

【合同法】

违约方合同解除的理论争议、 司法实践与路径设计

孙良国

【摘要】违约方应否享有合同解除权是我国民法典合同编编纂中的核心争议问题。从表面看,主流合同法专家在此问题上存在根本分歧,但细究之下共识是基础,即违约方不应享有一般意义上的合同解除权,但在特定情形下可以解除合同。我国司法界也对违约方合同解除争议问题进行了较丰富的实务探索,而且在系统梳理后能够发现其中的诸多共同规律。但在采取何种路径实现上述共识这一难点上存在不同认识,如保持现状灵活利用减损规则、赋予司法解除方式、赋予违约方解除权等。在对构成要件进行严格界定的基础上,司法解除与违约方合同解除权在合同解除结果上并无实质区别,但综合考量之下,后者更有优势,如高效、方便、快捷,同时能够避免道德性质疑并防止投机行为。这一规则的正当性基础是效率,且并不违反诚实信用或者公平等道德原则。

【关键词】违约方;合同解除权;司法解除;效率;道德

【作者简介】孙良国,吉林大学法学院、吉林大学司法数据应用研究中心。

【原文出处】《法学》(沪),2019.7.38~53

【基金项目】本文为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《大数据时代下的司法理论与实践研究》(16JJD820004)子课题《大数据运用与司法裁判方法研究》的研究成果。

一、问题的缘起与研究意义

2018年9月5日“中国人大网”公布的经第十三届全国人大常委会第五次会议审议的《民法典合同编(草案)》第353条第3款(以下简称“该款”)规定:“合同不能履行致使不能实现合同目的,解除权人不解除合同对对方明显不公平的,对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同,但是不影响其承担违约责任。”学术界对该款争论较为激烈,诚如石佳友教授所言:“一审稿赋予违约方以解除合同的申请权,而这在征求意见阶段曾引起轩然大波。”^①因此,如何对该款展开较为全面的分析和评价就成为我国民法典合同编编纂必须直面

的问题。

2018年10月16日在中国法学会举办的《民法典合同编(草案)》专家研讨会上,据全国人大常委会法工委民法室副处长李恩正介绍,该款是我国合同法上具有创新性的制度设计,立法机关对该款并无充分把握,需要学术界认真对待和研究。^②然而,该款意欲解决什么问题?既有的规定能否解决其意欲解决的问题?在解决该问题的过程中,是否会额外产生诸多难题?只有经过对上述问题的详细考量,才能够对该款进行更为充分的科学评价,进而提出该款的解决方案以及未来应对的可能预案。实质上目前亟待解决的是,在特

殊情况下违约方能否以及如何摆脱合同约束的问题,其大致包括以下两个方面的意义。

一是在理论层面应如何解释违约方享有合同解除权。其关键在于违约方合同解除权与民法基本原则可能产生的紧张关系。根据传统解释,除法律另有规定外,违约方在任何情形下都不应当被赋予解除权。根据王利明教授的理解,不能赋予违约方合同解除权的理由主要有以下几点。其一,在一方违约的情形下,通过赋予守约方解除合同并主张赔偿的权利,可以督促违约方考量违约的后果,从而严格履行合同。违约方的法定解除权可能产生鼓励当事人违约的效果,合同解除制度所应有的保障合同严守的功能将难以实现。其二,若承认违约方的法定解除权,在发生履行困难或者履行在经济上不合理时,违约方会选择故意违约,引发相关的道德风险,有违任何人不能从其不法行为中获利的原则。其三,认可违约方依法享有合同解除权与合同解除作为对守约方救济方式的性质相违背。其四,在合同履行过程中,如果违约方认为违约在经济上对其更为有利,则其可能选择解除合同,此时,如果肯定违约方的解约权,将不符合公平正义的价值理念。^③

二是在实践层面应如何认识违约方合同解除权的来源。有学者或法官认为,违约方的合同解除权可能源于《最高人民法院公报》所刊载的“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”。^④也有著名学者如崔建远教授等认为,违约方的合同解除权与该案没有必然联系,其更多地是基于实践中一定数量的若不赋予违约方合同解除权就会导致不公平、不正义和低效率的案件,进而催生对此种规则的需求。^⑤

有鉴于此,我们需要认真对待相关学术争议以及既有的司法实践如何看待违约方合同解除及其法律适用等问题。对这些问题的梳理具有更为鲜活的意义,同时也能够提供民法的中国元素和中国特色。^⑥究竟该如何选择涉及对该制度的解

释,也涉及更为复杂的利益衡量和价值判断。笔者在本文标题中并没有直接使用“违约方合同解除权”这一术语,主要是因为“违约方的合同解除”是违约方合同解除权和司法解除都会出现的必然结果,此标题更加中性。下文基于相关理论争议和司法实践探索,对违约方合同解除的立法目的及其实现路径进行探讨,以期明辨理论与实践之争议。

二、相关理论争议及其学理依据和潜在共识

上述关于违约方合同解除的规定一经公布即引发学界热议,大致可归纳为以下三个方面的内容。

(一)否定论及其学理依据

持否定观点者认为,法律不应赋予违约方合同解除权。^⑦根据笔者可能并不完整甚或未必准确的总结,否定论的理由主要包括以下四个方面。一是不合乎合同法的道德性。合同法具有非常强的道德性,道德性是合同法运行的重要机制。道德性的价值在很大程度上决定了合同法的整体框架。毫无疑问,例如诚实信用、公序良俗等诸多合同法原则均蕴含丰富的道德价值。违约方作为道德上有瑕疵的主体,不能取得解除合同的权力,即合同法的道德属性会否定违约方合同解除权的权利设计。二是不合乎合同法的体系性。如果赋予违约方合同解除权,必然会破坏既有的合同法体系,产生系统性风险,而且不利于对守约方的保护。三是不合乎合同法的政策取向。合同法的政策取向是鼓励履行合同,而非解除合同。前者符合合同法鼓励交易的政策而后者并非如此。四是不合乎我国现行法的规定。我国现有的法律并没有赋予违约方合同解除权,延续既有的规定有其正当性。

(二)肯定论及其学理依据

持肯定观点者则认为,在特定情形下法律应当赋予违约方合同解除权。例如,崔建远教授认为,这些特定情形包括如下两种。一种是合同已

不能履行,继续存在会给违约方带来负面的后果,而守约方却不行使解除权。此时,应当允许违约方将合同解除,原因在于已经构成履行不能的合同若继续存在,即使对守约方而言也无积极意义。另一种是违约行为尚未造成合同不能履行但符合《合同法》第110条第2项或第3项的规定,守约方迟迟不表态是否解除合同。在制度设计上应由违约方催告守约方,守约方于宽限期满仍不行使解除权而且也不与违约方协议解除合同的,应当允许违约方解除合同。其原因在于以下两个方面。(1)应理性对待违约方。在“债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”或“债权人在合理期限内未要求履行”的情况下,依据《合同法》第110条的规定,违约方有权拒绝守约方关于继续履行的请求,此时解除此类合同可使双方当事人在清理既有交易关系后重新进行新的交易,更符合公平正义。(2)应理性对待守约方。在守约方拥有解除权却不行使尤其是违反诚实信用原则时并无予以法律保护的必要。^⑧又如,王轶教授认为,在合同陷入僵局时其存续已经毫无意义和价值,且只是增加违约方经济上的负担,合同法也应当像公司法对待公司僵局一样,在合同僵局中赋予法院或者仲裁机构根据违约方的请求“解除合同”这一外在干预的权力,同时应予以严格的限制。^⑨

