

# 走出“合同僵局”：以承租人的 转租权为重点

吴奕锋\*

**摘要** 在定期租赁合同情形,如何回应无使用计划的承租人的退出需求?在理论层面,无论是法律上允许承租人向第三人转租(松动“锁人”),还是法律上允许承租人付出特定代价解除合同(松动“锁时间”),都能达到走出合同僵局的目标。但在现实层面,松动“锁时间”的解除方案有对出租人损害赔偿不充分、诱发新的租赁僵局、恶化承租人处境的重大缺陷。因此,松动“锁人”的转租方案才是妥当选择。我国法应充分考虑租赁合同特性,以合理转租规则为默认规则,将转租作为无使用计划的承租人的常规退出通道。而一旦选择转租作为租赁僵局的解决方案,则租赁僵局不再构成“合同僵局—违约方解除权”议题的重要例证。

**关键词** 合同僵局 违约方解除权 定期租赁 转租

从利益平衡的角度来看,过去我们十分重视保护承租人在一定期间内稳定获得使用收益的权益,因此有“买卖不破租赁”、承租人优先购买权等规定。然而,我们却忽略了另一方面:无使用计划的承租人的退出需求。

这在定期营业租赁的实践中引发了大量的纠纷。试举一例,承租人与出租人订立为期5年的租赁合同,用于餐馆经营。然而,2年后,承租人经营惨淡,难以为继。此时距离合同结束仍有3年。如果承租人企图退出而出租人要求依约继续支付租金,该如何处理?这是法院在实践中面临的棘手问题,也是亟需法学界提供解决方案的学术课题。

作为学术问题,既往文献已经展开了大量的研究。主流研究将这一问题纳入“合同僵局”,上升到合同总则层面,在这一层面上,学者们试图提出一种适用于所有合同结构的解决方案。这些方案包括但不限于:基于重大原因的合同终止、违约方解除权、信赖关系破裂以及出租人

\* 北京大学国际法学院助理教授。

的减损义务。<sup>〔1〕</sup>

作为研究热点，“合同僵局”似乎已经被过度言说，特别是在我国相关司法规则陆续出台的当下，“解除+赔偿”的方案已“尘埃落定”，似乎无需再多出一篇文章“老调重弹”。但是，细究既有的学术与司法解决方案，其核心却是单调且一致的：目标都在于松动定期租赁合同当中的“锁时间”安排。它们都指向解除方案及其变形。具言之，在主流探讨中，租赁僵局与重大原因终止和违约方解除权密不可分；以司法诉讼行使为特征的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第48条亦是解除方案的一种表现形式；即便是一些学者主张的出租人减损义务，亦是松动“锁时间”的解除方案的具体展开。<sup>〔2〕</sup>

合同僵局的处理，如果目标在于为具体的现实问题提供最好的法律解决方案，而不在于追求“具有美感的统一理论”，那么就on应该充分考虑各类具体合同的特性。本文从租赁合同的特性出发，指出既有的学界和司法通说太急太快地将具体问题提升到总则层面，从而忽略了在租赁僵局情形的另一种可行的技术方案，也即，松动“锁人”安排的转租方案（本文第一部分）。在探究我国既有的转租规则在现实中没有发挥作用的原因之后（本文第二部分），本文将松动“锁时间”的解除方案与松动“锁人”的转租方案同台竞技，互争优劣，最终确定松动“锁人”作为租赁僵局解决方案的优越性（本文第三、四部分）。最后，文章说明了在法律上确立转租规则的重要意义（本文第五部分）。

## 一、松动“锁人”与松动“锁时间”

### （一）为何法律应当为承租人提供常规退出通道

本文所探讨的租赁僵局，特指在定期租赁合同中，承租人因自身风险领域内的事由不再计划使用租赁物，而出租人依然要求按合同约定支付租金的纠纷情形。承租人的计划变动原因，可能完全源于自身，例如承租人市场竞争力不足；也可能完全源于自身以外，例如经济下行导致行业不景气；还可能是内外多种因素的共同作用。<sup>〔3〕</sup> 无论是承租人个人能力不足，还是整

〔1〕 参见崔建远：“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89页；王利明：“合同编解除制度的完善”，《法学杂志》2018年第3期，第19—20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48页；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162—163页；王利明：“论合同僵局中违约方申请解约”，《法学评论》2020年第1期，第36—37页；郝丽燕：“走出违约方解除权的误区”，《南大法学》2020年第3期，第27页；刘凯湘：“民法典合同解除制度评析与完善建议”，《清华法学》2020年第3期，第176—178页；武腾：“民法典实施背景下合同僵局的化解”，《法学》2021年第3期，第85、93—96页；程坦：“减损义务对履行请求权的限制及其路径——破解合同僵局的一种思路”，《中外法学》2021年第4期，第890页；张梓萱：“替代交易与继续履行请求权”，《南大法学》2022年第1期，第48—56页。

〔2〕 正如有学者指出，学界就违约方应否享有合同解除权的讨论中有正反争议，但是，对于例外情形下应当给予当事人特别的解除权具有潜在的共识。孙良国，同上注，第40页。

〔3〕 由于租赁僵局在营业租赁的场合更为常见，因此双方矛盾激化导致难以继续租赁关系的情形（例如房东与租户同住一屋产生生活矛盾），并非司法实践中租赁僵局的常态。

体市场的商业风险,如果合同中没有明确约定由出租人分担,则通常认为完全属于承租人自己的风险范畴。

一种可能的质疑是,这种情形并不应当评价为租赁僵局。既然合同双方已经约定了定期租赁,就应当尊重双方意思,维持合同效力。无论承租人的主观使用计划是否变更,他都应当按照约定支付租金,直至合同期满。正如在承租人经营状况极佳、收益丰厚时,出租人无权要求增加租金一样,在承租人经营不善甚至因个人能力不足(或时运不济)而难以为继时,出租人也没有理由共担损失。

倘若定期租赁合同的锁定结构只是使得没有使用计划的承租人遭受“巨大损失”,也即,他必须为闲置的租赁物支付租金,这一事实本身不足以成为调整合同关系的正当理由。原因在于,假设这一个损失是固定不变的,那么它首先且直接发生在承租人这一边;如果我们要将这种损失在承租人和出租人之间“移动”,就必须提供正当理由。显然,“承租人因自身原因改变使用计划”不属于正当理由。

然而,减少损失的可能却能够构成正当理由。因为上述损失并不是固定不变的,一旦将闲置的租赁物重新投放市场,通常能够找到可以有效利用它的替代承租人或次承租人,此时可以避免租赁物闲置造成的浪费,还可以将因此产生的增益在出租人和承租人之间分配。基于这一理解,法律有必要对合同关系进行调整。

但仍然可能有反对声音,因为既然能够使得双方获益,那么通过交易规则也能实现这个目标,即,无使用计划的承租人可以作为“买方”向出租人购买“退出实际使用”的权利,不需要法律介入。

倘若交易费用为零,或者,倘若交易费用能够被双方所跨越,这里的反驳是能够成立的。我们可以设想这样的情形:假设先前的合同约定的租金较低,又恰逢经济上行,店铺门口想要高价承租的人排成一条长队。这种情形下,“退出”交易很容易达成——既可能是允许承租人转租而出租人得以分成的安排,也可能是承租人退租拿走部分铺底费的安排——无论是哪一种,都属于出租人和承租人之间的自愿分配,无需法律介入。

然而,现实世界存在交易费用。交易费用越高,“退出”交易就越可能失败。比如在租赁市场惨淡的情形,一方面有意愿的替代交易者难以寻觅,另一方面有意愿者愿意支付的租金也会比较低。合同双方当事人对“谁去完成替代交易”“损失是多少”以及“如何分配损失”很难达成一致。此时,“退出”交易往往失败。而我们这里面对的,正是此类“退出”交易失败的情形。

