

争议解决法律

重新发现继续履行（一）：法理、例外和裁判思路

作者：金立宇 | 刘央 | 赵宇先

继续履行是违约责任的重要组成部分，合同法第一百零七条将其列为首选的违约责任承担方式。然而，在实践中，合同法第一百一十条下的非金钱债务继续履行除外事由在为继续履行适用创造灵活性的同时，又会矫枉过正，使得裁判者忽略了合同法下原本的救济选择优先次序。本文试图澄清继续履行在违约责任中的恰当地位，并主张继续履行可以并应当得到更广泛的适用。为此，本文将阐释继续履行的价值、功能，并结合中外实例进行探讨。

本文分为八个部分。第一部分具有描述性，力图展示普通法和大陆法下对继续履行的不同态度。第二部分通过结合学理和判例，试图阐释合同法第一百一十条的含义。第三部分关注《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）（“九民纪要”）第四十八条关于“违约方起诉解除”的规定，分析认为该条并不影响合同法第一百一十条的适用。第四部分试图澄清实践中颇具迷惑性的一个问题：裁判者在裁判继续履行请求时是否需要考虑可执行性。我们对此持否定态度。

第五部分从理论的角度出发，提出对合同法第一百一十条适用的偏差，背后的真正矛盾节点在于继续履行和其主要“竞争对手”损害赔偿两者之间的张力。因此，该部分将继续履行与损害赔偿进行比较，提出继续履行在实现违约责任目的方面的优势。第六部分将进一步揭示损害赔偿的局限性，讨论在何种情况下损害赔偿代替继续履行将对守约方造成不公。第七部分将针对以损害赔偿代替继续履行这一范式的理论基础——“效率违约”理论进行批判性的讨论。第八部分为全文的总结，并附带考虑继续履行救济与守约方后续的其他可能救济的关系。

一、普通法和大陆法对实际履行的态度

（一）普通法对继续履行的态度

普通法下，法院通常不会要求实际履行金钱债务之外的义务，对该等义务违反的救济属于衡平法的范畴¹。传统上，法院认为，损害赔偿是违约责任的首选承担方式，仅当损害赔偿不能提供足够的救济

¹ Edwin Peel, *Treital, The Law of Contract* (14th Edition), London: Sweet & Maxwell (2015), at para. 21-016.

时方才考虑继续履行²。对救济不足够的证明义务由主张继续履行的一方承担³。

法院在判断损害赔偿是否足够时的考量因素包括：合同标的是否有可替代物（如有，则守约方有义务从市场获取替代物以减少损失）⁴，损害赔偿是否难以计算⁵，合同是否包含责任限制条款或违约金条款从而使得赔偿可能低于实际损失⁶，损害是否只是名义上的⁷，标的物是否具有独特性等⁸。近几十年来，英国法院对赔偿是否足够这一标准也有新的发展，法院不再仅仅关注赔偿是否“足够”，而是考量继续履行相比损害赔偿而言是否更公平（do more perfect and complete justice than an award of damages）⁹。这体现了法院对实质正义的进一步追求。

此外，普通法下具有人身性的合同不具有强制履行性，如劳动合同。所谓人身性是指需要作为自然人的义务人亲自作出某种行为，从而有可能构成对人身自由的限制¹⁰。在具有人身性的合同中，损害赔偿是否足够并不是考虑因素¹¹。可见，具有人身性一般需要与人身自由挂钩。但也有判例显示，如某一义务必须由人来履行本身并不代表该义务必然具有人身性，如出版一首音乐作品¹²。

鉴于继续履行属于衡平法救济，法院对是否授予继续履行具有极大的自由裁量权。这种裁量权的一个重要体现是法院对继续履行的监督。传统上，法院认为，持续性义务的继续履行需要法院的持续监督，法院通常不愿意支持继续履行（持续性的付款义务除外）¹³。例如，在 *Ryan v Mutual Tontine Association* 案中，公寓租赁合同约定必须有搬运工持续到岗为租客提供服务，法院不愿意支持继续履行¹⁴。基于同样的原因，*Co-operative Ins Society Ltd. v Argyll Stores (Holdings) Ltd.* 一案中上议院拒绝继续履行一份长达 31 年的租赁协议，但也借此机会澄清了关于持续监督的是否构成拒绝继续履行理由的判断标准。上议院区分了两种情形：（1）以做出某种行为的内容的继续履行，和（2）以达到某种结果为内容的继续履行。上议院认为前者才需要法院持续监督，因而不能予以支持的继续履行；后者则不存在这样的困难¹⁵。

