论违约方解除合同的条件

——兼评《民法典各分编(草案)·合同编》第 353 条第 3 款

王俐智 孙学致*

目次

一、问题的提出: 违约方解除合同的争议与 权利滥用《草案》第 353 条第 3 款

(二)解除权人不行使解除权构成合同

二、客观条件:"不能履行"与"目的不达"的 僵局 抉择

抉择 (一)"不能履行"与"目的不达"双重构 (三) 显失公平及其判断标准

造的批判 (二)"目的不达"优于"不能履行"

四、程序条件:诉讼解除程序 (一)诉讼解除程序的理论与实践依据

三、价值条件: 权利滥用、合同僵局与显失公 序的优势

(二) 诉讼解除程序相比于通知解除程

三、价值条件:权利滥用、合同僵局与显失公平的取舍

五、结论:《草案》第353条第3款之完善

(一)解除权人不行使解除权难以构成 建议

摘要 违约方能否解除合同的问题在理论上有争议也有共识,其关键在于具体条件和程序的设计。《合同编草案》第353条第3款规定的不能履行与目的不达的双重构造模式既无比较法依据,又与我国既有规则相悖,且易造成适用的混乱,不能履行的单独构造不能解决违约方解除合同的主要争议情形问题,唯有目的不达的单独构造能消解上述问题。解除权人不行使解除权不符合权利滥用要件,但因其构成合同僵局而违反效率价值;解除权人不行使解除权只满足显失公平客观要件,故其表述应当修改。诉讼或者仲裁程序的限制符合违约方解除合同的特殊性,相比通知解除,其有利于公正、有效地解决相关争议。

关键词 不能履行 目的不达 权利滥用 显失公平

2018年9月5日,《民法典各分编(草案)》在中国人大网上公开,向全社会公开征求意见。自《民法典各分编(草案)》公布以来,《民法典各分编(草案)》的相关条文内容引起了理论界和实务界的广泛关注和评论,其中尤以《民法典各分编(草案)·合同编》(以下简称《草案》)引起的讨论为

^{*}王俐智,吉林大学法学院博士研究生;孙学致,吉林大学法学院教授、法学博士。

多。王利明最新发表在"中国民商法律网"上的文章对《草案》提出了七十七条修改建议。〔1〕《草案》第353条第3款创设了违约方解除合同的具体规则,《民法典合同编草案二次审议稿》(以下简称《草案二审稿》)保留了该规则并进行了一定的修改。在违约方解除合同的权利基本确定留在合同编的情况下,该款规定的违约方解除合同的具体条件是否合理、是否需要完善亟需讨论。

一、问题的提出: 违约方解除合同的 争议与《草案》第 353 条第 3 款

最高法院公报案例"新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案"^[2](以下简称"新宇案")对违约方解除合同诉求的支持,打破了合同解除权只能由守约方享有的传统理论。^[3] 自"新宇案"后,违约方解除合同争议的司法案例逐渐增多,理论界的讨论亦随之而起,形成"有限肯定说"和"否定说"两类观点。"有限肯定说"支持有条件地承认违约方的合同解除权. 孙良国主张,违约方的合同解除权不能成为一般规则,其适用条件需要严格限制;^[4]崔建远认为,违约方的合同解除权限于《合同法》第110条以及双方违约的情形;^[5]刘承韪主张有限地承认违约方的解除权以应对合同僵局;^[6]杨卓黎认为违约方享有合同解除权的法律基础是《合同法》第110条,赋予违约方合同解除权的合理性在于合同的不完备性、合同严守原则的缓和以及减损规则的要求等,具体路径应采取裁判解除模式。^[7] 与"有限肯定说"对立的是王利明所持的"否定说",他明确反对违约方享有合同解除权,但提出可以借鉴法国的司法解除制度,由违约方申请司法解除作为替代方案。^[8] 从目前《合同编草案》第353条将违约方解除权予以规定的情况看,"有限肯定说"占了主流。

"有限肯定说"立场鲜明地维护效率,赋予违约方合同解除权以化解合同僵局,避免社会财富的浪费或者资源的闲置。^[9] "绝对禁止说"担心赋予违约方合同解除权会造成道德风险,这一担忧有其合理性,但把所有违约方解除合同的情形都归入道德风险,显然夸大了事实。因为相当多的违约情形并不具有道德非难性,违约责任制度救济的是守约方因对方违约所受的损失,惩罚只是例外,与之关联的基于违约解除合同的相应规则。其功能也不是惩罚违约方,而是以双务合同对待给付之间的牵连性为衡量标准,^[10]提前终了履行不必要或不可能的合同的拘束力,同时根据

^[1] 参见王利明:《关于〈民法典分编(草案)·合同编〉的意见》(http://www.civillaw.com.cn/zt/t/? id=34837,最后访问时间 2018 - 11 - 15)。

^[2] 参见"新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案",载《最高人民法院公报》2006年第6期。

^{〔3〕} 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 516—517 页;崔建远:《合同法》,北京大学出版社 2013 年版,第 279—281 页。

^{〔4〕} 参见孙良国:《违约方的合同解除权及其界限》,载《当代法学》2016年第5期,第49页。

^{〔5〕} 参见崔建远:《完善合同解除制度的立法建议》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 2 期, 第 83 页。

^{〔6〕} 参见刘承韪:《民法典合同编的立法建议》,载《法学杂志》2019年第3期,第39页。

^[7] 参见杨卓黎:《违约方合同解除权研究——以解释论为视角》,载《湖南师范大学社会科学学报》 2017 年第 3 期,第 91 页。

^[8] 参见王利明:《合同编解除制度的完善》,载《法学杂志》2018年第3期,第20页。

^[9] 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》,载《法学》2019年第7期,第40页; 见前注(6),刘承韪文,第40页。

^[10] 参见陆青:《论解除效果的意思自治》,载《西部法律评论》2012年第6期,第67页。

违约责任给守约方施以救济。[11] 所以,在合同已经陷入僵局,或继续履行将造成重大资源浪费并背离合同目的,且并非恶意违约的情况下,仅基于合同严守原则配置合同解除权,单凭守约方的意志决定合同是否解除,等于授权守约方单方决定合同命运,如果守约方坚持不行使解除权,实质造成的后果无异于惩罚违约方。这样会偏离违约责任制度和合同解除制度的设立宗旨,也使法律失去了运用效率、公平和诚信原则更周全地调整交易关系的主动性。[12] 其实,即使"否定说"也没有堵死为违约方通过裁判解除合同的救济渠道。与"有限肯定说"有差异的是,"否定说"关注的重心是防范违约方解除合同的道德风险,"有限肯定说"则偏重违约方合同解除权正当性的证立。赋予违约方合同解除权是必要的,但必须"有限",即解除条件的设定必须是恰当的。应切实能够在坚持合同严守原则的基础上,兼顾效率、公平,达到平衡守约方权利与违约方权利的效果。

