

# 减损义务对履行请求权的 限制及其路径

## 破解合同僵局的一种思路

程 坦\*

**摘 要** 我国学界讨论的合同僵局其实包含两种不同情形：债权人在非金钱债务履行请求权被排除后不及时行使解除权所致的僵局；债务人履行困难意图解约，且继续履行将导致当事人双方利益失衡，但债权人因有权请求继续履行而不及时行使解除权所致的僵局。前者可通过适用《民法典》第 580 条第 2 款得以解决，但后者缺乏明确法律依据。对于第二种僵局，我国可借鉴域外法经验，从减损义务的角度对债权人的履行请求权进行限制。比较法上就此存在直接和间接限制两种路径。在解释论上，《民法典》具备采取间接限制路径的可行性与合理性。在判断债权人是否违反减损义务时，除了要考虑债权人能否合理进行替代交易及其难度，还要考虑债务人一方因减损措施所能获得的利益及此利益在何种程度内值得保护等因素。

**关键词** 合同僵局 履行请求权 解除 减损义务 替代交易义务

### 一、问题的提出

2020 年 5 月 22 日公布的《民法典草案(送审稿)》(以下简称“送审稿”)第 580 条第 2 款规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机

\* 浙江大学光华法学院助理研究员。

构可以根据当事人请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。”该款被认为是《民法典合同编草案(二次审议稿)》(以下简称“二审稿”)第353条第3款“违约方申请解除”删除后的亡羊补牢版。<sup>〔1〕</sup>鉴于第3款的设计目的正是为了解决合同僵局问题,违约方解除和合同僵局问题随着送审稿公布再次引发了学界热议。<sup>〔2〕</sup>同年5月28日表决通过的《民法典》第580条保留了送审稿原文。但合同僵局问题并未随着《民法典》颁布尘埃落定。从学界争论来看,第580条第2款的适用情形及条件仍待进一步解释,此款能否解决学界提出的合同僵局问题殊有疑问。<sup>〔3〕</sup>

我国学界虽热议合同僵局,但并未对合同僵局概念本身作出统一定义。<sup>〔4〕</sup>事实上,学界和2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第48条虽然都使用合同僵局一词,但所指并不一致,学界所称合同僵局实际包含以下两种不同情形:<sup>〔5〕</sup>①非金钱之债的债权人,其履行请求权根据《合同法》第110条但书规定被排除后,虽享有解除权却有意不行使权利。此种合同僵局多见于债务人已做出部分给付的场合,因合同关系仍然存在,债务

〔1〕 参见崔建远:“关于合同僵局的破解之道”,《东方法学》2020年第4期,第113页;刘凯湘:“民法典合同解除制度评析与完善建议”,《清华法学》2020年第3期,第176—177页。

〔2〕 如张谷认为,第580条第2款虽对坚持通过赋予违约方解除权破解合同僵局的学者来说是一个让步,但存在要件模糊法效刚性的问题,第580条的不周延处可通过双务合同风险负担一般规则及经济上的不能规则补充,其法律效果的“终止”,在第563条第2款或第557条第1款第6项中已有规定。参见张谷:《一个“突然袭击”的条款(答客问:再谈草案580条2款的问题)》,载微信公众号“宪道”,2020年5月25日上传。相反,石佳友则强调了设置本条款的必要性,参见石佳友:《履行不能情形下的合同终止—兼议〈民法典〉草案第580条第二款的有关争议》,载微信公众号“中国民商法律网”,2020年5月23日上传。

〔3〕 如周江洪认为,本条款是合同的司法终止规定而非违约方解除权的规定。参见周江洪:“民法典合同编的制度变迁”,《地方立法研究》2020年第5期,第11页;相反观点参见徐博翰:“论违约方解除权的教义学构造”,《南大法学》2021年第1期,第64—84页。

〔4〕 学界存在将合同僵局本身视为伪概念的观点。如周江洪在认为合伙合同这种具有组织性或一定团体性的合同中才存在僵局概念。其他的双务合同中因合同一方总能通过各种规则从合同义务中解脱出来,理论上不存在僵局问题,所谓的合同僵局问题是制度设计不完善的问题。参见2020年6月17日华东政法大学科处主办第8期“东方明珠大讲坛”讲座周江洪提问交流记录, <https://www.ilawpress.com/material/detail?id=514110527383798272&t=material>,最后访问日期:2021年4月6日。但无论将合同僵局概念本身视为伪命题与否,在“特定情形中因法律制度缺失导致违约方无法从合同拘束力中解放”这点上,使用者和否定者的意见是一致的。在此背景下,一些学者提出赋予违约方解除权或规定司法解除,具体参见孙良国:“违约方的合同解除权及其界限”,《当代法学》2016年第5期,第46—58页;孙良国:“违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计”,《法学》2019年第7期,第38—53页;崔建远:“完善合同解除制度的立法建议”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第83—90页;崔建远,见前注〔1〕,第107—116页;王利明:“合同编解除制度的完善”,《法学杂志》2018年第3期,第18—25页;王利明:“论合同僵局中违约方申请解约”,《法学评论》2020年第1期,第26—38页;石佳友、高郇梅:“违约方申请解除合同权:争议与回应”,《比较法研究》2019年第6期,第36—52页。

〔5〕 有关合同僵局类型的其他分类还可参见武腾:“民法典实施背景下合同僵局的化解”,《法学》2021年第3期,第85—86页。

人以何为基础请求返还已为的给付成为问题。<sup>〔6〕</sup> ②金钱与非金钱之债的债务人因主客观情况变化履行困难意图解约,且继续履行将导致当事人双方利益失衡,但债权人坚持请求履行,不及时行使解除权。此种合同僵局多见于房屋买卖合同及不动产租赁等定期继续性合同等,且多为债权人请求给付金钱债务的情况。<sup>〔7〕</sup> 具体可归纳为以下三种类型:①债务人已做出部分给付,债权人因本身并无多大损失或损失计算困难,为了不返还价款有意不解除合同。如房屋买卖合同的出卖人请求买受人继续履行并拒绝返还买受人已给付的价款。②债权人为了获得全部租金或价款有意不解除合同。如租赁合同的出租人请求已经脱离租赁物的承租人继续履行并支付到起诉时为止拖欠的租金及将来的租金,或请求赔偿相当于剩余租期全部租金的损失。③债权人为了获得更高额的损害赔偿有意不解除合同。债权人坚持请求继续履行,其权利行使的结果导致违约损害(包括直接损失和可得利益损失)不断扩大,并最终请求债务人对全部损害负赔偿责任。如租赁合同的承租人请求已将租赁物另行出租的出租人继续履行,并赔偿从其停业至恢复正常经营期间的经营损失。<sup>〔8〕</sup>

上述两种情形虽均涉及如何将债务人从合同拘束力中解放,但二者存在根本差异。第一种情形中,合同的原权利义务关系已经转化为以金钱形式结算的损害赔偿关系,如何解放债务人更接近程序法问题,即是基于当事人的权利还是法官的司法衡量结束合同关系。《合同法》对此僵局并非无解。朱广新认为,在根据《合同法》第110条但书规定排除债权人的履行请求权后,若债权人怠于行使解除权,可依据《合同法》第6条认定其行为违反诚信原则,从而强制解除合同。<sup>〔9〕</sup> 合同解除后,债务人可根据《合同法》第97条向债权人请求返还标的物。债权人请求替代履行的损害赔偿的,法院可根据《合同法》第119条对债权人未及时采取减损措施造成的损害或损害扩大部分进行减额处理。以上规定在《民法典》中也有对应条文。相反,第二种情形的债权人仍享有且坚持行使履行请求权,因为上文①类型中不可抗力或情势变更等

〔6〕 笔者认为第一种情形的僵局问题主要为债务人已经为部分履行的情况,若债务人尚未履行给付义务的,在将来不用继续履行的前提下,其一般缺乏主动请求法院确定损害赔偿额并急切要求从原合同中解放的动力。此外,在某些债务具有人身属性的合同(如演艺经纪合同)中也存在此种合同僵局。如不享有约定或法定解除权的艺人不愿意继续履行合同而主张解除合同,但经纪公司请求继续履行的情形。参见刘承魁:“论演艺经纪合同的解除”,《清华法学》2019年第4期,第130—143页。

