

# 委托合同任意解除与违约责任

武 腾

(中央财经大学法学院,北京 100081)

**摘 要:** 民法典中有关委托合同任意解除的规定,应吸收司法实践中的合理经验,对本质不同的有偿委托合同予以区别对待。存在特别信赖关系,且未社会化的有偿委托合同与无偿委托合同一样,其中存在真正的任意解除权;双方当事人不需要任何理由即可随时解除合同,只有在因故意或过失导致解除时间不当时,才须承担违反附随义务的责任。在适用委托合同任意解除规定终止代理商合同时,有的人民法院补充“继续履行合同不可期待”的要件,将该规定作为“有理由的随时解除权”的规范依据,此系超越法律的续造;代理商合同本应作为独立的典型合同,其中不存在真正任意解除权,而只能基于重大理由即时终止。不动产委托管理合同中的委托人系物业服务合同中的业主,其任意解除权的行使须符合法定程序和书面通知的要求。以尽力完成特定工作为标的的委托合同,应类推适用承揽合同任意解除的规定。伴有债权让与的委托回收债权合同属于或类似于保理合同,并无真正任意解除权。所谓“委托也为受托人的利益”,一般是指在委托合同的基础上授予代理权或让与债权后,代理人对代理权有利益或受让人对债权有利益,在有因说下应排除委托合同中的任意解除权。

**关键词:** 民法典;委托合同;任意解除权;有理由的随时解除权;违约责任

中图分类号: DF920.0 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2020.02.05 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



在现代社会,委托型交易日益发达,劳动合同之外的劳务关系往往可纳入委托合同的范畴<sup>①</sup>。任意解除规则的恰当配置,是有关委托合同的规定能够有效调整复杂多样的劳务关系的前提。2019年12月《民法典(草案)初次审议稿》(下称《民法典草案》)第933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外,无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失,有偿委托合同的解除方应当赔偿对方

收稿日期: 2020-01-04

基金项目: 教育部人文社会科学研究青年基金项目“民法典编纂背景下的中间商合同立法研究”(17YJC820054);中央高校基本科研业务费专项资金。

作者简介: 武腾(1986),男,山东菏泽人,中央财经大学法学院副教授,法学博士。

① 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8页。

的直接损失和可以获得的利益。”该规定与《民法典合同编(草案)》两次审议稿中的相关规定相同,都对《合同法》第410条<sup>①</sup>作出重大修改,体现出立法机关对后者加以完善的决心;该规定一旦生效,便会对多种劳务关系及相关纠纷的解决产生重要影响,有必要对其进行深入研究<sup>②</sup>。

长期以来,学界对委托合同任意解除权的适用范围,以及任意解除后损害赔偿的性质、构成要件和范围等问题进行了广泛探讨<sup>③</sup>。首要的共识是,有必要对任意解除权的适用范围施加限制。限制方式之一是区分有偿委托和无偿委托,对于后者原则上承认任意解除权,对于前者则施加较严格的限制<sup>④</sup>。限制方式之二是区分民事委托和商事委托,对于前者承认任意解除权,对于后者原则上不承认任意解除权<sup>⑤</sup>。《民法典草案》已经借鉴了第一种限制方案,承认无偿委托合同中存在真正的任意解除权。质言之,双方(而非单方)当事人无需理由便可随时解除无偿委托合同,且不必为该解除权的正当行使付出任何代价,只在解除权行使时间不当时才承担损害赔偿责任。与之相反,《民法典草案》否认有偿委托合同中存在真正的任意解除权;一方或者双方当事人在没有理由的情况下随时解除有偿委托合同的,不具有充分的正当性,应受到间接限制,即解除方原则上须赔偿对方的直接损失和可得利益损失。应结合司法实践经验<sup>⑥</sup>探讨的首要问题是,在无偿委托合同中,真正的任意解除权一般在何种场合应予排除;在复杂多样的有偿委托合同中,是否一概不存在真正的任意解除权。

在委托合同任意解除后的损害赔偿问题上,学界主流意见认为,该损害赔偿与违约损害赔偿性质不同。《合同法》刚刚颁布,有学者便提出,当事人依据《合同法》第410条解除合同既不是违约行为,也不是侵权行为;该条规定的损害赔偿责任“既不是违约责任也不是侵权责任,而是法定赔偿责任。”<sup>⑦</sup>有学者认为,该损害赔偿并非违约损害赔偿的原因是,解除权人行使法律赋予的权利具有正当性,故解除合同不构成违约<sup>⑧</sup>。还有学者进一步指出,该赔偿责任不同于因为故意违约而应承担的赔偿责任,不应包括预期利益的损失<sup>⑨</sup>。反之,有学者认为,尽管该赔偿责任不同于因故意违约而产生的责任,但是不宜将责任范围限定为直接损失<sup>⑩</sup>。还有学者认为,在合同利益不取决于其他法

<sup>①</sup> 该条规定“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,应承担赔偿损失。”

<sup>②</sup> 退一步讲,即使《民法典草案》第933条的内容恢复为《合同法》第410条所规定的内容,《民法典》立法过程中这一占主导地位的修改方案也值得认真对待。有必要以其为切入点,进一步研讨委托合同任意解除后的损害赔偿与违约损害赔偿之间的关系。

<sup>③</sup> 可参见崔建远、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》载《法学研究》2008年第6期,第73页;周江洪《委托合同任意解除的损害赔偿》,载《法学研究》2017年第3期,第75页;吕巧珍《委托合同中任意解除权的限制》,载《法学》2006年第9期,第75页;马忠法、冯凯《委托合同任意解除的赔偿责任》,载《东方法学》2009年第3期,第102页。

<sup>④</sup> 参见崔建远、龙俊《委托合同的任意解除权及其限制》,载《法学研究》2008年第6期,第73页。

<sup>⑤</sup> 参见崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期,第47页。另见李建伟《我国民法典合同编分则重大立法问题研究》,载《政治与法律》2017年第7期,第23页。

<sup>⑥</sup> 在2019年7月23日至31日,笔者利用北大法宝V5版司法案例数据库,对适用《合同法》第410条的1200多份案件进行搜集和整理,发现数量最多的三类案件是:(1)以不动产、动产、保险产品等为标的物的委托代理销售合同;(2)与律师、税务师、专利代理人等独立的劳务提供者之间的委托合同;(3)以不动产或者金钱为标的物的财产委托管理合同。

<sup>⑦</sup> 陈甦《委托合同 行纪合同 居间合同》,法律出版社1999年版,第64-65页。反对意见认为,《合同法》第410条可构成侵权责任的规范基础。周江洪《委托合同任意解除的损害赔偿》,载《法学研究》2017年第3期,第89-90页。