除此之外，英国法院还通过判例法发展出了一系列拒绝继续履行的理由：

（1）严重的困难（severe hardship），例如违约方履行的成本将远远大于履行给守约方带来的利益¹⁶；又

² 参见 *Co-operative Ins Society Ltd. v Argyll Stores Ltd.* (1998) A.C. 1 at 11。

³ *The Stena Nautica (No.2)* (1982) 2 Lloyd's Rep. 336 at 348。

⁴ 参见，例如，*Cud v Rutter* (1719) 1 P.Wms. 570。

⁵ 参见，例如，*Thames Valley Power Ltd. v Total Gas and Power Ltd.* (2005) EWHC 2208 (Comm)。

⁶ 参见，例如，*Bath & North East Somerset DC v Mowlem Plc* (2004) EWCA Civ 115，但该案中涉及的是禁令（injunction），而非要求作出某种积极行为。

⁷ 参见，例如，*Beswick v Beswick* (1968) A.C. 58。

⁸ 参见，例如，*Pusey v Pusey* (1684) 1 Vern. 273; *Somerset v Cookson* (1735) 3 P. Wms. 390。但有一个领域法院通常会同意继续履行，这就是土地买卖合同，其原因法院认为在于土地的独特性较高——没有两块完全相同的土地。参见 P.S.阿狄亚著，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，《合同法导论》（第五版），北京：法律出版社 2002 年版，第 452 页。

⁹ *Tito v Waddell (No.2)* (1977) Ch. 106 at 322; *Rainbow Estates Ltd. v Tokenhold* (1999) Ch. 64 at 72–73; *Evans Marshall & Co Ltd. v Bertola SA* (1973) 1 W.L.R. 349 at 379。

¹⁰ *Johnson v Shrewsbury and Birmingham Ry* (1853) 3 D.M. & G. 358。

¹¹ *Young v Robson Rhodes* (1999) 3 All E.R. 524 at 534。

¹² *Barrow v Chappell & Co* (1951), now reported in (1976) R.P.C. 355。

¹³ Edwin Peel, *Treital, The Law of Contract* (14th Edition), London: Sweet & Maxwell (2015), at para. 21-039。

¹⁴ *Ryan v Mutual Tontine Association* (1893) 1 Ch. 116 at 123。

¹⁵ *Co-operative Ins Society Ltd. v Argyll Stores (Holdings) Ltd.* (1998) A.C. 1。

¹⁶ *Tito v Waddell (No.2)* (1977) Ch. 106 at 326。

如违约方要履行必须先向第三人提起法律诉讼¹⁷。合同不公平(但未达到可以使得合同无效的程度),例如,在 *Walters v Morgan* 案中,违约方同意将其土地租给守约方用于矿产开发,但法院并未支持守约方的继续履行请求,因为法院认为案涉合同的缔结对违约方不公:守约方起草了合同并不断催促违约方签约,而土地是违约方刚刚买入的,其在签订合同时并未了解这片土地的真正价值¹⁸。法院似乎不愿意支持守约方利用信息不对称获利。

- (2) 守约方的不当行为。例如,守约方并未履行其用以吸引违约方缔约的承诺,即使该承诺并没有拘束力¹⁹。又如,守约方的不公平履约行为也可能导致法院拒绝继续履行。在 *Shell UK Ltd. v Lostock Garage Ltd.*案中,违约方给予各油站折扣,但唯独没有向守约方提供折扣,法院拒绝了守约方对违约方的继续履行请求,因为该等履行将使得违约方在亏损的情况下经营²⁰。
- (3) 无法履行。如出卖方签订合同卖出其并不拥有的土地,法院拒绝继续履行,因为不得强制当事人为不可能之事²¹。
- (4) 合同过于模糊。这种情况下法院难以准确描述具体履行的内容²²。继续履行的相互性。如果被告不能同样地请求原告继续履行,原告的继续履行请求将会被拒绝²³。

可以看出,在普通法项下,合同并不具有继续履行的“基因”。但这种“基因”的缺乏似乎更多源于历史的原因,而没有很强的逻辑性因素。上文检索的判例综合显示,英国法院对合同是否继续履行的判定是一项综合工程,其涉及到对合同情况的根本判断,尤其是 *Tito v Waddell (No.2)*案件更是揭示了法官内心深处的考量仍是公平与否的问题。

