

动态体系论在履行费用过高判断中的运用

时明涛*

内容提要：对于履行费用过高缺乏具体的判断标准与方法是长期以来困扰我国理论界与实务界的难题之一。通过实证研究的方法可以发现，司法实务中普遍存在裁判标准不一、解除权误用、与标的的不适于强制履行混同等情形。学界对此的回应主要是严重不成比例说，但是该说却因标准模糊，无法为个案提供妥当的判断方法。从我国司法实务中对履行费用过高条款的运用可以发现，单一要素的衡量方法无法为其提供妥当的判断标准。对此，应当引入动态体系的判断方法，就债权人的牺牲限度、履行利益与给付费用之间的不均衡程度、替代损害赔偿的可能性三者之间进行动态衡量之后得出结论。

关键词：费用过高 拒绝履行 履行不能 动态体系 强制履行

我国《民法典》第 580 条第 1 款规定：“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，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：……（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；……”其中，对于何为履行费用过高，仅从条文文义中难以读出具体的判断标准。从已有的研究成果来看，学界并未提出行之有效的判断方法，“一般不对等说”与“重大不成比例说”均失之标准模糊。与此同时，司法审判中却存在着大量债务人以履行费用过高为由拒绝履行的案件。为了明确究竟何为履行费用过高，《最高人民法院公报》曾刊载“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”，^{〔1〕} 试图加以解决。但该案“超过履行利益等于履行费用过高”的裁判标准是否妥当，存在疑问。从合同严守的角度看，合同乃当事人之间的法律，其拘束力理应受到法律保护，非有正当理由不得轻易否定。履行费用过高在一定程度上是对该原则的突破，应当慎用。但从我国司法实践来看，在许多案件中，由于法官无法把握具体的判断标准，导致同案不同判、考量因素混乱以及司法任意解除合同的情形十分普遍。有鉴于此，本文拟就这

* 时明涛，浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 该案件载于《最高人民法院公报》2006 年第 6 期。

一问题展开讨论，以求教于方家。^{〔2〕}

一、履行费用过高的学说现状与问题

履行费用过高渐成我国学术界的热门话题，但围绕履行费用过高本身的判断标准，既有的研究并不充分，对其否定合同拘束力的合理性也大多语焉不详。因此，在展开本文讨论之前，有必要明确以下几个问题：第一，正当性基础问题，即履行费用过高排除继续履行请求权的合理性何在？第二，判断标准问题，即何种程度的履行费用变化才能构成履行费用过高？是否有一定的量化标准？第三，法效果问题，即在阻断债权人的继续履行请求权后，债权债务的最终命运如何？遗憾的是，上述三个问题均无法从我国《民法典》第580条第1款第2项中找到答案。

（一）正当性基础问题

关于履行费用过高阻断继续履行请求权的正当性基础，既有学说主要有意思自治说与诚实信用说。

意思自治说认为，履行费用过高排除继续履行请求权的正当性在于对当事人意思自治和自我决定的尊重。^{〔3〕}主要理由在于，该条属于漏洞填补规范，只在当事人未对债务履行的额外费用作出约定时提供补充。在债务人缺乏自由意志和自主状态的情形下，将履行障碍所产生的意料之外的费用交由其负担，显然违反私法自治之精神。诚实信用说认为，履行费用过高的正当性基础在于诚实信用原则，即如果履行所需的必要费用与债务人给付利益之间的关系严重不成比例仍要求债务人履行，有违诚实信用原则。^{〔4〕}

总体而言，无论意思自治说或是诚实信用说，都仅能从一定侧面反映履行费用过高排除继续履行请求权的正当性。首先，意思自治说存在机械套用域外学说强行嫁接我国法的嫌疑。从法条的表述来看，无法找到履行费用过高为填补性规范的依据。例如，买卖合同签订之后，原材料涨幅数十倍之多，但双方就履行价款有明确约定，此时仍无履行费用过高的适用空间吗？如果认为履行费用过高排除履行请求权是对当事人意思自治的尊重的话，那么也只能勉强解释为对第二次意思的尊重（经过协商达成的第二次合意），而对第一次合意显然是背离的。其次，诚实信用说虽然能在一定程度上反映私法中的公平理念，但其明显过于笼统，合同法中诸多规则都可以运用诚实信用原则予以解释，无法体现出履行费用过高排除请求权本身的特点。况且，按照诚信履约的要求，即使履行费用过高，当事人是否也应当继续履行合同呢？

对于这一问题的回答，恐怕只有结合我国合同法的立法理念才能予以恰当说明。我国《民法典》第6条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利义务。”这就表明，当事人之间的权利义务即使是互相约定的，也需要遵循一定的原则。当继续履行对于一方明显过于严苛时（履行费用过高），仍要求对方履行，则对履行费用过高的一方明显有失公平。

〔2〕 由于本文在探讨履行费用过高的判断标准时，运用了案例分析的方法，相关的案例都是将《合同法》作为裁判依据，关于该问题的既有学理研究也主要以《合同法》的规定为研究对象，而且《民法典》第580条第1款第2项规定源于《合同法》第110条第2项，内容并无变化，因此，本文后续相关内容大量使用了《合同法》的相关规则。

〔3〕 参见刘洋：《“履行费用过高”作为排除履行请求权的界限——“新宇公司诉冯玉梅合同纠纷案”评析》，载《政治与法律》2018年第2期。

〔4〕 参见王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012年第1期。

正如法谚所云：“法不强人所难。”合同虽然是当事人双方对自己权利义务的安排，但就订立合同目的本身来说，其不仅对当事人双方具有积极意义，还应对社会整体具有一定的积极价值。从订立合同的目的来看，合同最终至少应当出现“双赢”的局面。如果一方当事人非但难以从交易安排中获益，还需要花费巨大的代价去换取对方当事人微小利益的满足，这不仅是对合同目的本身的背离，客观上也将造成社会资源的极大浪费。此时阻断对方履行请求权的行使，体现的正是我国民法中的公平原则。

