

论继续性合同的解除

王 文 军*

摘要:《中华人民共和国合同法》以解除制度统合德国法上一时性合同的解除与继续性合同的终止,并充分考虑了继续性合同的解除通常不向过去发生效力的特殊性。即便如此,仍存在特殊对待继续性合同解除的必要,因为对继续性合同而言,防止合同继续性的弊害与维持合同关系的安定性二者之间的紧张关系亟待权衡。《中华人民共和国合同法》则针对某些具体的继续性合同规定了预告解除与非任意解除制度,《民法典合同编(草案二次审议稿)》增设了预告解除的一般规定。预告解除旨在为期间未定的继续性合同保有终期到来的机能,应与任意解除相区别。非任意解除不能被一般法定解除所涵盖,且有将其一般化立法的必要,现阶段可借整体类推与诚信原则的具体化来实现。

关键词:继续性合同 预告解除 任意解除 非任意解除

继续性合同的基本特色在于时间的长短决定总给付范围的多寡,因而有别于一次给付即可实现合同内容的一时性合同。^① 继续性合同的概念由德国法学家基尔克提出,经由学说与判例的发展,获得广泛的认可,终被纳入《德国债法现代化法》。2016年法国债法改革,也明确了即时性履行与继续性履行合同的区分。^② 我国民法理论也继受了这一概念。由于给付的不同特点,继续性合同要求法律适用上的区别对待,而其中殊值重视的便是合同终止。惟在我国,继续性合同仍适用解除,如此,在立法理念、构成要件、法律效果等方面,是否给予继续性合同充分的关注,颇值检讨。时值我国《民法典合同编(草案)》已由第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议完成第二次审议,本文结合草案条文与相关判例、学说的发展,对照德国立法例,就继续性合同的解除作进一步的分析讨论,以期裨益于我国民法典的编纂。

需要指出,德国民法区分合同的解除与终止,合同终止主要以继续性合同为对象,向将来发生效力,解除则也对过去发生效力,已经履行的部分并不消灭,而是转变为返还性债务关系。^③ 而在我国,合同终止常与合同消灭同义。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)在第6章“合同的权利义务终止”中使用“终止”概念,意指合同权利关系或者义务关系的结束,^④第91条规定合同解除为合同权利义务终止的情形之一,于是这种意义上的终止便成为解除的上位概念。另一方面,依《合同法》第224条第2款、第232条、第248条等相关条款的表述,《合同法》对租赁合同、融资租赁合同等继续性合同也无差别地适用解除制度。崔建远教授认为,实践证明,把“终止”作为解除的一种类型,把这种意义的“终止”直接称为“解除”,不再用“终止”字样,不至发生不适当的后果。在合同消灭的意义上使用终止,与法人终止、委托终止等统一起来,效果更佳。^⑤ 《民法典合同编(草案二次审议稿)》(以下简称《合同编草案二审稿》)承袭了这

* 南京航空航天大学人文与社会科学学院副教授
基金项目:国家社会科学基金项目(18BFX122)

① 参见王文军:《继续性合同及其类型论》,《北方法学》2013年第5期。

② 参见李世刚:《法国新债法——债之渊源(准合同)》,人民日报出版社2017年版,第128~174页。

③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谡译,法律出版社2004年版,第391~392页。

④ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第511页。

⑤ 参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第565页。

一用语习惯。故本文只在比较分析德国民法而指称其专用术语时使用“终止”,其余场合一律使用解除,而将终止作为解除的上位概念。

一、继续性合同解除的特殊性

《合同法》将德国民法所称的“终止”作为解除的一种类型,势必要重构合同解除制度,将继续性合同在解除方面的特殊性考虑其中。这一特殊性,既反映在合同解除的理念上,也体现于解除的效力中。

(一)理念方面的特殊性

一时性合同的请求权系整体发生,即使附条件或期限,也不影响既有的给付范围;而在继续性合同,债务人的给付随时间的继续不断增加,且经常有部分情事是当事人在缔约时无法预见的。两相比较,继续性合同的危险无形中被提高,个人自由亦被限制,尤其以长期不得消灭的合同为甚。另一方面,因法律关系持久继续,继续性合同当事人双方相互的依存也远比一时性合同强,通常在继续性合同中并有其计划性的要素存在。^①不难看出,在继续性合同中,防止合同继续性的弊害与维持合同关系的安定性二者之间颇为紧张,反映在合同解除上,便是要在这两个相互矛盾的理念间妥当权衡。

一方面,应防止合同继续性的弊害。其理由如下:一是保护个人自由,因为长期拘束损害个人自由;二是保持不确实性的均衡,将来的不确定性伴随的风险存在不均衡的分配,合同越长期化,不均衡就会越大;三是与合同订立后的情事变化相适应的要求;四是防止长期合同带来的道德风险,例如,若租赁合同期限过长,出租人和承租人便都不会对标的物进行改良;五是基于交易流动性的提高带来社会化利益的增大。^②另一方面,应保护合同关系的安定性。该理念可自如下几个方面证成:一是保护当事人对合同继续的信赖,确保生活、经营的法律基础;二是抑制合同成立后对方机会主义的行动;三是促进适当投资,信息、经验的积累以及信赖关系的形成,有助于提高交易效率;四是提高交易的安定性以提高社会效益。^③