(二) 大陆法系对继续履行的态度

相对普通法系而言,大陆法系对继续履行持较为宽容和支持的态度,其规则也相对简单。在大陆法下,继续履行是默认的违约救济手段,无需特别的理由便可适用。例如《法国民法典》区分了作出一定行为的义务和交付一定财产的义务。后者属于绝对可以强制继续履行的范围;而对于前者,法院将通过施以强制罚金的方式来间接强制债务人履行,如不按期履行,则需按天计算向债权人支付一定数量的金钱²⁴。在德国法上,继续履行优先于损害赔偿适用,债权人必须给予债务人再次履行债务的机会之后方才可以主张损害赔偿²⁵。强制履行的优先无可厚非,因为履行本身就是债权的题中之义。我国民法总则第一百一十八条和刚刚公布的民法典草案第一百一十八条均明确规定,债权是权利人请求特定义务人为或不为一定行为的权利。1986年的民法通则第八十四条甚至直接规定了“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务”,在法律上直接规定了债权人的履行请求权。这些规定与

¹⁷ *Wroth v Tyler* (1974) Ch. 30。在该案中,法院拒绝继续履行的理由之一是被告与其妻子之间必须先进行诉讼,被告方才可以继续履行。

¹⁸ *Walters v Morgan* (1861) 3 D.F. & J. 718 at 723。

¹⁹ *Lamare v Dixon* (1873) L.R. 6 H.L. 414。

²⁰ *Shell UK Ltd. v Lostock Garage Ltd.* (1976) 1 W.L.R. 1187。我们认为该案的思路值得商榷,法院在判断继续履行时是否要考虑履行对双方的后果?为何不执行双方的约定?

²¹ *Watts v Spence* (1976) Ch. 165。

²² 例如 *Joseph v National Magazine Co Ltd.* (1959) Ch. 14。该案涉及一项发表合同,但双方对所发表文章的具体用词达不成一致。

²³ *Price v Strange* (1978) Ch. 337 at 367-368。

²⁴ 王茂琪,罗马法与法国法中的实际履行,《求索》2010年第7期,第163-164页;韩世远,《合同法总论》(第三版),北京:法律出版社2011年版,第605-606页。

²⁵ 王洪亮,强制履行请求权的性质及其行使,《法学》2012年第1期,第106页。

大陆法系的做法一脉相承。然而，合同法一百一十条又对非金钱债务的继续履行规定了例外，体现了对普通法的一些借鉴。但我们在理解合同法一百一十条时，应当清楚地认识到该条规定的是继续履行的例外情形且仅仅是例外，而不应当被扩大适用。

二、对合同法第一百一十条的阐释

合同法第一百一十条规定：“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；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”其中第（三）项判断相对容易，争议较多的是第（一）项和第（二）项，故本部分着重阐释该两项的含义。对适用这些例外的事实当事人应当举证，而不应由裁判者在缺乏证据的情况下自由裁量。

（一）法律或事实上不能履行

1. 法律上不能履行

法律上不能履行，指的是合同履行将违反法律法规的效力性、强制性规定。江平教授在 1999 年对该条的理解认为：“法律上的不能履行是因法律上的原因使履行成为不能，例如给付禁止流通物²⁶。”鉴于江平教授为合同起草小组的核心成员，可以认为其观点在很大程度上体现了立法者的意图。可见合同法第一百一十条对“法律或事实上不能履行”的情形有严格的限定：履行被法律禁止。

最高院的判例体现了与此相同的理解。在（2019）最高法民终 879 号案中，最高法院认为：“所谓法律上不能履行，是指双方在订立合同时可以履行的，但在合同实际履行的时候，法律和法规禁止这样的履行行为”²⁷。结合该案事实，法院进一步认为案涉合同未违反效力性强制性规定，合法有效，违约方抗辩中涉及的相关规章制度，均非法律法规的效力性强制性规定，且违约方关于履行合同会被有权机关进行行政处罚等抗辩，也均非法律上不能履行的情形²⁸。

在（2015）民申字第 1786 号案中，最高法院需要考虑该案中土地未交付，无法完成 25% 投资建设、“三通一平”等义务是否造成合同不能履行²⁹。房地产管理法第三十九条明确规定，转让房地产时，应当已经完成开发投资总额的百分之二十五以上。但最高法院认为，“由于此条中没有不符合条件将导致转让合同无效的规定，故对土地使用权转让未完成开发的，可依法接受行政处罚，不必然导致转让合同无效”³⁰。

上述案例表明，最高法院认为，仅仅因为履行合同将导致行政处罚，并不足以构成“法律上不能履行”的情形。这一认定充分缩限了“法律上不能履行”的范围，有其合理性。因为，合同法仅仅在合同达到有违法律、行政法规的强制性规定的程度方才干预合同效力（合同法第五十二条第五款）。继续履行的例外情形的标准不宜设定得过低，否则可能造成大量的有效合同得不到履行。