（二）判断标准问题

对于履行不能的判断标准，现有理论多主张“严重不成比例说”，但就比较对象之间的认识存在一定的分歧。一种观点认为，履行费用过高包括债务人的履行成本与债务人的收益之间不对等、债权人的收益与债务人的履行成本之间不对等和履行时间过长三种情况。^{〔5〕}另一种观点则主张，履行费用过高仅包括债务人的履行成本与债权人的收益之间严重不成比例这一种情况。^{〔6〕}比较而言，前一种观点中“债务人的履行成本与收益之间不对等”显然不能成为履行费用过高的理由，因为就其形成原因而言，要么属于典型的商业风险，要么属于不可预见的原因所致（此时，当事人可依法主张不可抗力或情势变更）。如果债务人可以自己的履行费用与收益之间的不成比例为由主张履行费用过高，则对债权人显然并不公平，也将不利于合同拘束力的维持。此外，“履行时间过长”可能是造成履行费用过高的原因之一，但却不能单独构成履行费用过高的理由，因为履行费用过高主要在于解决因履行费用与收益之间严重不成比例造成的对债务人过分不公平或社会资源严重浪费等问题。对于何为履行费用过高的判断，关键要素仍在于债务人的履行成本与债权人收益之间的不对等关系。不过，对于何为严重不成比例，后一种观点又大多语焉不详。更为重要的是，是否仅凭履行成本与履行所能获得收益之间的简单对比就能得出妥当的结论？当前，这一问题并未经过严肃地论证，而一律认为“严重不成比例即可构成履行费用过高”，则有将复杂问题简单化的嫌疑。事实上，只要与域外立法稍加对比就可发现，我国法中对于履行费用过高的解释困境可以部分归咎于它在比较法上的特立独行：由于立法只规定了“履行费用过高”这一项考量要素，对该因素之外的其他因素是否需要纳入考量范围，并不明确，因此，解释论只能停摆在对何为严重不成比例的阐述之上。事实上，纵观大陆法系各国民事立法，除了《国际商事合同通则》（Principles of International Commercial Contracts, PICC）、《欧洲示范民法典草案》（The Draft Common Frame of Reference, DCFR）等不具约束力的软法规则之外，规定仅仅履行费用过高就可以阻却继续履行请求权的立法例可谓知音难觅。例如，德国《民法典》第275条所谓“经济不能”之适用，既要强调“注意债的关系内容和诚实信用原则”“给付需要与债权人给付利益极不相当的费用”，还同时需要考虑“债务人是否对于给付障碍具有可归责性”。日本《民法典》第412条第2款之“履行不能”的判断，须结合“契约及其他债务的发生原因”与“社会通常观念”综合加以判定。上述立法例的共同之处在于，认为仅凭“履行费用过高”这一项因素并不足以排除债权人的履行请求权。

〔5〕 参见顾全：《合同法上强制履行的适用条件分析》，载《人民司法》2012年第24期。

〔6〕 参见冀放：《给付不能之履行费用过高问题探析》，载《政法论坛》2016年第6期。

(三) 法效果问题

对于履行费用过高的法效果,《合同法》第110条只能解读出排除继续履行请求权的法律后果,但合同最终的命运如何,并不明确。这直接导致我国司法实践中出现几种截然不同的处理方法:一是驳回当事人的继续履行请求权,但对于原合同不作处理;二是告知当事人将诉讼请求变更为违约损害赔偿,如当事人不同意变更,则驳回其诉讼请求;三是由法院直接解除合同,并在判决书中对解除后果作一并处理。

比较而言,第一种处理方式实际上并未将纠纷处理完结,在继续履行的诉求被驳回后,当事人如欲请求损害赔偿,还需就同一案件的损害赔偿部分另行起诉,这不仅增加了当事人的诉讼负担,还有违反“一事不再理”的嫌疑。第二种和第三种处理方式虽然在客观上有利于纠纷的一次性解决,但在现行法上并不能找到直接的法律依据。况且,合同解除权为法定权利,是否行使属于当事人意思自治的范畴,即使法院在诉讼过程中主动释明,也难以获得判决解除合同的正当性。再者,随意要求当事人变更诉讼请求或就未请求部分作出裁判,显然侵害了当事人的诉讼权利。此外,更有疑问的是,合同解除之后的损害赔偿与违约损害赔偿的范围是否一致?如何确定损害赔偿数额?对于我国司法实务中出现的债务人故意违约导致的履行费用过高,一律类推适用违约损害赔偿的规则是否合理?

二、履行费用过高之司法裁判现状

(一) 履行费用过高相关裁判概述

为了彻底了解我国司法实务中履行费用过高的裁判现状,笔者在“北大法宝”数据库以“履行费用过高”为检索关键词,限定文书性质为“判决书”,限定案由为“民事纠纷”,共检索出案件4295件。^[7]通读后,删除了其中案型简单重复、不具有说理内容、与履行费用无关的案件,得到有效样本共80件(均直接援引履行费用过高条款作为裁判依据)。详情如表1—表4:

表1 审级

审级	一审	二审	提审
总数(80)	24	54	2

表2 纠纷类型

案由	买卖合同纠纷	租赁合同纠纷	其他纠纷
总数(80)	30	25	25

表3 判决结果

裁判结果	不予支持继续履行	解除合同	继续履行
总数(80)	43	27	10

[7] 本文所有分析样本均取自北大法宝数据库,最后访问时间为2018年12月22日。

表 4 考量要素

考虑要素	费用过高	费用过高+不宜强制	费用过高+资源浪费	费用过高+其他
总数 (80)	18	15	18	29

综合以上表格可以看出：

其一，实践中履行费用过高的纠纷主要发生在合同法领域，其中以买卖合同（其中商品房买卖居多）、租赁合同纠纷最为常见。

其二，争议较大。样本数据显示，涉及履行费用过高的上诉案件高达 56 件，并且有两件由高级人民法院提审。二审改判案件共有 6 件，其中改为继续履行的两件，改为解除的 4 件。

