

不动产定期承租人的预期违约责任

——兼评“合同编通则解释”第61条

庄加园*

内容提要：若不动产定期租赁合同的承租人拒绝支付未到期租金，承租人无权任意终止合同，出租人仍可主张剩余租金请求权。此时，若承租人向第三人转租承租不动产，出租人无正当理由不得拒绝。出租人面对承租人预期违约时，享有主张继续履行或终止合同并主张损害赔偿的选择权。当出租人选择前者时，其负有在合理限度内重新出租的减损义务，并可向承租人请求支付约定租金与转租所得的差额。但该租金请求权仍受约定履行期限的限制，原则上不得提前主张。若出租人选择预期违约的损害赔偿，应以剩余租金为基准计算可得利益，根据具体的计算方式或抽象的计算方式确定其损害数额，并考虑出租人替代租赁的减损可能性。当履行期限与庭审结束时间或判决时间相距甚远时，法院为避免未来租金的预测数额与实际数额存在较大差距，可保留当事人后续诉讼的可能性。

关键词：继续性合同 定期租赁 合同僵局 预期违约 减损义务

引言：不动产定期租赁预期违约引发的“合同僵局”

“在持续性定期合同中，特别是在长期合同中，一方不履行支付价款、报酬、租金等金钱债务，非违约方享有解除权但不行使解除权，而坚持继续履行合同，往往会形成合同僵局。例如，承租人在租赁履行期限内单方搬离租赁房屋并通知出租人收回房屋，出租人坚持继续履行合同，拒不收回房屋另行出租，此时租赁合同陷入僵局。”〔1〕从理论上讲，该“合同僵局”乃由不动产定期承租人的预期违约所引发。承租人拒绝履行的案型既包括租赁期尚未开始前的拒绝履行，也涵盖租赁合同履行过程中的拒绝履行，无论拒绝履行时租赁期已所剩无几，抑或剩余租期尚有数年甚至数十年之久。在前者，承租人通常尚未取得租赁物占有，出租人也未履行提供租赁物的义务，承租人拒绝受领租赁不动产占有的行为属于典型的期前拒绝履行，出租

* 上海交通大学凯原法学院教授。

本文系2022年度国家社科基金重大项目“我国民法评注编纂重大问题研究”（22&ZD205）的阶段性成果。

〔1〕 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第693页。

人的预期违约救济与一时性合同几无差别，并非本文研究重点。在后者，若承租人放弃租赁不动产占有并拒付租金，相对于剩余租期而言，其也构成期前拒绝履行，出租人同样可获得预期违约救济。但在剩余租期较长的情况下，出租人能否听任租赁不动产长期空置，继续向承租人主张剩余租金的请求权？同时，考虑到市场租金在较长的剩余租期内可能剧烈波动，预期违约的损害赔偿应当如何计算，才能实现填补损害的理念？此即本文讨论的不动产定期承租人的预期违约责任。

最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称“九民纪要”）第48条为“违约方起诉解除”提供了正当化依据。由此，理论和实务界就“合同僵局”的解除权产生了争议：承租人作为违约方何以有权终止未到期的租赁合同？在争议声中，民法典编纂就该问题的立场多次反复。最后，民法典第580条第2款仅针对非金钱债务的继续履行引入所谓的司法解除权，第579条对金钱债务履行所设规则仍沿用原合同法第109条之金钱债务排除给付不能的传统。

尽管“九民纪要”第48条规定，“人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除”，但是，司法实践在绝大多数案件中仍将减损义务直接运用于租赁合同承租人预期违约的情形，以限制出租人主张损害赔偿的范围。^{〔2〕}法院往往酌定数月租金作为租赁物空置损失，由此引发出出租人可得利益能否获得充分保护的疑问。《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》（法释〔2023〕13号，以下简称“合同编通则解释”）第61条第2款第1句延续这一思路，确定非违约方的损害赔偿原则上不以剩余租金作为计算基准，而以非违约方寻找替代交易的合理期限作为计算基准。但是，“合同编通则解释”第60条第2款、第3款已确立具体的损害赔偿计算方式和抽象的损害赔偿计算方式，为何第61条针对“以持续履行为债务内容的定期合同”的计算基准严重偏离损害赔偿计算的一般规则？根据实际履行原则，出租人的可得利益通常表现为剩余租金，其最常见的救济方式莫过于诉请承租人继续支付租金。这一简单的救济方式为何遭到司法实践的漠视？