〔7〕 案件整理主要参考孙良国:“违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计”,《法学》2019年第7期,第42—45页;王利明:“论合同僵局中违约方申请解约”,《法学评论》2020年第1期,第30—33页;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”,《现代法学》2019年第3期,第157—163页。

〔8〕 参见湖北省荆州市中级人民法院(2015)鄂荆州中民三终字第00168号民事判决书。本案二审法院以债务标的的适于强制履行、履行费用过高为理由判决解除合同。王利明认为二审法院的判决能够打破本案的“合同僵局”。参见王利明,见前注〔7〕,第31—32页。

〔9〕 参见朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社2018年版,第686—687页。

制度尚有适用的空间，<sup>〔10〕</sup>所以是否有制度能将②③类型中的债务人从其给付义务中解放便成为核心问题。以上三类都属于实体法问题。我国学者和《九民纪要》并未明确区分上述两种情形，特别在债权人坚持金钱债务履行请求权的问题上观点暧昧，似认为可依据《合同法》第110条或《民法典》第580条但书规定先排除金钱债权人的履行请求权，再与违约方解除或司法终止相结合来解决问题。<sup>〔11〕</sup>但《民法典》第579条对金钱债务履行请求权未作任何例外规定，第580条设在违约责任章非金钱债务履行项下，设在合同的权利义务终止章下的第563条最终未采取二审稿“违约方申请解除”规定。依体系解释，第一种僵局可通过适用第580条第2款得到解决，<sup>〔12〕</sup>第二种僵局下的②③类问题并无明确的法条能够适用。<sup>〔13〕</sup>对此，有观点主张可引入德国法中的继续性合同重大事由解除制度，或类推适用《民法典》第933条及第1022条第2款中的定期继续性合同特别终止权。<sup>〔14〕</sup>但重大事由解除制度意在解决一方当事人的行为导致信赖关系破坏以致合同关系无法维持时赋予相对方解除权的问题。违约方（债务人）在双方违约情形下或可获得解除权，但其若仅因自身风险领域所生事由履行困难的，则只在例外情况下才构成重大事由解除。<sup>〔15〕</sup>且即使违约方能够终止该定期有偿继续性合同，但行使终止权的同时也必须负担赔偿责任（包括直接损失和可得利益损失），其效果近似实际履行。<sup>〔16〕</sup>

第二种僵局形成的核心在于债权人不合理地坚持履行请求权。其他原则上承认履行请求权的域外法中也存在第二种僵局带来的问题。但比起承认违约方解除，域外法更倾向于灵活运用减损规则，通过对守约方（债权人）课以“（以解除合同为前提的）替代交易义务”来限制其履行请求权。比较法上的这一立法趋势并未引起我国学者的重视。如孙良国等事先否定了减

〔10〕 参见蔡睿，见前注〔7〕，第161—162页。①类型中还存在值得思考的问题。如现实中存在房屋买卖合同的买受人在合同缔结后罹患重病急需用钱，让其继续履行合同对其过于苛刻等特殊情况。因金钱债务人不能将经济不能作为履行障碍抗辩，所以买受人的请求无法获得支持。对此，我国有法院在判决中以情势变更为依据肯定了买受人的请求。参见青海省西宁市中级人民法院（2017）青01民终1373号民事判决书。但此类案件显然并不满足情势变更的适用要件。此时或可通过在学理上对情势变更做扩大解释，或以《民法典》一般原则如诚实信用、公平原则或不得滥用权利等为根据，将金钱债务人从合同拘束力中解放出来。

〔11〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第316—317页；刘凯湘，见前注〔1〕，第178页；石佳友等，见前注〔4〕，第43页。

〔12〕 参见朱虎：“解除权的行使和行使效果”，《比较法研究》2020年第5期，第96—97页。

〔13〕 武腾主张可规定出租人同意转租义务，在其违反此义务时承租人可援引《民法典》第580条第2款请求司法终止。笔者认为，可将出租人拒绝转租作为其违反减损义务的判断要素之一，在《民法典》现有规定下通过适用减损义务也会达到同样效果。参见武腾，见前注〔5〕，第94—96页。

〔14〕 参见韩世远：“继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除”，《中外法学》2020年第1期，第104—127页；王洪亮：“民法典中解除规则的变革及其解释”，《法学论坛》2020年第4期，第26—29页。

〔15〕 参见韩世远，同上注，第109页。

〔16〕 参见王洪亮，见前注〔14〕，第27页。

损规则的适用,继而才支持违约方解除。<sup>[17]</sup>相反,实务界已有法院试图以《合同法》第119条为根据否定债权人坚持行使履行请求权的行为。但法院对适用该条的法律效果意见并不一致,且法院的判决多为结果导向,因缺乏正当性证明而存在合法性疑问。有鉴于此,本文以履行迟延及履行拒绝为研究对象,结合域外法经验及我国司法审判实践,通过论证在债权人能够合理进行替代交易的情况下,替代交易规则是否对其履行请求权的行使造成影响及何种影响,明确减损义务限制履行请求权的路径,提取出其中的规范性判断要素,期望在《民法典》背景下从减损义务的角度对合同僵局问题的解决提供一种思路。

## 二、我国法中减损规则与履行请求权的关系

减损规则是损害赔偿法中赔偿额的调整规则。减损措施主要包括停止工作、替代安排、变更合同和继续履行等。<sup>[18]</sup>债权人请求继续履行的行为与其应采取的减损措施一般不会产生冲突,但也存在例外。如承揽合同的定作人在承揽人尚未履行完毕前明确表示拒绝受领的,承揽人是可以继续完成制造并请求价款,还是应停止履行以减轻损害?在债务人履行迟延或拒绝时,倘债权人能够在市场上进行替代交易来获得同种类的商品或服务,其是可以坚持请求履行任由损害不断扩大,还是应进行替代交易以减轻损害?关于前者,《合同法》第268条和《民法典》第787条通过赋予定作人任意解除权实质上达到了迫使承揽人停止工作,并排除其履行请求权的效果。关于后者,债权人的履行请求权与替代交易义务在何种情形下发生冲突,且在冲突时如何处理两者关系,法律尚无明文规定,殊值研究。

### (一)替代交易义务与履行请求权发生冲突的两种情形

#### 1. 履行请求权与以解除合同为前提的替代交易义务

从权利行使角度分析,在债务人的违约满足解除条件时,若债权人选择进行替代交易并请求替代履行的损害赔偿的,其是否要先行使解除权?

(1)解除是否是替代履行的损害赔偿的提起要件。《合同法》第97条和《民法典》第566条仅规定,合同解除后债权人可以请求替代履行的损害赔偿,未明确解除是否是后者的提起要件。学界对此意见不一,肯定者认为债权人请求替代履行的损害赔偿时,其对待给付义务原则上消灭,<sup>[19]</sup>否定者认为替代履行的损害赔偿请求权和解除权因功能不同可得并用,<sup>[20]</sup>替代履行的

[17] 参见孙良国,见前注[7],第48—49页;王利明,见前注[7],第36页;石佳友等,见前注[4],第47页;蔡睿、郝丽燕虽提出减损规则能够解决第二种僵局情形下的②类型问题,但未论证减损义务形态及其限制履行请求权的正当性。参见蔡睿,见前注[7],第162页;郝丽燕:“走出违约方解除权的误区”,《南大法学》2020年第3期,第27页。

[18] 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第812页。

[19] 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第311页。

[20] 参见张金海:“论合同解除与违约损害赔偿的关系”,《华东政法大学学报》2012年第4期,第18—29页。

损害赔偿的发生原因包括但不限于解除。<sup>〔21〕</sup>事实上,替代履行的损害赔偿请求权和解除权虽然同为违约救济手段,但前者旨在通过损害赔偿使得债权人获得如同原合同正常履行时所能获得的利益,后者旨在使债权人从对待给付义务的拘束力中解放。如果将解除作为替代履行的损害赔偿的提起要件,则可能损害债权人利益,因在某些情况下债权人对合同存续仍保有利益,如互易合同或继续性合同的债权人比起解除有时更希望合同继续存续。因此,解除并非替代履行的损害赔偿的提起要件。

