务清偿期才届至,自此诉讼时效才开始起算。在不定期的借款合同的借款返还请求权的诉讼时效上动用“权利可行使”或“权利实际主张”理论,均是基于将返还借款的给付义务认为是自借款交付之后,清偿期已经届至的误会。^[48]

需要说明的是,本文并非主张“权利可行使说”或者“权利实际主张说”是无用的理论,而是主张被误用在了不定期的继续性合同终止问题之上。“权利可行使说”或者“权利实际主张说”当然能够适用于一时性给付义务之上,比如借款合同未约定何时给付本金的,则借款人请求权的诉讼时效起算,或者适用于其他未确定履行时点的合同债权——不当得利之债的请求权,无因管理之债的请求权,侵权之债的请求权等情形。

也基于此,一直以“权利可行使说”或者“权利实际主张说”为论争裁断的最高人民法院法复[1994]3号、^[49][2005]民二他字第35号^[50]以及《诉讼时效司法解释》(法释[2008]11号)第6条^[51]均不能套用在不定期继续性合同的终止问题上。

(三)多余的多重解释可能性

除了引发误解,造成虚假问题以外,一时性给付义务角度的规定还隐含了终止时点的多重解释可能。以《合同法》第376条的条文表述为例,除了前述因合同终止意思(终止表示+终止期间的经过)而结束的理解以外,还有一重解释可能性:保管合同关系直到保管物实际返还时

[46] 此处从德国通说,认为诉讼时效的起算不仅仅是请求权的发生,还需请求权已届清偿期。Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 17, Rdn. 13; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rdn. 108; Grothe, in: MüKoBGB, 7. Aufl., 2015, § 199, Rdn. 16. 请求权虽成立,但是无法行使时,诉讼时效不起算。

[47] Vgl. Berger (Fn. 11), § 488, Rdn. 221.

[48] 这样的误会还见于孙学致:“论诉讼时效期间的起算——以未定期限债权为客体的分析路径”,《法制与社会发展》2002年第5期,第102—103页;黎鹏:“无还款期限债务合同案件超诉讼时效判定”,《人民司法》2016年第29期,第66页;《人民司法》研究组:“没有规定还款期限的欠款,诉讼时效如何计算”,《人民司法》2002年第2期,第79页。

[49] 《最高人民法院关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的批复》(法复[1994]3号)。

[50] 《最高人民法院关于买受人在交易时未支付价款向出卖人出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的请示的答复》([2005]民二他字第35号)。

[51] 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号)。

才终止。^[52]

从立法历史来看,这样的表述源于法律移植。《合同法》第376条为例的条文表述与我国台湾地区立法(我国台湾地区“民法典”第598条)几近相同,而我国台湾地区立法条文表述又是以德国立法为模板。《德国民法典》第695条第1句,“即使就保管确定了期间,寄存人也可以随时请求返还保管物”,《德国民法典》第696条第1句和第2句,“保管期间不确定的,保管人可以随时请求取回保管物。期间确定的,仅在发生重大原因时,保管人才能请求提前取回。”

在德国的早期学说中,这样的条文表述是有深意的。立法者用“请求返还保管物”和“请求取回保管物”替代了“终止”,目的是使得保管关系不随着终止意思(终止表示+终止期间的经过)而结束,而是直到保管物被事实返还时才结束。^[53]这一早期的通说为我国台湾地区学者所承继,认为该条构成继续性合同的偏离规定,继续性合同关系结束不是基于终止的意思表示,而赖于保管物本身的返还,^[54]还有学者认为这归因于保管合同系要物合同。^[55]这一早期学说追求的现实利益是:假使按终止合同意思表示来理解,那么在终止期间经过之后双方合同关系就结束了,但这和寄存人实际领回保管物之间可能还有一个时间差。如果寄存人迟迟不领取保管物,这时候的保管人的费用请求权只是受领迟延产生的费用支出请求权,或者以寄存人的实际得利为界限的给付不当得利请求权。^[56]无论哪一种请求权都不如赋予保管人保管费请求权的安排周全。^[57]