《草案二审稿》第 353 条第 3 款规定:"合同不能履行致使不能实现合同目的,有解除权人的当事人不行使解除权,构成权利滥用对对方显失公平的,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。"根据该规定的设计,违约方解除合同的条件:一是合同不能履行致使不能实现合同目的;二是解除权人不解除合同构成权利滥用且对对方明显不公平,其解除程序则为裁判解除。这是迄今为止违约方解除合同规则在立法进程中取得的最新设计成果,此后围绕这一问题进行的讨论,不应再自说自话,而应在该规则草案的基础上进一步深化。笔者认为,草案设计的不能履行与目的不达的双重构造模式既无比较法依据,又与我国既有规则相悖,且易造成适用的混乱。不能履行的单独构造不能解决违约方解除合同的主要争议情形,唯有目的不达的单独构造能消解上述问题。解除权人不行使解除权不符合权利滥用要件,但其构成合同僵局而违反效率价值。解除权人不行使解除权只满足显失公平客观要件,其表述应当修改。诉讼或者仲裁程序的限制符合违约方解除合同的特殊性,相比于通知解除,其有利于公正、有效地解决相关争议。以下详述之。

二、客观条件:"不能履行"与"目的不达"[13]的抉择

违约方解除合同首要的条件是合同不能履行致使不能实现合同目的,该条件包括不能履行和目的不达两个判断要素,且二者之间构成因果关系,笔者称之为客观条件。一方面,该种双重构造模式是否合理值得反思;另一方面,若否定该种双重构造模式,"不能履行"与"目的不达"如何抉择也需要予以讨论。

(一)"不能履行"与"目的不达"双重构造的批判

《草案》和《草案二审稿》均把违约方解除合同的条件设计为"不能履行"与"目的不达"双重构造模式,以达到严格限制违约方解除合同适用范围的目的。该种双重构造模式既不符合域内外的通行做法,又会造成条件的重复与混乱。

首先,比较法上合同解除的判断标准或基于"履行不能"或基于"目的不达",两者均独立地构成合同解除的判断要素,不存在两者双重限制的情况。大陆法系债法以履行障碍为中心构建规则体系,将履行障碍区分为履行不能、延迟履行、履行瑕疵等情形。合同解除的规则体系也是围绕履

⁽¹¹²⁾ 此为学界的主流观点,见前注〔3〕,韩世远书,第648页;见前注〔3〕,崔建远书,第268页;王利明:《合同法研究(第二卷)》,中国人民大学出版社2015年版,第321页。

^[12] 见前注[5],崔建远文,第89页。

^[13] 为行文方便,笔者将"不能实现合同目的"概括为"目的不达"。

行障碍构建,履行不能构成合同解除的独立判断标准,《日本民法典》^[14]《韩国民法典》^[15]以及我国台湾地区"民法"^[16]均是如此。英美法系上,合同解除主要区分为合同因受挫(frustration)而解除和因违约而解除。合同受挫包括:履行不能、履行不现实和目的受挫;^[17]违约则区分为违反条件条款和违反保证条款,违反条件条款引起合同解除的本质在于合同目的不能实现。^[18] 因此,无论是大陆法系还是英美法系,合同解除的判断标准或基于"履行不能"或基于"目的不达",两者均独立构成合同解除的判断要素,不存在两者双重限制的情况。

其次,"不能履行"与"目的不达"的双重构造与我国现行法不符。我国现行的《合同法》中,"目的不达"是合同法定解除的主要判断标准,"不能履行"是排除继续履行请求权以及不可抗力免责的主要判断标准,二者亦未结合构造。履行不能继受自《德国民法典》,是指作为债权的客体给付不可能的状态。^[19] 我国民法学界在解释"履行不能"时往往表述为"不能履行",^[20]《合同法》采取的也是"不能履行"的表述:《合同法》第 110 条第 1 款规定了法律上或者事实上的不能履行,^[21]合同法第 117 条、第 118 条规定了因不可抗力不能履行。^[22] 不能履行作为排除继续履行请求权与不可抗力免责的判断要素独立存在。

合同目的在《合同法》中占据重要的位置,《合同法》第52条第3项,第60条第2款,第62条第1项、第5项,第94条第1项、第1项、第125条第1款,第148条,第166条第1款、第2款,第231条,第244条等均与合同目的相关。[23] 根据《合同法》第94条的规定,目的不达既是不可抗力解除的判断标准,也是延迟履行解除合同的重要判断标准。[24] 目的不达作为合同解除的重要判断要素也是独立存在,未与不能履行发生关联。

最后,理论和司法实践的共识是"目的不达"适用范围包含了"不能履行"。不能履行与目的不

^{〔14〕《}日本民法典》(2017年修订)第542条(无催告解除)规定:"(一)下列情形,债权人无需前条之催告,得径行解除合同。1.债务全部履行不能时……"

^{[15] 《}韩国民法典》第 546 条(履行不能与解除)规定:"因可规则于债务人的事由,不能履行时,债权人可以解除契约。"

^[16] 我国台湾地区"民法"第 256 条(因给付不能之解除契约)规定:"债权人于有第 226 条之情形时,得解除 其契约。"第 226 条(因可归责于债务人事由之给付不能):"因可归责于债务人之事由,致给付不能者,债权人得请 求赔偿损害。前项情形,给付部分不能者,若其他部分之履行,于债权人无利益时,债权人得拒绝该部之给付,请求 全部不履行之损害赔偿。"

See E. A. Farnsworth, Contracts, 3 Wolters Kluwer Law & Business 637 (2004).

^[18] 参见李先波:《英美合同解除制度研究》,北京大学出版社 2008 年版,第 212 页。

^[19] 见前注[3],韩世远书,第 522 页。

^{〔20〕} 参见王利明:《论履行不能》,载《法商研究》1995年第3期,第34页;王轶:《论买卖合同中债务履行不能风险的分配——以基于法律行为的物权变动模式的立法选择为考察背景》,载《中外法学》1999年第5期,第71页。

^{〔21〕《}合同法》第 110 条规定:"当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行,但有下列情形之一的除外:(一)法律上或者事实上不能履行……"

^{〔22〕《}合同法》第 117 条规定:"因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。"第 118 条规定:"当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。"

^{〔23〕} 参见崔建远:《论合同目的及其不能实现》,载《吉林大学社会科学学报》2015 年第 3 期,第 42—52 页。

^{〔24〕《}合同法》第94条规定:"有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;(五)法律规定的其他情形。"

达二者适用范围不同,不能履行是履行障碍中最为严重之情形,其必然会导致目的不达;而目的不达的适用范围更大,履行延迟以及其他违约行为都可能导致目的不达(《合同法》第94条第(4)项)。目的不达的适用范围明显包含了不能履行(见右图)。

王利明在《草案》的修改意见中提出,将《草案》第 353 条第 1 款第 1 项中的"不能实现合同目的"修改为"不能履行",其修改理由在于:"其他客观原因不能实现合同目的的情形很多,此种表述会使当事人的解约权过大,可能使合同的效力、合同关系的稳定