其三，裁判结果分歧较大。其中对继续履行请求不予支持的比例较高（43 件），法院主动解除合同或违约方请求解除后获得法院支持的也为数不少（27 件），类似案件中判决继续履行的也不在少数（10 件）。

其四，考量因素混乱。单纯以履行费用过高作为裁判理由的为 18 件，履行费用过高加不宜强制履行的为 15 件，履行费用过高加资源浪费为 18 件，其他考量因素包括不能实现合同目的（3 件）、案外人原因（2 件）、没有效率、客观不能、缺乏合理性、不能获得期待利益、社会稳定等等。

（二）司法实践中的典型问题

1. 裁判标准不一

司法实践中对于履行费用过高缺乏统一适用标准的问题相当严重。具体案例中出现的裁判标准包括但不限于：（1）超过履行利益。有法院认为：“当违约方继续履行需要的物力、财力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时即为履行费用过高。”〔8〕（2）超过履行利益+不能继续履行。有法院认为：“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，且合同不具备继续履行的条件时，应该允许违约方解除合同，用承担违约金或者赔偿损失来代替继续履行。”〔9〕（3）履行费用过高+合同目的不能实现。〔10〕（4）是否合理。有法院以非违约方继续履行的要求缺乏“客观性与合理性，不利于纠纷解决”为由，驳回了当事人继续履行的请求。〔11〕（5）是否可以用金钱弥补损失。有判决认为：“对于实际履行费用是否过高的判断，应该考虑是否可以通过支付违约金等金钱方式进行弥补，如能够弥补损失的，可以认定履行费用过高。”〔12〕（6）是否妨害第三人权益。有判决以“案涉租赁场地已由案外人正在经营，如果让其搬离，会造成案外人更大的损失，导致利益失衡”为由，驳回了当事人的继续履行请求。〔13〕

2. 解除权误用

合同解除作为消灭合同拘束力的终极手段，需要在法律有明确规定或者当事人有约定的情形

〔8〕 无锡市中级人民法院（2017）苏 02 民终 2959 号民事判决书。

〔9〕 恩施市人民法院（2018）鄂 2801 民初 961 号民事判决书。

〔10〕 参见徐州市中级人民法院（2015）徐民终字第 4326 号民事判决书。

〔11〕 参见合肥市中级人民法院（2015）合民三终字第 00070 号民事判决书。

〔12〕 杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第 971 号民事判决书。

〔13〕 参见河南省高级人民法院（2015）豫法民提字第 344 号民事判决书。

下方能使用。对于前者，合同法规定了如下解除的情形：不可抗力致使不能实现合同目的、期前拒绝履行、不能实现合同目的、法律规定的其他情形。其中，法律规定的其他情形主要是指《合同法》第148条、第165条、第166条、第167条、第203条、第219条、第224条、第227条、第231条、第233条、第248条、第259条等法有特别规定的情形。除上述情形之外，当事人都应当依照约定全面履行自己的义务。但实践中的大量情况是：

(1) 支持违约方解除权。如有法院以“强制履行是非理性的选择，违约方可以承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除”为由，支持了违约方的合同解除请求。^[14]

(2) 任意解除合同。在“邵佳杰、邵帅农村土地承包合同纠纷案”中，法院以“涉案土地已由被告拍卖给第三人，要求平度园艺场继续履行合同，在事实上难以实现，且继续履行势必造成履行费用过高”为由，驳回了原告的诉求。^[15]

3. 与标的不适于强制履行混用

现代民法理论虽然强调实际履行，但对于个别与债务人自身密切相关的债务如个人服务合同，一般认为不适用强制履行。不过，司法实务中对于何为不适于强制履行，却远没有形成清晰的界定标准，多数情况下都与履行费用过高混合在一起成为解除合同的理由。如有判决认为，租赁合同因“无法强制被告居住在涉案房屋内”而构成不适于强制履行。^[16]还有判决认为，物业管理合同系基于信任关系而签订的合同，因此属于不适宜强制履行的合同。^[17]不仅如此，履行费用过高在诸多情况下成了缓解执行难的手段之一。实践中有不少法院以类似于“不合理”“难以继续”“不能强制”等模棱两可的理由解除合同。

4. 判决解除合同后的处理标准不一

实践中，法院判决解除合同存在以下问题：其一，适用法律混乱。对于违约金的适用，既有援引《合同法》第97条的，也有援引《合同法》第119条、第108条、第107条的。没有约定违约金的，有的酌情判处，有的不予处理。其二，赔偿损失的标准较低。部分法院认为，解除合同不属于违约责任的承担方式，仅判决双方返还；有的法院则明确表示不支持预期利益赔偿；在未约定违约金的案件中，多数法院会酌情判决赔偿，但标准较低，根本无法涵盖履行利益。

(三) 主要问题检讨

第一，故意违约方不应享有合同解除权。合同的法律拘束力来自当事人之间的合意。我国《合同法》虽未承认违约方享有合同解除权，但司法实践中不少法院都认为“在合同无法继续履行或强制履行成本过高的情形下，强制履行是非理性的选择，违约方可以用承担违约责任的代价换取对合同义务履行的免除，违约方主张合同解除应予支持”。这相当于间接地承认了违约方也享有合同解除权，可能会带来许多负面效果。首先，支持违约方享有解除权的观点可能会导致恶意违约事件的增多。合同解除的原则是过错解除，即基于一方的严重违约行为，致使对方当事人

[14] 参见深圳市中级人民法院(2015)深中法房提字第10号民事判决书。

[15] 参见青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终34号民事判决书。

[16] 参见荣昌区人民法院(2015)荣法民初字第05842号民事判决书；隆化县人民法院(2016)冀0825民初1975号民事判决书；盘龙区人民法院(2016)云0103民初5035号民事判决书；淮南市中级人民法院(2016)皖04民终639号民事判决书；商丘市中级人民法院(2017)豫14民终2635号民事判决书。

