



民法典合同解除制度评析与完善建议

刘凯湘*

目 次

- 一、引言
- 二、现有合同解除制度的梳理与基本评价
- 三、不可抗力与合同解除之间的关系之厘清
- 四、得成为解除对象的合同类型之扩充
- 五、从给付义务、附随义务与合同解除
- 六、解除权行使规则之细化
- 七、合同解除法律效果的界定
- 八、违约方解除权的可能性
- 九、余论

摘 要 我国现有的合同解除制度满足了大多数情况下处理合同纠纷的规则供给需求,但仍存在较多漏洞与弊端。《民法典》尽管在此方面作了一些修改,但仍不够完善。不可抗力是基于其导致合同履行不能而非合同目的不能实现而成为解除合同的法定事由。不可归责于当事人的意外事故、政府行为可以作为解除合同的法定原因。尚未生效的合同、涉他合同、单务合同、可撤销合同均可成为解除权的对象,但当撤销权与解除权同时存在时需确立不同的权利行使顺序。当事人一方违反从给付义务或者附随义务,致使对方不能实现合同目的,可以成为解除合同的理由。解除权既可以私力即解除通知的方式为之,也可以公力即诉讼或仲裁的方式进行。应当规定解除权行使的除斥期间,以两年为妥当,同时规定其最长除斥期间为5年。应当规定解除异议权的行使期间,以3个月为妥当。非解除权方没有在约定或者法定的异议期间内以裁判方式提出异议的,即丧失异议权。合同解除的效果以直接效果说为上,其与间接效果说及折衷说之间的差异并不像想象的大。规定严格的违约方解除权制度有现实需要。

关键词 解除权 法定解除 异议权 解除效果 违约方解除权

* 北京大学法学院教授,法学博士。

一、引言

基于契约必须严守的理念与原则，合同作为意思自治的产物，订立后自当具有强烈的法律约束力，当事人双方均须严格按照合同约定履行各自的义务，以实现对方的权利，进而实现双方的合同目的，故自不得轻言废弃、改变或解除。但是，恰如所谓“人算不如天算”，“此一时彼一时”，纵使双方在订立合同时绞尽脑汁，前瞻后顾，左封右堵，仍然难免在合同履行时主观或客观情形发生意想不到的变化，或天灾人祸，或政府介入，或市场骤变，或“半路杀出个程咬金”，更兼对方当事人或背信弃义，恶意毁约，或朝三暮四，一女二嫁，或经营受挫，履约艰难，均可导致合同的履行成为不可能，或者成为当事人难以承受之重。于此时刻，继续遵循契约必须严守的原则很可能既违背了意思自治与合同自由之理念，也可能违背了市场与价值规律，迫使当事人进入一个没有出路的死胡同。是故，合同解除成为合同法中一项非常重要的制度，各国民法特别是债法或合同法中均有关于合同解除的制度，包括与合同有关的国际公约或国际商事惯例（如《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等）也将此作为重要的规则加以规定。

然而，合同解除毕竟是“契约必须严守”原则的例外，立法规定合同解除规则必须秉承如下基本的理念与宗旨：其一，解除权原则上只能是对守约方的救济，只有守约方才能享有合同解除权；其二，法律规定的合同解除条件或原因必须严格，不能动辄使合同面临被解除的危险，进而危及交易安全与市场信心；其三，解除权的行使必须按照严格的方式进行，以防解除权的滥用；其四，合同解除的后果必须由法律作出统一而严格的规定，同时给予法官适当的自由裁量的空间。

但是，果要达致如上的立法目的，其实非常困难。究其原因，首先，将何种情形规定为合同得以法定解除的原因或者条件，便颇费思量，因为若将此等情形规定过于宽泛，显然会不当激励解约行为，危害当事人预期与交易秩序；而若规定过于严苛，又极有可能使得合同解除制度形同虚设，当事人无从启动权利行使之程序。其次，解除权应当定位为一般意义上的形成权，由当事人自己基于意思表示而行使，抑或应规定为具有诉权性质的形成权，必须基于公权力的介入，当事人只能向法院或者仲裁机构申请行使，亦殊值权衡。因为若采前者，尽管方便当事人行使权利，但难防权利滥用之虞，且易使对方当事人处于十分不利的地位；而若依后者，尽管可以预防将一方当事人的意思强加于另一方当事人，却又无形中增加了当事人行使权利的成本，加大了解约负担，且在本来已经产生纠纷的当事人之间人为设置了解除与否的新的争议，无异于厝火积薪，亦与意思自治、私权至上的理念相悖。再次，若合同得以解除，则解除的法律后果当如何界定，同样有不同的价值考量，若仅向后解除，使其不具有溯及力，则尽管可以稳定已有的给付关系与效果，却很可能难以实现当事人行使解除权的目的，而若相反，使其具有溯及力，则又很可能破坏既有的权利义务状态，或者增加恢复原状的成本与负担，不符合经济与效率的原则。凡此种种，均说明一则合同解除制度意义颇巨，兹事体大，不可小瞧了它；二则合同解除制度涉及面广，不能仅规定简单的两三条规则，否则在司法实践中不敷使用；三则合同解除制度作为交易规则的合同法律制度所追求的效率与安全双重价值的矛盾结合体，需要斟酌各方利益，权衡各种价值，方可得其要领。

也正因为如此，在合同法学理上便出现了诸多有关合同解除的不同的学术见解，立法上也



形成较多的差异,由此更增加了进一步探讨合同解除制度建构的必要性。另者,依笔者二十多年兼职从事商事合同纠纷仲裁实践的感受,应邀参加最高人民法院及地方高级人民法院有关合同法的司法解释或指导规范、案例批复意见的起草工作的感受,应邀与诸多其他民商法学者参加由律师事务所、当事人、法院、检察院、地方政府等召集的合同案例论证会的感受,以及与诸多从事民商事审判工作的法官、仲裁员、律师交流的感受,自觉司法实践中合同纠纷案例涉及合同解除规则的适用的比例很高,而处理的方式与结果往往存在较大的差异,个中缘由主要是目前《合同法》有关合同解除的规则存在较大的理解上的分歧及不少的立法漏洞所致。刚刚颁布的《民法典》在不少规则上较之于《合同法》已经有所进步,但仍然有诸多问题值得作进一步的探讨。

二、现有合同解除制度的梳理与基本评价

《民法典》颁布之前,我国现有法律规范中涉及合同解除制度的大致有四类:其一,原《合同法》总则关于合同解除的一般规则,此乃最主要和最重要的合同解除制度,包括《合同法》第93、94、95、96、97五个条文,其中尤以第94条关于合同法定解除的条件之规定、第96条关于解除权行使规则之规定、第97条关于合同解除后果之规定为最。其二,原《合同法》分则中有关各个典型合同解除的具体规则,包括买卖合同、租赁合同、承揽合同、技术开发与技术转让合同、委托合同、保管合同、仓储合同、运输合同等此等主要类型的有名合同,均有或多或少的有关合同解除的具体规则,散见于《合同法》分则的各个部分,构成重要的合同解除规则。举例而言,如第164条规定“因标的物主物不符合约定而解除合同的,解除合同的效力及于从物;因标的物的从物不符合约定被解除的,解除的效力不及于主物。”又如第231条规定“因不可归责于承租人的事由,致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的,承租人可以要求减少租金或者不支付租金;因租赁物部分或者全部毁损、灭失,致使不能实现合同目的的,承租人可以解除合同。”再如第410条规定“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失。”其三,最高人民法院有关的合同法司法解释,具体而言包括:①《合同法司法解释(二)》第24条的规定,⁽¹⁾该条是关于解除权异议期间及其效力的规定;②最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第3条关于解除权行使期间的规定;⁽²⁾③最高人民法院《全国民商事审判工作会议纪要》(即《九民纪要》)中的第46、47、48、49共四个条文,分别就通知解除的条件、约定解除条件、违约方起诉解除和合同解除的法律后果进行了较为详细的规定;④最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第25条关于从给付义务违

(1) 《合同法司法解释(二)》第24条的规定“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议,但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的,人民法院不予支持;当事人没有约定异议期间,在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。”

(2) 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款规定:“法律没有规定或者当事人没有约定,经对方催告后,解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的,解除权应当在解除权发生之日起一年内行使;逾期不行使的,解除权消灭。”

反与合同解除的关系。⁽³⁾ 其四，其他民商事法律法规中涉及合同解除的规则，包括《海商法》《保险法》《消费者权益保护法》等法律法规中的相关规定。⁽⁴⁾

上述有关合同解除制度的法律规范确立了我国合同解除制度的基本框架，且二十余年的实践也证明这些制度基本上是可行的，满足了大多数情况下处理合同解除纠纷的规则供给需求。其所确立的合同解除制度的主要内容可以归纳为：其一，相对明确地规定了法定解除权的原因（或条件），原《合同法》以列举的方式于第94条规定了合同当事人单方行使解除权的四种法定原因。其二，赋予了约定解除条款的法律效力，体现了意思自治的民法理念。其三，将协议解除（合意解除）作为合同解除的类型，与单方解除并列，统一了协议解除与单方解除的基本规则。其四，相对明确地规定了合同解除的程序要件，肯定了解除权的形成权属性，即合同得因解除权人的单方意思表示而解除，并明确了解除权的行使方式。其五，赋予了非解除权一方的解除异议权，并通过司法解释进一步明确了解除异议权的行使方式与异议期间。其六，相对明确了合同解除的后果，且采取了较为合理的直接消灭债的关系的学说，使得合同解除的法律效果相对明确、固定、可预期，且认可了多样化的合同解除的具体处理方式，包括恢复原状、采取补救措施、赔偿损失等。其七，在分则中对各个具体典型合同的解除规则进行了细化，提供了适合于各个典型合同的特别解除规则，增强了法律规范的可操作性，有利于具体纠纷的解决。其八，《合同法》及其司法解释之外的其他民商事法律构建了基于特别法优先于一般法规则的合同解除规则群或规范体系，满足了《合同法》以外的合同关系对合同解除规则的特别需要。其九，基于上述，笔者认为现行有关合同解除的制度形成了我国债法与合同法法理及法教义学上的较为完整的合同解除分类，通过立法规范基本上实现了合同解除的类型化，使得我国的合同解除包含了以下丰富的类型：合意解除与单方解除；约定解除与法定解除；法定解除与任意解除；全部解除与部分解除；向后解除与向前解除；违约解除与非违约解除；目的不能解除与履行不能解除；一般解除与特别解除；守约方解除与违约方解除。

但是，学界的共识是，现行有关合同解除的制度中，仍然存在不少值得斟酌之处，且漏洞与弊端不在少数。《民法典》起草过程中，学者就合同解除制度发表了不少文章，提出了不少立法建议，现在《民法典》颁布了，看起来学者所提的建议有一部分得到了立法机关的肯定，吸纳到了《民法典》之中，例如《民法典》第564条增加了关于解除权行使期限的规定（即“法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭”），但是，仍然有不少好的立法建议未能被采纳，现在只能寄希望在将来《民法典》修订时或者通过司法解释的途径逐渐得到解决。依笔者之见，《民法典》合同解除制度存在的问题包括但不限于以下诸项：

第一，不可抗力与合同解除的关系到底如何确定？不可抗力是否是法定解除的条件之一？

(3) 最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第25条规定：“出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据合同法第九十四条第（四）项的规定，予以支持。”

(4) 例如《消费者权益保护法》第24条规定：“经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。”此处关于所谓的消费者七天无理由退货实质就是赋予消费者的法定任意解除权。



