

违约方解除之法教义学体系定位

汤文平*

摘要 违约方解除既为新的制度疆域,亦是跨界气旋,对众多制度将有深层触动。在“前提”上应抛弃无真正独有内核的合同僵局,在“理念”上应彻底改造及吸收效率违约,在“枢机”方面应紧扣违约方解除与履行不能及减损义务之关系,在“框架”上要厘清违约方解除与守约方法定解除权之本质区别,并以之与其他关联制度共同营构宽宥差序格局。于是,此前有关效率的片面之见将被舍弃,但又追随着更实质的效率之气旋作用方向。与此同时,违约方解除的闯入为履行不能泛化、履行不能与实际履行抗辩间螺旋式上升、传统减损义务之下债权人遭遇的苛求等等提供了深刻的省思契机。在框架上拒绝因路径依赖从守约方法定解除权“剥取”行使方式、生效时间等,拒绝以片面锚定后者“举轻明重”式地提升前者的门槛,但又因对违约方解除应采差序格局的把握模式,故而在某些案型之下却又“神似”法定解除权,并联通其他制度。如此多向并发,拓展新的疆域。

关键词 违约方解除 效率违约 履行不能 减损义务 法学实证主义

一、引言:新的疆域抑或跨界气旋

违约方解除制度是中国民法对世界民法的一个原创性贡献,对于既存体系有深刻而广阔的触动,但是该制度本身至今仍处在草创阶段。有关条文粗迹,从《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条到《民法典合同编(草案)(二次审议稿)》第353条第3款^[1]再到《民法典》第580条第2款,偏安一隅,抱残守缺,凸显出规范制定者虽似有所见,

* 暨南大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“民法典违约责任规则的体系化审视研究”(项目编号:22JJD820015)的阶段性研究成果。

[1] 该段变迁,参见韩世远:“合同法的现代化:为何及如何”,《法治研究》2019年第6期,第23—25页。

但仍缺乏自信。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》的起草工作中,曾有草案条文将之扩及于金钱之债,但其后不知所终,仅在正式出台文本第59条就解除时点表达了立场。鉴此完全可以确定,就这一制度条文设置抱残守缺,在当下及未来一大段时间里都将是常态。面对如此匮乏的规范配置,违约方解除的重要性也难以被正确地评估,或将陷入某种恶性循环,最后使此原本具有根本性意义的原创贡献在抱残守缺中湮没无闻。为打破这种恶性循环,应跳出单薄条文的小格局,站到法学实证主义的高度从法教义学体系上重新界定其地位。^{〔2〕}这种法教义学先行的做法也符合“民法发现”由草创到成熟定型的制度发生学规律。

只是,对于违约方解除制度在法教义学体系中的地位的理解,很可能需要从根本上转变思路。在新的制度出现时人们面对体系建构的任务,经常会不由自主地将之理解为一张新拼图,因为它而使一个扁平的原本存在着漏洞的体系变得完整。在违约方解除的有关探讨中这种思路也是主流,所以我们可以轻松地观察到,虽然对于违约方解除的各项制度内容众说纷纭,争论不休,但是把它理解为应对合同僵局这一特殊事物的新拼图,并且与非违约方法定解除权虽不同但两张拼图的安装位置倒也相去不远——这些观点却有着高度共识。笔者曾主张在“发现”宽宥差序的基础上将违约方解除定位于宽宥差序中的保底性制度,也与之相通,现在看来,还是过于机械。其实违约方解除作为一项新制度已与其许多“前辈”大为不同,也正是前述高度共识中潜藏着一些法教义学体系论上的深层惰性和惯性,若不打破,不仅不能真正把握此种制度的精髓,而且就法教义学体系论自身的深化与完善也将错过一次重大的发展契机。

故重新出发时一定要问清,此间所“发现”的究竟是什么。的确,一般来说,民法发现大多可以理解为类似“发现新大陆”的新疆域的凸显,但是在违约方解除之下的发现却还要复杂得多。其间所发现的固然也有相关新疆域,但在总体上,更像是一个巨大的气旋,不仅笼罩着新发现的版图,也笼罩着此前已有的广阔区域,全面而深刻地影响到该等制度场域中的“气象天文”。易言之,此处的发现不仅引入新疆域这样一个新的“块面”,而且还捕捉到诸多制度疆域间将要或正在“变天”时的虽无形但却可清晰感知的“跨界气旋”。这种“发现观”将彻底改变对法教义学体系的认知,将由点线面剧变为多个维度的交织。法教义学体系不再是呈扁平展开的一张张拼图之总和,而是由多个维度的新旧疆域嵌合在一起,其间还可能有一些强大的力量在流动着。违约方解除可谓是一个完美的“标本”,若是把握得当,将能充分展示前述新旧疆域及气旋力量流动的相互作用,对法教义学体系本身的“规定性”揭示有独到功用。

违约方解除的法教义学体系建构所涉主题繁多,为免陷身丛林无法定位,下文将以两大版

〔2〕《民法典》出台之后相关研究普遍“自觉”拘束于一般“法解释论”,动辄揪住“目的不达”之类的条文用语“解剖麻雀”。所谓修辞立其诚,在进入这个规范配置极为不足的重要领域时,首先应该真诚地面对:这里正在发生的是“历史性、整体性、格局性”的合同法变革,煞有介事奉粗糙条文为圭臬画地为牢,放弃私法发展的使命,不是尊重立法者,而是在捧杀他。故此建议同仁们重视笔者长期主张的法学实证主义道路,谋求解释论与立法论的视界融合。参见汤文平:“我国当前民法发展战略探索——法学实证主义的当代使命”,《法制与社会发展》2015年第4期,第82—102页;汤文平:“论中国民法的法学实证主义道路”,《法学家》2020年第1期,第1—16页。

块的工作以简驭繁。第一版块是辨析驳正,主要包揽合同僵局、效率违约及非违约方法法定解除权等三项。其中合同僵局和非违约方法法定解除权涉及在规则设计上违约方解除的基础性前提及“参照物”,效率违约则涉及违约方解除的理念定位。第二版块是在体系上得其环中,以应无穷,违约方解除本身的内部构造及其在法教义学体系中的外部构造都是很复杂的,但是千变万化都不脱离“枢机”性的问题——何时可以拒绝实际履行以及何时可以激活减损义务,故而履行不能、减损义务可归入此一版块。由于后一版块也都与辨析驳正有紧密联系,而且第一版块与非违约方法法定解除权之参照问题实具一定阶段性总结意味,故又将其置于全文最后一部分,前后呼应,以第一版块涵盖两大版块,其间脉络本身也透露出前述多维度协同的消息来。

二、前提辩正:走出合同僵局的歧途

(一)学说乱象——言人人殊的“通说”

在有关学术讨论及司法实践中,就违约方解除的诸多问题各家各派观点往往相持不下,充满了“杂音”,但在将违约方解除与所谓“合同僵局”拴定一处这个关键点上却意外地达成了“多数说”“有力说”,考虑到多家权威观点就此保持一致,反对说从数量到影响力来看都无可匹敌,或许认之为“通说”也不过分。可吊诡的是,在这个“通说”的表象之下,真正的共识又极少,抵牾却甚多。这一“通说”所涉问题对于违约方解除制度的建构任务而言,是具有根本性意义的,若是存在认知误区,其影响也是根本性的,故应首先论之。一般论者对于“合同僵局”这个关键性前提大多语焉不详。在有限的几家界定尝试中,有的侧重长期合同属性;^[3]有的强调非违约方有权解除而不解除,违约方却要解除;^[4]有的关注债务人由于自身丧失履行能力而无法继续履约。^[5]另有论者致力于合同僵局的类型化,其中一种观点主张将合同僵局分为形式僵局和实质僵局;^[6]另一种类型化观点则要求将合同僵局规则仅适用于所谓“利益同向型合同”,至于“新宇公司案”这类买卖合同解除纠纷即便涉及社会公共利益,也应排除在外。^[7]如此等等,莫衷一是。

(二)比附公司僵局等实为牵强且画地为牢

不过论者普遍认可,合同僵局的思路来自于“对公司僵局的比附”,^[8]此可谓没有共识的共识。现行法中公司僵局被规定于《公司法》第231条(原第182条)及《最高人民法院关于适

[3] 参见王利明:“论合同僵局中违约方申请解约”,《法学评论》2020年第1期,第30页。

[4] 参见刘承睦:“论演艺经纪合同的解除”,《清华法学》2019年第4期,第139页。

[5] 参见石佳友:“履行不能与合同终止——以《民法典》第580条第2款为中心”,《现代法学》2021年第4期,第32页。

[6] 参见谢鸿飞:“《民法典》法定解除权的配置机理与统一基础”,《浙江工商大学学报》2020年第6期,第22页。

[7] 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—99页。前引案例即新宇公司诉冯玉梅商铺买卖纠纷案,《最高人民法院公报》2006年第6期。