按照作者的概括,肯定论的理由主要包括以下几点。(1)效率是合同法的重要价值。如果在某些情况下不允许当事人解除合同或者摆脱合同约束,当事人会遭受非常大的效率损失。只有赋予违约方合同解除权,才可能进一步避免损失。效率有两种表现形式,一种是促进社会财富的积极增加,另一种是避免社会财富的消极减少。(2)违约方主张解除合同被法院或者仲裁机构支持的情况均现实存在,而且上述裁判或者裁决取得了非常好的法律效果。在此方面有较为丰富的司法实践经验,因此该款并非源自逻辑推理而是有效的

实践。(3)对道德判断的新理解。在某些情况下即使不允许违约方解除合同,法律也不会塑造一种更理想的合同关系和合同秩序。例如,违约方意欲通过摆脱合同约束重新进行投资或者更好地利用商机,如果守约方不解除合同,即在诉讼时效期间内一直允许损害持续存在,并不符合诚实信用以及不得滥用权利等基本原则的本质要求。

(三)潜在的共识

从表面看,否定论和肯定论在违约方合同解除权的争论上水火不容,然而细究之下并非如此。从上述论证中可以发现如下两点共识。第一,无论是否否定论者还是肯定论者,均不赞同在一般意义上赋予违约方合同解除权。^⑩第二,只有在极特殊的交易语境和严格条件下,法律才允许通过不同的制度适用使违约方部分地或者完全地摆脱合同约束。当然,作为一个必要的探索,我们应当认真对待司法实践如何应对违约方的合同解除这一问题。关于违约方合同解除的司法实践足可提供予以理性审视和反思的生动素材。

三、违约方合同解除的司法实践探索及其评析

尽管“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”早在2006年即刊载于《最高人民法院公报》,但是该案所涉及的违约方合同解除权问题直至近几年才引起了学术界的关注。^⑪为深入挖掘这个问题,需要对司法实践中的相关案例进行更系统的分析和阐释。对此需要说明的是,首先,目前的相关研究只能是片段式的,无法进行以全样本为基础的实证研究。因为从既有的数据库不能获得四十多年来的相关裁判文书信息,即使是1999年至2014年间的相关案例都很难检索到。其次,部分比较有研究意义的判决往往隐藏违约方合同解除论证的真正理由,而很多判决未提供充分的论证。最后,即使是同一类甚或同一个案件,不同层级的法院甚或同一法院都可能会作出迥异的裁判。

(一) 违约方一般不享有合同解除权

违约方一般不享有合同解除权是基本共识。此共识与另一共识紧密联系在一起,即合同解除利益攸关,需慎重对待。最高人民法院的相关裁判观点具有明显的示范与指引作用。在“汾州裕源土特产品有限公司与陕西天宝大豆食品技术研究所技术合同纠纷案”^⑧中,最高人民法院认为,合同解除制度的首要之意固然在于赋予守约方合同解除权,使其能够获得以解除合同为补救方式的特殊救济,解除合同本就不是违约情形下唯一的救济手段,更不是当然的救济手段。若合同动辄可得解除,交易关系动辄可致流产,则必将引发市场秩序的混乱、交易成本的虚高和资源配置效率的低下。在“海南金凯汽车工业有限公司与海南融元实业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案”^⑨中,最高人民法院认为,《合同法》第94条对法定解除规定了5项情形,其中第二项、第三项、第四项均为当事人一方违约时的法定解除,对此条款应作限缩性解释,将其理解为当事人一方违约时守约方享有合同解除权,而违约方不享有合同解除权。在“解巍与王吉财股权转让纠纷案”^⑩中,最高人民法院认为,合同解除是法律允许守约方在对方违约的情况下采取的补救方式,是否愿意继续受到合同约束的选择权在守约方。此外,湖北^⑪、新疆^⑫、重庆^⑬、北京^⑭、浙江^⑮、上海^⑯等地高级人民法院以及深圳^⑰、中山^⑱、南平^⑲等地中级人民法院也持相同观点。

综合上述判决,法院认为违约方没有合同解除权系从以下两个层面进行解释。首先,从法律条文来看,法院在确定法定解除权时毫无疑问地均引用了《合同法》第94条。法院在适用该条时采用以下两种解释方法。(1)当然解释。即大多数法院当然地将当事人解释为“守约方”。(2)目的性限缩解释。在笔者所见案例中,仅有“海南金凯汽车工业有限公司与海南融元实业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案”^⑲将当事人限缩解释

为“守约方”。而且,法院大都会援引诚实信用等民法基本原则作为该项解释的正当性根据,违约方违约自身就违反诚实信用原则似乎是不言自明的。如在“浙江海能贸易有限公司与王联桂、舟山市中小企业信用担保中心有限公司股权转让纠纷案”^⑧中,法院认为,若由违约方海能公司再向守约方王联桂以合同目的不能实现为由主张解除合同实在有违商业交易的诚信原则。但诚信原则是否能够作出此种解释值得商榷。

其次,从结果角度看,法院也担心违约方解除合同会使社会秩序受到不利影响或者遭到破坏。如在“上海常州大娘水饺餐饮有限公司与顾忠瑛房屋租赁合同纠纷案”^⑩中,法院认为,如果在未得到守约方认可的情况下,允许违约方仅仅基于自身利益而擅自解除既存合同关系,无疑会使合同的约束力及市场交易秩序遭到破坏。在“童莎与云南京鹏房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案”^⑪中,法院认为,原告已履行合同义务,被告作为违约方主张解除合同有悖诚实信用原则,不利于经济秩序的稳定。

(二) 在特定情形下违约方可以解除合同

如前所述,在部分判决中法院会回避违约方的合同解除权问题,其可能会为此采取非常规的司法裁判策略,“双龙公司与民生银行房屋租赁合同纠纷案”^⑫即是如此。法院认为,根据“最高人民法院研究室对《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第24条理解与适用的请示的答复”,民生银行主张解除合同的事由不符合合同约定或者法律规定的解除条件,其向双龙公司发出的解除合同的通知不能产生合同解除的效力。由于民生银行已经于2013年6月30日搬离租赁房屋并另行选址经营,但租金交付至2013年8月31日,因此应当认定双方的租赁合同至2013年8月31日已经实际终止履行,由民生银行承担赔偿责任双龙公司损失的责任。具体而言,首先,根据《合同法》第94条的规定以及“最高人民法院研究

室对《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第24条理解与适用的请示的答复”,违约方并没有合同解除权,进而其发出的解除合同的通知没有法律效力。这是法院的通常做法,合乎法律规定。其次,合同在事实上还是被解除了。在此种情况下法院为避免因合同解除欠缺法律依据而产生的司法责任风险以及实现结果妥当性而选择了“实际终止履行”这一术语作为替代,以避免直接与法律条文相冲突,然而在结果上其与违约方合同解除完全相同。

在既有的肯定违约方合同解除权的判决中,其法律适用主要有以下几种类型。

第一,作简单的文义解释。在“梁伟与徐福云买卖合同纠纷案”^{②③}中,法院认为,我国现行法律并未明确禁止违约方的合同解除权,即《合同法》第94条中的当事人并没有被限定为守约方。这一说法几乎成为法院作出相关裁判以及意欲主张解除合同的违约方请求解除合同的标配用语。如在“赛萍、王赛嘉与青海聚富房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”^④中,法院认为,在法律没有明确禁止违约方行使合同解除权的情形下,违约方主张解除合同的权力不应完全被排斥。持相同观点的还有四川省广汉市人民法院、^⑤山东省潍坊市滨海经济技术开发区人民法院、^⑥厦门海事法院。^⑦需要指出的是,在“七台河市金港湾洗浴有限公司与刘贵、杨晔房屋买卖合同纠纷案”^⑧中,法院认为,我国现行法律虽然没有直接规定违约方享有解除权,但是《合同法》第110条的规定可以作为违约方解除合同的间接依据。