<sup>⑧</sup> 参见韩世远《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第562页。

<sup>⑨</sup> 参见王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第371页。

<sup>⑩</sup> 马忠法、冯凯《委托合同任意解除的赔偿责任》,载《东方法学》2009年第3期,第108页。

律行为成立、生效的场合,有偿委托合同任意解除后损害赔偿的范围包括可得利益损失<sup>①</sup>。总之,大多数学者虽然认为委托合同任意解除后的损害赔偿不同于违约损害赔偿,但对于两者究竟有何不同尚未给出清晰而全面的回答,以致赔偿范围争议不断。至于损害赔偿的构成,关键要件是“除不可归责于该当事人的事由外”。如后文所述,对于“可归责于该当事人”有两种代表性解释方案:一是解除可归责说<sup>②</sup>,二是损失可归责说<sup>③</sup>。这两种观点背后隐藏着对任意解除权性质的不同认识。此要件解释方案的选择牵涉重大,尚未引起足够的重视。有必要结合《民法典草案》深入探讨“可归责事由”应如何解释,任意解除后的损害赔偿与违约损害赔偿究竟有何异同。下面先探讨无偿委托合同任意解除后损害赔偿的“可归责事由”以及该赔偿的性质。

## 一、无偿委托合同任意解除与违约责任

### (一) 解除时间不当与违约责任

承认无偿委托合同中存在任意解除权,是各国通行的做法。在德国法上,委托合同系无偿合同,任意解除权本质上是无需理由的终止权,其背后的依据是限制无偿合同责任的功利原则(Utilitätsprinzip);依据该原则无偿行为人的责任有所减轻,其也能更轻易地从义务中解放出来<sup>④</sup>。在日本法上,有深远影响的广中俊雄学说也认为,只有委托的无偿性才能证成委托合同中的任意解除权<sup>⑤</sup>。我国《民法典草案》第933条也已明确缓和无偿委托合同的拘束力,这是承认功利原则的体现。

无偿委托合同双方当事人均可不附理由地随时解除合同,但在解除时间上并非绝对自由,而是应基于诚信原则合理照顾对方的利益。在《合同法》制定之时,立法机关工作部门便指出如果委托合同解除时间不当,那么解除方应赔偿相对人的损失<sup>⑥</sup>。该立场有域外法经验相支持<sup>⑦</sup>,也为我国学者所接受<sup>⑧</sup>。现在被《民法典草案》第933条所确认。依据该条第2句,“无偿委托合同解除后,解除方须就解除时间不当给对方造成的直接损失负责赔偿,除非存在不可归责于解除方的事由”。所谓解除时间不当,是指在相对人没有机会对事务或资源另作合理安排的时间解除。如果将直接损失理解为侵害固有利益造成的损失,那么该责任似乎是侵权责任<sup>⑨</sup>。不过,即使是固有利益的损失,也

<sup>①</sup> 参见崔建远、龙俊文《委托合同的任意解除权及其限制》,载《法学研究》2017年第3期,第86页。

<sup>②</sup> 参见江平主编《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第353页;马俊驹、余延满《民法原理》,法律出版社2010年版,第730页。

<sup>③</sup> 参见韩世远《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第562页。

<sup>④</sup> Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 2010, Rn. § 45 857, 5.

<sup>⑤</sup> 参见[日]广中俊雄《债权各论讲义》,有斐阁1994年版,第284-292页。

<sup>⑥</sup> 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580页。

<sup>⑦</sup> 比如,《德国民法典》第671条第2款规定,受托人在无重大理由的情形下,不适时地通知终止委托的,必须赔偿委托人因此而遭受的损失。

<sup>⑧</sup> 参见张谷《商法:这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿钧主编《清华法治论衡》第6辑,清华大学出版社2005年版,第29页;另见崔建远、龙俊《委托合同的任意解除权及其限制》,载《法学研究》2017年第3期,第86页。

<sup>⑨</sup> 《合同法》未采用直接损失这一概念。依照主流学说,直接损失(Unmittelbarer Schaden)是受损害人的人身、财产权益本身所遭受的损失,与间接损失在因果关系上远近程度有所不同。参见程啸《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第217-218页。

可通过违约损害赔偿予以填补。更重要的是,假设一方因故意或重大过失导致解除时间不当,造成对方信赖利益的损失,那么该损失不应排除在赔偿范围之外。实际上,解除方在解除时间上未能合理照顾相对人利益的,系违反合同终止时的附随义务。从赔偿范围和所违反义务的性质来看,将该规定中的赔偿责任界定为违约责任似乎更为妥当。

损害赔偿责任的成立,除了要求解除时间不当、损失,以及两者之间的因果关系,还要求存在可归责事由。对于可归责于解除方的事由,有两种代表性解释方案:一种观点认为,这是指解除方对于合同的解除具有过错;只要对合同的解除没有过错,解除方就不必承担赔偿责任,不论解除是可归责于对方当事人、第三人还是不可抗力<sup>①</sup>。此即解除可归责说,其本质是解除方对解除的原因应予以负责(其实不必要有过错)。另一种观点认为,这是指解除方对于损失的发生具有过错,即赔偿义务人对于损失的发生存在故意或者过失;而且,法律推定了可归责事由的存在<sup>②</sup>。该观点可称为损失可归责说。所谓不可归责于该当事人,其实只包括两种情况:一是纯粹可归责于相对人,二是不可归责于双方当事人<sup>③</sup>。所谓纯粹可归责于相对人,按照解除可归责说,是指相对人单方违反合同义务导致解除权产生;按照损失可归责说,是指损失纯粹是因相对人故意或过失造成的。所谓不可归责于双方当事人,按照解除可归责说,主要是指因不可抗力或合同基础的重大变化导致解除发生;按照损失可归责说,主要是指因不可抗力或其他不得已事由导致损失产生。不难发现,如果采用解除可归责说,那么解释的出发点便是对解除发生的原因进行评价,这就偏离了任意解除权的本质。只要是真正的任意解除权,就应采用损失可归责说,不必考虑解除是否有理由,只需考虑解除方对损失是否有过错。《民法典草案》已经规定了过错的客观形式——解除时间不当;解除方还须存在主观上的故意或过失。如果解除方对解除时间不当并无故意或过失,那就不须承担赔偿责任。比如,一方因孩子突发严重疾病而迫不得已立即解除合同的,即使发生在对方没有机会另作合理安排的时间点,也不必承担赔偿责任。解除方对于自身无过错负有证明责任。

## (二) 任意解除权的排除与违约责任

无论是无偿委托合同,还是有偿委托合同,真正的任意解除权原则上均可被当事人排除,除非违背公序良俗。一旦被有效排除,当事人主张任意解除便不发生合同解除的效果,反而可能产生违约责任。按照主流意见,委托也为受托人的利益设立的,委托合同不得任意解除;所谓为受托人的利益,不包括受托人报酬方面的利益<sup>④</sup>。不过,主流意见未阐明的是,上述利益在通常情况下是基于代理权授予或者债权让与而产生,并非基于委托合同直接产生。如果采有因说,那么无论委托合同是无偿还是有偿,都应排除委托合同中的任意解除权,以防止代理权消灭或者债权复归。

在法国法上,委托人得任意解除委托,必要时得请求受托人(代理人)交回授权文书(《法国民法典》第2004条),受托人(代理人)得以向委托人发出抛弃通知的方式,抛弃其所受之委托(《法国民

<sup>①</sup> 参见江平《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第353页;马俊驹、余延满《民法原论》,法律出版社2010年版,第730页。

<sup>②</sup> 参见韩世远《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第562页。

<sup>③</sup> 参见[日]中田裕康《契约法》,有斐阁2018年初版第4刷,第492-493页。

<sup>④</sup> 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》判决书的评释,载《法学研究》2008年第6期,第80页。