为此，本文分以下几个部分展开讨论：第一，承租人在租期届满前表示拒绝支付剩余租金是否引起出租人租金请求权的消灭。换言之，承租人能否终止未到期的租赁合同？第二，出租人能否选择继续履行，即在维持租赁合同的前提下，请求承租人支付剩余租期的租金？该请求权的存在能否排除出租人的减损义务，使其无须实施重新出租。第三，出租人违约损害赔偿的计算基准应如何选择才能保护其剩余租金利益。面对剩余租期尚有十数年的情况，司法实践如何才能避免因预测而造成的损害计算的不确定性。

一、不动产定期租赁合同的风险分配及违约救济

（一）承租人的风险承担范围

双务合同的给付义务与对待给付义务处于牵连关系，租赁合同概莫能外。根据民法典第703条，出租人交付标的物以供使用、收益与承租人支付租金互为对待给付。租赁合同作为继续性合同，时间因素决定着给付内容。由此，交付义务不应限于移转占有，而是扩及提供

〔2〕 参见最高人民法院（2019）最高法民再313号民事判决书。

适合承租人使用收益的状态。〔3〕出租人的主给付义务应更准确地表述为“提供租赁物的使用义务（Gebrauchsgewährung）”：出租人乃是“提供”而非“交付”租赁物归承租人使用收益。交付之所以作为租赁之债务，在于物的使用收益通常以占有为必要。但物之使用收益也有不以物的交付为前提者，如为张贴广告而租赁屋壁或电线杆。通常而言，出租人只需向承租人提供使用的可能性，并将租赁财产保持在与预期用途相对应的状态即可。〔4〕

出租人提供租赁物使用的义务并未出现于民法典第703条的定义条款中，但在第708条后半段有提及：“在租赁期限保持租赁物符合约定的用途”。考虑到用途的涵义过于广泛，若在解释上不加限定，容易将出租人保持租赁物的用途误读为绝对性的结果保证义务，不当地加重出租人的负担。〔5〕租赁合同约定的用途通常仅限于物的客观用途——使用收益，而不应延展至租赁物使用收益的主观用途——期望收益。即便租赁合同约定，出租人同意承租人将租赁空间用于特定的商业用途，一般也不意味着出租人承担保障该商业用途所获收益的风险。除非合同约定，租赁某物必有一定数额的物质收益或回报，才可能将主观用途纳入租赁合同。因此，第708条的“用途”通常应根据第703条的定义条款限于客观用途。

由此，出租人的主给付义务可被概括为两项：使对方获得租赁物使用，以及保持租赁物可使用的状态。〔6〕出租人需要在整个租赁期间都保持租赁物的使用收益。为此，承租人需按约支付租金。这两项主给付义务处于对待给付关系。〔7〕根据交换正义，若出租人不能履行其主给付义务，承租人也无需履行租金支付义务。对此，在民法典关于租赁合同的条文中，仅有第729条前半句对于不可归责于承租人的租赁物毁损、灭失设有明确的规则，使得承租人有权请求减少租金或者不支付租金。但是承租人不能使用租赁物的原因多种多样，既可能归因于出租人，也可能源于承租人自身。尤其当租赁物毁损、灭失可归责于承租人时，民法典缺乏相应的规则。基于前述租赁双方的对待给付关系，出租人的主给付义务更多地表现为保持用益的可能性，承租人通常只是承受租赁物的使用风险（Verwendungsrisiko），并不负有受领或使用租赁物的义务。〔8〕据此，民法典第729条反对解释的结果是，在因可归责于承租人的事由造成租赁物毁损、灭失时，出租人仍有权请求承租人支付租金。

在商业租赁中，承租人承担的典型风险领域如承租人因缺少利润而放弃经营，或者直接抛弃租赁物的占有。此时，租赁物并未发生毁损、灭失，并非真正意义的客观给付不能。即便允许民法典第729条的反对解释，也超出其文义射程。针对上述不同情形，德国法分别设置相应规则。德国民法典第326条第2款系针对债权人负责的给付不能情形，债务人的对待给付请求权不受影响。鉴于出租人作为债务人负有提供租赁物使用的义务，承租人作为债权人享有使用租赁物的权利。该条文一般适用于承租人毁损租赁物的情形，作为双务合同给付义务牵连性的例外发挥作用。换言之，尽管出租人不能尽到提供租赁物使用的义务，但因为租赁物毁损系作为债权人的承租人所为，出租人仍有权主张作为对待给付的租金请求权。〔9〕就承租人因自身

〔3〕 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第165页以下。

〔4〕 Vgl. Streyll, Pandemiebedingte Risikotragung im Mietverhältnis, NZM 2020, 817, 820.