第二,将排除继续履行与合同解除关联起来,即将《合同法》第110条与第94条无缝对接。当事人既然不能继续履行合同,就必须摆脱合同约束,此时赋予违约方合同解除权是最佳方案。有的法院直接根据《合同法》第110条或该条规定的精神,判决允许违约方解除合同,如“周芹与程晓红房屋租赁合同纠纷案”^⑨、“张艳祥、邓铁燕与陈盛

房屋租赁合同纠纷案”^⑩。

但更多的地方法院通过体系解释方法直接将《合同法》第110条与第94条两个法律条文生硬地连接起来,进而解释认为违约方享有合同解除权。尽管此种法律解释具有很强的创造性,但是从条文以及逻辑上看,《合同法》第110条与第94条之间并无必然联系,前者并不能作为合同解除的法律根据,这一点的确是合同法规定的“硬伤”。例如,在“梁伟与徐福云买卖合同纠纷案”^⑪中,法院认为,《合同法》第110条明确规定了当违约方继续履约所需财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时,应当允许违约方解除合同;在“七台河市金港湾洗浴公司与刘贵、杨晔房屋买卖合同纠纷案”^⑫中,法院认为,《合同法》第110条的规定可以作为违约方解除合同的间接依据。也有法院直接将“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”作为裁判的重要参考依据,例如,在“宁夏根来福种业有限公司与宁夏巨元房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”^⑬中,法院认为,“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”与该案大致相同,因而参考适用该指导性案例中的裁判观点,为平衡双方当事人利益及解决合同纠纷,对原告主张解除原、被告签订的商品房买卖合同的诉请予以支持。在“赛萍、王赛嘉与青海聚富房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”^⑭中,赛萍、王赛嘉自2014年起就与青海聚富公司存在合同纠纷,赛萍、王赛嘉已明确表示没有能力再履行合同。法院认为,王赛嘉在购房时是未成年人,房款实际上由赛萍夫妻支付,由于两人陷于经济困境,作为该案的违约方无法再履行合同属于事实上的不能履行,如果继续履行合同将使双方当事人的利益受损,事实上也达不到青海聚富公司要求继续履行合同的目的,应该允许解除合同。^⑮

第三,考虑当事人的自由意志。在“梁伟与徐福云买卖合同纠纷案”^⑯中,法院认为,从理论上讲

合同是当事人之间的契约,按约履行合同除了囿于法律规定的约束外,在很大程度上还要取决于当事人的自愿。在一方不愿意继续履行合同时,虽然有强制履行的制度设定,但强制履行显然不可能适用于所有不自愿履行的情形。在“王财荣与林貽棋船舶买卖合同纠纷案”^⑧中,厦门海事法院也作出了几乎完全相同的判决。

第四,不解除合同会产生较大的效率损失。其具体表现可能是继续履行成本过高,也可能是享有解除权的一方不积极行使解除权导致交易僵局或者不符合公平原则,任一情况都会导致诸多效率损失,为法律所不忍。在“梁伟与徐福云买卖合同纠纷案”^⑨中,法院认为,如果机械理解“依法成立的合同应当履行”并一律排除违约方解除合同的权利,以绝对的强制对抗当事人的意思自治,在某些个案中必然会耗费极大的社会成本。在该案中,徐福云自2012年起就与梁伟存在该案纠纷且持续数年,既然徐福云已明确表示不再履行合同,在争议当事人之间已经耗费了诸多时间、精力及社会资源的情形下,强制履行的效果可想而知。在“威海光圣金属铸造有限公司与烟台志远服装有限公司租赁合同纠纷案”^⑩中,法院认为,志远公司确实未按合同约定的期限及时交付第一年租金余款,但其已给付光圣公司定金5万元,且在应付租金余款到期日后数日即主动联系光圣公司协商租金交纳事宜;光圣公司要求志远公司先支付年租金双倍的违约金,且在诉讼中表示对合同是否解除“无所谓”,双方未能达成一致,导致志远公司无法使用涉案厂房及设备,还要承担厂房及设备闲置期间的租金。这说明双方当事人之间已经没有了互信,而且形成了对抗。此时无论出现何种情况,都会导致极为重要的效率损失。在“山东乾和钢板弹簧公司与山东海洋矿沙机械制造有限公司、王永海租赁合同纠纷案”^⑪中,法院认为,被告在首次庭审中明确表示不再继续履行并将主要设备拉走,以自己的行为表明不再履行合同,导致

租赁合同事实上不能履行,因此在被告坚持不愿继续履行租赁合同的情形下显然无法强制其继续租用涉案场所,继续履行合同必将导致租赁场所空置,造成资源的闲置与浪费。在“张艳祥、邓铁燕与陈盛房屋租赁合同纠纷案”^⑫中,在双方当事人对合同解除不能达成一致的情况下,法院根据公平原则,为防止损失不必要的继续扩大,判决双方签订的合同予以解除。在“周芹与程晓红房屋租赁合同纠纷案”^⑬中,法院认为,原审判决从发挥租赁物的使用价值、有效利用资源的角度出发并遵照民法的公平原则判决合同予以解除是正确的。

第五,强调赔偿损失的实质意义。合同解除意味着违约方要承担赔偿责任,而赔偿损失也是违约方行使解除权的必要代价,但法院对此有不同表述。如在“梁伟与徐福云买卖合同纠纷案”^⑭中,法院认为,应允许违约方解除合同,用赔偿代替继续履行。在“威海光圣金属铸造有限公司与烟台志远服装有限公司租赁合同纠纷案”^⑮中,法院认为应综合考虑各项事实,将光圣公司收到志远公司的解除通知之日认定为合同终止履行的时间,并相应计算志远公司应承担的租金。在“宁夏根来福种业有限公司与宁夏巨元房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”^⑯中,法院认为,为了平衡双方当事人的利益,可以允许违约方解除合同,用赔偿代替继续履行。在“朱建与西南城控股有限公司房屋买卖合同纠纷案”^⑰中,法院认为,结合该案情况,违约方可以以承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除。在“山东乾和钢板弹簧公司与山东海洋矿沙机械制造有限公司、王永海租赁合同纠纷案”^⑱中,法院认为,违约方可以以承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除,故鉴于该案情况,被告作为违约方主张解除合同并自愿承担违约责任,法院应予支持。在“张艳祥、邓铁燕与陈盛房屋租赁合同纠纷案”^⑲中,法院认为,必须由违约方向对方承担赔偿责任,以保

证双方当事人的现实既得利益不因合同解除而减少。在其他类似案件的裁判中,法院也同样认可违约方在特定情形下解除合同,但须由违约方向对方承担赔偿责任。

(三)相关司法实践的经验与法律规定的应然表达

从以上司法实践看,在既有的规则体系下,诸多法院仍然愿意用“违约方合同解除权”这一术语概括违约方能否解除合同问题。当然,特别需要关注的是,对该问题的分析须立足于尊重合同的道德性的基本立场,同时又不能仅仅基于简单的道德直觉。所有的道德直觉都必须服从于理性的反思与评判,并兼顾对当事人行为激励的考量。《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)就此作出规定:“合同不能履行致使不能实现合同目的,有解除权的当事人不行使解除权,构成滥用权利对方显失公平的,人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同,但是不影响违约责任的承担。”笔者认同该条文的立法目标,在此种情形下应赋予违约方解除权,当然该权利的最终命运由法院决定。但笔者认为,该条文的立法设计在某些方面尚值商榷或者词不达意,但整体值得赞同,这主要表现在如下几个方面。