法典》第2007条第1款)。之所以法国法规定委托人可以任意解除委托、受托人可以自由抛弃委托,是因为其未对委托和代理作严格区分<sup>①</sup>。委托人任意解除委托发挥着“代理权可在任何时候被消灭”的作用;鉴于本人使用代理人的目的是扩大自己的活动范围,当本人不再有这种兴趣或需要时,其可自由决定消灭代理<sup>②</sup>。另一方面,也不得强求代理人享有决定本人地位的代理权,故代理人也可自由抛弃委托。法国法之所以对解除或抛弃委托施加限制,是为了维护代理权对于代理人或被代理人的利益。法国最高法院第一民事庭早在1889年就作出判决,认为“当委托代理是为了委托人与代理人的共同利益时,只有双方一致同意才能解除合同。”<sup>③</sup>该法庭在后来的判决中还认为,“对原已赋予受托人的权力进行限制,构成对(原)委托的部分解除”,不需要得到受托人(代理人)的同意<sup>④</sup>。对委托人任意解除委托施加限制,只有在受托人(代理人)对代理权也有利益的情况下才具有正当性,仅存在受托人(代理人)可以获得报酬的事实并不能满足这一要求<sup>⑤</sup>。所谓委托代理是为委托人和受托人的“共同利益”,正是在不严格区分委托和代理的背景下提出的。

在德国法上,代理权与基础关系的分离是明确的。在通常情况下,意定代理权可以被自由撤回。即使基础关系仍应存续,授权人也有权在无任何理由的情况下撤回意定代理权。在例外情况下,意定代理权不只为授权人的利益,也为被授权人的利益而被授予的,授权人不得任意撤回意定代理权<sup>⑥</sup>。在为意定代理权规定更长存续期间的场合,基础关系终止后,还存在一个“被允许的孤立的意定代理权”<sup>⑦</sup>。可见,在德国法上,所谓“为被授权人的利益而授予”的理论,是在解释意定代理权的自由撤回为何应受到限制时发挥作用。

2017年《日本民法典》修正后,其第651条第1项规定“各当事人有权随时解除委托。”该条第2项规定“有下列情形之一的,基于前项规定解除委托的当事人应当赔偿相对人的损失:(一)在对相对人不利的时期解除委托的;(二)委托人解除以受托人的利益为目的(专为获得报酬的除外)的委托的。但是,存在不得已的事由的,不承担损害赔偿责任。”立法者在第2项中增加一种赔偿损失的情形,即在委托人解除以受托人的利益为目的的委托时,其必须赔偿受托人的损失,除非存在不得已事由。“以受托人的利益为目的”不包括“专为获得报酬”,意味着受托人是在委托合同之外,基于独立取得的代理权或债权等获得利益。

结合域外法不难发现,对于受托人来说,从委托合同中只能产生报酬请求权和处理事务的义务;处理事务的义务构成一项负担,受托人不可能从委托合同中获得报酬之外的利益。只有在委托合同的基础上再授予代理权或者让与债权等权利,受托人成为代理人或者债权人之后,才可能因为这种地位或权利而有专门的利益。在我国,尽管立法上采用委托代理的概念,但主流意见认为代理

① 参见[德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第336页。

② 参见[德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第334页。

③ [法]弗朗索瓦·泰雷等《法国债法:契约篇》,罗结珍译,中国法制出版社2018年版,第936页。

④ [法]弗朗索瓦·泰雷等《法国债法:契约篇》,罗结珍译,中国法制出版社2018年版,第936页。

⑤ 参见[德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第336页。

⑥ 参见[德]布洛克斯·瓦尔克《德国民法总论》,张艳译,冯楚奇补译,中国人民大学出版社2019年版,第248页。

⑦ 参见[德]布洛克斯·瓦尔克《德国民法总论》,张艳译,冯楚奇补译,中国人民大学出版社2019年版,第248页。

权授予是一项独立的行为,应与委托严格区分<sup>①</sup>。本人可以任意撤回代理权,代理人也可自由放弃代理权,两者在代理权存在上系自由平等关系<sup>②</sup>。显然,不能将保障代理权的自由撤回、抛弃作为委托合同任意解除权的正当性基础,而应认为意定代理权可独立地任意撤回、抛弃。不过,与德国法不同,我国主流学说对于代理权授予采有因说<sup>③</sup>。代理权因为基础关系的解除而消灭。如果采取损害赔偿的方案,那其实无法避免代理权消灭的结果,难以有效弥补受托人的利益损失。因此,以委托合同为基础关系授予代理权,且该代理权也为代理人的利益而授予的,不仅代理权不得任意撤回,委托合同也不得任意解除,无论其是有偿还是无偿。类似地,我国主流意见对于债权让与也采有因说<sup>④</sup>。债权会因为原因行为的解除而复归。如果采取损害赔偿的方案,那便无法避免债权复归的结果。如后文所述,在伴有债权让与的委托回收债权合同中,一般应类推适用有关保理合同的规定,不承认当事人享有任意解除权。

## 二、有偿委托合同中的真正任意解除权与违约责任

按照《民法典草案》第933条,有偿委托合同任意解除后,解除方应赔偿对方的直接损失和可得利益的损失,除非存在不可归责于解除方的事由。此处的不可归责不是指对解除时间不当无过错;只能采解除可归责说,解释为对解除发生的原因不应负责。换言之,解除方只有基于以下原因解除合同才可谓不可归责:(1) 相对人严重违反合同义务(可归责于对方);(2) 因不可抗力、合同基础的重大变化等事由导致履行不能或履行艰难(不可归责于双方)。如此解释虽能符合逻辑,但立刻引发两项疑问:第一,按照《民法典草案》第933条,有偿委托合同中难道根本不存在真正的任意解除权?第二,如果解除发生的原因只能是可归责于对方或不可归责于双方,那么岂非依据有关一般法定解除权的规定和情事变更的规定已足,《民法典草案》第933条究竟有何用武之地?第一项疑问牵涉到任意解除权规定能否有效处理存在特别信赖关系的委托合同的终止问题,第二项疑问牵涉到任意解除权规定能否处理双方违约导致继续履行不可合理期待时的合同终止问题,对这两项疑问的解答是本文的核心。

### (一) 《民法典草案》第933条与司法实践经验之间的张力

围绕任意解除权规定在有偿委托合同中的适用,司法实践中纠纷最集中的领域之一是委托人与律师、会计师等独立的劳务提供者之间的委托合同解除。司法裁判的主流立场是:第一,充分保障当事人,特别是委托人从合同中解放出来的自由,即使当事人约定限制或者排除委托人的任意解除权,该约定原则上也无效。第二,委托人任意解除之后,应依据《合同法》第405条就受托人已经完成的工作支付相应报酬,而不必承担损害赔偿责任。上述立场承认了有偿委托合同当事人可以

<sup>①</sup> 参见张俊浩《民法学原理》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第819页;梁慧星《民法总论》,法律出版社2017年版,第238页。

<sup>②</sup> 崔建远等《民法总论》,清华大学出版社2019年版,第249页。

<sup>③</sup> 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2017年版,第240页;马俊驹、余延满《民法原论》,法律出版社2010年版,第230页;朱育《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第344-346页。

