

无权处分合同的效力、 不安抗辩、解除及债务承担

崔建远*

内容提要：判决转让他人股权合同不因欠缺处分权而无效，判决要旨将之升华为普适性的结论，司法解释予以固定，至少存在六个方面的缺点。约定解除与法定解除并存时，虽然行使约定解除权的条件尚未成就，但在法定解除的条件具备时不妨行使法定解除权。在股权出让人已将股权移转给受让人的情况下，受让人拒绝付清余款，其根本原因在于双方共同开发房地产项目的目的不能实现，这不符合不安抗辩权的成立要件。在《承诺函》明确表示出具者向债权人承担偿还责任，却未言明免除债务人的债务的场合，不宜认定为成立了免责的债务承担。

关键词：无权处分 法律效力 不安抗辩权 合同解除 债务加入

【基本案情】

广东达宝物业管理有限公司（一审原告、二审被上诉人、再审被申请人。以下简称达宝公司）与广东中岱电讯产业有限公司（一审被告、再审申诉人。以下简称中岱电讯公司）、广州市中珊实业有限公司（一审被告，再审申诉人。以下简称中珊公司）签订《合作协议书》，约定三方以重组后的中珊公司作为经营平台，共同对目标地块进行房地产开发，中岱电讯公司将其在中珊公司中持有的100%股权中10%的股权转让给达宝公司。股权转让价款的支付方式为：2005年12月13日前，达宝公司支付首期受让款3000万元整，此款用于支付目标地块的土地使用权出让金，余款在2005年12月30日付清。

* 清华大学法学院教授。

本文系全国哲学社会科学基金重点项目“中国民事指导性案例理论研究”（批准号：12AZD122）的阶段性成果。案例为“广东达宝物业管理有限公司与广东中岱企业集团有限公司、广东中岱电讯产业有限公司、广州市中珊实业有限公司转让合作纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第5期。

此时,该100%的股权仍在夏乘风、苏雄的名下。当然,他们二位同意将该100%的股权转让给中岱电讯公司,并且无条件地将其名下的穗国地出合[2005]133号《广州市国有土地使用权出让合同》项下琶洲PZB1301地块(即目标地块)使用权转入中珊公司名下。

《合作协议书》还约定,中岱电讯公司若未如期履行,则向达宝公司支付违约金,按未履行金额每天0.2%计算。

达宝公司依约支付给中珊公司3000万元,并用于夏乘风、苏雄向政府交纳土地使用权出让金。但夏乘风、苏雄却没有按期支付土地使用权出让金的余款,导致广州市国土资源和房屋管理局解除了《广州市国有土地使用权出让合同》,收回了琶洲PZB1301地块。于是,达宝公司向中岱电讯公司、中珊公司发函,称目标地块由于未按期交付土地使用权出让金而被政府收回,合作各方已无可能就合作事宜达成一致,要求终止合作,并尽快退还已付款项。

广东中岱企业集团有限公司(一审被告、二审上诉人、再审申诉人。以下简称中岱集团公司)于2006年6月9日向达宝公司出具一份《承诺函》,内容为达宝公司原已交付国有土地使用权出让金3000万元,由中岱集团公司负责偿还。

在诉讼中,达宝公司放弃合同约定的较高利率标准,而主张按中国人民银行规定的同期逾期贷款利率计付利息。在申诉期间,中岱集团公司提供了夏乘风、苏雄与达宝公司于2005年12月13日签订的《合作合同书》,该合同书约定:该合同签订之日起,达宝公司与中岱电讯公司签订的《合作协议书》自动失效。

【裁判要旨】

1. 广州市中级人民法院一审

广州市中级人民法院(2006)穗中法民二初字第217号判决书认为:(1)中岱电讯公司未能依约提供目标地块,致使合作目的不能实现,达宝公司有权据此要求解除《合作协议书》及请求中岱电讯公司、中珊公司、中岱集团公司退还3000万元的转让款。(2)达宝公司的解除请求尽管未满足《合作协议书》约定的期限要求,但仍属依法行使权利。(3)达宝公司放弃合同约定的较高利率标准,而主张按中国人民银行规定的同期逾期贷款利率计付利息,是其对自身权利的处分。(4)中岱集团公司向达宝公司出具承诺书,表达了对中岱电讯公司的债务负责偿还的意愿,但没有言及免除中岱电讯公司、中珊公司的责任,故属债务加入,而非免责的债务承担。(5)夏乘风和苏雄不是《合作协议书》的相对人,达宝公司亦不主张由其承担相应的责任,故夏乘风、苏雄并非必须成为系争案件的当事人。^[1]

2. 广东省高级人民法院二审

广东省高级人民法院(2007)粤高法民二终字第165号判决书认为:(1)广州国土局收回琶洲PZB1301地块,中岱电讯公司、中珊公司、达宝公司合作开发该房地产项目已无基础,合同目的不能实现,《合作协议书》应予解除。(2)夏乘风和苏雄不是《合作协议书》的当事人,达宝公司在系争案件中亦未向夏乘风、苏雄主张权利,因此,案件无追加夏乘风、苏雄为第三人参加诉讼之必要。(3)在第二期股权转让款支付之日到来之前,合

[1] 参见《最高人民法院公报》2012年第5期,第9-10页。

作地块就已被收回，故达宝公司未支付股权转让款余款，应是行使不安抗辩权，解除《合作协议书》并无过错。（4）中岱集团公司向达宝公司书面承诺对中岱电讯公司的债务负责偿还，属于自愿对债务的承担行为。^{〔2〕}