(2)进行替代交易是否需要事先解除合同。学界普遍认为,在债权人不解除合同的情况下,当事人双方因合同关系存在,仍要受到合同拘束。<sup>〔22〕</sup>因此,在《合同法》第94条和《民法典》第563条的解除要件满足时,若债权人在进行替代交易并请求替代履行的损害赔偿前不解除合同,其对待给付义务仍然存在。<sup>〔23〕</sup>这将使得债权人在债务人反悔而继续履行时,要面临履行两个内容相同合同的局面。<sup>〔24〕</sup>债权人可能会因无法重复给付或代价过高而承担违约责任,或支付双重价款。当然债权人并非在所有情况下都面临上述风险。在债务人履行不能时,因其将来也不会继续履行,债权人进行替代交易无需事先解除合同。在合同标的物可替代性较强、调配容易、替代物对债权人有用或易处理时,债权人进行替代交易也无需事先解除合同。如在动产买卖合同的标的物货源充足或调货容易时,即便出卖人将标的物转卖,其在买受人支付价款并请求继续履行时也有履行能力,出卖人因此无需在转卖前解除原买卖合同。若买受人在出卖人履行迟延期间能临时从他处调配到替代物并在出卖人交付标的物时将其返还的,或即使无法返还但可将替代物用于生产经营或转售的,则买受人进行替代交易前也无需事先解除合同。但若合同标的物可替代性较弱、调配困难或调配物对债权人来说无用或难处理的,债权人为了防止自己陷入履行两个内容相同合同的不利境地,在进行替代交易前通常会事先解除合同。如不动产租赁合同的承租人拒绝履行的,出租人为了防止在承租人请求继续履行时陷入履行不能,一般会在转租前解除合同。不动产租赁合同的出租人拒绝履行的,若承租人计划在某处长期居住或经营,为避免支付双重租金也会在替代交易前先解除合同。

以上为从权利行使角度的分析。若从义务负担角度分析,在合同标的物可替代性较弱、调配困难或调配物对债权人来说无用或难处理的情形,在解除条件满足时,若债权人

〔21〕 参见郝丽燕,见前注〔17〕,第24页。

〔22〕 参见崔建远:《合同法》(第三版),北京大学出版社2012年版,第367页;朱广新,见前注〔9〕,第686—687页。

〔23〕 也存在非为本文主要讨论对象的非通知解除情形,如附解除条件的合同中解除条件成就时合同自动解除。另在没有必要表达解除的意思的情形,如债权人在定期债务履行迟延时请求替代履行的损害赔偿的行为也可认为包含着解除的意思。

〔24〕 参见罗发兴:“减损措施的类型及其合理性的判断准则——英美法和国际公约的启示”,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2009年卷),厦门大学出版社2009年版,第503—504页。

被课以减轻损害的替代交易义务,其实质则为迫使债权人为避免自己陷入违约或支付双重价款的风险而事先解除合同。履行请求权与解除是不能并存的救济手段。迫使债权人行使解除权,也即否定其履行请求权。因此,履行请求权与以解除合同为前提的替代交易义务发生冲突。

## 2. 可替代劳务履行请求权与替代交易义务

可替代劳务是指可由其他人代替履行的工作或服务。以可替代劳务为内容的债务主要存在于承揽合同、委托合同等以劳务提供为主要内容的合同中,或租赁合同等主给付义务伴随着劳务提供的合同中。债权人请求可替代劳务履行的,其请求能否被强制执行?学界主流观点认为,所谓债务标的的不适合强制履行是指具有人身专属性或显著个性化的,如艺术科学方面的工作或服务。<sup>[25]</sup>据此,债权人的可替代劳务履行请求权不应被《合同法》第110条第2项和《民法典》第580条第1款第2项排除。但可替代劳务可由他人替代履行并由债务人承担费用。《民事诉讼法》第252条规定,被执行人未按判决裁定等执行的,法院可强制执行或委托其他人完成并由被执行人承担费用。《民法典》第581条还新设了第三人替代履行的规定。实践中常见这种情况,在债务人履行迟延或拒绝时,债权人坚持请求债务人履行可替代劳务并因此造成损害扩大,其最终请求债务人赔偿全部损害或与之等额的委托他人履行所需的费用。此时若对债权人课以及时寻找第三人替代履行以减轻损害的义务,则其实质为对债权人行使履行请求权的行为做了否定评价。因此,可替代劳务履行请求权与替代交易义务发生冲突。

### (二) 司法审判实践中冲突处理情况

在上述债权人的履行请求权与替代交易义务发生冲突时,我国部分法院在以下两种情形下,以《合同法》第119条为依据,通过对债权人课以“及时解除合同义务”或“(以解除合同为前提的)替代交易义务”否定了债权人坚持履行请求权的行为。

#### 1. 计算替代履行的损害赔偿数额的场合

(1) 合同最终被解除或终止。买卖合同中,标的物的市场价格在违约发生后涨跌幅度较大的,债权人为自己的利益可能会推迟行使解除权,因此应采哪个时点作为赔偿额计算的基准时成为问题。有法院并未选择债权人实际解除时或起诉时的时点,而是以债权人实际解除合同前的某时点,如“出卖人应该解除合同日”<sup>[26]</sup>或“出卖人知道买受人拒绝受领日”<sup>[27]</sup>作为赔偿额计算的基准时。在租赁合同和承包经营合同中,有法院以出租

[25] 参见崔建远,见前注[22],第364页;朱广新,见前注[9],第683页。

[26] ①江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡商终字第0777号民事判决书。(注:脚注26-37中所有案例均标注序号,系为后文论证时引用之便。)

[27] ②湖北省襄阳市中级人民法院(2016)鄂06民终1775号民事判决书。

人或发包方未及时解除合同造成损害扩大为由,对其请求的租金或承包费损失进行减额;〔28〕有法院以承租人在收到解约通知后未在合理期间寻租其他房屋违反减损义务为由,未认可其全部赔偿请求。〔29〕

(2)合同未解除或终止。在承揽合同中,有法院以装修工程不能强制履行为由驳回定作人的继续履行请求,同时判定定作人未及时解除合同违反减损义务,对定作人提出的损害赔偿,包括因承揽人未建造办公室导致其在外另租办公室所致的租金损失,及装修材料费人工费上涨导致的损失进行减额处理。〔30〕在不动产租赁合同中,有法院以承租人自己未及时维修租赁房屋造成营业损失扩大为由,驳回或部分承认承租人的损害赔偿请求。〔31〕

## 2.判定是否承认租金(价款)请求权的场合

在不动产租赁合同中,有法院以出租人负有及时解除合同的减损义务为由,事实上排除了出租人的租金请求权。〔32〕在相似的事实要件下,也有法院通过适用《合同法》第110条第2项判定合同终止,〔33〕或驳回出租人的继续履行请求。〔34〕有法院将《合同法》第110条与第94条相结合,肯定承租人的解除请求。〔35〕有法院意识到《合同法》第110条不适用于金钱债务实际履行的情形,转而以合同目的不达、合同基础丧失或判定合同解除结果妥当等理由驳回出租人的继续履行请求并判定合同解除。〔36〕还有法院认为,在承租人中途放弃占有后,出租人没提出异议并努力进行转租的行为实为同意承租人解除请求的表现。〔37〕

## (三)我国法存在的问题

通过分析我国法中履行请求权与替代交易义务的冲突情形及处理现状,可以得出以下两点结论:第一,现实中存在大量债权人不合理坚持行使履行请求权的案例。这些案例中债权人的最终诉求主要有两种,请求替代履行的损害赔偿或请求给付到期未支付的及将来的价款。

〔28〕 ③新疆维吾尔自治区高级人民法院(2017)新民终34号民事判决书;④广东省中山市中级人民法院(2015)中中法民一终字第454号民事判决书;⑤陕西省铜川市中级人民法院(2014)铜中民二终字第00013号民事判决书;⑥浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭商终字第1451号民事判决书;⑦广东省广州市荔湾区人民法院(2015)穗荔法民二初字第1123号民事判决书;⑧广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终18700号民事判决书。