为什么法律不能坐视“退出”交易失败?因为“退出”交易失败,意味着承租人“被迫”使用租赁物(此时承租人对租赁物使用的主观价值低于其所负担的租金)乃至租赁物“被迫”闲置(此时主观价值为0)。这都是无效率的。相反,如果法律介入,租赁物落入第三人之手,只要这一个第三人对租赁物使用的主观价值高于承租人,而且可以将这一增益在出租人和承租人之间分配,此时无一人受损却至少一人获益,必定构成帕累托改进。<sup>〔4〕</sup>

〔4〕但在现实世界中,因为赔偿填补往往不充分,帕累托改进未必满足,详见第四部分的讨论。

## (二) 两种可能的解决路径：松动“锁人”或松动“锁时间”

法律的目标是明确的：通过某种机制，使得承租人无使用计划时，认为租赁物“更值钱”的第三人得以进入。

在理论上，可供选择的路径有且仅有两种：松动“锁人”或松动“锁时间”。为什么是两种而不是三种或一种，根源在于定期租赁固有的“锁人+锁时间”结构。

一方面，定期租赁是一种“锁人”结构。在租赁中，承租人获得了在约定期间内对租赁物进行使用收益的权利，这一个权利却不可避免地“贴合”在物的上面。就出租人而言，租赁是超过目的的手段运用。他的目标只是想把一定时间内的使用收益从他的整体财产中划出来，转让给承租人，但在手段上，他却不得不暂时让渡对整个租赁物的控制，他也因此额外地承担物在他人控制之下的安危风险。<sup>〔5〕</sup> 也正因此，《民法典》第716条第1款第1句规定，承租人转租需要经过出租人同意。<sup>〔6〕</sup> 因此，解锁的一种可能在于：允许承租人破除“人之锁”，将租赁物交由第三人实际使用。

另一方面，定期租赁是一种“锁时间”结构。作为一类继续性合同，出租人的主给付是为承租人提供约定期间内对租赁物的使用用益可能，承租人支付租金作为对待给付。此时，租赁双方锁定了该特定时间段内的给付和对待给付。也因此，解锁的另一种可能在于：允许承租人破除“时间之锁”，提前终止租赁合同。

这两种方案都取消了“退出”交易，自然不会因为高交易费用而导致“退出”失败。其中，松动“锁人”直接赋予承租人转租权利，其无需再向出租人购买“退出实际使用”的权利；而松动“锁时间”则意味着，承租人支付“法定代价”后即可单方终止合同——法律不再用财产规则（承租人需要经过出租人同意才能退出），而是转为用责任规则（承租人支付法定赔偿即可退出）保护出租人收取剩余租期的租金的权利<sup>〔7〕</sup>——同样取消了“退出”交易，自然也避免了因为高交易费用而“交易”失败的问题。

## 二、传统路径：松动“锁人”作为常规退出通道

### (一) 将转租作为常规退出通道的域外立法例

在传统上，各国选择的是松动“锁人”的转租安排。具体规定的法律形态不限于转租，还包

〔5〕 相反，如果租赁物一直处在出租人自己的控制之下，则无“锁人”的要求。读者可比较《海商法》第137条（船舶租赁）和第150条（光船租赁）的规定差别。

〔6〕 还有一类被提及的转租需同意的理由在于，防止承租人高价转租“渔利”，参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第434页；以及避免层层转租带来的承租人盘剥问题，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第544页。

〔7〕 参见（美）吉多·卡拉布雷西、道格拉斯·梅拉米德：“财产规则、责任规则与不可让渡性：‘大教堂’的一幅景观”，凌斌译，载（美）唐纳德·A. 威特曼主编：《法律经济学文献精选》，法律出版社2006年版，第33页。

括允许他人使用、租赁权让与、向出租人提供替代承租人〔8〕等多样化安排。为简化表述,提取要点,下文以“转租”概称之。

以法国、瑞士、奥地利和英美为代表的是“合理转租模式”,原则上允许承租人自由进行转租,只要转租合理,出租人不得拒绝。以德国为代表的是“合理转租—退出模式”,其允许出租人无理拒绝,但同时赋予承租人在出租人无理拒绝时终止合同的特别权利。

### 1. 合理转租模式

在大陆法系国家中,合理转租模式最为普遍。这一模式源于罗马法,在法国、奥地利和瑞士等国得到广泛适用。〔9〕作为缺省规则,这些国家的民法典均规定了承租人可以通过寻找合理次承租人的方式解决租期内使用计划变更的问题。例如,《法国民法典》第 1717 条第 1 款规定,除非合同另有约定禁止转租,否则承租人可以自由转租乃至转让其租赁权。〔10〕《奥地利民法典》第 1098 条规定,承租人有权转租,除非转租损害所有权人或合同明确约定禁止。〔11〕《瑞士债法典》第 262 条第 1 款虽然规定转租需经出租人同意,但其第 2 款旋即将出租人拒绝同意的正当事由限定为三种情形:①承租人拒绝向出租人告知转租之条件;②相对于原租约,承租人滥用转租之条件;③转租将给出租人带来重大不便。

英美法同样可以归为合理转租模式。在普通法的框架下,租赁权被认为是承租人的一项财产权,原则上可以自由转让。〔12〕特别值得说明的是《美国财产法重述(第二版)》(以下简称《重述》)第 15.2 条(转让限制)的第 2 款的规定:“未经出租人同意不得转让承租人的租赁财产中的权益,这样的限制约定是有效的,但是出租人不得无理拒绝同意承租人的转让,除非租赁合同中自由协商的条款赋予出租人拒绝同意的绝对权利。”该条从市场中偏离一般的自由转租规则的约定出发,肯定了“需经出租人同意”的特别约定的效力,但在当事人未将其明示为“拒绝同意的绝对权”时,仍然将此类约定解释为“合理同意”〔13〕规则,保持了承租人通过合理转租退出的通道。《重述》虽非具有强制拘束力的法律,但可作为各州立法的重要示范。〔14〕

〔8〕《瑞士债法典》第 264 条第 1 款的替代租赁规则,同样是松动“锁人”的安排,承租人虽然得以提前退出,但从出租人方面考虑,其“锁时间”的安排同样没有被突破。各国介绍与总结详见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔、(英)埃里克·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(全译本第四卷)》,于庆生、温大军、胡琳、王文胜译,法律出版社 2014 年版,第 334—335、337—338 页。

〔9〕参见冯·巴尔等,同上注,第 337 页。

〔10〕即便合同约定禁止转租,出租人无正当理由拒绝同意转租,亦构成权利滥用。Colin et Capitant no. 1041, p. 1690. 转引自史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 181 页。

〔11〕《奥地利租赁法》(MRG)第 11 条规定,只有存在重要原因时,禁止转租约定才有效。《奥地利租赁法》(MRG)第 12a 条第 5 款规定,在营业一并转让的情形,禁止转租约定无效。Vgl. Gert Iro/Jürgen Rassi, in: KBB-Kurzkomentar zum ABGB, 6. Aufl. 2020, § 1098 Rn. 8, 12.

〔12〕参见(英)F. H. 劳森、伯纳德·冉得:《英国财产法导论》,曹培译,法律出版社 2009 年版,第 132 页;See Joseph W. Singer, *Property*, 5<sup>th</sup> ed, New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 494.

〔13〕《重述》所言,拒绝同意的理由必须是客观合理的,具有一定的重要性,而不能仅仅基于任性、突发奇想或个人偏见,这样的理由才是合理的。See Restatement (Second) of Property § 15.2, Comment. g.