2. 事实上不能履行

²⁶ 江平主编，《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 92 页。

²⁷ （2019）最高法民终 879 号。

²⁸ 同上。

²⁹ （2015）民申字第 1786 号。

³⁰ 同上。

关于事实上不能履行，江平教授认为：“事实上的不能履行是因自然法则而使履行成为不可能，如因洪水冲垮铁路而不能运送货物³¹。”韩世远教授持类似观点：“所谓事实上的不能，又称为自然不能，指基于自然法则的不能。比如因合同标的物灭失而不能履行；或者因洪水泛滥造成铁路交通中断而不能运输货物等³²。”因此，所谓的事实不能应当被理解为合同履行存在自然事实上的障碍，例如标的物灭失、货物运输因自然灾害阻断等情况。这意味着履行的障碍不能是人为造成的。例如，在租赁协议中，业主强行将承租人从商铺中驱逐，并立刻将商铺租给新的出租方并交付。此时商铺虽然被新租户占有，但这种障碍显然是业主主动造成的，不属于“事实上不能履行”的情形。

此外，只有当有关的履行障碍绝对不能被消除，且债务人无义务消除时，该障碍的存在才有可能构成事实上履行不能的情形。这一理解为最高人民法院的裁判案例所印证。例如，在（2017）最高法民申3262号案中，被告方主张案涉安置用地因早已被政府规划为市政道路和绿地建设，而属于事实上履行不能，但最高院拒绝采纳这一抗辩理由，并认为积极妥善处理拆迁、安置事宜，是被告方的合同义务³³。最高院还认为，拆迁安置并非只有指定地点安置一种方式，具有可替代性。即使指定地点安置因市规划等原因存在履行障碍，也不影响通过采取其他方式安置职工来保证合同实际履行³⁴。

同样地，北京高院有判例显示，暂时性的履行障碍不能作为继续履行的阻却事由，因为这“违背了《合同法》第一百一十条规定的立法本意，同时也不利于保护守约方的合法权益，易使违约方逃避承担继续履行的责任，有违诚实信用的基本原则”³⁵。在该案中，案涉房屋上的银行抵押权和公安机关、法院的查封措施只是合同继续履行的暂时性障碍，当事人可以通过适当的方式予以消除，故法院认为不属于“事实上已无法履行”的情形³⁶。在（2017）最高法民申1547号案中³⁷，最高院进一步明确了司法查封不属于“法律上或事实上不能履行”的情况，因为查封“并不改变房地产权物状态”，不会导致买卖合同无法履行³⁸。同时，最高院还强调，至于最终房屋能否实际过户是执行程序中的问题，而非裁判时考虑的问题³⁹。

在（2012）民二终字第116号案中，最高院认为，对处置残留危化物的义务的履行，现行法律既未规定必须由原生产企业执行，也未限定再生公司不得委托其他具备该项资质的企业处置。我国《固体废物污染环境防治法》第五十七条第三款有关禁止将危险废物提供或者委托给无经营许可证的单位从事收集、贮存、利用、处置的经营活动的规定亦表明，可以将危险废物委托给有经营许可证的单位从事处置活动，故违约方以其不具备危化物的处置资质为由，主张《处置合同》无法继续履行的主张，本院不予支持⁴⁰。

上述案例共同表明，“事实上不能履行”的情形必须具有客观性，而不能由违约方创设，因为主动创设履行障碍是明显的恶意行为。这类似于国际仲裁上的“不洁之手”原则⁴¹。这一观念在实践中有广

³¹ 江平主编，《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第92页。

³² 韩世远，合同法总论（第三版）[M]，北京：法律出版社，2011。

³³ （2017）最高法民申3262号。

³⁴ 同上。

³⁵ （2018）京民终249号。

³⁶ 同上。

³⁷ （2017）最高法民申1547号。

³⁸ 同上。

³⁹ 同上。

⁴⁰ （2012）民二终字第116号。

⁴¹ 参见 https://www.law.cornell.edu/wex/clean-hands_doctrine。

泛的意义。仍以上述租赁协议争议为例，业主作为出租人，本身就有义务采取一切努力消除任何可能阻碍其履行租赁协议的障碍，因此不能援引“事实上不能履行”这一抗辩。否则合同法第一百一十条第一项例外情形将成为恶意当事人出尔反尔和背信弃义的保护伞，即允许任何当事人通过主动创造障碍的方式豁免自身的继续履行义务，这显然不可能是该条款的立法本意。事实上，最高院在适用第一百一十条项下另一种例外情形（履行费用过高）时也采纳了一致的态度，即如果继续履行将增加的费用是违约方自己造成的，则不构成履行费用过高⁴²。这进一步表明了违约方不得自行创设合同履行的障碍。因此，我们认为，违约方的恶意应当成为阻却合同法第一百一十条第一项例外情形适用的重要考量因素。