但在中国《合同法》第367条上完全没有延续此种解释的必要。换言之,就现今而言,这样的多重解释可能是多余的。首先,要物合同这一理论不能成立。要物与否只与合同成立相关,而与合同终止无必然联系。此外,从《合同法》第367条可知,双方可以约定排除要物性,如果认为要物决定了终止时点是物返还之时,则意味着保管合同被排除要物性时,《合同法》第376条不再能适用;又从《合同法》第382条可知,仓储合同非要物合同,此种理论也无法解释,为何在诺成的仓储合同的《合同法》第391条,会出现与《合同法》第376条同样的表述。

其次,德国的通说已经发生变化,其理由坚实。现行通说将《德国民法典》第695条和第696条整合到终止体系中,不再认为立法者的用语有特殊的意味。^[58]其理由是,原先的理解

[52] 《合同法》第376条的条文表述与我国台湾地区立法(我国台湾地区“民法典”第598条)几近相同,我国台湾地区部分学者就是如此解释我国台湾地区“民法典”第598条。参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第533页;郑玉波:《民法债编各论》(上册),三民书局1970年版,第538页。

[53] Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich Band—2, Berlin und Leipzig 1888, S. 583; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB Band—2, Berlin 1898, S. 402; Reuter, in: Staudinger, 2015, § 696, Rdn. 1; Henssler, in: MüKoBGB, 7. Aufl., 2017, § 696, Rdn. 5.

[54] 参见史尚宽,见前注[52],第533页;郑玉波,见前注[52],第538页。

[55] 参见林诚二:《民法债编各论(中)》,中国人民大学出版社2007年版,第280页。

[56] 有不同意见,认为这时候不应考虑《德国民法典》第812条第1款第1句的不当得利规定,因为适当地返还保管物的义务(应当是)包含了即便是保管合同终止但是还是存在的暂时的“保管义务”(后合同义务),并因此为寄存人占用保管人提供了一个法律基础。Vgl. Reuter (Fn.53), § 696, Rdn. 2.

[57] Vgl. Reuter, (Fn.53), Rdn. 1.

[58] Vgl. Henssler (Fn.53).

虽然为费用请求权提供了基础,但却无法和受领迟延的理论兼容。如果保管人请求寄存人取回保管物,但是寄存人迟迟不领取,这时候还是需要借助受领迟延这个概念体系来处理双方关系。但是一旦认为寄存人是受领迟延,需要满足的前提是:寄存人没尽到协助保管人履行返还义务的不真正义务。然而,对于寄存人而言,保管人的返还义务是以保管合同关系结束为前提的,合同关系如果没有结束,当然可以拒绝领回保管物。这又使得前提无法被满足。^[59]可能会有反驳:返还义务可以不以保管合同结束为前提,比如约定断续保管的,断断续续,随时取回,随时放来,但是,这样的构造,就不是典型的保管合同了,也就需要有特别约定,才能如此理解。以《合同法》第265条定义为形态的保管合同一般规范的提供,还是应当以保管合同结束为返还义务的前提,也即,逻辑上必定是“合同关系结束——保管人可以要求寄存人取回保管物——寄存人不取回——构成受领迟延”。

面对这样的批评,一些德国文献进行了迂回处理:当认定寄存人受领迟延时,也就是认定保管关系结束之时。但是这样的处理在教义上也不能成功,因为是保管合同关系引发的返还义务才会导致受领迟延,而不是反过来,受领迟延能导致保管合同关系的结束。况且,这样构建因为引入了受领迟延,本来用这个构造来替代终止的法政策目标也落空了。^[60]因为原先通说的一个法政策目标是,避免在物的现实返还之前,保管人已经没有保管义务,和相对应的没有报酬请求权。而迂回处理使得受领迟延时即合同终止,保管人还是丧失了报酬请求权。^[61]

不过,如何周全保护的问题还是存在的。如何保障保管人对于迟迟不领取保管物的寄存人的保管费请求权,特别是考虑到其他救济低于约定报酬的情形?正如德国人进行类推那样,^[62]中国法在既有体系中,同样可以通过类推解释,解决这一问题:将仓储合同部分《合同法》第392条第2句的前半句——“存货人或者仓单持有人逾期提取的,应当加收仓储费”——类推为,保管人得向迟延取货的寄存人依照原保管合同约定的保管费继续收取。^[63]

综上所述,就法律移植的历史考察而言,这样的“返还义务”的表述模式已经丧失其原初功能,应整合为合同终止的一般表述形态。《合同法》第376条虽然不采取“终止合同”的表述模式,但在解释上不应当认为立法者差异表述有其深意,仍然应当作同一解释。“返还义务”的表述模式除了徒增解释上的烦恼以外,并无益处,应当统一为“终止合同”的表述模式。^[64]

[59] Vgl. Reuter, (Fn.53).