[17] 参见乐山市中级人民法院(2018)川11民终1226号民事判决书。

的合同目的无法实现之时产生解除权。^[18] 如果赋予违约方以解除权，则在违约将会带来更多利益之时，“理性的”债务人往往会选择违约而重新寻找交易机会。从实证研究的结果来看，因债务人故意违约所致履行费用过高的案件不在少数，如果轻率作出司法解除的决定，将会引发更多的故意违约行为，因此，对于是否赋予违约方合同解除权，应当慎之又慎。其次，确立违约方解除权于法无据。我国从《合同法（试拟稿）》《合同法（草案）》到最后通过的立法文本，违约方不享有解除权是一贯立场，立法者使用“当事人”这一措辞并非承认了违约方的解除权，而是为了涵盖不可抗力下解除权的行使主体。^[19] 享有法定解除权的情形均是立法者在审慎衡量后的选择，司法机关任意确认违约方享有合同解除权，显然是对立法权的僭越，不具有正当性。

实际上，对于是否属于履行费用过高以及是否能够阻却继续履行请求权，司法机关在个案之中原本就有审查的权利，此即为《合同法》第 110 条第 2 项设置履行费用过高之初衷，而无需以违约方享有解除权来证成其判决的合理性。根据该项规定，履行费用过高属于债权人可以要求履行的例外，也即债权人此时已经丧失了实际履行请求权。根据双务合同牵连性原理，给付是为了获取对待给付，债权人的给付请求权消灭则债务人的对待给付请求权亦同时消灭，此时，债权人已无需借由其解除权来免除自身的给付义务。由此，问题的关键便在于，我国《合同法》第 110 条对于履行不能只规定了不能要求继续履行的几种情形，而阻却履行请求权后的效果却付之阙如，如此似乎只有通过确认违约方解除权的方式，才能使合同权利义务最终归于消灭。不仅如此，《合同法》对于履行费用过高阻却继续履行请求权的性质也未加以明确，其是形成权？还是抗辩权？将其定位为形成权似乎效果过于决断，毕竟履行费用过高的判断并非简单明了。如果定位于抗辩权，则一旦履行费用过高，债务人即自动获得对继续履行请求权的抗辩权，以对抗债权人的履行请求，无需消极等待债权人把自己诉至法院，似乎可以避免等待期间不必要的违约损害，更好地平衡双方当事人之间的利益。但无论如何，赋予违约方合同解除权在《合同法》的语境下，不仅没有必要，而且于法无据。

第二，是否能够强制执行并非履行费用过高的考量要素。首先，是否能够强制执行是民事诉讼法上的概念，履行不能为实体法上的概念，二者存在根本区别。由于现代法制文明的理念普遍否认对债务人的身体施加强制，故直接强制的方式一般运用于财产性的债务执行，而不运用于涉及人身的债务执行，是否能够强制执行即是从这个角度而言的。履行费用过高虽然属于履行不能的类型之一，但严格来说却是对履行不能概念的缓和，其内涵有经济合理与效率等因素的考量。因此，是否能够强制执行并非履行费用过高的考量因素，对于不宜强制履行的债务，如事实上不能履行、法律上不能履行、标的物不适宜强制履行等，《合同法》第 110 条已作出相应的立法安排，无需裁判者在判决中考量。从性质上来看，继续履行请求权为实体法所确立，只要不存在履行不能或者情势变更等法定情形，当事人即当然享有而无需经由司法程序确认。其次，以能否强制执行作为判断履行费用过高的标准，混淆了判决继续履行与能否强制履行之间的区别。从权利性质来看，当事人诉请法院判决继续履行是一项实体请求权，只要不存在履行费用过高或者

[18] 参见刘凯湘：《民法典合同解除制度评析与完善建议》，载《清华法学》2020年第3期。

[19] 参见蔡睿：《吸收还是摒弃：违约方合同解除权之反思》，载《现代法学》2019年第3期。

情势变更等法定情形，法院就应当予以支持，是否能够强制执行，显然不属于考量范围。况且，针对不履行法院生效判决的行为，我国民事诉讼法规定有直接强制、间接强制、代为履行等一整套规则予以适用，也无须审案法官在诉讼程序中预先判断执行程序中可能遭遇的困难。

此外，基于实体法产生的请求权与基于要求司法保护的请求权之间有较大区别。前者产生于实体法的规定，原则上无需通过诉讼程序主张就享有。后者要求法院必须根据法律规定行使自己的职权，即依据法律确定当事人的正当权利。所有的请求权原则上都可以通过法院给付之诉的渠道使负有义务的一方作为或不作为，并通过司法程序使它得到执行。^{〔20〕}对此，日本学者曾区分实体法上的履行请求权与救济上的履行请求权，后者系基于民事执行法上的履行请求权且包含了执行是否可能的含义。^{〔21〕}我国《合同法》所规定的继续履行请求权具有优先性，但在运用之时应当关联第94条法定解除权与第110条履行不能，只要不存在上述情形，原则上均可支持继续履行的请求。换言之，法院裁判案件时不能以救济法上请求权的实现困难来否定当事人实体法上的请求权。

第三，超过履行利益并不等于履行费用过高。对于履行费用过高的判断标准，我国司法实务中的普遍倾向是超过履行利益等于履行费用过高。^{〔22〕}这种做法值得商榷。首先，从条文文义来看，对于是否构成履行不能的判断应集中于是否“过”高。过高的文义至少表明，履行费用应远远高于通过合同履行能够获得的利益，而非仅仅超过履行利益。其次，从比较法上看，德国《民法典》第275条第2项确定的标准为“给付需要与债权人的给付利益极不相当的费用”；法国《民法典》第1221条的标准为“明显不合理的费用”（*conût manifestement d raisonnable*）；DCFR 第三-3-3:302条、PICC 第7.2.2条、《欧洲合同法原则》（Principles of European Contract Law, PECL）第9:102条等国际示范法设定的标准为“履行将产生不合理费用”，均非仅仅超过履行利益。从这一点来看，我国司法机关的做法也有悖于国际通行的趋势。最后，超过履行利益等于履行费用过高也与我国《合同法》的基本理念相悖。《合同法》第8条、第60条分别规定了合同拘束力原则和全面履行原则，第107条规定了继续履行作为违约责任的承担方式。也就是说，我国《合同法》原则上以继续履行为第一性的救济手段，与传统大陆法系国家以实际履行为基本原则的请求权模式是一致的，仅以履行费用超过履行利益为由否认实际履行请求权，与《合同法》的基本理念不符。

