

分期付款股权转让合同解除制度之漏洞填补 ——以最高人民法院第 67 号指导性案例为切入点

张平华 于 惠

摘要:《民法典》第 634 条在《合同法》第 167 条的基础上增加了催告要件, 指导案例 67 号可为探究立法者的用意提供独特的视角。对于《合同法》第 167 条能否类推适用于分期付款股权转让合同解除的问题, 指导案例 67 号给出的否定答案遭到学界的批评。从法律漏洞填补的角度分析, 分期付款股权转让合同解除问题与分期付款买卖合同解除问题在法律评价的层次上具有类似性。但是由于类推适用《合同法》第 167 条不符合处理分期付款股权转让合同解除问题应当具备的价值取向, 因此不应类推适用。虽然指导案例 67 号的判决结果是正确的, 但是其说理不充分、观点不恰当的裁判理由体现出法官运用类推适用方法能力的不足, 并对其后的司法实践产生了不良影响。反思商事无名合同的立法现状和法律漏洞填补的司法现状, 《民法典》作出的努力值得肯定, 未来应继续坚持在立法中重视商法的特殊价值, 并加强对于法官运用类推适用方法过程的监督和指导。

关键词: 分期付款合同解除; 指导案例 67 号; 《合同法》第 167 条; 漏洞填补; 类推适用

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 04-0115-19

一、问题之提出

《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)是一部坚持“民商合一”的法典, 其中合同编相较于《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》, 已废止)更加符合“民商合一”体例的要求, 对分期付款买卖合同解除规则的修正即为重要表现之一。对于分期付款买卖合同的解除, 《民法典》第 634 条在《合同法》第 167 条的基础上增加了催告要件, 立法者为何推动这一变化? 这一变化将对司法实践产生何种影响? 回答上述问题不仅要求对《合同法》第 167 条作恰当的文义分析, 更要求对其在司法实践中的适用进行细致考察。最高人民法院于 2016 年 9 月 19 日发布的第 67 号指导性案例“汤长龙诉周士海股权转让纠纷案”(下称指导案例 67 号)可以为此提供重要参考和分析思路。指导案例 67 号根据四个理由拒绝参照适用《合同法》第 167 条以支持股权出让人解

【作者简介】张平华, 法学博士, 山东大学法学院教授; 于惠, 山东大学法学院硕士研究生。

除分期付款股权转让合同：股权买卖与一般买卖不同，合同目的能够实现，出让人基于诚实信用应当先要求受让人支付全部价款，解除合同对交易安全有不利影响。

指导案例 67 号发布后，分期付款股权转让合同的解除问题引发了学界的激烈讨论，也得到了司法实践的回应。根据《民法典》第 467 条（原《合同法》第 124 条）的规定，除了指导案例 67 号涉及的《合同法》第 167 条，股权转让合同的解除应当适用《合同法》第 94 条关于法定解除权的规定。比较指导案例 67 号发布前后分期付款股权转让合同的解除问题适用第 94 条和参照适用第 167 条的情况，可以探知其对司法实践的影响。在中国裁判文书网以“分期付款”“股权转让”“解除”为固定关键词，分别检索以第 167 条或第 94 条为法律依据的案例，笔者发现：在指导案例 67 号发布之前，参照适用第 167 条解除分期付款股权转让合同的案件仅有 1 例，满足第 167 条的适用要件而适用第 94 条的案件共有 3 例，二者之间的比例为 1:3；在指导案例 67 号发布之后，截至 2020 年 12 月 31 日，参照适用第 167 条解除分期付款股权转让合同的案件仅有 3 例，满足第 167 条的适用要件而适用第 94 条的案件共有 18 例，二者之间的比例为 1:6。由此可知，在指导案例 67 号发布后大多数法官在此类案件中都能遵循其处理方法，不再参照适用《合同法》第 167 条支持解除合同，并在当事人提出应以该条为依据时引用指导案例 67 号说明不应参照适用的理由。

学界对于指导案例 67 号的讨论主要集中于对其裁判理由和裁判规则的分析，在此过程中产生了以下观点：有小部分学者支持指导案例 67 号的做法，如万方^{〔1〕}；持相反观点的学者认为本案的重点不在于股权是否有别于一般买卖合同标的物，而在于本案是否符合“先交付后付款”的分期付款合同的特性，如钱玉林^{〔2〕}、吴建斌^{〔3〕}；另有学者跳脱出论证“应否参照《合同法》第 167 条”的思路，而是探究《合同法》第 167 条在立法技术上存在的偏差，企图通过法律解释使其回归保护买受人的立法目的，如孙新宽^{〔4〕}、杨旭^{〔5〕}。通过有针对性地批判指导案例 67 号的裁判理由和裁判规则，学者们提出了处理分期付款股权转让合同解除问题的建议，但均未将这一问题识别为法律漏洞，进而无法根据法律漏洞填补的相关理论检视指导案例 67 号的合理性。

类推适用作为填补法律漏洞的方法在司法实践中被广泛运用，但在实践中法官运用该方法的能力参差不齐。作为探究类推适用在民商事司法实践中运用情况不可多得的样本，笔者拟从法律漏洞填补的角度对指导案例 67 号判断应否类推适用《合同法》第 167 条的过程进行一体化研究，发掘其招致诸多批评的根本原因，剖析《民法典》第 634 条修改的深层逻辑，以期对商事无名合

〔1〕 万方：《股权转让合同解除权的司法判断与法理研究》，载《中国法学》2017年第2期，第256页。

〔2〕 钱玉林：《分期付款股权转让合同的司法裁判——指导案例67号裁判规则质疑》，载《环球法律评论》2017年第4期，第33页。

〔3〕 吴建斌：《指导性案例裁判要点不能背离原案事实——对最高人民法院指导案例67号的评论与展望》，载《政治与法律》2017年第10期，第113页。

〔4〕 孙新宽：《分期付款买卖合同解除权的立法目的与行使限制——从最高人民法院指导案例67号切入》，载《法学》2017年第4期，第158页。

〔5〕 杨旭：《〈合同法〉第167条对股权买卖之准用——〈指导案例〉67号评释》，载《现代法学》2019年第4期，第196页。

同的法律漏洞填补进行反思、提供建议，并为法律职业群体提升类推适用的能力带来提示和启发。

二、股权转让合同制度中的法律漏洞

（一）法律漏洞的发现

法律漏洞，是指现行法律体系中违反立法计划的不圆满之处。⁽⁶⁾ 法律漏洞的发现是一个动态的过程，需要将目光往返于事实和规范之间，通过对调整对象的定性和对法律规范的解释进行判断。对于指导案例 67 号中的分期付款股权转让合同，现行法律体系是否存在漏洞，可以从股权转让合同的类型出发进行确认。股权转让合同并未作为一个独立的合同类型出现在现行立法中，因此属于我国《民法典》第 467 条（原《合同法》第 124 条）规定的无名合同。对于此类由当事人依其意愿自行创制的合同类型，法律并不否定其效力，而是积极地为其法律适用提供指引，彰显出对当事人意思自治的尊重和宽容。《民法典》第 467 条在揭示无名合同之定义的同时，也规定了无名合同的法律适用规则，即除了适用合同编通则的一般性规定以外，可以参照适用合同编或者其他法律最相类似合同的规定。股权转让合同作为无名合同之一，应当遵守上述适用法律的规则。