3. 最高人民法院再审

最高人民法院（2010）民提字第153号民事判决书认为：（1）即使双方约定转让的股权归合同外的第三人所有，但只要该约定仅使一方负有向对方转让股权的义务，而没有实际导致股权所有人的权利发生变化，就不能以出让人对股权无处分权为由认定股权转让合同系无权处分合同进而无效。（2）当事人一方要解除合同应当向对方当事人提出，未向对方提出而是在其他合同中与他人约定解除前述合同的，不发生合同解除的效果。（3）违约金是针对特定的义务而存在的。这种特定的义务有时是合同中的某一项义务，有时是任何一项义务，法院首先必须准确地认定违约金所针对的义务内容。在认定后，还要审查该义务是否实际发生，商事合同中双方常常对合同义务附加前提条件，在条件未成就时合同义务实际上并不存在，故也谈不上履行问题，此时，针对该义务约定的违约金条款就不能适用。（4）合同外的第三人向合同中的债权人承诺承担债务人义务的，若无充分的证据证明债权人同意债务转移给该第三人或者债务人退出合同关系，就不宜轻易认定构成债务转移，一般应认定为债务加入。债权人即便未明确表示同意，但只要未以言词或行为明确表示反对，就仍应当认定为债务加入成立。^{〔3〕}

【评释】

一、关于无权处分合同的法律效力

最高人民法院判决书认为：“达宝公司与中岱电讯公司、中珊公司签订的《合作协议书》约定三方共同对目标地块进行房地产开发，中岱电讯公司将其持有的中珊公司100%股权中的10%股权转让给达宝公司。虽然在该协议签订时中珊公司的股东是夏乘风、苏雄，中岱电讯公司不持有中珊公司的股权，但该协议只是使得中岱电讯公司负有向达宝公司转让股权的义务，而没有使得达宝公司实际获得股权从而导致中珊公司股权发生变化，该协议也没有为中珊公司的股东夏乘风、苏雄设定义务，没有侵害夏乘风、苏雄对中珊公司享有的股权，故《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效。”对此，笔者认为不妥，理由如下：

1. 在系争《合作协议书》签订之时，中珊公司作为涉案股权转让的目标公司，肯定明知涉案股权归属于夏乘风、苏雄二人；转让人中岱电讯公司也是明知其尚无涉案股权的；受让人达宝公司不是明知中岱电讯公司尚无涉案股权，就是重大过失地不知。在这三方明知涉案股权归属于夏乘风、苏雄的情况下，签订系争《合作协议书》，处分他人的股权，至少有可能符合合同法第52条第2项关于双方恶意串通损害第三人权益的合同无效的规定。于此场合，称系争“《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效”，

〔2〕 同前引〔1〕《公报》，第13-14页。

〔3〕 同上引《公报》，第19-22页。

显然不妥，至少不周延。只有承认例外，其认定才有可能成立。

2. 目标公司中珊公司属于房地产公司，而且是以穗国地出合〔2005〕133号《广州市国有土地使用权出让合同》项下琶洲PZB1301地块（即目标地块）项目为其唯一项目的房地产公司。换句话说，中珊公司的责任财产几乎就是广州市国有土地使用权出让合同项下地块（即目标地块）的使用权。其原股东夏乘风、苏雄尚未投入资金开发涉案建设用地，就将其在中珊公司中的100%股权转让给中岱电讯公司，构成名为股权转让实为建设用地使用权转让。这规避了城市房地产管理法第39条第1款关于“以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件”的规定。由于城市房地产管理法第39条的规定为效力性的强制性规定，按照合同法第52条第5项，夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同应当无效。这种思路及意见，也被某些判决所采纳，广东省高级人民法院（2008）粤高法民一终字第163号民事判决书为其代表。〔4〕

在涉案股权交易方面，系争《合作协议书》和夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同构成连环交易。从没有后者就不会有前者的角度看，夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同是系争《合作协议书》的原因。夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同违法，这种不法原因已被带入系争《合作协议书》之中，在这种情况下不设例外地称系争“《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效”，是忽视体系解释法律的反映，背离了法律的精髓，实在不足取。

从系争《合作协议书》的标的物源于夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同的实际履行方面观察，夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同是系争《合作协议书》签订和实际履行的前提和基础。夏乘风、苏雄与中岱电讯公司之间的股权转让合同因违法而无效，意味着系争《合作协议书》签订和履行的前提与基础不存在。于此场合，称系争“《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效”，不但不合逻辑，而且违反意思表示理论，无法令人赞同。

之所以说系争《合作协议书》签订和履行的前提与基础不存在时仍令它有效违反意思表示理论，是因为该合同项下已经确定地不存在标的物，这难谓当事人双方就该标的物的买卖或转让达成合意。既然没有达成合意，就是合同没有成立，当然也不可称合同有效。

3. 最高人民法院判决书在这里的逻辑是：“该协议只是使得中岱电讯公司负有向达宝公司转让股权的义务，而没有使得达宝公司实际获得股权从而导致中珊公司股权发生变化”，所以，系争“《合作协议书》不因中岱电讯公司不是中珊公司股东这一事实而无效”。依其逻辑可推导出一个普适性的理论：“无权处分合同只是使得无权处分人负有向买受人或受让人移转标的物权属的义务，而未使买受人或受让人实际获得标的物权属，所以，无权处

〔4〕 见 <http://www.gdcourts.gov.cn/gdcourt/front/front!content.action?lmdm=LM43&gjid=20120810104716032025>，2013年4月17日访问。

分合同不因欠缺处分权而无效。”这种逻辑和理论已经升格为最高人民法院的司法解释。^{〔5〕}例如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下称法释[2012]8号)第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”(第1款)。“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持”(第2款)。

对于最高人民法院判决书在系争案件中关于无权处分合同效力的意见,以及法释[2012]8号第3条的规定,笔者持有异议,兹分析如下:

第一,它们显然已经修正了合同法第51条的规定。^{〔6〕}对此,笔者引用梁慧星教授的下述意见予以回应:“就算退一万步,承认合同法第51条无权处分合同规则错误,也不能由最高人民法院通过制定司法解释予以修改。理由很简单:最高人民法院无权修改法律。”^{〔7〕}