三、履行费用过高之司法适用再思考

（一）动态体系论

动态体系论作为一种方法论，由二战时期奥地利著名法学家瓦尔特·维尔伯格（Walter Wil-

〔20〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第324页。

〔21〕 森田修「〈民法典〉という問題の性格——債務法改正作業の『文脈化』のために」ジュリスト1319号（2006年）41頁参照。

〔22〕 参见南通市中级人民法院（2013）通中民终字第1935号民事判决书；杭州市中级人民法院（2015）浙杭民终字第971号民事判决书；无锡市中级人民法院（2017）苏02民终2959号民事判决书。

burg) 提出,其主要目的是克服概念法学的僵硬与自由法学的肆意。通过特定法律领域发挥作用的诸要素的数量和强度相对应的协同作用来正当化法律规范与效果。^[23]其在方法上具有弹性,不仅可以容纳多种评价要素的协同作用,而且可以使得法律评价的结果更具正当性,因此一经提出就受到比德林斯基(Bydlinski)、卡纳里斯(Canaris)等著名法学家的支持。在我国,动态体系论也已广泛应用于缔约过程中的说明义务、保险人的说明义务、损害赔偿范围的确定、合同解释及过失相抵等多个领域。^[24]之所以需要在履行费用过高的判断中引入动态体系的判断方法,主要是基于如下考虑:

首先,在履行费用过高的判断中,单一要素考量并不足以证成其阻断继续履行请求权的正当性。以“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”为例,一审法院认为:“冯玉梅以其在时代广场中只占很小比例的商铺,要求新宇公司继续履行本案合同,不仅违背大多数商铺业主的意愿,影响时代广场物业整体功能的发挥,且由于时代广场内失去了精品商铺的经营条件,再难以通过经营商铺营利,继续履行实非其本意。”其中,认为“冯玉梅在时代广场中只占很小比例的商铺,继续履行违背大多数业主的意愿,影响时代广场整体功能的发挥”,实际上考量的是被告冯玉梅的牺牲限度。换言之,通过债务人的履行利益与其他利益之间的对比衡量,来判断是否已经突破了维持合同继续履行请求权的边界。其判决书后文中“社会财富的极大浪费,不利于社会经济发展”“从衡平双方当事人目前利益受损状况和今后长远利益出发”等表述均是在极力证成否定继续履行请求权的合理性。遗憾的是,上述说理部分在最高人民法院的裁判要旨中变成了“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,合同已不具备继续履行的条件时,为衡平双方当事人利益,可以允许违约方解除合同”。显然,后者不仅在说服力上远远弱于前者,而且遮蔽了考量因素中的关键要素,如第三人的利益、社会整体资源浪费、原告商铺只占很小一部分比例(履行利益与整体利益的对比)等。可见,单一要素的考量往往难以具有说服力,必须引入其他的考量因素。

其次,还原可能被法律类型化遮蔽的价值。类型化是法律应对复杂社会生活的必要手段,通过对社会生活事实的剪裁,赋予某一类型事实以某种法律效果,即“要件—效果”的传统法律规范模式。在符合构成要件A的情形下,适用法律效果B,即“如果A,则B”。毋庸讳言,这一模式对于保持法的安定性具有重大价值。但社会生活永远不是一道简单的数学题。在履行费用过高的判断中,简单的逻辑判断并不能得出妥当的结论。比如经典教科书常举的案例:价值10元戒指掉进水池,如果打捞起来需要花费100元,此时构成履行费用过高。但如果该枚戒指对于所有人有重大纪念价值,此时花费100元是否依然构成费用过高呢?答案显然是否定的。造成这一

[23] 参见〔奥地利〕瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,载《苏州大学学报》(法学版)2005年第4期;〔奥地利〕海尔穆特·库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期;〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,法律出版社2002年版,第177页。

[24] 参见尚连杰:《缔约过程中说明的动态体系论》,载《法学研究》2016年第3期;马宁:《保险人明确说明义务批判》,载《法学研究》2015年第3期;叶金强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,载《中外法学》2012年第1期;叶金强:《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》,载《法学研究》2006年第1期;周晓晨:《过失相抵制度的重构》,载《清华法学》2016年第4期。

评价矛盾的主要原因在于：单纯的金钱衡量对于法律效果的说明不具有当然合理性，在诸多场合，价值衡量才是法律判断的主要方法。而引入“动态体系的判断方法”的主要价值是在为履行费用过高注入更多妥当性的评价要素的同时，为其判断提供一个相对稳定的评价系统。

最后，总结司法实践经验的需要。法律的生命在于经验而非逻辑。机械适用法律概念与构成要件不但可能造成法律评价的实质不公平，还可能将法律适用导向概念法学的深渊。事实上，我国法官在针对履行费用过高的裁判中已不自觉地运用了多种要素的考量，舍弃了单一要件的方式。这其中许多要素的考量不仅是合理的，甚至是必要的，在类似案件中不但应当予以重视，还应当上升为具有示范意义的典型案例。例如，在裁判文书中经常出现的“社会资源的极大浪费”“远超过合同履行所能获得的利益”“损害赔偿的可能性”等因素。^{〔25〕}在另外一类案件中，某些要素的考量对于债权人有着至关重要意义，此时即使实际履行将产生一些额外费用，也应当否认履行费用过高的适用。典型的如实践中非常普遍的更换电梯案，不但涉及群体性的人身安全利益，还涉及诚实信用的市场环境的维护问题。在能够认定开发商存在恶意违约的情形之时，即使继续履行将产生一部分额外的费用，该费用实际上也系由债务人故意违约所致，不能排除实际履行请求权。^{〔26〕}