〔14〕参见美国 propertydo 网站按州所做的立法梳理, <https://www.propertydo.com/sublet-laws>, 最后访问日期:2024 年 10 月 10 日。



## 2. 合理转租—退出模式

与上述模式不同,《德国民法典》采取了另一种模式,通常被概括为出租人同意模式,即转租(或允许他人使用租赁物)须经出租人同意。但是,这一说法只能反映德国法在保护出租人利益方面的特点,只是该规则的一半。对于本文的主题而言,德国法的另一半,也即保护承租人利益的规则更为关键:若出租人不合理地拒绝同意转租,承租人有权终止合同。<sup>[15]</sup>

从历史渊源看,德国立法者在制定民法典时偏离了罗马法的模式,转而采纳了普鲁士一般邦法的规定。在一般规则层面,《德国民法典》第 540 条第 1 款第 1 句规定承租人转租需要获得出租人的同意。但紧接着,第 2 句又规定,如果次承租人自身不存在出租人得以拒绝的重大原因,而出租人拒绝同意转租的,则承租人获得特别的合同终止权。<sup>[16]</sup> 这实质上使得德国法成为一种“合理同意—退出”规则:尽管出租人可以“任意拒绝”,但如果拒绝缺乏合理理由,承租人可以通过终止合同的方式退出租赁关系。因此,出租人只有在合理拒绝的情形,才能继续将承租人“锁定”在合同关系中。<sup>[17]</sup> 因此,更为完整贴切的命名应当是合理转租—退出模式。<sup>[18]</sup>

### (二) 中国法类似通道的不通畅

中国法采取类似于德国式的规则安排。《民法典》第 716 条第 1 款第 1 句规定承租人需要经过出租人同意才能转租。按照通说,此处出租人的同意是一个任意同意权利,出租人可根据自身主观利益自主决定是否同意。<sup>[19]</sup> 这里的“任意”不包括那些以损害承租人为目的的恶意

[15] 《德国民法典》第 540 条第 1 款第 2 句:“出租人拒绝同意的,承租人有权附带法定终止期间特别地终止租赁关系,只要该第三人自身没有重大原因。”这是德国租赁合同的一般规则。德国法在住房租赁领域制定特别规则(《德国民法典》第 549 条至第 577 条)以满足特别的法政策需求(使租赁住房很大程度上发挥起自有住房的功能)。但中国当前的僵局问题集中在营业租赁情形,德国住房租赁规则无直接相关性。

[16] 这些规则在 1900 年的《德国民法典》就存在了,其规则直接来源是 1794 年的《普鲁士一般邦法》(ALR)。《普鲁士一般邦法》规定,未经出租人同意不得“转租”,但如果出租人无理由拒绝同意,则承租人有特别的终止权。该法只规定了一种出租人拒绝理由:分租人从事“不诚实的业务或对房屋或公寓有害的业务”(ALR I 21 § 311),《德国民法典》对此进行了抽象。Vgl. Peter Oestmann, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3, 1. Aufl. 2013, § § 535—580a Rn. 61.

[17] Vgl. Hans-Jürgen Bieber, in: MünchKomm BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 540 Rn. 29.

[18] 由于在缺省规则层面,德国法已经松动了“锁人”结构,为计划改变的承租人提供了常规退出通道,所以在“锁时间”上近乎“严酷”,体现为理论层面面对承租人自己的使用风险的“宽泛”界定。Vgl. Bieber, in: MünchKomm BGB (Fn. 17), § 537 Rn. 4. 在司法实践中,德国法院同样对此类案件持相当严格的态度:即便承租人腾空房屋并将钥匙寄还给出租人,仍须继续支付剩余租期内的租金。这是因为“承租人始终有权从出租人处取回钥匙,安排潜在次承租人看房,以实现转租的可能性”。Vgl. BGH NJW 2015, 3780 (3780). 只有在极为特殊的情形下,德国法院才会突破转租的一般要求,根据诚信原则(《德国民法典》第 242 条)允许承租人提前退出租赁合同关系(比如营业租赁中的承租人由于残疾或死亡无法继续经营——倘若承租人只是严重疾病,法院则不支持;比如住房租赁中的入住敬老院、重病、意外的调动、家庭扩大等事后发生且非承租人主动招致的情形),但均以承租人已提供合理替代承租人,且承租人提前退出的合法利益大大超过出租人继续维持合同的利益为前提。Vgl. Bieber, in: MünchKomm BGB (Fn. 17), § 537 Rn. 13; Volker Emmerich, in: Staudinger Kommentar zum BGB Mietrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 2021, § 537 Rn. 16.

[19] 参见黄薇,见前注[6],第 545 页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(三)》,人民法院出版社 2020 年版,第 1492 页。

情形。<sup>[20]</sup>但是,在出租人恶意与出租人基于其主观判断而不接受转租之间,仍有巨大的空间,比如考虑到租赁物交于陌生人之手可能造成损害的一般性担忧,比如出租给特定身份人群的偏好。这意味着它不是一种客观规则,也即,承租人满足某一客观标准出租人即应该同意的规则。

在规定了“需要获得出租人同意”之后,我国法却缺乏对出租人不合理拒绝同意的限制性规定(比如德国法的不合理拒绝同意即退出),这后半截规则的缺失<sup>[21]</sup>使得既有的转租规则在我国法中根本无法发挥为承租人提供常规退出通道的功能。

可能会有质疑声音,认为本文夸大其词,我国法律与前述各国立法例的实际差别并不大,因为该条款只要求转租需同意,并未禁止转租,承租人的退出通路依然呈现“有条件”开放的状态。下文将我国规定和前述主要立法例的两种模式进行比较,读者就能理解,为什么租赁僵局在其他立法例中并非常态,而在我国实践中大量发生。

首先,转租权作为法授权利的分配,在法律上有两种可能,第一种是赋予承租人转租的权利,第二种是赋予出租人禁止承租人转租的权利。

奥瑞法英美的合理转租模式选择了第一种安排,将转租权作为法授权利配置给承租人,出租人若想剥夺这一个法授权利,阻止租赁物由第三人实际使用,则必须通过自愿、以承租人同意的权利价格从他那里“购买”这一法授权利。<sup>[22]</sup>

德国的合理转租—退出模式与众不同,选择了第二种安排,将转租权配置给出租人,使其可以任意拒绝未提供足够“买价”购买其同意的承租人的转租请求。但是,它又通过特别的二阶规则,将“被无理拒绝情形的提前终止权”配置给承租人——如此一来,在承租人合理行事的情形,欲拒绝的出租人反过来需要提供足够“买价”从承租人那里“购买”其不退出租赁关系的承诺,才能继续将承租人留在合同关系之中。

由此可见,无论是合理转租模式还是合理转租—退出模式,在承租人转租对象合理的情形,都是出租人需要提供足够“买价”,才能达到既阻止租赁物落入第三人之手,又使得承租人继续留在合同之中的目标。换言之,出租人“买价”不足,交易失败,则承租人脱离。

[20] 此类情形显然构成权利滥用,引发司法反应。

[21] 这样的条文样貌源于对域外法的不完全借鉴。早在民国时期,《中华民法典》第443条即为“半截”规定——“承租人非经出租人承诺不得将租赁物转租于他人”,但同条但书为房屋租赁情形做了特别规定(“租赁物为房屋者,除有反对之约定外,承租人得将其一部分转租于他人。”),极大缓解了条文缺陷。新中国在改革开放之后做出了类似安排。《经济合同法》第23条第3款规定:“承租方因工作需要,可以把租赁物转让给第三方承租使用,但必须事先征得出租方的同意。”但不仅没有但书,还增加了“因工作需要”这样的“正当事由”要求。一种可能的解释是,当时整个社会从计划经济向市场经济转变,自然有分配—管制的烙印残留其中。同样在这种语境之下,也不大可能接续上类似德国法的后半截规定(无理拒绝转租即退出)。等到了《合同法》时期,立法者开放了自由的空间,自然而然地删去了“因工作原因”这样的限制。但立法者并未明确意识到,他们还能够让承租人“更自由一些”,因此也未在这里做进行更进一步的安排。这一规范逻辑延续至今未变,法律强调转租需出租人同意,但未对出租人拒绝同意设置合理性约束。

[22] 当然,这里的“买价”并不意味着真的是一个买卖合同的价款,而意味着符合权利人的心意(从而获得其权利让渡)相对人所需要花费的代价。

相反,在我国法框架下,按照通常的理解,转租权被配置给出租人,使其可以任意拒绝未提供足够“买价”购买其同意的承租人的转租请求,但同时我国法又缺乏德国式的二阶规定,其结果必定是,即便是在承租人寻找的转租对象合理的情形,承租人也需要提供足够“买价”,才能达到脱离目的。换言之,承租人“买价”不足,交易失败,承租人即锁合同中。