〔29〕 ⑨最高人民法院(2016)最高法民再351号民事判决书。

〔30〕 ⑩湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民再21号民事判决书。

〔31〕 ⑪甘肃省庆阳市中级人民法院(2013)庆中民终字第159号民事判决书;⑫江苏省扬州市中级人民法院(2014)扬民终字第1212号民事判决书。

〔32〕 ⑬山东省青岛市中级人民法院(2016)鲁02民终9475号民事判决书。

〔33〕 ⑭上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民二(民)终字第2416号民事判决书。

〔34〕 ⑮北京市第一中级人民法院(2016)京01民终3340号民事判决书;⑯吉林省松原市中级人民法院(2016)吉07民终1218号民事判决书。

〔35〕 ⑰辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽01民终10373号民事判决书;⑱广东省佛山市中级人民法院(2015)佛中法民三终字第647号民事判决书。

〔36〕 ⑲湖南省长沙市中级人民法院(2015)长中民三终字第04306号民事判决书。

〔37〕 ⑳江苏省苏州市中级人民法院(2015)苏中民终字第00967号民事判决书。

第二,我国存在通过适用减损规则否定债权人行使履行请求权行为的司法审判现状,但法院对于《合同法》第119条的法律效果意见并不一致,有的将其适用于损害赔偿额的计算中,有的将其适用于排除履行请求权的判断中。

上述判决中法院的判决结果虽具有一定的合理性,但缺乏正当性证明环节。从法条构造看,《合同法》第119条及《民法典》第591条的减损义务是作为不真正义务予以规定,违反该义务的法律效果只是承受不利益,且该不利益被限制在“不得就扩大的损失请求赔偿”,并未明确规定其能够对履行请求权作出限制。法院未解释为何债权人在享有履行请求权的前提下负有及时解除合同以减轻损害的义务。毕竟根据学界一般理解,解除是形成权,其行使与否完全听凭债权人的自由选择。因此,如何从替代交易义务入手来限制履行请求权,还需要学理上的进一步阐明。

### 三、减损义务对履行请求权限制的域外法分析

#### (一)减损义务的正当化根据

在债务人违约时对债权人一方课以替代交易的减损义务,其背后主要有两点法政策考量。其一为效率,避免社会资源浪费与促进社会资源有效配置。<sup>[38]</sup>如按照效率违约观点,若债务人履行合同的成本高于债权人因合同履行所能获得的利益,且损害赔偿能够充分补偿债权人的损失的,则债权人与第三人缔结替代合同比强迫债务人履行更有效率。其二为诚实信用原则。《国际商事合同通则》(以下简称UPICC)第1.7条和《欧洲合同法原则》(以下简称PECL)第1:201条规定了诚信与公平交易的一般义务,合同当事人须根据公平交易相关的合理标准适当照顾对方利益,如守约方要尽量减轻对方违约造成的损害以减少损害赔偿额。<sup>[39]</sup>大陆法系民法虽未设减损规则,但有与之功能类似的过失相抵规则。德国和日本法中关于过失相抵的法律性质先后存在“自己过失论”“不真正义务论”“义务论”及“法律上的中立行为论”等观点,其正当性根据也从保护债权人固有利益——债权人仅负有诚实信用原则上的不损害自己利益的义务,转向了债权人的行为与债务人的利益结合——债权人亦负有诚实信用原则上的照顾债务人利益的义务。<sup>[40]</sup>因此,若享有履行请求权的债权人能合理地进行替代交易,依诚实信用原则,其应尽量采取相应措施以防止损害发生或扩大。

[38] 参见韩世远,见前注〔18〕,第809页。

[39] See Ole Lando and Hugh Beale(eds.), *Principles of European Contract Law (Parts I and II)*, Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 115.

[40] 参见(日)小林友则:“损害减轻义务の法的性質に関する一考察:过失相殺を中心として”,《名古屋大学法政論集》2017年第270号,第272—280页。

## (二)域外法存在的两种限制路径

就减损义务对履行请求权的限制而言,域外法存在直接和间接两种路径。直接限制路径是指,债务人履行迟延或拒绝时,若债权人能够合理地在市场上进行替代交易,则其不能请求履行。此时债权人的履行请求权被替代交易义务直接排除。间接限制路径则指,在债务人履行迟延或拒绝时,即使债权人能够合理地在市场上进行替代交易,其仍有权请求债务人履行。但若债权人最终选择请求替代履行的损害赔偿或请求给付价款的,则债权人对于因其未及时进行替代交易所造成的损害或损害扩大部分不能请求赔偿。此时债权人的履行请求权虽然没有被替代交易义务直接排除,但(以解除合同为前提的)替代交易义务的适用损害了履行请求权行使的法律效果,这会影响到债权人的行为模式,促使债权人为了避免不能获得全部赔偿而及时解除合同放弃履行请求权。

### 1. 直接限制路径

直接限制路径存在于 UPICC 第 7.2.1 条和第 7.2.2 条、<sup>[41]</sup>PECL 第 9:101 条和第 9:102 条、《欧洲示范民法典草案》(以下简称 DCFR)第 III.-3:301 条、《欧洲共同买卖法草案》(以下简称 CESL(P))第 132 条中。为调和普通法系与大陆法系在违约救济制度上的差异,前述与合同规则有关的国际法律文件在区分金钱与非金钱债务履行请求权的基础上,首先规定债权人在违约发生时原则上得请求履行,其次又将替代交易可能性规定为履行请求权的排除要件。

具体来讲,两大法系在非金钱债务履行请求权的构造上存在根本差异。英美法中损害赔偿是原则性救济手段,只有在其不能充分补偿债权人时才由衡平法院依自由裁量例外准许特定履行。而债权人能否在市场上进行替代交易正是判断损害赔偿是否充分的标准之一。<sup>[42]</sup>大陆法系则相反,若履行尚且可能,债权人即使能够进行替代交易也仍有权请求债务人继续履行。1964 年《国际货物买卖法统一公约》(以下简称 ULIS)是较早尝试协调两大法系差异的国际法律文件,<sup>[43]</sup>其第 25 条规定,若购入替代物符合惯例且合理可能的,买受人无权请求出卖人履行,合同在替代物购入应被实行时自动解除。UPICC 和 PECL 实际上继承了 ULIS 的立场,并将适用范围扩大到买卖合同以外的其他合同,其立法理由为经济现实与实务经验。如起草者认为,交易标的物或服务在很多情况下都具有标准化性质,在此类合同发生违约时,比起

[41] UPICC 官方注释在解释第 7.2.1 时指出:“在例外的情况下,请求待交付货物或服务价款的权利可能会被排除,特别是在有交易惯例要求出卖人在买受人既不接受货物也不付款时转售货物的情况。See International Institute for the Unification of Private Law, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)”, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, last visited on 4 April 2021.

[42] See Restatement (Second) of Contracts § 360 (1981); Edwin Peel, *Treitel: Treitel on The Law of Contract*, 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 19-114.

[43] See International Institute for the Unification of Private Law, “Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods(1964)”, <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>, last visited on 8 April 2021.