<sup>④</sup> 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第600页。

不附理由地随时解除合同,且不必承担赔偿责任,与《民法典草案》第933条规定有显著不同。

在2009年第12期《最高人民法院公报》刊载的“上海市弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷”案(下称“弘正案”)中,上海市第二中级人民法院依据《合同法》第52条,认定合同中“[委托人]如有调解、和解及终止代理等需与[受托人]协商一致,否则以约定律师代理费补偿[受托人]经济损失”的条款为无效。最高人民法院在“贺少林诉中国长城资产管理公司石家庄办事处委托代理合同纠纷”再审案<sup>①</sup>中认为,当事人之间有关“如甲方中途终止合同,或未经乙方同意撤回起诉,或私下与欠款责任方和解,视为总涉案标的已全部追回,甲方应……全额支付代理费”的约定限制了委托人和解、调解、撤诉的权利,违反社会公共利益,为无效条款。最高人民法院在“河南弘创律师事务所诉洛阳农村商业银行股份有限公司诉讼代理合同纠纷”案中也作出类似裁判<sup>②</sup>。各地高级人民法院的立场大多与之保持一致<sup>③</sup>。本文认为,之所以当事人之间有关限制委托人解除合同、撤回代理权的约定无效,归根结底是为了保障委托人撤诉、和解、接受调解的权利;对委托人的这些权利加以限制违背了民法的一项基本价值目标——定纷止争,故人民法院认定上述条款因违反社会公共利益(公序良俗)而无效的做法基本值得赞同。不过,如果受托事务不涉及法律纠纷的解决,而仅与特定交易有关(如草拟一份合同),那就不宜认为排除任意解除权的约定系无效。

在上述案件中,委托合同中的任意解除权不可排除,任意解除后报酬或者损失的认定就成为焦点问题。在不采取风险代理收费方式<sup>④</sup>的场合,法院的惯常做法是,依据《合同法》第405条酌定受托人有权取得部分报酬<sup>⑤</sup>。在采取风险代理收费方式的场合,司法实践中存在分歧,既有依据《合同法》第405条加以处理的<sup>⑥</sup>,也有依据《合同法》第410条通过损害赔偿加以处理的。从公报案例和高层级法院的裁判来看,更多的属于前者。比如,上海市第二中级人民法院在公报案例“弘正案”中斟酌代理人所付出的劳务,认为委托人应支付合理的报酬。早在该案之前,上海市第二中级人民法院在“上海市正夏律师事务所诉浙江省诸暨市第二建筑工程公司法律服务合同抗诉纠纷”案<sup>⑦</sup>中便接受了以下抗诉意见:“当事人一方在行使法定的合同任意解除权时,只要非置对方于重大不利情形,不应认定为其有过错而承担赔偿责任,且当事人的可得利益不应在此类合同中作为损失予以赔偿……[受托人]应仅就其所付出的劳务获取相应的报酬。”与之类似的是“吉林省高院在吉林市松江法律服务所诉毛忠财委托代理合同纠纷”再审案<sup>⑧</sup>中的裁判。在该案中,当事人之间旨在限制委托合同任意解除的违约金条款已被另一生效判决确认为无效,吉林省高级人民法院认为受托人主

① 参见《最高人民法院(2012)民再申字第216号民事裁定书》。

② 参见《最高人民法院(2017)最高法民申2833号民事裁定书》。

③ 可参见“福建焯阳律师事务所诉林金水等委托合同纠纷”案,《福建省高级人民法院(2014)闽民申字第647号民事裁定书》。

④ 风险代理收费是指以委托人实际收回财产为收费条件,并按照实际收回财产数额的比例收费。

⑤ 可参见“北京市合川律师事务所与李小花等委托合同纠纷”上诉案,《北京市第三中级人民法院(2017)京03民终7554号民事判决书》。

⑥ 参见“云南九州方圆律师事务所与珠海经济特区红塔仁恒纸业有限公司诉讼代理合同纠纷”案,《广东省珠海市中级人民法院(2016)粤04民终1862号民事判决书》;“广东东成律师事务所与吴海平委托合同纠纷”案,《广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终13852号民事判决书》。

⑦ 参见王鸿翼《人民检察院民事行政抗诉案例选》(第六集),法律出版社2004年版,第273页。

⑧ 参见《吉林省高级人民法院(2016)吉民再206号民事判决书》。

张代理费的, 应适用《合同法》第 405 条而非第 410 条, 且鉴于委托人在解除合同之后两个多月就获得执行款, 受托人有权获得风险代理费的 70%。在涉及处理审计、会计事务的合同解除纠纷中也存在类似判决<sup>①</sup>。

可见, 司法实践经验与《民法典草案》第 933 条之间明显存在张力, 前者承认有的有偿委托合同中存在真正的任意解除权, 倾向于根据受托人已经提供的服务酌定报酬; 后者则一概否定有偿委托合同中存在真正任意解除权, 并规定了履行利益的损害赔偿。判断司法实践经验是否具有合理性, 须先澄清真正任意解除权的正当性基础。

## (二) 有偿委托合同中存在真正的任意解除权

主流意见认为, 委托合同任意解除的正当性基础在于, 委托合同是以信任的存在为条件; 只要彼此之间丧失信任, 当事人就可以不附理由地随时解除合同, 不在乎合同是否有期限<sup>②</sup>。有学者进一步指出, 当事人之间的信任具有很大的主观性, 只要当事人认为相互之间不堪信任, 委托合同就失去了存续的基础<sup>③</sup>。后一种阐释更值得赞同。任何合同都以信任为基础, 并非独委托合同以信任为基础, 仅以信任为由证成任意解除权, 理由并不充分。然而, 如果委托合同中的信任关系具有很强的主观性, 那就无法基于一个理性人的立场对其进行合理性审查, 规定由当事人自己决定是否解除合同, 便有了正当性。不过, 仅以此为由承认任意解除权, 正当性仍不充分, 还须考虑有偿委托合同中的受托人是否一旦丧失报酬即失去基本生活保障。在综合考察当事人之间信赖关系的特殊性、受托人生存利益保障的必要性等因素之后, 对于部分有偿委托合同应承认其真正的任意解除权。

1. 根据交易的性质, 受托人可能只有在委托人披露其违法违规行、商业秘密、财务信息、隐私等之后才能有效提供服务; 委托人却难以对受托人的专业能力、知识水平、职业道德水准进行有效判断, 更不必说对后者加以具体指挥。在满足上述两项特征时, 当事人之间只有存在特别信赖关系, 合同才能维系。在聘请律师、税务师、会计师、私人医生、经理等提供专业服务的场合, 当事人之间往往都存在特别信赖关系; 甚至在聘请私人教师、照护人员的场合, 也要有特别信赖关系。只要当事人认为特别信赖关系已不复存在, 便无法苛求其继续维系合同关系, 故这种关系中存在着退出自由原则。如果以赔偿对方可得利益的损失为退出合同关系的代价, 那就是通过间接方式迫使当事人不得自由退出, 与这类交易的性质相冲突, 甚至可能损害当事人的核心自由。同时, 解除方欲不付代价地解除合同, 便必须证明特别信赖关系的丧失具有客观事实基础, 并可归责于对方; 这常常不切实际。在前述案例中, 委托合同当事人之间便存在特别信赖关系, 可以较自由地从合同关系中解放出来<sup>④</sup>。

<sup>①</sup> 可参见“贵州省凯里城镇建设投资有限公司与大华会计师事务所(特殊普通合伙)委托合同纠纷”案,《江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民再75号民事判决书》。

<sup>②</sup> 参见江平《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第352-353页;王利明《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2015年版,第728页;崔建远《合同法》,北京大学出版社2016年版,第661页;胡康生《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第630页。

<sup>③</sup> 参见陈甦《委托合同 行纪合同 居间合同》,法律出版社1999年版,第63页。

<sup>④</sup> Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 2018, § 32, Rn 53.