发生不可抗力的情况下是否仍然需要或者适用解除权抑或采合同自动解除规则? 《民法典》第563条第1项将不可抗力导致合同目的不能实现作为法定解除条件是否妥当? 其与《民法典》第590条规定的不可抗力规则之间是什么关系? 第二,从给付义务与附随义务的违反是否一定不能作为解除权的法定情形? 换言之,是否必须构成根本性违约才能行使解除权? 《民法典》第563条第2项、第3项均规定“主要债务”之违反作为法定解除的条件,是否必然排除了次要债务或者从给付义务或者附随义务的违反作为解除合同条件的可能性? 第三,履行不能、履行艰难是否可以作为解除权的法定条件? 《民法典》承继原来《合同法》第110条规定将非金钱给付之债不得请求强制实际履行的三种情形规定于“违约责任”一节,是否可以解释为当事人有权请求解除合同? 为什么不直接将其规定于“合同权利义务的终止”一节? 第四,协议解除的规则是否需要细化? 《民法典》第562条第1款简单的一句“当事人协商一致,可以解除合同”是否提供了协议解除的应有规则? 第五,解除权的行使期间是否应当作出明确的规定? 规定多长时间合理? 目前不少法院参照最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款规定将该期间判定为1年,是否妥当? 《民法典》第564条第1款规定的“法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭”中所指的当事人约定的期限,如果过长或者过短,当事人是否可以请求调整? 第六,《民法典》将合同解除异议权的行使期间规定为一年,是否合理? 法院对合同解除异议权之诉应当进行形式审查还是实质审查? 第七,合同解除到底应否具有溯及力? 《民法典》第566条规定的合同解除的后果学理上应做如何解释? 第八,《民法典》第563条规定的法定解除条件所表述的“有下列情形之一的,当事人可以解除合同”,此处的“当事人”是应当按照文义将其解释为包括守约方和违约方,抑或只能限缩解释为守约方? 违约方是否在任何情形下都不能享有解除权? 最高法院《九民纪要》第49条确立的特定情形下的违约方申请解除权是否应当得到立法者的肯认? 等等。

本文即主要针对上述问题进行探讨,以求教于大家。

三、不可抗力与合同解除之间的关系之厘清

《民法典》第563条(原《合同法》第94条)规定的合同法定解除条件的第一项即为“因不可抗力致使不能实现合同目的”。依文义解释,满足该项条件需要两个因素:其一,发生了不可抗力;其二,因不可抗力导致不能实现合同目的。

合同订立后在履行过程中发生了不可抗力,其对合同效力与合同履行会产生怎样的影响,取决于不可抗力本身的程度、影响的范围、合同履行所依赖的条件等各种因素,并非所有的不可抗力均会导致合同的完全不能履行。如果确实导致了合同完全不能履行,则肯定无法实现合同目的,但若只是导致部分不能履行或者迟延履行,则并不属于狭义上的履行不能,此时并不一定产生合同解除权。所以,《民法典》将不能实现合同目的作为发生不可抗力时赋予当事人解除合同的因素或条件之一,是合理的。

但该条存在值得探讨的问题是:其一,当出现不可抗力并且导致不能实现合同目的的情况下,是否还有必要赋予当事人以解除权? 换言之,在此情形下合同是否已然自动终止或消灭? 况且,《民法典》第590条还规定了“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方”,既然已经通知了对方发生了不可抗力,再行使一次解除权似乎是画蛇添足之举。其二,除

了不可抗力，其他不可归责于当事人的事件（如意外事故、情势变更、政府行为等）导致合同不能履行，是否可以行使解除权？其三，学理上而言，到底是因为不可抗力导致合同目的不能实现还是导致合同履行不能而解除合同？下面分述之。

一般认为，对于如何规定因不可抗力导致合同目的不能实现而消灭合同之债，有两种立法模式：一种是自动消灭，无需当事人行使解除权，德国、日本和我国台湾地区民法采取的是此一模式。另一种则是通过解除权行使而消灭合同。^{〔5〕}但德国在2002年通过的《债法现代化法典》中改变了之前的自动消灭原则，转而采用了解除权模式。^{〔6〕}

如果出现了不可抗力且导致一方当事人不能履行合同，或者无法实现合同目的，仅仅会因此一法律事实的出现而自动地、当然地消灭当事人之间的法律关系吗？依笔者之见，不可抗力应当只是一方当事人享有合同解除权进而解除合同的法定理由，而不是直接导致法律关系即合同消灭的原因。理由如下：其一，债法原理认为引起债的消灭的原因不外乎清偿、抵销、提存、免除及混同，未见有其他关于引起债的消灭的原因，不可抗力从来没有被视为一种单独的引起债的消灭原因；其二，合同这种法律行为是基于意思表示而成立的，除了清偿作为最常见也是最有效的消灭合同的原因，属于事实行为外，^{〔7〕}其他几种消灭方式包括抵销、提存、免除等，均须辅之以意思表示，解除权的行使亦属意思表示的范畴，通过解除权的行使而消灭合同符合合同消灭的一般法理；其三，合同解除必然涉及解除后的各种安排与事务处理，是非常复杂的操作，如果采自动解除模式，根本无法解决合同解除后的权利义务及责任问题，所谓的自动解除实质上并没有真正实现解除的目的，这是自动解除模式最大的缺陷；其四，特定情形下如果不自动解除合同，且当事人没有行使解除权，合同关系继续存在，待将来情况发生变化可能对于债权人仍然有意义，合同的价值仍然能够得到实现；其五，《民法典》第590条仅仅是关于发生不可抗力时的通知与证明义务，并不当然含有解除合同与解除后果安排的立法目的；其六，不可抗力在民法上主要是作为法定免责事由而进行规定，与民事责任的构成有关，而与法律关系的消灭无关。

自动解除依赖的前提是法律对于合同解除后的权利义务安排与处理特别是风险负担作出了十分明确且操作性极强的规定。而事实上，我国之前的《合同法》在其总则部分并没有提供关于合同终止时的风险负担规则，而仅在分则部分给予了个别规定，^{〔8〕}自动解除模式更无适用的合理性。

所以，我国之前《合同法》对不可抗力导致的合同消灭采解除模式而非自动消灭模式是应当坚持的，《民法典》承继了此一模式是合理的。

接下来的问题是，合同解除的原则是过错解除，即基于一方的严重违约行为，并且导致对

〔5〕 韩世远 《合同法总论》，法律出版社2011年版，第514页；崔建远 《合同法》，北京大学出版社2016年版，第284页。

〔6〕 参见《德国新债法——条文及官方解释》，朱岩编译，法律出版社2003年版，第87-91、154-155页；陈卫佐译注 《德国民法典》，法律出版社2015年版，第123-124、92-93页。依据《德国民法典》第326条“在排除给付义务的情形下免除对待给付和解除合同”之第5项规定“债务人依第275条第1款至第3款无须履行给付的，债权人可以解除合同”，而第275条规定的“无须履行给付的”，包括因不可抗力而无须履行的情形。

〔7〕 王利明 《合同法研究》，中国人民大学出版社2015年版，第261页。

〔8〕 崔建远 《合同解除的疑问与释答》，载《法学》2005年第9期，第70页。



方当事人合同目的无法实现,产生解除权。不可抗力却是相反,在发生不可抗力的场合当事人主观上并无过错,但由于不可抗力导致了严重的后果,要么合同无法履行,要么不能实现合同目的,所以即使当事人没有过错,也成为法定解除的理由。准此以言,则凡是当事人主观上没有过错但客观上导致了合同履行不能或者无法实现合同目的的情形,均应纳入法定解除的事由。所以,除了不可抗力,不可归责于当事人的意外事故也应当属于合同法定解除的条件之一。⁽⁹⁾不可抗力有严格的构成要件,意外事故的构成要件原则上比不可抗力要宽松,但其与不可抗力的共性是均出乎当事人的预见、均难以克服与避免,只是程度上要轻一些而已。

当然,不可抗力和意外事故作为解除合同的法定事由必须由受到不可抗力或者意外事故影响的一方当事人负举证责任,除了需要证明不可抗力或者意外事故发生的客观事实,还需证明其直接受到了影响,以至无法履行合同,亦即证明不可抗力或者意外事故与其不能履行合同之间的因果联系。如果不能证明,则无权解除合同。例如《最高人民法院公报》刊载的孟元诉中佳旅行社旅游合同纠纷案,此系一例2003年时因“非典”而产生的合同纠纷案,原告以受“非典”影响而无法履行合同为由单方通知被告撤销合同(实则为解除合同),法院认为“非典”疫情范围较小,对普通公众的日常生活并未造成危害,原告不能以当时“非典”疫情的出现作为免责解除合同的依据,故不支持原告免责解除合同的请求。⁽¹⁰⁾

政府行为是否可以作为不可抗力而由当事人援引作为解除合同的依据?依笔者之见,政府行为一般不能作为免责的事由,⁽¹¹⁾但可以作为解除合同的理由,因为政府行为对作为合同当事人的民商事主体来说是不能克服的障碍,当事人不可能违反政府的禁令而强行去履行合同,事实上也做不到。当然以政府行为作为解除合同的条件并不当然因此免除当事人的违约责任。例如2003年我国发生“非典”后出现大量因政府行为(如扑杀家禽、禁止运输相关产品等)而不能履行的合同纠纷,法院一般都判决不能履行合同一方承担违约责任。又如,为调控房地产市场,我国不少地方政府(如北京市、上海市、深圳市等)实行所谓的“限购”政策,致使很多已经签订的商品房买卖合同因受该政策影响而无法办理所有权过户登记手续,法律上履行不能,可以作为任何一方当事人解除合同的正当理由。如前所述,原则上因受政府行为影响不能履行合同而解除合同的一方当事人不能就此免责,而应当承担因此而给对方当事人造成的损害,其风险自负,或者通过政府的补偿等途径弥补,而不能将此种损失转嫁给对方当事人。这种制度设计也有利于促使政府尽量少地介入市场行为,无端影响民商事主体的正常交易,或者敦促政府在作出影响民商事主体权益时必须进行相应的补偿。

广义上而言,意外事故、政府行为可以纳入情势变更的范畴,都属于当事人在订立合同时无法预见的、合同履行中出现的动摇缔约基础的客观情形,其后果都是导致合同履行不能或者履行艰难,或者履行将使得一方当事人遭受巨大的损失,故而应当允许当事人变更甚至解除合同。

最后一个问题是,到底是因为不可抗力导致合同目的不能实现还是导致合同履行不能而解除合同?发生不可抗力(包括意外事故、政府行为)时,其对合同履行的影响是各不相同的,

(9) 参见同前注〔5〕,韩世远书,第515页。

(10) 《最高人民法院公报》2005年第2期。

(11) 刘凯湘、张海峡《论不可抗力》,载《法学研究》2000年第6期,第113-114页。

需要视具体情况而定，由此，既可能是导致只能部分履行的后果，而非全部不能履行，也可能是导致迟延履行后果，而非绝对不能履行。当然，如果完全不能履行，肯定不能实现当事人的合同目的；如果部分履行，只能实现部分目的，而非全部不能实现；如果迟延履行，则可能不影响合同目的的实现。不可抗力之所以能够产生赋予当事人解除合同的权利，关键在于其导致当事人无法履行合同，或者只能部分履行合同义务，或者只能迟延履行合同义务，而不是直接导致合同目的不能实现。所以，《民法典》第563条第1项表述为“因不可抗力致使不能实现合同目的”其实并不准确，而应当表述为“因不可抗力致使合同履行不能”。例如，在一买卖合同中，出卖人所在地发生了5.7级地震，出卖人的车间全部震塌，短期内无法恢复生产，此种情形出卖人或者买受人可以解除合同吗？如果能够解除，解除的真正原因是什么？假如出卖人还能够交货（比如其尚有存货），双方的合同目的都能够实现，则双方均无权解除合同；假如出卖人无力交货，则即使交货能够实现买受人的合同目的，却也因无法交货而使得合同履行不能，买受人或者出卖人均可解除合同。可见，导致合同解除的不是合同目的能不能实现，而是合同根本无法履行。《民法典》起草过程中，有学者指出，《合同法》第94条第1项“不能实现合同目的”应当改为“没有实现合同目的”，^[12]此言有一定道理，“没有”实现相较于“不能”实现更为准确，但“没有”实现的实质仍然是基于无法履行，无法履行是原因，“没有”实现是结果。