第一,“合同不能履行”的原因可能有多种,既有主观原因,也有客观原因。此处的“不能履行”不能等同于违约责任中的“不能履行”。在诸多类似违约方解除合同的语境下,其既包括违约行为不履行的情形,也包括由于某种客观原因不能履行,但此种客观原因还远不能构成情势变更或者不可抗力。因为如果系争情形构成情势变更或者不可抗力,当事人即已获得解除合同的权利,无需借助于违约方合同解除权的规定。对此,韩世远教授认为,在“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”中,法院可以适用情势变更的规定解决系争问题。^⑤笔者赞同韩世远教授的此种观点,但还需补充说明两点。一是目前我国法院对情势变更规

定的适用非常慎重。根据《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),个案中确需适用情势变更的,应当由高级人民法院审核,必要时应报请最高人民法院审核。这在程序设置上相当烦琐而且没有必要。二是绝大多数符合违约方合同解除条件的案件都不符合情势变更的严格条件。

王利明教授认为,司法解除主要化解合同无法履行的僵局。在违约方无法履行合同的情形下,如果守约方不解除合同则应当允许违约方申请司法解除,以使其尽快摆脱合同关系的约束。^⑥然而,何为无法履行?其是基于客观原因还是基于主观原因,抑或包括各种原因在内?根据通常的解释,主观原因不能导致“不能履行”或者“无法履行”。如在“张艳祥、邓铁燕与陈盛房屋租赁合同纠纷案”^⑦中,法院认为,根据双方所签订《补充协议》的内容看,张艳祥、邓铁燕对于陈盛租赁涉案房屋用于经营的状况持续恶化应当是知晓的,继续履行涉案租赁合同对双方均会产生不利影响。应当看到在有些案件中,这种不能履行甚至是由一方当事人的主观原因导致的,例如对商业判断能力的错误评估,典型者如“双龙公司与民生银行房屋租赁合同纠纷案”和“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”等。该条文意欲解决的问题导致了合同履行的艰难,而且在原因的论证上也没有必要特别强调限于客观原因,违约方的主观原因也不应当予以排除,例如自身对经验判断失误导致经营难以为继。

第二,“合同目的”是一个非常重要但是具有高度不确定性的概念,其确定既取决于双方当事人的主观偏好,也取决于法院或仲裁机构的解释和判断。在法律规范意义上,“不能实现合同目的”也可以归入其他条款的调整范围内。按照王利明教授的观点,在违约方的合同目的无法实现的情形下,应当允许其申请司法解除。例如,如果承租人因为工作关系调动等原因无法承租房屋,

应当允许其申请司法解除。^③合同目的的范围究竟该如何准确确定,仍然是被学界忽视的重要问题,有待于进一步的细化研究。

第三,“有解除权的当事人不行使解除权”能够涵盖该条意欲规范的主要情形。通常来说此种表达在当事人预期违约的情况下不易产生争议,然而于非预期违约场合下在一方当事人的行为是否构成违约或者根本违约进而符合约定解除或者法定解除权的条件时可能就并非如此了。如果违约方认为符合解除条件而守约方认为不符合解除条件,争议就不可避免。此种争议的存在并不影响违约方提起诉讼要求人民法院最终确定是否符合违约方合同解除权的构成要件。

第四,“构成滥用权利对方显失公平”中的“显失公平”以及“滥用权利”均为模糊与不确定的表述,它们主要体现为客观结果的不公平。然而“显失公平”在典型案例中是否包括对方不采取减损措施导致损失进一步加大、对方没有及时行使解除合同的权利或者恶意拒绝违约方提出的合理协商等?如前所述,在既有法律框架下,如果减损义务还没有发生,守约方当然无需采取减损措施。而且,如果守约方已经获得解除权,权利的意义在于其可以行使,也可以不行使。该项权利的行使结果可能是法律所不愿意看到的。问题在于权利的行使即使会产生某种不可欲的结果,是否仍在可承受的范围内。对此,需要权衡诸多要素,如行为的道德性、行为对双方以及社会效率的影响程度等。这些多元价值可能存在冲突,这些冲突在很多情况下可能是难以协调甚至是不可协调的,此时就需要进行分析、比较和决断。私法分析需要进行道德判断,培育和谐的道德关系。但从私法的本质看,私法分析更应当强化效率的优越地位,具体而言,包括以下两个方面的考量。

首先,“显失公平”是否包含履行会导致明显的效率损失等情况?王利明教授认为,“继续履行在经济上明显不合理。我国《合同法》规定了实际

履行的违约责任承担方式,排除了效率违约理论,但对有些交易而言,尤其是对一些大规模交易,出于经济上的考虑,可能会排除实际履行的救济方式,而允许违约方申请司法解除”。^④笔者赞同这一观点,然而从现行法的规定看,《合同法》第110条所排除的继续履行情形与该法第94条确定的合同解除权情形并不对接。^⑤但是此处的“显失公平”是一种明确的道德判断,其更应当是且主要应是一种实质的经济判断。不符合经济效率的结果通常是由履行艰难或者导致较大的损失表征的。当然在我国既有的司法实践中,显失公平的确主要包括不符合效率结果的情形。

其次,“滥用权利”是否对显失公平有所贡献,是否更会引发当事人的投机行为?对此,可从两个方面分析。一方面,我国既有的法律规范是如何认识“滥用权利”的。在我国现行法中,只有《宪法》第51条以及《民法总则》第132条直接规制权利滥用。权利的行使有一定的界限,即不得损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。权利滥用的前提是有正当权利存在,且是权利行使或与权利行使有关的行为,禁止权利滥用是对民事主体行使民事权利的一定限制。^⑥按照最高人民法院的理解,该问题本质上是法律对私权行使的一种限制,体现了法律追求“矫正正义”和“分配正义”的目标。最高人民法院也认为,“滥用权利”所针对的权利人行为应当具有权利滥用的违法性特征,而违法性的判断是指损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的后果。同时,它还进一步对常见的权利滥用行为予以列举,如恶意的权利行使、欠缺正当利益的权利行使、以有害的方式行使权利、损害大于所获得的利益以及违背权利目的而行使权利等。^⑦另一方面,在该条文的具体语境下应当如何理解权利的滥用。在解除权语境下,滥用权利的行为多数可能是消极行为,如不行使法律或者合同赋予的解除合同的权利。其典型表现为守约方不行使解除权的行为会对另一方持

续造成损失,而其往往不能或者很难从该消极行为中获得利益,或者即使能够获得利益,但该利益与对对方造成的损失相比不成比例,甚或其意欲获得某种法外利益。尽管该种表达可能对“显失公平”而言有点重复,其仍然可能在未来的实践中发挥意想不到的实际作用。一是降低了违约方合同解除权在直觉上的道德可非难性,进而将违约方的不道德性显示出来。二是赋予法院或者仲裁机构更大的裁量权,使其对具体案件进行更多的事实调查和规范判断。三是更多地避免违约方的投机行为,即违约方意欲通过其不作为降低合同效益或者获得更多的谈判优势,从而获得法外利益。