一言以蔽之,就无使用计划的承租人的退出需求而言,比较法的框架安排是“交易失败即脱离”(僵局自脱),而我国法的框架安排是“交易失败则锁定”(僵局自锁)。缺省规则<sup>[23]</sup>决定命运。<sup>[24]</sup>

也正是因为如此,在整个社会观念层面,我们从来没有把《民法典》第716条第1款第1句规定的转租当作立法者“预埋”的承租人常规退出通道,相反,我们的认知是:法律没有供给常规退出通道,无使用计划的承租人无法实际退出,如果勉强其留在租赁关系中,即相当于变相强迫其使用租赁物,注定会造成租赁物的空置浪费。在司法实践中,几乎没有法院会询问承租人“为何不去转租”;<sup>[25]</sup>在探讨合同僵局时,几乎没有学者会把无计划使用情形认定为“承租人本来可以转租却疏于转租”的虚假僵局;在一般的教科书中,转租需同意规则也更多是被视为出租人利益保护规则,而不会认为是法律为承租人特别准备的提前退出通道。

### 三、我国新实践:松动“锁时间”作为常规退出通道

由于法律层面的“预埋”通道不畅,一个又一个因为使用计划改变的租赁关系以“租赁僵局”的形态涌到法院面前。面对着持续供给不断被浪费的局面,我国法院开创性地着眼于松动“锁时间”,开辟出来一条新的常规退出通道。这一通道最初体现在《九民纪要》第48条,现如今,随着《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》(以下简称:《合同编司法解释》)第59条第1款第1句、第60条、第61条第2款和第63条第3款的出台,一个富有中国特色的常规退出通道正式形成。

#### (一)《九民纪要》的司法解除规则

退出通道的打开,最初以“例外”的司法解除形式出现。<sup>[26]</sup>最高人民法院《九民纪要》第48条规定:“(第1款)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。(第2款)人民法院判决解除合同的,违约方本应当承担的违约责

<sup>[23]</sup> 关于任意性规则的可偏离性的讨论见下文第五部分。

<sup>[24]</sup> 当然,在比较法上,承租人依然会受到寻找合适的第三人的交易费用的困扰,但却无就此与出租人交易的困扰。

<sup>[25]</sup> 更少法院基于“承租人存在转租可能”而认定承租人应当支付租金直至期间届满。

<sup>[26]</sup> 详细梳理见刘承晔:“论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行”,《中国政法大学学报》2020年第3期,第39—42页。



任不能因解除合同而减少或者免除。”〔27〕

这是基于现实的迫切需求,法院鉴于“事物的本质”进行的超越法律的法续造。〔28〕在构成要件设置上,最高院面临两难:要求过高,则救济的范围大幅缩减,相当部分承租人无法退出;要求过低,则租赁合同的定期约定完全被架空。因此,作为折中,其一方面需要承租人起诉才能解除,〔29〕另一方面需要满足“非恶意、继续履行显失公平、拒绝解除违背诚信”要件。

需要注意的是,尽管后来出台了《民法典》第580条第2款,但在租赁僵局情形下它无法替代《九民纪要》第48条。原因在于,第580条第2款适用前提是“一方不履行非金钱债务或履行不符合约定”,而在通常的承租人无计划使用情形中,唯一违约行为是拒付租金。〔30〕有些法院试图扭曲合同义务本身,解释出承租人有使用租赁物的义务,从而满足第580条第2款的构成要件。然而,此举并不妥当。虽然在现实中,部分租赁合同可能包含租赁物使用义务的约定,比如在购物中心的店铺租赁协议中,出租人不仅仅考虑租金的收取,还同时考虑维持尽可能多的区域持续营业,从而提升购物中心对公众的吸引力,因此在合同中约定“中途不得歇业”。但这种给租户带来重大负担的额外义务,需要双方约定,或者至少能够结合相关条款解释出来。如果没有这些特别的因素,难以一般性地给承租人施加持续使用租赁物的义务。

## (二)与出租人减损义务的结合——司法解除通道的最终形成

然而《九民纪要》第48条并未直接规定损害赔偿,尚不足以构成一条稳定的常规退出通道。常规退出通道的最终形成,还有赖于《合同编司法解释》第59条第1款第1句、第60条、第61条第2款和第63条第3款的出台。

在此之前,我国法院对司法解除后的损害赔偿有两类处理。处理一是,确定承租人搬离时点(T<sub>0</sub>)之后,预估一个出租人寻找到下一承租人的合理时间点(T<sub>1</sub>),以合理期间(T<sub>0</sub>-T<sub>1</sub>)对应的租金数额作为损害赔偿。比如承租人实际搬离时间是1月份,预估寻找到替代承租人的时间为3月份或4月份,则法院支持2—3个月对应的租金作为损害赔偿。处理二是,以实际搬离时间直至法院审判程序进行的时点(T<sub>2</sub>)(可能是起诉时点,也可能是判决生效时点)对应的租金数额作为损害赔偿。同样是1月份搬离,5月份承租人起诉请求司法解除,10月份审结,则法院支持出租人主张1月份到5月份/10月份的租金为损害赔偿。两类处理都有法院

〔27〕 《九民纪要》是司法性文件,不能直接引用与法律、行政法规等并列作为裁判依据,但可以在说理部分引用作为说理依据。参见吴兆祥:“《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》的理解与适用”,《人民司法》2009年第23期,第33页。

〔28〕 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286—293页。

〔29〕 设置为司法解除原因在于,避免随意解除架空双方的合意定期规则。参见勾雪峰、周濛:“违约方主张解除合同的司法裁量”,《人民司法·案例》2021年第5期,第55页。

〔30〕 参见《最高人民法院民二庭、研究室负责人就民法典合同编通则司法解释答记者问》,载中华人民共和国最高人民法院网,<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/419402.html>,最后访问日期:2024年10月10日。

的实践支持。<sup>[31]</sup>

T0(承租人搬离时点)——T1(假设 T0 时点开始寻找,则在 T1 时点找到替代承租人)——T2(司法审判程序时点)——T(原定的合同结束时点)

倘若中国法院总是遵循处理二,那么承租人的退出需求就没有得到一般化的满足,因为承租人会发现,最终自己需要支付从搬离时点到起诉时点,乃至司法判决解除时点的租金。这一代价越高(比如起诉时点越晚或者审判周期越长),承租人对“其他”常规退出通道的打开需求则越强烈。特别是部分法院支持出租人请求直至司法判决解除时点的租金,考虑到法院实际审理的周期,其数额之高,甚至会引发个案当中承租人的错愕。比如李国红案中,原告方主张:“叶店铸造厂自 2015 年 9 月 21 日起即提起另案诉讼,该案历经一审、二审及发回重审程序,诉讼延宕长达三年,该期间如仍处违约中,则违约损失显然是由于人民法院的原因造成的,不应由李国红承担赔偿责任。”<sup>[32]</sup>这一高昂经济代价的承担,无论是以租金还是损害赔偿金的名义呈现,都会使得司法解除成为代价高昂的例外之选。

而在处理一和处理二之间,新近出台的《合同编司法解释》第 59 条第 1 款第 1 句、第 60 条、第 61 条和第 63 条第 3 款明确地选择了处理一,使得承租人能够以相当有限代价,提前退出定期租赁关系。

首先,《合同编司法解释》第 59 条第 1 款第 1 句规定,“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”,形式上是以处理二中的起诉时点为标准,但《合同编司法解释》第 61 条和第 63 条第 3 款的规定将其扭转了过来,形成实质上的处理一。

其中,《合同编司法解释》第 61 条第 2 款明确了出租人不得请求赔偿解除后的剩余租期租金;《合同编司法解释》第 63 条第 3 款还进一步“倒扣”,即便是解除之前的租金,法院只支持出租人寻找替代交易的合理期间所对应的空置期租金(结合《合同编司法解释》第 61 条第 1 款),其他空置期的租金损失基于“非违约方未采取适当措施导致的扩大损失”不予赔偿。承租人方面甚至可以节省这几个月合理期间所对应的空置期租金,假如他“早做安排”,事先向出租人明确说明其将会在数月后的某一个时点确定搬离,那么出租人方面在数月前就已经可以寻找替代交易。<sup>[33]</sup>