综上，就不可抗力之于合同解除制度而言，第一，不可抗力应当作为合同解除的法定事由；第二，能够作为合同法定解除事由的还应当包括意外事故、情势变更和政府行为，即不可归责于当事人的客观情形；第三，不可抗力是基于导致合同履行不能而非合同目的不能实现而成为解除合同的法定事由。

由此，笔者非常赞同崔建远教授的主张“应该将《合同法》第94条第1项的规定完全变脸为‘不可归责于双方当事人的原因致使合同不能履行’的表述。”^[13]或许，最好的处理办法是将不可归责的原因与根本违约的原因导致的合同解除分开规定，不要放在一个条文里面，因为前者通常都是免责的解除，而后者都是在解除的同时涉及其他救济方式特别是有可能涉及损害赔偿，分开规定的效果应当更好，其中前者的表述可以如下：“因不可抗力、意外事故、情势变更等不可归责于当事人的客观情形导致合同不能履行的，当事人可以解除合同。”且条文安排上不宜将因不可抗力等客观情形导致的合同解除与因违约导致的合同解除规定在一个条文中，最好是分别加以规定，因为前者强调的是履行不能，法官适用时进行的主要操作是客观事实认定，后者突出的是合同目的不能实现，法官操作时进行的主要操作是主观目的的探寻。遗憾的是《民法典》依然完全照搬了之前《合同法》的表述，没有修改为更为科学的表述。

四、得成为解除对象的合同类型之扩充

合同类型各异，区分标准多样，某些特殊类型的合同是否也可以成为解除的对象，学界不无疑义。现就以下几种类型合同进行探讨：

[12] 徐纯先 《论合同解除权的行使》，载《求索》2006年第8期，第145页。

[13] 崔建远 《完善合同解除制度的立法建议》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期，第86页。



(一) 尚未生效的合同可否成为解除的对象?

合同解除以合同已经成立且生效为前提,此乃学界通说。⁽¹⁴⁾经典的关于合同解除的概念如王利明教授所指出“合同解除是指合同有效成立后,当具备解除条件时,因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系自始消灭或向将来消灭的一种行为。”⁽¹⁵⁾韩世远教授也持大体相同的表述“合同解除,是指在合同有效成立后,因一方或双方当事人的意思表示,使合同关系终了。”⁽¹⁶⁾通常情形下,合同解除的确应当以合同有效成立为前提,“如果合同被宣布为无效或已经撤销或已经履行完毕,均不可能发生解除合同”。⁽¹⁷⁾

但有学者敏锐地发现,尽管通常情形下合同解除应以合同成立且有效为前提,尽管合同无效、合同可撤销、要约与承诺的撤回等与合同解除不是一回事,然已经成立但尚未生效的合同是否可以解除是值得关注的问题,是随着民商事实践的不断丰富而出现的新问题。崔建远教授认为,“已经成立但未生效的合同可以作为解除的对象”,并从四个角度进行了论证,得出允许未生效的合同可以解除是“明智的选择”的结论。⁽¹⁸⁾

笔者认为,已经成立但尚未生效的合同不外乎以下几种情形:其一,属于附生效条件(停止条件)的合同,当事人在合同中约定了合同的生效条件,该条件尚未成就;其二,依照法律规定属于须经批准才能生效的合同,尚未得到审批机关的批准;其三,效力待定的合同在被权利人追认之前或第三人撤销之前的效力状态;其四,附始期的合同,约定的生效期限尚未届至。而这些合同将来的命运可能是确定地发生效力,也可能是确定地不发生效力,或确定地将要发生效力(附始期的合同),在其效力未确定的这段时期之内,如果发生了一方当事人严重的不诚信行为甚至不法行为,使对方处于十分不利的境地,若待将来合同果真生效,则于其明显不公平甚或遭受重大损害,此种情形下,若不赋予当事人解除合同的权利,只能眼巴巴的等待生效期限届至或者生效条件成就或者审批机关批准,如此坐以待毙,法律岂能无动于衷?例如,在一附生效条件的租赁合同中,双方约定若出租方年底前在甲市不再新设营业点(即出租方不需要使用自己的五千平方米物业),则双方之间签订的五千平方米的物业租赁合同将生效,后因甲市租金上涨,出租方欲让承租方提高租金,承租方以合同已经明确约定租金为由拒绝变更合同,而出租方已无在甲市新设营业点的计划,合同生效条件行将成就,出租方遂提前将租赁合同所涉物业又以更高的租金与第三人签订租赁合同且腾空物业让第三人实际进驻,在此情况下,承租方若等待至年底再与出租方协商将处于非常不利的局面,重新寻找物业和签订新的合同需要支付更高的租金成本,且出租方到时无法实际履行合同,但若承租方此时不解除其与出租方的合同而去洽商和签订新的合同又会面临万一出租方到年底履行合同则承租方需要向新的出租方支付违约金的风险,如果按照只有已经生效的合同才能解除的规则,该案中的承租方便只能坐以待毙。当然,承租方可以运用《合同法》第108条预期违约的规则寻求救济,但问题是会遇到

(14) 参见马俊驹、余延满《民法原论》,法律出版社2007年版,第603页;王利明《民法》,中国人民大学出版社2008年版,第475页;魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第467页;谭启平主编《中国民法学》,法律出版社2018年版,第491页。

(15) 同前注〔7〕,王利明书,第316页。

(16) 同前注〔5〕,韩世远书,第503页。

(17) 刘凯湘《合同法》,中国法制出版社2010年版,第365页。

(18) 同前注〔8〕,崔建远文,第73-74页。

预期违约同样需要以合同已经生效为前提的障碍，承租方左右为难，惟有赋予其解除权方为良策。

当然，在法理逻辑上有可能遇到的麻烦是：尚未生效的合同对当事人本来就没有法律上的约束力，何须解除？是否多此一举？笔者以为，其一，上述实例已经告诉我们将尚未生效的合同作为解除对象并非多此一举，而是有其现实意义；其二，尚未生效但已经成立的合同并非在当事人之间不具有任何约束力，不能认为尚未生效的合同意味着在当事人之间不发生任何法律关系，不产生任何效力，实际上，无论是附生效条件的合同、附始期的合同，还是效力待定的合同，都已经使当事人进入了债的“法锁”，受债法的约束，只是约束力的强度与广度不及已经生效的合同而已；其三，就逻辑而言，恰如崔建远教授所言，“既然已经发生效力的合同尚且可以解除，不再受合同严守原则的约束，那么，举重明轻，尚未生效的合同，约束力弱甚至没有，就更应当允许解除了。”⁽¹⁹⁾ 信哉斯言！

（二）涉他合同可否成为解除的对象？

通常的合同都是束己合同，但法律允许当事人通过合同为他人（第三人）设定权利或义务，由此形成了涉他合同。《民法典》规定了两种类型的涉他合同，即：为第三人设定权利的合同，亦即合同约定由债务人向第三人履行的合同（第522条）；为第三人设定义务的合同，亦即合同约定由第三人向债权人履行的合同（第523条）。

在约定由第三人履行债务的场合，合同单纯为第三人设定义务，第三人负担义务而不享有权利，是谓增加了第三人的负担，而今合同债权人行使解除权解除了合同，第三人因此而“获得解放”，无需再承担义务，对于第三人而言是纯粹的“利好消息”，丝毫不损害第三人的利益，法律不存在不允许之理，所以，单纯地为第三人设定义务的合同，完全可以由合同当事人解除，无论是基于约定解除还是法定解除。此应无疑义。

在约定向第三人履行债务的场合，当事人可否行使约定或者法定解除权，便成问题，因为此种情形属于纯粹的利他契约，第三人享有债权中的受领权，只享有合同权利而无需承担合同义务，若允许当事人解除合同，可能会危及第三人的利益，侵害第三人的受领权。是故，于此情形能否赋予当事人解除合同的权利，便有肯定说与否定说之争。王泽鉴教授认为，“利他契约，一经第三人表示享受其利益之意思，其权利即归确定，若许要约人得行使法定解除权，则第三人之损害赔偿请求权将无由发生，应认为以采否定说为当”。⁽²⁰⁾ 此说不无道理，但仔细斟酌，当事人行使解除权真的会损害第三人的利益吗？颇值商榷：

其一，绝大部分的利益第三人的合同，均存在债权人与债务人之间的补偿关系（内部关系）和债权人与第三人之间的对价关系（外部关系），债权人之所以将自己在内部关系中的债权利益（受领权）约定由第三人享有，是因为其与第三人之间存在对价关系，债权人可以获得相应的对价（比如清偿或抵销对第三人的之前的债务，或受领第三人将来的给付），如果债权人解除合同，债务人不再向第三人为履行，此时存在两种情形：第一，第三人已经完成了对债权人的给付，由于现在合同解除而可能使得第三人无法基于该合同的履行获得相应的对价（受领债务人的给付），但是此种情况下他完全可以向债权人行使请求权，因其对于债权人的给付请求权因为该合同被解除而未实现，但该权利并不因此丧失，法律不需要担心他的权利不能实现。第二，第三人尚未完成对债权人的给付，则此时因该合同的被解除而使得第三人无法从债务人处获得

(19) 同上注，第74页。

(20) 王泽鉴《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第110页。



给付,但第三人同时也因此免除了对债权人的对待给付义务,或者产生了对债权人给付对价请求权的抗辩权。无论怎样,第三人的利益均不会遭受损害。

其二,在利益第三人的合同中,无论是由于债权人违约而导致债务人解除合同,还是由于债务人违约而导致债权人解除合同,对第三人的影响并无差别,应当适用相同的规则。

其三,利益第三人合同无论是否在合同中明确了该合同与债权人同第三人之间的对价关系的关联性(牵连性),只要该合同是债权人与债务人之间订立,第三人未参与合同的订立过程,未为意思表示,则当合同被解除而导致债务人不能向第三人履行、第三人不能向债务人行使给付请求权,第三人都只能是基于对价关系而去请求债权人为给付(在第三人已经完成给付的情形下)或对债权人的给付请求权予以抗辩(在第三人尚未向债权人为给付的情形下),之前《合同法》第64条就是这样规定的,该规定严守合同的相对性,第三人不能介入合同关系,其不享有对债务人的损害赔偿请求权。也正是在这个意义上,有学者并不认为我国《合同法》第64条规定了真正的利益第三人合同。⁽²¹⁾由于第三人不能介入合同关系,在合同中并不享有实体意义上的权利,则当事人解除合同便不可能对其造成权利的损害。