（二）考量要素

考量要素应包括：债权人的牺牲限度；履行利益与给付费用之间的不均衡程度；替代损害赔偿的可能性。

第一，债权人的牺牲限度。从司法实践中的典型案例出发，我们不难发现，单一的要素考量无法满足法律公正的要求。比如，在更换电梯案中，除履行费用之外，债权人的人身安全利益也应该纳入考量的范围内，此时关涉的重要要素是债权人的牺牲限度，即在履行费用过高之外，该实际履行对于债权人的重要意义也应当纳入考虑范围之内。如果仅仅是以更换费用过高为由拒绝继续履行请求权的话，显然过分牺牲了多数业主的安全利益。此时应当排除履行费用过高的适用。

第二，履行利益与给付费用之间的不均衡程度。从比较法上观察，履行费用过高排除履行请求权的标准至少应为严重的不均衡，但何为严重不均衡，立法上却无法提供准确的答案，这是因为，履行利益与给付费用之间无法形成对应关系。这一点可以从比较法上得到印证，比如，适用德国《民法典》第275条第2款“经济不能”以排除原给付义务时，需要考虑“债务关系的内容”“诚实信用原则”“给付需要付出与给付利益极不相当的费用”“可合理期待性”“可归责性”等因素，其中“极不相当的给付费用”也仅为考量要素之一。日本债法改革时，《中间试案》曾在“履行请求权行使的限制事由”的第2项明确规定了“履行所需的费用与债权人通过履行获得的利益相比明显过高”作为限制事由之一，但最终通过的立法文本依然回归了将“社会通常观

〔25〕 参见吉林市中级人民法院（2013）吉中民三终字第178号判决书；承德市隆化县人民法院（2016）冀0825民初1975号民事判决书；江门市中级人民法院（2018）粤07民终864号民事判决书。

〔26〕 参见宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞民初字第1226号民事判决书；泉州市中级人民法院（2015）泉民终字第368号民事判决书；宿迁市中级人民法院（2015）宿中民终字第02758号民事判决书；宿迁市宿城区人民法院（2016）苏1302民初7617号民事判决书；江苏省如皋市人民法院（2017）苏0682民初5999号民事判决书。

念”与“契约的趣旨及内容”作为判断标准。其中，“社会通常观念”作为契约履行不能的外在基准具有一定的客观性，但“契约的趣旨”内含有契约目的、缔约过程、交易观念等因素，可以作为一般规范方法予以弹性适用。^[27]究其原因在于，仅以履行利益和给付费用的简单对比难以得出妥当的结果，因为履行费用过高本身内含有多重价值判断要素。

第三，替代损害赔偿的可能性。这一点已在我国司法实践中被广泛应用，即当免于继续履行的损失可以由违约损害赔偿进行填补时，可以考虑履行费用过高的适用。

从上述要素的考察可以发现，传统单一的“要件—效果”模式已无法胜任履行费用过高的妥当性判断。如果只考虑履行费用是否过高，会遮蔽其他关键要素的存在，导致法评价效果失当。因此，对其法效果的评价应当引入动态体系的评价模式，即通过对债务人牺牲限度、给付利益与费用之间的不均衡程度、损害赔偿可能性三者的动态评价，判断是否应当适用履行费用过高的法效果。首先，在此评价模式中，“债权人的牺牲限度”应为最活跃的评价要素，因为它可以容纳包括债权人的人身安全、社会公共利益、第三人的权益等多种要素的考量。其次，“履行利益与给付费用的不均衡程度”单独即可正当化履行费用过高的法律效果，但此时的不均衡应为重大不均衡。其正当性在于，债务人履行债务所需付出的努力应当与债权人的履行利益保持适当的平衡，若要求债务人付出巨大的努力去换取债权人微小利益的满足，既不符合公平原则，也于社会整体无益。最后，“替代损害赔偿的可能性”这一要素单独并不足以证成适用履行费用过高的正当性。从客观上讲，任何履行利益都有金钱评价的可能性，而“实际履行为原则，免于继续履行为例外”乃是我国合同法所坚守的基本立场，与大陆法系国家所普遍奉行的实际履行原则是一致的。更何况，在许多情况下，当事人的信赖利益与履行利益并不能完全为损害赔偿所弥补，因此，“替代损害赔偿的可能性”仅具有考量因素的价值，而并非决定性的价值。

在确立了履行费用过高的考量要素之后，有必要介绍一下其使用的方法。在动态体系论中，确立了各要素之后并不意味着各要素之间具有某种固定的比例。相反，需要法官在个案中根据案件的具体情况，确定相应的评价要素，再通过衡量各要素的比重，综合作出是否适用其法效果的判断。例如，在个案中通过综合考量发现实际履行对于债权人具有重大价值，如照相馆过失毁损了债权人具有重要纪念意义的底片，则即使履行费用过高（修复原底片需要花费较高的费用）或者有替代损害赔偿的可能性，也不宜作出履行费用过高的判断。相反，假如履行将关涉第三人的重要利益或者导致社会资源的极大浪费，比如涉案的建设工程已由第三人承建至完成度较高的场合，则即使债务人继续履行的费用尚未达到“过高”的程度，也应当考虑履行费用过高的法效果适用。简言之，债权人的牺牲限度、履行利益与给付费用的不均衡程度、替代损害赔偿可能性三者之间是互为补充的关系。如果其中某一个或两个要素足够充足，即使其他要素略有不足，也应当考虑履行费用过高的适用。但如果某一项要素具有重要意义（对债权人具有重要意义，关涉公共利益、第三人的重大利益，社会资源的极大浪费等），则即使其他两个要素充足，也不应考虑法效果之适用。