[31] 比如 2020 年度,北大法宝案例库中(北大法宝—司法案例—高级检索,https://www.pkulaw.com/advanced/case/pfnl,2022 年 11 月 11 日访问)判决全文出现“合同僵局+租赁”关键字的高级人民法院案例有 15 个,相关案例有 5 个。5 个案例恰好代表了两类处理方式。采处理一(合理期间)有:安徽省高级人民法院民事裁定书,(2020)皖民申 3323 号;青海省高级人民法院民事裁定书,(2020)青民申 296 号;湖北省高级人民法院民事裁定书,(2020)鄂民申 605 号;采处理二(判决时)有:新疆维吾尔自治区高级人民法院民事判决书,(2020)新民终 400 号;湖北省高级人民法院民事判决书,(2020)鄂民再 35 号。更大规模的样本收集和分类见孙良国:“论违约方申请合同解除中解除时间的确定——兼评《民法典合同编通则解释》第 59 条”,《法治研究》2024 年第 1 期,第 29—31 页。

[32] 湖北省高级人民法院民事裁定书,(2020)鄂民申 605 号。

[33] 当然,如果事实上出租人已经找到替代承租人,则法院还会让承租人承担租金差价,前提是替代交易不明显偏离当地的市场价格(《合同编司法解释》第 60 条第 2 款)。如果事实上未找到替代承租人,出租人亦可请求法院估计可能的替代价格,承担租金差价(《合同编司法解释》第 60 条第 3 款)。

就像《合同编司法解释》配套案例十“柴某与某管理公司房屋租赁合同纠纷案”演示的那样：虽然双方约定租赁期间为2018年7月24日起至2021年10月16日，但在原定租期届满之前，承租人某管理公司就多次要求提前终止合同，在双方协商未果后，承租人在2021年12月29日实际搬离（向出租人发送门锁的电子密码）。在损害赔偿方面，法院仅仅支持出租人主张的至承租人实际搬离的时间点后一个月（即2021年1月30日）的房屋租金。<sup>〔34〕</sup> 该案的法院并非认为市场上的出租人寻找替代交易的合理期间是一个月，而是基于某管理公司已经提前多次表达解除意愿，认为该案的出租人柴某可以在更早的时间点进行替代交易的安排。

需要说明的是，无论《合同编司法解释》第59条还是第61条都在文义上限于“非违约方”解除的情形，似乎不能直接适用于司法解除（违约方诉请）的情形。但这种条文限缩的根本原因是，最高法顾及到学界对司法解除的猛烈批评，不便将其规定到司法解释中去。正如相关负责人在解释出台后答记者问时表达，“考虑到有关司法终止的一些问题在理论上还未完全形成共识，但在司法实践中又确实存在，故解释暂时只对解除的情形作出规定，而对于司法判决终止的情形，我们选择了案例十作为配套案例，供司法实践参考”。<sup>〔35〕</sup> 而在《合同编司法解释》配套的案例十中，可以清楚地看到，得到法院司法解除支持的承租人只需要支付其向出租人发送门锁电子密码后一个月的租金作为损害赔偿，支撑的规则正是《合同编司法解释》第59条、第61条和第63条第3款。换言之，在“构成要件+法律效果”上，尽管最高法不便将司法解除纳入规范当中的“构成要件”，但无碍于实践中法院进行司法解除时类推适用《合同编司法解释》第59条、第61条和第63条第3款的规定。

综上所述，将《合同编司法解释》第59条第1款第1句、第60条、第61条和第63条第3款和《九民纪要》第48条结合起来，可以“翻译”为：承租人可以为出租人预留合理的寻找替代交易时间，事先通知出租人其将在数月后的某一个时点搬离，而出租人只能请求承租人支付到该时点为止的租金。倘若承租人临时起意，仓促决定搬离，则不过相当于，从出租人收到搬离通知起，合同关系延续到出租人寻找替代交易合理时间结束为止。如此一来，中国法律的安排可视为给予所有租赁合同的承租人一个需要通过诉讼行使的随时终止权，其以“出租人寻找下一承租人的合理期间”为终止期间（在承租人提前告知终止计划的情形）；亦可将之视为一个需要通过诉讼行使的任意解除权，其以“出租人寻找下一承租人的合理期间”对应的租金数额为损害赔偿额（在承租人即时终止的情形）。<sup>〔36〕</sup>

可能有反对意见会认为，在承租人早做安排，尚未遭受重大损失情形，势必不能满足《九民纪要》第48条的“非恶意、继续履行显失公平、拒绝解除违背诚信”要件，因此不能够将《九民纪要》第48条和《合同编司法解释》诸条的结合简单等同于随时终止权或者任意解除权。

但反对者必须正视如下两难局面：如果以承租人已经实际遭受严重损失（或者其他重大原

〔34〕 柴某与某管理公司房屋租赁合同纠纷案，最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》相关典型案例案例十（2023年）。

〔35〕 《最高人民法院民二庭、研究室负责人就民法典合同编通则司法解释答记者问》，见前注〔30〕。

〔36〕 当然，在出租人能够证明前后租金存在价差的情形，法院还会支持差额补偿。

因)为前提,则要求的损失愈高,则在制度层面对其他通道的打开需求愈为强烈,如果要求被提高到一定程度,将使得《九民纪要》第 48 条和《合同编司法解释》诸条对“锁时间”的松动努力完全丧失意义。

相反,如果《九民纪要》等规则意图彻底解决此类僵局问题,为承租人提供常规退出通道,就只能接受对“非恶意、继续履行显失公平、拒绝解除违背诚信”这些管控要件的“软化”,宽松认定这些要件得以满足,使其成为无计划使用的承租人退出的常规通道。将承租人“要求司法解除”解释为“非恶意、继续履行显失公平、拒绝解除违背诚信”并无障碍,因为在承租人明确不再有使用计划时,在转租通道堵塞的现状下,接下来在承租人方面将会产生越来越大的损失是必然的。<sup>[37]</sup>

#### 四、松动“锁人”为什么是更好的选择

一种可能的想法是,既然松动“锁人”的转租方案在我国现行法层面不能畅通,司法层面已经另辟新径地开辟出来松动“锁时间”路径,而两者又都能达到解放承租人、减少租赁物浪费的目标,似乎顺应实践即可,无需“吃回头草”,重新确立松动“锁人”的转租规则。

这一想法忽略了两点:第一、既有的司法解除方案不是通盘考量后的理性选择,而是在约束条件下的产物,而约束条件并非不能改变;第二、转租方案和司法解除方案两条路径并不一样地好,两相比较,松动“锁人”优于松动“锁时间”,换言之,约束条件应当被改变。

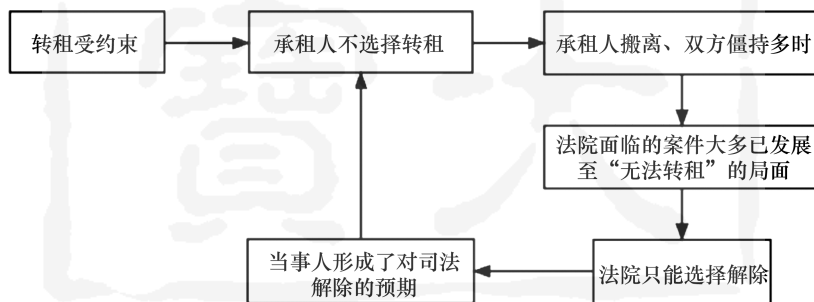


图 1 既有的司法解除方案是约束条件下的产物

如本文第一部分所述,法律介入租赁僵局的正当性在于,使得租赁物为第三人所用,只要这一个第三人对租赁物的使用的主观价值高于承租人,并且能够将这一价值差额在出租人和承租人之间分配,则必定构成帕累托改进。这一结构成立的关键在于,在双方的利益状况不会变得更差的前提下,对增量进行分配。