而根据现在《民法典》第522条第2款的规定,有限度地突破合同相对性,即“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务,第三人未在合理期限内明确拒绝,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的,第三人可以请求债务人承担违约责任”,依此规定,既然第三人享有对债务人的违约责任请求权(此处的违约责任应当包括实际履行、采取补救措施、支付违约金、赔偿损失等承担违约责任的方式),则可以扩大解释为当利益第三人合同被解除时,第三人对债务人的违约责任请求权转化为单一的赔偿损失请求权,但其前提是当事人不仅约定了利益第三人的合同,并且在合同中赋予了第三人直接请求债务人向其履行的请求权,再加上第三人未明确拒绝的条件。质言之,即便是在一定程度允许第三人介入合同的情形下,当事人的解除权也不会对第三人的权利造成危害,因为第三人可以行使损害赔偿请求权以获得救济。当然,此种情形可以进一步扩大解释到在合同中明确了该合同与债权人同第三人之间的对价关系的关联性(牵连性)场合,即:即使在合同中没有赋予第三人直接请求债务人向其履行的请求权,但合同中明确了债务人对第三人的履行与债权人同第三人之间的对价关系且为第三人所知晓(例如已经通知第三人),当债权人解除合同时,第三人或者可以基于其与债权人之间的对价关系而请求债权人为对待给付,或者可以对债权人基于对价关系的履行请求权行使抗辩权,或者可以向债务人请求损害赔偿。无论如何,都不会损害第三人的权利。所以,《民法典》的此一规定是有积极意义的,而且此一规定更证明了肯定利益第三人合同能够被当事人(主要是债权人)解除的观点之合理性。

其四,利益第三人合同有其价值,便于通过当事人的约定由一个合同的履行解决两个甚至更多的债的关系,实现数个债权,从而达到鼓励交易、节约交易成本、实现当事人意思自治的目标。如果法律规定一旦当事人约定了利益第三人的合同,则无论是基于合同约定的解除条件行使解除权还是根据法律规定行使解除权均需征得第三人的同意,否则无法解除,显然严重阻碍了当事人利用涉他合同达致上述诸项目的,实非良策。

是故,在进一步赋予利他合同中第三人合同介入权的前提下,《民法典》在合同解除的规则

(21) 薛军《利他合同的基本理论问题》,载《法学研究》2006年第4期,第116-117页;尹田《论涉他契约——兼评合同法第64、65条之规定》,载《法学研究》2011年第1期,第33-35页。

中应当明确规定：当事人在合同中约定由债务人向第三人履行债务，且约定第三人有权直接请求债务人履行债务的，当事人可以依据合同约定或者法律规定行使合同解除权，解除的通知应当到达第三人，第三人可以向法院或者仲裁机构对解除权的行使提出异议；第三人因此而遭受损失的，可以请求当事人赔偿。

当然，于此情形下唯一需要考虑的例外情况是：如果债务人基于利益第三人的合同已经实际上向第三人完成了给付，第三人受领了该给付，此时当事人（债权人或者债务人）还能够解除合同吗？例如债务人已经向第三人交付了动产，或者提供了工作成果，或者完成了劳务，或者办理了权属变更登记手续，此种情形，为维护交易秩序的稳定性和法律关系的安定性，原则上不应当允许当事人再解除合同。^[22]

（三）单务合同可否成为解除的对象？

学理上对于解除权的对象是否可以包含单务合同抑或仅限于双务合同，似乎关注不多，惟韩世远教授对此有过较为详细的探讨。^[23]

就原《合同法》第93条、94条的表述分析，其并未要求解除权系基于双务合同或者“当事人互负债务”（原《合同法》第66条、67条涉及合同履行中的抗辩权则明确地使用了该表述）。《民法典》第562、563条亦如是。于此，从解释论出发，则解除权似不应局限于双务合同，单务合同也得解除。但从合同法或者债法原理出发，解除权通常系因一方的严重违约行为损害对方权利或者导致合同无法履行或者目的不能实现，其应当发生于具有对待给付义务的双务合同场合。所以，域外法上有的便明确规定解除权仅适用于双务合同，例如《德国民法典》第323条规定“在双务合同的情形下，债务人不提供已到期的给付……，债权人可以解除合同。”^[24]《法国民法典》《瑞士债法典》《意大利民法典》也有相同规定。^[25]《日本民法典》尽管对此未有明确规定，但日本民法学界一般也认为解除权仅对双务合同有意义。^[26]

典型的单务合同一般包括赠与合同、借用合同、无息借款合同、无偿委托合同、无偿保管合同等几类。依笔者之见，单务合同由于不存在双方当事人之间的对待给付，所以实践中极少出现解除的情形，这恐怕也是域外法上通常都规定解除制度仅仅适用于双务合同的原因，但这不等于理论上单务合同就缺乏适用解除制度的可能性，实践中也应当有此需要。下面以赠与合同、借用合同和无息借款合同为例予以说明。

1. 赠与合同

赠与合同中，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与（原《合同法》第186条、《民法典》第658条），此为赠与的任意撤销，而非解除；当受赠人出现严重不法或不当行为时，赠与人可以撤销赠与（原《合同法》第192条、《民法典》第663条），此为赠与的法定撤销，法条中使用的概念也是“撤销赠与”。此外，当赠与人确属无力履行赠与义务时，赠与人可以拒

[22] 同前注 [13]，崔建远文，第85页。

[23] 同前注 [5]，韩世远书，第508-510页。

[24] 同前注 [6]，《德国民法典》，第122-123页。

[25] 参见《意大利民法典》第1453条，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社1997年版，第383页；《瑞士债法典》第107条，吴兆祥、石佳友、孙淑妍译，法律出版社2002年版，第23-24页；《德国民法典》第1184条，罗结珍译，法律出版社2005年版，第921页。

[26] 同前注 [5]，韩世远书，第509页。



绝履行赠与义务（原《合同法》第195条，《民法典》第666条），此学说上一般称之为拒绝履行抗辩权或穷困抗辩权。⁽²⁷⁾

由此，就立法而言，我国合同法上确实不存在赠与合同的解除制度。但是，在笔者看来，除了赠与物交付之前的任意撤销，在受赠人出现严重不法或不当行为时，如严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、对赠与人有扶养义务而不履行、不履行赠与合同约定的义务，此与法定解除中的一方严重违约行为而导致的对方解除权的立法原理与目的其实是完全一致的，其撤销的后果与解除也无二致，所以只是用语或概念使用的不同而已，实质就是解除合同。⁽²⁸⁾ 尽管赠与合同中不存在对待给付义务，但受赠人的上述不法或者不当行为会严重影响赠与人当初设立赠与合同的初衷，无法实现其合同目的，此与双务合同中的根本违约而导致的解除实为异曲同工。假若当初《合同法》或现在《民法典》在此处使用了“解除”的概念，大家也就接受这一概念了。

从《民法典》第666条规定的赠与人的拒绝履行抗辩权分析，在赠与人确属无力继续履行赠与合同（经济状况恶化以至严重影响其生产经营或家庭生活）的场合，如果仅仅是赋予赠与人履行抗辩的权利，赠与合同效力依旧存在，其抗辩权的行使“只发生暂时不履行赠与义务而延期给付的效力，赠与合同依然存续，一旦赠与人的经济状况日后转好，受赠人仍可请求赠与人履行”，⁽²⁹⁾ 这对于赠与人无疑是一个挥之不去的紧箍咒和道德负担，本来做好事的人却被法律背上了道德的枷锁。所以，在此情形下允许赠与人解除赠与合同更符合立法旨趣，也更能够鼓励人们从事善行。

并且，尽管赠与合同为单务合同，受赠人不存在对待给付义务，不会发生因受赠人违反对待给付义务而导致赠与人的解除权，但倘若因不可抗力或意外事故而致使赠与人不能履行赠与义务，则即便是属于《民法典》第658条第2款规定的“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同”，依笔者之见，赠与人也应当可以解除合同。

极而言之，赠与合同应当适用合同解除制度，立法上也已经承认解除制度，只是使用了“撤销”的概念而已。其实，“撤销”的概念反倒容易与可撤销合同及债的保全撤销混淆，还不如直接使用名实相副的“解除”更好。同时在赠与合同一章增加如下规定：赠与人因客观情形而无力履行赠与义务的，经过一定合理期限后可以解除合同；对于具有救灾、扶贫、助残等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，在发生不可抗力或意外事故致使赠与人不能履行赠与合同的，赠与人可以解除合同。

2. 借用合同

借用合同因为学理上一般将其理解为实践性合同，出借人将出借物交付给借用人时合同才生效，故其为单务合同，出借人只享有接受返还的权利，借用人负有按期返还出借物的义务。动产、不动产均可作为借用合同的标的物，借期依约定可长可短，借用人无需支付任何费用。所以不存在因借用人拖欠或拒绝支付使用费之严重违约行为而发生出借人的解除权。但是，在较长期限的借用合同场合，如果出现借用人擅自改变出借物的用途、损坏出借物等情形，在借期到来之前出借人为什么不可以行使解除权呢？在一则汽车借用纠纷中，甲乙系朋友，甲出于

(27) 刘春堂《民法债编各论》(上)，(我国台湾地区)三民书局2008年版，第204页。

(28) 同前注〔5〕，崔建远书，第487页。

(29) 同上注，第489页。

友情在自己出国半年期间将一辆高档汽车无偿借给乙使用，后甲通过其他的朋友了解到乙经常不按照使用方法操作使用车辆，到第四个月时车辆已经两次进4S店修理，此时甲不再顾及情面要求乙返还车辆，实则要求解除借用合同。显然，没有理由不支持甲的请求。

3. 无息借款合同

银行及非银行金融机构提供借款的借款合同（实践中称为金融借款合同）属于有偿合同、诺成合同、双务合同，理论上并无争议。但是，其他民商事主体之间的借款合同（即所谓的民间借贷）既可以是有偿也可以是无偿，在有偿时视其为诺成合同与双务合同问题不大，而在无偿（无息）的情况下该借款合同的性质如何便存疑问。大多数学者认为自然人之间的无息借款合同不属于诺成合同，而属于实践性合同，进而属于单务合同⁽³⁰⁾。惟崔建远教授主张所有的借款合同均为诺成合同，即便之前《合同法》将“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效”（原《合同法》第210条，《民法典》第679条），也只是将交付行为作为合同的生效要件而非成立要件，故自然人之间的无息借款合同仍然是诺成合同与双务合同。⁽³¹⁾

笔者认为，若将无息借款合同定性为诺成合同与双务合同，则出借人无疑可以享有解除权，若将其定性为实践性合同与单务合同，则由于借款合同标的物为作为一般等价物的货币，借款人取得其所有权，故不存在借款人在借款期限届满之前的严重违约行为，也不像商业借款合同中存在借款人不按用途使用借款的情形，故确实不发生解除权。现在《民法典》将自然人之间的借款合同改为了自贷款人提供借款时合同成立，依此规定，自然人之间的借款合同为实践性合同，故不存在解除的可能性。

至于无偿委托合同，笔者以为委托合同的有偿与无偿并不能对解除权的享有发生何种影响，故与有偿委托合同一样，双方应当享有解除权。无偿保管合同中的寄存人应当享有解除权，但保管人不应享有解除权，因为不会发生寄存人严重违约的情形。

综上，单务合同原则上都适用合同解除规则，只有个别的例外情形不适用。

（四）可撤销合同可否成为解除的对象？

可撤销合同在被撤销之前仍为有效之合同，只是其效力存在某种瑕疵，将来有被否定的可能性，若此时又发生了约定的或者法定的解除情形，两种形成权即撤销权与解除权并存于同一合同之上，且均未超过约定的或者法定的除斥期间，该如何处理？

崔建远教授为之设计了一套非常详细繁复的规则，一种情形下又分解出若干情形，每种情形有不同的规则适用。⁽³²⁾这套规则考虑到了两种形成权并存可能产生的各种具体情况，具有很强的操作性。但立法上很难为此一问题腾出那么多的条文出来，笔者的建议是：第一，《民法典》应当对此问题作出规定，填补原《合同法》在这一方面的漏洞；第二，立法上采取原则性的规定，只需给出原则性的规则即可，具体情况待个案中由法官通过解释论的路径寻求最佳的方案。