此外，虽然法律并未就股权转让合同作出规定，司法解释却对此种合同有所提及。《民法典》第 646 条（原《合同法》第 174 条）确立了“买卖合同规则准用于其他有偿合同”的法律适用规则。全国人大法工委曾就此作出说明，买卖合同作为最典型的有偿合同，相关规定中存在有偿合同的共通性规则。对于这些可以共通的规则，为避免重复繁杂不再另行规定，而是授权法官可以直接参照适用买卖合同的相关规则。⁽⁷⁾ 对于股权转让合同是否属于有偿合同，2020 年《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》（下称《买卖合同司法解释》）始终给予肯定的回应，明确说明股权转让等权利转让合同可以参照适用买卖合同的有关规定。⁽⁸⁾ 这样的安排是否意味着就股权转让合同的法律适用而言不再存在法律漏洞？答案是否定的：首先，《买卖合同司法解释》使用了“可以……参照适用”的术语，为司法实务中的法律适用留有空间，即法官可以自行决定是否参照适用；其次，“参照适用”的本质是法律明确规定将针对某类法律问题所设置的规定适用于另一类似但并不完全相同的法律问题，与直接“适用”有较大区别，并未直接将股权转让合同纳入买卖合同规则的调整范围；最后，《民法典》第 646 条仅指示法官可以参照适用的法律规则的范围而并未指示具体的法条，在个案中究竟以哪一条作为裁判依据仍然需要法官在所指示的范围内寻找和判断。对于某一法律问题，是否存在法律漏洞最终要在司法实践中进行考察，《民法典》第 646 条与《买卖合同司法解释》的相关规定并未消除司法实践中审理股权转让合同纠纷

(6) 黄建辉：《法律漏洞·类推适用》，台北蔚理法律出版社 1988 年版，第 21 页及以下。

(7) 全国人大法工委研究室编写组：《中华人民共和国合同法释义》，人民法院出版社 1999 年版，第 272 页。

(8) 《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》（法释〔2020〕17 号）第 32 条承继了修正前该解释第 45 条的规定：“法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据民法典第四百六十七条和第六百四十六条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。 权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的，人民法院应当首先引用民法典第六百四十六条的规定，再引用买卖合同的有关规定。”

纷时找法困难和找法失败的可能，因此法律漏洞仍然存在。

从法学方法论的角度来看，法律漏洞填补方法应当依照法律漏洞的类型进行选择，“而不能根据法官偏好或者为达某种裁判结果而任意选用”。⁽⁹⁾因此，应当在发现法律漏洞的同时对其类型进行判断，以获得选择法律漏洞填补方法的基本依据。股权转让合同作为无名合同的一种，在现行法律体系中并无任何法律规范对其进行规定，应属开放漏洞。

（二）法律漏洞的填补

法律的稳定性、抽象性和滞后性与社会的无限变化性之间的矛盾决定了法律漏洞必然存在。根据“禁止司法沉默”原则⁽¹⁰⁾，法官即便无法在现行法律体系中找到可适用的法律规范，也不得拒绝裁判。因此，合理地选择和运用法律漏洞填补方法就成为衡量法官职业能力的重要标准。法官填补法律漏洞的方法分为制定法内的方法和制定法外的方法。制定法内的方法是在既有法律规则体系内依据立法目的所为，有利于充分贯彻立法者于制定法中体现的立法目的，保持法律体系的稳定性，提高司法的可接受性，因此应当优先于易受法官个人因素影响的制定法外的方法用于填补法律漏洞。在制定法内的方法中，类推适用是指对于法律规范没有规定的法律问题，根据类比推理适用调整与其最相类似的法律问题的法律规范，应当用于填补开放漏洞。根据上文对股权转让合同制度中法律漏洞类型的判断，应当首先运用类推适用的方法填补此类漏洞。

作为指引股权转让合同纠纷的法律适用的法条，《民法典》第646条和《买卖合同司法解释》第32条使用了“参照适用”的术语，指的是法律明确规定将针对某类法律问题的规定适用于另一类似但并不完全相同的法律问题，即为准用。准用是指立法者经过类比，判断某一法律问题类似于法律有所规定的其他法律问题，以指示性法条授权法官适用调整该其他法律问题的法律规定。于准用的情形下法官并非高枕无忧，是否还须运用类推适用的方法填补漏洞取决于指示性法条指引法律适用的明确程度：若指示性法条对事实构成的规定与经明确指示可以适用的法条对法律效果的规定相结合，能够共同构成完整的法律规则适用于某一类法律问题，那么就不存在法律漏洞，也不需要类推适用；若指示性法条对事实构成的规定较为概括，又未能指示法官适用任何具体的法律条文，而是仅仅指示了可以适用的法律规定的范围，则此时法律漏洞仍然存在，法官需要通过类比推理在所指示的范围内寻找最相类似的法律规定，这种情况下的准用在实质上属于类推适用，因而被称为“法定的类推适用”或“授权的类推适用”。⁽¹¹⁾

《民法典》第467条和第646条即属于并未具体指明可援引的法律规定，而仅仅指示了适用范围的指示性法条。设置此类指示性法条的必要性在于：首先，我国私法既未明确规定“禁止司法沉默”原则，也未明确授权法官进行类推适用，导致司法实践中法官运用这一方法时畏手畏脚、

(9) 曹磊：《法律漏洞补充行为的失范与规制》，载《法学论坛》2019年第4期，第72页。

(10) 1804年《法国民法典》率先确立了“禁止司法沉默”原则，其第4条规定：“法官如果以法无规定、规定不明确或不完备为由拒绝裁判，得以拒绝审判罪追诉之。”这一原则随后成为法治社会所普遍承认的法律原则。

(11) 郭富青：《论商法类推适用的依据、范围和正当性》，载《甘肃政法学院学报》2012年第5期，第44页。

积极性低。以法律规定授权法官在审理无名合同法律问题时参照适用最相类似合同的法律规定是一个巨大的进步，有利于推动法官运用类推适用作出公正裁判。其次，《民法典》第 646 条是内容为“买卖合同规则准用于其他有偿合同”的指示性法条，设置这一条文后买卖合同规则中具有有偿合同共通性的规则就不再规定于其他有偿合同章节之中，不但可以实现立法技术上简洁明了的要求，还可以强化买卖合同在有偿合同中的范式地位。最后，《民法典》第 646 条虽然并未指示法官适用具体的法条，但相比于完全依靠法官自行判断的情况，至少指明了可类推法律规范的范围，既体现出立法者对于有偿合同之间类似性的肯定，又为法官通过类比推理具体选择参照适用的法律规范留下了空间。

根据上文对准用性质的分析，可以得出如下结论：实质为类推适用的准用，与直接适用具有根本不同。“适用”“参照适用”等术语体现出待决法律问题与目标法律规范所调整的法律问题是相同还是类似。^{〔12〕}运用类推适用方法处理的法律问题与目标法律规范所调整的法律问题之事实构成要件既不能完全相同，也不能完全不同。在讨论《合同法》第 167 条能否类推适用于指导案例 67 号的情形时，我们不应忽略这样一个基础：类推适用本就是用来处理不同法律问题的技术手段，分期付款买卖合同与分期付款股权转让合同的不同并不当然排斥类推适用的合理性。不能仅凭二者的相同点或不同点决定能否类推适用，问题的核心应当是这些特征对于类似性判断是否具有重要性和决定性。而从指导案例 67 号的文本来看，其恰恰犯了混淆“适用”与“参照适用”的错误^{〔13〕}，并未说明其所分析的分期付款买卖合同与分期付款股权转让合同的不同究竟在构成要件中具有何种地位，而得以排除对《合同法》第 167 条的类推适用。

三、指导案例 67 号类推适用的路径

为了考察指导案例 67 号就能否类推适用《合同法》第 167 条的判断是否合理，有必要根据理论上有关类推适用步骤的学说，结合分期付款股权转让合同解除问题的特性，对指导案例 67 号的裁判过程作出评价。根据有代表性的观点，可将类推适用的步骤总结为：寻找可类推的法律规范、分析构成要件的重要性、确定价值判断的妥当性。