[8] 参见王利明,见前注[3];谢鸿飞,见前注[6];武腾,见前注[7],第85页。

用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二)》第1条。最经典意义的公司僵局大约是双方各占公司股份的50%，因此而不能形成有效的决议。但是在实践当中，公司僵局的外延已延伸得面目全非。例如，小股东滥用否决权，虽然此时大股东占据多数，但因为小股东以特殊的表决权安排有否决权杠杆，所以仍然不能形成有效的决议。当然此时毕竟还有一个否决决议，在这一点上，它与此前的双方势均力敌不能形成有效决议颇有区别，但在不能形成一个有效用的决议上又仍具有可比性。另有许多观点建议就股东压制问题准用公司僵局规则一并纳入司法解散。而在公司法之外，破产法领域在破产管理人产生或重整方案达成遇到僵局时，也有呼声要参考公司僵局仰赖司法介入打破僵局。相对于这些公司法或破产法上所谓僵局的情形，合同僵局又在多大程度上与之相类呢？

由于违约方解除原本就是以一方已经构成违约为前提，所以在决定谁有权解除合同以及谁有义务承担违约责任这类问题上，原本不存在类似于公司僵局无法形成决议这一结论的情形。易言之，公司僵局是不能做出结论，而在所谓的合同僵局之下，原本是可以依照合同法作出结论的，只是这种结论若是任其自然地延伸下去的话，可能出现不公平或者不效率的后果。于是需要有一个力量发动，使得法院可借裁判介入以恢复公平和效率。从这个角度来看，所谓合同僵局更像是前述被建议准用公司僵局规则的股东压制，但若深究下去，合同僵局中所概括的案型实际上不仅难与公司僵局、重整僵局类比，也与股东压制大相径庭。

公司僵局及破产僵局法上的僵局本质特点主要在于各方不能就争端达成有效结论，可能使得共有的利益领域不停地蒙受损失。例如，在前述公司僵局的情形下，因双方持股势均力敌而不能有效达成决议，即便有关的经营活动还可以由现任高管人员继续推进，这种不能有效达成决议本身仍自然可以被理解为对双方共有的利益领域造成的伤害。至于少数股东基于特殊的表决权安排滥用否决权，以及股东压制的情形，其本质特点则是一方滥用权利倾轧他方。所谓合同僵局仅在极为少见的情形，才可能与第一类僵局本质上可比。例如甲乙两人作为合伙人，若是势均力敌，不能达成有效的决议，而使得双方所共有的利益领域不停地遭受损失，则为此种情形。这也是前引最末一种学说将相应规则仅系于利益同向型合同的失之狭隘之处。若是某甲未依约缴纳合伙本金，在其资力不允许继续履行或者因此延期已导致双方合作的信赖基础不复存在时，又无限期地僵持下去，有权解除的乙方不予解除，此际若许违约方发动解除，则可能类似前述第二种类型，即一方滥用权利的僵局。当然，在很多时候这里的“滥用权利”并不能达到权利滥用原则适用的规格要求。在股东压制之下，因原本在压制方和被压制方之间还存在着“第三方”即公司以及公司背后的高管人员，故而被压制方在很多情形下应可借助代表诉讼等方式先站在公司利益的立场辗转地维护自身利益，从股东压制立论直奔司法解散，从公司治理的构架来说，很大程度上违背了权利利用竭原则，可能造成制度上的短路，给公司正常的治理造成颠覆性破坏，自然只能在极为特殊且狭小的范围内应用。这或许也是该制度在我现行法实践中既不叫好也不叫座的原因所在。与之相比，违约方解除之下的非违约方未行使解除权之“权利滥用”更多地只是莫须有的罪名，以僵局之名解除合同似乎更应谨慎，而且在许多情形下甚至就是违约方在倾轧对方，如此解消，其颠覆性破坏岂不更加骇人听闻。可尽管如此，仍有大量合同以此为路径得以解消。所以在事物的本质上，比附公司僵局抑或前述任何一

类僵局都只是误入歧途,既因牵强附会缺乏必要的说服力,而且还会画地为牢,人为排除掉许多理应适用违约方解除的案型。

(三)合同僵局无理论内核未抓住事物的本质

鉴上可知,所谓合同僵局情形应有更深刻、更具个性化的事物本质在。但是深入探究,却又会遗憾地发现合同僵局这个术语之下其实并没有固定的规范内核。毫无疑问,合同僵局作为中国民法(学)贡献的“话语”,只有经受住民法良法标准的衡量,才有必要纳入体系保留下来。据笔者长久研究,民法话语之“善”大约可以概括为渗透力、统合力、说明力及纯度。^{〔9〕}从违约方解除之下涉及的诸多案型来看,合同僵局最多只能呈现事实层面的各当事人间利益冲突:一方要解除合同,对方不同意,欲解除方无法定或约定的解除权利,从而陷于“僵局”。这里的焦点问题是欲解除方无法定或约定的解除权利却又为何及如何通过诉请法院裁决的方式最终达到解除的目的,合同僵局却完全没有抓住这个焦点。这就像在婚姻法的语境里,只看到婚姻双方关系闹得很“僵”,却看不到感情破裂才是离婚规范锁定的本质性焦点一样,完全只是一种生活层面的话语,经受不住前述良法标准的检验,难以赋予规范价值。也正因如此,故笔者另外建议应抓住“宽宥差序格局”这个隐藏在较深处的规范话语来作为建构体系的基石,^{〔10〕}并重新认识此一差序格局之下各相关制度及其相互之间的关系,整个法教义学体系的发展也便由此一面表现为兜底性规则新版图的发现,另一面又表现为系统性的气旋效应——虽似无形的存在,却无不笼罩,无不凝聚,无不深深地影响和改变之。

三、理念辩证:对效率违约的扬弃

(一)不同法系对待效率违约的不同态度及效率追求的趋同

前述宽宥差序格局与效率关联紧密,甚值阐发。此前讨论中正反双方都倾向于将违约方解除与效率违约联系在一起。有支持者认为违约方解除的深层理据即在效率违约,并为效率违约全力“洗白”。^{〔11〕}反对者虽然对于效率违约的正当性及其与我国法的契合度均持否定立场,但也同样多从此处解读违约方解除的深层理据。^{〔12〕}

首先,的确应当看到,不同法系(域)对待效率违约的态度虽判若云泥,但这主要是理念层

〔9〕 参见汤文平:“我国当前民法发展战略探索——法学实证主义的当代使命”,见前注〔2〕,第95—99页。

〔10〕 就此“宽宥差序格局”笔者将另撰专文,本文任务重在凸显违约方解除制度新的疆域暨气旋之体系定位,故仅在第五部分观照该差序格局综说违约方解除与相关制度的整合。

〔11〕 参见孙良国:“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51—53页。当然,作者虽始终强调效率违约有其历史逻辑,自己并不亦步亦趋,但其叙述方式以及其出发点即“效率在商事交易中就是最大的正义、公平”,仍透露出基本上还是未超出效率违约的范围。尤请参见该文第53页,以及孙良国:“违约方的合同解除权及其界限”,《当代法学》2016年第5期,第55页。

〔12〕 参见蔡睿:“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163—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”,《中外法学》2020年第1期,第118页。

面的分歧,在实践层面,由于从各自的出发点几经折腾都走向务实的道路,实际上更多的是趋近而非分歧。如合同领域区分了债权合同与其后的权利变动,在后者发生之前,原则上是自由竞价的势力范围。而且这种自由竞价在很大程度上应被认为符合资源配置的效率追求。^[13]而在前一买受人那里,当还能实际履行时固然可以支持其请求实际履行,不能实际履行时填补损失即可。换句话说,其实不管是英美法系还是大陆法系,不管是否承认“效率违约”,实际上都在不同程度上为资源配置的效率认可了违约。承认效率违约者,不过是能实际履行也不轻易支持实际履行请求而直接转向填补损害,更不轻易否定后买受人的合同或追究其类似于侵害债权的责任。不承认效率违约者,首先在履行不能的情形下,也是直接转向填补损害,而且所谓“履行不能”已远远溢出于严格的物理不能之外,累积着经济不能、^[14]“事实”不能、道德不能等边界善变的拟制性区域,另又有任意解除、因重大事由终止、因情势变更而调整或解除(与前述经济不能相联系)、溯及性的错误撤销等等一系列宽宥性制度架构。即便是在履行“可能”的场合,除了不动产这类“跑得了和尚跑不了庙”的特殊情形,各类动产执行因无古代法上债之人身效力、英美当代法上老赖入“藐视法庭罪”之类做法的加持,最多也就止步于被执行人宣誓“不持有”,而后轰然垮向损害赔偿,^[15]甚至可以说不仅是“效率违约”,即便是“无效率”,在执行力缺牙的现状之下也不能不允许其“违约”。而且也更不轻易否定后买受人的合同或追究其类似于侵害债权的责任,债权侵权明确要达到以故意背俗的方式为之的高规格。就利润剥夺,似仅见《德国民法典》第 285 条规定的“补偿返还”有暗度陈仓之妙,但是其在实践中争议很大,且相关争议有愈演愈烈之势,^[16]在法律移植上影响力也甚小。