〔5〕 参见陆青：《商铺租赁合同的履行障碍及其救济——基于疫情下纠纷处理实践的回顾与反思》，载郭春镇主编：《厦门大学法律评论》（2021年卷·总第33辑），厦门大学出版社2022年版，第70页。

〔6〕 Vgl. MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 535 Rn. 79.

〔7〕 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第503页。

〔8〕 Vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 Rn. 1.

〔9〕 Vgl. MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 326 Rn. 49.

放弃占有而不能使用租赁物的情形，德国民法典第 537 条为租赁合同设置了特别条款，其第 1 款第 1 句规定：“承租人因存在于自己人身上的事由，而不能行使自己的使用权，其不能被免除支付租金。”该条既可适用于承租人因自身原因提前搬出租赁空间的情形，也能适用于承租人无正当理由拒绝受领租赁物等情形。^{〔10〕}在这类案中，作为债权人的承租人虽未获得租赁物的占有和使用，但仍负有支付租金的对待给付义务。^{〔11〕}

有论者可能以为这只是德国法的逻辑推论，未必适用于普通法，因为后者的违约救济一向以损害赔偿为主、实际履行为辅。然而，普通法系的租赁并非优先适用违约救济，而是适用财产法上的救济措施。根据普通法传统，租赁构成了不动产权益从出租人向承租人的转让。出租人并非仅移转作为事实的占有，而是转让其财产权中的相当部分权利，包括占有、使用、收益等具体财产权。这在很大程度上可归结于普通法不区分占有和本权的历史传统。普通法自古以来就认为租金来自土地，土地负担着支付租金的义务。因此，出租人追讨租金的诉讼不是强制执行一项义务，而是追讨一件东西。^{〔12〕}

早期的普通法认为租赁条款（covenants）是独立的。即便出租人违反契约如向农业承租人提供肥料的契约，承租人仍须继续支付租金，只是有权诉请出租人赔偿损失。改革者抨击普通法的独立契约规则是封建主义的残余，主张租赁合同应如同其他双务合同一样被假定为互相依赖而非完全独立。依此，如果出租人严重违反义务，承租人就可采取包括终止租约（rescission of the lease）在内的一整套合同补救措施。^{〔13〕}但是，即便按照合同化的现代财产法逻辑，只要出租人没有违反实质性义务，影响承租人对租赁房屋的使用，提前放弃房屋的承租人仍负有义务支付剩余租金。

我国民法典虽欠缺类似上述的明确规定，但租赁合同的对待给付关系与其他国家和地区并无实质差别。出租人并不负有保障承租人获得使用收益之利益的绝对义务。换言之，如何安排租赁物的使用收益是承租人的权利，而非义务；出租人保持租赁物符合约定的用途，更多地只是维持使用收益的抽象可能性。根据租赁合同的风险领域分配，承租人放弃租赁物占有，导致自己丧失对标的物的使用收益，纯属放弃权利，与出租人无关，不会影响后者的租金支付请求权。^{〔14〕}按照普通法租赁移转财产权的逻辑，承租人负担租金更是天经地义。由于租赁房屋的财产权已经移转于承租人，如何使用属于承租人行使财产权的自由，即便他放弃使用，其作为租期内的财产权人也负有义务支付租金。因此，即便我国现行法未作规定，也不妨碍裁判者根据租赁合同的对待给付关系推知相同的结果。

在租赁合同的常见“僵局”情形，承租人往往放弃租赁物占有或返还占有，^{〔15〕}并援引原

〔10〕 Vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 Rn. 6. 我国台湾地区“民法”第 441 条也有类似规定：“承租人因自己之事由，致不能为租赁物全部或一部之使用、收益者，不得免其支付租金之义务。”

〔11〕 参见庄加园：《债权人原因引起的给付不能》，《法律科学》2018 年第 5 期，第 150 页以下。

〔12〕 See Sarajane Love, *Landlord's Remedies When the Tenant Abandons: Property, Contract, and Leases*, 30 U. Kan. L. Rev. 533, 535-536 (1982).

〔13〕 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 Colum. L. Rev. 773, 824 (2001).