（一）寻找可类推的法律规范

在发现法律漏洞存在以后，类推适用的第一步应为寻找可能类推适用的法律规范，获得下一步与待决法律问题相比较的对象。这一寻找的过程可遵循一定的步骤：首先，在可类推法律规范的范围划定上，应当遵循“不在不同法律领域或不同法律部门之间任意类推”的原则。^{〔14〕}其次，应当具体判断所划定的范围内是否存在与待决法律问题具有表层相似性的规范。有学者将这一从

〔12〕 易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016 年第 1 期，第 91 页。

〔13〕 在指导案例 67 号的裁判要点中，使用了“不适用《中华人民共和国合同法》第 167 条”的术语；而在其裁判理由中，也使用了“不宜简单适用《合同法》第 167 条”来进行表达。

〔14〕 王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 506 页。

特殊到特殊的推理过程称为形式类推，是指根据待决法律问题和目标法律规范的表层相似度，初步选定类推适用的法律规范。这种表层相似度只是初级的、外观的相似，并不涉及待决法律问题的具体事实和目标法律规范的立法目的。^{〔15〕}一般情况下，法律条文纷繁复杂，寻找可类推法律规范的过程又难以遵循从一般到特殊的推理过程，因此具有相当的难度。但于准用的情形，指示性法条的存在缩小了可类推法律规范的范围，大大降低了这一环节的难度。对于股权转让合同等有偿合同，根据《民法典》第646条及《买卖合同司法解释》第32条的规定，法官只须在《民法典》合同编买卖合同一章中，寻找与待决法律问题具有直观相似性的法律规范即可。指导案例67号中需要解决的问题为分期付款股权转让合同的解除问题，因此彼时在《合同法》中可以初步选定调整分期付款买卖合同解除问题的第167条作为可能类推适用的法律规范。

（二）分析构成要件的重要性

类推适用并非仅仅是在形式上比较两类事物之构成要件的过程，更是在实质上评价哪些构成要件对于类似性判断具有重要性的过程，不仅应着眼于待决法律问题与可类推法律规范所规制的法律问题的相同之处，还要重视二者的不同之处。构成要件重要性分析是类推适用的重点和难点所在。

1. 积极地确认：在具有重要性的构成要件上一致

在类推适用的过程中，分析待决法律问题与目标法律规范构成要件之异同时，应当选择最能体现待决法律问题特征和目标法律规范立法目的的比较点，从而保证处理待决法律问题的思路与目标法律规范的核心精神相符，这要求法官具备把握目标法律规范立法目的的能力。《民法典》第634条（原《合同法》第167条）所设置的分期付款买卖合同出卖人的解除权，是基于分期付款合同的特性，在合同编通则规定的法定解除权之外所设置的特殊解除权。该条于文义上似乎赋予了出卖人在买受人迟延履行时解除合同的救济性权利；然而，考察域外相关立法实践和我国立法者对本条的解释，设置这一解除权的目的并不是为了降低出卖人不能收回全部价款的风险，而是通过对出卖人行使解除权设定一定的限制以保护处于弱势地位的买受人。换言之，通过合同编通则中有关法定解除权的规定赋予出卖人救济性的权利已经足够保护出卖人的利益，在合同编分则中规定特殊解除权则是出于保护买受人的需要。

就立法者对《合同法》第167条的解释而言，其保护买受人的立场十分坚定。全国人大法工委在《中华人民共和国合同法释义》中表示，出卖人基于其在分期付款买卖中所面临的因提前转移标的物而不能取得全部价款的风险，往往提出有利于其自身而对买受人苛刻的解除合同条款，因此第167条的立法目的应为限制出卖人的解除权、保护通常是弱者的买受人的利益。^{〔16〕}2012年，最高人民法院又通过《买卖合同司法解释》第38条第2款支持法院认定违反《合同法》第

〔15〕 张弓长：《中国法官运用类推适用方法的现状剖析与完善建议——以三项重要的合同法制度为例》，载《中国政法大学学报》2018年第6期，第32页及以下。

〔16〕 全国人大法工委研究室编写组：《中华人民共和国合同法释义》，人民法院出版社1999年版，第261页及以下。

167 条之规定的合同约定无效,赋予了该条半强制性,进一步加强了其保护买受人利益的作用。⁽¹⁷⁾

就域外相关立法实践而言,德国、瑞士、日本等大陆法系国家的法律对于分期付款买卖合同均设置出卖人的特别解除权,并规定了比我国更为严格的解除条件,能够更好地实现保护买受人的目的。例如,《德国民法典》第 498 条规定,出卖人在买受人“完全或者部分迟延支付至少连续 2 期的分期付款,并且至少为 10%”或“期间超过 3 年的情形,迟延支付借贷的名义金额至少 5%”时享有解除权,并应当给予买受人为期 2 周的宽限期⁽¹⁸⁾;《瑞士债法典》第 226h 条曾规定,出卖人在买受人“不支付两期付款且其之和至少已达整个购买价款额的十分之一”或“不支付一批付款其数额不少于总价款的四分之一”或“不履行最后一期付款的,卖方有明确权利保留的”情形下,可以请求付清买价或者解除合同,同样应当给予买受人不少于 14 天的宽限期⁽¹⁹⁾;日本《割赋贩卖法》也规定了宽限期制度。⁽²⁰⁾

在英美法系国家,分期付款买卖(instalment sale)更为原始的形式为租购协议(hire purchase agreement),其合法起源可追溯至 1895 年的两个英国判例⁽²¹⁾,分期付款买卖的法律规制由此引起人们的注意。在美国,分期付款买卖的运用更加广泛,立法也十分发达,其特点在于第三方金融机构的参与和票据作为融资手段的使用,涉及几个法律概念之间复杂的相互作用并具有间接贷款的色彩,由此在具体的法律规则中呈现出一系列差别。⁽²²⁾但无论如何,总结相关的典型普通法规则,其均致力于消除分期付款买卖双方合同地位的实质不平等,通过要求卖方必须充分披露合同条款并向买方突出显示特定注意事项(notice to buyer)、卖方在买方违约的情况下取回标的物或加速价款到期时⁽²³⁾应当满足事先通知等条件、禁止前期小额定期付款而最终以巨额付款终止的

〔17〕 2012 年《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》(法释〔2012〕8 号,已于 2020 年修正)第 38 条第 2 款规定:“分期付款买卖合同的约定违反合同法第一百六十七条第一款的规定,损害买受人利益,买受人主张该约定无效的,人民法院应予支持。”(2020 年修正后第 27 条第 2 款)这一款决定了分期付款买卖合同的当事人不得约定较《合同法》第 167 条更为宽松的解除条件,即《合同法》第 167 条被赋予了半强制性。

〔18〕 参见杜景林、卢湛:《德国民法典——全条文注释》(上册),中国政法大学出版社 2015 年版,第 379 页。

〔19〕 参见吴兆祥、石佳友、孙淑妍译:《瑞士债法典》,法律出版社 2002 年版,第 52 页。这一规定现已被瑞士《关于消费信用的联邦法律》附录二第 II 条第 1 项废止,根据新的法律规定,仅当分期付款之未付部分,至少达到信用额度净额的 10%时,信用提供者才能解除合同。参见蔡睿:《分期付款买卖中出卖人解除权的制度构造与立法反思——兼评最高人民法院 67 号指导案例》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期,第 124 页。

〔20〕 日本《割赋贩卖法》第 5 条规定:“分期付款销售业者,关于利用分期付款销售的方法销售指定商品的契约,在不履行支付分期付款的义务的场合,非在规定 20 天以上的相当期限,以书面催促其支付,于该期限内并未支付时,不得以滞纳分期付款为理由,请求支付未到期的分期付款金。”参见姚欢庆:《〈合同法〉第 167 条规范宗旨之错位及补救》,载《浙江社会科学》2007 年第 2 期,第 74 页。

〔21〕 See Patrick Donovan, *Retail Instalment Sales-The Australian Experience*, 33 *New York University Law Review* 666, 669 (1958).