[27] 田中洋「履行請求権とその限界（追完請求権・履行の強制を除く）」『民商法雑誌』（有斐閣、2018年）851-896頁参照。

最后,需要申明两点。一是,我国司法实践中对履行费用过高的适用实际上已包含有多种要素的考量,本文只不过把这些考量要素归纳为“债权人的牺牲限度”“履行利益与给付费用的不均衡程度”以及“替代损害赔偿的可能性”。二是,动态系统论的运用取决于生活事实的多元价值判断,而不仅仅在于履行费用本身,即使立法者只输入“履行费用过高”这一种判断要素,司法者在面对个案裁判时,也同样会纳入多种要素的考量。这种自觉抑或不自觉的行为,在正当化履行费用过高的判断以及法官自身的内心确信上显得尤其必要,其不仅不会对法的安定性价值造成负面影响,反而会有助于司法权威的树立以及判决结果妥当性的说明。

(三) 法律效果

从《合同法》110条的表述来看,履行费用过高最为直接的法律效果为,债务人获得拒绝履行的抗辩,但拒绝履行之后的法律效果如何,从该条之中并不能找到答案。从体系解释的角度,其显然不属于《合同法》第94条所规定的“其他情形”。对此,司法实践之中一般适用《合同法》第97条予以解除。但很显然:其一,《合同法》第97条中的“合同解除”仅限于该法第93条、第94条所规定的法定和约定解除的情形,并不能包含位于“违约责任”一章的履行费用过高,实务中适用该条予以解除过于牵强。其二,即使适用第97条,实务中的处理结果也难以令人满意。原因在于,第97条的法律效果虽然包括“恢复原状”“采取其他补救措施”和“赔偿损失”,但对于履行费用过高而言,“恢复原状”和“采取其他补救措施”显然只是辅助性的手段,而在损害赔偿额的认定中,法院又普遍过于保守,无法涵盖守约方的实际损失和期待利益,于守约方的保护十分不利。

值得注意的是,我国《民法典》第580条第2款规定:“有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任承担。”也就是说,在《民法典》的视角之下,履行费用过高可以成为当事人请求司法解除合同的理由。不过,作为一种客观的法律事实,履行不能的法效果还应当充分考虑其形成原因,即从《民法典》580条第1款“履行费用过高”的形成原因着手,确定其不同的法律效果。第一,在债务人故意或者过失导致履行费用过高的场合,损害赔偿额应当涵盖守约方的履行利益损失(《民法典》第584条)。其正当性在于,恶意违约应当得到法律的否定性评价,因违约行为所致履行费用升高之所以仍然排除继续履行请求权的行使,并非是对故意或者过失违约行为的鼓励,而是基于社会整体利益、对第三人的影响、资源浪费等因素的考量,阻却债权人的履行请求权,但与此同时,债权人的履行利益也应得到全面的维护,特别是其希望通过订立合同所期待的利益应当予以保证。这也是《民法典》第580条第2款后段“不影响违约责任的承担”之规范意旨。此外,于债务人故意、过失所致履行费用过高的场合,其履行费用过高的判断标准也应予以相应提高,此处需要体现“禁止不相称地优待债务人”的思想,以防止恶意违约事件的频发。第二,在双方均有过错的情况下,根据过失相抵的原理,酌定损害赔偿的数额(《民法典》第592条)。实践中履行费用过高的形成原因往往十分复杂,有时债权人自己也难辞其咎,于债务人所致履行费用过高的场合,如果债权人也有过错,则应当根据自己责任原则减轻债务人的赔偿责任。第三,在双方均无过错的情况下,适用《民法典》第566条关于合同解除的规定。其正当性在于,双方对于履行费用过高均无过错,法律基于公平原则的考量,中止合同的权利义务关

系（《民法典》第 580 条第 2 款），对于尚未履行的终止履行，已经履行的可以请求恢复原状、采取其他补救措施。

四、履行费用过高的法典功能与适用

《民法典》第 580 条第 1 款几乎全盘继受了《合同法》第 110 条的规定，同样以履行费用过高作为排除继续履行请求权的事由之一。不过，由于司法实务中大量存在违约方以履行费用过高为由拒绝履行的案件，法院在司法实务中又缺乏统一的适用标准，《民法典》制定过程中曾尝试引入违约方解除权以解决上述问题。^[28]之后，由于立法过程中争议过大，最终提交的立法文本删除了前述具有争议的表述方式，但实际上，违约方仍然可以依据第 580 条第 2 款“致使不能实现合同目的”这一要件而主张解除合同。因此，如何将违约解除限定在合理的范围之内，将是未来《民法典》第 580 条适用过程中不得不面临的难题。这一问题可能的解决方案在于，严格把握第 580 条第 1 款中履行费用过高的适用标准，因为第 580 条第 2 款已明确表明其适用的前提条件在于“有前款规定的除外情形”。

第一，限制违约方解除的功能及其实现。我国《民法典》制定过程中围绕是否应当赋予违约方解除权的问题曾发生激烈的争论，肯定说者认为，规定违约方解除权的内容有利于破解合同僵局、遏制道德风险、控制社会成本、减少资源浪费等。^[29]反对者则认为，违约方解除权既缺乏学理上的充分论证，又缺乏比较法上的经验支持，不但难以达到制度目的，还有可能引致体系混乱，再加上实务中普遍存在对解除权的滥用、恶意违约者主张合同解除等情形，因而强烈主张删除该条规定。^[30]最终通过的立法文本实际上采纳了折中说的观点，即通过由违约方申请司法解除的方式来破解合同僵局。^[31]但折中说也存在不可忽略的问题，主要表现在司法解除本身存在效率低下、过分依赖于法官的个人判断、难以避免违约方滥用等方面。^[32]为了克服上述缺陷，本文认为，应当从严格把握履行费用过高的构成来限制司法解除请求权的行使，即在判断是否构成履行费用过高时，区分履行不能的形成原因，如果系因违约行为所致，则其构成标准也应相应提高，以防止违约方通过故意违约致使履行费用过高而谋取非法利益。不仅如此，在故意违约所致履行费用过高的场合，司法机关还应充分保障守约方的履行利益，以遏制故意违约等投机行为

[28] 《民法典合同编草案第一次审议稿》第 353 条第 3 款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，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。”《民法典合同编草案第二次审议稿》第 353 条第 3 款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事人不行使解除权，构成滥用权利对对方显失公平的，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。”