[60] Vgl. Reuter, (Fn.53).

[61] Vgl. Reuter, (Fn.53).

[62] 德国法是类推《德国民法典》第546a条第1款的规定:“承租人在使用租赁关系终止后不返还租赁物的,就租赁物被留的那段时间,出租人可以请求所约定的租金或可比较的物在当地通常的租金,以作为赔偿。”Vgl. Reuter, (Fn.53); Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1995, § 20 III, S. 324.

[63] 这一结论也适用于租赁合同、借款合同等情形。此方案系参照德国的处理。

[64] 况且就是从“接地气”的角度来看,“终止合同”的表述形式也未曾造成民众运用之困扰。《合同法》第232条(租赁合同)就规定为“终止合同”,而非随时返还租赁物,未曾见引起实务混乱。

四、条文重复与规范欠缺:《民法典合同编(二审稿)》存在的问题

虽然上述种种问题可以通过解释论来勉力化解,但对现行法进行修改是更为彻底的解决方案。中国民法典编纂的当下是最好的时机。现有的《民法典合同编(二审稿)》作出了部分的努力,但在四个方面仍然存在缺陷,亟需修改。^[65]

(一)重复性规定的删除

民法典出台的过程,也是不定期继续性合同随时终止制度被逐步“提取公因式”的过程。在《民法典各分编(草稿)》中,“随时终止权”被首次规定在合同法总则,第353条第2款规定:“以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人可以随时解除合同。”但这一修改只对“随时终止权”+“终止期间”中的前半部进行了“公因式”的提取,只能算一个“半拉子工程”。进一步完成这一工作的是《民法典合同编(二审稿)》,它将第353条第2款的规定修改为“以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人在合理期限之前通知对方后可以解除”,从而完整规定了“随时终止权”+“终止期间”。

既然立法者在合同法总则层面规定了随时终止制度,先前散落在各有名合同规定中的随时终止规定就构成重复性规定。但是,新公布的《民法典合同编(二审稿)》延续了既有的《合同法》规定,对分则中既有的随时终止制度的条文不作更改,仅仅是调整了条文序号。其中《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句对应既有《合同法》第206条第2句(借款合同),第521条对应《合同法》第232条(租赁合同),第682条对应《合同法》第376条(保管合同),第697条对应《合同法》第391条(仓储合同),第716条对应《合同法》第410条(委托合同)。^[66]

这样的“原封不动”完全不具有合理性。比如借款合同、租赁合同、保管合同,都是典型的继续性合同,在当事人没有约定期间的不定期情形自然能够适用第353条第2款的规定。这时候再在《民法典合同编(二审稿)》保留重复性的规定是没有必要的。更何况,本次立法中还继续往新增的合同类型中补充同样类型的重复性规范——不定期物业服务合同(合同编第730条第2款)、不定期合伙合同(合同编第760条)和肖像许可使用合同(人格权编第802条),更是对立法资源的不必要运用。

鉴于合同法总则层面“提取公因式”工作的完成,《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句、第521条、第682条、第697条、第716条等原《合同法》的重复内容应当一概删除,第730条第2款、第760条、第802条这些新拟定条文应该舍弃。

(二)“无谓”的解释问题的避免

如果只是构成重复性规定,浪费法律资源,只是“无用”,保留也无妨,毕竟现行法中宣示性

[65] 这部分其实是中国民法典编纂过程中的规范整合中典型问题的一个具体例证,有学者将这类规范整合问题高度概括总结为:规范供给不完整、增删修改不彻底、规范表述不准确。参见茅少伟:“民法典的规则供给与规范配置——基于《民法总则》的观察与批评”,《中外法学》2018年第1期,第179—181页。