故两大法系实际上都在一方面维护合同约束、另一方面适当宽宥以迎合效率及当事人自由诉求之间勉力权衡,都遵循着事理层面的实质性“效率违约”理念,甚至从晚近趋势来看,宽宥面向的力度还在加大。只要想一想各种组织法中的用脚投票及回购请求权、共有法中强大的反共有理念、婚姻法中一降再降的离婚门槛,就可以理解,当代法对于当事人最初允诺的基本态度已经转为“强扭的瓜不甜”,适可而止,不为已甚。

(二) 此前围绕效率安排的先天不足

但是,这种存在未必就天然的正当,而且效率违约在解释这种规范现象时有其先天不足,这些与违约方解除的取舍紧密关联。其中效率违约的先天不足大致有三:其一是以效率解释

[13] 但在法国法族可能因物权变动意思主义模式的影响对第二买受人主观方面的审查会更加严格,我国法则因恶意串通制度这一异数在一物二卖之类的场景中立场摇摆不定。

[14] 经济不能被认为与事实不能不同,前者是债务人的履行成本与对方履行对待给付的履行成本相比显著高出而失衡,后者是债务人的履行成本与对方自其履行获益相比显著高出而失衡,前者被系于情势变更,后者被系于履行不能(关于变更提出权的归列, vgl. Reinhard Gaier, in: MünchKomm BGB, Bd. 11, 9 Aufl., 2022, § 314 Rn. 43.)。当然,事实不能又常常在语词上被用于指物理不能,经济不能则或被用于指前述事实不能的内涵,在引用时应作甄别。

[15] Vgl. Jürgen Kohler, Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB - Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005), S. 101 f.

[16] Vgl. Christian Ernst, in: MünchKomm BGB, 2012, Bd. 2, 6 Aufl., § 285 Rn. 23-31.

宽宥违约方的理据实在是以偏概全,难有说服力;其二是既然要强调违约之有效率面向,就没法剥夺利润,而填补性损害赔偿则时常要么难以证明损害,要么不能真正补偿未实际履行的损失,从而使有效救济成了空话;其三是虽在预期违约之下网开一面,为守约方保留缓冲时间,在非预期违约的履行期届满场景,则直接启动减损义务,对守约方过苛,因为此际守约方同样有缓冲期需求,且也完全可能借此缓冲促使违约方“回心转意”从而可能在更高的层面实现“效率”。总而言之,效率违约制度死抠“效率”有失偏颇,且也未必真能切实推进效率的实现。相反,从前述偏颇的陷阱之中突围,正好是违约方解除的优势,故取此进路虽可吸收效率违约的合理经验,但也完全用不着为之背书。

(三)在违约方解除视域下宽宥和效率认知的深化

宽宥和效率的认知在违约方解除之下都可以出自直观感知,但若始终停留于直观,是不可靠的,而须作更深层的把握。如此则可以理解,宽宥至少可以从是否及何时豁免实际履行、是否及何时激活减损义务、损害赔偿的范围及计算等三个维度营造差序,并凝聚成此间所谓“气旋”的作用力。并且可以在“归责事由”之外构建“宽宥事由”的类型模组,这些类型模组大致会侧重于债务人之主观方面,而最终究竟会不会被宽宥,一大落脚点即为效率。而且其表现是多样的。例如在买卖不动产的场景里因跑得了和尚跑不了庙,判令实际履行一般无障碍,故更多地删繁就简实际履行了事,同时还有利于促进有约必守的“老规矩”,合乎效率要求。但若存在债务人实际陷于重大错误,只是因动机错误的教条而不得援引的情形,此际可能予以宽宥会更符合效率,而在另一方面又应使非违约方利益从一定损害赔偿中得到平衡。这种安排与那些被认定为错误撤销的安排相比应该也更有效率,因为后者恰恰存在着普遍的道德风险弊窦——主张错误撤销的真正原因仅在于逃避一场己方不利的交易,这在除斥期间存在较大投机空间的现行法条件下应更为严重。上述违约方解除并承担违约赔偿之责的安排则刚好起到拔本塞源之效。此节正是违约方解除制度作为跨界气旋的生动演示:或许对于错误撤销来说,这个弊窦既非合目的性存在,也非不可规避,而只是该制度在传统上的理路盲区所致,在违约方解除的气旋作用之下一切将原形毕露,并获得革故鼎新的源动力——对于具体制度来说的确在此气旋笼罩下正在“变天”。再如普通可替代动产买卖的场景,即便判令实际履行,执行法官的百宝箱也捉襟见肘,既然如此,在容易替代交易或债权人长时段按兵不动等等场景干脆免去实际履行的义务,而及早转入清算,^[17]也不失为务实的效率显现。

鉴上可知,对实质效率的重视的确是合同法晚近一系列发展的共同出发点,效率违约作为

[17] 以请求法院引导“清算”的思路对待违约方解除,而非赋予违约方解除“权”,亦非直接支持守约方实际履行诉求,是效率的一个重要彰显。因为片面支持实际履行诉求可能促使“机会主义地诉请实际履行,提供了勒索的可能性”;直接赋予违约方解除“权”,则无法如法院介入时那样真正把握实际履行对守约方的价值,从而促进违约方违约所得在双方间更公平的分配。就前述两种弊端,see Melvin A. Eisenberg, “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law,” *California Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2005, pp. 1019, 1025.

英美法一项制度虽奉效率之名却并不能真正回应上述实质效率的制度吁求，^{〔18〕}违约方解除加入并扬弃效率违约之后，实质效率考量将如跨界气旋迅速成型并深刻地影响诸多关联制度的发展走向。

四、枢机：与履行不能的协同创新

违约方解除制度关注的最核心的问题大约包括，在哪些情况下无须实际履行，守约方减损义务应何时启动，如何兼顾守约方的救济等等。违约方解除与履行不能及减损义务的分与合即是本领域的核心问题，堪称“枢机”，而且这两项制度的扩张本身也呼应了实质效率违约的理念，故放在一处叙述于此，可以体现问题意识的整体观。

（一）违约方解除并不限于泛义履行不能的情形

一大误区是将违约方解除与履行不能拴定在一起，^{〔19〕}似乎唯有履行不能的情形方可适用违约方解除。其后果一是让金钱债务受到不恰当的排除，二是以泛化履行不能自我设限束缚了违约方解除的可适用范围。首先，有此拴定，相应地也就没法为金钱债务人之违约解除找到出口，不得不教条式地将之排除在此一制度管辖之外。然而现实中金钱债务人的制度诉求却无法停歇，在司法实践中甚至一股独大，以至于《九民纪要》第48条规范的原型就是此中的承租人违约解除，而《民法典合同编通则司法解释（2021年9月18日讨论稿）》第84条也是就此立论，但后者又在前述误区及教条式排除中被遗失了。恰恰是在金钱债务人能否适用违约方解除的问题上，暴露出即便是金钱债务也有实际履行（包括全额对价）和损害赔偿（仅指向差价）之别，所以就算不宜系于履行不能，也并非不可作实际履行之排除。其次，支持违约方解除诉求的情形很可能比泛化后的履行不能要更加宽泛。例如，《民法典》第580条第1款虽未规定“替代交易义务”，但在实践中，这仍然很可能成为支持违约方解除诉求的依据。其他如“履行费用过高”在履行不能中一般仅指债务人履行费用过分高于债权人自其履行中获取的利益，这当然是很高的门槛。在回应违约方解除的诉求时，法官考虑的可能不止于此，未来执行的成本费用也或会纳入其中，从而使履行费用过大幅度柔化以扩张解除的范围。

〔18〕 当然，效率违约在学说史上源自霍姆斯大法官（Oliver Wendell Holmes），又经波斯纳法官（Richard Allen Posner）等人推波助澜而在美国法中有更广泛的“群众基础”，在英国法上基础相对薄弱。但由于说到底，这只是英美法上较为倾向于损害赔偿的选择立场的一种“诠释”，所以即便是在美国法上也难免有诠释方案与现实的龃龉，在英国法上也会在某种程度上欣然从之。故而概称其为“英美法一项制度”应该大体上还是可行的。关于英国法院对效率违约的纠结，see Nina C Z Khouri, “Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis,” *Auckland University Law Review*, Vol. 9, No. 3, 2002, pp. 751-753. 以英联邦司法实践为背景对效率违约欣然从之者，参见杨良宜：《损害赔偿与救济》，法律出版社2013年版，第668—669页。

〔19〕 《民法典》第580条第2款这一法例推出之前，有关学者的建议条文也以实际履行排除为前提，均不自觉地堕入此一误区。参见石佳友、高郦梅：“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52页；刘承晔：“论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行”，《中国政法大学学报》2020年第3期，第46页。