〔22〕 See Donald J. M. Brown, *Regulation of Consumer Instalment Credit*, 2 *Osgoode Hall Law Journal* 467, 470-472 (1963).

〔23〕 总结普通法系国家的典型分期付款买卖立法,在买方不履行合同时,卖方有权通过私力救济或司法程序取回(repossession)标的物,或根据加速条款(the acceleration clause)起诉买方要求其支付价款。William D. Warren, *Mexican Retail Instalment Sales Law: A Comparative Study*, 10 *UCLA Law Review* 15, 40 (1962).

气球合同 (balloon contract)⁽²⁴⁾ 等规定, 确保不给买方造成不必要的负担, 明确体现出保护买受人利益的立法目的。⁽²⁵⁾

正如我国台湾地区“民法”就分期付款买卖合同解除权法律规定的立法理由所言: “法律设此限制, 盖为保护买受人之利益, 而显分期付价买卖之效用也”⁽²⁶⁾, 我国《合同法》第 167 条的立法目的也应为保护买受人的利益。根据这一立法目的, 类推适用《合同法》第 167 条的法律问题应当具备的构成要件为“分期付款合同”及“买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一”。原因在于, 只有在分期付款合同中, 出卖人面临着交付标的物后无法收回全部价款的风险, 才有动机在合同中设置损人利己的解除条款, 法律才有必要对这一利益失衡的状态进行调整。而《合同法》第 167 条所设置的解除条件为“买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一”, 起到实质意义上限制出卖人解除权的作用。因此, 此二者属于最具重要性的构成要件。

对于“分期付款合同”的判断, 指导案例 67 号将“分期付款”定义为: “买受人向出卖人支付总价款分三次以上, 出卖人交付标的物之后买受人分两次以上向出卖人支付价款”, 在修正前 2012 年《买卖合同司法解释》第 38 条第 1 款对“分期付款”的解释之上增加了“先交付后付款”的要件。⁽²⁷⁾ 本案中, 汤长龙与周士海约定从 2013 年 4 月至 2014 年 4 月分四次付清 710 万元股权转让款, 符合“分期付款”的要件。此外, 虽然双方并未约定股权变更手续的办理期限, 但从 2013 年 11 月周士海所持有的 6.35% 股权已经变更登记至汤长龙名下这一事实来看, 可以推定双方存在价款付清前即转让股权的默示合同安排, 符合“先交付后付款”的要件。同时, 周士海以公证方式向汤长龙送达解除合同的通知时, 汤长龙已经逾期未付第二笔股权转让款 150 万元两个月, 符合“未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一”的构成要件。因此, 就指导案例 67 号的案情而言, 可以判断案涉分期付款股权转让合同解除问题与《合同法》第 167 条的规定在具有重要性的构成要件上相互一致。

2. 消极地确认: 不一致的构成要件不具有重要性

与上述共同具备的构成要件相对应, 分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同也存在不同之处。对于这些不同之处, 应当考察其是否具有排斥两者间一致的决定性。指导案例 67 号的第一个裁判理由将股权买卖与一般买卖的不同总结为: 目的不同、出卖人风险不同、能否要求受让人支付标的物使用费不同, 进而直接得出“不宜简单适用《合同法》第一百六十七条规定的合同解除权”的结论, 其所总结的不同之处是否恰当、得出结论的逻辑进路是否合理、裁判理由的表达

(24) 卖方可能出于先以前期的小额定期付款诱使买方与其进行分期付款交易, 再利用买方无法支付最后一期大额款项的违约行为收回标的物的目的, 与买方订立此种气球合同。因此, 美国各州立法均禁止或限制卖方与买方缔结此类合同或在合同中设置类似内容的条款, 以避免买方受到卖方或其他合同持有者的摆布。

(25) See J. Glenn Donaldson, *Analysis of Retail Installment Sales Legislation*, 19 Rocky Mountain Law Review 135, 142, 144, 156 (1947).

(26) 邱聪智:《新订债法各论》(上), 姚志明校, 台湾元照出版有限公司 2002 年版, 第 200 页。

(27) 2012 年《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 38 条第 1 款规定: “合同法第一百六十七条第一款规定的‘分期付款’, 系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。”(2020 年修正后第 27 条第 1 款)

方式是否准确，均值推敲。

分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同之间的不同首先表现为标的物的不同，股权转让合同的标的物为股权，而买卖合同的标的物一般为普通货物，存在有体物与无体物的区别。作为一种内容丰富的综合性权利，股权兼具人身性和财产性，其交付方式固然与有体物不同，涉及复杂的权利义务群，但这并不影响股权转让合同与买卖合同具备同样的合同安排——均为一方转让标的物的控制权，另一方支付相应对价，也不影响分期付款股权转让合同具备“先交付后付款”的特征。《合同法》第 167 条调整的是合同的解除，而非合同的标的，仅涉及买方的履行情况和卖方的救济权利。在指导案例 67 号中，股权出让人已经在公司内部完成了交接手续，并配合工商登记部门办理了股权过户登记，即已将合同义务全部履行完毕，公司及其他股东也已通过同意股权转让、变更股东名册和工商登记等方式承认了股权受让人的股东身份。此时的股权受让人可以自由地行使完整的股东权利，与买卖合同中出卖人将货物交付给买受人后的状态并无二致。若此时根据合同安排股权受让人无法付清价款，则股权出让人同样面临着无法收回价款的风险，分期付款股权转让合同也就同分期付款买卖合同一样具备了信用交易的特征。

指导案例 67 号认为基于“股权一直存在于公司”的特点，股权出让人所承担的不可能收回全部价款的风险低于买卖合同中的出卖人，不应类推适用《合同法》第 167 条，这一风险分析难谓合理。由于指导案例 67 号的裁判理由并未说明“股权一直存在于公司”的具体含义，可以从股权的特征出发从以下几个角度理解：从股权、股东与公司关系的角度，股权的确无法脱离公司而独立存在，其人身性权利内容表现为股东参与公司经营和管理的各项权利，财产性权利的内容也与公司的经营状况和盈利能力密切相关；从股权变动的角度，在公司向登记机关变更股东姓名或名称之前，由于工商登记具有对抗效力，股权出让人仍然保留股权的出让权，即股权受让人此时还不能将股权再次处分；从股权价值的角度，其在转让时的对价由全体股东和管理层的经营行为、政策环境、市场行情等多种因素决定，与普通货物相比不存在灭失、毁损等显性的贬值风险。以上述特征作为基础进行分析，尽管股权一直存在于目标公司，股权出让人仍须承担以下风险：第一，出让人始终面临着诸如受让人丧失支付能力、拒不付款等危及出让人收回价款的风险；第二，在股权已经登记变更至受让人名下以后，若其将股权再次处分，出让人将要承担无法收回股权的风险；第三，在类似于本案的股权受让人已经实际参与公司经营管理的条件下，存在因其经营行为造成股权价值降低的可能。由此可见，“股权一直存在于公司”的特点表面上降低了股权出让人收回股权的难度，实际上并未改变其对股权逐渐丧失支配力的过程，更无法避免受让人无法支付剩余价款的风险。与分期付款买卖合同的出卖人相比，股权出让人所承受的风险并未被股权的特征所消除。退一步讲，以此为理由拒绝类推适用《合同法》第 167 条本就与其立法目的不符。

分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同的另一个不同表现为合同目的不同。作为商事合同的一种，股权转让合同的目的是为了获取经济利益，而买卖合同按照指导案例 67 号的表述则“多发、常见在经营者和消费者之间，一般是买受人作为消费者为满足生活消费而发生的交易”。同样，