第五,作为必要重复的“不影响违约责任的承担”。法定解除的规定当然伴随着违约责任的承担,且在此语境下,违约责任的主要形式是期望损害赔偿。所以,即使法律条文不规定“违约责任的承担”,违约方当然也有义务支付期望损害赔偿。在该法律条文中此重复依然必要,一是可确认既有的司法实践经验;二是对意欲解除合同的违约方传递更为直接的信号,在语气与效果上强化承担期望损害赔偿责任对违约方合同解除权的意义;三是可弱化违约方解除合同的道德可非难性甚或提供某种道德合理性。

无论如何,上述条文虽然在某些方面有所改善但未能有效解决其意欲解决的典型问题。因此,尽管该条文的立意值得欣赏,但是其表达方式存在不足。然而,必须清楚法院对此保有相当程度的裁量权。《法国民法典》第1224条和第1227条未对“非常严重”的违约行为进行解释,也没有任何系列规则确定违约是否达到该界限,这是低层级法院法官在个案中需要解决的问题。高层级法院在很多情况下放弃对低层级法院法官想法的干预。⁶³

按照王利明教授的前述理解,无法履行、继续履行在经济上明显不合理或者合同目的无法实现

是违约方请求司法解除的择一条件,⁶⁴而按照《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)的这一规定,上述三种情形都是司法解除的并行条件。刘贵祥大法官认为,在合同不能实际履行时由违约方行使解除权,这是一种优化市场资源配置的及时处理方式。⁶⁵这些表述都强化了违约方合同解除必须立足于效率的基本立场,而目前的规则设计则过多地强化了其道德属性及正当性,对成熟且合理的司法实践经验的吸收有待进一步加强。

四、立法目的及其实现的技术路径

违约方是否能够解除合同,主要有以下几种语境。其一,合同履行极为困难但尚不构成履行不能的情形。如A与B订立了一个8年期的租赁合同,后来A由于包括经营状况不佳在内的各种原因,既可能是客观原因,如经营场所周边修路甚或是长期修路,也可能是主观原因,如自己经营能力有限,租期刚满两年就要解除合同。双方协商未果,A就搬出经营场所,而B不同意解除合同,此时应当如何处理?其二,解除权人不解除合同的情形。如A与B订立了一个租赁合同,A已经违约,B实际上已经获得了合同解除权,但是B不行使解除权而一直使合同处于效力维持状态,这对B未必有好处,而A则急于摆脱此种状态。在此种情况下,A可以解除合同但需要赔偿。上述理论争论以及既有的司法实践意味着在特殊情况下,法律应当允许当事人通过不同的方式摆脱合同约束。换言之,虽然目标相同或者类似,但实现此目标的路径不同。一个必要的说明是,虽然笔者设例以租赁合同为主,但违约方解除的发生情形并不限于租赁合同,也可以发生于股权转让及其他类型的纠纷中。

(一)维持合同的效力状态且适用减损规则

针对上述案型,有学者认为,此种情况下无需赋予违约方合同解除权,法院适用减损规则即能够实现双方当事人之间的利益平衡。即在违约发生后,B就需要通过诸如再行租赁等其他方式减

轻损失。^⑥对此,笔者分析如下。

一是维持合同的效力状态意味着双方应当继续履行,即双方都必须按照合同内容履行合同。就租赁合同而言,承租人要继续支付租金,而且持续至合同终止之时。这实质上就是履行合同。在既有的案例中此种类似情况普遍存在,例如一方不再使用涉案厂房及设备但还要承担厂房及设备闲置期间的租金等情形。

二是维持合同的效力状态意味着守约方并没有产生减损义务。根据《合同法》第119条的规定,减损义务的产生时间是“违约后”。然而是否对方一经违约就产生减损义务,则是一个值得探讨的问题。事实上,如果守约方根据《合同法》第110条的规定享有继续履行的权利,合理的推论就是,即使对方违约,其也没有减损义务。退一步讲,假设减损义务已经产生,关键的后续问题就是减损义务所表征的损害数额与租金是否一致。如果两者一致,守约方不会有任何收益,违约方也无需继续支付租金,此时的状态与“合同解除”这一后果并无差别,但仍然存在其他重要区别,如违约方依然要继续履行合同。然而,事实上两者往往是不一致的。一般认为,在租赁合同语境下,有效的减损措施是当事人及时重新招租。^⑦重新招租等方式减轻的损失与租金数额通常并不等同。更何况在很多地方尤其是欠发达地区,部分法院不太愿意适用减损规则,因为这会涉及更为复杂的价值判断和计算难题。上述分析模式和结论同样适用于非租赁交易语境下减损措施为重新寻找交易方(如买家或者卖家)的情况。

概言之,如果对方违约,法律就施加给守约方减损义务,这与合同法规定的继续履行的权利相矛盾。因为只要一方当事人能够要求继续履行就只需要等待对方履行即可,对方违约的事实不能正当化减损义务。只有在没有继续履行的权利的前提下,减损义务才可能发生。退一步而言,假设减损义务已经发生,适用减损规则也只能缓解合

同僵局的某种后果,如守约方不能获得更多的损害赔偿,但并不能一劳永逸地化解合同僵局,进而不能实现对资源的继续利用和有效配置。

(二)维持合同的效力状态并通过司法解除予以救济

王利明教授认为,在前述情况下由法院进行裁判解除即可,不宜赋予违约方合同解除权。^⑧持相同观点的石佳友教授认为:“批评的理由认为这是赋予违约方以合同解除权,相当于保护甚至鼓励违约方,违背了‘任何人不得因其恶行而得利’这一法律的基本原理。其实,这种批评显然是误读,因为该条文只是赋予违约方申请法院或仲裁机构解除合同的权利,旨在打破合同僵局,至于合同是否能解除,要取决于法院或者仲裁机构的审查。”^⑨笔者认为,这一观点值得商榷。首先,上述条款中的“对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同”并非对司法解除的典型表达。司法解除应当采用“人民法院或者仲裁机构有权决定是否解除合同”以及类似表达。其次,“可以”的用语意味着只是赋予违约方一种权利或者选择而非限定其必须向人民法院或者仲裁机构申请。最后,既有的司法实践也没有为此种理解提供充分的经验支持。即使如此,将该条文理解为“司法解除”也比完全否定此种情况下解除合同结果的观点或者其他更为间接的复杂机制更合理。

笔者认为,我国民法典合同编可以考虑借鉴比较法上的司法解除制度,^⑩即在出现履行困难等情形时,合同当事人可以向法院提出解除合同的请求。有些国家的法律对合同的司法解除作出了规定。例如,依据《法国民法典》第1184条的规定,解除合同应当向法院提出请求。司法解除不同于单方解除,对单方解除而言,当事人可以通过通知对方的方式解除合同,而在司法解除的情形下,当事人应当向法院提出解除合同的申请,由法院最终判断合同能否解除。就此值得借鉴的是,在特殊情形下,合同应当被解除从而使当事人摆

脱合同关系的约束,实现资源的重新配置。

在传统规则下,司法解除与法定解除仍然存在区别。在法定解除情形下,享有解除权的一方当事人可以以意思通知的方式解除合同,而在申请司法解除的情形下,需要由法院最终认定合同能否解除。^①就此,2016年的法国债法改革已经颠覆了“以裁判解除为原则,以通知解除为辅助”的规则,将通知解除提升到原则的高度,而司法解除则相应地退居次席,作为当事人的备用选择而存在。按照《法国民法典》第1227条和第1229条的规定,司法解除的特征主要有两个:(1)在此场合,当事人无须进行催告,而可以直接诉请法院解除;(2)解除时间由法官确定,法官在判决中未作说明的,视为自起诉之日解除。更为重要的是,在法国法的语境中,通过司法裁判方式解除的合同并不被认为是行使形成权的结果,法院并非对合同的解除事实作出事后的确认,而是对合同是否解除作出综合判断。^②