在另外一大批案型之下,违约方解除还可能与履行不能完全不搭界,而非“大幅度柔化履行费用过高”以扩张范围而已。首先是违约方故意撕毁合同的案型,例如某甲卖给某乙一个动产,后严词拒绝履行,此时若可较为容易地采取替代交易,是否当即支持违约方解除或直接激活减损义务,实际上也就系于是否采取类似于效率违约的立场,排除实际履行的优越地位。即便是不易为替代交易的情形,也可能考虑到判令实际履行也大概率会因违约方拒绝而只好转向执行罚手段,莫不如提前将间接强制的罚款作为违约方解除“权”的对价判给守约方。当然,这里又在程序上存在不告不理的问题,亦即守约方只要求实际履行,却得到一个由执行罚嫁接而来的赔偿。此间一大正当理由其实也是实质性“效率”二字——既然违约方已毅然决然采违约方解除路径,非得判令实际履行、待执行无效果再转为执行罚,莫不如一步到位。

另一些与履行不能毫不搭界的案型是从合同错误等制度延伸而来的案型,例如某甲卖一套房给某乙,后某乙失业,从城市退返乡村,支付房款有实际困难。如此则仍如前述,虽因金钱债务不适用履行不能,但与履行不能仍有实际关联。但若将案情略加修改(如深圳学位房案^[20]),某乙虽仍有充分的支付能力,但因对学位房认识错误使其买房初衷完全落空,此时若不能及时解除退出交易,则只能获得一套完全背离原意的房产,待卖掉之后再谋新购,而在一日千里的房地产市场条件下,如此操作的确是强人所难,莫不如支持违约方解除诉求,赔偿卖方差价损失,然后各奔东西及时另谋出路。此间完全没有履行不能的身影,而只是借重宽宥差序格局由原来的错误合同撤销之全有或全无转向了一边解消一边酌定违约方解除“权”之对价。

(二) 泛义履行不能的情形也很需要违约方解除

本领域另一个疑问是关于履行不能语境里违约方解除是否必要的问题。有观点认为,之所以需要此一制度,就是因为我国法上就履行不能缺少像《德国民法典》第326条这样的规定——可因一方义务的履行不能直接推出对方义务不必再履行的效果。但相反观点认为,即便在条文中无此规定,如若的确需要有此效果,应该也可以从对待给付义务的牵连关系中推导出来。而且,考虑到相对方有时仍需要通过履行自己的给付以换取履行不能一方转付而来的代偿利益,如此看来,违约方解除仍似是不必要的,或者有时还因忽略了守约方维持合同的利益而是独断的。另有观点又主张,《民法典》第580条第2款主要适用于部分履行而又部分不能的情形,因为此时违约方有必要通过违约方解除从合同中解脱出来,而后才得请求相对方返还该已受领的给付部分,至于全部不能的情形则无此必要,“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”。^[21]

前面两种观点虽针锋相对,但也均失之偏颇。实际上,基于如下理由,违约方解除虽不能

[20] 参见周健等诉刘洁琼房屋买卖合同纠纷案,深圳市中级人民法院(2015)深中法房终字第802号民事判决书。

[21] 程坦:“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”,《中外法学》2021年第4期,第890页。另可参见谢德良:“《民法典》第580条第2款之证成——以部分不能为切入点”,《南大法学》2022年第2期,第126页。该处称,履行不能的合同僵局纯系伪命题,“相反,在债务人并非陷入全部不能,而仅仅陷入部分不能时,合同僵局则是客观存在的”。

以履行不能画地为牢,但在履行不能的语境里却大有必要:其一,如前所述,泛化之后的履行不能已远远超出了事实(或曰物理)不能、法律不能,实际上是一系列实际履行抗辩事由的汇集,譬如费用过高、未在合理时间内请求履行之类在实践中界限模糊,往往经历复杂的交涉都无法定夺,甚至在法官给出生效判决之前都还是未定之天,在激烈交锋的复杂回合中时常出现扯皮乃至双方违约,整个制度实践缺乏应有的效率。在这些情形之下,允许(或要求)试图从合同中解脱的抗辩(违约)方通过诉的方式以相应理由,不再被动地抗辩,而是主动地请求解除,的确有利于双方关系的清晰化。其二,即便是法律不能、事实不能,在实践中很多时候也需要履行不能一方不仅要及时通知对方,而且要及时表达合同终结的意思,这也是不可抗力规则之下有解除规则并存的原因所在。^[22]其中与违约方解除相关者尤其是及时表达合同终结的意思,否则相对方可能还会就一时不能抑或永久不能、可否有其他替代方案(包括各种代偿利益)而继续蹉跎下去,从而为未来就减损义务何时启动发生争议埋下伏笔。

至于守约方基于代偿利益等考量仍须维持合同一节,在违约方解除之下也还是可以兼容的,奥妙之处即在于,此一解除是法院最终的认定,而非由违约方一己之力定夺。其实,即便交由后者定夺,也仍有建构余地,例如为了给转承租人代偿租金保留主动而对出租人法定解除权效果加以限制即为适例。申言之,既然可以允许转承租人在出租人实际已解约的情况下仍可通过代偿租金而“复活”合同,则即便认可违约方直接解除,在守约方为主张代偿利益而要求“复活”合同时也应同样没有障碍。

最后一种观点将违约方解除系于部分不能应不可取,亦即如前所述,即便是全部不能的情形,违约方也经常有发动解除的制度需求。这首先是因为,在履行不能泛化之后,大部分所谓“全部不能”其实并不如事实不能、法律不能那么确切,在实践中违约方自身都往往难有十分把握,而有待法院的确认,发动解除以获确认显然是合目的性的制度设计。其次,若是承认传统法则中的减损义务对守约方要求过苛,而要赋予其更多的争取合同维持的自由空间,则违约方只有依靠发动解除才能有效地激活减损义务。

(三)违约方解除将反作用于履行不能并带来深远影响

违约方解除制度的纳入将从以下方面“改造”履行不能制度。

首先是理念上,实际履行请求权不直接宣告结束,仅生抗辩,须违约方诉请解除始有望裁判解消。^[23]履行不能制度在给付障碍法体系中的核心地位可能因违约方解除的纳入而“终于”瓦解,^[24]但是在更大的幅面上却又达成了体系的融贯。例如《德国债法现代化法》制定过程中曾设想抛弃履行不能的核心地位,但随着《德国民法典》新第 275 条第 2 款(费用过高一事不能)、第 3 款(道德不能等)的条文化,履行不能的地位不降反升,反而更加稳固。但泛化的

[22] 参见周江洪:“风险负担规则与合同解除”,《法学研究》2010 年第 1 期,第 74—88 页。

[23] 此处所强调的亦为本文多处主张——诉请法院介入以引导“清算”,故此“抗辩”亦不生直接消灭实际履行请求权的效力。

[24] 关于德国法上履行不能作为债法现代化法“打不死的小强”之顽强纪录, vgl. Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6 Aufl., 2003, S. 18 f.; Ernst, in: MünchKomm BGB (Fn. 16), Vor § 275 Rn. 15, § 275 Rn. 4.

履行不能自然已不是原经典意义的履行不能,所以一方面在泛化履行不能的内部存在许多问题不断提示着各品类之间的异质性,另一方面又会有既然泛化到此等品类何不再进一步泛化出去而就类似问题无不该览的质疑。例如就前一方面来说,一般认为《德国民法典》第275条第1款所涉不能之下应直接免除实际履行的义务,而不论债务人是否有此主张,在第275条第2、3款之下则仅生抗辩权,须由债务人自己主张。这已经存在了抵牾,而且就此又有争议,并且在第1款内部,当所涉仅是债务人自己的不能(而非对任何人来说均不能)情形,似乎又应与后两款就此点待遇相同。如此都提示了泛化之后最核心部分内部都凿枘难投。

履行不能制度本来就有一项不得被接受的“附加”功能,即可以给债务人便利,通过主动促成履行不能而结束迟延状态从而在很大程度上固定损害赔偿的范围。^[25]从另一面来看,既然债务人若是不管不顾乃至肆意妄为就基本上都能被免除实际履行的义务,那么在其还没那么“任性”的情形下,理性地维持着履行利益并将其配给自己择定的另一交易方,并且愿意给予非违约方赔偿,甚至达到或超越前述“任性”场景的赔偿力度也在所不惜,则我法政策为何就不能鼓励此种理性选择行为而非得要将其推向“任性”场景呢?此一论证结构与当然解释的理路应该也是相通的。

因而在其他维度对于“任性”场景的损害赔偿等维度究竟应该如何平衡,是一个值得彻底反思的问题。此前损害赔偿法的“教义”总是停留于所谓“填补”,一般采差额说,再以法规目的说之类救其偏弊。所追求的理想效果大约为有多少损失就赔偿多少,不能搞惩罚,但也必须完全填补。可是到了实践中,因为损害证明不易、律师费等费用常被忽略不计等等因素的影响,完全填补多成空话。而在责任方主观方面从过失直至故意都作无区别对待,在正当性上难以服人,在预防功能上效果大打折扣。通过违约方解除的引入,在损害赔偿法中另立一个新的内在体系“论题”,即在债权人可以证立的损失与债务人因如愿解除而获益(包括主观利益)之间,借助双方议价、法院依职权调整等方式分配损失与收益,从而使得此处的损害赔偿已不再是纯粹的填补性质,而是具有了一定程度上违约方解除“权”对价的意味。征诸实践,这种“超额”的损害赔偿对价对于违约方来说,的确经常是正中下怀的,或者至少也是求仁得仁又何怨。由于债务人因如愿解除而获得的利益往往难以窥知,尤其是主观利益更大多无迹可寻,所以在双方不能成功议价时还须参考其他基准以为裁量,例如债务人抢先将标的物让与第三人时再次回购置备的成本、或者判令实际履行时间间接强制可能涉及的执行罚数额、或者债务人将标的物让与给三人的收益。第三项涉及利润剥夺,在传统的效率违约制度之下可谓禁忌,申言之,若是将债务人违约的斩获取回给债权人,也就谈不上因违约赔偿小于违约斩获而“有效率”了。但是在违约方解除之下却有其实践价值。

其次是在问题阈的范围上,将许多原本被剔除在履行不能制度之外的领域重新捡回,并在更高的层面重为建构。例如替代交易抗辩在比较法上命运起伏起伏,虽在一系列法例中被给予抗辩权的位置,但是在德国法及我国现行法中无影无踪。在违约方解除之下,替代交易抗辩由于在很大程度上足可支撑减损义务的激活,故而即便不被列入履行不能制度的范畴,也会自

[25] Vgl. Ernst, in: MünchKomm BGB (Fn. 16), § 275 Rn. 56.