指导案例 67 号并未说明这一合同目的上的不同具有何种意义和影响，但似乎表明了将《合同法》第 167 条的适用范围限缩于生活消费领域的倾向。合同目的的区别可能对处理分期付款合同解除问题产生的影响主要在于：《合同法》第 167 条保护的是买卖合同中的买受人，而在商事合同中双方当事人通常为势均力敌的商事主体，是否有必要倾斜保护其中一方的利益？在这一问题上，应当回归《合同法》第 167 条保护买受人的原因来进行分析。在买卖合同中，买受人通常是处于弱势地位的消费者，这是由市场经济关系的特征所决定的。但《合同法》第 167 条保护买受人的原因并非是由于买卖合同中买受人与出卖人的地位普遍存在的差别，而是由于分期付款合同中出卖人基于面临着无法收回全部价款的风险，存在于合同中约定过于容易达到的解除条件的动机。在股权转让合同中，股权出让人和受让人或许均具有雄厚的资金实力和经营管理公司的能力，相互之间的信息不对称等问题较于买卖合同没有那么严重。但分期付款股权转让合同作为具备“先交付后付款”之特征，股权出让人仍须授予受让人一定的信用，在交付股权后承担无法收回价款的风险，其完全有动机在合同中设置有利于其自身而损害受让人的解除条款，因此有类推适用《合同法》第 167 条对此进行规制的必要。

综上所述，指导案例 67 号所要解决的分期付款股权转让合同解除问题，与《合同法》第 167 条所调整的分期付款买卖合同解除问题，在具有重要性的构成要件上相互一致，且其不同不具有排斥此种一致的决定性，因此可以判断两者具有实质类似性。指导案例 67 号的裁判理由所总结的股权买卖与一般买卖的不同，有的实为相同，有的虽为不同但不具备重要性，且指导案例 67 号本身并未说明这些不同的意义和对于类推适用的影响，导致在构成要件重要性分析环节产生错误的判断结果。

（三）确定价值判断的妥当性

经过构成要件重要性分析获得待决法律问题与目标法律规范调整的法律问题之间具有实质类似性的结果，是类推适用的关键条件，但不构成其充分理由。类推适用不同于严格依照既有法律规范所进行的裁判，一旦缺乏立法目的的引领，容易演变成法官个人的决断。因此，为了避免忽视法律规范中内含的价值取向和利益安排，应将价值判断作为最后一个步骤来考察类推适用是否妥当，检视立法目的是否贯穿整个类推适用的过程，并发挥应有的作用。如果类推适用缺乏妥当性，应将其作为排斥上述实质类似性的理由拒绝类推适用。

1. 宏观层面的价值判断

类推适用中的价值判断，首先要在宏观的层面判断待决法律问题和目标法律规范是否具备价值同一性。在此过程中，法官不仅要探索目标法律规范的价值取向，还应以立法者的身份自居考虑处理待决法律问题应当重视哪些价值，以判断两者是否一致。因此，这一步骤要求分别就《合同法》第 167 条的价值取向和处理分期付款股权转让合同解除问题应当重视的价值进行分析。

对于《合同法》第 167 条，从保护买受人的立法目的出发，该条的价值取向应为保护处于弱势的当事人，体现了平等原则。但由于立法技术的欠缺，《合同法》第 167 条在实际适用的过程中

偏离了保护买受人的初衷，在事实上有利于出卖人。《合同法》第 167 条应起到防止出卖人在合同中约定过于容易达到的解除条件的作用，然而其文本中却并未说明“约定”这一前提，仅通过司法解释从反面规定违反该条规定的合同约定无效，导致该条所设置的解除权实际上成为法定解除权的一种。而与《合同法》总则规定的法定解除条件相比，第 167 条所设置的解除条件又较为宽松。根据《合同法》第 94 条的规定，当事人一方迟延履行主要债务时必须满足“经催告后在合理期限内仍未履行”，迟延履行债务或者有其他违约行为时必须满足“致使不能实现合同目的”的要件，另一方当事人才能够解除合同。《合同法》第 167 条并未规定催告要件，一方迟延履行“全部价款的五分之一”客观上也无法达到致使合同目的不能实现的程度，导致买受人通过《合同法》第 167 条受到的保护甚微，而出卖人却凭空获得了可以轻易解除合同的权利。

基于此种立法目的不能实现的情况，有学者提出应将《合同法》第 167 条作为《合同法》第 94 条第 3 项的补充规范，即行使《合同法》第 167 条规定的解除权须具备“催告”和“设置合理期限”要件，从而对分期付款买卖合同的解除设置更为严格的条件。⁽²⁸⁾ 这一观点采用目的解释与整体解释相结合的方法，灵活地利用《合同法》总则与分则的关系，能够有效避免《合同法》第 167 条单独适用所产生的不公平结果。实际上，指导案例 67 号的裁判理由也暗含着《合同法》第 167 条与第 94 条构成竞合关系的观点：其第二个裁判理由探讨了案涉合同的目的，逻辑为由于合同目的仍然能够实现因而不应解除合同，可以对应第 94 条第 4 项；第三个裁判理由认为股权出让人应当首先要求支付全部价款而非解除合同，类比第 94 条第 3 项所规定的催告要件，发挥的功能都是维系合同效力，给违约方履行合同的机会，从而限制出卖人的解除权、保护买受人的利益。遗憾的是，指导案例 67 号并未明示这一观点，也没有对此作出充分的解释。

对于分期付款股权转让合同解除问题，从股权转让合同的商事合同属性出发，相应的法律规范应当符合商法的价值体系。商事合同与民事合同在主体和目的上有明显不同，二者的立法精神也应有实质差别。作为具有资金实力和职业能力的商人，股权出让人与受让人签订合同的最终目的均为获取经济利益，因此股权转让合同应属商事合同。商法的价值体系可以包括两个方面：一是效率价值，即商法应当促进交易的简便和迅捷；二是秩序价值，而交易安全是秩序价值的应有之义。⁽²⁹⁾ 指导案例 67 号的最后一个裁判理由使用了“从维护交易安全的角度”的表述，正体现出对这一价值的重视。合同解除意味着商事交易的终结和合作关系的破裂，其溯及力还将使得已经尘埃落定的安排发生巨大变动。出于解除合同对商业秩序和其他规范价值的威胁，从古至今各国立法通常均对解除权的行使设置一定的限制。早期的大陆法系国家受中世纪道德神学的影响，将解除权的行使限制在买方订立合同时知晓卖方的履行存在缺陷的情况下；英美法系国家的判例

(28) 孙新宽：《分期付款买卖合同解除权的立法目的与行使限制——从最高人民法院指导案例 67 号切入》，载《法学》2017 年第 4 期，第 167 页。

(29) 俞秋玮、贺幸：《商事裁判理念对审判实践影响之探析》，载《法律适用》2014 年第 2 期，第 3、5 页。

法对于解除合同也采取严格收紧赋权范围的措施，在英国尤其如此。⁽³⁰⁾ 股权转让合同作为与公司密切相关的合同，具有更大的外部性，其解除将对交易安全产生不良影响。“民商合一”立法体例下的合同法律规范对于买卖合同这一同时为民事活动与商事交易频繁使用的合同类型，应当设置兼顾民法与商法价值取向的法律规则，就商事合同的解除作出相应的限制。但由于《合同法》第167条的规定对商事交易安全疏于关注，最高人民法院不得不拒绝将其类推适用于分期付款股权转让合同——可以说是司法实践对“民商合一”体例中立法缺陷的一次回应。

总结上述价值判断的结果，可知由于“民商合一”立法体例下合同立法对商法价值的忽视，导致《合同法》第167条的价值取向与处理分期付款股权转让合同解除问题应有的立法精神不符。同时，《合同法》第167条自身还存在偏离立法目的、违背保护买受人初衷的问题。因此，有必要以维护交易安全为价值导向，区分不同主体的利益作进一步分析，以判断类推适用是否具有妥当性。