对上述两个冲突的理念进行协调,应作这样的制度安排:关于期间确定的合同,根据当事人的意思,期间届满则合同消灭,但是考虑到合同继续性的弊害,便有在期间尚未届满时因特殊事由而允许的解除,同时,基于保护合同安定性的理由,对特殊事由应有一定的限制;关于期间未定的合同,根据当事人的意思,以及防止合同继续性弊害的理念,任何时候都应允许当事人单方面结束合同,但是根据保护合同关系安定性的要求,单方面结束合同应有预告通知的限制,以便相对人有时间做出安排,适应新的情况。这两种结束合同的情形,德国学理上分别称为“特别终止”与“普通终止”。《合同法》在分则中针对若干有名合同,也设有类似的规定,但由于这些规定散见于各个合同类型中,未形成统一的认识,有待进一步的梳理和归纳,对此下文将作专门讨论。

(二)解除效力方面的特殊性

在解除的效力上,继续性合同的解除不溯及既往,合同关系自解除之时向将来归于消灭,不发生恢复原状的问题,对此,德国法上称为“终止”以示区别,日本学理称为“告知”,^④《日本民法典》则特别针对租赁、雇佣、委托等合同类型(《日本民法典》第620条、第630条、第652条)规定其解除只向将来发生效力,法国法也对继续性合同解除溯及力的限制加以承认,^⑤并早在两次世界大战期间,便成为共识性的理解。^⑥继续性合同的解除不溯及既往,主要是因为通过履行已经发生了不能恢复的事实,例如,承租人使用、收益的事实,被雇用者劳动的事实都不会消失,没有恢复原状的可能。若坚持溯及既往,也只能以价额偿还,在双方互为给付时,除了增加不必要的迂回外,对当事人并无好处。另一方面,这也是源于继续性合同可以

① 参见盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第141~142页。

② 中田裕康「継続的契約関係の解消」内田貴=大村敦志(編)「民法の争点」(有斐閣,2007)231頁参照。

③ 中田裕康「継続的契約関係の解消」内田貴=大村敦志(編)「民法の争点」(有斐閣,2007)231頁参照。

④ 参见[日]星野英一:《日本民法概论Ⅳ 契约》,姚荣涛译,台湾五南图书出版公司1998年版,第62页。

⑤ 参见张民安:《法国民法》,清华大学出版社2015年版,第329页。

⑥ 中田裕康「継続的売買の解消」(有斐閣,1994年)143頁参照。

分解为若干“个别给付”的本质,解除时已经履行的“个别给付”,由于可以保持其独立性,因而不必与尚未履行的部分一并消灭。

在我国,依《合同法》第97条,“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿。”有学者认为,所谓“根据合同性质”,即区分一时性合同与继续性合同。一时性合同解除,具有恢复原状的可能性,可发生恢复原状义务;继续性合同被解除的,或无恢复原状的可能性,或不宜恢复原状,故通常不生恢复原状义务。^① 审判实践一般也认为,合同解除后发生效力终止的法律后果,但继续性合同的解除不具有溯及力,合同解除之前应当履行的给付义务仍应按约履行。^② 可见,关于继续性合同的解除不溯及既往,在我国也已形成共识。

不过,法国学者科朗布利对继续性合同的解除不溯及既往的观念提出了质疑:第一,继续性合同通过履行发生了不能抹除的事实因而解除不溯及既往,这是将事实问题与法律问题混为一谈,且能发生那样事实的并不限于继续性合同;第二,关于已经履行部分,有人主张相互给付之间要均衡所以溯及既往是没有意义的,但实际可能有不是那样的情况;第三,有约定存续期间的合同是单一的合同,不能被分解为一连串独立的合同,因为根据合同存续期间,给付对价的金额是变化的,以长期合同为前提,维持中途解除约定金额的情况是不恰当的,但无约定存续期间的继续性合同则另当别论,对此可以维持已经履行部分的效力。^③ 法国学者盖斯坦也认为,为了使解除溯及力的限制正当化,其要件有二:合同的可分性以及维持当事人所要求的给付的总体性均衡。关于后者,比起合同被溯及消灭后重新计算不当得利,原样维持合同的方法更为简便,法国最高法院的判例也有这样的趋势。但是,在存续期间作为合同的一个要素的场合下,合同在中途被解除,就过去部分使合同继续存在的妥当性不无疑问。倒不如说,应该通过全面性的排斥合同条款,返还实物或者根据被交换的各给付的金钱赔偿返还来处理,这或许比较困难,但却是真正满足合同正义的唯一解决方式。^④

上述质疑值得重视。作为事实的“不可能恢复原状”与作为法律评价的“不必清算已经履行的部分”是不同的,对于事实上不可能恢复原状的情形,也可以通过价值清算来处理。事实上,在一时性合同中也可能出现标的物被消耗而不可能恢复原状的情形,一般通过不当得利制度来解决。另外,不能断言已经履行的部分相互间的给付一定是均衡的,尤其是期间作为合同要素的场合,约定的对价关系是建立在“整个合同”之上的,于“个别给付”之间未必适当。例如,以长期居住为前提约定较低费用的房屋租赁合同,承租人在合同履行后不久便解除合同时,若解除只向将来发生效力,则相当于以较低的费用短期租用房屋。而且,当事人的意思是订立长期合同,中途解除而承认已经履行部分的效力,也有把短期合同强加于有订立长期合同意图的当事人的嫌疑。这样看来,尽管通常认为继续性合同的解除只向将来发生效力,但也许应当附一些保留。相比德国一般性地区别“终止”与“解除”,我国《合同法》第97条的规定更具弹性,也许更符合现代的趋势。《合同编草案二审稿》第356条第1款承袭了《合同法》第97条的规定,值得赞同。

二、继续性合同的预告解除及其与任意解除的区别

上文指出,在期间未定的继续性合同中,为使“防止合同继续性的弊害”与“保护合同关系的安定性”这

^① 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第529页。崔建远教授也主张,一时性合同的解除原则上溯及既往,继续性合同的解除原则上无溯及力。参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第685~689页。