然嫁接实际履行抗辩的效果。另如金钱债务虽被剔除在履行不能制度之外,但是完整支付金钱债务数额并接受不想要的对待给付,抑或解除合同避免接受不需要的对待给付而只以金钱赔偿对方损失,毕竟有天壤之别,其实效不会因为均为金钱样态就可以混为一谈。传统体系认金钱债务即便是损害赔偿仍为金钱债务,须至支付不能的地步方得解脱,故而无履行不能的适用余地,其实是彻底没有认识到完整支付金钱债务数额的能力与只以金钱赔偿对方损失的能力应该是“两种能力”,既然在非金钱债务之下允许区分实际履行的能力和损害赔偿的能力,为什么一定要在前述金钱债务“两种能力”之间搞起“齐物论”来呢?忽视金钱债务人也可能失去全额履行债务的能力之客观事实,或者忽视金钱债务人也可能有提出全额履行抗辩的需要,肯定是不务实的,在违约方解除之下恰好可以暴露其偏见的症结所在,并与履行不能制度贯通起来,在体系上打破了金钱债务“不得履行不能”的教条,实现了更大范围的融贯。再如程序上执行罚及实际履行判决执行的司法成本也可能成为决定提前解消的参考。诸如此类都是对上文所涉“何不泛化出去无不该览”质疑的回应,意味着在制度疆域上虽很大程度上消解了履行不能的传统的比较僵化的拼图具象,但应和了“跨界气旋”的巨大作用力,在更大的跨疆域协同创新中实现了更高境界的融贯。

五、枢机:与减损义务的协同创新

(一)减损义务固有的不足决定了它不可替代违约方解除

此前多有论者认为违约方解除可被减损义务大幅度替代,主张以债权人的减损义务来发挥违约方解除所要起到的作用。笔者以前也持类似观点,但在仔细斟酌减损义务的先天不足之后不得不放弃这一幻想。该先天不足概括起来主要有二,其一是对守约方过苛,其二是很多情形下应否激活减损义务不确切,以至于使守约方堕入两难境地——过早寻求替代交易以减损,考虑到前述过苛的现实待遇,替代交易未必真能完全替代(且就算能完全填补至少在理论上也可以如下文所述被继续毁约),相关成本和损失也未必真能被足够有力地证明而获完全填补,于是最终不过是为违约方减轻损失,而并不能减轻己方损失;可是不及早从交易中抽身并同时减损,又可能使自身陷于违约。

归结起来其问题的症结还是,在总体上传统的减损义务规则对违约方过分友好,对守约方则过苛,这尤其体现在“激活”减损义务的时机确定上。例如在德国法上,似乎只要违约方已严肃地、最终地表达了拒绝履行的意思,预计因价格急剧变化会损失扩大的守约方就要开始减损。^[26]在英美法上,由于效率违约理念的存在,在合同履行期届至以后,违约方不履行即启动守约方减损义务;而仅在先期违约的场合,一定程度上支持守约方争取对方履行的努力。但

[26] 旧的判例曾否定,但至迟在1997年判例中采肯定态度,vgl. BGH NJW 1997, 1231; RGZ 83, 171. 否定性学说,vgl. Ulrich Huber, Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210 (2010), S. 318 ff. 另一德国教授对中国学者询问的口头回复更能生动凸显此间蕴藏的思路纠结,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72页。

即便在最后这种先期违约的英美法场合,仍有许多不明之处,守约方的争取行为也可能给自己带来违约责任。更何况,就算是履行期届满,在具体案情之下,守约方仍很可能有争取对方履行的需求及正当性。减损义务与替代交易义务结合在一起,无论是采所谓直接抑或间接限制路径,对守约方都失之过苛。这一点可以一个简单的思想实验予以证明:在一个价格上扬且可以获得替代交易的市场环境里,在违约方(卖方)表明最终且确定的不履行意思之后逼迫守约方立即以替代交易方式减损,守约方将有可能不停地面对一个接一个违约方,直至以高价购得替代标的,而后在手头攥着一大把法律开给的“空头支票”——一个个违约方都得赔偿其损失,但由于各种举证方面的障碍以及有关可赔范围明里暗里的限制(只要想想律师费可赔否即可),这些空头支票不仅完全无法将其状况回复到获得实际履行的状况,反而反向激励违约方钻空子投机。

鉴于可知,减损义务并不能替代违约方解除,而且若是有意识地强行以减损义务“兼并”违约方解除的功能,还会在既有制度的基础上更进一步威压守约方,这在法政策上不可取。相反,若是在减损义务之外另立违约方解除,将为前者的合理化及优化带来契机。

(二)违约方解除的加入将反作用于减损义务

违约方解除在此节的功用在于:即便是采英美法系效率违约的立场,在不动产交易等仍支持实际履行请求的案型之下固然需要违约方解除制度的补漏;在其他交易类型虽于债务人最终且确定地拒绝履行时转向损害赔偿及减损义务激活,但在认定最终且确定的拒绝时即有模糊空间,也便有了违约方解除顶上去加以明确的作用余地;尤其是,在其他交易类型,效率违约的立场对债权人过于严苛,更须违约方解除制度予以纠偏。至于在大陆法系的语境里,违约方解除在此节的功用更是双向的辩证的存在:一方面因以实际履行为原则,故一般性需要违约方解除来激活减损义务;另一方面,又因减损义务原则同样也有对债权人过苛的问题,故应仰赖违约方解除制度的纠偏。

违约方解除制度的加入,可以进一步对减损义务的赋予情形作更精到的类型化,而在原本双方利益格局不够清晰、对守约方过苛的情形,提高启动减损义务的门槛,例如要违约方先支付或提存赔偿金才确定地在相应范围内赋予守约方减损义务。落实到合同解释或合同默示条款的建构方案中,这一做法与“基于对价的意定解除权”也是相通的。此环节与损害赔偿预定及违约金松绑也联系起来。诸如此类,均在更大的幅面上凸显出“跨界气旋”的作用力。

除了激活减损义务的时机这一“牛鼻子”问题之外,违约方解除对于减损义务的合理范围也将有大的影响。在这一领域减损义务特别是指套期保值交易(Deckungsgeschäft)以及与之类似的其他替代交易。在合同交易中,进行套期保值交易是一项特别重要的降低损失的义务。德国联邦最高法院在商人和商品特定市场依赖性较高的情况下接受了该种义务,即在预期价格下跌时卖方应为保值交易,在预期价格上涨时买方应为保值交易。^[27]有些保值交易还可能就是对方提供的,例如地块销售因买方的融资困难而失败,卖方必须利用以明显方式提供给

[27] Vgl. Gottfried Schieman, in: Staudinger BGB, Bd. 2, 13. Aufl., 2005, § 254 Rn. 94.