2. 微观层面的价值判断

在宏观层面判断目标法律规范与待决法律问题是否具有价值同一性之后，应当在微观层面分析和权衡类推适用的法律后果对各个利益主体的影响。微观层面的价值判断须以宏观层面的价值判断作为前提，“两者交互发挥作用为疑难裁判中个案正当结论的探寻提供方法”。⁽³¹⁾ 法官应以宏观层面价值判断的结果为标准，分析通过类推适用能否实现平衡各方利益、公正解决纠纷的裁判。

微观层面的价值判断应当首先在纠纷双方之间进行。分期付款股权转让合同纠纷的双方当事人分别是股权出让人和迟延支付价款超过全部价款1/5的股权受让人。由于《合同法》第167条在适用过程中实际上保护了出卖人，在某些买受人并无违约故意且有能力继续履行的情况下，尤其在付款期数较少、每期价款数额较大的合同中，买受人稍有迟延出卖人即可援引《合同法》第167条解除合同，不仅对买受人不公，还将造成交易秩序的动荡。在指导案例67号中，周士海向汤长龙送达解除协议通知的次日，汤长龙便主动支付了到期两个月未支付的价款，其后又按时支付了后两期价款。可周士海却不厌其烦地将价款如数退回，执意解除股权转让合同，或许真正的原因在于股权价值已经发生了变化而高于出让人与受让人在订立合同时约定的价款。若在这样的背景下类推适用《合同法》第167条，即在不具有诸如“催告”“宽限期”等前置程序，而解除条件又非常易于达到的情况下赋予股权出让人以解除权，无异于为股权出让人滥用权利提供方便。商事实践中，股权转让通常采取分期付款的支付方式，股权价值在价款尚未全部付清之前发生增长也是正常现象，类推适用《合同法》第167条将会助长更多的商人为满足一己私利而任意解除股权转让合同，置合同的履行情况、相对人的意愿以及对公司、社会的影响于不顾。因此在这一层面，“股权转让人的机会解除的投机利益不值得保护，受让人依据合同约定的履行利益

(30) Richard R. W. Brooks & Alexander Stremitzer, *Remedies on and off Contract*, 120 *Yale Law Journal* 690, 690, 695 (2011).

(31) 张弓长：《中国法官运用类推适用方法的现状剖析与完善建议——以三项重要的合同法制度为例》，载《中国政法大学学报》2018年第6期，第34页。

才值得保护”。^{〔32〕}

在纠纷当事人的层面进行价值判断之后，可以适当地扩大范围，考虑类推适用对其他利益主体的影响。是否解除合同意味着股权转让能否顺利进行，关系到股东身份的归属。在公司内部，股权转让合同的解除辜负了其他股东对股权受让人已经产生的接纳和信赖，损害了有限责任公司的人合性。指导案例 67 号提到，“股权交易关涉其他股东对受让人的接受和信任”，这是由于有限责任公司的设立与运营往往以股东之间的人情关系为基础。《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）就股东对外转让股权的行为设置了由同意股东优先购买规则和反对股东购买规则组成的双重限制结构，以保护有限责任公司的人合性，这就意味着股权出让人将股权转让给外部受让人经过了其他股东的同意。在这样的情况下解除股权转让合同，将再次改变有限责任公司的股权结构，颠覆股权受让人与其他股东之间已经形成的信任与合作关系，进而影响公司的经营和发展。在公司外部，若股权已经经过工商变更登记而转入股权受让人的名下，股权转让合同的解除还将剥夺外部交易相对人基于股权受让人的股东身份而与其订立合同的合理信赖。外部交易相对人根据工商登记与具有股东身份的股权受让人订立合同，除了考虑其股东身份所彰显的个人实力，根本目的是为了与股东背后的公司进行交易和合作。因此，股权转让合同的解除还可能导致公司失去关涉重大利益的交易机会。从内外两个层面进行分析，解除股权转让合同将损害以上诸如其他股东、有限责任公司、外部交易相对人等主体的利益，这便是指导案例 67 号所指的“社会成本和影响已经倾注其中”的具体表现。

通过以上两个层次的价值判断，可知类推适用《合同法》第 167 条并不符合处理分期付款股权转让合同解除问题应当重视交易安全的价值取向。股权转让合同的解除将对股权受让人、其他股东、有限责任公司、外部交易相对人等多方主体的利益造成损害，还将影响商事主体的守约秩序、有限责任公司的人合性及经营管理的稳定。虽然分期付款股权转让合同解除问题与《合同法》第 167 条所调整的分期付款买卖合同解除问题具有实质类似性，但由于类推适用缺乏妥当性，因此不能类推适用。指导案例 67 号的裁判理由的核心，与其说是以构成要件重要性分析为核心判断能否类推适用《合同法》第 167 条的过程，不如说是出于维护交易安全的政策考量证成不予支持解除合同的正当性的过程。其中，对于股权出让人的风险、股权交易中倾注的社会成本的评估，不仅考虑到了股权转让合同双方的利益，更兼顾了其他股东、公司等主体的利益。通过坚持维系合同效力以维护交易安全的价值取向，指导案例 67 号在微观与宏观层面均进行了实质性的价值判断，得以最终保证裁判结果的妥当。

四、商事无名合同的法律漏洞填补

指导案例 67 号运用类推适用填补法律漏洞的过程中出现的问题，显现出我国有关商事无名合

〔32〕 李建伟：《分期付款的股权转让合同解除权的特殊性——兼评最高人民法院第 67 号指导性案例的约束性规范》，载《清华法学》2019 年第 1 期，第 148 页。

同法律问题的立法和司法现状均不完善。立法上,有关部分商事合同的法律规则缺失,而相关的民法规则没有做到兼顾商法价值,导致法律漏洞的出现;司法过程中,法官不能正确地运用类推适用方法,又导致其填补法律漏洞的行为招致诸多批判。对此,有必要进行反思,并寻求合理的解决办法。

(一) 立法现状反思与建议

指导案例 67 号的裁判理由中蕴含着最高人民法院推行商事裁判思维的政策目的。我国采取“民商合一”的立法体例和“民法典+商事单行法”的立法模式,这是立法者和学界的共识。在指导案例 67 号裁判当时,民事合同适用《中华人民共和国民法总则》(下称《民法总则》,已废止)和《合同法》的规定。商事合同的法律适用不同于一般民事合同。商事单行法作为民法的特别法,在其相对独立的体系之内可以更好地维护商法自身的价值取向,针对商主体和商行为的特性设立更为合理的规则,应当优先适用。因此,股权转让合同作为公司领域的合同,应当首先在《公司法》中寻找相关规定。然而,虽然《公司法》第 21 条第 2 款对其他股东确认股权转让合同效力的情形有所提及,但该款属于针对股东优先购买权而设置的规定,并非针对股权转让合同的规定。这就使得民法的一般规则和合同法的类似规则不得不承担调整这一商事合同的任务,而这些规则却由于不足以兼顾商法价值并不适合调整股权转让合同。

在此情形下,我国“民商合一”立法体例的缺陷便显现出来:作为特别法的商法因缺乏系统性而难以统摄所有商法问题,作为基本法的民法又由于立法技术的欠缺对商法的特殊价值不够尊重,司法实践中法官遇到商法漏洞时的法律适用困难与混乱导致诸多不公平的裁判。在合同法领域,这一缺陷具体表现为类似于股权转让合同的部分典型商事合同没有被纳入有名合同的范围,实践中法官遇到此类合同时往往需要准用其他合同法律规则。然而,虽然有名合同中不乏有在民事与商事领域均能发挥作用的合同,相关的法律规则却并未对民事主体和商事主体、民事合同规则和商事合同规则进行区分,其结果包括两个方面:一是以民事合同为立法假设客体而忽视商法的特殊价值取向,对商事交易所追求的快捷、安全和稳定等目标造成了重大伤害;二是注意义务的统一标准对商事主体过于温和,对民事主体又过于严格,导致“商化不足”和“商化过度”的问题同时存在。⁽³³⁾ 这样的立法现状不但是产生法律漏洞的土壤,也使得类推适用其他合同法律规则无法发挥填补法律漏洞的作用。因此,最高人民法院为了避免各级法院在遇到商法漏洞时机械地援引类似的民法规则而导致不公平的裁判,在指导案例 67 号中传达出推行商事裁判思维的信号,实属无奈之举。