^② 参见“何国兴与王成合同纠纷申请案”,江苏省高级人民法院(2014)苏审二民申字第0737号民事裁定书;“中亿创联(北京)投资顾问有限公司与王洪洲委托合同纠纷上诉案”,北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第08614号民事判决书;“温岭市××××公司与丁×××租赁合同纠纷案”,浙江省高级人民法院(2008)浙民一终字第280号民事判决书;“昆明博迈五金钢模板有限公司与中铁十七局集团第四工程有限公司买卖合同纠纷上诉案”,重庆市高级人民法院(2013)渝高法民终字第00052号民事判决书。

^③ Corenblit (M.), Critique de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive au point de vue l'application des articles 1183 et 1184 du Code Civil, thèse, Grenoble, 1940. 转引自中田裕康《継続的売買の解消》(有斐閣,1994年)144~145頁。

^④ Ghestin (J.), L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive, in Mélanges offerts à Paul Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 221-226. 转引自中田裕康《継続的売買の解消》(有斐閣,1994年)157-158頁。

两种理念得到平衡,应允许当事人单方面通知终结合同。这样的制度在德国被称为“普通终止”。普通终止给予期间未定的继续性债务关系保有终期到来的机能,以免合同关系无止境地延续。^①普通终止通常不需要任何原因,换言之,其可以由终止人随意进行。^②与此相关联,普通终止通常附有法定或约定的期限,并在期限届满时产生终止的效力。这是因为,如果单方就能够使相对人脱离债务关系,则相对人至少应获得一定的准备时间,以便适应新的情况。^③

我国《合同法》针对借款、保管、仓储、租赁等合同也设有类似规定。由于《合同法》将德国民法所称的“终止”直接叫做“解除”,这类解除可称为“预告解除”,在期间未定的继续性合同,发挥保有终期到来的机能,以防合同无止境地继续而产生的弊害。不过,也许是因为《合同法》起草者对继续性合同理论的认识尚有不足,部分规定表述为“返还”“领取”“提取”等,在外观上与解除有一定的距离,且相关规定与基于其他立法目的而设的任意解除未有明显区分,极易发生混淆。因此,有必要将有关继续性合同预告解除的规定进行梳理,形成整体的认识,并与任意解除相区别。^④

(一)《合同法》有关预告解除规定的梳理

在租赁合同中,依《合同法》第232条,当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确,不能达成补充协议,且根据合同有关条款和交易习惯仍不能确定的,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。这是《合同法》关于预告解除最典型的规定。

在借款合同中,依《合同法》第206条,对借款期限没有约定或者约定不明确,不能达成补充协议,且根据合同有关条款和交易习惯仍不能确定的,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。虽曰“返还”,但不可认其纯系确定返还义务的履行期限,因为借款合同之合同类型上的义务是贷与人在借贷期间内持续允许借款人使用借款,借款人为此支付利息;^⑤还款期限到来,即意味着借款合同终止。因此,借款人可以随时返还,意指借款人可以随时使借款合同终止,其还款的行为虽也是履行债务,但不能径认为借款合同因清偿而终止,毋宁说,还款本身也有解除合同以使其终止的意思。否则,贷与人允许使用的义务一直持续,利息的计算相应变动,债务的范围始终无法确定,因而必先有使债务计算终结的法律事实。同样,贷款人可以催告借款人在合理期限内返还,实乃贷与人经预告通知而解除借款合同。可见,这正是应当理解为预告解除的规定。

在保管合同中,依《合同法》第376条第2款,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;在仓储合同中,依《合同法》第391条,当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的,存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物,保管人也可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物,但应当给予必要的准备时间。与上文关于借款合同的分析同理,此处虽表述为“领取”“提取”,但也应当理解为系针对保管合同、仓储合同而设的有关预告解除的规定,所谓“领取”“提取”,均系解除合同以使其终止的具体表现,自不待言。

值得注意的是,《合同编草案二审稿》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,当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。这是关于继续性合同预告解除的一般规定,旨在给予期间未定的继续性合同保有终期到来的机能,值得赞同。如此,借款、保管、仓储、租赁等合同预告解除的规定为其示例,而在未设具体规定的其他继续性合同场合,则可适用预告解除的一般规定。关于预告解除权的

① 参见盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第144页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第409页。

③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第391页。

④ 笔者在《继续性合同研究》一书中,误将任意解除对应德国法上的“普通终止”,对预告解除及其与任意解除的区别未有清楚的认识,现借本文对书中观点予以修正。参见王文军:《继续性合同研究》,法律出版社2015年版,第181~185页。

⑤ 贷与人提供借款与借用人返还借款,并非处于互为交换的关系。消费借贷与使用借贷一样,非着重于物一时的交付及返还,而是交付和返还之间的给付状态。借用人通过取得所有权并支配借用物,以享有借贷期内借用物的使用收益,贷与人则于这段期间内暂时失去所有权的对应价值,消费借贷的继续性正体现在合同存续期间贷与人对借用人的使用允许义务,而允许使用的标的物非为原物,而是物的价值。参见王文军:《继续性合同研究》,法律出版社2015年版,第38~43页。