2. 上述案例中受托人是按照事务处理的进展分次取得报酬,合同的终止即使会影响受托人的利益,一般也不会危及受托人的生存基础,不必基于保障劳动者生存利益的社会性立场限制委托人的解除权<sup>①</sup>。在劳务供与类合同中,劳务提供方越依赖合同中的固定报酬维持生计,劳务接受方不附理由地解除合同越难以具有正当性。即使当事人之间存在特别信赖关系,对劳务提供方生存利益的保障也优先于对当事人行动自由的维护。如果律师、税务师、会计师、经理、医生、教师等属于劳动合同中的劳动者,那么无论如何也不能承认用人单位的任意解除权。不过此时已脱离委托合同的调整范围。有可能纳入委托合同调整范围,且不应承认任意解除权的主要是代理商合同。代理商合同被认为具有接近劳动合同的特征。域外立法普遍采取倾斜保护代理商的政策立场,当事人无权无理由地随时解除合同<sup>②</sup>。

3. 域外法上也承认,有的雇佣合同中双方当事人存在无理由解除权。依据《德国民法典》第627条,在未社会化的雇佣关系中,如果劳务给付义务人提供的是基于特别信赖的较高级别劳务(如自己开业的医生、律师、税务师),而且不依赖长期合同中的固定报酬作为日常生活的来源,那么即使不具备重大理由,也准许双方当事人即时通知终止雇佣关系。不过,劳务给付义务人只能在债权人可从他处获得劳务的前提下通知终止雇佣关系,否则应承担损害赔偿责任,但存在重大理由的除外。

综上,我国司法实践中承认部分有偿委托合同存在真正任意解除权的做法不仅符合逻辑,也具有价值判断上的妥当性,还契合域外法经验。对此,《民法典草案》第933条恐怕未充分吸收司法实践中的合理经验。

《民法典草案》933条之所以对有偿委托合同任意解除作如此严格的限制,背后可能有两项动因:其一,试图用该规定处理以任意解除为名恶意违约的问题;其二,试图用该规定处理受托人的预期报酬取得问题<sup>③</sup>。这两项动因都有合理之处,但在制度设计上值得商榷。就第一项动因而言,既然是恶意违约,而非任意解除权的正当行使,那便不应适用任意解除权规定,而应依据违约责任一般规定加以处理<sup>④</sup>。否则,就会令人产生以下疑问:难道任意解除权规定中的损害赔偿仅仅针对恶意违约行为?对于那些并非恶意违约,而是正当行使任意解除权的行为,是否同样适用该规定中的赔偿责任?显然,尽管实践中一些主张“任意解除”有偿委托的行为本质上是违反合同义务的行为,但仍有很多有偿委托合同的无理由解除并未违反合同义务,而是当事人正当行使权利。所以,基于第一项动因作出如此严格的规定,有以偏概全之嫌。就第二项动因而言,《民法典草案》第933条规定似乎有越俎代庖之嫌。《合同法》第405条第2句和《民法典草案》第928条第2款均规定“因不可归责于受托人的事由,委托合同解除或者委托事务不能完成的,委托人应当向受托人支付相应的报酬。”即使受托人因委托合同解除而不能完成事务处理,只要合同解除不可归责于受托人,且合同解除后出现的事务处理成果可归因于受托人,受托人就可依据上述规定请求支付与其所付出劳务

① Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 2018, § 32, Rn 52.

② 参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第416-417页。

③ 就此问题的阐述,参见胡康生《中华人民共和国合同法释义》法律出版社1999年版,第580页;江平《中华人民共和国合同法精解》中国政法大学出版社1999年版,第348-349页。

④ 参见崔建远《合同法》,北京大学出版社2016年版,第661页。

或者产生的成果相适应的报酬,而不必诉诸损害赔偿请求权。更何况,如果合同解除前受托人的行为与合同解除后事务处理的成果之间缺乏因果关系,那么受托人既无权以事后出现成果为由请求支付报酬,也难以依据有关损害赔偿的规定获得所谓可得利益损失的赔偿。质言之,缺乏因果关系通常造成报酬请求权的要件和可得利益损害赔偿的要件都无法充足。因此,就第二项动因而言,草案中的设计也难以带来结果上的实质改变。

如果仅仅是缺乏必要性,那还不值得深究;然而,上述制度设计还会引发新问题。在完全否认有偿委托合同中存在真正的任意解除权之后,委托合同任意解除权规定将无法适用于存在特别信赖关系的委托合同。《民法典》将出现严重漏洞,无法有效调整很多在经济生活中十分重要的有偿委托合同的终止。如果维持《民法典草案》第933条内容不变,那么对于有真正任意解除权的有偿委托合同,必须对不可归责事由进行目的论扩张,将“特别信赖关系的丧失”纳入“不可归责于解除方的事由”之中。这一处理方案系两害相权取其轻的做法。在实际操作中,法院应当避免审查特别信赖关系的丧失是否有客观事实基础,而应审查当事人之间的关系是否属于特别信赖关系,且不具有社会化属性。

### (三) 真正任意解除权的行使与违约责任

尽管有真正任意解除权的委托合同可以被不附理由地“随时”解除,但解除方仍应遵循诚信原则对相对人的利益予以合理照顾。与无偿委托合同的任意解除类似,在有偿委托合同任意解除场合,也存在因解除时间不当而产生的损害赔偿赔偿责任。受托人行使真正的任意解除权的,还需要委托人有其他可供选择的服务,特别是在委托人是消费者的场合,否则便要承担因解除时间不当产生的损害赔偿赔偿责任。

还需指出的是,真正的任意解除权能够在一定程度上发挥违约救济的功能。有偿委托合同中的主要救济方式是减少报酬、损害赔偿和解除;补正履行的作用范围相对有限。在有真正任意解除权的有偿委托合同中,只要一方存在义务违反行为,不必达到导致合同目的不能实现的程度,相对人即可解除合同,其救济功能不言而喻<sup>①</sup>。

## 三、有理由随时解除权与违约责任

《民法典草案》第933条对有偿委托合同的调整存在不圆满性,因为在不同有偿委托合同中,当事人之间的信赖关系、报酬对受托人维持生计的意义存在显著差异,必须予以区别对待。有的有偿委托合同与无偿委托合同类似,存在真正任意解除权;有的有偿委托合同中无特别信赖关系或者已经社会化(但尚不构成劳动合同),须否认双方当事人享有真正的任意解除权。就后者而言,有的可适用或者类推适用其他有名合同中的单方任意解除权规定,有的只允许行使“有理由的随时解除权”。