然而,这在松动“锁时间”的解除方案中,通常不能得到实现。

<sup>[37]</sup> 这也是最高法《合同编司法解释》配套案例十的内在逻辑。该案的承租人某管理公司单纯是因为自己不再需要租赁而要求解除合同,并无其他特别原因。



### (一) 损失填补的不充分

在典型的租赁关系模型中,出租人耍的是金钱。倘若损害赔偿的填补是如此的充分,以至于能够使得出租人处于合同顺利履行完毕的状态,至于这笔金钱是以(司法解除)损害赔偿的名义,还是以原定租金的名义给付,并无区别。但遗憾的是,我们生活在一个法院没有拥有完全信息的世界,在这里,松动“锁时间”方案交给法院的是一项不可能完成的任务:损失填补注定不会充分。

首先,司法解除交给法院厘定市价的艰难任务。这一结构的关键在于确定出租人寻找替代承租人所需要的合理时间( $T_0-T_1$ )和可能的租金差价。在经济上行,租赁市场活跃时,出租人/承租人都很容易将租赁物再次出手,通常不会造成争议;引发争议的往往是经济下行,租赁市场不活跃的情形,双方对再次出租/转租抱有悲观预期的情形(比如疫情期间)。

在后一情形,寻找替代人的合理时间和可能的租金差价具有高度的推测性。因为此时转租并未实际发生,法官只能在法庭上猜:猜有没有替代人、猜多久能找到替代人、猜寻找替代人的成本、猜替代人愿意付的租金。然而,真实世界的市价是无数需求者和供应者各自为战,不约而同地争取自己的边际用值最大化而形成的相等之价,在法庭上对此估量,谈何容易。<sup>[38]</sup>因此,实践当中法院只能进行粗估,比如将空置期估为2到3个月,至于先手后手的租金差价,通常只能放弃估量。

此外,单纯合理转租期间对应的租金并不能够涵盖因为租赁稳定性丧失所导致的损失。即便法院总是能够精准估量转租期间,出租人得到的下一承租人仍然是不稳定的,替代人同样可能在接下来的任意一个年份获得司法解除的支持,提前终止租赁合同。稳定性的丧失会带来更进一步的损失,也即,出租人所有与租赁合同关联、赖于其稳定性的计划不再能够实现。<sup>[39]</sup>定期租赁原本能够使得出租人对于合同约定期间的现金收入形成稳定的预期,而这一预期可能构成其生活中另一个计划的基础条件。比如,出租人以租金偿还购房贷款的还贷计划,甚至出租人可以将这一债权(应收账款)转让给第三人,实现融资安排。但在解除方案下,承租人可以随时退出合同关系,从退出时点起,该应收账款的现值事实上“坍塌”为数个月的租金。

与之相比,松动“锁人”的转租方案没有这些困难,因为如果承租人无计划使用,他就需要自行寻找次承租人,至于转租的可能性和成本、以及次承租人的稳定性,都是事实问题:如果市场行情很差,承租人只能找到一个愿意低价转租的次承租人,那么承租人需要承受租金价差,直至约定的租期结束;如果市场行情很好,仅因承租人自身能力不足而导致其经营的困顿,他自然能够找到一个愿意出更高租金的次承租人。倘若承租人放弃转租或者转租未果,那么他就需要承担空置租金,直到将来现实找到的时点或合同届满。在转租方案下,各种情形都对应着现实发生的事实,不需要法院进行猜测,更不需要通过损害赔偿来平衡双方利益。

这些差别都使得我们不能也不应该“假装”,一个顺利结束的定期合同和一个被中途退出

[38] 参见张五常:《经济解释五卷本(第1卷)》(增订版),中信出版社2019年版,第212—213页。

[39] 参见(美)梅尔文·A.艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社2023年版,第71页。

的定期合同,只要后者的出租人获得了法庭上粗估的损害赔偿,在经济层面上对出租人而言,是完全一样的。<sup>[40]</sup> 除非我们的内心意愿是:对承租人的利益进行结构化倾斜,对出租人的利益进行实质性剥夺。

## (二) 诱发新的租赁僵局

即便法院无法充分填补出租人的损失,支持者仍然可能会主张,这仍然构成“潜在的帕累托改进”。<sup>[41]</sup> 换言之,确实牺牲了出租人,但是如果给承租人带来的利益大于出租人的损失,两者总值为正,这种制度安排仍然是可欲的。

但是,一定构成潜在的帕累托改进吗?

我们首先假设租赁物在承租人手里用益是  $x$ ,在替代承租人那里是  $y$ 。此时,若  $y$  大于  $x$ ,则满足潜在的帕累托改进;若  $x$  大于  $y$ ,则不满足潜在的帕累托改进。

通常我们考虑的是承租人已经完全不打算继续使用收益的情形,比如承租人已经实际搬离租赁的营业场所,由于此时的承租人在剩余租期可预见的用益为  $0(x=0)$ ,因此,任一可能找到的替代承租人的用益都为正( $y>0$ )。这样的情形,我们很容易地肯定回答:满足潜在的帕累托改进( $y>0=x$ ,即  $y>x$ )。

但我们不能只在简单情形打转。假如承租人不是完全不打算继续使用收益,而是在市场低迷,觉得“租贵了”的情形,问题就来了。假设将来的法院的赔偿是高度程式化的,通常就只支持 2—3 个月租金作为损害赔偿,那么,觉得自己租贵了的承租人在发现换租的成本(另行缔约的成本+2—3 个月的赔偿成本)小于继续“租贵了”的租赁成本的时候,他会选择通过司法解除提前终止合同。此时,出租人只能重新寻觅替代承租人,新的替代承租人可能比原承租人更有效率( $y>x$ ,满足潜在的帕累托改进),但也可能更无效率( $y<x$ ,不满足潜在的帕累托改进)。这放在极端情形很好理解:某店铺的承租人在支付法定的 2—3 月赔偿后退出合同,而出租人在接下来的整个剩余租期内都没能找到替代承租人( $y=0<x$ )。这时候,法律供给的低代价退出通道反而诱发了换租,造成租赁物的浪费。

倘若法院总是能够精准确定前后租赁之间的价差,并令承租人对此进行损害填补,这种不利情形就不会发生。因此,如何在实践中落实《合同编解释》第 60 条,将是避免这种不效率产生的关键。但是,这里有现实的困难。以街边店面为例,它们在街头还是街尾/朝向/面积/配套等等,都不会一模一样,法官拿什么作价格参考呢。<sup>[42]</sup> 法官会犯难,因为他们实在难以找到抓手,因为在他们的面前唯一可靠的标准正是前租的租金标准。如此一来,既不会有价差,也不会有补偿。由此可见,《合同编解释》第 60 条寥寥数语,但实际上要求很高,在没有实际发

[40] 作为对比,可见相反见解学者的赔偿充分性的主张。张梓萱,见前注[1],第 55—56 页。

[41] 卡尔多—希克斯标准的决策,即假设赔偿得以实现即可满足帕累托改进,即便事实上没有实现。详见(德)汉斯·贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社 2009 年版,第 29—31 页。

[42] 以江苏省常州市中级人民法院(2022)苏 04 民终 432 号民事判决书为例,该案中出租人转租未成功,承租人主张租金定价过高所致,根据是对面铺面的租金价格更低。出租人反驳,位置不同,面积不同,无法直接比较。

生替代交易的情形,让法庭去估价,谈何容易。反过来,这完全怪不得实践当中的法院通常会放弃做这方面的估量。

在这一个意义上,在完全赔偿的前提下,松动“锁时间”方案是解决僵局的妥当方案。但是,如果一旦脱离了“实验室条件”,随着法院确定的赔偿越不充分,松动“锁时间”方案就越可能成为诱发租赁僵局的新来源。这或许能够解释,为什么在域外法通过松动“锁人”对大部分租赁僵局进行分流之后,对剩余的那些通过自由磋商实现双锁的情形,并未统一地给予松动“锁时间”的结构化安排(详见本文第五部分)。