行使,法国学者阿泽马的研究值得借鉴:其一,由于预告解除背后是个人自由的保护与禁止永久合同的理念,与公序良俗相关,因而具有强制性,导致预告解除权的事前放弃或行使限制无效。其二,为了给相对人一定的时间以便适应新的情况,避免过重的损害,合理期间的预告是必要的。作为对不遵守预告期间“立即解除”的制裁,可能有解除要求无效、在应遵守的预告期间使合同延长、以解除权人的债务不履行责任为依据承担损害赔偿等形态。解除要求无效、强制合同存续的情况只有在有法律明确规定的场合才被允许,对于“立即解除”的制裁原则是支付损害赔偿,因为遵守预告的义务是作为债务,该债务在不履行的场合转变为赔偿损害。其三,禁止权利滥用法理也适用于预告解除权。对于滥用的考察,已经从主观上的“害意”或者“恶意”逐渐过度到客观上的非时宜性或者“应受指责的轻率”。不过,禁止预告解除权滥用作为原则并非是维持合同关系,而只是引起损害赔偿。^① 这些问题在我国鲜有提及,在《合同编草案二审稿》第 353 条第 2 款一般性地规定了继续性合同的预告解除后,上述问题值得关注并作进一步研究。

虽然预告解除应有预告通知的限制,以便相对人有时间做出安排,适应新的情况,但针对若干情形作出变通,亦未尝不可。例如,考虑到借款人随时还款不会造成贷与人难以期待的不利益,《合同法》第 206 条并未要求借款人还款前附有预告期限,《合同编草案二审稿》第 465 条予以承袭,亦可接受,该条与第 353 条第 2 款之间可作特殊规定与一般规定的理解。相反,《合同法》第 376 条第 2 款未规定保管人解除时须附预告通知,相比仓储合同中第 391 条“应当给予必要的准备时间”之规定略有不足,而《合同编草案二审稿》第 682 条第 2 款仍承袭《合同法》第 376 条第 2 款,实有修正的必要。此外,在不定期的租赁合同中,依《合同法》第 232 条,解除附有预告期限的要求只针对出租人,体现了偏重承租人利益保障的立法政策。其实,承租人解除合同的,出租人也需要一定的时间以适应新的情况,《合同编草案二审稿》第 521 条修改为“当事人可以随时解除合同,但是应当在合理期限之前通知对方”,值得赞同。

(二)预告解除与任意解除之辨析

有必要辨明预告解除与不限于继续性合同场合的任意解除。试举一例说明:依《合同法》第 376 条第 1 款,寄存人可以随时领取保管物,从文义上看,即使当事人约定了保管期间也是如此,对照同条第 2 款“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”而作体系解释,更加可以得到印证。上文指出,继续性合同的预告解除,旨在使未定期间的继续性合同保有终期到来的机能,以防合同无止境地继续而产生的弊害。显然,规定寄存人在期间确定时也可以随时领取保管物,并非基于这一观念,而主要是考虑到保管合同是为寄存人的利益而设,期限利益应归属于寄存人,^②所以理应允许寄存人放弃期限利益,提前解除合同。可见,虽均可描述为单方面随意解除合同,两者的内在机理却是完全不同的,本文分别称为“预告解除”和“任意解除”,以示区别。

寄存人任意解除的规定,与保管合同的继续性无涉,因而并非继续性合同理论的问题。不过,寄存人任意解除的规定,体现出立法者本来的构想系以无偿的保管为优先考虑,这是否允当,颇值思量。在有偿保管的场合,返还期限未必纯为寄存人的利益而设,在保管费的数额取决于保管时间长短的情况下就是如此,因而有学者主张,法律在赋予寄存人提前领取保管物权利的同时,令其承担损害赔偿,较为公平。^③ 笔者认为,未定保管期间的有偿保管合同,基于防止合同继续性弊害的法理,应允许寄存人预告解除;定有保管期间的有偿保管合同,宜将寄存人随时领取保管物的规定解释为寄存人放弃其期限利益而非任意解除。换言之,寄存人得在完全给付的情形下放弃请求保管人继续履行保管义务,从而提前领取保管物,保管人的权利则不受影响。

这样看来,《合同法》第 376 条第 1 款“寄存人可以随时领取保管物”之规定,在不同的场合有着不同的理论支撑,相应地,对其宜采取差异化的解释路径:若当事人未约定保管期间,无论系有偿的保管还是无偿

^① Azéma (J.), La durée des contrats successifs, thèse, Lyon, L. G. D. J., 1969. 转引自中田裕康「継続的売買の解消」(有斐閣,1994年)182—186頁。

^② 参见邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社 2006 年版,第 285 页。

^③ 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社 2016 年版,第 629 页。

的保管,“寄存人随时领取保管物”均是其行使预告解除权的表现。不过,以预告解除的法理衡量,《合同法》第376条第1款未设预告期的规定宜作修正;若当事人约定了保管期间,“寄存人随时领取保管物”在无偿保管的场合是其行使任意解除权的表现,在有偿保管的场合则是其放弃期限利益的表现,二者的区别在于,后者寄存人仍应支付全部的保管费。《合同编草案二审稿》第682条沿袭《合同法》第376条,设两款分别规定寄存人和保管人解除的做法似有未足,宜区分预告解除和任意解除而修正为:“当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的,寄存人可以随时领取保管物,保管人也可以随时要求寄存人领取保管物,但应当给予必要的准备时间。当事人约定保管期间的,寄存人可以随时领取保管物,但仍应按照约定的保管期间支付保管费;保管人若无特别事由,不得要求寄存人提前领取保管物。”