3. 合同法第一百一十条第一项例外情形与第三人的关系问题

在实践中，合同继续履行的障碍往往与第三人有关，例如，案涉合同标的已为第三人获得。这给第一百一十条第一项例外情形的适用带来了一些疑惑，因为裁判者可能会考虑守约方和第三人的利益如何平衡的问题。然而，该条在立法时显然仅考虑了合同双方之间产生的履行障碍，并没有把第三人的问题考虑在内。因此，我们认为，不能先入为主地将第三人的利益纳入是否继续履行的考量，因为继续履行从本质上是对合同双方法律关系的处置。倘若履行合同有违违约方与第三人之间的合同，本身并不足以使得守约方和违约方之间的合同不能履行。特别地，第三人基于其与违约方之间的合同关系享有的对违约方的债权，本身并不足以对抗原合同守约方对违约方享有的债权。理由在于，债权区别于物权，本身并非对世权，故第三人的债权并不能超出其与违约方之间的合同关系，而构成守约方行使债权的障碍。只有在债务人丧失合同标的物之物权的情形下，才有可能构成法律上的不能履行。

例如，在（2019）最高法民申 1399 号中，被告称其依约交付 84 套房屋存在法律上的障碍，因为其中的 8 套房屋已经出售给其他买受人并实际入住，其中的 14 套买受人诉至法院要求确认其与被告的买卖合同关系有效⁴³。但最高院拒绝采纳这一抗辩理由，认为被告与案外第三人之间的合同关系不足以妨碍守约方继续履行的请求，被告应当向该案中的买受方交付房屋⁴⁴。特别地，法院还认为该案中并不涉及案涉房屋买受人与第三人之间的权利顺位问题，因为第三人与被告之间的合同关系对案涉买卖合同本身并不产生影响，被告与其他买受人是否存在买卖合同关系不影响被告在本案中未按照约定交付 84 套房屋事实的认定⁴⁵。该案充分表明，违约方与第三人之间的合同关系与违约方与守约方之间的合同关系之间没有必然的联系，并不产生两者孰优先的问题。

但我们也注意到，在实践中，法院也有可能对善意第三人优先保护。例如，在〔（2015）民申字第 2553 号〕中，最高院认为，案外人已经实际取得并合法占有案涉厂房场地多年，原告的优先购买权在客观上不能实现，且原告亦未提供证据证明案外人取得案涉厂房时并非善意，因此被告在事实上已经不能履行将案涉厂房以同等条件转让给原告的义务⁴⁶。我们认为，违约方援引第一百一十条的第一个例外情形进行抗辩，应当承担相应的证明责任，且守约方往往对违约方与第三方的缔约情况并不知情，故证明第三方为善意的义务应当由违约方承担。

（二）债务标的不适于强制履行或者履行费用过高

⁴² （2017）最高法民申 3263 号。

⁴³ （2019）最高法民申 1399 号。

⁴⁴ 同上。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ （2015）民申字第 2553 号。

1. 债务标的不适于强制履行

债务标的不适于强制履行，指的是债务的性质不宜直接强制履行，一般只针对具有较强人身性的债务或者基于人身信赖关系产生的合同，如委托、合伙合同⁴⁷。所谓人身性，指的是需要作为自然人的义务人亲自作出某种行为。例如，演艺公司与某歌星签约，由后者举办个人演唱会。该歌星对演出义务的履行即具有人身性，如果歌星毁约，演艺公司不得强令其演唱。又比如劳动合同一般被认为具有高度的人身性。之所以对人身性的债务不予强制履行，是因为强制履行可能构成对人身自由的限制⁴⁸。这一理解为最高人民法院的裁判案例所印证。例如，在（2019）最高法民终 879 号案中，最高院解释，“所谓债务标的不适于强制履行，一般是指根据债务的性质不宜直接强制履行。**该类债务通常具有较强的人身专属性，主要依靠债务人通过实施自身的技能或者完成相关事务来实现合同目的**，如基于医疗服务合同、技术开发合同、委托合同、合伙合同、演出合同等发生的主合同义务。”由于法人是一种法律上的拟制，并不存在人身自由，因而没有人身性的问题。因此，请求法人履行非金钱义务并不属于标的不适合强制履行的情形。对自然人而言，尽管从理论上说，自然人总是需要以某种行为来履行义务，但这并不意味着自然人的任何义务都具有人身性。特别地，根据最高院的观点，“不能以法律规定或者合同约定的配合、通知、协助、保密等从合同义务或者附随义务来判断合同履行是否具有人身专属性”⁴⁹。我们认为，判断是否具有人身性可以以是否可以替代履行为标准。例如，交付房屋的义务就不属于人身性的义务，因为义务人可以委托他人代为履行。相反地，歌星举办演唱会系依赖于歌星个人的专业能力，不能由他人代劳。