### (三)承租人处境的恶化

支持解除方案者可能会认为前述假设夸大其词,一方面我国法院自然会朝着充分填补方向不断努力,在个案中尽可能地贴合实际地评估合理的转租时间和转租价差,而不会笼统地按2—3个月计算;另一方面,倘若现实中的出租人饱受损失填补不充分之苦,从长期均衡的角度来看,反而会促使他们积极采取行动,也即,出租人在收到承租人确定的退出意思表示的第一时间立即着手寻找替代交易者(自我减损)。又因为出租人在第一时间积极寻找,之后往往已经有了现实的替代交易,纵使事后仍然发生诉讼,法院也能以此为据,精确地确定前后差价。如此一来,同样是一个自我解决的系统,不需要法律的介入。

但即便如此,前述与交易稳定性相关联的损失仍然无法解决,因为新的替代承租人的定期承诺同样是不稳定的。换言之,在松动“锁时间”的解除方案下,定期合同不可避免“不定期化”,因为出租人不得不“时刻准备着”随时寻找替代承租人。

这并不符合当事人在订立合同时的意思。回到租赁合同双方当事人的通常意思中去,定期的约定,不仅仅是为了满足承租人在租期内稳定使用的愿望,也满足出租人一揽子“出售”一个期间内的使用收益的愿望。因此,在定期情形,出租人通常应该能够期待,在这一个期间内,他不需要再次寻找使用人。<sup>[43]</sup>正如一些争议中,出租人非常直白的表述那样:“我们之间签订的合同,你是要履行合同的,不是说你通知结束就结束了,那你单方通知的话,我们之间还要签什么合同呢?”<sup>[44]</sup>正所谓,合同不履行,则签署无意义。对于试图保障定期期间稳定现金流的出租人而言,其如何使得承租人承诺“保证不提前搬离”?倘若双方的定期合意不能实现这一个目标,难道承租人发誓“保证不提前搬离”才能够实现这一个目标?<sup>[45]</sup>更何况,再次重申“保证不提前搬离”也不能够阻碍法院的司法解除运用,毕竟司法解除所针对的正是合同双方

[43] 租赁周期每期租金的计价,必定是双方整体考虑的结果。提前退出,则往期给付(租赁物使用)和对待给付(每期租金)未必能够维持对价平衡关系。以吉林省高级人民法院(2015)吉民一终第29号民事判决书为例,该案租赁合同约定有效期为2010年7月1日至2018年8月30日,年租金192万,从第4年开始每年递增10%。同时约定2个月的免租期以供承租人装修,并且还有一个背景是,为了与该承租人缔约,出租人赔偿330万合意解除前一租赁合同。参见孙玮敏:“租赁合同中的交易僵局及其破解”,《山东法官培训学院学报》2018年第3期,第35、45页。

[44] 江苏省常州市中级人民法院民事判决书,(2022)苏04民终432号。

[45] 其次,转租也符合中国租赁市场的交易习惯。参见张家镇等编纂、王志华编校:《中国商事习惯与商事立法理由书》,中国政法大学出版社2003年版,第610—611页。

合意的“时间之锁”。〔46〕

双方的通常意思非常重要,原因在于,如果法律规则总是与其背离,出租人和承租人不总会被动承受,他们会通过合同进行事前反应。

首先,市场上的租赁供给会变得更加昂贵。因为承租人此时承诺的“租 xx 月、租 xx 年”在法律上可以“不作数”,所以出租人更可能直接以不定期租赁或短期租赁来计价。而不定期或短期租赁的租金通常会高于长期租赁的租金。〔47〕在这个意义上,解除方案相当于通过法律的形式,统一为承租人“购买”在中途计划改变时便于脱离合同的约款。两种方案下的租金差价即“购买价”,其高低取决于市场上同类租赁合同的退租概率与平均损失。

当然,租赁成本的上升也可能不以租金增加的形式出现,而是以押金升高的方式出现。〔48〕出租人可能会预先要求承租人提交一笔更高的押金,以应对承租人方面的定期承诺“官定不作数”的法律风险。这种做法使得出租人一方面能够以较低的租金保持市场竞争力,另一方面又能在具体风险实现时(承租人果真提前退租的时候),在合同内更加针对性地进行对价平衡(押金不退)。由于此时的押金不再是单纯担保租赁物的安危,还承担事后调整对价平衡的功能,其数额会更高,〔49〕这同样构成承租人群体的整体处境的劣化。〔50〕

这在住房租赁情形已经部分成为现实。因为诉讼成本高昂,出租人通常不便于通过司法程序实现租金请求权。行权成本倒逼出来了合同的事前安排:一方面,市场上常见的是半年或一年的短期租赁,即便事实上的长期租赁也是短期届满后继续租赁转变而成的不定期合同。另一方面,出租人收取较高的押金,并将其罚没与提前搬离挂钩。住房租赁合同中广泛存在着“提前退出合同,押金不退”条款,即便在口头住房租赁情形,也即双方没有订立书面合同,仅出具租金收讫凭证的情形,出租人仍然会“不厌其烦”地特别手书写明“退房凭此票,未满一年押金不退”“住不满六个月不退押金”之类约款。〔51〕

## 五、在法律上确立转租规则的重大意义

司法解除的支持者可能批评:说来说去,这都只是法律上的一个缺省规则。即使将我们的

〔46〕 司法系统的一个重要功能是增强承诺的能力,因为司法系统会在声誉或自我强制执行制裁不起作用的情况实现合同约定,这种“潜在可能”虽然因为昂贵而不是当事人的首选,但作为“后备”却能够使得双方的承诺更为可信。但在这里法院却扮演着相反的角色。See Alan Schwartz and Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law,” *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3, 2003, p. 562.

〔47〕 也可视为,出租人为长期锁定支付了隐性溢价(租金打折),如果法律将其拉回不定期结构,则出租人不再愿意支付这一隐性溢价。参见艾森伯格,见前注〔39〕,第 72 页。

〔48〕 参见艾森伯格,见前注〔39〕,第 77 页。

〔49〕 根据习惯法,这笔押金无息借贷给出租人。参见黄茂荣:《债法各论(第一册)》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 86—87 页。

〔50〕 在租赁市场相对萧条的时期,已经收取的高额押金亦可能构成出租人的机会主义行为(比如“提灯定损”)的诱因,而只有松动“锁时间”一路可选的承租人无法通过转租行为来避免这一“敲竹杠”行为。

〔51〕 在收集深圳市城中村租赁收据时的发现。



条文解释得跟奥瑞法英美的合理转租规则一样,或者解释得跟德国的合理转租—退出规则一样,都不会改变一个事实:这是一个任意性规则,当事人不喜欢,他们仍然可以通过约定,排除合理转租规则,把“人”和“时间”都锁上。彼时彼刻恰如此时此刻,一旦事后出现了我们现在面临的僵局,怎么办?不还得求助于松动“锁时间”的解除方案!