同理,《合同法》第268条“定作人可以随时解除承揽合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失”之规定中的解除,亦是任意解除。承揽合同并非继续性合同。承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同,可见,在承揽合同中,定作人需要的不是承揽人的单纯劳务,而是其物化的劳务成果。换言之,承揽人完成工作的劳务只有体现在其完成的工作成果中,与工作成果相结合,才能满足定作人的需要。^① 尽管交付工作成果的前提为劳务的供给,而劳务的供给在一定时间内是持续的,但这是交付工作成果前的准备,承揽合同的给付效果在工作成果交付的时点发生。因此,承揽合同只是给付之一部(交付前的准备)耗费时日,其给付并不具有继续性。另外,定作人任意解除权的立法宗旨在于,承揽合同中的工作项目是为定作人的利益而进行的,而且其中有许多只对定作人有意义,如果由于情事变更等原因使工作变得对定作人已没有意义,却仍要定作人忍受继续完成工作的结果,显然是不合理的,对于社会经济资源也是一种浪费,此时只要对承揽人作出充分的损害赔偿,承揽人也完全没有损失。^② 不难看出,这与继续性合同的预告解除相去甚远。还需要指出,定作人任意解除承揽合同,宜只向将来发生效力。^③ 因为承揽工作的完成并非一蹴而就,而是经常需持续一段时间,即使非典型的继续性合同,亦堪称“长期性合同关系”,^④ 不宜进行返还清算;且赋予定作人任意解除权的目的,并非为其免除报酬支付义务,而只是容许其阻止工作物继续给付。上文已指出,不宜机械地将继续性合同与解除不溯及既往划等号,《合同法》第97条“根据履行情况和合同性质”的表述具有弹性,承揽合同的任意解除便是一时性合同解除不溯及既往的例证。

同样有必要阐明的是《合同法》第410条“委托人或者受托人可以随时解除委托合同”之规定中的任意解除。一般认为,之所以规定委托合同的任意解除,其原因在于委托合同是以双方信任为存在的条件,如果一方失信于另一方,继续履行合同已无必要,法律赋予了双方当事人的权利,即只要一方想终止合同,就可以随时解除合同,不需要任何理由。^⑤ 显然,这并不是从防止合同继续性弊害的角度考虑的,与预告解除的原理并不相同。委托合同的一时性或继续性,应根据具体的合同内容来判断,不可一概而论。^⑥ 例如,委托他人为财产管理,重在受托人供给的劳务,属于继续性合同,而委托他人为财产登记,则重在处理事务的结果,属于一时性合同。遗憾的是,有学者误将委托合同的任意解除归结为继续性合同的制度,^⑦ 司法实践中也出现了模糊的认识。例如,在“广州市中怡物业管理有限公司与广东金穗丰实业有限公司物业管理委托合同纠纷再审案”中,广东省人民检察院抗诉认为,物业服务合同任意解除权的基础来源于继续性合同理论,《合同法》第268、232、308、391、410条规定的都是继续性合同的任意解除权,这些解除权是

① 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370页。

② 参见[日]星野英一:《日本民法概论Ⅳ契约》,姚荣涛译,台湾五南图书出版公司1998年版,第248页。

③ 参见王利明:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2012年版,第437页。

④ 参见陈自强:《民法讲义Ⅱ契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第193页。

⑤ 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579页。

⑥ 参见杨佳元:《委任契约不生效力或终止时之相关法律问题》,台湾《月旦法学杂志》2008年第3期。

⑦ 参见张红:《继续性合同终止制度研究》,博士学位论文,湖南大学,2011年,第54~56页。笔者在《继续性合同研究》一书中也犯了同样的错误,现借本文对书中观点予以修正。

对继续性合同的特别规定。^①不难看出,该观点混淆了预告解除与任意解除,未认清两者内在的机理。类似的认识错误不乏他例,^②亟待澄清。委托合同的任意解除,旨在允许当事人结束失去信任的委托关系,并非继续性合同理论的问题。此外,这一规定也是以无偿委托为优先考虑的,在有偿委托时不尽妥当。^③

综上,继续性合同的预告解除,发生在无约定期间的继续性合同的场合,旨在给予未定期间的继续性合同保有终期到来的机能,以免合同关系无止境地延续,与《合同法》针对若干合同规定的任意解除相比,有着不同的作用机理,不可不辨。

三、继续性合同的非任意解除及其一般性理论构建

(一)继续性合同的非任意解除独立于一般法定解除的必要性

上文指出,关于期间确定的合同,根据当事人的意思,期间届满则合同消灭,但是考虑到合同继续性的弊害,便有在期间尚未届满时因特殊事由而允许的解除,同时,基于保护合同安定性的理由,对特殊事由应有一定的限制;在期间未定的合同,因特殊事由而发生而解除合同,亦属当然。这样的制度在德国被称为“特别终止”。由于我国《合同法》将德国民法所称的“终止”直接表述为“解除”,而这类解除须有特殊事由,不可由当事人随意为之,本文称之为“非任意解除”。

由于《合同法》对继续性合同也无差别地适用解除制度,且在解除的效力上,《合同法》第97条已充分考虑继续性合同的解除不向过去发生效力的特殊性,因而不免产生这样的疑问:所谓继续性合同的非任意解除,是否法定解除在继续性合同上的适用?显然,由于效力问题已被统筹兼顾,若法定解除事由仍足以涵盖非任意解除的特殊事由,便没有在法定解除之外另行承认继续性合同非任意解除的必要。要对这一问题做出判断,须从我国实际情况出发,检讨现有法定解除事由是否足以应对继续性合同及其特殊性。