综上，我们认为“债务标的不适于强制履行”的适用空间十分有限。实践中，违约方可能提出双方合作已经破裂，关系恶化，因而合同已不适于强制履行，这纯粹是对该条规定的误读。

2. 履行费用过高

合同法第一百一十条第二个例外情形并未明确履行费用过高的判断基准。可能的基准有三种。第一，根据王利明教授的观点，应当将债务人履行费用与债权人可获利益相比较⁵⁰。第二，根据韩世远教授的观点，应当将债务人履行费用与债务人从履行中可以获得的利益进行比较⁵¹。第三，部分法院在实践中认为，应当根据继续履行对社会经济效益的影响加以判断。例如，在（2017）最高法民终 480 号案中，违约方未能按时交付某项目工厂所需的设备，但诉讼时原合同约定的设备技术参数已经升级换代，所涉产业也因政策原因遇冷⁵²。最高院认为，“综合全案因素，基于对裁判社会经济效益的考量，为避免资源损失浪费，本案也不宜判令双方当事人继续履行《采购合同》”⁵³。目前，法院对该问题并未形成统一的裁判标准。我们认为，具体衡量标准应当以个案具体情况为准，但不宜单纯考虑所谓的社会经济效益。因为继续履行涉及对已经破坏的合同关系的补救，其自然会比正常履约产生更多的履约成本。如果过度考虑社会效益或者资源节约问题，导致守约方无法获得履行利益，会对守约方造成严重的不公。

⁴⁷ 参见《一方当事人不履行合同或者履行合同不符合约定的，对方当事人可以要求其继续履行吗？》，中国人大网，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/flsyywd/flwd/2002-04/22/content_293719.htm。

⁴⁸ 参见周君、周斌与梁颖华房屋买卖合同纠纷二审民事判决书 [(2018)辽 02 民终 5835 号]。

⁴⁹ 参见（2019）最高法民终 879 号。

⁵⁰ 王利明，《合同法研究（第二卷）》，北京：中国人民大学出版社，2015。

⁵¹ 韩世远，《合同法总论》，北京：法律出版社，2008。

⁵² （2017）最高法民终 480 号。

⁵³ 同上。

实践中经常出现的情况是，违约方在毁约后转与第三方缔约。如继续履行原合同，违约方将向第三方承担赔偿责任。该部分赔偿责任是否应纳入继续履行的费用是一个现实存在的问题。我们认为，该等赔偿责任是违约方主动违约造成的，属于违约成本，不应被视为继续履行的费用。这与最高院的理解相一致。在（2017）最高法民申 3263 号案中，最高院认为，“本案履约成本的增加属于当事人主观违约造成，非当事人不可预见的客观变化导致……履约成本增高的损失应由违约……承担”⁵⁴。因此，违约方主动造成的成本不应视为继续履行的费用。

三、九民纪要是否构成对合同法第一百一十条的突破

九民纪要第四十八条提出了颇具争议的“违约方起诉解除”的概念。该条开宗明义表明，“违约方不享有单方解除合同的权利”，但认为在合同陷于僵局时，违约方在满足下列三个条件的情况下可以起诉请求解除合同：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。根据最高院对该条的释义，该条的法律基础为合同法第一百一十条⁵⁵。但我们认为，合同法第一百一十条只是规定了继续履行的除外情形，并不能为合同解除权提供依据，从履行的抗辩事由到合同解除权存在一个巨大的跳跃⁵⁶。此外，合同僵局也没有落入合同法第一百一十条项下的任何一种情况。因此，我们认为九民纪要的颁布不应当影响裁判者对合同法第一百一十条的适用。裁判者仍然应当严格按照合同法第一百一十条的规定判断是否违约方是否应当继续履行。

九民纪要第四十八条为违约方解除合同设定了较为严格的条件⁵⁷，表明了违约方解除的例外性质。即便如此，我们认为，该条并未能说明违约方合同解除权的法律依据，而更多的是一种对司法政策的阐释。违约方请求解除合同应当有相应的请求权基础，但我国当前的法律并未能提供这种请求权基础。这种缺失是立法层面的问题，应当由立法者加以解决。由于九民纪要本身不是法律，不具有直接的规范性，在实践中如法院或仲裁庭希望认可违约方的解除合同主张，仍然需要摸索法律依据为何，如诚实信用原则。事实上，在实践中更可能出现的情况是，守约方援引九民纪要第四十八条三个要求较高的条件来论证违约方并未满足这些条件，从而增强继续履行的主张。