第二,法释[2012]8号第3条的规定不合逻辑。其道理在于,在区分负担行为和处分行为的德国民法上,两种行为各负其责,负担行为无需处分权。在不区分这两种行为的中国现行法上,买卖等合同同时肩负着发生债权债务和引起物权变动的双重任务,自然也需要处分权。可是,该司法解释却将处分权置之度外,即便欠缺处分权,买卖等合同也有效,没有承认任何例外。这在逻辑上不尽完美。^{〔8〕}

第三,应当承认,在实务上,众多法院都依据法释[2012]8号第3条的规定裁判案件,使买受人、受让人可追究出卖人、让与人的违约责任。其利表现在,它较为周到地保护了善意的买受人、受让人;其弊显现出:一是它对恶意的买受人、受让人同样优惠,有失权衡,没那么正当;二是在出卖人、转让人没有过错的情况下,仍然允许买受人、受让人追究其违约责任,也难谓体现了正义。

第四,在实务中,存在着若干根本不存在标的物、虚拟标的物的情形。例如,某《股权转让合同》约定转让的股权,不但不于合同签订时不存在目标公司,而且在二审判决作出时仍无目标公司。再如,某《清除暗礁合同》约定由某水下爆破队清除某码头附近的暗礁,但事实上该暗礁根本就不存在。对于这些情形,法释[2012]8号第3条第1款依其文义依然适用,一律奉行出卖人或转让人对标的物无处分权仍不影响买卖合同或转让合同的效力的解读,就意味着承认了虚假的交易。这会误导交易的下手,使其受让了难以实现的债权,或接受了债权人以此债权所设立的债权质。所有这些,都会害及债权人、质权人的合法权益,有违交易安全。

第五,出卖人或转让人对标的物无处分权,形成虚假交易时,会造成虚假繁荣,容易使国民经济的管理者作出不当的判断和决策,积累到一定程度,会酿成恶果,重蹈美国的

〔5〕关于对《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)》(法释[2009]5号)第15条的批评及其论证,见崔建远:《合同法总论》上卷,中国人民大学出版社2011年版,第393页。该条规定:“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同,合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形,买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权,请求追究出卖人违约责任的,人民法院应予支持。”

〔6〕见奚晓明主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第69页以下。

〔7〕梁慧星:《买卖合同特别效力解释规则之创设——买卖合同解释(法释[2012]8号)第3条解读》, http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=71811, 2013年4月23日访问。

〔8〕详细讨论见前引〔5〕,崔建远书,第371页以下。

次贷危机一样的后果。

第六,在根本不存在标的物、虚拟标的物的情况下,相当一些合同并无实质的意思表示一致。未成合意,何谈不支持关于合同无效的请求?在罗马法上,对于不能给付的物品不产生任何债。^[9] 尽管已就买卖标的达成了协议,但是如果在出售前标的的灭失了,那么,买卖不成立。^[10] 在英国,如果当事人双方均误认为合同标的的存在,但事实上在合同订立时该标的并不存在,就视为合同不存在。根据英国1979年货物买卖法第6条的规定,在以特定物为标的的买卖合同中,如果货物在缔约前已经毁损,而卖方在不知情时缔约,则不产生有效的合同。^[11] 已有若干判例认定此类合同因共同错误而无效。^[12] 即使在中国,最高人民法院自己也是承认合同不可缺乏标的的。例如,《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)》(以下称法释[2009]5号)第1条第1款前段规定:“当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。”此处所谓的标的,按照我国既有的学说,在买卖合同等场合就是标的物,在服务合同场合是指给付。依据目前我国民法多数说,虽然一概指给付,但在买卖合同、转让权利合同中只有存在标的物才有本来意义上的给付(没有标的物时只有民事责任关系中的另外形态的给付,如支付违约金或承担损害赔偿责任等)。由此可知,在根本不存在标的物、虚拟标的物的情况下,依据法释[2009]5号第1条第1款前段的规定,合同不会成立,更谈不上有效以及违约责任。法释[2012]8号第3条的规定及其(最高人民法院某些法官的)解读,显然与法释[2009]5号第1条第1款前段的规定相冲突,且很不应该。

在这里,有必要重温下述观点:法律行为之标的,既无实现之可能,则纵令以“国家法”对当事人之私法自治予以助之,亦无从促其达成目的。^[13] 标的不能,债务人之给付既自始不能,不论其原因系出自债务人之个人事由与否,均无实现之可能。债权人原无从而获得履行利益。契约系自始失其目的、失其意义、失其客体,以之为无效,对于债权人亦不发生积极损害。^[14]

从立法法及其理论上讲,法释[2012]8号相对于合同法而言为下位阶的规范,不应与合同法的规定相抵触,抵触的,不应有效。应当承认,此类情形在我国较为普遍,司法解释的若干规定又确实具有优越性,一律机械地按照立法法及其理论处理,其效果不见得最佳。

有鉴于此,对法释[2012]8号第3条这把双刃剑,可有若干处理方案。第一种方案:继续按照合同法的立法计划、立法目的、体系及制度安排,解释其第51条的规定,结论是

[9] [罗马]杰尔苏:《学说汇纂》第8编,转引自[意]桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。

[10] [罗马]保罗:《论萨宾》第5编,转引自上引斯契巴尼选编书,第393页。

[11] 参见董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第99页。

[12] (1856) 5 H. L. C. 673. 转引自杨楨:《英美契约法论》,北京大学出版社2007年版,第204页。

[13] 洪逊欣:《民法总则》,第331页。转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年版,第396页。

[14] 孙森焱:《论给付不能》,载《固有法制与现代法学》(戴炎辉先生七秩华诞祝贺论文集),1978年,第469页以下;德国学者持此说者有Stammler, Dernburg与Carolsfeld等著名学者。转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第3册,中国政法大学出版社1998年版,第53页。