性和拘束力受到影响,因此,建议将其限定于致使合同不能履行。"^[25]王利明主张的修改意见虽非直接针对《草案》第 353 条第 3 款,但其关于目的不达与不能履行适用范围大小的认识却具有借鉴意义。

司法实践中,支持违约方解除合同的案件中亦未强调"不能履行"与"目的不达"的双重要件。司法实践中存在三种裁判模式:一是仅考察"不能履行"这一要件,依照《合同法》第110条作出裁判;^[26]二是以"目的不达"为判断中心,对应有"不能履行"以及"履行费用过高"等多种情形;^[27]三是仅判断继续履行是否"目的不达"。^[28] 因此,司法实践的主要分析方式是独立地看待"不能履行"或者"目的不达",即使需要结合分析也不限于两者的结合,而是存在多种情形。

因此,欲严格限制违约方解除合同的适用范围,只需规定"不能履行"条件即可,无须再规定"目的不达";反之,仅规定"目的不达"即可,无需再加入"不能履行"的判断要素——将两者结合的规范模式实为"画蛇添足",应删除其一。

(二)"目的不达"优于"不能履行"

前文已述,"不能履行"代表严格限制违约方解除合同的立场,而"目的不达"代表相对限制违 约方解除合同的立场。仅从限制的程度立场进行条件的取舍未免流于主观化,而客观地分析两种 构造模式的体系化影响以及实际应用效果,可以得出孰优孰劣的结论。

"不能履行"的单独构造模式是指违约方解除合同的原因仅限于合同不能履行的情形,前文已述,其严格限制了违约方解除合同的范围,同时不会发生理解适用上的混乱,相对于《草案二审稿》的二元模式更加合理。但是,该种单独构造模式仍然存在以下问题。

其一,不能履行的单独构造模式与《草案二审稿》第 370 条(原《合同法》第 110 条)的排除继续履行请求权存在体系矛盾。按照文义解释及体系解释,《草案》第 353 条第 3 款规定的不能履行与《草案二审稿》第 370 条第 1 项的"不能履行"应当作同义理解。不能履行只是排除继续履行请求权的一种情形,而履行费用过高等情形同样具有排除继续履行请求权的效力,但履行费用过高等情形却不存在违约方解除合同的适用空间。问题是,排除继续履行请求权的本质是以损害赔偿代替继续履行,^{〔29〕}此种违约责任的安排已经是合同使命的终结性安排,但不能履行的单独构造下,履

^{〔25〕} 参见前注〔1〕,王利明文。

^{〔26〕} 参见云南省大理白族自治州中级人民法院(2019)云 29 民终 463 号民事判决书;江西省赣州市中级人民法院(2019)赣 07 民终 1203 号民事判决书。

^{〔27〕} 参见湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘 01 民终 1001 号民事判决书;陕西省西安市中级人民法院(2018)陕 01 民终 8925 号民事判决书等。

^[28] 参见广德县人民法院(2017)皖 1822 民初 2054 号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民五终字第 3841 号民事判决书等。

^[29] 例如,《草案》第 371 条规定:"当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定,依债务的性质不得强制履行的,对方可以请求其负担费用,由第三人替代履行。"

行费用过高处于既不能履行又不能解除的矛盾状态,导致前后法条之间存在体系上的不协调。

其二,不能履行的单独构造不符合司法实践情况,未能解决当前违约方能否解除合同的主要争议。在司法实践中,争议违约方能否解除合同的案件主要是关于履行费用过高的争议。以笔者所作相关实证研究为例,全国范围内争议违约方能否解除合同的 598 篇有效案件中,有 385 篇案件支持违约方解除合同。其中,适用《合同法》第 110 条第 2 项的案件有 275 篇案件,适用《合同法》第 110 条第 1 项的案件只有 83 篇。^[30] 这说明相比于"不能履行","履行费用过高"的适用频率更高,是实践中法院支持违约方解除合同的主要类型。

与不能履行的单独构造模式不同,在目的不达的单独构造模式中,违约方解除合同的前提是 合同目的不达,该种构造模式相比而言扩大了违约方解除合同的范围,有如下优点:

其一,目的不达的单独构造与《草案二审稿》第 353 条的解除权体系相协调。根据《草案二审稿》第 353 条第 1 款的规定,无论是客观原因引起的合同解除权还是违约行为引起的合同解除,在具体的判断标准上均强调目的不达:《草案二审稿》第 353 条第 1 款第 1 项和第 4 项均明确表述了目的不达这一判断标准;第 2 项规定的预期违约虽未明示目的不达条件,但根据英美法中关于预期违约的基本认知,预期违约判断标准主要就是目的不达;第 3 项规定的主要债务的延迟履行对于当事人订立合同的目的也会造成重大的阻碍,其催告条件则进一步强化了其对合同目的的严重阻碍,同样达到了目的不达的效果。因此,无论是否明示,《草案二审稿》第 353 条规定的合同解除的核心判断标准即是目的不达,而目的不达的单独构造模式与《草案二审稿》第 353 条的解除权体系是协调的。

其二,目的不达的单独构造符合司法实践需要。在司法实践中,作为支持违约方解除合同的主要理由,目的不达的判断标准更多地得到了法院的青睐:在支持违约方的385篇案件中,"目的不达"出现了297次、"履行费用过高"出现了239次、"不能履行"仅出现了83次——"目的不达"的适用频率最高。[31] 在诸多判决中,无论是不能履行还是履行费用过高,最终均归结为目的不达,^[32]甚至在不能归于不能履行以及履行费用过高的情形下,有的法院仍然以目的不达为裁判理由支持违约方解除合同。^[33] 因此,目的不达的单独构造更符合争议违约方解除合同的司法实践。

总之,不能履行与目的不达的双重构造既无法从比较法上找到依据,又与我国现有规则相悖,易造成适用的混乱。而不能履行的单独构造与《草案二审稿》第 370 条存在体系矛盾,未能解决违约方解除合同的主要争议情形,亦不可取。唯有目的不达的单独构造既能实现解除权体系上的协调,保证草案条文整体的一致性,又符合司法实践,应予以肯定。易言之,违约方解除合同的客观条件就是目的不达。至于具体条文表述,笔者建议将《草案二审稿》第 353 条第 3 款规定的"合同不能

^{〔30〕} 笔者在"无讼案例""北大法宝"以及"阿尔法"三个案例数据库中检索违约方解除合同的争议案件,得到598篇有效案件,其中裁判支持违约方解除合同的案件有385篇,有364篇案件适用了《合同法》第110条,其构成了裁判支持违约方解除合同的最主要法律依据。