花费时间精力请求对方履行,多数顾客更宁愿在市场上安排替代交易进而请求损害赔偿。<sup>[44]</sup>这种立法思路被认为受到了效率违约理论的影响。<sup>[45]</sup>

相反,两大法系在金钱债务履行请求权的构造上并无根本差异,都承认已履行对待给付义务的债权人可以请求债务人支付到期的价款。分歧在于债权人尚未履行对待给付义务,而债务人预先表明拒绝接受履行并支付价款之情形。大陆法系坚持契约严守原则,债权人原则上可以继续履行对待给付义务并请求到期价款。普通法系认为债权人不能迫使不情愿受领其给付的债务人履行债务,<sup>[46]</sup>债权人通常只能获得期待利益损害赔偿,<sup>[47]</sup>因此自然能被要求进行替代交易以减轻损害。<sup>[48]</sup> ULIS 对此的协调方案为第 62 条第 2 款,买受人未支付价款的,若转卖标的物符合惯例且合理可能,则出卖人无权请求买受人支付价款,合同在转卖应被实行时自动解除。UPICC、PECL、DCFR 和 CESL(P)沿袭了 ULIS 立场,规定尚未履行对待给付义务的债权人可以继续履行并请求债务人支付到期的价款,但无需花费过分努力或费用即可进行替代交易的除外。值得注意的是,即使债权人已经履行了对待给付义务,在合同存续期间,其也未必能在每个履行间隔中都请求债务人支付价款。<sup>[49]</sup> DCFR 第 IV.B-6:101 条第 1 款规定:“在承租人对货物已取得支配的情况下,若其希望返还货物且受领返还对出租人而言是合理的,则出租人不得强制其支付将来的租金。”此条款被认为是 DCFR 第 III.-3:301 条的特殊规则,出租人能否转租是判断受领返还是否合理的要素之一。<sup>[50]</sup>

[44] See UPICC (2016), supra note 41, pp. 244–245; Ole Lando and Hugh Beale (eds.), supra note 39, p. 398.

[45] See Schelhaas, “Article 7.2.2”, in Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, 1st ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, para. 35.

[46] 参见朱广新,见前注[9],第 680 页。

[47] See Gerard De Vries, “Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil and Common-Law Systems, and If so, How Has It Been Bridged in the DCFR?”, *European Review of Private Law*, Vol. 17, No. 4, 2009, p. 586. 英国法较特殊,采取选择理论,减损义务只有在债权人选择承认债务人的期前拒绝为违约时才得以适用。参见(日)吉川吉樹:《履行請求権と損害軽減義務—履行期前の履行拒絶に関する考察》,東京大学出版会 2010 年版,第 20–21 页。

[48] 如根据英国 1979 年《货物买卖法》第 50 条第 3 款,买受人期前拒绝时,出卖人可以提起诉讼请求损害赔偿,赔偿额为合同价格与货物本应被受领时或拒绝受领时市场价格的差值。在本条中,减损义务已被内嵌(built-in)于损害赔偿额的计算中,将损害赔偿额计算的基准时设定为“货物本应被受领时”或“拒绝受领时”,其前提即是假定债权人在上述时间点能够进行替代交易以减少损失。See Harvey McGregor QC, “The Role of Mitigation in the Assessment of Damages”, in Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (eds.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 332.

[49] See Christian von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 2, Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009, p. 1572.

[50] Ibid.

## 2. 间接限制路径

间接限制路径主要存在于《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称 CISG)、DCFR 第三.一3:302 条、日本法和美国房屋租赁法中。

(1) CISG<sup>[51]</sup> 和 DCFR。CISG 在设计履行请求权时放弃了 ULIS 模式, CISG 第 46 条和第 62 条在实体法层面规定了买受人和出卖人的履行请求权。在解除权的行使方面, 第 26 条放弃了 ULIS 的“事实解除”(ipso facto avoidance) 改采“通知解除”。在采何时点作为损害赔偿计算的基准时方面, 第 76 条放弃了 1978 年草案第 72 条的“解除权发生时”而改采“解除时”。<sup>[52]</sup> CISG 通过上述立法确立了履行请求权在违约救济中的优越地位, 但也派生了新问题: 标的物的市场价格在违约发生后涨跌幅度较大的, 债权人可能会通过观察市场价格变动并推迟行使解除权以获得更多赔偿。<sup>[53]</sup> CISG 未明确规定条款解决此问题。但是通过研究第 46、62、26、76、77 条的起草过程可得出结论: 起草者显然已认识到债权人投机问题的存在, 并认为此问题可通过适用减损规则间接性地解决。<sup>[54]</sup> 联合国贸易法委员会秘书处对 1978 年草案第 73 条(现第 77 条)的解释则从正面证明了间接限制路径的存在: 在债务人期前拒绝构成根本违约时, 债权人不能仅消极等待履行期到来, 而应尽量及时解除合同购入替代品或转卖货物以减少违约损害, 否则对于怠于采取减损措施导致损害扩大的部分不能求偿。<sup>[55]</sup>

与 UPICC 和 PECL 不同, DCFR 在非金钱债务履行请求权的限制路径上放弃了 ULIS 模式, 改采 CISG 的立场。DCFR 第三.一3:302 条规定:“(1) 债权人就非金钱债务享有强制履行的权利。……(5) 在债权人无需耗费过大精力或费用即能进行替代交易的情形, 若其不合理地行使履行请求权造成损害额或违约金数额增加的, 在增加的额度内不得请求赔偿。”本条立法主要有以下两点考量: 其一, DCFR 需要覆盖审查中或未来有审查计划的 EU 指令适用的局面, 即必须将给予消费者履行请求权的消费者相关法的内容引入自己的体系中, 所以不能采直接限制路径。<sup>[56]</sup> 其二, 起草者也考虑到放弃了直接限制路径后, 如果给予履行请求权绝对优势地位, 会造成在债权人即便能够较容易地进行替代交易时, 其也会不合理地行使履行请求权

[51] CISG 的立法资料可参考 John Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

[52] Ibid, p. 615.

[53] CISG 未明确规定债权人请求替代履行的损害赔偿时是否要先解除合同, 但第 75 条和第 76 条为合同解除后损害赔偿的计算方法, 由此可推知在替代交易(实际或应该)实行前合同应该被解除。

[54] 如有代表提出无需通过否定买受人的履行请求权来保护出卖人的利益, 因为对买受人课以减损义务也能起到保护效果。See John Honnold, *supra* note 51, p. 335; 有代表提出无需采用 ipso facto avoidance (事实解除), 或将损害赔偿计算的基准时设定为“解除权发生时”, 因为债权人投机问题可通过适用减损规则解决, 债权人对于因其推迟行使解除权造成的损害扩大部分不能请求赔偿。See John Honnold, *supra* note 51, pp. 91, 757.

[55] See John Honnold, *supra* note 51, p. 451.

[56] See Gerard De Vries, *supra* note 47, pp. 575—596.

的负面后果。<sup>[57]</sup> 因此,起草者设置本条第5款,旨在通过诚实信用原则来限制债权人对履行请求权的滥用。<sup>[58]</sup>

(2)日本法。日本传统通说视履行请求权为债权本来的内容,将替代履行的损害赔偿请求权视为与履行请求权具有同一性的,由其在特定时点转化而来的转形物。<sup>[59]</sup> 依修订前的《日本民法典》第541、543条,履行请求权在“解除”或“履行不能”时消灭,并同时转化为替代履行的损害赔偿请求权。这意味着,在履行迟延或拒绝情形下,若合同尚未解除,债权人有权请求且必须请求履行。<sup>[60]</sup> 换言之,在实际解除合同前,债权人尚且受履行请求权的拘束,当然无义务及时解除合同以减轻损害。此后,有学者注意到,将“解除时”作为动产买卖合同损害赔偿额计算的基准时会导致债权人投机问题,因此主张导入减损义务,在债权人推迟行使解除权的情形中将“应该解除时”作为赔偿额计算的基准时。<sup>[61]</sup> 也有学者主张将“应进行替代交易时”作为计算的基准时,并为了平衡履行请求权与损害赔偿请求权,主张在债权人能够较容易地进行替代交易时,排除其履行请求。<sup>[62]</sup> 但上述学说未被学界主流接受。法院在审判中仍将“(实际)解除时”做为动产买卖合同损害赔偿额计算的基准时。值得注意的是,晚近在最高裁平成21年1月19日民集63卷1号97页判决中,法院事实上采取了间接限制路径的思路,<sup>[63]</sup>依据“条理”<sup>[64]</sup>认定承租人未及时进行替代交易的行为违反了减损义务,对其请求的

[57] See Martijn Van Kogelenberg, “Art. III-3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-Monetary Obligations: An Improvement-Albeit Imperfect-Compared with Art.9:102 PECL”, *European Review of Private Law*, Vol.17, No. 4, 2009, p. 162.

[58] See Christian von Bar and Eric Clive(eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009, pp. 833-834.