买卖等合同因欠缺处分权而效力待定。而法释〔2012〕8号第3条仅仅是买卖合同特别效力规则，其适用范围包括5种案型：（1）国家机关或国家举办的事业单位处分“直接支配的不动产和动产”，不符合“法律和国务院的有关规定”（物权法第53、54条）；（2）抵押人出卖抵押物未经抵押权人同意（物权法第191条第2款）；（3）融资租赁承租人付清全部租金之前出卖租赁设备（合同法第242条）；（4）保留所有权买卖合同的买受人在付清全款之前转卖标的物（合同法第134条）；（5）将来财产的买卖。^{〔15〕}第二种方案：继续按照合同法的立法计划、立法目的、体系及制度安排，解释其第51条的规定，结论是买卖等合同因欠缺处分权而效力待定。而法释〔2010〕8号第3条的规定作为下位阶的法律文件，与合同法第51条的规定相抵触时，不具有法律效力。所谓不具有法律效力，可软化处理，在具体操作上，可以是限缩法释〔2012〕8号第3条规定的含义，将出卖他人之物或转让他人权利的合同排除在外，这些合同继续适用合同法第51条的规定。^{〔16〕}第三种方案：法释〔2012〕8号第3条的规定承认了物权行为理论。^{〔17〕}第四种方案：为了利益衡量，不太顾及形式逻辑，认为法释〔2012〕8号第3条适用于出卖他人之物或转让他人权利的合同场合，并不是建立在承认物权行为理论的基础之上的。^{〔18〕}究竟选取哪种方案？

笔者认为，从立法计划、立法目的、法律体系及制度安排看，中国现行法没有承认物权行为，最高人民法院出台的司法解释中也有相当数量的规定与物权行为的理论不符，加上按照物权行为理论无法解释合同法第52条第4项、第54条第1款第1项、第58条、第97条等条款的规定，^{〔19〕}所以，第三种方案不可取，第四种方案缺点很多，已如上述。至于第一种方案和第二种方案，二者在实质上是一致的，选取何者，可以继续思考。

二、关于系争《合作协议书》的解除

首先申明，以下分析、评论，以一审、二审和再审所认定的系争《合作协议书》为有效合同作为前提，而将笔者所赞同的无权处分合同为效力待定合同的观点暂时搁置一边。

一审、二审和再审法院的判决都支持系争《合作协议书》的解除，但各自的理念和路径却不相同，对解除权及其行使的理解也有差距，分析和评论它们有助于准确理解合同解除制度，澄清若干问题。

基于系争《合作协议书》的约定和实际履行的情况，达宝公司享有的解除权可有几个来源：一是基于系争《合作协议书》关于“如双方未能在该协议签订后三个月内就合作事宜达成一致（合作各方就该目标地块的合作事宜正式签订协议），达宝公司有权退出合作”的约定以及合同法第93条第2款关于约定解除权的规定。二是基于中岱电讯公司未能依约提供目标地块致使合作目的不能实现的事实以及合同法第94条第4项关于一方违约致使相对人不能实现合同目的可以解除合同的规定。

〔15〕 参见前引〔7〕，梁慧星文。

〔16〕 同上文。

〔17〕 参见前引〔6〕，奚晓明主编书，第77页以下。

〔18〕 这是最高人民法院的若干法官在宣讲法释〔2012〕8号第3条时所持的观点。

〔19〕 详细分析见崔建远：《债权：借鉴与发展》，中国人民大学出版社2012年版，第197页。

1. 系争案件与约定解除权

依据系争《合作协议书》的约定,所谓的“达宝公司有权退出合作”,在系争《合作协议书》全部条款的语境里,应为达宝公司有权解除系争《合作协议书》,此处之“权”应为解除权。该解除权产生的条件为“双方未能在该协议签订后三个月内就合作事宜达成一致(合作各方就该目标地块的合作事宜正式签订协议)”,该条件系涉案当事人双方约定的,而非法定的,故为约定解除权产生的条件。对其调整,应当适用合同法第93条第2款关于约定解除的规定。该约定解除权产生的条件由两项因素构成:第一个因素是3个月的期间届满,第二个因素是双方当事人至此尚未就合作事宜达成一致。如果3个月的期间尚未届满,双方当事人尚未就合作事宜达成一致,该约定解除权仍未产生。只有在该3个月的期间已经届满,双方当事人仍未就合作事宜达成一致的情况下,达宝公司才享有该约定解除权,才可以行使该约定解除权。

广州市国土资源和房屋管理局于2005年12月29日邮递给夏乘风、苏雄《关于解除琶洲PZB1301地块出让合同的函》(穗国房函[2005]1616号),按照合同法第96条第1款的规定,该出让合同已经解除,依据合同法第97条的规定,涉案土地使用权(建设用地使用权)不会移转给夏乘风、苏雄。事实上目标地块已于2006年1月14日在广州市房地产交易登记中心重新公开挂牌转让。至此,已经具备了达宝公司的约定解除权产生的第二个因素,即系争当事人双方已经不能就合作事宜达成一致。

由于系争《合作协议书》的签订日期为2005年12月12日,其签订后3个月期间的届满之日应为2006年3月13日。单就时间因素而言,达宝公司的约定解除权应自2006年3月13日产生。

达宝公司于2006年2月23日,而非2006年3月13日,向中岱电讯公司、中珊公司发函,称目标地块由于未按期交付土地出让金被政府收回,合作各方已无可能就合作事宜达成一致,故要求终止合作。显然,这是达宝公司在行使所谓的约定解除权(而非法定解除权)。此时,达宝公司的约定解除权产生所需要的时间因素尚不具备,换言之,达宝公司于此时尚无约定解除权,故其终止合作的函告并非在行使约定解除权,不发生系争《合作协议书》解除的法律效力。

2. 达宝公司终止合作的函告是否构成违约

为数不少的人认为,当事人一方不享有解除权时通知相对人解除合同,或虽有解除权但其行使的条件尚未成就时通知相对人解除合同,都构成违约,产生违约责任。笔者则认为,这种看法有些绝对。如果发出解除合同通知者已不再负有履行的义务,或虽有义务但享有不予履行的抗辩(如履行期尚未届至等),或行使了履行抗辩权,或依法主张了抵销,那么,只要没有构成合同法第108条规定的拒绝履行,就不应认定发出解除通知者已经违约。