[66] 其中《民法典合同编(二审稿)》第716条(委托合同)的细化了损害赔偿的规定,但此为任意解除制度的内容,此修改与随时终止制度无关。

条款、重复性条款、“僵尸”条款俯拾皆是,不足为奇。但因为原先立法存在部分漏洞,如果原封不动地照搬条文,还会产生与新增的一般规定之间关系应该如何解释的问题,徒增解释论上的烦恼,可谓“有害”。

这体现为对分则部分条文缺失终止期间规定的解释难题。《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句(《合同法》第206条)规定了贷款人终止合同的,需要给予借款人合理期间,却没有反过来规定,借款人终止合同的,需要给贷款人合理期间。这就造成一个解释论上的困境:一方面,可能有解释者认为,根据合同法总则的规定(《民法典合同编(二审稿)》第353条第2款),贷款人也应该享有合理的终止期间;但另一方面,也可能有解释者认为,既然立法者将先前条文重新纳入新法律之中,体现为借款合同的特别规定,那么就不能认为立法者没有审视该特别规定与一般规范之间的差异。立法者经过审视后,仍然将这样的差异保留下来,说明这一差异有专门的意义,也即,《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句(《合同法》第206条)的缺省规定有特别意义,所以,应该根据特别法优先的原则,认为借款人终止合同的,终止立即发生效力。

同样可能引起未来解释纷争的是《民法典合同编(二审稿)》第697条(对应现《合同法》第391条),因为该条同样只规定了保管人终止合同的,需要给予存货人合理期间,而没有规定保管人的终止期间;还有《民法典合同编(二审稿)》第682条(对应现《合同法》第376条)和《民法典合同编(二审稿)》第716条(对应现《合同法》第410条)。就这些情形而言,本文认为,相较于借款人得借助“合理期间”从他处获得贷款,以及寄存人得借助“合理期间”获得其他仓储可能的重要性,^[67]“合理期间”对贷款人和保管人的重要性可能稍逊之,但这对时间上的回转需求迫切程度只是程度之差,而无实质之别,并不应以纯有纯无态度处之。从继续性合同特性出发,相对人在一定期间内的合同继续期待有其正当性;从诚实信用原则出发,终止权人亦应顾及对方当事人利益,给予对方合理的过渡时间安排自己事务。有如,利益状态与仓储相类的保管情形,寄存人也需要借助“合理期间”获得其他保管可能;又有如受托人终止委托的情形,委托人也需要获得“合理期间”以将自己事务另托他人。即便从既有规范的相对方考虑,亦是如此:如果存货人突然终止合同且可以立即发生效力,则保管人往往因无法立即招租而蒙受空置之损失;借款情形则是贷款人资金暂时闲置损失。既然在与法律评价相关的重要观点上彼此相类,那么基于正义的要求,同类事物应该作相同处理。因此,就现行规定而言,其他未明确规定“合理期间”的情形并不应为反对解释,实属立法漏洞。

因此本文认为,即便立法者执意保持原有《合同法》的风貌,不基于“提取公因式”的理由删除重复性条文,也起码要做到对总则新增之一般条款的“忠实复述”,补足原先合同分则部分规定的终止期间的立法漏洞。在这一方面,《民法典合同编(二审稿)》第682条第2句(对应《合同法》第232条)就是一个范例,该条规定双方终止均应“在合理期限之前通知对方”,改变了原先《合同法》第232条只“照顾”承租人的偏颇规定。此种改变还应当体现在《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句、第682条第2句、第697条和第716条当中去。

[67] 《合同法》第206条第2句、《合同法》第232条第2句和《合同法》第391条。

(三) 现存条文表述的统一

此外,纵使再退一步,保留有名合同中的重复性条款,也保持那些漏洞,留待将来解释论解决,那么立法者也至少应该在条文表述层面,将引发理论混乱的差异表述予以统一。如前文所述,既有《合同法》分则中随时终止制度在条文表述方面有两方面瑕疵:一方面,《合同法》第376条第1款和《合同法》第410条对随时终止权和任意解除权混合规定,没有考虑到随时终止权和任意解除权分别和不同的法律后果相联结(前者为终止期间,后者为损害赔偿)的问题,导致了条文存有漏洞;另一方面,《合同法》第206条第2句、第376条、第391条的“返还义务”表述模式与《合同法》第232条、第410条等的“终止合同”表述模式不同,这一表述上的不同引发理论上的混乱。