[59] 参见(日)潮見佳男:《債権総論Ⅰ:債権関係・契約規範・履行障害》,信山社2003年版,第359页。

[60] 参见(日)森田宏樹:《契約責任の帰責構造》,有斐閣2002年版,第258页;参见潮見佳男,同上注,第359页。

[61] 参见(日)谷口知平:“損害賠償額算定における損害避抑義務—Avoidable Consequencesの理論の示唆—”,载川島武宜ほか编《我妻先生還暦記念—損害賠償責任の研究(上)》,有斐閣1957年版,第250-254页;(日)斎藤彰:“契約不履行における損害軽減義務—損害賠償額算定の基準時との関連において—”,载石田・西原・高木三先生還暦記念論文集委員会编《損害賠償法の課題と展望》,日本評論社1990年版,第54-77页。

[62] 参见(日)内田貴:“強制履行と損害賠償—損害軽減義務観点から”,《法曹時報》1990年42卷10号,第2642-2644页。

[63] 原审法院判决出租人赔偿承租人相当于四年半营业利益的损失。最高裁判所撤销一部分原审判决并发回重审,理由为承租人最迟在起诉时就应该在别的场所重开卡拉OK店以减轻损害,对于本能够采取上述减损措施之后的营业利益损失,承租人不能请求赔偿。

[64] 河上正二解释“条理”为诚实信用原则。参见(日)河上正二:《民法学入門(第2版)増補版》,日本評論社2014年版,第85-86页。

营业利益损失未全部认可。<sup>〔65〕</sup>

修订后的日本法虽未明确规定减损义务与履行请求权的关系,但从解释论上采取间接限制路径提供了理论可能:第一,新法明确放弃了债务转形论。<sup>〔66〕</sup>新法第415条2项规定了替代履行的损害赔偿的提起要件,除了“不能时”和“(实际)解除时”,又增加了“债务人拒绝时”和“解除权发生时”,履行请求权和替代履行的损害赔偿请求权从转化关系变成转化与并存关系。这意味着债权人在解除权发生时起能够脱离履行请求权的拘束,进行(以解除合同为前提的)替代交易并请求替代履行的损害赔偿。在此前提下,若其坚持履行请求权造成损害扩大的,将可能被认定为违反减损义务。<sup>〔67〕</sup>第二,日本民法(债权法)修改研讨委员会曾在2009年公布的《债权法修改的基本方针》中主张将减损义务导入损害赔偿额计算基准时条款中。<sup>〔68〕</sup>修订后的日本法虽未采用该方案,但原因并非否定基本方针的想法,只因现有学说和判例太复杂无法达成共识,起草者表示将问题留归今后的判例和解释论展开。<sup>〔69〕</sup>

(3)美国房屋租赁法。美国的不动产法带有较浓封建特征,表现为在附确定期限的租赁(leasehold)如定期租赁(tenancy for a term)中,租赁与所有权移转并无本质区别。<sup>〔70〕</sup>依普通法理论,当租赁生效时,所有权人将不动产上的占有利益让渡与承租人,承租人则在租赁期间在不动产上保有某种形式的所有权以抵御来自前者的任何控制。因此,承租人在租赁期间的地位类似实质上的所有人,<sup>〔71〕</sup>其支付租金的义务就类似于买卖合同中分期付款的义务。普通法的观点此后逐步得到修正,租赁被认为是兼具物权法和契约法特征的混合物。<sup>〔72〕</sup>这使得减损义务有了适用可能。首先,受普通法影响,各州在判例中都肯定一个大前提:即使承租人中途放弃占有租赁物,其原则上仍负有支付剩余租期租金的义务。<sup>〔73〕</sup>但美国各州对于商

〔65〕 如中田裕康认为,鉴于不动产的特殊性,若承租人未解除合同就进行替代交易的,其将在出租人反悔时承担支付双重租金的风险,法院的判决实际上是迫使承租人放弃对本不动产的使用收益。参见(日)中田裕康:“最高裁判所民事判例研究”,《法協》2010年127卷7号,第127页。

〔66〕 参见《日本债权法改正部会资料68A第2の2》,第8—9页, <http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>,最后访问日期:2021年4月6日。

〔67〕 如潮见佳男认为,在债权人对救济手段的行使有选择权的基础上,其选择会受到减损义务的调整。参见潮见佳男,见前注〔59〕,第369页。

〔68〕 基本方针[3.1.1.69][3.1.1.70],参见民法(債権法)改正検討委員会編:《詳解債権法改正の基本方針Ⅱ》,商事法務2009年版,第270—273页。

〔69〕 参见《日本债权法改正部会资料34第1の1》,第8页, <http://www.moj.go.jp/content/000097168.pdf>,最后访问日期:2021年4月6日。

〔70〕 参见(日)竹村公一:“事業用建物の賃貸借法に関する日米比較の一考察(第一部)——特にテナントの中途解約と賃貸人の損害軽減義務を中心に——”,《法と政治》2010年61卷1・2号,第103页。

〔71〕 See Stephanie G. Flynn, “Duty to Mitigate Damages upon a Tenant’s Abandonment”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 34, No. 4, 2000, pp. 724—725.

〔72〕 Ibid, p. 725.

〔73〕 *ULVA Hudkins Wilson v. The National Refining Company*, 126 Kan. 139 (1928); *Millison v. Clarke*, 287 Md. 420 (1980).

用房屋租赁合同出租人是否负有减轻损害的转租义务存在分歧。<sup>[74]</sup>原因在于法院对出租人的租金请求理解不同。若将其严格视为给付租金之诉的,则出租人没有转租义务;若将其视为违约损害赔偿之诉的,则减损义务有了适用余地,对于出租人未及时转租造成的损害扩大部分,出租人不能请求赔偿。<sup>[75]</sup>

### 3. 直接限制路径与间接限制路径的区别

(1)作用方式不同。尽管两限制路径的适用结果最终都使债务人从(全部或部分的)合同拘束力中获得解放,但直接限制路径是通过事前规定排除债权人的履行请求权,其法律后果为合同自动解除;<sup>[76]</sup>间接限制路径则是通过事后评价倒逼债权人主动行使解除权或放弃可替代劳务履行请求权。直接限制路径中的“替代交易义务”是限制债权人替代交易自由的行为规范,而间接限制路径中的“以解除合同为前提的替代交易义务”是在承认解除效力的前提下,<sup>[77]</sup>将其作为损害赔偿计算问题的评价规范。<sup>[78]</sup>

(2)法政策选择不同。直接限制路径的法政策考量为效率,避免债权人坚持履行请求权造成社会资源浪费。间接限制路径的法政策考量为诚实信用原则,防止债权人不合理行使权利损害对方当事人利益。

(3)履行请求权与替代交易义务的关系不同。直接限制路径中履行请求权与替代交易义务不能共存,两者是非此即彼的关系。间接限制路径中履行请求权与替代交易义务是平行共存的关系。<sup>[79]</sup>

(4)违约责任构造不同。直接限制路径将替代交易规则作为履行请求权的排除要件,其实质为如普通法一般承认了损害赔偿请求权在违约救济中的原则性地位。而间接限制路径仍承认履行请求权在违约救济中的原则性地位。

---

[74] 截至2015年,共有15个州(包括哥伦比亚特区)否定出租人的转租义务,另有28个州则给予肯定。See Leon Silver, “Adopting the Modern Trend: Mitigation of Damages in Commercial Lease Abandonment Cases”, *In-House Defense Quarterly*, Fall 2015, p. 12.

[75] 参见竹村公一,见前注[70],第128页。

[76] PECL、DCFR和CESL(P)虽未明文规定适用替代交易义务排除债权人的履行请求权的情形下合同是否解除,但权威注释认为若债权人被课以替代交易义务且已经进行替代交易的,债务人应丧失请求继续履行的权利,此时合同可被默认为自动解除。See Ole Lando and Hugh Beale(eds.), *supra* note 39, pp. 402—403; Christian von Bar and Eric Clive(eds.), *supra* note 58, p. 842; Dannemann, “Article 132 Requiring Performance of Buyer’s Obligations”, in Reiner Schulze(ed.), *Commentary on Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 580.