首先，如果解除权与撤销权属于同一人，则其享有选择行使解除权抑或撤销权的权利，对方不能就此选择作出抗辩。理由很简单：权利本来就同时归于一人，选择何种权利都是对方必

(30) 同前注〔14〕，王利明书，第519页；魏振瀛主编书，第511页；马俊驹、余延满书，第665页；杨立新《合同法专论》，高等教育出版社2006年版，第400页；黄和新《中国合同法论》，南京师范大学出版社2008年版，第354页；李永军《合同法》，中国人民大学出版社2016年版，第289页。

(31) 同前注〔5〕，崔建远书，第490-491页。

(32) 同前注〔8〕，崔建远文，第74-75页。



须承受的结果。当然，权利人不能在作出选择之后反悔，或者同时主张两种权利。

其次，如果一方享有解除权而另一方享有撤销权，则依据谁先行使权利谁先受保护的原则，支持在先行使解除权或者撤销权一方的请求。若同时行使，则需分析撤销权的具体事由，如果撤销权的发生是由于权利人一方受对方欺诈或者胁迫所致，或因对方乘人之危且结果显失公平，则应优先保护撤销权的行使，并排除对方解除权的行使。如果是由于权利人一方自己的过错导致的重大误解而行使撤销权，则应当优先保护解除权。

遗憾的是此次《民法典》对于解除权与撤销权竞合的问题仍未给予关注，仍然形成立法漏洞。基于上述，笔者建议《民法典》将来增加对解除权与撤销权竞合规则的条文，具体表述为：①在合同编第三章“合同的效力”中规定：享有撤销权的一方当事人同时具备本编第七章规定的约定或者法定解除权行使条件的，由其选择行使撤销权或者解除权。②在第七章“合同权利义务的终止”中规定：一方当事人享有约定或者法定解除权，另一方当事人享有本法总则编第六章规定的撤销权，双方同时行使权利，撤销权系因受对方或第三人欺诈、胁迫，或因对方乘人之危且显失公平而发生者，受理撤销权人的请求。撤销权系因重大误解而发生者，受理解除权人的请求。

五、从给付义务、附随义务与合同解除

一般而言，除不可归责于当事人的客观情形外，合同解除主要是由于一方当事人的违约行为所致，而且是严重的违约行为，换言之，轻微的违约行为不能产生解除权，否则合同严守与鼓励交易的立法目的便难以实现，正如王利明教授所指出的，合同法“除具有保障合同当事人的权益，即保护功能外，还具有一个重要的功能和目标，即鼓励当事人所从事的自愿交易行为的功能”。⁽³³⁾

所以，学理上的通说是必须达到根本违约才能导致合同解除，即“在违约的情形下，法定解除的基本条件是根本违约”。⁽³⁴⁾《民法典》第563条第1、第4项均使用了“不能实现合同目的”的表述，此一表述的另一种方式就是根本违约。而根本违约通常又只能是对主给付义务即主要债务的违反，所以《民法典》第563条第2项使用的是“不履行主要债务”，第3项使用的是“迟延履行主要债务”。由此一来，是否可以得出这样的结论：只有违反主要债务或者主给付义务才能解除合同，违反从给付义务或者附随义务不能解除合同？

通常情形下这一观点应当是成立的，但民商法中的原则与规则鲜见没有例外的情形，或者说，几乎不存在没有例外的原则与规则。根本违约作为解除合同的基本原则同样有例外，换言之，某些情形下从给付义务与附随义务的违反也可能构成解除合同的事由。

首先，根本违约本身就是一个难以界定的概念，最终要考查违约的程度、对对方的损害以及合同目的的实现等几个关键因素。在域外，英国法主要是根据违约的后果的严重程度判断是否构成根本违约，而根据德国法，当一方的原因致部分给付不能、给付迟延或不完全给付时，如果合同的履行对于对方无利益，则对方得解除合同。⁽³⁵⁾这已经开启了向非根本违约亦可解除合同的方向前进之先例。

(33) 王利明 《合同法的目标和鼓励交易》，载《法学研究》1996年第3期，第28页。

(34) 王利明 《合同编解除制度的完善》，载《法学杂志》2018年第3期，第20-21页。

(35) 韩世远 《根本违约论》，载《吉林大学社会科学学报》1999年第4期，第31页。

其次，尽管从给付义务与附随义务的违反通常不至于给对方以严重的损害后果，但如果此种给付义务对于债权人权利的实现、预期利益的实现、合同目的的实现具有与主给付义务同样重要性和意义，则其纵然为从给付义务或附随义务，亦应当赋予其与违反主给付义务相同的法律效果，方能达致法律设置解除权制度之初衷。例如，在笔者审理的一起增资扩股协议纠纷中，合同约定甲方的主要义务是向乙方转让 20% 的股权、保证公司经营业绩的连续性、完成两项发明专利的申请等三项主要义务，同时约定甲方需保证公司的管理团队在三年内不发生变化，后甲方履行完毕上述三项主要义务，但公司的管理团队在第二年发生重大变化，核心管理与技术人员有近一半被公司解聘，乙方遂提起仲裁请求裁决解除合同，理由是甲方构成根本违约，甲方抗辩其不构成根本违约，只是次要义务的履行存在部分瑕疵。仲裁庭经研究后认为从合同的相关条款可以判定乙方对于公司经营管理团队和核心技术人员的稳定性十分关注，是其向目标公司进行战略投资的关键因素，故其尽管属于甲方的从给付义务，但对于乙方合同目的的实现具有重大意义，大批核心管理与技术人员的离职将无法实现乙方的合同预期，故支持了申请人的仲裁请求，裁决解除合同。

再次，从《合同法》第 94 条到《民法典》第 563 条尽管采用了“不能实现合同目的”的表述，而没有使用“根本违约”的概念，但理论上认为其实际上是采用了根本违约的观点。然而，即便认同此一见解，也难以得出该条含有的“只能是根本违约才能解除合同”的结论，因为该条所规定的四种法定情形均未使用“给对方造成严重损害”或“致使对方的合同中的预期利益无法实现”的表述，更没有像《联合国国际货物销售合同公约》那样要求违约方的主观过错，即“违约方并不预知”，亦即超过违约方的合理预期。质言之，域外法上包括国际条约与国际惯例中所规定的“根本违约”是有非常严格的构成要件的，而我国原《合同法》第 94 条和现在《民法典》第 563 条并没有给出这样的严格条件，相反它是相对宽松的条件要求。如此，将“不能实现合同目的”扩展到从给付义务与附随义务当更属得当。并且，从《民法典》第 563 条第 4 项规定的“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，此处的“债务”并未像第 2、第 3 项那样限于“主要债务”，也说明《民法典》仅强调“不能实现合同目的”，而并没有规定必须是给对方造成严重损害的违约情形。

再次，《联合国国际货物销售合同公约》中尽管原则上采用了根本违约的条件，但也同时规定了在主要义务以外的义务违反时同样赋予一方当事人解除合同的权利，例如卖方的主要义务是交付货物、移交单据与所有权及权利担保三项，但其他一些非主要义务的违反也可能构成根本违约，比如在 FOB 条件下卖方装运货物后未及时通知买方以便其办理保险，在成套设备引进合同中卖方未履行技术转让、人员培训义务，在 DDP 条件下卖方不能直接或间接地取得货物进口许可证等，在此等情形下，卖方违反的均为从给付义务而非主给付义务，但买方有权宣告合同无效（即解除合同）。⁽³⁶⁾

第四，我国已经有单行民商事立法和司法解释明确规定了从给付义务或附随义务的违反可以成为解除合同的理由，例如，《保险法》第 16 条第 1、2 款规定“订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。”显然，如实告知义务并非保险合同中投保人的主给付义务而属从给付义

(36) 李巍 《联合国国际货物销售合同公约评注》，法律出版社 2009 年版，第 227 页。可同时参阅《联合国国际货物销售合同公约》第 49 条、第 51 条。



务,但当投保人违反该义务时保险人享有解除权。这是因为该条第1款所规定的告知事项对于保险人而言是关乎其合同预期利益和合同目的的重要事项,其违反会给保险人带来极为严重的损害。又如,最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》第9条规定:“发包人具有下列情形之一,致使承包人无法施工,且在催告的合理期限内仍未履行相应义务,承包人请求解除建设工程施工合同的,应予支持:……(三)不履行合同约定的协助义务的。”此处的“协助义务”是典型的从给付义务或者附随义务,但违反该义务可以成为对方解除合同的事由。

事实上,直接明了地规定违反从给付义务也可解除合同的规则已经由最高人民法院的司法解释予以确立:最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第25条规定,“出卖人没有履行或者不当履行从给付义务,致使买受人不能实现合同目的,买受人主张解除合同的,人民法院应当根据合同法第九十四条第(四)项的规定,予以支持。”此一司法解释是在总结司法实践中因违反从给付义务或者附随义务而引发的合同纠纷不在少数、进而需要提供相应规则的背景下设置的,立法应当正视此种现实情形,借鉴司法解释已经设计好的规则,方能体现合同法律制度呼应与促进社会经济发展之生命力。故《民法典》最好的选择是能够明确规定当事人一方违反从给付义务或者附随义务致使对方遭受重大损害或者不能实现合同目的的,对方享有解除合同的权利。正如韩世远教授所指出的“附随义务的违反,通常并不因此发生相对人的解除权。但如果附随义务成为了合同的要素,其不履行会导致合同目的不能达到场合,可例外地承认解除权的发生。”⁽³⁷⁾当然,对违反从给付义务与附随义务而享有的合同解除权应当规定比违反主给付义务更为严格的适用条件。⁽³⁸⁾由于此次《民法典》最终未能对此问题作出规定,笔者建议将来修改时在合同法定解除权一节增加一款,或者单独设立一条:当事人一方违反从给付义务或者附随义务,致使对方不能实现合同目的,对方可以解除合同。

六、解除权行使规则之细化

解除权的行使规则需要明确和细化之处主要有三个方面:第一,解除权的行使方式,特别是通知解除与诉请解除的关系;第二,解除权的法定除斥期间;第三,对方对解除权的异议权的行使方式与除斥期间。下面分别予以讨论:

(一) 解除权的行使方式

解除权为形成权,自得依权利人的意思表示以单方行为而为之,由此产生法律关系变动的效果,既无需征得对方的同意,也不必向人民法院或者仲裁机构以公力救济的方式诉请,此在我国民法学界已无争议,且原《合同法》第96条也已明确规定“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。”《民法典》第565条承继了此一规则。但域外法对于解除权的行使方式其实并不是只有一种模式,而是存在三种立法例:以法国为代表的诉请解除,即当事人行使解除权必须向法院提起诉讼,不能自行解除;以日本为代表的自动解除;以德国为代表的当事人意思表示解除。⁽³⁹⁾