### (一) 委托合同中欠缺真正任意解除权的典型情形

<sup>①</sup> 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183-184页。

### 1. 不动产委托管理合同中的受托人

在司法实践中,围绕商铺委托经营合同的任意解除存在大量纠纷<sup>①</sup>。这类交易的典型构造是,甲、乙、丙等自然人从X公司处购买商铺,然后将其委托给Y公司或X公司经营,Y或X有义务支付保底租金或者回报固定收益,且一般承诺在取得超额收益时按照一定比例再支付部分租金或者收益金。在发生纠纷时,常出现一方主张构成委托合同,进而有权任意解除,另一方则主张是租赁合同,不得任意解除。司法实践中的第一种观点是,鉴于当事人约定受托人无权收取报酬,却必须支付所谓“租金”,而商铺的使用权和收益权归受托人享有,其应构成租赁合同<sup>②</sup>。第二种观点是,这类合同兼具委托合同和租赁合同的性质<sup>③</sup>。第三种观点也是多数法院的观点是,即使存在“租金”“租款”之类表述,也应认定为构成委托合同<sup>④</sup>。无论是认定为委托合同,还是认定为混合合同,人民法院一般都不支持当事人任意解除合同,而常常以受托人严重迟延支付租金、商铺长期闲置等情事导致合同目的不能实现为由支持合同解除。

针对司法实践中的观点,需从以下几个方面加以回应:第一,商铺委托经营合同大多属于物业服务合同,在民法典生效之后,其应适用物业服务合同中的单方任意解除权规定。物业服务合同本质上是以为不动产为标的物,以环境卫生、维修养护、秩序维护、受托出租等为服务内容的不动产委托管理合同。按照《民法典草案》第946条<sup>⑤</sup>,物业服务人不享有任意解除权,业主虽享有任意解除权,但其行使需依照法定程序,且要满足书面通知的要求。物业管理服务是以为不动产为标的物的整体性、专业性服务,与具体的清洁、维修、秩序维护等服务应有所区分。物业服务人可决定外包上述具体事务抑或雇佣相关人员,具有类似于经理的地位,业主对于物业服务人存在一定程度的特别信赖;反之,物业服务人的劳务直接作用于特定不动产,无论业主是谁、是否占有不动产,其都能提供相同的给付。因此,业主享有任意解除权,物业服务人不享有任意解除权。业主人数众多的,任意解除权由业主团体享有。

第二,业主行使任意解除权的,只须对因解除时间不当造成的损失负责。物业服务人在剩余合同期限内的预期报酬并非其损失,其更不得以解雇会计、保洁、保安、维修等人员产生经济补偿金等为由,要求业主予以赔偿。原因在于,物业服务人本就应当将合同可能被提前60日书面通知解除的商业风险予以考虑,一方面必须谨慎维系与业主团体之间的合同关系,另一方面应将人力成本维持在合理水平,增强应对市场变化的能力。

第三,就现实中的商铺委托经营合同而言,之所以连委托人也无真正任意解除权,是因为存在

<sup>①</sup> 在金钱委托管理合同中,当事人往往将财产独立出来(如设置一个独立的账户),由受托人按照特定目的进行管理,这类交易一般已构成信托,不适用委托合同的相关规定。依据《信托法》第50条,自益信托中的委托人有权任意解除,而受托人无权任意解除。

<sup>②</sup> 参见“广西来宾蓄丰商贸城管理有限公司与黄永茂等租赁合同纠纷”上诉案,《广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2017)桂13民终960号民事判决书》。

<sup>③</sup> 参见“正大新景(厦门)投资有限公司与朱文森合同纠纷”上诉案,《福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02民终1942号民事判决书》。

<sup>④</sup> 参见“汤文龙与杭州励华投资管理有限公司等合同纠纷”上诉案,《浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终2579号民事判决书》。

<sup>⑤</sup> 该条规定“业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的,可以解除物业服务合同。决定解聘的,应当提前六十日书面通知物业服务人,但是合同对通知期限另有约定的除外。”“依照前款规定解除合同造成物业服务人损失的,除不可归责于业主的事由外,业主应当赔偿损失。”该解除权不须附加理由,也不在乎合同是否有期限,故属于任意解除权。

“保证收益”条款。该条款使商铺买卖合同与商铺委托经营合同紧密联系在一起,且交易中包含了借款性质。无论是商铺买卖还是借款都不能任意解除,各部分关系有机结合在一起,既不能适用任意解除权规定一并解除商铺买卖合同与委托经营合同,也不能适用该规定单独解除保证收益的商铺委托经营合同<sup>①</sup>。

## 2. 尽力完成特定工作的委托合同中的受托人

有的委托合同中,合同的标的是尽力完成特定工作(但不负有一定完成工作的义务),而且受托人只有在完成特定工作时才有权取得大部分甚至全部报酬。委托购买商品、委托办理房产证即为典型情形。这类合同一般不是社会化的合同。如果委托人与受托人之间不存在特别信赖关系,那便不应承认真正的任意解除权。不过,在委托人不再需要特定工作的情况下,从经济效率的角度出发,原则上不应将社会资源继续浪费在该项工作的完成上。因此,对于这类委托合同,宜类推适用有关承揽合同任意解除的规定<sup>②</sup>。受托人不能从尽力完成特定工作的给付义务中自由解放出来,而委托人可在受托人完成特定工作之前不附理由地随时解除合同,其应当按照约定的报酬进行补偿,减去受托人因合同解除而节省的费用或者因将劳动力用于他处所取得或者应当取得的利益<sup>③</sup>。如果工作成果是可分的,那么委托人应当按照一定比例支付相应报酬(参见《日本民法典》第648条之二)。

## 3. 伴有债权让与的委托回收债权合同的双方当事人

对于伴有债权让与的委托回收债权合同,既往裁判大多按照委托合同来处理,承认当事人享有任意解除权。比如,在“王宝云诉李军等公司委托合同纠纷”案<sup>④</sup>中,甲与乙约定,甲将债权转让给乙,乙在回收债权后向甲支付对价,债权不能完全回收的部分由乙负责。人民法院认为甲与乙之间是委托代为收款关系,受托人可依据《合同法》第410条解除合同。实际上在这类合同中,当事人之间不仅存在委托合同,还存在债权让与行为,任何一方均不享有任意解除权。

在域外法上,也存在类似案例。对《日本民法典》第651条的修正产生重要影响的是1920年日本大审院的一则判例。在该案中,甲委托乙向第三人收款,乙有权按照一定比例获得报酬,并将该部分酬金提供给甲,作为乙对甲所负债务的清偿。法院认为“向第三人收款”这一事务“也是为受托人的利益”<sup>⑤</sup>。该案中应予以注意的是,乙是先按照一定比例从收取的款项中取得报酬,再用该酬金向甲清偿债务。这意味着乙不是单纯作为甲的代理人为甲回收债权,而是同时也为自己回收债权,否则便无法解释乙将收取的部分款项提供给甲时,为什么构成其向甲的清偿,而不是向甲返还财产。

<sup>①</sup> 在“廖全声诉李顺祥等合同纠纷案”中,金钱委托管理合同的混合合同性质也得到最高法院的确认。按照该案中最高法院的裁判,具有借款性质的金钱委托管理合同中不存在任意解除权。参见《最高人民法院(2016)最高法民申2703号民事裁定书》。