〔14〕 Vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 Rn. 6; [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2007 年版，第 174 页。

〔15〕 放弃占有的案型，参见最高人民法院（2015）民一终字第 340 号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2018）川 01 民终 8121 号民事判决书；陕西省西安市中级人民法院（2017）陕 01 民终 1964 号民事判决书。返还占有的案型，参见云南省高级人民法院（2017）云民再 92 号民事判决书；新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院（2020）新 40 民终 1785 号民事判决书。

合同法第 110 条（民法典第 580 条第 1 款）作为终止依据，^{〔16〕}于此却可能存在认识偏差。因为承租人占有使用房屋是其权利，而非义务。承租人在合同项下的义务为支付租金，而非使用租赁物，此时强制履行的义务为金钱债务，而非强制承租人继续使用房屋。^{〔17〕}若以承租人无支付能力为由支持终止，则更是明显缺乏理由。因为承租人的主给付义务应为按约支付租金，这是典型的金钱债务。通常而言，金钱债务的债权人在合同中的典型交易目的体现为受领金钱，债务人对于金钱债务以及支付能力承担的是无过错的担保责任。换言之，金钱债务不存在履行不能问题，也就谈不上合同不能履行致使不能实现合同目的。^{〔18〕}民法典虽加入第 580 条第 2 款的“司法解除”，但由于该条限于非金钱债务的案型，而“合同僵局”中相当数量的案型涉及支付租金的金钱债务，故从文义上实无援用第 580 条第 2 款的余地。

反对终止的另一重要原因在于，如果承租人由于自己原因而不能获得租赁物占有使用，反倒有权终止合同而免去支付租金的对待给付义务，将违反禁止矛盾行为的原则。^{〔19〕}《联合国国际货物销售合同公约》第 80 条规定，一方当事人因其行为或不行为而使得另一方当事人不履行义务时，不得声称该另一方当事人不履行义务。因此，承租人由于自己原因而不能获得租赁物占有使用，无权主张出租人未履行提供租赁物使用的义务。该条使得违约的承租人不仅失去损害赔偿请求权，而且丧失诸如履行请求权、减价请求权、利息请求权与合同解除权的所有权利。^{〔20〕}

也许有人以为普通法支持承租人放弃地产权，消灭其负担的剩余租金义务。但承租人并非单方放弃地产权，而是向出租人返还地产权（surrender），仍需后者同意。出租人如何回应，将决定其后续救济措施。一方面，若出租人接受返还地产权的提议，承租人在剩余租期内支付租金的义务将随之消灭。《美国财产法重述（第二次）》第 12.1（3）（a）条允许出租人接受返还地产权，终止租赁。另一方面，出租人也可拒绝接受承租人返还地产权的提议。由此，他将根据财产法原理选择主张剩余租金的不同救济方式。出租人要么听任房屋闲置，按照约定期限向承租人请求支付租金；要么重新出租被抛弃的房屋，然后向承租人主张约定租金与实际获得租金的差额。^{〔21〕}

当然，承租人无权终止合同并非排除其主张其他救济的可能性。因为可归于承租人风险承担范围的外部事件，并不包括不可抗力、灾难、罢工或由出租人所引起的情况，如未履行官方法许可等。^{〔22〕}假使政府颁布的疫情管制措施（如全城封锁）限制或剥夺了承租人对商铺的占有使用，致使对待给付义务失衡，承租人并非没有可能根据民法典第 533 条规定的情势变更规则

〔16〕 参见贺小荣主编：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》，人民法院出版社 2019 年版，第 34 页以下。

〔17〕 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 162 页。

〔18〕 参见郝丽燕：《走出违约方解除权的误区》，《南大法学》2020 年第 3 期，第 27 页；刘子涵：《金钱债务合同僵局的识别与破解》，《西南政法大学学报》2023 年第 4 期，第 45 页以下。

〔19〕 参见韩世远：《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 115 页以下；MüKoBGB/Ernst, 2012, § 326 Rn. 41。

〔20〕 MüKoBGB/Huber, 6. Aufl., 2013, CISG Art. 80 Rn. 7; MüKoHGB/Mankowski, 6. Aufl., 2013, CISG Art. 80 Rn. 10; Staudinger/Magnus, 2013, CISG Art. 80 Rn. 17; Honsell Kommentar zum UN-Kaufrecht/Magnus, 2009, Art. 80 Rn. 14; Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem/Schwenzer, 6. Aufl., 2013, CISG Art. 80 Rn. 8.