(37) 同前注〔5〕,韩世远书,第519页。

(38) 相同的观点,参见同前注〔13〕,崔建远文,第85页。

(39) 同前注〔30〕,李永军书,第243-244页;汪张林、杜凯《论合同解除权的行使》,载《西南政法大学学报》2005年第1期,第106页。

尽管我国原《合同法》第96条似乎明确了解除权的行使方式，但对于如何理解第96条的规定，仍然存在不同的解释，需要在理论上更有清晰的说明。这些不同的解释或者争议体现在：其一，解除通知到底能不能产生解除合同的效力？由于第96条后半句赋予了对方的异议权，是否意味着解除通知并不能直接产生解除合同的效果？通知解除的效力是否还需要司法机关的确认？其二，是否需要先履行通知义务，再诉请法院解除，亦即将通知作为前置程序？当事人能不能不经通知而径直向法院或者仲裁机构诉请解除？其三，“应当通知对方”是否意味着只能以通知的方式解除合同，而不能诉请解除？其四，是否相反，不能以通知的方式解除，而只能通过诉请的方式解除，一如《法国民法典》第1184条的规定？⁽⁴⁰⁾对上述疑问与争议，笔者的分析意见如下：第一，通知即可产生解除合同的效果，原《合同法》第96条表述的“合同自通知到达对方时解除”的含义是非常明确的，不容置疑的。惟其如此，才符合解除权作为形成权的性质，才能够通过私力方式解除合同，避免增加当事人的诉累。如果对方没有异议，或者没有在法定的除斥期间行使异议权，便能达到通过私力救济的方式解除合同的后果。公力救济不是必然要经过的程序。

但是，第二，不能由此推导出解除权只能通过私力的方式进行，只能向对方发通知才能解除合同，或者以通知作为公力救济方式的前置程序，相反，解除权应当解释为既可以私力为之，即由当事人发出解除通知而解除，也可以公力的方式进行，即由当事人直接向法院或仲裁机构诉请解除，理由有三：①合同解除权的行使对双方当事人均触及重大利益，尤其是对对方当事人，故对方提出异议的可能性极大，而一旦对方有异议就必须走向公力诉请的程序，大多数情况下最终还是要通过法院或者仲裁机构解决，如果允许当事人直接寻求公力救济，显然既节省时间又节省经济成本，可以一次性解决纠纷。②解除权不像很多其他的形成权，比如催告权、追认权、拒绝权、撤销权、选择权等，仅对法律关系的某个环节或某个方面产生影响，而解除权的行使涉及合同效力的终极消灭，涉及恢复原状、赔偿损失等请求权，所涉甚巨，应当允许作出选择，包括选择直接诉请公权力机关的介入。③对应民事诉讼程序而言，通过提起诉讼解除合同也完全符合形成之诉的要件与价值，并且可以由司法机关同时解决形成之诉与给付之诉纠纷。

有鉴于上述争议与不明确之处，此次《民法典》对这个问题予以了澄清，其于565条第2款规定“当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除”。依此规定，首先，解除权的行使既可以通过向对方发出解除通知的方式进行，也可以直接通过公力救济的途径进行，即直接向法院或者仲裁机构诉请解除，发出解除通知不是公力救济的前置程序；其次，如果法院或者仲裁机构支持了当事人解除合同的诉请，则合同解除的时间为起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方的时间。该条规定不仅明确了解除合同的私力救济与公力救济之间的关系，而且更明确了公力救济时合同解除的时间节点，赋予送达起诉状副本或者仲裁申请书副本以解除通知到达的效力，使得合同解除规则得到细化，殊值肯定。

（二）解除权的法定除斥期间

原《合同法》第95条第1款规定：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。据笔者了解，实践中当事人在合同中预先约定解除权行使期间

⁽⁴⁰⁾ 《法国民法典》第1184条第3款规定“解除契约，应向法院提出请求，法院得视情形给予被告一个期限。”同前注〔25〕，罗结珍译《法国民法典》，法律出版社2005年版，第921页。



(除斥期间)的几乎见不到。此处的“法律规定”是指《合同法》以外的其他法律(主要是商事法律)对特定合同中的解除权作出的规定,例如《海商法》第97条关于航次租船合同中的特殊解除权除斥期间、《保险法》中投保人与保险人就有关投保人违反如实告知义务而产生的解除权的除斥期间的规定,等。问题是:除了特别法的规定外,如果《合同法》总则没有对合同解除权除斥期间的一般性规定,就使得所有的典型合同及非典型合同均缺乏统一的解除权行使的除斥期间,尽管原《合同法》第95条第2款规定了“法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭”,但一则如前所述当事人事先约定解除权除斥期间的几乎没有,二则所谓的法律规定又仅限于民商事特别法的规定,反倒使得绝大部分的典型与非典型合同缺乏一般的除斥期间适用规则,三则所谓的“合理期限”缺乏明确的判断标准,四则如果对方没有进行催告该如何计算除斥期间,而实践中进行催告的情形也是很罕见的,未进行催告的居多。⁽⁴¹⁾事实上司法实践中已经因为“合理期限”的不明确、未经催告时的期间如何确定规则缺失而产生了相差甚巨的不同判决。值得赞许的是,现在《民法典》弥补了此一立法缺憾,其第354条第2款规定的“法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使”则解除权消灭的规定。

但是,给予解除权一年的除斥期间是否太短了?《民法典》规定为一年很可能是受到《民法总则》中规定的可撤销法律行为的撤销权行使期间为一年的影响,但是笔者认为,其一,可撤销法律行为是由于在合同订立过程中的问题,往往涉及合同效力层面的瑕疵,伴随着意思表示的不自由(胁迫、欺诈等)或意思表示的不真实(重大误解),不宜长时间使法律关系效力处于可能遭受否定性挑战的状态,故一年期间较为合适,而解除权的行使是基于合同履行中出现的问题,合同效力并不存在瑕疵;二则,很多继续性的重大合同如租赁合同、建筑施工合同、股权转让合同、期房买卖合同等,本来合同的履行期限就较长,在履行期内的任何时点都有出现违约或者意外风险的情况,导致解除权发生的事由较多,应当给当事人相对更长一些时间来处理和应对此事;三则实践中特别是商事交易中出现解除事由时双方当事人往往会继续较长时间的磋商,法律如果把解除权的除斥期间规定得过短,容易使得当事人因担心罹于除斥期间而放弃磋商,此与鼓励交易、尊重意思自治、鼓励通过协商解决纠纷的理念相悖。是故,建议对解除权的除斥期间予以适当延长,比如延长到2年。同时,也需要考虑到权利义务关系状态的稳定性,最好是如撤销权那样规定绝对(最长)除斥期间。综合考虑以上诸因素,未来修改《民法典》时可以考虑将上述条文修改为“法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起两年内不行使的,解除权消灭。自解除权事由发生之日起5年内未行使的,解除权消灭。”

惟须注意的是,如果因解除合同而可能发生的给付请求权、采取补救措施请求权等已经罹于诉讼时效,而解除权仍在约定的或者法定的除斥期间之内,此时是否应当允许解除权的行使?颇费思量。⁽⁴²⁾笔者以为,若解除权人主张解除合同,且同时请求赔偿损失、返还价款等,而债务人主张此等请求已经超过诉讼时效的抗辩,则纵使解除权尚未罹于除斥期间,则解除权不能行使,诉讼时效届满的法律效果应当及于除斥期间,否则有可能鼓励当事人规避诉讼时效制度。

(41) 南丰美、丁广宇《合同解除权行使“合理期限”之司法认定——基于36份裁判文书的分析》,载《法律适用》2019年第22期,第89页。

(42) 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答》,载《政治与法律》2005年第3期,第38页。

但是，如果解除权人仅仅是请求解除合同，并未同时提出给付请求权，或者提出的是基于合同解除后的物权请求权（如所有物返还请求权），甚或即便其提出的是给付请求权但债务人并未提出时效抗辩的，则解除权应当可以行使。诉讼时效与除斥期间均为法律赋予当事人的时效利益，法律不能完全只保护其一而忽略另一，而需根据不同情形设置不同的规则，方合民法之公平原则。建议将来《民法典》修改时增加一条规定：因解除合同而发生的给付请求权、采取补救措施请求权超过诉讼时效期间，且债务人提出诉讼时效抗辩的，解除权消灭。

催告属于准形成权，其行使本身并不能产生法律关系变动的后果。在《民法典》已经对解除权的除斥期间作出规定的情况下，为防止对方当事人恶意催告，使解除权的实际存续期间远远短于法律规定的除斥期间，法律不宜直接作出催告后解除权人应当行使解除权的具体期间，而只能规定一个相对灵活的合理期限。原《合同法》和现在《民法典》表述的“经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭”是完全正确的。最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定的“经对方催告后，解除权行使的合理期限为三个月”实在太短，应当予以适当延长，比如延长至六个月。

（三）对方当事人对解除权的异议权的行使方式与除斥期间

原《合同法》第96条最后一句规定“对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”此一规定给出了两个具体规则：第一，解除权人的对方当事人享有对解除合同的异议权；第二，异议权可以通过诉讼或者仲裁的方式进行。但是，其留下的疑问与争议有四项：其一，“可以请求”的主体肯定是对方当事人吗？排除了解除权人自己吗？其二，是只能通过裁判的方式提出异议，还是既可以通过裁判方式也可以通过向解除权人发出异议函的自力救济方式提出？其三，行使异议权有没有期限限制？换言之，异议权有除斥期间吗？其四，理论上而言，异议期限的法律效力是什么？是否一旦过了该期限对方当事人便当然丧失异议权，且合同肯定被解除？这事实上涉及对异议权性质的认定。上述诸问题的存在导致司法实践中法官往往感到无所适从，裁判结果各异。⁽⁴³⁾

针对第一个疑问与争议，《民法典》进行了妥善的补充：其第565条最后一句规定“对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。”由此解决了有权请求法院或者仲裁机构确认解除效力的主体问题，即双方当事人均有权。但该条从解释论上应当理解为包含以下意义：①对方在收到解除通知后，如果对解除有异议，其有权提出异议。此即合同解除制度中的异议权，其性质与解除权一样属于形成权，但又有区别。②与解除权这种形成权关键的不同之处是，异议权只能通过公力救济的方式行使，即必须向法院或者仲裁机构提出异议，请求确认解除行为无效。如果对方只是在收到解除通知后给解除权人回函表示不同意解除合同，则不属于行使异议权，不发生行使异议权行使的后果，不能产生阻却合同解除的后果。③对方在向法院或者仲裁机构行使异议权时，可以只是仅仅请求法院或者仲裁机构确认解除权人的解除行为无效这一唯一的诉讼请求或者仲裁请求，此为纯粹的形成之诉，也可以同时提出请求解除权人继续履行合同的请求，形成之诉与给付之诉合一，法院或者仲裁机构需要对两项请求同时作出裁定。④一旦对方向法院或者仲裁机构提出异议权之诉，则暂时阻却解除通知效力的发生，合同未被解除，须等待法院或者仲裁机构的裁判结论。

(43) 李晓艳 《合同解除权行使的若干争议问题》，载《山西省政府管理干部学院学报》2009年第2期，第80页。



⑤对方当事人可以径直向法院或者仲裁机构提出诉讼或仲裁请求，而无须向解除权人发出异议函再行提起确认之诉。解除权人在收到法院或者仲裁机构寄送的对方当事人的异议权之诉的法律文书副本后，有权提出反诉或者仲裁反请求，请求法院或者仲裁机构确认解除行为有效。

⑥如果对方当事人向解除权人发出异议函，则解除权人可以在收到异议函后直接向法院或者仲裁机构提起确认解除行为有效的请求。

⑦司法实践中，如果解除权人未向对方发出解除通知，而是直接向法院或者仲裁机构提出确认之诉，法院或者仲裁机构应当受理，不得要求其先行发出解除通知待对方有异议后再提起诉讼或仲裁。如前所述，《民法典》较之于原《合同法》对此也有非常积极的补充规定“当事人一方未通知对方而直接以诉讼或者仲裁方式主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。”解除权人可以一边向对方发出解除通知一边向法院或者仲裁机构提起诉讼或仲裁。在仲裁实践中，解除权人可以主动请求仲裁机构裁决解除合同，也可以主动请求仲裁机构确认解除行为的效力即合同已经解除。