从根本上说，违约方合同解除与继续履行这一基本违约救济方式存在冲突。根据韩世远教授的观点：“违约方本身并不能任意从债务履行或继续履行中自我解放，决定权在于非违约方，而不在于违约方”⁵⁸。这种理解与合同法的立法者的理解是一致的⁵⁹。由此，我国法律上并没有违约方解除合同的空间。认可违约方解除合同的权利将会激励合同一方在履行合同无利可图时选择违约，落入了效率违约的窠臼，也有违“任何人不得从不法行为中获利”的基本原则。因此，我们认为不应将九民纪要视为对合同法第一百一十条的突破。对继续履行请求的抗辩仍然应当严格依照第一百一十条的要件，并由违约方承担证明义务。

⁵⁴ （2017）最高法民申 3263 号。

⁵⁵ 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，北京：人民法院出版社 2019 年版，第 316 至 317 页。

⁵⁶ 韩世远，继续行合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除，《中外法学》2020 年第 1 期，第 117 页；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 49 页。

⁵⁷ 关于该三个条件的适用标准，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，北京：人民法院出版社 2019 年版，第 317 至 318 页。

⁵⁸ 韩世远，继续行合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除，《中外法学》2020 年第 1 期，第 115 页。

⁵⁹ 中华人民共和国合同法释义，第九十四条，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/flsyywd/minshang/2000-11/25/content_8368.htm。对此的详细论证，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 155 页。

四、裁判者是否应当考虑继续履行裁判的可执行性

在实践中，法院或仲裁庭在衡量“事实上不能履行”时，可能会将继续履行的可执行性纳入考虑。如上文所述，合同法第一百一十条和九民纪要第四十八条均未将可执行性作为是否继续履行的考量因素。所以，裁判者不应额外考虑继续履行裁决的可执行性。本文第四部分试图对这一观点进行更为深入的论证。

（一）法院或仲裁庭是否应当考虑裁判的可执行性的问题

从理论上说，一个更为根本的问题是法院或仲裁庭是否必须作出一个能够实际被执行的判决或裁决？

如上文所述，我们注意到英国法院曾“间接地”考虑能否执行的问题：如果继续履行需要法院持续监督，则法院不愿意支持继续履行⁶⁰。但我们认为，执行问题不是裁判者应当考虑的问题，实际执行过程中可能会遇到障碍并不应成为批判原裁判或甚至在裁判的过程中拒绝支持本应得到支持的实际履行请求的理由。根据当代主流的司法裁判理论，裁判者的任务在于在法律规则的限度内就某一争议作出决定⁶¹。即裁判者的任务是根据事实和证据，按照有效的合同规定和法律，对原告或申请人提出的请求作出支持或者不支持的决定。裁判者不应将裁判执行阶段的问题提前考虑到裁判的过程中来。简单来讲，执行阶段的问题在裁判过程中尚未发生。裁判必须受限于法律规则。换言之，裁判文书中施予的救济必须有法律规则的支持。如果法律规则要求给予一方继续履行的救济，则裁判者应当以此来裁判。至于这种决定是否能够成功地被执行是裁判活动结束之后的事，与裁判活动本身并无关系。

当然，我们并不否认裁判者主观上会希望其作出的裁判文书得到执行，但这并不能说明裁判者应当将可执行性作为裁判的考量因素。这样做无异于在法律规定（包括合同法第一百一十条）之外创设新的裁判规则，没有任何依据。事实上，实践中执行难的情况并不鲜见，例如被告人没有可供执行的资产，但人们不会因此认为法院对损害赔偿的判决是错误的。这种裁判与执行分离的观念与我国法院正在积极推行审判权和执行权的分离也是相一致的⁶²。

另外，一个容易被忽略的问题是“裁判后谈判”以及“执行和解”制度的存在。实际上，从“裁判”继续履行到“执行”继续履行并非一步到位。换言之，当裁判者作出继续履行的裁判时，未必相当于强求当事人继续履行合同，因为守约方可以凭借该裁判与违约方进行协商，达成二者认为合适的损害赔偿方案⁶³。假设，继续履行可以为守约方带来 1,000 元的收益，但需要违约方付出 2,000 元的成本，那么双方之间存在 1,000 元的谈判空间。双方完全有可能从中达成一个对二者均更为有利的方案：例如违约方向守约方支付 1,500 元。这一做法相比于直接裁判损害赔偿的优势在于，它将利益分配的主动权从裁判者交还到了当事人手里，而往往只有身处交易中的当事人最清楚何种利益安排对自身最为有利。相反，在诉讼或仲裁中，双方当事人处于对抗的状态，往往不愿意充分交换信息，此时设计有效的利益分配方案存在较大难度。

特别地，上述操作方案有利于解决有些合同标的（例如排他性品牌推广服务）因“有价无市”而可能难以被精确估值的问题。裁判继续履行后再让当事人协商赔偿数额，实际上为这类合同标的重新创造了一个“市场”：即守约方凭借继续履行裁判，与违约方重新协商一个二者均能接受的价格。该等由当事人公平磋商形成的价格往往更能准确地反映这类合同标的的金钱价值。

⁶⁰ 参见上文第一部分。

⁶¹ 参见 William Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication*, Oxford: Oxford University Press (1999), p.2.