具体到系争案件,达宝公司于其发出终止合作的函告时所负义务为支付第二笔款项(系争《合作协议书》约定该笔款项在2005年12月30日付清)。达宝公司若于此时没有依法行使解除权将系争《合作协议书》解除,或不享有抗辩,或不行使抗辩权,则已经违约,产生违约责任。但是,如果广东省高级人民法院判决书关于“达宝公司虽然只按约定支付了第一期股权转让款3000万元,但在第二期股权转让款支付之日即2005年12月30日之

前，合作地块就已被收回，故达宝公司未支付股权转让款余款，应认定为是行使不安抗辩权”的认定正确，那么，达宝公司于2006年2月23日向中岱电讯公司、中珊公司发出终止合作的函件，就不构成违约，不产生违约责任。或者，如同下文所述，如果达宝公司于2006年2月23日向中岱电讯公司、中珊公司发出终止合作的函件，不是基于系争《合作协议书》的约定，而是按照合同法第94条第4项的规定，行使法定解除权，使其支付第二笔款项的义务消灭，那么，也不构成违约，不产生违约责任。

3. 达宝公司是否享有法定解除权

由于广州市国土资源和房屋管理局已于2005年12月29日邮递给夏乘风、苏雄《关于解除琶洲PZB1301地块出让合同的函》，目标地块已于2006年1月14日在广州市房地产交易登记中心重新公开挂牌转让，中岱电讯公司、中珊公司、达宝公司合作开发该房地产项目已无基础，系争《合作协议书》的目的已经不能实现。

诚然，系争《合作协议书》的目的不能实现的原因在于，股权转让人夏乘风、苏雄没有及时、如数支付土地使用权出让金，国有土地使用权出让方广州市国土资源和房屋管理局解除了国有土地使用权出让合同，并将目标地块挂牌转让给案外人。单就这点来说，系争《合作协议书》的股权出让人中岱电讯公司似乎没有过错，不应向股权受让人达宝公司承担违约责任。但是，合同法第107条确立了无过错责任原则，中岱电讯公司仅以其无过错为由主张不负违约责任，已经不能奏效。按照合同法第121条关于“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决”的规定，中岱电讯公司仍应向达宝公司承担违约责任，除非它提出有效的免责事由。但中岱电讯公司没有提出有效的免责事由。

如此，达宝公司不但有权援用合同法第107条以下的规定，追究中岱电讯公司的违约责任或违约损害赔偿责任，也有权援用合同法第94条第4项的规定，享有并行使法定解除权，依据合同法第96条第1款的规定，向中岱电讯公司发出解除系争《合作协议书》的通知。该通知到达中岱电讯公司之处时发生系争《合作协议书》解除的法律效果。

达宝公司于2006年2月23日向中岱电讯公司、中珊公司发出终止合作的函件，并未言明系基于系争《合作协议书》的约定在行使约定解除权，当然，亦未明确是在基于合同法第94条第4项的规定行使法定解除权，应当如何解释？笔者认为，应作有利于解除权人的解释，作不利于违约方的认定。其道理在于：（1）解除权人已经享有解除权，作有利于他的解释，没有超出解除权所含利益的范围，没有使权利人获得不当利益，没有使违约方承受额外的负担。（2）解除权的规范具有裁判规范的性质，裁判者有权也有义务对解除通知符合哪部法律哪个法律条文的规定作出认定。具体到系争案件，就应作这样的认定：达宝公司基于合同法第94条第4项和第96条第1款的规定，行使了法定解除权，解除了系争《合作协议书》。

广州市中级人民法院判决书关于“虽然达宝公司在《合作协议书》约定的三个月期限尚未届满时提出解除《合作协议书》，但其行为具有充分的客观事实依据，属于依法行使权利”的认定，笔者认为，如果此处所谓的“权利”指的是达宝公司的约定解除权，那么，由于该约定解除权产生所需要的第一个因素（时间因素）尚不具备，达宝公司于此时尚不享有约定解除权，该项认定就没有系争《合作协议书》的依据，也不符合合同法第93条第

2款规定的文义和规范意旨,难获赞同。与此不同,如果此处所谓的“权利”指的是达宝公司所享有的法定解除权,即来源于中岱电讯公司违约致使合作目的不能实现以及合同法第94条第4项的规定,那么,由于达宝公司已经确实享有了法定解除权,并且该权利行使的条件业已具备,判决书的该项认定就具有事实依据和法律依据。

广东省高级人民法院判决书和最高人民法院判决书都认定了系争《合作协议书》已经解除,均未认定达宝公司违约,与上述结论相一致,只是它们没有明确形成权基础,更未阐释清楚法理,不利于说服系争当事人,法治宣传不到位。

4. 是主审法院判决系争《合作协议书》解除,还是判决确认合同解除

笔者注意到,广州市中级人民法院判决书判决解除达宝公司与中岱电讯公司、中珊公司签订的《合作协议书》(第1项判决),而不是判决确认解除系争《合作协议书》。这就引出了一个较有普遍性的问题:解除合同,到底是当事人的行为,还是裁判机关的行为?是主审法院判决合同解除,还是判决确认合同解除?