他的另一种销售模式,而不能简单地等待买方是否能够履行合同。^[28]在受害人已基于合同先为给付时,是否还须另行组织自有资金乃至贷款实施减损交易是一个更为复杂的问题。借鉴德国法的经验,首先可以肯定,若一般理性人在受害人的位置上会贷款,则贷款费用是可以报销的减损成本。^[29]但如果受害人有自有资金且能够在不对正常生活方式造成特别限制的情况下,从该资金中垫付费用,则其应如此行事而不应采贷款方式。当然,正常的生活方式包括应对紧急情况的流动性储备,故即便存在自有资金,其中属于这类储备的也无需被用以减损。如果贷款申请对受害人造成困难,或者他有可能无法承担贷款的分期付款,他也不需要贷款。在其反面一般认为,只有在极少数情况下才会确认贷款的责任,例如非如此则受害人将错失一个特别优惠的股票投资机会,或者如果一家企业将停止经营。这种情形应该是考虑了受害人声称的损失原本就在某种程度上具有投机收益的色彩,那样会纵容他要求以赔偿方式获得投机收益,而根本没有承担投机风险,故此赋予贷款责任。^[30]但是在相对方没有退回受害人给付时,在违约方解除的语境里,受害人利用自有资金或贷款减损的责任应进一步大幅调低才对。或许还可以通过将应减而未减损害在双方间分摊的方式避免全有全无的过于刚性。这种分配应该还可以与受害人提醒义务(《德国民法典》第254条第2款第1句前段)联系起来。例如德国法实践主张,若受害人无须使用自有资金,也无须申请贷款,则加害人必须赔偿扩大损害,但通常情况下,受害人必须根据前引规定提醒加害人这一风险。^[31]这种提醒义务与前述违约方解除之下笔者建议的违约方预付或提存义务也可以嫁接起来。

(三)减损义务与履行不能关系专论

有观点认为,债权人的减损义务仅在债权人不能请求实际履行的情形之下才能发生。这样自然为违约方解除制度赢得了更大的存在空间。因为在很多仍可请求实际履行的情形,债务人也有解除合同并固定赔偿范围之正当要求的余地。特别是在金钱债务的情形下,本来就没有履行不能的考虑余地,更能凸显违约方解除制度的正当性。但是前述以不能请求实际履行为要件的观点究竟与减损义务制度的现状是否相符,是有疑问的。而且即便在现实当中,若是减损义务的确有此要件,也可以为了实现违约方解除制度所要达致的制度效果而放松这一要件的要求。

就此组关系,首先是在经典意义的履行不能的情形下,债权人一旦获悉即应积极减损,这应该是没有疑问的。但是在泛化的履行不能情形下,是否不可请求履行往往有商榷余地,此时强求债权人当即减损可能不切实际,而应给予一定的缓冲。但这主要是就替代交易一类减损措施而言的。其他减损措施若是在相应个案情形下为合理的要求,则也不排除债权人有权率先就该等措施采取行动。例如就对方履行费用过高的幅度究竟有无达到履行不能所要求的标准虽有疑问,但是债权人也可能至少就自己的履行或履行准备多留个心眼,否则在对方已作

[28] BGH NJW 1997, 1231.

[29] Vgl. Schiemann, in: Staudinger BGB (Fn. 26), § 251 Rn. 128.

[30] Vgl. Schiemann, in: Staudinger BGB (Fn. 26), § 254 Rn. 91-92.

[31] Vgl. Schiemann, in: Staudinger BGB (Fn. 26), § 254 Rn. 91.

警示及不履行表示时,仍一意孤行继续以高代价组织资金、人力乃至下游企业的订单,最后各种扩张费用及违约赔偿都可能自负其责。

在履行拒绝的情形,只要债务人最终地、确定地拒绝履行,则无论履行期是否届至或届满,债权人均可不必再催告或给予宽限期即可解除,这是没有疑问的。但是在消极面,债权人是否有义务当即以替代交易之类的方式减损,却争议颇多。在英美法系承认效率违约的场景里,在履行期届满后履行拒绝的情形下,因大部分合同债权人原本就不能再坚持实际履行的请求,故减损势在必行,剩下的问题只是,在履行拒绝似乎还没有那么足够确定时应在多大程度上支持债权人为了挽救交易所作的拖延。当然,在晚近日益扩张的可请求实际履行的合同之下,问题仍如大陆法系一般复杂,而且一旦将时间的纵轴往前延伸,在先期违约的履行拒绝情形,问题也如大陆法系一般复杂。在后两种情形下,一者可以坚持实际履行之请求,一者可以等待履行期到来以争取交易起死回生,看上去似与替代交易之类的减损措施无缘。但是即便是在可以请求实际履行或先期违约的场景,债权人消极等待仍须经受住诚实信用原则的检验,否则仍有未善尽减损义务的后果。所以就算是承租人退租这种情形,租金债务作为金钱债务虽本无履行不能的发生余地,但是在比较法上一般会程度不同地要求债权人减损。例如我国法上《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条等“土方子”,以及德国法虽在条文里未明确赋予减损义务,但是在法教义学上仍认为依诚实信用原则应施加减损义务于债权人。比较起来,我国相应土方子给予债权人“一般三至六个月”缓冲期的做法相对于一般减损义务还要更严苛。也许习惯上交一押二的做法给此等规则提供了启示——这些预付金额及押金额度就是出租人的缓冲凭借,而且在实践中很可能绝大多数出租人也满足于这个缓冲凭借而不再进一步要求赔偿其他损失。但是毕竟双方当事人并没有将之约定为承租人解除权的对价,在合同解释上也无法理解为出租人只能满足于此。正确的理解还应如上文所云,这是一种损害赔偿的预付或提存,其效用在于即时激活出租人的减损义务。

故此减损义务的激活并不需要以履行不能为前提,但是在履行不能经典情形下的确可以激活减损义务,在履行不能扩展情形下,则可能根据个案情况给债权人保留一些争取交易起死回生的缓冲空间。在没有构成履行不能的情形也并非就不会激活减损义务,这在英美法系尤其是指那些依效率违约只能请求损害赔偿不得请求实际履行的情形,在大陆法系则指向那些虽仍可以请求实际履行但依诚实信用原则已激活减损义务的情形。在要求以替代交易方式减损的情形,应该也已赋予债权人解除权,否则将可能置其于双份对待给付的不利境地。但是减损义务的履行似乎也不必以行使该解除权为前提,只是未行使解除权即实施减损措施的债权人可能要面对双向的不利:一是仍可能要面对债务人改变此前立场转而要求履行的场景,因未解除合同,若非特殊的定期行为,拒绝受领履行可能反而使自身陷于受领迟延以及就已方给付义务的违约;二是在事后主张减损费用时因未先解除合同难以清晰地将之系于减损措施之下。当然就前述第二点的反面来说,又可能隐藏着债权人的某种主动权。亦即一面实施替代交易,一面留一手继续观察究竟是将之作为替代以减损的措施划算,还是将之作为平行交易而继续请求履行原定给付划算。

鉴上可知,履行不能及减损义务的扩张以及利润剥夺的坚拒都意味着实质效率违约理念

的胜出,但是在既有制度中畸轻畸重,未能完全合乎目的性考量,违约方解除的加入则将之深层触动,予以改良。

六、框架辩正:与守约方法法定解除权等之整合

(一)与守约方法法定解除权异同专论

一大误区是想当然地认为,既然是违约方解除,其门槛自然就应该比守约方解除权更高,要件设置自然要更加严格些。而且看上去这是一个打破守约方才得解除戒条的“危险物”,既如此,自是以五花大绑极力约束为佳。所以如《九民纪要》第48条要求的长期性合同、合同僵局、违约方不存在恶意违约、违约方继续履行合同对其显失公平、守约方拒绝解除合同违反诚实信用原则,《民法典》第580条第2款要求的仅限于泛义之履行不能情形且已“致使不能实现合同目的”,均出自于这一误区。前述“理念”看上去煞是合情合理,一走向实践,五花大绑的规则与现实中的规范需求即格格不入。根据本文参酌实践经验营构的宽宥差序格局,违约方解除将在解除上放低门槛,而在其他救济配置上又将成差序地提高水位。故就其要件设置很可能不应执着,有时或许的确更严,更多时却不妨从简。

上述误区的另一面是依葫芦画瓢地从守约方法法定解除权“剥出”违约方解除“权”来。由这个误区顺流而下,许多观点师法法定解除权通知解除的潮流,^[32]也建议就违约方解除采通知解除,从而实现与前者类似的简明快捷效果。解除的时点也与之类似地锁定于解除通知或诉状送达时。但在事物的本质上,二者难有可比性,守约方之法定解除权是在“理直气壮”地行权,违约方解除则只是附差序条件的“被宽恕”而已,^[33]其规定岂能从前者“剥出”!

[32] 参见孙良国:“违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计”,见前注[11],第50页;孙良国:“违约方合同解除制度的功能定位及其意义”,《吉林大学社会科学学报》2021年第3期,第84页,并且主张在接受现行法司法解除的格局之下,解除的效力应发生于违约方通知解除与起诉通知书到达守约方这两个时点之间。另有观点虽主张只能申请司法解除,不能通知解除,但是认为解除的效力应溯及于解除通知到达相对人之时,参见徐博翰,见前注[26],第82页。颇有趣味的是,后一种观点持有者在解除时点的选取上比前一种观点持有者更像是在支持违约方拥有“解除权”。这也似乎在某种程度上印证了支持违约方“解除权说”的预估——“承认违约方有解除权与不承认之,仅仅承认主审法院及仲裁庭裁判解除,在结果上是一致的”,而且与撤销权制度之下一面承认当事人有撤销权一面又要求必须诉请法院撤销一般无二,参见崔建远:“关于合同僵局的破解之道”,《东方法学》2020年第4期,第116页。由此可知,前述支持司法解除的观点仍不脱法定解除权“剥除路径”,因为至少在逻辑上,裁判者经诉请而“司法解除”应属形成判决,其解除生效于判决生效之时,当事人依其解除权诉至法院主张解除,裁判者只是做出确认判决而已,其解除生效时间溯及于当事人自己通知解除之时或起诉通知书到达之时(指无当事人自己此前通知的情形),参见张海燕:“合同解除之诉的解释论展开”,《环球法律评论》2022年第5期,第92—94页。当然,在违约方解除的差序格局之下,也不能完全循上述“逻辑”脉络得出无差别系于裁判生效时点的结论。

[33] 从履行不能及减损义务与可归责性的关系问题也可以看出任由违约方通知解除在制度安排上是不安全的,vgl. Ernst, in: MünchKomm BGB (Fn. 16), § 275 Rn. 52, 56. 关于继续性合同同重大事由解除权与可归责性之关系,vgl. Helms, in: MünchKomm BGB (Fn. 14), § 314 Rn. 23. 关于合同错误,see Bruce MacDougall, *Mistake in Contracting*, Toronto: LexisNexis, 2018, pp. 369-373, 377-378.