对此,笔者认为,其一,司法解除将最终决定的权力交给司法机关。其二,司法解除也并不能任性,必须符合法律规定的条件。其三,司法机关具有权威性和更值得信任,这是规定司法解除的一个语境条件。然而司法解除的后果依然是解除合同,这与赋予违约方在特定情形下的解除权没有差别。但是此方案的好处是通过将解除合同的权力直接赋予法院,在表面上避免了赋予违约方合同解除权的道德可非难性。对此有两个问题值得重视。一是应如何避免法官作出的误判或者可能未适当行使权力所导致该条款的设计得不偿失。一个必需且可行的方案就是,法院自身行使公权力解除合同须受到解除权实质构成要件的严格约束。二是如果认为违约方解除合同具有道德可非难性,基于判决针对的是违约方违约行为的同一事实,经由法院允许违约方在此种特定情形下不再履行合同义务的判决就使此种行为合乎道德性了吗?其四,司法解除赋予法院在确定解除

时间上的灵活性,这是其宣称的优势。而若违约方基于其解除权解除合同,法院只能确认其合同解除权成立之时合同解除,这是其可能的劣势。然而问题是否真的如此,笔者将在下文予以分析。

(三)直接赋予违约方合同解除权

赋予违约方合同解除权就能够直接终止交易僵局。如果双方当事人对此没有争议,自然无需诉诸诉讼或者仲裁;如果一旦产生争议,双方就会基于违约方合同解除权规则给双方带来的成本和收益决定是否诉诸诉讼或者仲裁,但是并不必然由法院或者仲裁机构进行裁断。该机制具有高效、快捷的特点。这一点与法国债法改革中解除权新规定的精神一致。如“受允诺人解除合同更加快捷、容易和便利是改革的目标,这能够归结为法国法促进经济效率的期望”。^③

如前所述,目前国内学界对赋予违约方合同解除权主要有四大忧虑:一是其在道德上不能或者不易被接受;二是一般认为解除权是形成权,只要当事人行使该权利,合同就要消灭,这对违约方过分有利;三是可能会引发违约方的道德风险;四是其是否将效率的价值定位过高,体现了效率违约理论。对此,笔者回应如下。

第一,道德性的担忧可能被夸大了。如理查德·波斯纳所言,当我们用道德术语解析过错等概念而非将其转化成经济学术语或者其他实用的术语进行理解时,这些解析对合同法的用处不大。^④当然,大陆法和普通法在此类问题上有不同的实现路径。概言之,普通法系的合同法源自商法,而大陆法系的合同法源自教会法。^⑤非常明显的是,从促进商事活动的立场看,普通法比大陆法更优。^⑥此外,道德性的命题会面临语境问题,即在不同的语境下,道德性命题可能会展现不同的侧面进而改变道德的认知。沙伟尔教授为此调查了41个对象,并且设计了四个问题,每个问题备有五个选项:(1)确定是不道德的;(2)有点不道德;(3)既不是道德的也非不道德;(4)有点道德;(5)确定是道

德的。第一个问题是违约一般是否为不道德的。调查结果显示,违约介于有点不道德和既不是道德的也不是不道德之间。其中38个调查对象认为,违约是确定不道德的或道德中性的,只有3个调查对象认为违约是有点道德的,没有调查对象认为违约是确定道德的。第二个问题在第一个问题的基础上增加了一个条件,即交易的设备价格急剧上升,当事人在缔约时没有考虑这个可能性极小的情形。而且,如果双方在缔约时知道这种事件,他们会同意在此种情况下取消合同。此时,违约是否是不道德的?调查结果显示,大多数人认为此种情况下违约行为是道德中性的。41个调查对象中有17个认为违约是道德的,没有调查对象认为该种情况下违约比在第一种情况下更不道德。第三个问题在第一个问题的基础上增加了一个条件,即设备价格上升,成本急剧上升,双方当事人知道如果他们考虑到该事件,合同依然有效力。此时,如果当事人违约,该违约是否是不道德的?调查结果显示,违约行为介于确定是不道德的与有点不道德之间。其中38个调查对象认为违约是确定不道德的,3个调查对象认为违约是道德中性的。第四个问题增加的一个条件是,违约方赔偿了守约方的期望利益损失,违约还是不道德的吗?调查结果显示,违约介于道德中性和有点道德之间。通过上述四个问题,沙伟尔教授试图证明对违约的第一反应就是不道德的。但如果考虑到一些偶然事件,如设备价格急剧上涨,而且当事人能够考虑到该事件就可能解除合同,当事人就会倾向于改变其对违约的道德评价。如果当事人考虑到该事件还认为依然有履行义务,其就会发现违约是非常不道德的。如果违约伴随完全的损害赔偿,就会改变其违约观,认为违约并非是不道德的。^⑥由此可知沙伟尔教授的观点是,违约未必是不道德的,再加上损害赔偿,违约的非道德性会降低很多。因此,我们不能从一般意义或者抽象意义上的违约不道德性的直觉甚或个体体验

推论在所有情况下违约都有强烈的非道德性,更难以直接认为违约行为是一种“恶行”。更何况即使在违约方解除合同的情况下其有义务支付期望损害赔偿。在支付期望损害赔偿的语境下,如果法律还坚守“违约损害赔偿以受害方的损害填补”为中心,那么违约方从某种消极事实状态中摆脱出来而避免进一步的损失,这也是一种“利”,然而此“利”已经是市场道德的内在需求。故未经细化分析的谚语未必能直接作为规则设计的基础。

第二,如前所述,赋予违约方合同解除权是特殊规则,而非通常规则。这些规则都规定了非常严格的要件,严格要件会降低对当事人投机性地解除合同的激励,其要承担较大的败诉风险及其相应后果。在严格约束条件下,其和司法解除所产生的最终效果无异。法国法中的司法解除制度理念值得借鉴,但是,法国法并没有对司法解除规定如此严格的要件,这是我国法所不能承受的。因为在司法权威不充足的今天,单纯让法院决定其要件以及法律效果是不现实的,其所产生的投机后果同样是不可预计的或者难以被当事人广泛接受。因此,规定较为严格的要件能够解决解除权作为形成权所可能产生的忧虑,也能够解决对当事人投机主义的顾虑。可能有学者会认为,司法解除允许法院根据具体情况确定合同解除的时间,具有灵活性;而赋予违约方合同解除权,则法院只能将违约方解除合同的通知到达守约方的时间确认为合同解除时间,对守约方过于苛刻。笔者对此观点回应如下。首先,人民法院依照自己的职权根据个案情况确定合同解除的时间点是否太职权主义,是否会承受没有必要的未来司法责任风险,都是非常现实的考量。而且,由此必然出现的结果是很难做到同案同判、类案同判或者类案类判,未必能够形成确定的预期,而这一点对于形成和维持良好的法律秩序和商事交易至关重要。其次,如前所述,如果法律对合同解除权确定了非常严格的条件,尤其是《民法典合同编(草案)》