^[31] 需要说明的是,同一个案件可能存在多个理由,因此出现次数会大于案件总数。

⁽³²⁾ 参见(2015)川民申字第 818 号民事裁定书;(2018)闽 08 民终 154 号民事判决书;(2016)黑 81 民终 21 号 民事判决书;(2017)苏 0623 民初 1117 号;(2017)鄂 08 民终 747 号民事判决书;(2017)川 16 民终 200 号民事判决书;(2015)长民初字第 1667 号民事判决书;(2015)呼民—终字第 01098 号民事判决书;(2017)湘 01 民终 1347 号民事判决书;(2014)深中法房终字第 2139 号民事判决书;(2014)厦海法商初字第 207 号民事判决书;(2010)沪—中民四(商)终字第 1191 号等。

⁽²⁰¹⁴⁾ 渝五中法民终字第 611 号民事判决书; (2014) 港北民初字第 1279 号民事判决书; (2014) 穗中法民五终字第 3841 号民事判决书; (2014) 长中民再终字第 00282 号民事判决书; (2016) 粤 20 民终 3473 号民事判决书; (2017) 鲁 11 民终 1860 号民事判决书; (2016) 浙 1004 民初 270 号民事判决书; (2016) 鄂 0624 民初 1115 号民事判决书等。

履行致使不能实现合同目的"修改为"继续履行不能实现合同目的"。一方面,该种表述是以公报案例为代表的司法裁判的共性表述;另一方面,该种表述不会引起条文解释上的歧义,具有确定性。

三、价值条件:权利滥用、合同僵局与显失公平的取舍

根据《草案二审稿》第 353 条第 3 款的规定,违约方解除合同须以守约方不行使解除权构成权利滥用为前提,且造成对违约方显失公平的结果。条文明确的判断标准包括权利滥用和显失公平两个条件:前者基于禁止权利滥用原则,后者基于公平原则。此外,解除权人不行使解除权同时暗含了合同僵局的因素,体现了民法的效率价值。但是,权利滥用、合同僵局与显失公平,三者是否都应当作为违约方解除合同的价值条件仍存在讨论的必要。

(一) 解除权人不行使解除权难以构成权利滥用

尽管判断标准不尽相同,禁止权利滥用是各国民法普遍确立的基本原则。^[34] 如,《德国民法典》第226条规定:"权利滥用的禁止权利的行使,不得专以加损害于他人为目的。"^[35]《日本民法》第1条第3款规定:"权利之滥用,不许之。"^[36]

我国《民法总则》第132条规定了禁止权利滥用原则,实为我国民法典编纂以来的重要突破。当前,"权利本位"某些情况下异化为"过度利己",引起社会互害,^{〔37〕}禁止权利滥用原则的确立实属必要。《草案》第353条并未规定"权利滥用"这一条件,该条件为《草案二审稿》新增。从应然角度来看,民法典各分编贯彻《民法总则》的原则性规定实为必要,体现了民法典的前后贯通、总分一致。但是,针对违约方解除合同的条件这一具体规则,解除权人不行使解除权是否可构成权利滥用值得探讨。

判读解除权人不行使解除权的行为能否构成权利滥用的关键是其是否符合权利滥用的构成要件。史尚宽认为权利滥用的构成要件有三:一是权利的存在;二是行使权利的行为;三是行为的违法性。^[38] 黄立主张,权利滥用的构成要件有四:一是权利的存在;二是行使权利的行为;三是权利的行使以损害他人为主要目的(笔者概括为害意);四是有损害的发生。^[39] 王利明将权利滥用的构成要件概括为:权利的存在、对他人或者社会利益的损害以及行为人主观的过错。^[40] 行为人的过错多为故意,两者与行为的违法性在判断上也具有同质性。美国学者伊安诺波洛斯总结"滥用权利"情形有:(1) 专门为损害他人或者以造成损害的主要动机行使权利的;(2) 不存在值得司法保护的重大合法利益;(3) 违反道德、诚信或者公平原则行使权利的;(4) 该项权利的行使与授予该权利的目的相悖。^[41]

综合上述观点,笔者将权利滥用的构成要件概括为:权利的存在、行使权利的行为、行为人的故意(滥用的意思)以及损害的后果。解除权人享有解除权符合权利的存在这一要件自无异议,但其他要件的构成上存在讨论的空间。

⁽³⁴⁾ Michael Byers, Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age, 47 McGill Law Journal 392 – 393 (2002).

^{〔35〕} 陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社 2006 年版,第 75 页。

^[36] 王融擎编译:《日本民法条文与判例》,中国法制出版社 2018 年版,第 10 页。

^[37] 参见张善根:《从互害型社会走向互利型社会——中国社会主要矛盾的转化及应对》,载《探索与争鸣》 2018 年第 8 期,第 75 页。

^{〔38〕} 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第716 页。

^[39] 参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 505—509 页。

^[40] 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 457 页。

⁽⁴¹⁾ A. N. Yiannopoulos, Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New, 54 Louisiana Law Review 1180 (1994).

其一,解除权人不行使解除权的行为不属于行使权利的行为,不符合权利滥用的前提。黄立认为,权利滥用以行使权利为前提,若无权利的行使,不构成权利滥用。^[42] 史尚宽虽主张权利的不行使在特定情况也能构成权利滥用,但其总结的权利滥用的 18 种具体类型均为行使权利的行为。^[43] 针对史尚宽所举权利的不行使构成权利滥用的例子,^[44]不妨作如下反驳:

首先,权利与义务常常相伴而生,同时存在。^[45] "权利的行使不妨碍社会秩序或者公共利益" 是权利人在享受权利的同时负担的义务,权利人负有为公共利益利用的"责任"是权利人违反为公 共利益利用的"义务"的结果,而非权利人享有"权利"本身的结果。

其次,史尚宽主张权利不行使构成滥用的前提是权利的不行使损害社会公共利益,但其所举"父母对子女婚姻拒绝同意"的例子仅涉及私人利益,未涉及公共利益。同样,解除权人不行使解除权的行为可能造成的损害是对违约方造成损害,而非对公共利益造成损害,也不属于其主张的构成权利滥用的情形。

再次,"父母对子女婚姻拒绝同意"的例子说明父母负有作为的义务,而在侵权法上,行为人不履行法定作为义务构成不作为的侵权行为,^[46]史尚宽也承认有学说主张构成侵权行为。因此,行为人不作为的本质属于侵权行为而非权利滥用行为。

最后,权利人不行使权利的行为构成权利滥用的观点与司法实践不符。理论主张应当与法律实践相符合才具有价值,为此,笔者检索了全国范围内有关权利滥用的全部 185 篇裁判文书,在上述裁判文书中,构成权利滥用的行为均表现为权利人的积极行为,不作为构成权利滥用的案件数量为零。^[47]因此,不行使权利构成权利滥用的情形在实践中亦不存在。总之,权利滥用的前提是权利的行使,解除权人不行使解除权根本不属于权利的行使,而是放弃权利的行使,而该种行为不能归属于权利滥用。