以上两个方面的误区看上去大相径庭,但其实恰好为一体两面。其思路的本质都是自觉或不自觉地映射着非违约方法法定解除权来建构违约方解除制度,从而忽略了后者有其自身的制度逻辑。这种思路实际上还是此前法学建构中习以为常的陷阱,许多与违约方解除原本就有一定亲缘关系的制度如委托人等之任意解除权、继续性合同重大事由终止权等等,就都有从守约方解除权剥出来的嫌疑。^[34] 这些制度各自在体系融贯性上呈现出一定程度上的畸形,如今当然也可以在宽宥差序格局的理念下作彻底从新的建构,但这样一来却又像强行打断本已接上(虽然接得不甚好故而略有畸形)的断骨,再与新移植进来的榫头重为接续,一揽子地实现体系的完备和融贯。这种思路看上去很美,却未必可行。首先是因为,法律及法教义学体系上的发现常有,发展常有,若是每一次前进一步都要先回过头去把自己伤筋动骨打断重接,工作量之大、任务之繁琐可想而知。尤其值得注意的是,由于规范设计是实践理性的范畴,故而存在一种可能,即在某个制度设计之初其融贯性可能欠缺较大,畸形程度可能比较严重,但在“僭越”为实证法之后,由于与人们的规范认知神剑合一,慢慢地可能也就没有当初那么畸形了,此时若是强行打断反而多事。所以在真实的活法场景里,往往是带着原有的不足先往前发展,又在发展中不住微调,也许前进一步时过于执着体系融贯的纯粹将不得不打断重接,前进十步百步仍不忘体系融贯并因此不停地在体系论上辗转反侧伸筋拔骨,后来居然可能就真地对上了,融贯了。这也是法教义学务实的柔软身段优势所在。具体而言,在委托人等之任意解除权及继续性合同重大事由终止权已经“实证化”而深入人心之后,莫不如先承认其“剥”自非违约方解除权的现实,然后切换到目前所建议的。既然以差序格局来把握问题,从守约方解除权以及错误撤销、情势变更解除等等到违约方解除,在具体个案之下可能存在衔接关系,最终经由这些衔接案型过渡到全新的不再“剥”自非违约方解除等制度的违约方解除。至于上述衔接案型则仍可能依惯性采既有实证法规范的进路,但又仍处在违约方解除制度的射程之内,从而彰显出违约方解除的丰富层次性来。后面这两大因素也都将影响到违约方解除的制度建构,如此也便意味着,前述直接由法定解除权剥出的做法固不足取,但是在某些案型之下却也可能与之相近,故也不可一棍子打死。此节对有关误区的批判大多如此,均是在批判中重建,而非批倒完事。

(二)宽宥差序及其指标和根据

无论是从非违约方法法定解除权“剥出”,还是将之系于似是而非的合同僵局,都是以划板块的思维幻想着将违约方解除安顿在“最后一张拼图”上,如上文一开始所说的,都无法正确定位违约方解除的体系地位。更可靠的做法还是观照宽宥差序格局,界定违约方解除与相关制度的关系,从而在体系中窥得全豹;这一后加入者既是新的疆域,也是一个巨大的气旋。而凸显这一动一静双重体系角色的辩证统一,也正是本文的任务所在。

违约方解除之下那么复杂的差序指标是守约方法法定解除权所不具备的。后者所求只是让守约方有机会主动从一个多可归责于对方的已败坏的合同关系中解脱出来,以避免替代交易

^[34] 德国学说总结继续性合同的经济特质如有限理性等等问题,作为自法定解除权剥出来的法理依据,可为参考。Vgl. Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 38-47.

时双份给付之类的种种不利,只要一般性地认同解约也不影响追究违约责任就算万事大吉。至于其他相关救济各有依托,与解约反无直接关系,自可河水不犯井水。违约方解除则完全不同,法院在斟酌是否解约、何时算作已解约等问题时,不可避免地要与减损义务激活、损害赔偿等救济措施冶于一炉,折衷权衡,方可在差序格局中妥当处理待决个案。由于宽宥差序格局的整体建构并非本文的任务,故就此只需交代:这个宽宥差序既存在于违约方解除制度的内部,也存在于违约方解除与相关制度之间,并且在此内外之间又是同质的。所谓差序在效果上的指标直观体现为实际履行的排除时点、减损义务的激活时点、损害赔偿等其他救济的力度配置等等。而在要件或要素方面决定相关效果配置时,又尤应考虑是否构成法律不能或事实不能、费用过高的幅度、标的不适于实际履行的具体情形、实际履行的执行罚之力度、实际履行的执行成本、未及时请求实际履行的时间差、合理替代交易的获得难度、违约方主观方面、合同是否已履行完毕、有无公共利益或共有利益或第三人利益影响、当事人间有关宽宥的可推知的意思等因素。如此等等,均为前述内外宽宥差序之间“同质”的最重要体现。

关于宽宥的根据,上文所谓理念辩正自然意指在理念上实质意义的效率是宽宥的一项根据。不过,这一效率已经呈现为一个多面体,有时是指节约了当事人的成本,有时是指节约了司法成本,有时是指以当事人立场为自我利益的最佳判断。并且这些所谓“效率”又像一个多棱镜一样,虽然都彰显了效率,但是在法的价值体系中其实又不只是彰显效率一种价值,而是与其他价值考量伴生一处。例如在英国法实际履行指向藐视法庭罪的压力之下,干脆不判实际履行,而径直走向损害赔偿,节约了被告方的成本,也节约了司法避免民意反弹(交易争端被出人意料地演化为犯罪)的成本,都是效率价值的彰显。而如果在损害赔偿方面加大力度,尤其是涉及被告悍然毁约的情形,剥夺利润乃至于惩罚性赔偿,在尊重违约方“以当事人立场为自我利益的最佳判断”的效率利益的同时,也借着正中下怀、求仁得仁又何怨的论证兼顾了对守约方的公平,从而也彰显出上文第二部分所云“引法院介入以清算”的优势来。

参考合同拘束力理论,可以为宽宥寻得合同内及合同外的构造根据。合同内的根据可以通过合同解释、合同漏洞填补、法律行为基础等论证求得渊源,合同外的根据则可以通过诚实信用、风险分配等论证求得。宽宥差序与有约必守的原型一道构成了完整的合同拘束力系统。以前有关学说及制度主要关注有约必守这一条“阳鱼”,宽宥只是像暗物质一样偶尔闪现,但更多地隐匿于无形,在晚近制度发展中也时常通过一个个加插件的形式嵌入到体系之中。在违约方解除的气旋作用之下,所有那些已加的插件和仍以暗物质存在的“未来或加插件”都一起呈现出了“阴鱼”的轮廓。特别需要指出的是,这一阴鱼的呈现不是要瓦解阳鱼的既有地位,而是与之互竞互济,实现更有力也更合理的合同拘束力系统。

(三)气旋作用下新旧制度版块间复杂关系鸟瞰

至此又须先揭示违约方解除与其他相关制度在体系论上多元、多维而复杂的关系,然后才能有效把握上述内外差序中的同质性。在版块和气旋的意象之间,首先自然可以理解,上文中已经涉及的各项制度既然在体系中各有其独特的地位,也就各自成其为一个版块。其中如合同错误、情势变更、委托人等之任意解除权、继续性合同重大事由终止权乃至守约方法定解除权以及其他在本文之中还未及涉入但又应归入宽宥差序格局的制度等等版块,均与违约方

解除可以直观地呈现为“并列”关系,因其要件、效果的规格各个不同而具差序性。气旋作用则至少体现为两个方向:其一是因违约方解除的加入而与诸版块建立起差序上的继起关联,某些原本不符合各经典意义版块规格的案型,在违约方解除的观照之下也将得到务实的、有限度的宽宥。其二是诸版块自身因此气旋作用而暴露此前的深层“隐疾”,从而提示更深刻的优化、创新契机。此种一外化、一内省两个方向的气旋作用又会大幅提升前述“差序性”的丰度。

其他版块如所谓合同僵局、效率违约、实际履行抗辩、减损义务激活乃至于本文无法在有限篇幅内充分展开的泛损害赔偿制度,虽除合同僵局依本文浅见应受取缔之外,也各有其独立的版块地位,但这些版块与违约方解除的关系维度、层面均更为复杂多元。直观观察时,它们都绝不可能与违约方解除呈现为“并列”关系;深入考究起来,它们与违约方解除的作用模式可谓五花八门。