因此,应当将《民法典合同编(二审稿)》第682条第1款(对应《合同法》第376条第1款)和第716条(对应《合同法》第410条)拆分为随时终止权和任意解除权两种不同的规范,分别规定终止期间和损害赔偿为法律后果;此外,《民法典合同编(二审稿)》第465条第2句、第682条、第697条的条文表述应当统一为“终止合同”表述模式。

(四) 新规范的创制

如果民法典编纂还有那么一点雄心,对既有的合同法规范体系要有所超越,那么就不应该固守于既有的规范,止步于随时终止权一般条款的创设,而应以随时终止权的一般条款作为新的规范创制基础,将从重复规定中省却的立法资源投向分则条文的差异化立法中去。

一方面,总则层面的一般条款可以作为分则例外规定的基础。在相当的特定合同类型,基于实质性的价值判断以及立法政策选择,在立法上应突破不定期继续性合同终止自由的一般原则,特别地排除随时终止权的适用。既有的《劳动法》第25条、第26条和《劳动合同法》第39条、第40条就基于劳工保护的理,排除用人单位的随时终止权,《保险法》第15条则是基于保护弱势的投保人的法律政策,排除保险人的随时终止权。但现行的例外规定恐怕是不足够的,可做比较的是德国立法例,《德国民法典》第573条第1款排除住房租赁合同的出租人的随时终止权,只在满足特定理由情形才有限地支持。这一条文蕴含着社会法(Soziales Recht)的思想:由于住房是关系到个人生存的一个重心所在,因此需要在法律政策上对承租人进行倾斜保护。^[68] 反观中国法律,在住房租赁合同情形并无相应的保护性规定。^[69] 面对房价高企、租赁市场波动的现状,中国法上亦有必要为住房租赁的承租人进行倾斜保护,增加随时终止权的限制、乃至排除规范。^[70]

另一方面,总则层面的一般条款可以作为分则中终止期间具体化的基础。既有规定仅为《合同法》第206条第2句和第232条第2句的“合理期间”,第391条“必要的准备时间”,过于抽象。在这一问题上,宜在分则细化规定,根据具体的合同类型,进行个别考量。对此,中国法

[68] Vgl. Häublein, in: MüKoBGB, 7. Aufl., 2016, § 573, Rdn. 1.

[69] 仅在《合同法》第229条规定了买卖不破租赁,在《合同法》第232条规定了出租人终止不定期租赁合同,有一“合理期间”为终止期间,此外即无特别规定。

[70] 德国的多级调控方式参见杜如益:“民法典如何拯救房租”,载《中国社会科学报》2018年1月3日,第5版。

并非毫无作为,既有法条也进行了部分具体化,比如《合伙企业法》第46条的“30天”、《劳动合同法》第37条的“30天”和“3天”(试用期内),以及《农村土地承包司法解释》还根据农作物的特性,将合理期间具体化为直至农作物收获期结束或者下一耕种期开始。《民法典合同编(二审稿)》也作出了部分努力,第730条第2款将不定期物业服务合同的终止期间明确为“60日”。但是大量的条文对终止期间还是缺省规定,或者含糊规定为“合理期间”,这是远远不够的。可以参酌比较德国立法例,《德国民法典》对租赁合同、借款合同、雇佣合同、委托合同和民事合伙合同等的终止期间,均依其特性进行具体化。依据法条顺序,其对终止期间的规范有:一般借款合同的《德国民法典》第488条第3款,消费者借贷合同的《德国民法典》第499条第1款和第2款、第500条;使用租赁合同的《德国民法典》第542条第1款,具体化为住房租赁合同的《德国民法典》第573条、第573a条、第573b条和第573c条,雇佣而出租住宅合同的《德国民法典》第576条,其他物使用租赁合同的《德国民法典》第580a条;用益租赁合同的《德国民法典》第584条第1款,农业用地用益租赁合同的《德国民法典》第594a第1款、第594b条;使用借贷合同的《德国民法典》第604条第2款、第3款;雇佣合同的《德国民法典》第620条第2款、第621条和第622条;付款服务合同的《德国民法典》第675h条;合伙合同的《德国民法典》第723条的第1款、第2款。