(二次审议稿)增加的“滥用权利”的限制,可能会提出不同于通常解除权的程序要求。在此基础上,法院只能将满足违约方解除权构成要件的时间点作为合同解除的时点。例如,在特殊语境下,违约方基于自身状况提出解除合同的通知或者要求,并且基于法律规定提出损害赔偿的方案,而守约方不行使解除权、恶意拒绝或者拖延合理的谈判要求和方案,此时其才构成滥用权利进而将此时点作为合同解除的时间点。由此,主张权利的违约方在制度设计目标上并无滥用的空间或者空间极小。当然,随着案例数量的增加和经验的积累,最高人民法院也可以通过司法解释补充有针对性的程序规则或者发布更有针对性的指导性案例以提供更优的指引。

第三,赋予违约方解除权能够更为便捷和有效地解决问题。最为明显的问题是在系争案件的特殊情形下,如果没有违约方合同解除权的相应规则,当事人就不会或者很难达成协议,作为守约方的解除权人就可以投机地利用此点,这对合同交易秩序相当不利。而且权利义务关系的长期不稳定对双方当事人都是典型的效率损失。“如果解除权人长期拥有合同解除权,但其既不行使也不放弃,则合同随时有被解除的可能,将使合同各方当事人的关系长期处于不稳定的状态,这显然是与《合同法》维护交易稳定和维护社会经济秩序的立法目的相悖的。”^⑧刘贵祥大法官认为,当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时,为衡平双方当事人利益,可以允许违约方解除合同。^⑨同时他还认为,既然合同被确定不能继续履行,其逻辑结果必然是解除,由违约方还是守约方行使解除权并无差别。^⑩这一观点是较为激进的,其已经较为接近于普通法系国家合同法的相关制度了。在普通法系国家,传统合同法教义认为,实际履行是一种只有在赔偿救济不充分时的例外救济方式。该原理有三个基本规则:其一,在合同标的独特时,赔偿不

被认为是充分的;其二,不动产通常被认为是独特的;其三,即使赔偿是不充分的,继续履行在如下两种情况下也不被允许,即个人服务合同或者继续履行要求不适当的司法监督。根据现代程序法典,在不能继续履行后,法院应许可损害赔偿,因此就避免了提起新诉讼的必要性。^⑪换言之,在上述情况下,如果一方违约,只要不符合继续履行的条件,对方当事人都不能主张继续履行,其只能要求损害赔偿。合同解除当然也不影响违约责任的承担。

第四,我国既有的法律对效率的定位存在缺陷。效率违约理论的核心要义在于,只要违约是有效率的,其就有权以支付损害赔偿的代价不履行合同,排斥对方继续履行的权利。^⑫有学者对其进行过分析和批判,主要的观点是效率违约理论所针对的情形并没有实现其所立基的效率。^⑬然而这并不或者绝不意味着效率不重要,我国现行法的理念和规则都没有认真对待效率,效率观念一直未能获得当代国内民法学的系统关注和精细表达,以至于在不少情形下出现不经济的经济判断。而且我们应该更加关注民事法律规则的行为激励效应并对其社会经济效果进行更直接的讨论和更精细的评估,以降低社会交往成本,促进私人之间更深层次的合作与共赢。^⑭而违约方合同解除制度在严格条件下的展开意味着其符合效率,能够阻止当事人之间的投机主义行为,避免交易僵局,减少没有必要的资源浪费,使其能够尽快地进行资源的再投入。其与效率违约理论没有必然联系。从理论上讲,此立场也与我国私法从私人主义转向合作主义的总体趋势一致。^⑮

五、结语

综上所述,违约方的合同解除权主要源自社会生活的客观需求以及司法实践的合理经验总结。对此,我们的判断不能过分依赖于简单的直觉或道德直觉,而是要进行更为深入的理性分析和探讨。基于立法保守性和稳妥性的考量,《民法

典合同编(草案)》(二次审议稿)的前述条文已经部分限缩了司法实践中违约方解除权的适用范围。违约方合同解除权背后体现了合同法的效率追求,且不违反诚实信用或者公平等道德原则。鉴于市场自身所产生的非法律制裁(如声誉和商誉制裁)的强大约束力以及合同法将其设计为一个有严格约束条件的特殊规则,违约方的合同解除权不应当且也不会打开诉讼闸门,更不会挑战或者破坏既有的规则体系和理论体系。

注释:

①石佳友:《我们需要一部什么样的合同法?——评“民法典合同编二审稿(草案)”》, <https://mp.weixin.qq.com/s/efRWzCEVrODc5FyEAEvYmg>, 2019年1月3日访问。

②参见中国法学会研究部:《〈民法典·合同编(草案)〉专家研讨会 在京召开》, <https://www.chinalaw.org.cn/Column/ColumnView.aspx?ColumnID=922&InfoID=29648>, 2019年6月3日访问。

③参见王利明:《合同编解除制度的完善》,《法学杂志》2018年第3期。

④参见刘贵祥:《最高人民法院第一巡回法庭精选案例裁判思路解析(一)》,法律出版社2016年版,第179页。

⑤参见崔建远:《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。

⑥参见王利明:《回顾与展望:中国民法立法四十年》,《法学》2018年第6期。

⑦持此种观点者主要有韩世远教授、朱广新教授,可参见他们在前述2018年10月16日由中国法学会举办的《民法典合同编(草案)》专家研讨会上的口头发言记录。从反对违约方可以解除合同这一形式看,持司法解除观点的王利明教授、石佳友教授也可以归入否定论者。同前注①,石佳友文;同前注③,王利明文。

⑧同前注⑤,崔建远文。

⑨王轶教授的观点体现于其对王利明教授关于“民法典合同编的修改与完善”之讲座的与谈内容中,具体参见王利明:《民法典合同编的修改与完善》, http://blog.sina.com.cn/s/blog_bbecd31b0102xfv4.html, 2019年6月10日访问。

⑩如《德国民法典》第438条第4款第3句规定了瑕疵请求权之消灭时效,第634a条第4款第3句规定了违约方的合同解除权。

⑪参见孙良国:《违约方的合同解除权及其界限》,《当代法学》2016年第5期。

⑫参见最高人民法院(2016)民再251号民事判决书。

⑬参见最高人民法院(2013)民申字第1521号民事裁定书。

⑭参见最高人民法院(2015)民二终字第392号民事判决书。

⑮参见湖北省高级人民法院(2016)鄂民申1590号民事裁定书(“陈贵和与齐兴东、张勇合伙协议纠纷案”)。

⑯参见新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2017)新40民终1996号民事判决书(“邵银珠与李枫、李东升企业出售合同纠纷案”)。

⑰参见重庆市高级人民法院(2014)渝高法民申字第00497号民事裁定书(“重庆展旭实业有限公司与重庆理文造纸有限公司买卖合同纠纷案”)。

⑱参见北京市高级人民法院(2014)高民(商)终字第4839号民事判决书(“莫瑞拉托及世腾股份有限公司与朱水青等股权转让纠纷案”)。

⑲参见浙江省高级人民法院(2008)浙民二终字第239号民事判决书(“浙江海能贸易有限公司与王联桂、舟山市中小企业信用担保中心有限公司股权转让纠纷案”)。

⑳参见上海市高级人民法院(2016)沪民申787号民事裁定书(“上海常州大娘水饺餐饮有限公司与顾忠瑛房屋租赁合同纠纷案”)。

㉑参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终14613~14621号民事判决书(“深圳市恒信奥特投资发展有限公司与赵惜卿房屋租赁合同纠纷案”)。