对此,笔者需清晰本文论证达至的目标,那就是,成功地论证了,松动“锁人”的转租安排相对于松动“锁时间”的解除安排的优位性。并基于此主张,只要有选择可能(无论是解释论还是立法论),都得努力地优先供给松动“锁人”的转租规则给当事人,因为这个解决方案最省事,也没有危险性,更符合双方当事人初始意愿,而不是像现在这样,放任转租通道的“堵塞”不管,一股脑地用松动“锁时间”的解除方案来“包治百病”。

在本文的框架下,解除方案当然还有存在空间,但是,一旦在规则层面供给松动“锁人”的转租规则,基于其显著的分流效果,这一个空间将会被急剧压缩:

其一,如果租赁关系的双方未能达成修改任意性规则的合意,则承袭法律的一般框架,此时,双方得到的是一个保留转租出口的租赁合同关系(分流一)。

在这里,任意性规定的威力不容忽视。倘若人性是完美的,不仅对风险有着精准的预估,也不会过于乐观,那么这里不同的任意性规则的初始安排,不会也不应该会在结果端引发显著的差别。但是,行为经济学告诉我们,行为人是有限理性的,选项的默认效应是无法忽视的,作为一个预设的起算点,人们往往会选择保留而不会去改变它。<sup>[52]</sup>况且,出租人或承租人在订立合同时,往往都有合同一切顺利的不切实际的乐观,忽视完全有可能发生的在租赁期间内承租人无计划使用的风险,<sup>[53]</sup>这也使得他们即便有所察觉也不一定会采取行动去偏离该国法律的默认规则。在此,法律提供的转租规则作为缺省规则发挥作用。

此外,即便出租人强势排除转租,但在构成出租人的格式条款的情形,仍然会因为违反内容控制规则(《民法典》第497条第2项)不生效力,此时,回归一般的松动“锁人”框架(分流一)。

在这里,德国的讨论可资借鉴。在德国法中,如果格式条款约定禁止转租,或者约定交给出租人任意决定(随其心情)是否接受转租,这样的条款因为与任意法的基本法律思想存在重大偏差而不生效力(《德国民法典》第307条第2款第1项)。<sup>[54]</sup>理由在于,法律(《德国民法典》第540条第1款第2句)意在个人或经济状况发生不可预见的变化而无法再合理地使用租用的租赁物的时候,通过合理转租—退出规则帮助他避免重大的经济损失;而承租人在转租方面的利益比出租人在执行禁止转租禁令方面的利益重要得多。对于出租人而言,他的利益几乎不会受到转租的影响,因为根据法律规定,出租人不必接受不合理的次承租人,并且承租人对转租人造成的损失负责。在此,法律提供的合理转租规则作为格式条款是否合理的评价标准。

其二,在出租人出于特别需求,与承租人就转租做出特别的排除约定的时候,才会例外地

[52] 参见(美)理查德·塞勒、卡斯·桑斯坦:《助推》,刘宁译,中信出版社2018年版,第100—103页。

[53] 参见艾森伯格,见前注[39],第212页。

[54] Vgl. Beate Flatow, in: Schmidt-Futterer Mietrecht, 15. Aufl. 2021, BGB § 540 Rn. 63; Hubert Blank/Ulf P. Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus Miete Kommentar, 6. Aufl. 2020, BGB § 540 Rn. 67.

形成双锁格局(分流二)。

但在个案中,法院仍然有可能考察双方在这一问题安排上的意思表示强度,在强度不足的情形,法院完全可以通过合同解释重新将任意性规则中的合理同意标准纳入进来。比如在美国的实践中,如果合同约定偏离了合理转租的一般规则,比如约定“经出租人同意”允许转租或转让的条款,则在传统上,此类条款被解释为赋予出租人同意或不同意转租的绝对权力。然而,至少有十几个州仍然尝试对合同进行解释,从这些条款中推断出隐含的合理性要求(认为出租人必须同意转租或转让,除非有商业上合理的理由拒绝同意),从而通过合同解释将合理同意标准重新纳入。<sup>[55]</sup>这同样是《美国财产重述(第二版)》第15.2(2)条的立场。在此,法律提供的合理转租规则作为合同条款的解释规则发挥作用。

因此,只有在出租人出于特别需求,经自由磋商,并且明确就任意同意安排达成一致的情形,才会例外地形成双锁格局——这注定是一种例外少数。在这种少数的清晰明确的双锁格局情形,基于双方意思已经对此进行特别地考虑,构成拒斥法律一般介入的正当理由。此时,是否需要一个一般性规则予以应对,是存疑的,通过诚实信用原则在个案情形例外地予以松动“锁时间”救济,可能是更好的解决方案。

## 六、结 语

我国租赁法的默认框架(转租需要同意)具有“易僵体质”:一旦无使用计划的承租人“买价”不足,“退出”交易失败,承租人即锁合同中。

理论上,应对方法有两种:第一种是法律允许承租人向第三人转租(松动“锁人”),第二种是法律允许承租人付出特定代价解除合同(松动“锁时间”)。它们都能达到释放租赁物、改善租赁双方处境的目标(在满足充分填补的前提之下)。

但在实践层面,在松动“锁时间”的解除方案中,我们会遇到困难,此时出租人不再有权利继续收取租金,因此,除非他能够得到充分的赔偿,他的利益状况才会至少不差于法律介入之前。但在现实世界中,因为法院没有完全信息,对出租人的损失填补往往是不充分的,此时不能满足帕累托改进。如果法院的损失填补严重不足,松动“锁时间”则蜕变为新的僵局之源。即便法院确定的损害填补相对充分,承租人仍然会因为官方宣布其定期承诺“不作数”而遭受普遍的不利益。相比之下,松动“锁人”的转租方案不会产生问题,因为除非次承租人认为租赁物在剩余租期“更值钱”,否则转租不会发生。在此种结构中,出租人获得不变的租金,其利益状况不变,而承租人从次承租人那里得到补偿,其利益状况得到改善。

明确了松动“锁人”的转租方案的优位性后,可以考虑这样落实在我国现行法中:可结合《民法典》第509条第2款与《民法典》第716条第1款第1句立法目的,将其出租人“同意”解释为“合理同意”,从而推导出“承租人可以将租赁物转租给第三人,出租人没有合理理由不得拒绝同意转租。承租人转租,出租人应当提供必要的协助”的法律规则,以此来应对现实中广

[55] See Singer, *supra* note 12, pp. 495-496.

泛存在的租期内无使用计划承租人的退出需求。

但是,如本文第三部分所述,如果仅在法律解释上做出努力,势必无法扭转现状,因为纵使转租方案成为学界通说,将来法院仍然不得不在事后处理既成问题,势必造成学界通说与司法通说之分离。因此,要从字面之法走向现实之法,最终仍需“第一推动力”来打破目前的循环。此“第一推动力”可能是最高人民法院贴合租赁事理,通过司法解释明确合理同意规则,也可能是立法者将来对《民法典》第 716 条第 1 款第 1 句的直接修改。

以转租方案为起点,回望既往以供给一般化规则为目标的研究,可以发现这些研究过早地将租赁合同抽象化为一般合同处理,而缺乏对作为具体类别的租赁僵局的具体分析。假使学术研究的目的是“辨别出”足够多样的合同僵局类型,从而有足够的“基石”支撑起一般化理论的大厦,那么确实“应当”刻意忽视转租方案,以便得出一个统一的解决方案;但倘若在研究中足够诚实地面对真实世界的现实问题,就必须承认一般性的解决方案并非自然,相反,某些“迁就”事理的“参差”方案不可避免。

解除方案必定不是合同僵局的统一答案,因为转租方案必定是一类“参差”回答。

选择对抽象理论诚实,不如选择对现实问题诚实。正如耶林不无嘲讽地写道,牺牲纯粹理论为代价,向生活的实践必要性作出了太多的让步的学者,他想进入概念天国,非常困难,但是,在梦醒时分,他还是会庆幸自己活在现实世界。而在当下,认真对待合同僵局的学者,将不得不接受租赁僵局从“合同僵局—违约方解除权”的讨论中消失的现实。

---

**Abstract:** In the case of fixed-term lease contracts, how should we respond to a lessees' needs to exit a lease when they no longer have any need of it? Theoretically, whether the law allows the lessee to sublet to a third party (loosening the “person-lock”), or the law allows the lessee to pay a specific price to terminate the contract (loosening the “term-lock”), can achieve the goal of releasing the leased property and improving the situation of both parties to the lease. However, at the practical level, loosening the “term-lock” causes an inadequate remedy for damages in side of lessors; induces a new lease deadlock and worsens the lessee's situation. Instead, a proposed subletting option that loosens the “person-lock” is the better option. Chinese law should fully consider a reasonable sublet rule for lessees who no longer need to rent a property. If we adopt a default rule to allow a lessee to sublet the property to another subletter, then the issue of terminating the fixed-term contract early by the breaching party will no longer be the important problem that it has previously been.

**Key Words:** Contract Deadlock; Right to Termination of the Breaching Party; Fixed-Term Lease Contracts; Sublease

---

(责任编辑:贺 剑)