其二,解除权人不行使解除权也难以构成权利滥用的其他要件。即使承认解除权人不行使解除权的行为属于权利滥用的行为条件,存在构成权利滥用的可能性,权利滥用其他要件能否满足也存在疑问。根据前文总结,权利滥用的构成除了权利及行使权利的行为之外,还需要满足滥用的意思这一主观条件以及造成损害的结果条件。而在解除权人不行使解除权的情形,上述条件均存在一定的问题。

一方面,造成损害的结果条件为显失公平所吸收。根据《草案》第 353 条第 3 款的规定,违约方解除合同的条件包括显失公平这一结果条件,显失公平在违约方解除合同的具体情境中表现为守约方与违约方之利益的失衡,也即对违约方造成实际的损失。因此,造成损害的结果条件可以为显失公平所吸收。由于显失公平与权利滥用是相互独立的两个条件,在显失公平完全能够评价造成损害的情况下,权利滥用对于造成损害这一结果的救济就显得画蛇添足了。

另一方面,权利滥用的主观条件在解除权人不行使解除权的情形难以证成。《草案》第 353 条 第 3 款的价值在于特定情形下赋予违约方解除合同的权利,该款虽属于例外规则,但亦存在适用

^[42] 见前注[39],黄立书,第 505 页。

^{〔43〕} 见前注〔38〕, 史尚宽书, 第718—731页。

^{〔44〕} 史尚宽认为,权利以权利以不妨碍社会秩序、公共利益为前提,权利人负有为公共利益利用的责任,权利人无正当理由不行使,亦得构成滥用。例如父母无正当理由,对于子女婚姻拒绝同意,学说上亦有认可构成侵权行为。见前注〔38〕,史尚宽书,第716页。

^[45] 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社 2007 年版,第 146 页。

^{〔46〕} 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2011 年版,第 160 页。

^{〔47〕} 笔者在阿尔法数据库中以"《民法总则》第 132 条"和"滥用"为关键词,时间截止到 2019 年 2 月 20 日,共计检索 到 185 篇裁判文书。

的空间,如果条件设置过于苛刻甚至不具备现实性,相关权利沦为虚设,必有损法律的权威。在权利滥用的认定上,滥用的意思是必备条件,彭诚信概括为害意或重大过失,也有观点称之为恶意。然而,纯粹的主观状态难以探查,对于权利人主观状态的考察仍需依赖于权利人的相关行为。解除权不行使解除权,即解除权人没有行为,只有单纯的沉默。沉默本身因其不具备任何表示价值,一般不具有法律意义,^[48]不能据此认定解除权人有滥用的意思。此外,滥用的意思表现为主观的故意,解除权人不行使解除权表明其希望继续履行合同,但违约方继续履行合同的成本(损害后果)是解除权人难以预见的,只有违约方最清楚自己履行合同需要付出的成本。因此,针对解释权人不行使解除权的情形,滥用的意思这一主观条件难以证成。

总之,解除权人不行使解除权难以构成权利滥用,《草案》的表述是恰当的,而《草案二审稿》增加权利滥用的条件不具有合理性,应当删除权利滥用这一条件。

(二)解除权人不行使解除权构成合同僵局

解除权人不行使解除权难以构成权利滥用,但并非不具有任何意义,此种行为可引起合同僵局,而合同僵局不符合效率价值,因此违约方解除合同的权利得到了效率价值的论证。

一般情况下,当违约方违约达到了合同法定解除条件的情况下,守约方可以通过行使合同解除权提前结束合同关系,同时获得损害赔偿等救济。但在特定情况下,守约方虽享有法定解除权却并不行使法定解除权,而违约方已无继续履行合同的意愿和行为,合同既无法继续履行,又不能提前结束,其便处于一种"生死不明"的"僵局"的状态。

事实上,解除权人不行使解除权构成合同僵局的判断可以通过简单的法律逻辑推理实现。因为,无论是违约方还是解除权人,其对合同的态度无非两种,或者意欲继续履行或者意欲解除合同。所以,将两者的意愿连接在一起,有且只有四种情形。情形一:违约方有继续履行合同的意愿而解除权人不行使解除权,此时,合同可继续履行,合同僵局自不存在,违约方解除合同的权利需求也不存在。情形二:违约方愿意继续履行合同而解除权人行使解除权,合同被解除权人解除,违约方解除合同的权利需求不存在。情形三:违约方无继续履行合同的意愿而解除权人不行使解除权,此时,合同继续存在而又得不到履行,合同僵局产生,违约方解除合同的权利需求随之产生。情形四:违约方无继续履行合同的意愿而解除权人行使解除权,合同被解除权人解除,违约方解除合同的权利需求不存在。通过上述四种情形的分析可知,只有在解除权人不行使解除权且违约方不愿意继续履行合同的情况下,合同僵局才会产生,而违约方解除合同的条件这一问题的前提预设即违约方不愿意继续履行合同。因此,在违约方意愿为否的情况下,解除权人不行使解除权就可以直接推导出合同僵局的结论。同时,借助于合同僵局,解除权人不行使解除权与违约方解除合同的权利需求连接起来,前者构成了后者的条件之一的观点得到了论证。

效率是法律追求的基本价值之一。^[49] 在英美法中,效率是合同法的核心价值之一,合同法的功能是执行有效的合同、降低交易成本、阻止无效的行为以及阻止无效的履行。^[50] 虽然我国的《民法总则》或者《合同法》均未把效率规定为基本原则,但这并不代表我国民法不强调效率价值。我国民法学者们普遍承认鼓励交易原则是民法的基本原则之一,^[51]而鼓励交易原则正是效率价值的体现。有学

^[48] 参见石一峰:《沉默在民商事交往中的意义——私人自治的多层次平衡》,载《法学家》2017年第6期,第43页。

^[49] 见前注[45],张文显书,第 329 页。

^[50] Larry A. DiMatteo, Justice, Fault, and Efficiency in Contract Law, 3 The Italian Law Journal 46 (2017).

^{(51〕} 参见王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 208—210 页;前注〔3〕,崔建远书,第 18 页。

者一针见血地指出:"对经济效率的追求是中国当代民法得以发生的主要动因。"[52]

当今社会,经济形势瞬息万变,交易机会稍纵即逝,效率的价值得到了普遍的认可。当解除权人不行使解除权而违约方又无权解除合同时,交易各方陷入合同僵局之中,交易无法完成,替代交易又不能进入,与本交易相关的上下游交易均受到阻滞,这大大影响了交易的效率。当解除权人不行使解除权时,允许违约方解除合同则有助于破解该种"合同僵局":一方面,违约方从原交易中解脱出来,从而寻找更好的交易机会;另一方面,守约方可以和有交易意愿的新的交易方继续交易,守约方从违约方处获得的损害赔偿可以弥补更换交易对象造成的损失。破解合同僵局,交易不会陷入停滞状态,资源不会闲置而是得到有效利用,这才符合效率价值。