依《合同法》第94条,一般法定解除主要发生在因不可抗力或当事人违约达到相当的程度,致使合同目的无法实现的场合。除一般法定解除外,《合同法》在分则中还针对具体的合同类型规定了特殊法定解除。这些规定,学者认为系《合同法》第94条第(5)项“法律规定的其他情形”之所指;^④这样看来,特殊法定解除的原因有着不拘于一般法定解除事由的可能性。而从实际规定上看,《合同法》为继续性合同规定的特殊法定解除包括《合同法》第219条、第224条第2款、第227条、第231条、第248条、第249条等,^⑤这些特殊法定解除的原因并非全是《合同法》第94条解除事由的重复或具体化,确系不拘于因不可抗力或当事人违约达到相当的程度以致合同目的无法实现的情形。例如,承租人未经出租人同意转租时的合同解除(《合同法》第224条第2款),不能简单地归咎于当事人违约,而是因为擅自转租的行为破坏了当事人之间的信任;因不可归责于承租人的事由致租赁物毁损灭失以致合同目的不能实现时的合同解除(《合同法》第231条),并不限于因不可抗力造成租赁物毁损灭失,更无法归结于当事人违约,显然有别于一般法定解除的原因。由此可知,一般法定解除无法涵盖所有需要解除合同的情形。那么,《合同法》是否为所有类型的继续性合同都规定了足够的特殊解除事由?显然不是。就笔者的观察来看,《合同法》对继续性合同设有特殊法定解除的主要就是租赁与融资租赁,且《合同法》未以有名合同的方式规定雇用、使用借贷、

① 参见广东省高级人民法院(2011)粤高法审监民提字第124号民事判决书。

② 如“中亿创联(北京)投资顾问有限公司与王洪洲委托合同纠纷上诉案”,参见北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第08614号民事判决书。

③ 依《德国民法典》第671条第1款,委托人可以随时撤回委托,受托人可以随时通知终止委托。委托人结束合同为“撤回”,其理论基础在于自己的利害自己负担,受托人结束合同为“通知终止”,理论基础在于委托的无偿性。此种结束方式无需理由,其中隐含的原则是,结束无偿合同相对而言应当比较容易。这是因为,《德国民法典》第622条明定委托的无偿性,如非无偿,则变为雇用、承揽、行纪、运输或者居间等合同,不成其为委托。相反,我国《合同法》不再强调委托合同必须无偿,尊重当事人的约定,可以是有偿的,也可以是无偿的。如此,仍然允许随意结束委托合同,难谓适当。有学者认识到《合同法》第410条规定的不足,结合实务中出现的问题,进行了深刻的论述。参见崔建远、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。《合同编草案二审稿》第716条区别无偿委托与有偿委托而规定了不同的赔偿责任,限于主题,本文对此不作展开。

④ 参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第643页。

⑤ 严格地说,预告解除与任意解除也属于特殊法定解除,但由于它们与当下讨论的问题无关,在此不予考虑。

合伙等继续性合同,从而无法为这些合同设置特殊法定解除的规定。

继续性合同有着不同于一时性合同的特点。继续性合同关系的贯彻,大致需要一个完全信赖的协力,或者要求在自身利益的关心与行为的实施上应特别斟酌和谨慎。因为在长时间拘束下,任何一方对他方均须做出相比平常更多的善意和了解,以落实双方诚信维护的核心义务。而若此种良好和谐受到动摇或破坏,以致约定期间的经过已非当事人可期待时,自应赋予当事人解除合同的权利。^①可见,继续性合同的解除,更关注当事人间信赖无以为继、不能期待当事人继续维持合同这样的结果,而非合同目的不能实现;此外,产生这一结果的原因,不限于不可抗力或当事人违约,也可以是其他外部因素的改变。关于此点,从上文对《合同法》第224条第2款、第231条的分析,亦可得到印证。例如,转租的行为未必使租赁合同的目的无法实现,因不可归责于承租人的事由致租赁物毁损灭失,也可以由意外事件而导致。因此,就继续性合同而言,一般法定解除并不能涵盖所有需要解除合同的情形,有必要承认一般法定解除以外的非任意解除。遗憾的是,《合同编草案二审稿》第353条第1款仍沿袭《合同法》第94条的规定,第二分编“典型合同”的规定中对继续性合同特殊法定解除的规定亦有未足,无法涵盖继续性合同非任意解除的状况仍在继续。

(二)以德国法上“特别终止”制度为镜鉴

在一般法定解除以外,建立非任意解除的一般性理论,可以德国法上“特别终止”制度为镜鉴。特别终止是为提前结束合同关系这一目的服务的。由于特别终止与当事人的约定发生抵触,故其需要特别理由。特别终止无须附通知期限,因为终止原因不仅应当使债务关系归于消灭,还应当使之快速消灭。^②相对于普通终止权的行使,特别终止权不属一般处分权限,而是固定合同义务提前免除的企求,所以在有争议的情形下,原则上终止权人应负终止理由的说明义务,以检验其地位的合法性。^③

在债法改革之前,《德国民法典》只是对某些继续性债务关系,例如租赁合同、劳务合同、合伙合同,规定了基于重大事由的特别终止。但是,判例从这些规定的价值内涵以及诚实信用原则中推导出了基于重大事由终止继续性债务关系的一般权利。^④债法改革之际,立法者认为,在对德国债法的给付障碍法进行大刀阔斧改造的背景下,应当将特别终止继续性债务关系的法律制度订入《德国民法典》之中,无论从这一制度本身所具有的重大实际意义来看,还是从长期以来始终得到加强的判例来看,似乎都有这样的必要。^⑤为此,修订后的《德国民法典》第314条对因重大事由而特别终止继续性债务关系作出了一般性的规定,依其规定,任何一方合同当事人可以基于重大事由而通知终止继续性债务关系,无须遵守通知终止期间。不难看出,行使特别终止权的前提是存在重大事由。至于何谓重大事由,《德国民法典》第314条第1款第2句作出了明确的规定:考虑个案的全部情况并在衡量双方利益后,不能苛求行使终止权的一方当事人将合同关系继续到约定的终止时间或继续到终止期间届满之时,即存在重大事由。