<sup>②</sup> 《民法典草案》第787条规定只有“在承揽人完成工作前”定作人才能随时解除合同,比《合同法》第268条更妥当。该解除权的正当性基础是,不应将资源浪费在定作人不再需要的工作上。参见[日]幾代通、广中俊雄《新版注释民法(16) 债权(7) 雇佣·承揽·委托·寄存》,有斐阁1989年版,第162页。

<sup>③</sup> 定作人任意解除合同的,德国法规定了承揽人的报酬请求权,日本法规定的虽是承揽人的损害赔偿请求权,但计算方法并无二致。该损害赔偿的性质在日本法上素有争议,我妻荣将其解释为“损失补偿”。参见几代通、广中俊雄《新版注释民法(16) 债权(7) 雇佣·承揽·委托·寄存》,有斐阁1989年版,第175-176页。在我国法上,即使规定为损害赔偿,也宜解释为损失补偿。

<sup>④</sup> 《新疆维吾尔自治区吐鲁番市中级人民法院(2016)新21民初16号民事判决书》。

<sup>⑤</sup> [日]广中俊雄《债权各论讲义》,有斐阁1994年版,第287页。

唯一合理的解释是,甲与乙之间不仅存在委托合同,而且甲将(与报酬同等数额的)债权份额让与乙<sup>①</sup>,乙是为甲和自己一并回收债权。乙的利益不是基于委托合同直接产生,而是基于独立的债权份额让与而产生。

在《民法典》生效之后,会伴有债权让与的委托回收债权合同应适用或者类推适用有关保理合同的规定。保理合同与债权买卖具有类似性,保理合同纠纷不得适用或类推适用委托合同中的任意解除权规定,一般应由保理人承担债权不能回收的风险<sup>②</sup>。

#### 4. 代理商合同的双方当事人

与上述三类委托合同不同,在我国法上,代理商合同的即时终止并无合适的规定可供其适用或类推适用。我国《保险法》虽然对于保险代理有规定,但现行法中欠缺有关代理商合同的规定,致使人民法院大多将保险代理销售合同认定为委托合同,并支持委托人的任意解除权<sup>③</sup>。更多的纠纷发生在商品房委托代理销售合同领域,这类合同大多属于或类似于代理商合同。在“苏州华茂房地产投资顾问有限公司与向上(苏州)房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷”案<sup>④</sup>中,江苏省高级人民法院认为,商品房委托代理销售合同虽不完全等同于委托合同,但与后者有很多共性,依据《合同法》第124条规定<sup>⑤</sup>,该合同的解除可以参照适用《合同法》第410条,故委托人可任意解除合同;不过,当事人已将委托人单方解除合同约定为违约行为,故委托人应承担违约责任,此时《合同法》第410条中的损害赔偿与一般违约损害赔偿已无本质差异,在赔偿范围上也不应有所区别。委托人向最高人民法院申请再审理,委托合同任意解除权属于法律规定的权利,解除合同不构成违约。最高人民法院则肯认当事人有关排除任意解除权的约定有效,认为当事人在行使所谓任意解除权时必须承担违约责任<sup>⑥</sup>。在“四川南部县金利房地产开发有限公司与成都和信致远地产顾问有限责任公司商品房销售代理合同纠纷”案<sup>⑦</sup>中,四川省高级人民法院认为商品房代理销售合同不是委托合同,最高人民法院在二审中指出这类合同具有委托合同的特征,但紧接着肯认了当事人有关限制任意解除权的约定为有效,认为委托人系“违约解除合同”。

在上述案件中,最高人民法院均认可当事人有关排除任意解除权的约定为有效,认为此时任意解除属于违约行为,解除方应承担违约责任。这种立场与本文第二部分所述案例中的立场形成鲜明对比。其背后的合理性在于,对于本质不同的有偿委托合同应予以区别对待。在代理商合同中,代理商独立而持续地为委托人订立合同或者促成交易,委托人根据实际交易情况支付报酬。委托人能够有效监督代理商的行为并督促其尽力销售,代理商的报酬则通常按固定周期结算、支付,对

<sup>①</sup> 德国法上,类似行为是以事务处理合同为其原因的托收让与(Inkassoession)。Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 2010, § 63, Rn. 768.

<sup>②</sup> Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 2010, § 63, Rn. 768.

<sup>③</sup> 参见“姚坚平诉友邦保险有限公司上海分公司保险代理合同纠纷”案,《上海市高级人民法院(2017)申932号民事裁定书》;“贾继波与中国平安人寿保险股份有限公司公司保险代理合同纠纷”上诉案,《北京市第四中级人民法院(2017)京04民终89号民事判决书》。

<sup>④</sup> 《江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第00479号民事判决书》。

<sup>⑤</sup> 该条规定“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”

<sup>⑥</sup> 参见《最高人民法院(2017)最高法民申124号民事裁定书》。

<sup>⑦</sup> 参见《最高人民法院(2015)民一终字第226号民事判决书》。

其生存利益影响重大。因此,代理商合同不应适用有关委托合同任意解除的规定,在合同有期限的情况下应适用基于不得已事由即时解除合同的规定<sup>①</sup>。作为一类重要的中间商合同,代理商合同应在民法典合同编中有一席之地<sup>②</sup>,以竞业禁止、商誉补偿请求权<sup>③</sup>等一系列特殊规则为其主要内容。由于我国欠缺有关代理商合同的专门规定,司法机关只能通过认可当事人有关排除任意解除权的约定,来限制代理商合同的任意解除。这种做法虽有实质合理性,却难以避免逻辑上的不足。试问,在商品房委托销售合同中,如果当事人已通过约定有效排除任意解除权,那怎能认为当事人仍能依据任意解除权规定有效解除合同,进而承担履行利益的损害赔偿? 人民法院支持代理商合同的当事人依据任意解除权规定解除合同,其究竟有何正当理由?

## (二) 司法实践中的“有理由随时解除权”与违约责任

在司法实践中,有的人民法院依据《合同法》第410条判决解除委托销售合同时,实际上是以合同继续履行不可期待为其正当理由。比如,在“江苏防建投资有限公司与宿迁市杰柯广告营销策划有限公司商品房委托销售合同纠纷”上诉案<sup>④</sup>中,委托人主张商品房委托销售合同终止的原因是受托人销售业绩不达标,受托人则主张是因为委托人以驱逐、锁门、殴打等方式强行终止合同。表面上看,合同终止的原因仅仅是委托人的驱逐行为,但实际上是法院所查明的“双方因售楼处搬迁的问题而矛盾激化”,继续合作已经丧失可能性。人民法院适用《合同法》第410条,不是以其作为无理由随时解除权的规范依据,而是将其作为有理由随时解除权的规范依据。

在大多数情况下,只要当事人存在正当理由,就可以依据一般法定解除权规定或者情事变更规定解除合同。然而,如果委托合同双方当事人都存在违反合同的行为,任何一方的行为都不能单独构成根本违约,但双方之间的矛盾不断加深,以致难以期待合同继续履行,那么无论是一般法定解除权规定还是情事变更规定都不敷使用,有理由的随时解除权便显得十分必要。《日本民法典》第628条便规定,雇佣合同各当事人均得以不得已事由为由即时解除合同。依据该条第2句,解除方对不得已事由存在过失的,其应对相对人承担损害赔偿责任。在我国司法实践中,有的人民法院便是在《合同法》第410条第1句中补充“继续履行合同不可合理期待”这一要件,从而使该条成为有理由解除权的规范依据。此时,解除方常常对解除的原因部分地可归责,从而应承担违约损害赔偿责任。