㉒参见广东省中山市中级人民法院(2018)粤20民终773号民事判决书(“东莞市嘉荣超市有限公司与陈某1陈某2房屋租赁合同纠纷案”)。

㉓参见福建省南平市中级人民法院(2017)闽07民终33号民事判决书(“朱箭与黄武萍房屋租赁合同纠纷案”)。

㉔同前注⑬。

㉕同前注⑱。

㉖同前注⑳。

㉗参见云南省昆明市官渡区人民法院(2017)云0111民初

7784号民事判决书。

②⑧参见吉林省高级人民法院(2015)吉民一终字第29号民事判决书。

②⑨参见浙江省高级人民法院(2017)浙民申45号民事裁定书。

③⑩参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。

③⑪参见四川省广汉市人民法院(2015)广汉民初字第1702号民事判决书。

③⑫参见山东省潍坊市滨海经济技术开发区人民法院(2017)鲁0792民初547号民事判决书。

③⑬参见厦门海事法院(2014)厦海法商初字第207号民事判决书。

③⑭参见黑龙江省高级人民法院(2015)黑民终字第137号民事判决书。

③⑮参见江苏省连云港市中级人民法院(2014)连民终字第0035号民事判决书。

③⑯参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终7144号民事判决书。

③⑰同前注⑲。

③⑱同前注⑳。

③⑲参见宁夏回族自治区灵武市人民法院(2016)宁0181民初3426号民事判决书。

④⑰同前注㉑。

④⑱德国帕绍大学法学院民法学博士候选人徐博翰对此问题存有疑问。其认为,依据德国法理论,支付价金的债务不存在不能履行。无论债务人如何穷困,都不构成不能履行的理由。试问既然损害赔偿之债不受合同解除影响,那么该案中赛萍、王赛嘉的经济状况不应当加以考虑,因为损害赔偿无论如何都要支付。既然如此,为什么要解除合同呢?对此,笔者认为,法院在裁判中所使用的“不能履行”确实不准确,但无论是继续履行还是金钱赔偿都存在比较大的困难,即使进入执行程序,也很难完全实现合同利益。另外,解除合同的考量也并不影响金钱赔偿。

④⑲同前注㉒。

④⑳同前注㉓。

④㉑同前注㉔。

④㉒参见山东省高级人民法院(2017)鲁民申251号民事裁定书。

④㉓同前注㉕。

④⑷同前注㉖。

④⑸同前注㉗。

④⑹同前注㉘。

④⑺同前注㉙。

④⑻同前注㉚。

④⑼同前注㉛。

④⑽同前注㉜。

④⑾同前注㉝。

④⑿在2018年10月16日中国法学会举办的《民法典合同编(草案)》专家研讨会结束后,经笔者请教,韩世远教授分享了其对该案这一观点。在此向韩世远教授致谢。

⑤⑰同前注③,王利明文。

⑤⑱同前注④。

⑤⑲同前注③,王利明文。

⑤⑳同前注③,王利明文。

⑤㉑同前注⑪,孙良国文。

⑤㉒参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第407页。

⑤㉓参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》下册,人民法院出版社2017年版,第891~893页。

⑤㉔ See Solène Rowan, Termination for Contractual Non-performance, John Cartwright and Simon Whittaker(eds.), The Code Napoléon Rewritten French Contract Law after the 2016 Reforms, Hart Publishing, 2017, p. 322.

⑤㉕同前注③,王利明文。

⑤㉖同前注④,刘贵祥书,第180~181页。

⑤㉗德国帕绍大学民法学博士候选人徐博翰认为在这两个案中合同不可能解除,因为如果合同尚未解除,B也不能再行租赁以减轻损失。解除权可能罹于除斥期间,则B再也无法主张解除,也不能主张A给付租金。对此,笔者认为,第一,如果合同未解除而且守约方有继续履行的权利,法律上的确无法推导出B减轻损失的义务。但是关键问题是,从立法论上看,该种结果是不合理的。第二,关于解除权的除斥期间,尽管《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条第2款有明确规定,即“法律没有规定或者当事人没有约定,经对方当事人催告后,解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的,解除权应当在解除权发生之日起一年内行使;逾期不行使的,解除权消灭”,但我国《合同法》并没有规定解除权的除斥期间。

⑦德国帕绍大学民法学博士候选人徐博翰认为,在此种情况下如果签订了8年的租赁合同,守约方有权要求承租人支付8年的租金,没有减损义务。第一,租赁物是交付给承租人使用的,承租人是依法占有租赁物的,此时出租人(守约方)无法减轻损失。第二,若承认守约方的减损义务,则守约方似有解除合同、收回房屋并再次出租的义务,这与解除权的意涵相违背。第三,如果只要承租人违约并搬出房屋,出租人就要解除合同以“减轻损失”,这就等于赋予承租人任意解除的权利,合同应当严守的原则就将落空。对此,笔者认为,第一,成熟的租赁合同大都规定了解约金,即如果对方终止或者解除租赁合同,只需要支付相应数额的违约金即可。这个问题通过约定就可以解决。第二,《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》(京高法发[2013]462号)明确规定:“承租人在租赁合同履行期限内拒绝接收房屋,或者单方搬离租赁房屋并通知出租人收回房屋的行为……不符合合同法规定的解除条件,不具有单方解除合同的效力,出租人有权据此解除合同……考虑到承租人不愿继续履行租赁合同,该义务性质又不宜强制履行,租赁合同目的已无法实现,法院可以直接判决解除租赁合同。”第三,既然强制履行不可能或者成本过高,此时所有权人作为财产的最终受益人也应当对财产的价值承担责任,且其减损义务不是源于合同的约定,而是源于法律的价值判断。《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》规定:因出租人根本违约行为导致房屋租赁合同解除,承租人要求出租人赔偿其另行寻找替代房屋周转期间所受损失的,可予支持;损失具体数额不能确定的,可以推定为租赁房屋闲置期间或寻找替代房屋周转期间的租金损失,但最长一般不得超过6个月。

⑧同前注③,王利明文。

⑨同前注①,石佳友文。

⑩关于《法国民法典》中的司法解除需要补充两点:一是2016年新修订的法国合同法也参考了大陆法的规定,将司法解除从唯一解除方式改为三种解除方式之一;二是即使是司

法解除,其同样也有严格的条件,并没有直接赋予法院在违约方违约情形下的合同解除权。同前注③, John Cartwright、Simon Whittaker 编书,第321页。

⑪同前注③,王利明文。

⑫参见李贝:《法国债法改革对我国民法典制定的启示意义》,《交大法学》2017年第2期。

⑬See Solène Rowan, *The New French Law of Contract*, 66 *Int'l & Comp. L. Q.*(2017), pp. 823-824.

⑭See Richard A. Posner, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, 107 *Mich. L. Rev.*(2008-2009), p. 1349.

⑮See Joseph M. Perillo, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, 63 *Fordham L. Rev.*(1994), p. 308.

⑯See Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, *Legal Origins*, 117 *Q. J. Econ.*(2002), pp. 1220-1222; Paul G. Mahoney, *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, 30 *J. Legal Stud.*(2001), p. 523.

⑰See Steven Shavell, *Is Breach of Contract Immoral*, 56 *Emory L. J.*(2006-2007), pp. 452-456.

⑱新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2011)乌民四终字第370号民事判决书。

⑲同前注④,刘贵祥书,第180~181页。

⑳同上注。

㉑See Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts* (Sixth Edition), Thomson Reuters, 2009, p. 569.

㉒参见孙良国:《效率违约理论研究》,《法制与社会发展》2006年第5期。

㉓参见孙良国、单平基:《效率违约理论批判》,《当代法学》2011年第6期。

㉔参见熊丙万:《中国民法学的效率意识》,《中国法学》2018年第5期。

㉕参见熊丙万:《私法的基础:从个人主义走向合作主义》,中国法制出版社2019年版,第224~228页。