笔者认为,除适用情事变更原则裁判系争合同解除的以外,其他类型的合同解除,都是当事人的行为,而非法院、仲裁机构的行为。因此,只有在解除权人行使解除权的情况下,法院、仲裁机构才有权审核解除权产生的条件及行使的条件是否具备,若具备则确认合同解除,若未具备则不认定合同已经解除。假如解除权人并未行使解除权,在诉讼或仲裁中也不行使解除权,而是请求法院或仲裁机构裁判合同解除,即使通过释明,解除权人也仍然坚持自己并不行使解除权,而是请求法院或仲裁机构裁判合同解除,那么,笔者认为,法院、仲裁机构无权依职权裁判合同解除,不发生系争合同解除的法律效力。^[20]具体到系争案件,系争《合作协议书》的解除,必须经守约方达宝公司行使解除权,或达宝公司与中岱电讯公司达成解除系争《合作协议书》的合意,方能发生系争《合作协议书》解除的法律效果。中岱电讯公司对此有异议的,主审法院对系争《合作协议书》是否已经解除予以确认,决不是主审法院判决系争《合作协议书》解除。所以,广州市中级人民法院判决书判决解除达宝公司与中岱电讯公司、中珊公司签订的《合作协议书》(第1项判决),是不合法的,至少是表述不周延的。而最高人民法院判决书关于“2006年2月23日达宝公司退出合作后,《合作协议书》无法继续履行,达宝公司也主张该协议解除,故本院对该协议已经解除予以确认”的认定,则合法、周延。至于广东省高级人民法院判决书关于“由于夏乘风、苏雄未按期缴纳土地出让金,广州国土局已收回琶洲PZB1301地块,并重新公开挂牌出让。中岱电讯公司、中珊公司、达宝公司合作开发该房地产项目已无基础,合同目的不能实现,其签订的《合作协议书》应予解除”的认定,就属于尚未确定系争《合作协议书》业已解除,仅仅是表态它应被解除。联系其“驳回上诉,维持原判”的判决,可知其采纳了判决系争合同解除的观点。这不足取,应予改正。

5. 系争《合作协议书》是否被协议解除

在申诉期间,中岱集团公司提供了夏乘风、苏雄与达宝公司于2005年12月13日签订的《合作合同书》,该合同书约定:该合同签订之日起,达宝公司与中岱电讯公司签订的《合作协议书》自动失效。

[20] 崔建远:《合同法总论》中卷,中国人民大学出版社2012年版,第652页。

对于该《合作合同书》，达宝公司否认其真实性。最高人民法院判决书认为：因《合作合同书》中载明的当事人达宝公司否认该合同书的真实性，且主张该合同书系申诉人利用《合作协议书》的相关签约文件变造而成，故该《合作合同书》系真伪不明。达宝公司要使其签订的《合作协议书》失效或者解除《合作协议书》，应当向《合作协议书》的当事人作出表示，但夏乘风、苏雄并不是《合作协议书》的当事人，所以即使《合作合同书》真实有效，该合同中有关《合作协议书》自动失效的约定也不能发生《合作协议书》解除的效果。

最高人民法院判决书的上述意见，仅就协议解除的现行法规定及其法理，以及合同的相对性原则而言，也值得赞同。其理由在于：所谓《合作合同书》签订之日起，达宝公司与中岱电讯公司签订的《合作协议书》自动失效，在学理上叫作协议解除，又叫合意解除，或曰反对合同。它是指当事人双方签订一个新的合同，使其此前所签合同自始归于消灭的现象。此处所谓“新的合同”，在大陆法系称作反对合同，或解除合同；所谓“此前所签合同”，也叫原合同。协议解除要求反对合同与原合同的缔约主体是同一的，反对合同的意思表示及其效力是消灭原合同的效力。^[21] 合同法第93条第1款关于“当事人协商一致，可以解除合同”的规定，正合此意。具体到系争案件，系争《合作协议书》的缔约人是达宝公司与中岱电讯公司及中珊公司，而中岱集团在申诉期间提供的《合作合同书》，其缔约人则是夏乘风、苏雄与达宝公司。可见，《合作合同书》与系争《合作协议书》的缔约人不同，称前者解除了后者，不符合合同法第93条第1款的规定，不符合协议解除的法理。此其一。由于二者的缔约人不同，按照合同的相对性原则，《合作合同书》的效力不及于系争《合作协议书》，前者无法消灭后者的法律效力，除非系争《合作协议书》的全体缔约人一致同意《合作合同书》具有解除系争《合作协议书》的效力，但没有证据能证明此点。此其二。

三、关于达宝公司是否享有不安抗辩权

广东省高级人民法院判决书认为：“达宝公司虽然只按约定支付了第一期股权转让款3000万元，但在第二期股权转让款支付之日即2005年12月30日之前，合作地块就已被收回，故达宝公司未支付股权转让款余款，应认定为是行使不安抗辩权。”这有无法律依据呢？立场和视角的不同，答案可能有异。

1. 立场、视角和答案 I

分析系争《合作协议书》的全部条款，不难发现它属于非典型合同（无名合同），由涉案股权的转让合同、共同对目标地块进行房地产开发的合同、保证合同等合同组成。若孤立地识别达宝公司支付股权转让款的义务及其所在，则结论是它处于股权转让合同关系之中。系争《合作协议书》的实际履行情况是，中岱电讯公司已经将涉案股权移转于达宝公司，全面履行了涉案股权的转让合同项下的义务；尚未完全履行该合同项下义务的是达宝公司，它仅仅支付了第一笔股权转让款，尚未支付第二笔股权转让款。在这种情况下，按

[21] 史尚宽：《债法总论》，台湾荣泰印书馆股份有限公司1978年版，第508页以下。

照合同法第66条以下规定的履行抗辩权,可能享有履行抗辩权的,只能是中岱电讯公司,不可能是达宝公司,达宝公司不可能享有不安抗辩权。据此衡量,广东省高级人民法院判决书关于达宝公司未支付第二笔款项系行使不安抗辩权的意见,于法无据。