令人两难的是,如果以《民法典草案》第933条作为有理由随时解除权的规范依据,那么不仅与其第1句文义不完全相符,还会导致无理由随时解除权和有理由随时解除权这两个性质迥异的解除权栖身于一个法律条文之中,易引起适用上的混乱;同时,对解除方具有可归责性的推定可能造成不合理的结果,导致过错程度较轻的一方不敢行使解除权。反过来,如果不以该条作为有理由随

<sup>①</sup> 参见[日]近藤光男《商法总则·商行为法》,有斐阁2018年版,第103-104页。

<sup>②</sup> 参见曾大鹏《民法典编纂中商事代理的制度构造》,《法学》2017年第8期,第79页。代理商合同不仅在市场经济中地位重要,更是商事代理制度的关键一环,其所含规定颇有特殊性,在《德国商法典》《瑞士债务法》《日本商法典》中都不乏专门规定。将代理商合同纳入《民法典·合同编》,很有利于典型合同的完善。

<sup>③</sup> 商誉补偿是指在报酬请求权消灭之后,由于代理商的行为对被代理人的商誉产生显著增益效果,故给予代理商一定补偿,其并非损害赔偿。

<sup>④</sup> 《江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第0734号民事判决书》。

时解除权的规范依据,那就无法解释该条第2句中可得利益损害赔偿的归责原理究竟是什么,毕竟在无理由的随时解除权中根本不存在对“解除的原因”可归责的问题;而且,假如立法上未另作规定,那么在因为双方违约导致继续履行合同不可合理期待的场合,不仅代理商合同的解除存在法律漏洞,就连物业服务合同中的受托人解除也存在法律漏洞。在实践中,当上述合同的解除需求现实而迫切时,当事人不可避免地会诉诸委托合同任意解除权规定;即使法院依据该规定解除这类本不应适用任意解除权的合同,也无法对其苛责。有鉴于此,尽管在立法论上不应赞同《民法典草案》第933条充当有理由随时解除权的规范依据,但在解释论上应当赞同的是,人民法院在法律存在漏洞的前提下可以进行超越法律的续造。在民法典合同编未妥善规定基于重大理由终止继续性合同的前提下<sup>①</sup>,人民法院可以“续造”出以下裁判规则:在无真正任意解除权的有偿委托合同中,因当事人之间的合作关系已破裂或者其他不得已事由致使继续履行不可合理期待的,任何一方均可随时解除合同,不影响当事人就可得利益的损失请求赔偿<sup>②</sup>。但是,因故意或者重大过失违反合同义务,且对继续履行合同不可期待负绝对主要责任的一方当事人不得主张解除。之所以补充这一但书,是因为如果允许这类当事人解除合同,那就实际上保护了那些企图通过严重违约摆脱合同的当事人,违反禁止权利滥用之原则。

值得指出的是,人民法院依据上述裁判规则处理无真正任意解除权的委托合同解除纠纷时,必须审慎地确定合同解除的时间点,一般应在当事人最后一次主张解除合同的时间点(往往是口头辩论最后阶段)进行通盘考量,就“此时”能否期待当事人继续履行合同得出结论。如果得出的结论为否,那便应认定合同在此时被解除。

#### 四、结论

民法典中有关委托合同任意解除的规定,应吸收司法实践中的合理经验,对本质不同的有偿委托合同予以区别对待。在聘请律师、税务师、会计师、经理等独立劳务提供者的有偿委托合同中,当事人之间存在特别信赖关系,且该合同不具有社会化属性;这类有偿委托合同与无偿委托合同一样,存在真正的任意解除权,双方当事人不需要任何理由即可随时解除合同,只有在因故意或过失导致解除时间不当时,才须承担违反附随义务的损害赔偿赔偿责任。

在适用任意解除规定终止代理商合同等不存在真正任意解除权的合同时,有的人民法院在《合同法》第410条中补充“继续履行合同不可期待”的要件,使该条成为“有理由的随时解除权”的规范依据,这属于超越法律的续造。代理商合同本应作为独立的典型合同,其中不存在真正任意解除权,而只能基于重大理由即时终止,不影响当事人请求违约损害赔偿。不动产委托管理合同中的委托人系物业服务合同中的业主,其任意解除权的行使须符合法定程序和书面通知的要求;在有的不

<sup>①</sup> 参见王文军《论继续性合同的解除》,载《法商研究》2019年第2期,第167页;韩世远《继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除》,载《中外法学》2020年第1期,第104页。

<sup>②</sup> 也许有观点认为应在履行不能的体系内填补漏洞,补充“履行不能一方给付义务消灭的,对待给付义务也消灭”的规则。这一续造之所以不可取,是因为其与有关解除权的立法规划存在全面冲突,我国法是将债务的存续原则上交由当事人自行决定,“而非借助于所谓的牵连性学说,使得对待给付义务自动消灭”。庄加园《债权人原因引起的给付不能》,载《法律科学》2018年第5期,第150页。

动产委托管理合同中,之所以委托人也不得任意解除,是因为其中存在“保证收益”条款。对于以尽力完成特定工作为标的的委托合同,应类推适用承揽合同任意解除的规定,委托人在受托人完成特定工作前可以不附理由地随时解除合同。伴有债权让与的委托回收债权合同属于或类似于保理合同,双方当事人均无真正的任意解除权。所谓“委托也为受托人的利益”,一般是指在委托合同的基础上授予代理权或让与债权等权利后,代理人对代理权有利益或受让人对债权有利益;在有因说下,必须排除委托合同中的任意解除权,以防止代理权消灭或者债权复归。ML

## Discretionary Termination of and Liability for Breach of Mandate Contract

WU Teng

(Central University of Finance and Economics, Beijing 100081, China)

**Abstract:** When modifying the rule on discretionary termination right in mandate contract, it is necessary to, following reasonable rules in judicial decisions, provide different rules for different onerous mandate contracts. Contracts that are bound to special reliance between contracting parties and are not socialized may be terminated discretionarily by either party. The terminating party is liable for breach of subsidiary obligation only if the termination right is excised at an unreasonable time. Some courts require an additional element, i. e., “supplementary performance cannot be reasonably expected” when discretionary termination provision is applied to termination of contract for commercial agents; those courts are, as a matter of fact, trying to fill a gap in the law. Contract for commercial agents should be constructed as an independent specific contract in Chinese Civil Code. It can not be terminated discretionarily, but may be terminated with a compelling reason. Contract for real estate management may be terminated by the mandator discretionarily, insofar as the requirement for statutory procedure and written notice has been satisfied. Some mandate contract should be governed analogically by the rule on one-side discretionary termination right in contract for work. Some mandate contract is similar to factoring contract, and consequently, neither party of it has discretionary termination right. “Mandate is also for the mandatory’s interests” generally refers that the mandatory has become an agent or a creditor, and has its own interests on the authority or debt. In those cases it is necessary to restrict or exclude the discretionary termination right, since the abstract principle has not been widely accepted.

**Key Words:** Chinese Civil Code; mandate contract; discretionary termination right; right to termination with compelling reason; liability for breach of contract

本文责任编辑: 林士平