其中第一个版块合同僵局原本是要给违约方解除提供一个“本座”,若能成功,则后者也像上述“并列”型传统版块那样拥有了自己的本座。但如上文所见,合同僵局难当此任,故而违约方解除迄今无法如该等传统版块获得自己的“割据化”的本座,但这也并没有导致违约方解除“毛将焉附”的尴尬,反而以宽宥差序格局为自己寻得某种意义的本座,并且还一定程度上瓦解了前述传统型版块的各自本座,在这个宽宥差序的本座上共同重构出一个格局来。

第二个版块效率违约的省思原本所涉是务虚层面的理念,但其落脚处又是具体的案型处理。于是在理念上,违约方解除与效率违约有同有异。自同处来说,违约方解除制度之所以“不为已甚”,遵循“强扭的瓜不甜”的常识允许解消诉求,就是在法政策上认定了,当事人对自己选择的对错利弊是较佳的判断者,故而给予某种不一样的“私法自治”待遇,其中考量虽不能以“效率”一言以蔽之,但是“改头换面”的效率仍不失为最强音。自其异者而观之,前述效率既是“改头换面”的效率,则效率违约制度下以违约方可从违约赔偿和新交易对价间获益为“效率”的片面之见将被扬弃,买卖房屋、股权者及已部分履行者等易于执行的情形即倾向于实际履行以支持有约必守堪为效率;^[35]即便是前述易于执行者也可因债务人有较大错误认知(但不足以构成错误撤销)等仍许其有负担地解消亦堪为效率;^[36]效率违约下以利润剥夺、惩罚性赔偿为禁忌的谨小慎微做法也可弃之不顾,在很多案型之下让违约方付出超额赔偿作为“解除权之对价”恰恰是更公平也更有效率的。

至于最后三项版块则既是宽宥差序格局的差序性指标,也是违约方解除在效果层面的枢机,在复杂多向的气旋作用之下,三项旧版块和新加入的违约方解除这一新版块,都将相互深深地嵌入在差序格局之中。尤其需要留意的是,本文所建议的是另立违约方解除而优化减损义务,而非某些观点所主张的优化减损义务自然也就不必另起违约方解除的炉灶了。上文所

[35] 而非如改良后的效率违约制度那样称“买卖房屋因其标的个性化难以损害赔偿填补故取径实际履行”。实际上任何特定物尤其是其中不可替代物交易均有此种个性化难题,买卖房屋或股权等之所以在“效率违约”之外另辟蹊径,不过是因为如“跑得了和尚跑不了庙”这一俗语所揭示的那样,关键在执行成本低廉而已,至于前述所称则难免穿凿、伪善之讥。

[36] 例如前引深圳学位房案,允许解消,则买方可及时脱身另寻符合其要求的“学位房”,卖方在接受赔偿后另寻买家。各取所需,分则双美。

涉以违约方请求解除、支付或提存赔偿金、类解除权对价、退回守约方给付等等提高减损义务激活的门槛,均印证了本文前述建议思路。在形式逻辑上,的确如前述观点所云,因减损义务固有不足而需违约方解除,则直接补其不足,也便用不着违约方解除了。只是在个见之下,违约方解除恰好成了减损义务优化时加入的一个“开关”,这也是所谓气旋作用的一端,如此则不是优化一个旧的自然拒掉一个新的,而是加入一个新的借此同时也优化了旧的——还得为违约方解除保留一席之地才行。

(四)观照宽宥差序与相关制度的整合综说

在上文宕开一笔揭示体系论上多元、多维而复杂的关系之后,接下来再回到以制度整合呈现同质化的内外宽宥差序上来。例如经由违约方解除的气旋作用,原本无负担撤销的合同错误法则也可能往撤销后赔偿信赖利益损失、或者乃至于赔偿履行利益损失延伸,从而与违约方解除暗通款曲,形成差序格局。上文所论学位房买卖案即为适例。再如情势变更之下若依“经济不能”的渊源立论自然规格高、要求严,很多时候也便无法满足其要件。但是在某些情形下,虽不至“企业毁灭”之类严重性,却也的确情有可原,尤其是债务人去意已决时,或许让其承担赔偿责任脱身离去更为妥当。当然此间又有必要先提醒债务人是否真的毅然决然要走违约方解除的救济进路,抑或只是陷身在“有权”按情势变更救济的错觉之中。^[37] 特别值得注意的是,在情势变更之下该种气旋作用不仅可以提示新旧制度之间的差序关联,而且还会有效暴露旧的情势变更制度中原本潜藏的系统性不足或盲点。在合同错误法则之下至少还有德国法例配置了信赖利益赔偿,而在情势变更之下相关损失的转移或分担常常似被遗忘了,这或许与在参照系上情势变更和不可抗力就“情势”而言具有可比性有关。但是在另外某个维度的参照系里,情势变更实与合同错误分处于时间纵轴的两侧——对缔约前情势的错误认知系于错误法则,对缔约后情势发展的错误认知系于情势变更。故而在德国法可将部分合同错误的内容与情势变更一体涵盖到法律行为基础丧失法则之下。凡此种种,都提示了情势变更之下的其他救济配置仅参照不可抗力一刀割除,是远远不够的,而应同样存在错误法则之下的问题,这一点经由违约方解除气旋的冲击作用,又将作为一个更宏大的主题加以凸显。至于继续性合同重大事由终止权,可能在尚未足够重大的事由之下,也会因违约方解除的气旋作用找到宽宥的必要性;委托人等之任意解除权则因上述气旋作用,在相对方被赔范围方面将会获得更大更务实的弹性。易言之,这些制度原本各有渊源,且大致参酌守约方法定解除权分头构建,参酌方向与其渊源可能凿枘不投,在违约方解除的冲击下将返璞归真,通过宽宥差序格局的支撑,实现更大的效用。

总而言之,违约方解除这一制度作为民法上的重大“发现”,虽然也涉及新的疆域,但在总

[37] 在北京市第一中级人民法院一则精选案例中,承租土地上被环保部门要求调整规划,划出一块另派环保用途,承租人以为可基于情势变更要求解除却被否定,该案直接适用违约方解除并判令赔偿结案,即不甚妥当。参见“北京市第一中级人民法院发布民法典贯彻实施十大典型案例之四:某旅游开发公司与某村民委员会合同纠纷案——合同僵局案”,载北大法宝网, <https://www.pkulaw.com/pal/a3ecfd5d734f711d6308eec5e3131b85d1e7072663629624bdfb.html>,最后访问日期:2024年10月23日。

体图景上却又更像一个巨大的跨界气旋,笼罩在众多制度拼图之上,无远弗届,无孔不入,深深地影响着宏大领域的制度走向。它在法教义学体系中的定位应既是新疆域,也是跨界气旋,认清这一点,是成功建构违约方解除制度的必需,也是该制度与其他众多关联制度乃至法教义学体系论本身协同创新的重要契机。本文的任务只是在理念及框架层面凸显此点,并尝试对违约方解除制度作粗迹性的定位,未来对违约方解除制度更完备的体系建构,还须先带着宽宥差序格局——考察该等关联制度,并在务虚层面联通新旧疆域(静)和气旋(动)深入省察法教义学内在体系思维,这也将是未来继续着力的方向。

Abstract: The termination by the breaching party constitutes not only a new frontier of legal systems but also a cross-boundary vortex, exerting profound influence on numerous legal regimes. In terms of the “premise”, it is necessary to abandon contract deadlock that lacks a genuinely unique core; in terms of “concepts”, it calls for a thorough reform and absorption of efficient breach theory; regarding the “key mechanism”, the focus should be on the relationship between termination by the breaching party, impossibility of performance, and duty of mitigation; and as for the “framework”, the essential distinction between termination by the breaching party and the statutory termination right of the non-breaching party must be clarified, and a hierarchical tolerance system should be constructed in conjunction with other related institutions. Consequently, the previously narrow views on efficiency shall be abandoned, but the vortex effect of the more substantive efficiency can still be pursued. At the same time, the intrusion of termination by the breaching party provides a profound opportunity for reflection on issues such as the generalization of impossibility of performance, the spiral escalation between impossibility of performance and specific performance defense, and the excessive demands on creditors under the traditional duty of mitigation. Structurally, the termination by the breaching party should refuse to “extract” constitutive elements such as the way of exercising and the time of effect from the statutory termination right of the non-breaching party through path dependence, and reject to unilaterally elevate its threshold in a “*argumentum a minore ad maius*” manner by using the latter as a benchmark. However, due to the adoption of a hierarchical structure, in certain types of cases, the termination by the breaching party “resembles” the statutory termination right in certain prescriptive aspects, and links to many other regimes. Such multifaceted approach expands a new frontier.

Key Words: Termination by the Breaching Party; Efficient Breach; Impossibility of Performance; Duty of Mitigation; Jurisprudential Positivism

(责任编辑:贺 剑)