不过,这样认识和处理系争案件是有缺陷的。(1)涉案股权的转让合同并非孤零零存在的合同,它只是系争《合作协议书》的组成部分。如同孤零零的螺丝的价值远远小于已经连接发动机与车体的螺丝的价值一样,作为系争《合作协议书》组成部分的涉案股权的转让合同,其意义绝非单纯的涉案股权的移转与价款的支付。立场、视角和答案I显然忽视了这一点,既不符合当事人约定的全貌,也会产生负面的后果。(2)涉案股权的转让合同不单纯地以涉案股权的存在为交易基础,在一定的意义上说,是以中珊公司未来取得目标地块及其开发所形成的潜在价值为交易基础的。换句话说,涉案股权的价值主要由目标地块的土地使用权的价值决定,也受达宝公司和中岱电讯公司合作开发目标地块形成的物业的价值左右。如果中珊公司无法取得目标地块的土地使用权,达宝公司取得的10%的股权就几乎没有价值,意味着达宝公司白白地丧失了3000万元及其利息,甚至还须继续支付第二笔款项,并贻误了交易的良机。所以,只有整体地审视和把握系争《合作协议书》,重视其每个组成部分,把涉案股权的转让合同与共同对目标地块进行房地产开发的合同联系起来,将达宝公司支付股权转让款的义务与目标地块的土地使用权登记在中珊公司名下联系起来,才可能妥当地处理系争案件纠纷。

2. 立场、视角和答案II

整体地审视和把握系争《合作协议书》,把涉案股权的转让合同与共同对目标地块进行房地产开发的合同联系起来,将达宝公司支付股权转让款的义务与目标地块的土地使用权登记在中珊公司名下联系起来,认识到达宝公司签订系争《合作协议书》的交易基础,是中珊公司未来取得目标地块及其开发所形成的潜在价值。后来,由于夏乘风、苏雄的原因,目标地块的土地使用权被案外人取得,而不会归属于中珊公司,交易基础消失,达宝公司不宜也不应继续履行系争《合作协议书》,有权拒绝支付第二笔款项。广东省高级人民法院判决书关于达宝公司未支付第二笔款项系行使不安抗辩权的意见,属于这种立场、视角和答案。

达宝公司的这种权利是不安抗辩权吗?回答依旧是否定的。因为不安抗辩权的成立必须两项义务产生于同一合同,可是,即使放宽解释此处所谓的同一合同,把系争《合作协议书》看成此处所谓的同一合同,仍然只见中岱电讯公司所负的给付义务,即将涉案10%的股权移转于达宝公司的义务,却见不到中岱电讯公司尚未履行的义务,因为将目标地块的土地使用权登记在中珊公司名下不是中岱电讯公司的义务。就是说,系争案件不具备成立不安抗辩权所必需的两项义务源自同一合同这个要件。据此衡量,广东省高级人民法院判决书关于达宝公司未支付第二笔款项系行使不安抗辩权的意见,仍然没有法律上的依据。

3. 立场、视角和答案III

达宝公司支付第二笔款项与中岱电讯公司所负违约金责任之间的关系,倒符合不安抗辩权成立所需要的两项义务源自同一合同这个要件,但广东省高级人民法院判决书关于达宝公司未支付第二笔款项系行使不安抗辩权的意见,仍然不符合案件事实。因为中岱电讯公司所负的违约责任为支付违约金,在债的关系层面它属于金钱债务。而自罗马法以来的

民法理论都坚持：金钱债务不发生不能。合同法第 109 条所谓“当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬”的起草意图，本来也是表达金钱债务没有不能的立场。^[22] 结论便是：中岱电讯公司不存在合同法第 68 条第 1 款规定的构成不安抗辩权所需要的“……（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”。一句话：广东省高级人民法院判决书关于达宝公司未支付第二笔款项系行使不安抗辩权的意见，没有事实依据和法律依据。

4. 达宝公司无需支付第二笔款项的合法救济路径

其实，达宝公司无需支付第二笔款项，且不构成违约的合法路径是有的，只不过不是不安抗辩权罢了。其合法路径之一是，目标地块的土地使用权无法登记在中珊公司名下，合作开发目标地块形成物业利益成为泡影，系争《合作协议书》的目的不能实现，按照合同法第 94 条第 4 项的规定，达宝公司依法行使法定解除权，将系争《合作协议书》解除，从而消灭自己支付第二笔款项的义务。其合法路径之二是，由于达宝公司支付第二笔款项的义务属于金钱债务，中岱电讯公司支付违约金的债务也属于金钱债务，依据合同法第 99 条的规定，将两笔债务在相同的数额内予以抵销，即可消灭达宝公司支付第二笔款项的义务。一审、二审和再审的判决没有从此处着眼认定和判决，令人遗憾。

四、关于债务加入

1. 系争《承诺函》的法律效力及其认识

中岱集团公司于 2006 年 6 月 9 日向达宝公司出具《承诺函》，内容为：达宝公司原已交付国有土地使用权出让金 3000 万元，由中岱集团公司负责偿还，包括达宝公司与中岱电讯公司签订合同所耗费的资金费用。

所谓“由中岱集团公司负责偿还”，明确地表达了中岱集团公司向达宝公司承担不少于 3000 万元的偿还责任的意思，这无疑义；但是否含有因此而免除中岱电讯公司向达宝公司返还 3000 万元及其利息的债务，则未言明。双方当事人和主审法院对此各有不同的解读。

中岱集团公司将该《承诺函》解读为：它提议中岱电讯公司和中珊公司欠付达宝公司的 3000 万元及资金费用由自己负责偿还。该提议的法律意义是债务的转移（学说所谓免责的债务承担）。但达宝公司则认为：中岱集团公司出具承诺书的行为是债务加入（学说所谓并存的债务承担），并非债务转移。一审、二审和再审的判决都支持了达宝公司的意见，认定《承诺函》所发生的法律效力为债务加入，即中岱电讯公司所负担的债务继续存在，中岱集团公司成为另一债务人，也对中岱电讯公司所负担的债务承担偿还义务。

2. 系争《承诺函》作为单方允诺与债务加入

系争《承诺函》依其外形应为单方允诺，属于单独行为，而非双方行为。该单方允诺自到达达宝公司之处时产生法律效果。

[22] 遗憾的是，定稿者未能领会初始草拟者的本意，不熟悉金钱债务没有不能的规则及其学说，改成了现在这个似在附庸合同法第 107 条、第 110 条的条文，其价值大为降低。