耶鲁大学教授 Alan Schwartz 和 Robert E. Scott 曾对合同法作出以下分析:由于传统的合同定义涵盖了法律应当实现的所有承诺,即使是仅专注于“协议的强制履行”的合同法理论,也必须考虑从企业与消费者之间的格式合同到商事组织之间的商事合同这样一个连续的整体。尚无描述

(33) 樊涛:《我国商事合同制度的解析与重构》,载《理论导刊》2008年第6期,第106页及以下。

性理论能解释合同法如何涵盖如此广泛的领域，以单一规范为基础的规范性理论也因适用该理论的契约环境的异质性而无法获得应有的效果。⁽³⁴⁾ 这一分析恰恰与“民商合一”体例国家的合同法的处境相吻合，解释了我国的合同法律规则不能很好地同时调整民事合同和商事合同的原因。对此，两位学者给出的建议是，合同法应当秉持使交易双方共同利益最大化的目标，而这一目标的前提是国家应根据“福利最大化”的标准选择规范商事交易的法律规则。⁽³⁵⁾ 在指导案例 67 号中，这一目标表现为不应以股权出让人解除合同的单方利益为中心，而应通过判决继续履行合同实现双方当事人的共赢。由于《合同法》第 167 条偏离了这一目标，法院只得拒绝类推适用该条以尽可能地平衡双方当事人的利益，但其在依照哪一法律规则作出判决和是否强制履行合同等方面的自由空间毕竟有限，合同法上的“正义”主要应当通过立法而非司法来实现。⁽³⁶⁾

因此，对于我国“民商合一”立法体例之下合同法存在的上述缺陷，根本的解决办法是不断提高立法技术，完善相应的法律规范。针对过去合同法律规范与“民商合一”体例不相适应之处，《民法典》作出了两个有益的改变：一是扩张有名合同的种类，增加若干典型的商事合同，使其得以受到依据其商事特点专门设立的法律规则的精准调整。与《合同法》分则所列举的 15 种有名合同相比，《民法典》在有名合同中增加了保证合同、保理合同、物业服务合同和合伙合同。二是修改买卖合同、借款合同等在整个私法领域具有代表性的合同的具体规则，回应多年来学界就《合同法》“商化不足”和“商化过度”的问题所列出的“长长的清单”，使其得以尊重和兼顾商事合同的特殊价值取向。与指导案例 67 号密切相关的是，《民法典》承继了“买卖合同规则准用于其他有偿合同”的规定，但分期付款买卖合同解除规则的具体内容已然不同。《民法典》第 634 条在《合同法》第 167 条的基础上增加了催告要件，回归限制出卖人解除权的初衷，对该条的不当规定所导致的分期付款合同出卖人与买受人之间的利益失衡进行了纠正，这不仅是对域外立法经验合理借鉴的结果，更是立法、司法、学界三方良性互动的产物。通过增加商法规范的供给、正视民商事规范相区分的立法价值，《民法典》得以纠正现行立法中的错误，真正对“民商合一”立法体例的良好运行和不断完善有所助益。未来合同立法应当坚持重视民事合同与商事合同的差异，区分民事主体与商事主体的不同属性，关注商事合同自身的目的和特质，更好地调整商事交易中出现的法律问题、规制商事主体的行为。

（二）司法现状反思与建议

除了实现立法上的进步，提高司法实践中法官填补法律漏洞的能力同样非常重要。类推适用并非仅仅用于填补商事无名合同法律漏洞，还可以用于填补所有开放漏洞。然而在我国司法实践中，法官重视类推适用的程度和运用类推适用的能力却参差不齐。以类推适用《合同法》第 167

(34) Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale Law Journal 541, 543-544 (2003).

(35) Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale Law Journal 541, 543-544 (2003).

(36) Alan Schwartz, *Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach*, 9 Harvard Journal of Law & Public Policy 107, 114 (1986).

条支持分期付款股权转让合同的出让人要求受让人支付全部价款的案例作为样本进行分析，几乎没有法官在裁判理由中说明分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同具有实质类似性等类推适用的理由。在《买卖合同司法解释》明确要求参照适用买卖合同的有关规定时应当首先引用《合同法》第174条的规定的情况下⁽³⁷⁾，仍有相当数量的法官没有引用《合同法》第174条而径直“参照”《合同法》第167条，甚至有许多法官使用了“根据”“依照”“适用”等完全无法体现准用或类推适用性质的术语。可见，我国部分法官缺乏独立、自主的思维，在发现《合同法》中存在指示性法条指引法律适用后，便自认为完成了找到法律依据以解决眼前的纠纷的任务，直接跳过推理与说理的环节。这一对法律适用的合法性和合理性欠缺考虑的做法，对法律的稳定性和司法的公正性产生了负面影响。

面对这样的情况，运用类推适用方法填补法律漏洞的指导性案例，更应通过对类推适用的正确把握和操作产生标杆与范式作用，帮助各级法院的法官强化运用类推适用填补法律漏洞的法律思维能力。然而，指导案例67号拒绝类推适用的理由却存在许多问题，招致学界的诸多批评：首先，指导案例67号的第一个裁判理由试图采用“反类比”⁽³⁸⁾的方法进行类似性分析，在此过程中出现两方面的问题。一是对于股权出让人的风险评估错误，股权出让人所承担的风险并不低于买卖合同中的出卖人，不能作为拒绝类推适用《合同法》第167条的理由。二是对于股权买卖与一般买卖在合同目的等方面的其他不同之处，并未说明其对于类推适用具有何种重要性、能否推翻两者间相同之处已经达成的一致状态，无法令人信服。其次，指导案例67号并未明示《合同法》第167条与第94条构成竞合关系的观点，不但不能充分发挥这一解释方法维系合同效力、限制出卖人解除权的作用，更使其他裁判理由缺乏理论基础，难以立足。最后，指导案例67号所进行的利益衡量，并未对相关主体的利益状态进行全面的分析，甚至在许多重要的环节一句带过、语焉不详，如第一个裁判理由并未说明所持“股权一直存在于公司”的含义为何，第四个裁判理由也没有从维护交易安全的角度展开深入论述。因此，虽然最高人民法院对于不应类推适用的判断是正确的，但是由于对类推适用的基础理论把握不清，且忽略了对判断能否类推适用的过程的展示，使其拒绝参照适用《合同法》第167条的理由看起来并不充分甚至漏洞百出，像是为了达到不解除合同的目的强行拼凑而成，引发了结果导向、利益衡量前置等质疑。

同时，指导案例67号也在司法实践中产生了不良的影响：一是在类似案件中出现了法官不加思考、不做更改，一字一句地照搬指导案例67号的裁判理由的现象。比如，许多法官在其裁判文书中援引了指导案例67号中所分析的分期付款买卖合同和分期付款股权转让合同的不同特征，并

(37) 2012年《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45条第2款规定：“权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的，人民法院应当首先引用合同法第一百七十四条的规定，再引用买卖合同的有关规定。”（2020年修正后第32条第2款）

(38) 反类比是指在比较事物间的相同属性时，还要找出它们的不同属性，然后分析这些不同属性与推理出的属性是否存在不相容之处。参见刘江编著：《逻辑学推理和论证》，华南理工大学出版社2004年版，第192页。