重大事由通常涉及违反合同义务,包括违反合同保护义务,但是在其他情况下亦可能存在。^⑥例如,由于外部情事的发展,合同目的不再能够实现。^⑦不过,来自终止权一方自身风险范围内的情事原则上不应被考虑,相对人的过错也不是必要的。尽管重大事由同样属于不确定的法律概念,但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非常不同。终止事由必须通过个案中广泛的利益衡量来确定。发生问题的情事应当具有多大的重要性以便成立终止,通常取决于具体合同关系的构造。据此,双

① 参见盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第144~145页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谡译,法律出版社2004年版,第409~410页。

③ 参见盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第145页。

④ 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。

⑤ 参见杜景林、卢谡:《德国新债法研究》,中国政法大学出版社2004年版,第117页。也可参见朱岩编译:《德国新债法:条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第147页。

⑥ 参见朱岩编译:《德国新债法:条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第148页。

⑦ 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。

方当事人对于紧密的个人合作的依赖性越强,就越应当考虑信赖关系的障碍。^①

为免利益衡量流于恣意,有学者提出下列评价标准,作为重大事由存在与否的判断依据:^②(1)衡量个案中所有情况。亦即裁量者必须掌握各方面事实,包括事件经过、需评价行为的动机,以及可能产生的不利结果与影响。(2)客观的评价。即终止的妥当性应客观地判断,当事人无故动摇信赖的主观看法则不予斟酌,但这并不意味着在做客观评价时,由当事人人格所生的主观要素,例如过错、信赖危害等,不在考虑范围之内。(3)相对的重大性。即判断应根据具体情事进行,因为终止理由的绝对重大性事实上并不存在,所以裁量时宜有回旋余地。(4)债务关系的特性。一个相同性质的终止理由,在普通继续性合同与具有社会保护作用的继续性合同间,应做不同的考量。(5)终止的难易度。主要针对当事人双方有否就终止的可能性加以限制而言。(6)债务关系持续性的长短。持续数年的合同与仅为期数日的合同,其要求的终止事由互不相同。(7)过错的程度。即合同当事人对于重大事由的发生应归责程度多少的问题。(8)综合观察。以上标准,在终止事由中,非意味着个别分离的考察,而是全盘整体的衡量。最后应注意的是,裁量者应充分寻求足以替代特别终止的措施,以缓和这一非常的救济手段。以上标准虽出自债法改革前对劳动关系的考察,但《德国债法现代化法》对因重大事由终止继续性债务关系的规定不过是此前判例学说的法典化,且特别终止是继续性债务关系共通的救济手段,因而仍可供参考。

(三)继续性合同非任意解除一般化的方法论检讨

既然可以明确一般法定解除无法涵盖继续性合同的非任意解除,民法典编纂时增加类似《德国民法典》第314条的规定,自是理所当然。《合同编草案二审稿》仍以“解除”统合德国法上继续性合同的“终止”,在第353条第1款规定一般法定解除后于第2款新设继续性合同预告解除的规定,那么,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。”

而在现阶段,以《合同法》分则中现有的继续性合同非任意解除的规定为基础,在方法论上发展出继续性合同非任意解除的一般性理论,便成为行文至此要解决的问题。

鉴于一系列典型继续性合同的法律规范中,设有当事人一方得基于不可抗力或当事人违约以外的事由而解除合同的规定,因此,首先可考虑“整体类推”适用这些特别规定,导出其一般法律原则。所谓“整体类推”,是指将由多数——针对不同的构成要件赋予相同法效果的——法律规定得出“一般的法律原则”,该原则同样可以适用于法律并未规范的案件事实上。借“整体类推”获取一般性的法律原则,其基础在于下述认识,即所有被援引的个别规定,其共通的“法律理由”不仅适用于被规范的个别事件,而且只要某特定要件存在,其即得以使用。^③

根据德国学者拉伦茨教授的观点,这一问题的思考过程可概括如下:(1)对于一系列的合同,如租赁合同、融资租赁合同,法律规定有基于不可抗力或当事人违约以外的事由而解除合同的权利,这些事由往往与当事人间的信赖破坏有关;(2)这些合同都是继续性合同;(3)继续性合同是指严重介入当事人的生活之中,或者将导致特殊的双方利益交错,因而双方当事人个人的合作、善意的谅解及彼此的信赖是不可或缺的,持续较久的法律关系;(4)法律规定的理由,正存在于继续性合同的此种特质;(5)因此,这项法律理由不仅适用于法律所定的,甚至可适合于全部的继续性合同;(6)由是,在法秩序中即适用下述的一般法律原则:在所有继续性合同,均得基于与当事人间的信赖破坏相关的事由而解除合同。^④

另一方面,也可借诚信原则的具体化来实现继续性合同非任意解除的一般化。这种构想主要来自德国债法改革之前的判例见解。关于租赁合同的“特别终止”是否局限于法律有明文规定的重大事由的问

① 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287~288页。

② Vgl. Galperin, Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, in DB 1964, S. 1115ff. 转引自盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第152~153页。

③ 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。

④ 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。

题,德国联邦最高法院起初就持否定态度,并认为依诚信原则若租赁关系的继续不可期待时,即构成重大事由而可终止合同,不以法律明文规定为限。后来更发展为,只要是继续性债务关系,即使法定的终止权尚付阙如,也可根据诚信原则,基于重大事由终止合同关系。^①事实上,整体类推与诚信原则并行不悖,因为整体类推探求的一般原则,在合同关系的继续是不可期待的观点下,具有诚信原则具体化的意义。