系争《承诺函》作为单方允诺，也有相对人，该相对人即达宝公司。该《承诺函》的法律效力能否及于相对人达宝公司呢？答案与该《承诺函》是否为达宝公司设定了义务、损害了或可能损害其合法权益有关。假如它为达宝公司设定了义务，损害了或可能损害其合法权益，又无其他法律事实导致达宝公司取得相应的对价或补偿，则该《承诺函》的效力不及于达宝公司。事实是，该《承诺函》没有为达宝公司设定义务，没有损害或可能损害达宝公司的合法权益，只是为中岱集团公司自己设定了债务，而非权利。由于中岱集团公司具有权利能力和行为能力，系一理性人，按照意思自治原则，系争《承诺函》及其法律效果应当受到法律的承认。

系争《承诺函》作为单方允诺，还涉及第三人。该第三人包括中岱电讯公司。按照单独行为制度及其理论，系争《承诺函》的法律效力无论如何都不会约束到第三人，不会约束到中岱电讯公司，不会改变中岱电讯公司对于达宝公司所承担的义务，包括返还3000万元及其利息的义务。

假如承认系争《承诺函》的效力及于第三人中岱电讯公司，具有免除中岱电讯公司向达宝公司返还3000万元及其利息的效力的效力，这虽然对于中岱电讯公司较为有利，但可能给达宝公司这个债权人带来损害，即中岱集团公司的诚信存疑和偿债能力不足时，达宝公司的3000万元及其利息的债权不易实现或实现曲折。这是不被允许的，因为如同上文所述，单独行为不得为相对人设定义务，不得损害或可能损害相对人的合法权益。

当然，如果达宝公司、中岱电讯公司都承认系争《承诺函》一经生效就免除了中岱电讯公司返还3000万元及其利息的义务，则另当别论。不过，这种“承认”实质上是达成了一个合意，即由中岱集团公司负责向达宝公司偿还3000万元及其利息而免除中岱电讯公司此项义务的合意。没有这样的合意，中岱电讯公司对达宝公司负有的3000万元及其利息的义务决不会因系争《承诺函》的生效而不复存在。

总之，单方允诺不具有为第三人设定义务的效力，亦无免除第三人义务的效力。具体到系争案件，系争《承诺函》作为单方允诺时，不具有为中岱电讯公司设定义务的效力，也不具有为中岱电讯公司免除义务的效力，仅仅是为中岱集团公司自己设定了偿还3000万元的债务。这个结论若能成立，则系争《承诺函》在系争案件中所引起的法律效果就只能是债务加入。因此，一审、二审和再审的判决认定《承诺函》所发生的法律效力为债务加入，就具有事实依据。

3. 系争《承诺函》作为要约与债务加入

如果把系争《承诺函》看作要约，则自相对人达宝公司认可它时起，双方当事人之间成立了债务承担的合同，内容为中岱集团公司负有向达宝公司偿还3000万元及其利息的债务。

由合同的相对性原则决定，系争《承诺函》的效力也不及于第三人中岱电讯公司，不具有免除中岱电讯公司向达宝公司偿还3000万元及其利息债务的效力。如此，中岱电讯公司对达宝公司负有的3000万元及其利息的债务不因系争《承诺函》的生效而被免除。

从中岱电讯公司与达宝公司之间的债之关系来看，该笔中岱电讯公司的3000万元及其利息的债务若被免除，民法通说及其实务操作要求具有明确的意思表示。否则，不宜认定为债务免除。但没有证据证明存在该意思表示，故系争《承诺函》的生效不影响该笔中岱

电讯公司的 3000 万元及其利息的债务的存在。

应当承认，合同法第 84 条等条文规定的债务承担是否含有债务加入，不太明确。于是，产生了一个疑问：假如合同法没有规定债务加入，系争《承诺函》的生效可以发生债务加入的效果吗？回答是肯定的，因为与物权法定不同，债务承担的类型没有奉行法定主义，允许当事人依其意思自由创设债务承担的类型，只要不损害第三人的合法权益、不损害社会公共利益、不违背社会公德即可。

其实，对于合同法第 84 条的规定，可以采取宽松的解释态度。实务中已经出现的债务加入的案型，需要适用合同法加以解决。假如认为合同法第 84 条的规定不含有债务加入的类型，就构成法律漏洞说，而依法律漏洞说处理债务加入的纠纷，法律适用时就比较复杂，相对地困难。反之，若通过对合同法第 84 条等条文规定的解释，得出合同法已经承认了债务加入，则更有助于案件的解决。

Abstract: There are at least six aspects of shortcomings to rule that the contract to dispose other person's stock equity is valid, which is generalized by the gist of the judgment and fixed by the judicial interpretation. Such ruling and the relevant judicial interpretation not only have revised the provision of Article 51 of the Contract Law, but also have some defects in their logic. Moreover, in the practice, this position will protect the transferees both in good faith and in bad faith, which is not very justified in its interest balance. There are also some circumstances in the practice where the object of the sale contract does not exist at all or the object is fabricated, which will not only do harm to the transaction security, but also lead to the borrowed prosperity or even economic crisis. And in the theory, such sale contracts are in short of agreement in the essence.

Where the dissolution of the contract by consensus and by law are concurrent, although the agreed conditions under which a party may terminate the contract have not been satisfied, the party may still terminate the contract by law if the relevant conditions are satisfied. Where the transferor has transferred the stock equity to the transferee, the transferee cannot base his refusal to pay the residual payment on the right to suspense of performance, although the fundamental reason of the refusal lies in that the goal to develop the real estate project together by the parties to the contract cannot be realized. Where the commitment formulates definitely that the promisor will undertake the responsibility of repayment but doesn't say clearly whether to release the debt of the debtor or not, it is improper to find that the debtor is released from the responsibility of repayment.

Key Words: disposal of other person's property, validity, right to suspense of performance, dissolution of a contract, undertaking of debt