与指导案例 67 号一样缺乏对这些特征在构成要件中重要性的分析。⁽³⁹⁾可见指导案例 67 号说理不足的错误示范成了各级法院模仿的对象。二是在指导案例 67 号发布以后,一些法官错误地参照指导案例 67 号拒绝类推适用《合同法》第 167 条支持当事人要求对方支付全部价款的请求。⁽⁴⁰⁾《合同法》第 167 条就买受人未支付价款达到 1/5 的情形规定了双重的法律效果,指导案例 67 号的裁判要点和裁判理由均明确说明其所排除的只是有关解除合同的规定。然而,由于对类推适用的步骤和分期付款股权转让合同的性质把握不清,指导案例 67 号拒绝类推适用的理由是分期付款股权转让合同和分期付款买卖合同间的不同,依此应当完全排除《合同法》第 167 条的类推适用,而其裁判要点却有意保留“支付全部价款”这一法律效果,实属自相矛盾。事实上,如此割裂该条法律效果的正当性应当在于,在分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同具有实质类似性的前提下,类推适用《合同法》第 167 条支持解除股权转让合同将损害交易安全、违背调整商事合同的价值取向,而类推适用《合同法》第 167 条支持支付全部股权转让款则由于维系了合同效力而不会产生上述结果。由此可见,指导性案例运用类推适用过程中的错误,还将影响法官在其他案件中对于相关法律规范的理解。

类推适用作为法律没有规定的情况下由法官自行决定法律适用的过程,如果不以一定的制度予以规制,将会导致在类似的案件中对于能否类推适用相同的法律规范出现完全相反的观点,引发当事人的误解乃至损害司法的公信力,还可能成为法官恣意甚至枉法裁判的借口。为了避免上述情况,可以通过以下两个途径保障类推适用的正确运用:第一,充分说理。这要求法官必须对其认定法律漏洞、进行类似性判断、确认类推适用妥当性的过程进行详细的说明和论证,从而便于当事人和社会公众据此进行外部监督,也使其他法官得以明晰类推适用的目的和原则⁽⁴¹⁾,提高法律适用的可预测性和裁判结果的可接受性。第二,事后审查。这要求司法系统内部对于运用类推适用的方法进行裁判的案件进行重点审查,在二审、再审的审理过程中结合先例判断类推适用的合法性与合理性,从而实现对法官权力滥用的有效制约并倒逼其提高运用类推适用方法的能力,有助于践行“同案同判”的公平原则。从根本上讲,“类推适用的合法性与合理性是由法律思维水平予以保证和规制的,只有法律职业群体提升自身的思维能力和水平,才能使得类推在司法实践中获得正当性”。⁽⁴²⁾法官群体应当积极学习和研究类推适用的相关理论、提高运用类推适用的思维能力,法院内部可以通过座谈会议等方式加强对各级法院的法官运用类推适用方法的指导。指

(39) 金英、崔珍榕、崔珍铭诉文靖丹、崔承焕、金惠英股权转让纠纷案,吉林省通化市中级人民法院民事判决书(2018)吉 05 民初第 22 号;赵洪斌、王薇等诉古仲春等股权转让纠纷案,四川省成都市新都区人民法院民事判决书(2018)川 0114 民初第 5294 号等。

(40) 罗发刚诉滕艳妮、李秀波股权转让纠纷案,四川省成都市青羊区人民法院民事判决书(2019)川 0105 民初第 1489 号;唐伟诉滕艳妮、李秀波股权转让纠纷案,四川省成都市青羊区人民法院民事判决书(2019)川 0105 民初第 1490 号;姚静静诉马德升合伙协议纠纷案,河北省青县人民法院民事判决书(2019)冀 0922 民初第 3660 号;李根新、李红兵等诉张掖市沅博农牧产业开发有限公司股权转让纠纷案,甘肃省高级人民法院民事判决书(2019)甘民终第 81 号等。

(41) 屈茂辉:《类推适用的私法价值与司法运用》,载《法学研究》2015 年第 1 期,第 17 页及以下。

(42) 孙光宁:《类推在指导性案例中的适用方式》,载《法律方法》2014 年第 2 期,第 186 页。

导性案例应当尤其重视对于类推适用过程的展示,以期对司法实践中的类推适用产生正面的影响。

五、结语

《合同法》第174条有关“买卖合同规则准用于其他有偿合同”的规定确立了合同法中的类推适用规则,被《民法典》第646条所承继。指导案例67号的裁判核心正是分期付款股权转让合同能否类推适用《合同法》第167条,要解决这一问题就需要对分期付款股权转让合同解除制度中法律漏洞的发现和填补过程进行研究。分期付款股权转让合同的解除问题属于开放漏洞,应当采取类推适用的方法进行填补。《合同法》第167条属于可类推的法律规范,分期付款股权转让合同解除问题与《合同法》第167条所规制的分期付款买卖合同解除问题具有实质类似性,但是根据价值判断的结果类推适用《合同法》第167条不具有妥当性。因此,《民法典》第634条在《合同法》第167条的基础上增加催告要件,是为限制分期付款合同出卖人的解除权,从而兼顾商事合同的价值取向,维护交易安全和有限责任公司人合性。

对于分期付款股权转让合同的解除问题,拒绝类推适用《合同法》第167条的根本原因应为类推适用的结果与处理分期付款股权转让合同解除问题所应当具备的价值取向不符。指导案例67号却错误地认定分期付款股权转让合同与分期付款买卖合同不具有实质类似性,在此过程中还存在说理不充分、观点不恰当的缺陷,对其后的司法实践产生了不良的影响。透过指导案例67号及其招致的诸多批评,反思我国司法实践中商事无名合同法律漏洞填补的现状,立法上商法规范不足而民法规范对于商法的特殊价值缺乏关注,司法实践中法官对类推适用不够重视且运用类推适用的技术无法达到相应的职业标准,是在商事无名合同法律问题中出现不公平裁判的深层原因。对此,《民法典》合同编已经作出了有益改变,未来应当继续在立法上增加商事规范的供给并提高民法规则对商法价值的重视程度,在司法实践中加强法官运用类推适用的程序规制并采取多种形式对其进行技术指导,以促进“民商合一”立法体例的完善。

Filling the Loophole in the Legal System of the Rescission of Instalment Stock Transfer Contract: Based on the Supreme People's Court's Guiding Case No. 67

ZHANG Pinghua YU Hui

Abstract: Article 634 of the Civil Code adds the requirements of putting in default on the basis of Article 167 of the Contract Law. Guiding Case 67 can provide a unique perspective to explore the intention of the legislator. As for whether Article 167 of the Contract Law can be applied analogously to the issue of the rescission of the instalment stock transfer contract, the negative answer given in the Guiding Case No.67 was criticized by the academic community. Analyzing Guiding Case No.67 from the perspective of legal loophole-closing, we can see that rescission of the instalment stock transfer contract is substantially similar to rescission of the instalment sale contract at the level of legal evaluation, but the application of Article 167 of the Contract Law by analogy is not in line with the value orientation that should be provided to deal with this issue. Though the judgment result of Guiding Case No.67 is correct, its insufficient reasoning and inappropriate opinions of the judicatory ground reflect the inadequacies of the judge to apply the analogy method to fill legal loopholes, and have adversely affected the subsequent judicial practice. To change the status quo of legislation on commercial unnamed contracts and judicial practices on legal loophole-filling, the efforts made in the Civil Code deserve recognition, but we should continue to attach importance to the special value of commercial law in legislation and strengthen the supervision and guidance of judges in the process of applying analogy.

Keywords: Rescission of the Instalment Contract; Guiding Case No.67; Article 167 of the Contract Law; Filling the Loophole; Application by Analogy

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)