(三) 显失公平及其判断标准

根据《草案二审稿》第 353 条第 3 款的规定,权利滥用是"因"、显失公平是"果",单纯的权利滥用尚不足以引起违约方解除合同的权利,显失公平的结果也是必备的判断要素。前文已述,权利滥用这一条件存在重大的问题,应予以删除;其背后隐藏的合同僵局条件体现了效率价值,应予肯定。而显失公平这一判断要素是否合理、是否需要修改应予讨论。

公平原则是合同法的基本原则。基于公平原则,《合同法》及其司法解释规定了若干具体的规则:针对合同订立时违反公平原则的行为,当事人可以撤销因重大误解或显失公平订立的合同,消灭其效力;针对合同履行时发生的事变,当事人可以基于情势变更规则或不可抗力规则解除合同,结束其对当事人的约束;如果合同当事人承担的违约责任违反公平原则,当事人可以主张调整违约金或过失相抵。公平原则贯穿了合同订立到合同终止以及善后(违约责任)的全过程,是合同法各项具体规则的重要调节器。

公平原则也贯彻在合同解除的具体规则之中,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称"《合同法解释二》")第 26 条将公平原则作为情事变更规则的法理基础,情事变更的构成条件"继续履行合同对一方明显不公平"也体现了公平原则。[53]《草案》第 353 条第 3 款中,违约方解除合同的条件之一也是"明显不公平",《草案二审稿》将其修改为"显失公平"。解除权人不行使解除权,合同处于存续的状态,违约方仍需要继续履行合同,然而这种继续履行已经不能实现合同目的,对违约方明显不公平,使得本不享有解除权的违约方获得了请求解除合同的权利。

契约自由原则意味着约定应当遵守、违约应负责任,^[54]契约自由原则衍生出了合同严守原则。即使是不可抗力,在早期的英美合同法上也不能作为不履行合同的理由。^[55] 因此,违约方解除合同要件中的显失公平条件并不符合契约自由原则。诚实信用原则要求当事人全面履行合同义务,不仅履行约定义务还要负担附随义务,^[56]显失公平同样不属于诚实信用原则的范畴。显失公平条件侧重结果而非过程,侧重双方利益的均衡而非契约自由,其与合同法的公平原则相契合,具有价值判断上的合理性。

显失公平虽然契合公平原则,具有价值判断上的合理性,但其表述是否存在问题也需讨论。《草

^{〔52〕} 熊丙万:《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018年第5期,第82页。

^{〔53〕} 参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,载《中外法学》2014年第 3 期,第 658 页;李永军:《合同法》,法律出版社 2010年版,第 428 页;赵莉:《公平原则对契约严守的修正——国际示范立法中的情势变更》,载《法学评论》2007年第 5 期,第 150 页。

^{〔54〕} 参见孙学致:《唯契约自由论——契约法的精神逻辑导论》,吉林人民出版社 2006 年版,第 33、41 页。

^[55] 参见何宝玉:《英国法研究三部曲: 合同法原理与批判》,中国法制出版社 2013 年版,第 459 页。

^{〔56〕} 见前注〔3〕,韩世远书,第40页。

案》最初的表述是"明显不公平",《草案二审稿》则将其修改为"显失公平"。因此,需要讨论的问题是: (1) 从"明显不公平"到"显示公平"的修改是否合理;(2) 显失公平这一条件的具体判断标准。

"明显不公平"并非是一个法学概念,在法律、司法解释层面,其最早出现在《合同法解释二》第24条,作为情势变更规则的适用条件。鉴于情势变更解除规则与违约方解除合同规则的某些相似性,《草案》参考了情势变更规则的具体表述。"显失公平"最早规定在《民法通则》第59条,构成了民事法律行为可撤销的原因之一,但其具体内涵如何并未明确;《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第72条明确了显失公平的认定,但显失公平的构成条件在理论界仍存在一定的争议; [57]《民法总则》第151条将《民法通则》的乘人之危与显失公平结合起来,形成了新的显失公平的概念。根据《民法总则》的最新观点,显失公平的认定不仅要求利益显著失衡的结果条件,还要求利用对方处于危困状态或者缺乏判断能力的主观条件。[58]解除权人不行使解除权的行为最多造成当事人之间利益显著失衡的结果,其只能满足显失公平的客观条件,而不满足显失公平的主观条件。因此,《草案二审稿》采用的"显失公平"的表述明显是错误的,而《草案》采用的"明显不公平"的表述,仅调整结果的不公平,具有相对的合理性。

明显不公平作为违约方解除合同的具体条件自无异议,但明显不公平相比于解除权人不行使 解除权这一条件毕竟有更强的抽象性,实践中如何把握具体的判断标准是一个问题。笔者认为, 可以从以下三个角度分析。

第一,借鉴情势变更规则中的"明显不公平"的判断标准。理论界关于情势变更中的"明显 不公平"讨论不多,《合同法解释二》也不能提供进一步的判断标准。因此,只能考察有关情势变 更的司法实践观点。在"华锐风电科技(集团)股份有限公司与肇源新龙顺德风力发电有限公司 买卖合同纠纷案"中,最高人民法院认为,"是否显失公平并不能简单以合同签订时的价格与合 同履行时的价格进行纵向比较,本案中,新龙公司如继续履行合同不会额外增加其订约时预计 付出的履约成本,仅是其在合同签订后可以以更少的交易成本从别处获取合同标的物……"[59] 在"吴沛霖、王辰羽房屋租赁合同纠纷案"中,最高人民法院认为,"继续履行合同是否显失公平 并不能简单以合同签订时的价格与合同履行时的价格进行纵向比较,只有在合同的履行利益低 于维持利益,即出租方继续履行合同所得对价将难以维持房屋适租状态及支付必要成本时,方 宜认为构成合同法解释二第 26 条规定的'继续履行合同对一方当事人明显不公平'之情 形。"「60〕在"成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导 小组办公室采矿权纠纷案"中,最高人民法院认为:"……在此情况下,仍旧依照合同的约定履 行,必然导致采砂办取得全部合同收益,而鹏伟公司承担全部投资损失,对鹏伟公司而言是不公 平的,有悖于合同法的基本原则。"[61]针对"明显不公平"的判断,最高人民法院提出了正反两种 判断标准:一是,不能仅以合同签订价格与合同履行时价格对比;二是,合同一方承担的成本是 否显著增加而另一方不受不利影响。

第二,总结司法实践中支持违约方解除合同的利益衡量标准。违约方解除合同争议的司法实

⑤57〕 显失公平的构成要件存在着"一要件说"和"二要件说"的争议。参见张良:《论显失公平的构成条件》,载《河南财经政法大学学报》2014 年第 6 期,第 49—50 页。