〔21〕 参见前引〔12〕，Love 文，第 535 页；[美] 斯普兰克林：《美国财产法精解》，钟书峰译，北京大学出版社 2009 年版，第 283 页。

〔22〕 Vgl. MüKoBGB/Bieber, 9. Aufl. 2023, § 537 Rn. 5.

主张变更或终止合同。^[23]而仅是客流减少、入店顾客被要求出示核酸证明，通常尚不足以构成租赁商铺的占有使用限制，更不会导致对待给付义务失衡，仍属于承租人的风险承担范围。

（二）限制转租与合理同意：任意性规范之抉择

最高人民法院 2019 年在某案的裁判中援引了该案一审判决：“武商量贩公司赔偿馨安泰公司租金损害最直接的办法有三种：一是一次性赔偿合同约定的剩余年限的全部租金。二是武商量贩公司将所租赁房屋转租出去，依原房屋租赁合同约定的金额按季度向馨安泰公司支付租金。三是馨安泰公司收回出租给武商量贩公司的房屋转租给其他商户，转租房屋所得租金达不到武商量贩公司所支付租金数额的部分由武商量贩公司按季度补足差额。”^[24]第二、三个办法都涉及租赁房屋转租，并在转租租金低于原租金时由违约的承租人支付差额，两者的差异在于究竟是承租人还是出租人承担转租负担。可惜最高人民法院再审改变原审结果，使出租人的合理预期完全落空。

已有学者指出，按照我国相关交易习惯，在承租人长期陷入经营困境或遇到其他可归责于自身的不得已事由（如工作调动），进而难以期待其继续使用标的物时，出租人通常同意其转租或移转合同权利义务。^[25]此时，应当认可承租人有权请求出租人同意转租。由此，出租人剩余租期的租金实现将获得保障，承租人也得以避免陷入不能使用租赁物但仍须支付租金的不利境地。上述判决的第二个办法可谓一个“双赢”方案。

或有观点认为，承租人转租或移转合同权利义务的障碍来自于民法典第 716 条第 1 款第 1 句，“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人”，^[26]由此，承租人转租需得到出租人同意，否则构成无权转租。这样的文义解释或有误读之嫌。因为承租人转租标的物的合同作为负担行为，无须出租人同意。但若无出租人的同意，次承租人从承租人获得的占有对作为所有权人的出租人构成无权占有，将面临后者主张所有物返还请求权的风险，由此引发承租人对次承租人的瑕疵担保责任。此外，出租人若未同意转租，还有权根据该条第 2 款终止初始租赁合同，并主张违约损害赔偿。由此可知，出租人同意并非转租合同的效力障碍，但若出租人拒绝承租人转租，承租人与次承租人订立的租赁合同将因初始租赁合同效力而处于不稳定的效力状态。

转租需得到出租人同意的我国现行立法与德国民法典第 540 条第 1 款第 1 句极为相似。后者的主要理由在于，租赁是具有人身性质、互相信赖的法律关系，承租人不能违反出租人的意思，让第三人使用标的物。^[27]但这一价值选择过于迁就出租人，对承租人利益考虑不周。因为承租人在无法借助租赁物获利的情况下，既要负担剩余租期的租金，又不能将该物转租以实现资源充分利用，若使承租人承担这般的使用者风险，未免过于严苛。只要转租不减损出租人对租赁物的利益，承租人应被允许转租。普通法系和多数大陆法系国家原则上允许承租人自由转租，大体上也是基于相同的利益衡量。出于保护承租人的转租需求，德国立法者在该款第 2 句规定，如果没有次承租人方面的重大原因（如可能扰乱房屋的安宁或者信誉存在严重问

[23] 由于商业租赁合同的期限通常较长，故还需考虑承租人使用受限的时间占整个租期的比例。参见前引〔5〕，陆青文，第 68 页。

[24] 最高人民法院（2019）最高法民再 313 号民事判决书。

[25] 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 94 页。

[26] 参见张梓萱：《替代交易与继续履行请求权》，《南大法学》2022 年第 1 期，第 52 页。

[27] Vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 540 Rn. 1; MüKoBGB/Bieber, 9. Aufl. 2023, BGB § 540 Rn. 1.