五、结 论

作为继续性合同中的一项特有制度,随时终止权的制度根源在于不定期继续性合同的永久束缚可能性的排除,是与以信赖基础丧失为正当化理由的任意解除权完全不同的一套制度,在理论上和在立法条文上均有必要将两者进行分别对待。现行《合同法》第376条第1款,在作任意解除权规范理解的情形,应当类推《合同法》第268条、第308条和第410条,补充损害赔偿作为法律后果;现行《合同法》第410条第1款,在作随时终止权规范理解的情形,应限缩解释《合同法》第410条第2句,同时类推解释《合同法》第206条第2句、第232条第2句、第391条,终止无需损害赔偿,但需经合理期间后才发生效力。

在既有的合同法体系规定中,从一时性给付义务视角认知继续性合同的思维定式还深刻地影响着立法者、司法者和解释者,这导致了对部分随时终止权规范的理解偏差。《合同法》第206条、第376条、第391条的随时终止权规定采用“返还义务”的表述模式,误导了部分学者,将“返还义务”视为自始已届清偿期的请求权行使规定,沿袭这一认知,司法实践中,法院大规模地误用《合同法》第62条第4项,在理论上,也衍生出返还义务诉讼时效的虚假问题。就法律移植的历史考察而言,这样的“返还义务”的表述模式已经丧失其原初功能,应整合为合同终止的一般表述形态。因而,《合同法》第206条第2句、第376条、第391条应与《合同法》第232条、第410条、《保险法》第15条、《劳动合同法》第37条、《合伙企业法》第46条做同等解释,均为随时终止权的等位规定。

体系性梳理可以发现既有的合同法体系规定呈现一种“低水平重复”的困境,大量的法律资源被浪费在同样制度的重复规定之上。申言之,既然不定期的继续性合同依其本质,一般性

地有提供随时终止权的必要,并基于信赖保护而有终止期间的设立必要,那么,就不应当在每一种继续性合同类型中都将这一制度再重复一次,而应当将其“提取公因式”,作为一个合同法总则层面的一般性规范予以规定。

新公布的《民法典合同编(二审稿)》完成了对“随时终止制度”的一般化规定,但却没有进一步梳理先前散落在各个有名合同中的重复性规定。对此,立法者应当基于“提取公因式”已经完成的理由,将分则重复性规定删除;退一步而言,纵使不为删除,一方面也应当统一合同法总则、分则的规范内容,避免日后引发解释论难题,另一方面统一既有条文文字表述形式,将引发理论混乱的“返还义务”表述模式尽数更改。此外,立法资源应该投放到分则条文的差异化立法中去,那里是需要立法者进行实质性的价值考量的地方:一方面是对随时终止权的例外排除规定,有如我国是否需要对于住房租赁合同的承租人进行特别保护,因而需要增加随时终止权排除条款;另一方面则是根据各类合同的具体情状,确定适应于该种合同类型的具体合理终止期间。

Abstract: As a unique system in the theory of continuous contract, the ordinary termination system, completely different from discretionary termination system that is justified with loss of trust, is based on the exclusion of the permanent bondage possibility of indefinite continuous contract. It should therefore be treated differently in legal theory and legislative provisions. In current legal system, the thinking pattern from the perspective of temporary obligations of payment still deeply dominates legislators, jurists and interpreters, which leads to not only the misunderstanding of some regulations on ordinary termination, but also large-scale misuse of law by courts in judicial practice. Moreover, and it also derives false theoretical issues related to the limitation of return obligations. From the perspective of this system, the current law presents the characteristics of “low-level repetition”. Therefore, in the codification of Civil Code, the right of ordinary termination and termination term should be generally stipulated in the general part of contract law. Meanwhile, a large number of repetition and conflict provisions should be deleted and replaced by the specific termination term.

Key Words: Ordinary Termination; Discretionary Termination; Termination Term; Indefinite Continuous Contract; Statute of Limitations

(学术编辑:薛 军)

(技术编辑:林昱睿)