对于第二个疑问，大部分学者主张只能通过公力救济即司法裁判的方式进行^[44]，但也有个别学者认为既然原《合同法》第96条使用的是“可以”而非“应当”或者“必须”，现在《民法典》565条最后一句也仍然是规定“对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。”则应当解释为可以由对方当事人选择，不必非经司法裁判程序，也可以通过意思自治的方式行使。^[45]笔者认为，此种解释尽管有其合理性，但一旦对方收到解除通知后给解除权人回一份异议函就能够阻止合同解除效果的发生，则事实上在很大程度上等于否了解除权作为形成权的意义，迫使解除权人只能直接走向公力救济途径，容易导致异议权的滥用，较之于司法裁判说，其缺陷实为明显。从《民法典》第565条最后一句的文义解释出发，也应得出只能向法院或者仲裁机构请求确认解除行为的效力，而不能由当事人自己决定解除行为的效力。

对于第三个疑问，很遗憾《民法典》未有作为，即仍然像之前的《合同法》一样没有规定异议权的除斥期间。法律不规定异议权的除斥期间，弊大于利，完全由法官或仲裁员根据个案自由裁量也不太合适。崔建远教授提出区分不同原因引起的合同解除适用不同的除斥期间，不无道理，但逻辑上有一个很难解释的问题：如果异议权的行使期间要区分约定解除与法定解除、法定解除中的违约解除与非违约解除，那么解除权的行使期间是否也要作同样的区分？这样一来问题就有点复杂。所以笔者还是建议采用统一的除斥期间。具体期限，笔者完全同意崔建远教授指出的，“该期限不宜长”^[46]。考虑到异议权不能以意思表示的方式行使，只能提起诉讼或仲裁，而提起诉讼或仲裁需要一定的时间准备证据材料、聘请律师等，故笔者认为《合同法司法解释（二）》第24条规定的三个月异议期限可以接受^[47]，建议以三个月为宜。

针对第四个问题，即异议期间届满的效力及异议权的性质，争议更大。王利明教授认为，

[44] 参见同前注 [42]，崔建远文，第40页；同前注 [12]，徐纯先文，第146页。

[45] 雷裕春《合同解除权行使的若干问题》，载《学术论坛》2007年第5期，第160页。

[46] 同前注 [42]，崔建远文，第40页。

[47] 《合同法司法解释（二）》第24条规定“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”

“如果说解除权是形成权，那么异议权在性质上属于请求权，即请求撤销合同解除的权力”，且认为如果对方当事人未在异议期间内提出异议，则法院仅需对此做形式审查，一旦发现逾期情形，就可以驳回相对人的异议，而不必就解除权是否成立做实质审查。⁽⁴⁸⁾ 崔建远教授未明确指出异议权的属性，但也认为异议权制度的目的在于尽早稳定法律关系，故若有异议期间限制，在违约方对解除合同提出异议时，裁判机构可以进行形式审查便可容易地裁决是否驳回起诉。⁽⁴⁹⁾ 也有年轻学者如贺剑教授认为所谓的异议权根本不是实体性权利，而是对方当事人提起确认之诉的诉权而已，《合同法司法解释二》第24条规定异议期间是错误的。⁽⁵⁰⁾

异议权当然不同于异议权之诉，这就如同撤销权不同于撤销权之诉一样，前者是后者的发生依据，后者是前者在诉讼程序中的体现。解除权是形成权学界无争议，通过裁判方式行使解除权而提起的诉讼属于典型的形成之诉，即以变动法律关系为诉的目标，通过裁判方式行使异议权（且按照法律规定只能通过裁判方式进行）而提起的诉讼是以确认解除行为的效力为目标，应当属于确认之诉。但是，异议权性质的确定对于如何安排异议权的行使规则应当不构成实质性的影响，我们可以把对异议权性质的争议先放在一边，“搁置争议，共同开发”，尽量把异议权（也许它确实就不是一个实体权利，徒有权利之名而无权利之实）的行使方式、行使后果、行使期间、期间届满的后果等细节设计好，以推进整个合同解除权制度的完善。

如果一方面主张法律应当规定异议权的行使期限，即异议期间，另一方面又认为即使过了该约定的（实践中约定异议权行使期间的情形就如同约定解除权行使期间的情形一样十分罕见）或者法定的期间却仍然能够行使异议权，超过法定期间后对方当事人再提起异议权之诉，若解除权人提出超过异议期间的抗辩，法院却依然如同没有发生异议期间已经过的事实一样，依然对违约方的异议权之诉进行实质审查，并且如果发现解除权不符合实质条件时便支持异议权人的诉请，裁定解除行为无效，合同未被解除，并且可能同时支持异议权人关于继续履行合同的请求，试想，那法律规定异议期间就纯粹属于多此一举了。其实，法律设置异议期间的目的就是要促使违约方对解除通知尽早做出反应，并且承担未能及时作出反应的不利后果，即不能再行使异议权。所以，笔者完全赞同王利明教授的主张，即异议权人在异议期间届满后再提起的异议权之诉，法院与仲裁机构仅需就解除权人的解除权行使进行形式审查，一旦查明解除权人是依照法律规定行使解除权（发出解除通知且达到对方），对方没有在约定或者法定的异议期间内以裁判方式提出异议，而无需再审查解除权的行使是否符合约定的或者法定的实质解除条件。⁽⁵¹⁾

七、合同解除法律效果的界定

学理上对于合同解除的法律效果到底如何，亦素来众说纷纭，并形成直接效果说、间接效果说、折衷说和债务关系转换说等不同观点，⁽⁵²⁾ 其中以直接效果说和折衷说为主。直接效果说

(48) 同前注〔34〕，王利明文，第22页。

(49) 同前注〔42〕，崔建远文，第41页。

(50) 相关争议的观点，参见贺剑《合同解除异议制度研究》，载《中外法学》2013年第3期，第593-594页。

(51) 同前注〔34〕，王利明文，第22页。

(52) 同前注〔5〕，韩世远书，第523-524页。



认为,合同解除具有溯及力,尚未履行的债务免于履行,已经履行的则根据不同情况发生返还请求权。折衷说则认为,尚未履行的债务归于消灭,但已经履行的债务并未消灭,而是发生新的返还债务。^[53]直接效果说为通说,折衷说主要为韩世远教授所主张。^[54]从原《合同法》第97条规定的“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,并有权要求赔偿损失”之内容判断,似乎也很难得出两种学说孰是孰非的结论。

合同解除后,尚未履行的不再履行,事实上是尚未履行的债因为解除而归于消灭,解除是作为一种债的消灭原因而出现和存在的,对此判断基本上没有争议。争议的焦点在于如何解释和处理对于已经履行的部分的法律关系的效力及其应对。现在《民法典》仍然采取了原《合同法》第97条的表述,只字未改,意味着立法者认为《合同法》已有的关于合同解除效果的基本立场是正确的,只是增加了两款内容,分别是关于违约解除时的违约责任请求权和解除对之前的担保责任的影响。于是,将来对合同解除效果的争论仍然是从解释论的角度进行。但这丝毫不影响对立法规定的原意与宗旨进行进一步的讨论,以求法律适用的准确与一致。

笔者认为,合同解除后对已经履行部分的效果需要从以下四个方面予以解析,并作为司法裁判需予考量的因素:

1. 对于已经履行的部分,根据合同的不同性质与给付内容,合同解除时不外乎涉及以下已经完成的履行应当如何处理:第一,已经支付的金钱(价款或货款或租金或报酬或佣金等)怎么办?第二,已经交付的动产(机器设备、原材料、交通工具、生活资料、办公用品等)怎么办?第三,已经交付的不动产(建筑物、构筑物、土地使用权等)怎么办?第四,已经交付的权利(股权、基金份额权、商标权、专利权、著作权等)怎么办?第五,已经交付的工作成果(工程等定作物)怎么办?第六,已经完成的劳务(管理、服务、保管、运输等)怎么办?第七,已经经过的履行事实状态(租用、借用等)怎么办?很显然,有的可以通过原物返还的方式恢复原状,如动产与不动产;有的可以以种类物返还的方式恢复原状,如金钱;有的可以通过变更登记(注销登记与回复登记)的方式恢复原状,如各种需要登记公示的权利。但可以肯定的是,无法对已经完成的履行或经过的状态予以恢复原状,只能通过折价等结算方式予以处理。然而上述各种处理方式的共同之处其实都是遵循假定双方不曾履行过合同约定的义务为原则,而所谓的不曾履行合同义务实质上就是使已经完成的履行不再具有约束力,或者说取消其曾经有过的约束力。此种情形,将其解释为合同解除是溯及地使得已经完成的履行或给付丧失或取消效力,是符合债的给与与债的消灭的基本逻辑的,也是符合当事人解除合同欲达致的效果的。

2. 所以,恢复原状是合同解除最主要的法律效果,而恢复原状的最通常方式就是返还,包括物的返还、金钱的返还、权利的返还。如果承认物权行为的无因性,此种返还为不当得利返还,如果不承认,则为所有物返还。

3. 合同解除与合同无效、合同被撤销的情况下,已经履行的部分如何处理的原则与规则是大体相同的,原《合同法》第58条规定“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此

[53] 崔建远《解除权问题的疑问与释答》(下篇),载《政治与法律》2005年第4期,第42页。

[54] 崔建远教授和韩世远教授为合同解除的法律效果问题曾分别撰文进行专门讨论与辨析,观点鲜明,针锋相对,师徒二人共同为这一学理与立法课题的发展贡献了各自的智慧,在民法学界至今传为佳话。

所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”《民法典》总则编关于民事法律行为无效或被撤销的后果的规定基本上沿袭了上述《合同法》的规定，其第157条规定“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”而原《合同法》第97条关于合同解除的效果的表述为“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，并有权要求赔偿损失。”《民法典》第566条也完全沿袭了原《合同法》的此一规定，其表述为“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，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”仔细比较这两段关于合同无效（包括被撤销）与合同解除法律后果的条文，其实二者规定的处理方式之间并无本质性的差别，而就效力解释而言，无效是当然自始无效，撤销是溯及地自始无效，都是使合同不具有约束力，消灭之前的债的关系，那么解除也应当是这样：一旦解除，便溯及地使合同权利义务关系消灭。既然如此，已经履行的部分自当恢复原状。我们也可以把《民法典》第566条的规定进行反推：既然法律规定合同解除后应当恢复原状，则其前提必须是合同已经失去约束力，亦即债的关系不复存在，故而即便是已经履行的部分也因为合同被溯及地失去效力而返还。

4. 间接效果说与折衷说偏重关注的是由于合同解除而需要在双方之间对已经履行的部分进行了结，亦即以结算的方式进行了结，而结算方式的采用便在双方之间形成了一个新的债，新的给付，其与之前已经完成的给付是不同的。并且，直接效果说难以解释若无法返还、无法恢复原状时的处理，因为直接效果说就在于通过返还以恢复原状。但是，首先，结算也罢，返还也罢，原物返还也罢，不当得利返还也罢，实质均在于将使得已经完成的给付不再具有法律效力，此乃直接效果说、间接效果说与折衷说共同认可的。其二，对于无法恢复原状的情形，《民法典》第566条除了规定恢复原状，同时还紧接着规定了采取其他补救措施并有权要求赔偿损失，这些处理方式其实就是结算，就是对于无法恢复原状的情形下的一种折价结算。其三，对于合同约定的结算条款、纠纷解决条款不因合同解除而消灭，此规则并不能佐证合同解除后不能具有溯及力，因为当事人解除合同的目的在于不再受合同的约束，尚未履行的不再履行，已经履行的恢复原状，消灭的只是实体给付内容，并不以使合同全部条款失效为目的，甚至恰恰相反，解除权人可能正是希望通过解除合同而尽快适用合同中约定的结算条款与纠纷解决条款，何况法律也直接规定了合同解除不影响此等条款的效力。事实上，纵使是在合同无效或被撤销的情形下，结算条款、纠纷解决条款等条款都能够继续有效，何况是解除合同呢？