⁶² 参见《最高人民法院关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要（2019—2023）》（法发〔2019〕16号），<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-163022.html>，最后访问于 2020 年 3 月 16 日。

⁶³ 参见 Gregory Klass, *Efficient Breach*, in Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press (2014), pp. xx.

（二）实际履行裁判的执行规则

退一步说，即便裁判者仍希望考虑可执行性问题，我们在此揭示，继续履行在我国具有充分的可执行性。

根据民事诉讼法司法解释第四百六十三条，申请执行的条件为“两个明确”：权利义务主体明确和给付内容明确。特别地，该条规定法律文书确定继续履行合同的，应当明确继续履行的具体内容。因此，继续履行的判决或裁决的执行并没有先天的障碍，其与金钱给付判决一样具有可执行性⁶⁴。然而，如果判决主文仅为“合同有效，继续履行”，这可能给执行带来困难，因为执行法院难以明确继续履行的具体内容。特别地，执行法院可能无权结合判决的说理部分确定继续履行的内容。最高院在《关于以判决主文或判决理由作为执行依据的请示的复函》〔（2004）执他字第19号〕中明确表示：“判决主文是人民法院就当事人的诉讼请求作出的结论，而判决书中的‘本院认为’部分，是人民法院就认定的案件事实和判决理由所作的叙述，其本身并不构成判项的内容。人民法院强调执行只能依据生效判决的主文，而‘本院认为’部分不能作为执行依据。”

对于仲裁中的生效文书，根据《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第三条第一款，法院在下列情形下可以驳回仲裁裁决或仲裁调解书：“（一）权利义务主体不明确；（二）金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明确导致无法计算出具体数额；（三）交付的特定物不明确或者无法确定；（四）行为履行的标准、对象、范围不明确”。该条第二款还进一步规定：“仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同，但对继续履行的权利义务，以及履行的方式、期限等具体内容不明确，导致无法执行的，依照前款规定处理”。当然，鉴于法院和仲裁庭均不能超出当事人主张的范围进行裁判，继续履行内容的明确有赖于当事人提出继续履行请求时的表述。合同法第一百零七条仅仅提供了抽象的“继续履行”的权利，但不宜直接作为诉讼或仲裁请求主张⁶⁵。为了避免出现给付内容不明确的情况，导致执行机关无法识别继续履行内容，当事人在诉讼或仲裁请求中应当尽量列明继续履行的具体内容。因此，只要守约方提出了明确的具体履行请求，该等请求的执行不存在任何障碍。

在实际执行的过程中，如果义务人拒不履行非金钱义务，我国法律提供了一些“间接强制”的手段。在继续履行的行为可以由第三人代为完成的情况下，法院可以委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担（民事诉讼法第五十二条、民事诉讼法司法解释第五百零三条、第五百零四条）。如继续履行的行为只能由被执行人完成，被执行人拒不履行的，法院可以以拒不执行生效判决、裁定为由对被执行人处以罚款或拘留，构成犯罪的，追究刑事责任（民事诉讼法第一百一十一条、民事诉讼法司法解释第五百零五条、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第六十条）。此外，被执行人不执行裁判文书的，法院还可以将其纳入失信被执行人名单，将其不履行义务的信息向其所在单位、征信机构等通报（民事诉讼法司法解释第五百一十八条）。此外，法院还可以根据《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》（法释〔2015〕17号）的相关规定对被执行人采取限制消费措施，限制其高消费及非生活或者经营必须的有关消费。

由此可见，中国法为继续履行裁判的执行提供了制度上的保障，在继续履行的内容明确的情况下，法律并没有为继续履行裁判的执行设置任何障碍，且为了破解“执行难”的难题提供了各种保障措施。

⁶⁴ 当然，实务界也存在一种观点认为继续履行请求实为确认之诉，不具有可执行性。关于此种不同观点的概述，参见黄金龙、葛洪涛，继续履行合同类判决的执行问题，《法律适用》2011年第12期，第9-10页。

⁶⁵ 于振，《论“继续履行”判决》，西南政法大学硕士学位论文，2017年3月16日，第15至16页。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com