^[58] 参见武腾:《显失公平规定的解释论构造——基于相关裁判经验的实证考察》,载《法学》2018 年第 1 期, 第 134 页。

^[59] 最高人民法院(2015)民二终字第88号民事判决书。

^{〔60〕} 最高人民法院(2017)最高法民申 3380 号民事裁定书。

^{〔61〕} 最高人民法院(2008)民二终字第 91 号民事判决书。

践既为违约方解除合同的权利提供的实践依据,同时也为违约方解除合同的条件提供了具体的判断要素。"新宇案"的裁判摘要指出:"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,应该允许违约方解除合同……" [62] 此外,大量案例也都援引了该裁判观点,以违约方继续履行合同的成本与合同双方可获得的利益进行比较。[63] 该判断标准与情势变更中"明显不公平"的判断标准有异曲同工之妙,这说明了"成本——收益"的具体判断标准合理性,违约方解除合同条件下的"明显不公平"也应当适用该标准。

第三,参照履行费用过高的认定标准。履行费用过高是支持违约方解除合同的一个重要理由,履行费用过高与明显不公平具有同质性,其判断标准值得借鉴。王利明认为,履行费用过高一般从两个方面判断:一是实际履行在经济上不具有合理性,会造成一定的损失和浪费;二是如果履行时间过长,也不适合实际履行。[64] 韩世远认为,"所谓履行费用过高,是指有时候标的物要强制履行,代价太大……立法者考虑到这样会使债务人为了履行合同将付出很大代价,而相反直接支付违约金的赔偿还不会花太大的代价。"[65]比较法上并不容易找到与履行费用过高完全对应的表达,普通法的一般观点是如果损害赔偿的救济足以保护受害方,那就不能判决实际履行;损害赔偿否充分的关键因素是否可以用金钱获得交易的替代物。[66] 这意味着损害赔偿是一般的救济方式,存在替代交易的场合就是"履行费用过高"。我国的履行费用过高规则参照了《国际商事合同通则》(以下简称"PICC")第6.2.2条的规定,但与PICC不同,《合同法》第110条删除了关于替代性交易排除继续履行的规定。[67] 因此,我国的"履行费用过高"的判断标准明显高于PICC,其必须达到继续履行在经济上明显不合理程度。

综上所述,违约方解除合同的价值条件的主要考虑的是权利滥用、合同僵局与显失公平三个 因素:首先,解除权人不行使解除权难以构成权利滥用,因此应删除"权利滥用"这一因素;其次,解 除权人不行使解除权构成合同僵局,因此该表述应当保留;最后,解除权人不行使解除权本身并不 满足显失公平的双重条件,因此应将"显失公平"的表述修改为"明显不公平"。

四、程序条件:诉讼解除程序

合同解除权的行使既有通知解除程序也有诉讼解除程序。《合同法》第 96 条采取的是通知解除程序,但适用情势变更规则的合同解除是诉讼解除程序;法国债法修改之前以诉讼解除程序为一般规则,而最新的债法修改将通知解除模式上升为一般规则。[68]《草案》及《草案二审稿》第

^[62] 参见"新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案",载《最高人民法院公报》2006 年第 6 期。

^{〔63〕} 笔者检索的违约方能否解除合同的 598 篇争议案件中,有 32 篇案件的裁判理由中有如下表述:"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,应该允许违约方解除合同。"

^{〔64〕} 见前注〔3〕,王利明书,第 584—585 页。

^{〔65〕} 见前注〔3〕,韩世远书,第769页。

⁽⁶⁶⁾ E. A. Farnsworth, *supra* note (17), at 773.

^{〔67〕} PICC 第 6.2.2 条(履行非金钱债务)规定:"若一方当事人负有一个非付款义务而未履行,另一方当事人可要求履行,除非:(a) 法律上或事实上不可能履行;(b) 履行或有关的执行带来不合理的负担或费用;(c) 应获得履行的一方当事人有理由从其他渠道获得履行;(d) 履行具有排他的个人的特性;(e) 应获得履行的一方当事人在他已知或应当知道不履行之后的合理时间内不要求履行。"

^[68] 原《法国民法典》第 1184 条第 3 款规定:"解除契约,应向法院提出请求,法院得视情形给予被告一个期限。"《法国民法典》(2016 年修正)第 1224 条规定:"合同解除可以是约定解除条款行使的结果,也可以是在严重违约的场合,通过债权人向债务人的通知或者法院裁决来实现。"

353 条第 3 款均规定了相同的程序条件: 违约方必须通过诉讼或者仲裁程序请求法院或者仲裁机构解除合同。笔者亦认为违约方解除合同应采用诉讼解除程序,其理由在于: 第一,诉讼解除程序有充分的理论和实践依据;第二,在违约方解除合同的问题上,诉讼解除程序相比于通知解除程序更有优势。

(一) 诉讼解除程序的理论和实践依据

诉讼或者仲裁程序在我国民法规范上早已有之,根据《民法通则》第59条,可撤销、可变更合同的撤销或者变更必须通过诉讼或者仲裁的程序行使。违约方解除合同也应当经过诉讼或者仲裁程序,其依据有以下几点。

第一,违约方解除合同的权利不同于一般的法定解除权,其程序适用上也应区别对待。《草案二审稿》第 353 条既规定了一般的法定解除权,又规定了违约方解除合同的权利。由于前者属于一般规则,后者属于例外规则,因此,两者适用的程序不能相同。针对一般的法定解除权,《合同法》以及《草案二审稿》规定的均是通知解除规则:解除权人可以直接通知对方解除合同,通知到达对方时合同即解除,该解除权的行使无需借助于法院或者仲裁机关。

如果违约方解除合同的程序是通知解除规则,则合同当事人不仅可以任意违约,还可以此解除合同,摆脱合同拘束。交易的稳定性、安全性受到极大影响,这对守约方极为不利。因此违约方解除合同的程序条件需要额外的限制。诉讼或者仲裁程序作为合同撤销规则以及情势变更解除规则的程序条件,具有借鉴价值。

第二,情势变更解除合同的程序条件可作为参考。《草案二审稿》规定的诉讼或者仲裁的程序条件与《合同法解释二》规定的因情势变更解除合同的程序条件相同,笔者认为,这是参考情势变更解除规则的结果。情势变更解除规则与违约方解除合同规则存在许多相似之处:第一,二者均是合同解除的规则,秉持着相近的价值取向,如公平原则、效率价值;二者在应然层面泾渭分明,但在实然层面却存在模糊地带,关键在于情势变更与商业风险的有效区分;第三,两者面临的困境相同,合同难以履行或者处于僵局之下。由于情势变更解除规则与违约方解除合同规则的诸多相似之处,且情势变更规则在司法实践中已经获得了丰富的实践经验,其具体规则便成了违约方解除合同规则的参考规则,如"明显不公平""目的不达"以及"诉讼或者仲裁程序"。