[77] 武腾认为减损义务的施加并不以解除为前提条件,合同存续期间减损义务亦可起到制约实际履行请求权的效果。笔者认为武腾此处所谓“解除”非为行为规范而应为评价规范。参见武腾,见前注[5],第94—96页。

[78] 行为规范与评价规范的概念可参见(日)新堂幸司:《新民事訴訟法》(初版),弘文堂1998年版,第45—46页。

[79] See Solène Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of The Protection of performance*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 154.

## 四、《民法典》限制路径选择及判断要素

### (一) 限制路径选择

域外法之所以出现通过减损义务来限制履行请求权的立法趋势,其理论前提在于履行请求权在违约救济体系中地位的弱化。如在 UPICC 和 PECL 中,履行请求权不再是债权的内容,而仅仅是与损害赔偿请求权、解除权等并列的救济手段之一。<sup>[80]</sup> 这意味着履行请求权在违约救济体系中失去了相对于其他救济手段的优越性地位。因此,在是否承认债权人的履行请求时,除了合同内容解释及诚实信用原则,还可以引入其他外部标准如效率原则进行判断。当损害赔偿请求权与履行请求权相比更有效率时,应优先适用减损规则。

而在保留了履行请求权优越性地位的法律中,如 CISG 和日本法,也非不加限制地承认债权人的履行请求权。以日本法为例,尽管修订后的日本法仍将履行请求权视为债权本来的内容,但放弃了“债权债务构成”,履行请求权不再是抽象的因债权存在就当然存在的权利,履行请求权内容的确定与债权发生的具体原因——合同相连结。<sup>[81]</sup> 这种转变一方面使得某些场合中履行请求权与替代履行的损害赔偿请求权由转化关系变为并列关系,另一方面在判断是否承认债权人的履行请求权时,能在诚实信用标准外增加合同内容解释标准,使之更具弹性。<sup>[82]</sup> 且在确定合同内容时,可以当事人缔约时的合意为准,也可以结合缔约后发生的所有情事展开规范性判断。<sup>[83]</sup> 因此修订后的日本法赋予了减损义务调整债权人救济选择权行使的功能,并能在更广阔的范围内承认减损义务。而在美国房屋租赁法中,部分州法院将给付租金之诉同时视为违约损害赔偿之诉。普通法中 action for price(价款请求权)虽然与 specific performance(特定履行)一样都是将给予合同约定的履行本身作为目的的救济,也即 specific relief(特定救济),但 action for price 并不是衡平法上的救济。<sup>[84]</sup> 鉴于损害赔偿法中存在诸多限制要素,债权人基于损害赔偿救济所获额度一般小于价款请求权的额度,美国州法院的做法实质上弱化了商用房屋租赁合同中租金请求权的地位。

我国《合同法》在起草时深受 CISG、UPICC 等规则影响。<sup>[85]</sup> 《合同法》第 107、109、110 条是设在违约责任章下的条款,履行请求权更多被强调其作为违约救济手段的一面。但与 UP-

[80] See Schelhaas, supra note 45, para. 6. “履行请求权发生于到期债务不履行时……”。

[81] “债权债务构成”与“契约构成”参见解亘:“日本契约拘束力理论的嬗变——从债权债务构成走向契约构成”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2010年第2期,第124—133页。

[82] 修订后的《日本民法典》第412条之2规定,债务的履行依照合同及其他债务发生原因及交易上的社会通常观念不能时,债权人不能请求履行该债务。

[83] 参见(日)窪田充见:“履行请求权”,《ジュリスト》2006年第1318号,第105—106页。

[84] See Edwin Peel, supra note 42, p. 1091; 参见吉川吉樹,见前注〔47〕,第23页。

[85] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:债权总则编》,法律出版社2013年版,序言第6页。

ICC 和 PECL 不同,《合同法》第 109、110 条更为广泛地承认债权人的履行请求权。<sup>[86]</sup>《民法典》第 577、579、580 条未对上述《合同法》条文作根本改变。《民法典》第 118 条虽仍将债权定义为请求权,但规定权利人享有请求权的依据在于合同等债权具体发生原因。因此,在我国《合同法》和《民法典》的违约责任构造中,履行请求权相对于其他救济手段如损害赔偿等仍然具有优越性地位,这种构造与 CISG 和修订后的日本法类似。以我国《民法典》的违约责任构造为前提,在限制路径选择上若采直接限制路径,其实质为将损害赔偿作为原则性救济手段,履行请求权为例外,这与《民法典》现有体系相矛盾。相反,《民法典》具备采取间接路径的可行性与合理性。

《民法典》具备采取间接限制路径的可行性。若采间接限制路径,需要在特定情形中将金钱债务履行请求同时视为损害赔偿请求,<sup>[87]</sup>或者承认履行请求权和替代履行的损害赔偿请求权存在并列关系。关于前者,金钱债务履行请求权与损害赔偿都是以给付金钱的方式对合同进行结算,从这个角度讲,金钱债务履行请求权也有损害赔偿的性质。既然我国法中履行请求权不是抽象的因债权存在而当然存在的权利,金钱债务履行请求权也因此具有了被视为损害赔偿请求权的可能性。关于后者,在计划经济时代,1981 年《经济合同法》以实际履行为原则。<sup>[88]</sup>经济合同的履行不仅是当事人双方互负的义务,还是对国家或社会负担的义务。<sup>[89]</sup>在实际履行原则下,当事人不仅有权请求履行且有义务请求履行。<sup>[90]</sup>其后,实际履行原则被认为不适合改革开放的新经济环境而被放弃。<sup>[91]</sup>《合同法》虽规定债权人在债务人违约后原则上可以请求继续履行,却不要求债权人在履行不能之外的场合必须请求履行。这点从《合同法》第 107 条将继续履行与损害赔偿等并列规定就可窥知。尽管我国学者对于替代履行的损

[86] 在起草《合同法》第 110 条时,立法者曾考虑在债权人能够进行替代交易时排除其履行请求权。但草案遭到了学者的强烈反对,理由为债务的标的在市场上不难获得就不可以强制执行,与常理不合。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法制出版社 2000 年版,第 124、184 页;北京大学法律学系民法教研室:“关于统一《合同法》草案的修改建议”,《中外法学》1999 年第 1 期,第 100 页。

[87] 并非所有合同类型中金钱债务履行请求权都要被同时视为损害赔偿请求。《合同法》在违约责任构造上主要以一时性合同为模型,强调契约严守原则。但这种构造并不完全适合继续性合同。继续性合同因履行周期长经常发生当事人在缔约时无法预想之情事,金钱债务人经常因未构成情势变更的原因陷入履行困难,或继续履行对其失去意义。此时若要求金钱债务人支付全部价款,则可能导致当事人间利益失衡的后果,这违反了合同的诚实信用和公平正义原则。笔者认为司法实践中纠纷较多的定期继续性合同可以考虑作为特定情形例外对待,当然要件还需细化。

[88] 参见黄欣:“关于经济合同的履行问题”,《北京政法学院学报》1982 年第 2 期,第 58 页。

[89] 参见黄欣,同上注,第 58 页以下;王家福:《经济法要义》,中国财政经济出版社 1988 年版,第 180 页。

[90] 参见梁慧星:“关于实际履行原则的研究”,《法学研究》1987 年第 2 期,第 40 页。

[91] 同上注,第 44—45 页。

害赔偿请求的提起要件意见不一致,但都承认其与履行请求权为并存关系。<sup>[92]</sup>至少在解除权发生时债权人拥有在两者之间的救济选择权。《民法典》第 577 条与《合同法》第 107 条内容相同,在这点上并无改变。