5. 如果将合同解除的效果仅仅限定在结算环节，进而将结算解释为一种新的债，则很难甚至无法解释恢复原状特别是返还这种最重要的处理方式的适用，因为返还显然不是结算的问题，不是可以通过折价、评估、鉴定等方式进行结算所能够解决的，即便能够解决也不是返还所希冀达致的救济目的。依笔者观察，直接效果说、间接效果说与折衷说三者之间的确存在差异，但也许这种差异并不像想象的那样大，只要法律明确了合同解除后的具体处理方式，能够了结债的关系与当事人之间的争议，便为妥当，至于将其解释为有溯及力还是无溯及力并不会实质性地导致不同的处理结果。

《民法典》第566条增加的两条关于合同解除的规则非常必要，一为“合同因违约解除，当事人可以请求当事人承担违约责任，但是当事人另有约定的除外”，一为“合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任，但当事人另有约定的除外。”这两条新增加的



规则更进一步说明合同解除的主要目的在于向后向前同时消灭合同关于给付的效力,而不影响其他条款(包括结算条款、争议解决条款、违约责任条款、担保责任条款等)的效力。

八、违约方解除权的可能性

《民法典》起草时二审稿本来在合同分编第353条(现在《民法典》的第563条)有一个第3款,即“合同不能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。”绝大部分学者都认为规定例外情况下的违约方解除权是非常好的尝试,也体现了立法者的高瞻远瞩,但在2020年1月中旬的最后一次讨论会上又将其删去。然而,在今年两会期间,5月22日《民法典草案送审稿》中又恢复规定了该制度,并且做了重大修改,也即《民法典》第580条第2款。

质疑违约方解除权的主要观点及理由可能包括:①效率违约理论不适合于我国的情况,且其本身也有弊端,以效率违约理论作为违约方享有合同解除权的依据不妥当。笔者认为,赋予违约方合同解除权确有效率层面的考量,但支持违约方解除权所持最为重要的依据并非在于此,而在于实践中客观存在的合同僵局很难通过其他途径妥善解决,需要基于诚实信用、公平原则而给予当事人合理打破合同僵局的路径选择。况且,正如有学者指出的,“效率违约理论传入我国后,并没有引起非常大的反响”,^[55]并没有成为我国合同法的重要学说,也不需要借助该理论来作为违约方合同解除权的理论依据。②赋予违约方合同解除权有可能会引发道德风险。在一般的道德观念中,违约方已然被判定为道德的负面形象,如果再赋予其解除合同的权利,势必会使违约方从解约中获利,甚至诱使其追求故意违约,显然不利于诚实守信的交易秩序的建立。这种论述在逻辑与价值层面似乎是很难被质疑的,确实有其道理,但是,实践中在合同陷入僵局的特殊情形下,守约方也可能利用自己处于道德的制高点,转而谋算不义之利,使对方处于非常艰难的境地。特别是当对方并非恶意毁约,而是由于考虑不周、经营不善、安排不当等过失导致的违约的情形,其本来已经陷入不利的经营或生活的困境,尽管过失不能成为其免除违约责任的理由,但对方出于不公平、不诚信的考虑而不行使解除权,使得套在违约方头上的“法锁”不得挣脱,此时如果不赋予违约方解除合同的权利,事实上已经造成了新的对守约方的不良引诱,双方权利义务关系的新的失衡状态,法律的实施效果可能会适得其反。

笔者认为,最高法院《九民纪要》所提纲挈领指出的违约方解除权制度的意义是非常精辟的,即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。《九民纪要》第48条所规定的违约方解除权条件也是相当简明清晰的,即:①违约方不存在恶意违约的情形;②继续履行合同明显对违约方不公平;③守约方拒绝解除合同,违反诚实信用原则。至于守约方不行使解除权是否构成权利滥用,是否需要守约方达到滥用权利的程度违约方才能行使解除权,则值得商榷。^[56]

[55] 孙良国《效率违约理论研究》,载《法制与社会发展》2006年第5期,第102页。

[56] 参见王俐智、孙学政《论违约方解除合同的条件——兼评民法典各分编(草案)合同编第353条第3款》,载《交大法学》2020年第1期,第94-95页。

当然，违约方解除权与通常的解除权的性质与要件应当有所不同，应当适用更为严格的条件，且程序上必须通过公力救济的方式，即只能通过向法院或者仲裁机构提起诉讼或仲裁的方式行使，使其成为一种具有诉权性质的形成权，换言之，违约方的解除权只能走司法解除的路径。将违约方解除权设计为司法解除的依据与意义在于：一方面，提起诉讼或者仲裁需要时间、金钱等相应的成本，且面临败诉的风险，违约方若欲通过此种途径解除合同，必然会慎重行事，这样可以起到过滤的作用，使那些并非真正陷入合同僵局的合同的违约方不会轻易提起解除合同的诉讼。另一方面，法院在处理此类案件时也必然会相当谨慎，因为毕竟是已经陷入违约的一方主动发起的进攻，某种意义上原告已经“输在起跑线上”，这样会促使法院综合考虑各种因素包括合同继续履行的可能性、继续履行在经济上的合理性、违约方的过错程度、若不解除合同可能会对双方尤其是违约方的实质性不利影响等，进而作出判决。如此，也完全可以解除担心赋予违约方以解除权会导致道德风险、效率违约等不良后果的学者与法官的担心。

情势变更原则可能在相当程度与范围能够解决上述合同僵局，但是一则情势变更原则的适用通常是发生不可归责于双方当事人的客观情形剧变，当事人任何一方主观上均不具有可归责性，而违约方解除权恰恰是基于一方的过错（尽管通常是过失甚至轻过失的过错形态），二则情势变更的首选解决方案是再行磋商，继续磋商是解除合同的前置程序，违约方解除权不以此为前提。故情势变更原则与违约方解除权会存在交叉重合的地方，但显然并不能完全取代违约方解除权的功能。至于将违约方解除权视为“吞噬合同拘束力的魔鬼”，则过分夸大了违约方解除权可能带来的负面效果。⁽⁵⁷⁾

立法与适用解释上可以将违约方解除权的构成要件设计为五个方面：其一，一方已经构成违约；其二，合同已经确定地陷入履行不能，或履行艰难，或根据合同性质或标的物性质不适于强制履行，或强制履行在经济上明显不合理；其三，守约方享有约定的或者法定的解除权；其四，守约方不行使解除权，甚至在违约方就是否行使解除权进行催告后仍然不行使；其五，守约方不解除合同有违诚实信用原则，且对违约方明显不公平。

现在《民法典》在很大程度上采纳了违约方解除权的方案，并且进行了改进，赋予了双方都有请求法院或者仲裁机构确认终止合同的权利，值得赞许！对履行不能的合同纠纷的解决，其目的是让法官公平地重新分配双方的权利义务并从合同的束缚中解脱出来，故而赋予违约方的合同解除权有利于解决强制履行不能的合同僵局。

是否有必要要求违约方的违约状态为非故意状态，是另一个争议的问题。笔者认为，合同僵局的本质特征是：一方面，一方已经陷入违约，守约方已经享有约定的或者法定的解除权，却不行使，另一方面，合同实际上已经无法履行，即履行不能，或者即使能够履行却不适于强制履行，或者强制履行不符合经济合理原则，或者对违约方明显不公平。所以，主观过错状态应当不是核心的考量因素。当然原则上，违约方解除权应当是基于违约方非故意的场合，如崔建远教授所指出的“尤其在违约方的初衷是故意不履行合同以达废除有效合同的不法目的场合，更应剥夺其解除权，使其搬起石头砸自己的脚”⁽⁵⁸⁾但是，也不能完全排除即使违约方的违约当初是出于故意，但后来仍然可能符合违约方解除权行使条件的情形，仍然构成合同僵局。

(57) 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》，载《现代法学》2019年第5期，第167页。

(58) 同前注〔13〕，崔建远文，第88-89页。



例如,在一起为其10年的物业租赁合同中,合同约定的租金是每月每平方米12元,每年递增5%,承租人后来觉得租金定的太高,递增比例也太高,遂致函出租人希望酌减租金,被出租人拒绝,在第二年开始为使出租人能够同意协商租金调整事宜,有意拖欠租金,连续四个月未交付租金,根据合同约定出租人已经可以解除合同,但出租人没有解除合同,第五个月开始承租人又断断续续交了一部分租金,到第三年,承租人不堪租金重负,营业艰难,但后面还有将近七年的合同期,承租人拟调整经营范围,不再从事零售业,遂发通知给出租人,请求协商解除合同,并愿意赔偿一小部分损失,但出租人不同意解除合同,要求承租人继续按合同履行,如此双方僵持了近两年,第五年一月份承租人主动“出击”,向仲裁机构提起仲裁,请求确认系争合同已经终止,裁决解除合同,符合原《合同法》第110条(现在《民法典》第580条)规定不能强制履行的情形,此案中,仲裁庭有理由支持申请人解除合同的请求,当然其所应当承担的违约责任由于被申请人未提出仲裁反请求而仲裁庭无权作出认定与裁决,但若此案是在法院诉讼,则法院可以在判决解除合同的同时判决原告的违约责任或者其他合同解除的后果。

九、余 论

合同解除制度的确是合同法中的一项非常重要的制度,立法层面对合同解除制度提供的规则的多少、详略、优劣等因素会直接影响司法实践中合同纠纷案件的处理效果,对于实现合同法尊重当事人意思、鼓励交易、保障交易秩序、平衡当事人利益等原则与理念至为重要。

合同解除制度涉及诸多领域与视角,从合同订立开始可能包含的约定解除条款到实际履行中可能遇到的各种影响合同履行的因素,从法律规定的解除原因到其范围的界定,从不可抗力、意外事件、情势变更对合同履行的影响到当事人违约行为对合同履行的影响进而对解除权行使的影响,从单纯的形成权到具有诉权性质的形成权如解除异议权、违约方司法解除权等,从适用于所有典型合同的法定解除规则到个别合同中的法定任意解除权规则,从解除合同是否具有溯及力的设计到解除合同后各种救济方式之间相互关系的梳理,从程序中的请求确认解除权的行使到请求司法机关裁决解除合同,从不安抗辩权中涉及的最终可能发生的合同解除到预期违约中违约责任追究与解除权的行使,等等,莫不展示出合同解除制度之于从合同法规则制定到规则适用的深远意义。我国之前的《合同法》及最高人民法院制定的有关《合同法》的各个司法解释已经形成了较为严谨与周全的合同解除制度,并且在二十余年的实践中发挥了非常重要的作用。但合同法理论包括合同解除理论一直在发展中,而司法实践中又基于民商事主体的聪慧睿智与民商事关系的丰富多姿,不断提出需要面对和回应的新的实际问题,立法当因应此种来自于活生生的市民社会的关切。《民法典》在合同解除制度上较之于之前的《合同法》已经有多处值得肯定与赞赏的改进,填补了不少规则漏洞,回应了诸多一直存在的学理争议,但在关心、爱护《民法典》的学者眼中仍嫌美中不足,寄希望于将来通过司法实践的发现而予以进一步的修改与完善,以期最终建立一套既科学严谨又方便实用的合同解除制度,为《民法典》增光添彩!