第三,司法实践中,法院亦多认同诉讼解除的方式。根据笔者所作的案件检索,全国范围内支持违约方解除合同的 385 个案件中,法院关于合同解除时间的处理方式有三类:一类法院认定当事人通知到对方时合同解除,此类案件数只有 36 篇;另一类法院认定判决时合同解除,此类案件数最多达到 273 篇;最后一类法院是酌定了合同解除时间,比如承租人撤场时、交钥匙时等,此类案件有 21 篇;上述三类解除时间判断方式中,第一类属于通知解除程序,第二类是诉讼解除程序,而上述案件中采用诉讼解除程序的案件数量最多,占比约 70.9%。因此,尽管法院支持违约方解除合同的主张,但法院多数不愿意认可违约方通知对方即可解除合同的程序规则。

(二)诉讼解除程序相比于通知解除程序的优势

诉讼或者仲裁的程序条件,学者们称之为"裁判解除"^[69]或"司法解除"^[70]。相比通知解除程序,诉讼解除程序虽然具有诉讼成本较高等缺点,但是也在违约方解除合同的问题上,有更为明显的优势。

^[69] 参见韩世远:《不可抗力、情事变更与合同解除》,载《法律适用》2014 年第 11 期,第 61 页。

^[70] 见前注[7],王利明文,第20页。

第一,诉讼解除程序是目前支持违约方合同解除权与反对违约方合同解除权所能达成的共识。支持违约方合同解除权的观点多主张诉讼解除模式;反对违约方享有合同解除权的学者主张适用法国的司法解除模式。孙良国认为,采用司法解除模式与直接赋予违约方合同解除权在结果上没有差别。[71] 与其在名义上反对违约方的合同解除权,不如承认违约方有合同解除权并以诉讼解除程序限制。

第二,诉讼解除程序有利于更好地解决违约方合同解除权的纠纷。一方面,法院或者仲裁机构居中裁判,能够较好地保障合同解除的公平性和妥当性;^[72]另一方面,违约方解除合同的适用条件较为复杂、难以判断,合同双方争议较大,法院或者仲裁机构有更为丰富的经验、更为专业的判断,在判断案件是否满足违约方解除合同的条件会得出更为恰当的结论,最终实现争议的有效解决。

第三,诉讼解除程序有利于预防诉讼爆炸。违约方解除合同的规则作为例外规则不应当被轻易适用,而诉讼解除程序有助于防止这一规则的滥用。诉讼或者仲裁具有较高的争议时间成本,诉讼费、律师费、鉴定费等费用成本以及不确定的败诉风险,可以起到防止当事人轻率提起争议的作用,促使当事人更多地采取协商解决争议的方式,这有利于预防诉讼爆炸。

第四,诉讼解除程序更有效率。一方面,由于违约方主张解除合同的观点多数情况下不会被违约方所接受,因此,即使采用通知程序,守约方不同意违约方解除合同,也会提起解除权异议之诉,同样避免不了诉讼程序。而诉讼解除程序实际上将两个程序合二为一,一次性解除当事人之间的争议,具有程序上的优势,更加富有效率。

最后,诉讼程序从损害赔偿的计算上更有利于守约方。采用诉讼解除程序,则合同解除的时间为法院判决时,在法院判决之前合同依然存续,违约方造成守约方的损失依然在计算之中。这样,法院最终判决违约方承担的损失是从违约之日起到判决时为止的守约方的损失。如果采用通知解除程序,则从违约方通知守约方之时合同解除,其后双方发生争议,从通知之日到法院判决之日期间的守约方的损失无法获得保护,只能由守约方自己承担,这必然不利于对守约方利益的保护。

比较通知解除与裁判解除的优劣,笔者认为,《草案二审稿》采取的诉讼或者仲裁的程序条件 具有必要性和合理性,能够公平妥当地解决违约方解除合同的争议,保障违约方的权利,同时防止 该权利的滥用,应予以肯定。

五、结论:《草案》第353条第3款之完善建议

《草案二审稿》第 353 条第 3 款规定的违约方解除合同的具体条件具备理论和实践基础,总体上应予肯定。但是,具体条件的设计以及条文的表述仍然存在一定的问题,尚有完善的空间。

第一,关于违约方解除合同的客观条件。《草案二审稿》规定的"合同不能履行"与"不能实现合同目的"的双重构造模式存在重大缺陷,过度限缩了违约方解除合同的范围,与既有的规则和司法实践不符。笔者建议采用"不能实现合同目的"的单独构造模式,具体条文表述为"因继续履行不能实现合同目的"。

^[71] 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》,载《法学》2019 年第 7 期,第 50 页。

^[72] 见前注[51],韩世远文,第64页。

第二,关于违约方解除合同的价值条件。《草案二审稿》的规定包括了"解除权人不行使解除 权构成权利滥用"以及"显失公平"两个因素,背后体现了权利滥用、效率价值以及公平原则。问题 在于"解除权人不行使解除权"难以构成权利滥用,因此"权利滥用"这一判断标准应当删掉。但 "解除权人不行使解除权"可构成合同僵局,破解合同僵局符合效率价值,应当予以肯定。此外, "显失公平"符合合同法的公平原则,应当保留,但具体条文表述上,应将其修改为"明显不公平"以 避免此处与《民法总则》中的显失公平概念的冲突。

第三,关于违约方解除合同的程序条件。《草案二审稿》规定的"诉讼或者仲裁"的条件非常有必要。由于违约方解除合同的规则是例外规则,其解除的权利也非一般法定解除权,因此其不能适用通知解除程序。借鉴情势变更的诉讼解除规则,相比于通知解除规则在违约方解除合同的问题上具有明显的优势,应予肯定。

最后,违约方解除合同的条件即《草案二审稿》第 353 条第 3 款应作如下表述:"合同继续履行不能实现合同目的,有解除权的当事人不行使解除权对对方明显不公平的,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。"

Abstract Whether the defaulting party can terminate the contract is controversial, but still has a consensus in theory. The key point is the design of the specific conditions and procedures. There are three conditions for the defaulting party according to Paragraph 3 of Article 353 of the Draft Civil Code: the objectives of the contract cannot be realized due to its impossibility of performance; the fact that the party with the right of dissolution cannot dissolve the contract constitutes the abuse of civil rights, which is also obviously unfair to the other party; there is a proceeding of filing a lawsuit or requesting for arbitration. In other words, the contract should be impossible to perform and its purpose should be unfeasible. However, this mode has no basis through comparative studies of law, and this is even inconsistent with the current related provisions of laws in China. Furthermore, this would create confusion in its application. This mode cannot resolve the major problems of disputes on the termination by the defaulting party. It is argued that only the mode with the element frustration of purpose can solve the problems mentioned above. The fact that the party with the right of dissolution cannot dissolve the contract constitutes the deadlock of the contract instead of the abuse of civil rights, which violates the value of efficiency. Meanwhile, it only matches the objective element of unfairness, so it needs to be modified. The way to limit the proceeding of filing a lawsuit or requesting for arbitration conforms to the particularity of the termination by the defaulting party. Compared with the termination by notification, this way is more effective to settle disputes fairly and effectively.

Keywords Impossibility of Performance, Frustration of Purpose, Abuse of Civil Rights, Obvious Unfairness