[29] 参见崔建远：《关于合同僵局的破解之道》，载《东方法学》2020 年第 4 期；石佳友、高郦梅：《违约方申请解除合同权：争议与回应》，载《比较法研究》2019 年第 6 期；刘承彪：《论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行》，载《中国政法大学学报》2020 年第 3 期。

[30] 参见韩世远：《合同法的现代化：为何及如何》，载《法治研究》2019 年第 6 期；韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，载《中外法学》2020 年第 1 期；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》，载《现代法学》2019 年第 3 期；时明涛：《违约方合同解除权质疑与替代性框架的构建——兼评〈民法典〉第 580 条》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期。

[31] 参见王利明：《论合同僵局中违约方申请解约》，载《法学评论》2020 年第 1 期。

[32] 参见前引 [30]，时明涛文。

(《民法典》第580条)。

第二,合同僵局问题可以通过“抗辩权+催告解除+司法解除”的方式予以解决。我国司法实践中曾出现债务人继续履行费用过高,但债权人却不行使解除权而致合同僵局的情况。对此,崔建远教授认为,应当通过确立违约方解除权的方式予以解决(由违约方先行催告,催告无果后可以解除)。理由主要有:其一,在履行费用过高时,法律已经赋予了违约方拒绝履行权,表明此类合同继续履行已无意义,允许违约方行使解除权有利于解脱双方当事人;其二,守约方拥有解除权却不行使,法律无必要一再迁就。^[33]笔者认为,此两点理由均值得商榷。首先,赋予违约方拒绝履行权与赋予其解除权实为两种截然不同的权利。拒绝履行权属抗辩权的构造,相比解除权而言更为柔和。解除权为单方形成权,于合同命运关系甚大,更何况是授予故意违约的一方。其次,是否行使解除权乃是守约方的自由,基于有效成立的合同,守约方当然享有继续履行请求权,何故不行使解除权却要归责于他?更何况,履行费用过高有时并未达到合同目的不能实现的程度,此时如果仍然允许解除合同,未免矫枉过正。再者,司法实践中大量存在债务人故意违约致使履行费用过高的情形,此时若仍赋予违约方解除权,无疑将助长故意违约的发生,不利于营造诚信的市场环境,产生的消极影响也将难以估量。对此,本文认为,抗辩权+请求司法确认解除的方式可以很好地解决这一问题。具体而言:依据《民法典》第580条第1款的文义,债务人所享有的拒绝履行权在性质上为抗辩权,此抗辩权可以对抗债权人的履行请求权为当然之义。当履行费用过高时,拒绝履行请求权自动产生,并不存在过分保护债权人的情况。此时若债权人怠于行使解除权,则债务人可以催告其行使(《民法典》第564条第2款),若债权人经催告而不行使,则解除权消灭(《民法典》第564条第2款),债务人可以同时请求人民法院确认履行费用过高而解除合同(《民法典》第580条第2款)或者继续履行合同。如此,既避免了合同长期僵局而导致的不利后果,又可以避免因赋予违约方解除权而导致的消极后果。只不过,这显然以裁判机关正确把握履行费用过高的判断标准为前提:不仅需要考虑履行费用本身,履行费用过高的形成原因也应纳入考量范围。

第三,从体系角度理解我国《民法典》中的履行不能制度。原《合同法》第110条实际上只规定了半个履行不能制度,对于履行不能是否区分发生原因与法律后果,拒绝履行之后的法效果等,均付之阙如。《民法典》第580条虽然原封不动地继受了上述规定,但在第2款新增加的司法解除制度可以为我们从体系角度理解履行不能制度提供一些新的线索。首先,对于履行不能,应区分其发生原因而异其法律后果。债权人所致、债务人所致及第三人和意外事件所致履行不能在性质上有所区别,在法律效果上也应有所不同。也就是说,当履行不能因债务人故意或过失所致时,虽然也适用免于继续履行的法效果,但债务人应当赔偿债权人因此遭受的损失,此时的损害赔偿额应当明确包含守约方的履行利益,以避免恶意违约事件的发生;当履行不能是因债权人的原因所致时,根据自己责任原则,应当由其自担损失以及履行不能的不利益;当债权人对于履行不能也具有过失时,可以适用过失相抵规则减轻或免除债务人的赔偿责任;当履行不能由不可抗力或意外事件所致时,适用返还的一般规则清算剩余义务,或者适用情势变更规则予以解除。

[33] 参见崔建远:《完善合同解除的制度的立法建议》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期。

总之，对履行不能应当区分其发生原因而异其法律效果以体现法评价的妥当性。其次，应从体系视角理解履行不能的法律后果。解除权的行使在于赋予非违约方以自助权，即免除自己履行义务的同时追究对方的违约责任，而履行不能的正当性基础在于，任何人对于一项履行不能的债务都不负有继续履行的义务，即履行不能的制度目的在于免于继续履行。至于免于履行义务之后如何处理，则需要结合履行不能的形成原因分别处理。若由债务人所致，则属于典型的债务违反，应当追究其违约责任；若由债权人所致，则应当由其承担不能履行的法律后果；若由第三人或意外事件所致，则属于典型的风险负担问题，可以参照风险负担的相关规则处理。

Abstract: The lack of specific criteria and methods for judging high performance costs has long been a problem in China's theoretical and practical circles. Through the method of empirical research, it is found that there are many problems in judicial practice, such as different judgment standards, misuse of the right of rescission, and confusion with the subject matter which is not suitable for compulsory performance. The academic response to this is mainly serious disproportional theory, but because the standard is vague, it can not provide a proper way to judge the case. It can be found from the application of the clause of too high performance cost in China's judicial practice that the measurement method of single factor can not provide appropriate judgment standard for it. In this regard, the judgment method of dynamic system should be introduced, and the conclusion should be drawn after the dynamic measurement of the limit of the creditor's sacrifice, the imbalance between the performance interests and the payment expenses, and the possibility of substituting for damages.

Key Words: excessive cost, refusal to perform, impossibility of performance, dynamic system, compulsory performance

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)