(四)继续性合同的非任意解除与情事变更

行文至此,有必要将继续性合同的非任意解除一般化,如此,不免产生非任意解除与情事变更原则的关系问题。这是因为,适用非任意解除的情形是发生重大事由致当事人间的信赖破坏,不能期待当事人继续维持合同,而重大事由可以是相对人违反合同义务,也可以是外部情事,若是因外部环境的重大变更致使合同的继续不可期待,也可能满足情事变更的要件,这就意味着两种制度的适用可能存在一定的重叠。

在德国法上,法律的体系性倾向于把有关交易基础障碍的规定(《德国民法典》第313条,功能相当于我国的情事变更)看作是专门规定,这一专门规定在交易基础障碍的范围内把《德国民法典》第314条排斥在外。^②申言之,从《德国民法典》第313条第3款中可以推导出,在此种情况下合同调整优先于出于重大事由终止合同,就此范围第313条关于交易基础障碍的规定优先于第314条出于重大事由终止继续性债务关系的规定。^③也就是说,只有当终止事由不能被合同的调整所排除时,基于重大事由的终止才是可能的。^④这一思路值得借鉴。

不过,首先应当指出,我国的情事变更与德国法上交易基础障碍的效果有所不同。在合同解除的方式上,德国采取赋予一方解除权的方式,而在继续性合同中,由只向将来发生效力的终止权代替解除权,这才有基于交易基础障碍的终止与基于重大事由终止继续性合同相互替代的可能性。而在我国,《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)》(以下简称《合同法解释二》)第26条规定的情事变更采取的是“当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除”。对此,《合同编草案二审稿》第323条第2款予以承袭。显然,我国立法并没有像德国法那样直接赋予当事人解除权,而是采取由当事人向法院请求解除的方式,由法院最终确定是否解除。这里的判决,不是确认判决,而是形成判决;这里的合同解除是司法解除,而非当事人行使解除权的解除。^⑤与之不同,继续性合同的非任意解除则由当事人行使解除权的方式运行,无需向法院请求,即使因解除而发生争议,法院的判决也只是确认解除权及其行使的效力。可见,在我国现行法上,并不存在继续性合同的非任意解除与基于情事变更的解除相互替代的可能性,毋宁在二者要件的重叠领域,也分别承认其各自的适用。

但是,相比继续性合同的非任意解除,情事变更原则还有变更而不解除合同的效果,这就可能出现,在二者适用的重叠区域,当事人一方基于继续性合同的非任意解除而主张行使解除权,另一方当事人却以情事变更为由诉请法院变更合同的冲突情形。此时应当如何处理?我国法并未如德国法一般,直接规定情事变更的效果上变更优先于解除。根据《合同法解释(二)》第26条,情事变更可区分为两种类型,一是继续履行合同对于一方当事人明显不公平,二是不能实现合同目的。尽管从条文中并未明确反映出来,但有学者指出二者在法律效果上存在差异,在前一种场合,有变更或者解除合同的问题,此时优先考虑变更,仅在变更无法解决问题时方予解除合同;而在后一种场合,只有解除合同。^⑥笔者认同这一观点。在情事变更造成对一方当事人明显不公平的情形,优先考虑变更有助于维系合同关系,而合同关系的维系符合当事人订立合同的意图,同时,优先考虑变更而非解除合同,也体现了《合同法》鼓励交易的价值取向,还可以尽

① 参见盛钰:《继续性债之关系》,硕士学位论文,台湾大学,1988年,第151~152页。

② 参见[德]迪特尔·施瓦布:《法学导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第461页。

③ 参见朱岩编译:《德国新债法:条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第147页。

④ 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289页。

⑤ 参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,《中外法学》2014年第3期。

⑥ 参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,《中外法学》2014年第3期。

可能调和情事变更与合同严守之间的矛盾。所以,我国法上情事变更的效果也应当是变更优先于解除。那么,如果满足继续性合同非任意解除的外部情事改变,同时符合情事变更的要件,自然也可以发生情事变更的效果,而情事变更的效果是变更优先于解除,因此变更也就优先于基于重大事由的非任意解除。这在价值上是可取的,在比较法上也有据可循。

综上,在继续性合同中,发生情事变更造成对一方当事人明显不公平的情形,若同时满足继续性合同非任意解除的要件,则情事变更与继续性合同的非任意解除存在竞合关系,应当优先适用情事变更的规定,由当事人请求法院变更合同,仅在变更无法解决问题时方予解除合同,不允许一方当事人直接行使解除权;而若发生情事变更,致不能实现合同目的,且同时满足继续性合同非任意解除的要件时,则不妨承认其各自的适用,由当事人自行选择。

四、结语

继续性合同有其特殊性,在解除上宜与一时性合同相区别。我国《合同法》以解除制度统合德国法上一时性合同的解除与继续性合同的终止,尽管在解除的效力上充分考虑了继续性合同的解除不向过去发生效力的一面,但整体而言仍有不足。正如本文所指出的,继续性合同的预告解除不应湮没在任意解除中,非任意解除也应独立于一般法定解除,并不仅止于个别规定而抽象为一般化理论。德国法学家基尔克指出,终止的可能性是继续性合同的标志特征。^①对解除(终止)关注不足,对继续性合同的关注就不可能充分。继续性合同在现实生活中发挥着重要的作用,无论是在编纂民法典的大背景下,以立法论的视角回应经济社会发展的需求,改变以一时性合同为主要规范对象的立法现状与合同理论,还是在解释论的层面上,关注继续性合同适用的特殊性,都具有重大意义。

责任编辑 温世扬

^① 转引自王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2013年版,第158页。