《民法典》具备采取间接限制路径的合理性。第一,在市场经济充分发展的现今社会,债权人在市场上获得同种类的商品或服务并非难事。债权人通过替代交易及损害赔偿能够获得如同原合同正常履行时所能获得的利益。第二,在债权人不合理坚持履行请求权的案例中,债权人的最终诉求主要有两种:请求替代履行的损害赔偿和请求给付价款。减损规则作为损害赔偿法中的规则恰好可得适用。第三,采取间接限制路径,在解决是否承认债权人履行请求权问题的同时又解决了损害赔偿计算的问题,兼顾了债权人履行利益的获得和债务人利益的保护。第四,在债权人请求给付金钱债务的情形,采取直接限制路径与采取间接限制路径在数额上并无明显差异,债权人对于其能够合理进行替代交易之后发生的损害都不能请求赔偿。因此,在以《合同法》第 110 条但书规定为依据排除金钱债务履行请求权的案件中,法院完全可以《民法典》第 591 条为依据达到同样的法律效果。第五,效率并不是《民法典》的唯一价值。《民法典》第 6、7 条规定当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则和公平原则。采取以诚实信用原则为正当化根据的间接限制路径更符合《民法典》的价值追求。第六,采取间接限制路径,还可以追认我国司法审判实践现状,使判决结果具有合法性。

## (二)间接限制路径中的规范性判断要素

鉴于减损义务的性质已经从保护自己固有利益的不真正义务转变为考虑债务人利益的协作义务,所以在判断债权人是否负有减损义务时,不仅应考虑债权人一方的情况,如能否进行替代交易及进行替代交易的困难度,还要考虑债务人一方的情况,如债务人因减损措施所能获得的利益及此利益在何种程度内值得保护等。

从我国司法审判实践来看,法院在判断债权人是否违反减损义务时,主要考虑以下几点因素:第一,债权人在确定债务人将来不会继续履行后有怠于行使解除权的行为。在债务人明确表达了不履行的意思,或债权人应该知道债务人没有继续履行的意思(如承租人搬离租赁物并返还不动产钥匙)后,债权人分别经过了 5 个月(前文所引案例⑨)、6 个月(案例①④)、1 年(案例③)、甚至 6 年(案例⑩)才解除合同。法院认为 3 个月内(案例④⑨)、6 个月内(案例⑩)或能够行使解除权的 3 个月内(案例③)为债权人行使解除权的合理期间。第二,债权人进行替代交易的可能性及困难度。在常州市中级人民法院(2016)苏 04 民终 3910 号民事判决中,法院综合以下因素否定了不动产出租人负有及时解除合同义务:剩余履行期的长短、标的物使用目的的限定性、进行替代交易要牺牲的对价及进行替代交易需要调配的资金。第三,合同继续履行对债务人来说是否没意义或继续履行成本较高。如生产设备的承租人在受领一个月后就

[92] 参见崔建远,见前注[22],第 366 页;王利明:《债法总则》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 164、435—436 页;王洪亮:“论强制履行请求权”,载《请求权基础的解读与反思》,法律出版社 2015 年版,第 190 页;韩世远,见前注[18],第 774 页。

被国土资源局命令停业(案例③),出租车承包人因交通事故无法继续驾驶车辆(案例⑦),企业承包人早已停业且重新营业的可能性不大(案例⑤⑥)。第四,动产买卖合同中债权人对标的物市场价格的变化是否有认识或预见可能性。

我国法院在做上述判断时能兼顾当事人双方具体情况,但对减损义务形态的理解存在根本性错误。在案例③④⑩中,法院在判决中未提及合同剩余履行期的长度、债权人进行替代交易的难易程度,进行替代交易要牺牲的对价等情况,仅以债权人未在合理期间内行使解除权为由,判定合理期间经过后的损害部分不能获得赔偿。与 CISG 和修订前的日本法不同,我国法中解除并非替代履行的损害赔偿的提起要件。因此,在债权人能够行使请求履行或替代履行的损害赔偿的选择权时,若其原本能及时采取减损措施但怠于行动的,其违反的减损义务应该是(以解除合同为前提的)替代交易义务,而非及时解除合同义务。法院的判决不但于法无据,还会导致债权人不能获得充分补偿的后果。如案例③为租期 3 年的设备租赁合同,承租人在合同履行一个月后被命令停业且从未交付过租金,出租人在 1 年后解除合同并请求 1 年的租金。法院最终只判决承租人赔偿出租人 3 个月的租金损失。鉴于出租人未必能在 3 个月内将设备转租,或即使能够转租,租金也可能低于原合同租金等因素,法院的判决或使出租人无法获得充分补偿。当然,若法院对替代交易相关因素难做具体判断的,也可以进行抽象判断。如《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第 24 条对承租人意图中途解约时的赔偿标准作了规定:“具体损失数额由法院根据合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价,承租人的过错程度等因素予以酌定,一般以合同约定的三至六个月的租金为宜。”但抽象判断的标准要因地制宜,符合当地的一般交易习惯,且在适用时应劣后于具体判断。<sup>[93]</sup>

## 五、结 语

尽管问题表现均为如何将债务人从合同拘束力中解放,学界提出的合同僵局概念本身其实包含两种不同情形。从《民法典》体系构造来看,新设立的第 580 条第 2 款作为非金钱债务履行请求权被排除时的司法终止条款,仅能作为解决第一种僵局的法律依据。而第二种僵局的核心在于,债权人特别是定期继续性合同的金钱债权人享有履行请求权且坚持行使。规制金钱债务履行请求权的《合同法》第 109 条和《民法典》第 579 条并未规定任何例外情况。尽管通过适用不可抗力或情势变更等制度可以解决第二种僵局中①类型的问题,但此类制度很难适用于②③类型中债权人为获得全部价款或更高额的损害赔偿有意不解除合同的情况。我国学者试图从违约方解除的角度来解决债权人不合理坚持履行请求权的问题,但此路径因《民法典》最终放弃二审稿第 353 条第 3 款而失去了明确的法律根据。

[93] 王利明认为北京市高级人民法院的规定符合一般交易习惯,可以作为充分补偿的参考标准。参见王利明,见前注〔7〕,第 37 页。

相反,域外法近年来不断弱化履行请求权在违约救济体系中的地位,通过对债权人课以“(以解除合同为前提的)替代交易”的减损义务来限制履行请求权成为立法趋势,并在路径选择上存在直接限制和间接限制两种。鉴于我国《民法典》的违约救济体系仍承认履行请求权的优越性地位,若采直接限制路径则与体系相冲突,而采间接限制路径则具备可行性与合理性。间接限制路径的直接法律效果虽然是对债权人请求的损害赔偿进行减额,但其适用也会达到倒逼债权人主动解除合同的结果。第二种僵局下<sup>②③</sup>类型中的债权人在负有替代交易义务的前提下,即使再坚持请求原合同的履行,其履行利益也不能获得全额赔偿,理性的债权人自然缺乏继续请求履行的动力,并会为了消除合同是否履行的不确定状态选择解除合同、安排替代交易以减少自己的损失。以采取间接路径为前提,在判断债权人坚持请求履行的行为是否违反减损义务时,需以诚实信用原则为根据,综合考虑缔约后债权人和债务人双方的所有情事后做出判断,如债权人进行替代交易的可能性及困难度、合同继续履行对于债务人是否没有意义等。

**Abstract:** The concept of contractual deadlock under discussion in China's academia has been manifested in two different situations. One refers to where a creditor fails to execute his right to terminate a contract in a timely manner when his right to non-monetary performance has been excluded. The other happens when a debtor has difficulty in performing a contract and intends to terminate the contract, and wherein the continuation of performance will lead to imbalance of benefits of two parties, but the creditor insists on his right to performance instead of terminating the contract in a timely manner. The former deadlock issue can be addressed by applying to para. 2 of Art. 580 of China's Civil Code, while there is an explicit absence of legal basis in the latter. To solve this problem, China could reference to the practice of foreign law by setting restriction to the creditor's right to performance from the perspective of mitigation. There exists a direct restricting approach and an indirect restricting approach to the understanding of the relationship between the two. To demonstrate from the perspective of law-interpretation analysis, the Civil Code has feasibility and rationality in adopting indirect restricting approach. To determine whether the creditor has violated his duty to mitigate or not, in addition to consider the creditor's capability of reasonably conducting substitute transaction and its difficulties thereof, we should also take into account the benefits that can be obtained by the debtor on the basis of mitigation measures and to what extent the benefits deserve protection.

**Key Words:** Contractual Deadlock; Right to Performance; Termination; Mitigation; Substitute Transaction

(责任编辑:贺 剑)