题), 出租人拒绝承租人转租的, 承租人获得特别的合同终止权。因此, 只要将该条第1款的前后两句结合起来, 德国转租模式即呈现为“合理同意(转租)—退出”规则。^[28]依此, 出租人虽可任意拒绝转租, 但若该拒绝不合理, 则承租人可以通过终止合同从该租赁合同关系中解脱出来。

由此可知, 中国法的转租规则与德国民法典第540条第1款转租需出租人同意的前半部分规则大体相同, 却缺少限制出租人同意的后半部分规定。这导致出租人获得的保护过于强大, 或许正是所谓“合同僵局”的成因之一。但不幸的是, 中国司法实践引入所谓的“合同僵局”, 不惜完全牺牲出租人的剩余租金利益以摆脱合同拘束力, 实有矫枉过正之嫌。^[29]某类有名合同的缺陷不在该类型下补救, 而是跳转至创造违背体系的合同一般规则, 也暴露了合同分则基础知识的匮乏以及方法论的不足。

有观点认为, 承租人请求转租的, 出租人若无正当理由拒绝同意, 有滥用权利损害他人合法权益之嫌(民法典第132条)。司法实践为限制出租人在转租情形下的同意权, 可通过类推适用“合同僵局”规定终止合同。^[30]这一结果固然值得赞同, 但委身于本就颇具争议的“合同僵局”, 无疑使得这样的解释路径更为曲折。既然核心考量因素在于租赁双方的利益衡量, 不如直接根据出租人是否具有合理理由对民法典第716条第1款第1句进行目的性限缩。笔者以为, 转租需出租人同意, 主要是考虑到每个承租人对租赁物的照管能力不同, 承租人向不同的第三人转租时, 确实会影响到租赁物在租期届满后能否原物返还。但这一人身性因素在现代商业租赁中逐渐边缘化。在社会生产力高度发达的背景下, 大量物品都是工业制造的流水线产品。即便是作为城市房屋的不动产, 也多为高层大楼纵横分隔而成的单元空间。事实上, 现代社会的出租人与承租人之间的交易安排很少具有人身性质。更常见的情况是, 租赁是两个陌生人之间的商业合同, 以定期支付租金来交换空间或土地的占有使用。^[31]若商业出租人缺乏特殊的合法利益, 则无权干预承租人的转租行为。

因此, 民法典第716条第1款第1句以出租人同意作为转租限制, 与定期租赁合同当事人的风险分配存在较大背离。即便该条款发挥任意性条款的作用, 也很容易被当事人的意思所推翻。若其在商业不动产租赁中违反交易习惯和当事人合理预期, 在合同解释中完全可能被限制或取消。该条款不应成为承租人转租的法律障碍。

(三) 出租人的违约救济选择权

承租人预期违约既可能发生于租期开始之前, 也可能发生于租赁合同履行过程中。后者的特殊之处在于, 承租人违反的义务并非租期开始前的全部租金支付义务, 而是租期届满前的剩余租金支付义务。因为一时性合同的预期违约通常发生在履行期到来之前, 这会使人忽略部分已履行合同的预期违约。继续性合同的特征恰恰通过部分已履行的合同得以展现, 以租赁合同最为典型。无论是履行期尚未届至的合同, 还是已部分履行的合同, 预期违约救济方面并无实质差别, 守约方均可解除或终止合同并主张损害赔偿。只要认可守约方在履行期届满前有权提前请求救济, 就至少认可预期违约的救济理念。预期违约的合同范围自然也应包括所有履行期

[28] 参见吴奕锋:《走出“合同僵局”:以承租人的转租权为重点》,《中外法学》2024年第6期,第1530页以下。

[29] 参见前引[19],韩世远文,第125页。

[30] 参见前引[25],武腾文,第94页以下。

[31] See Edwin Smith Jr., *Extending the Contractual Duty to Mitigate Damages to Landlords When a Tenant Abandons the Lease*, 42 Baylor L. Rev. 553, 559 (1990).

尚未届满的合同，至于是否已有部分债务履行期届至或已实际履行无关大局。我国司法实践中，就已部分履行的租赁合同也存在适用预期违约制度的案例。^{〔32〕}此时，出租人有权即时终止合同，并就未到期租金主张损害赔偿，由此快速寻求救济并避免损失扩大。

“合同编通则解释”第61条并未赋予违约方以终止权，而是明示非违约方有权终止合同。然而，作为非违约方的出租人有可能不行使终止权，而向承租人主张继续履行合同，即要求按约支付租金。根据民法典第578条，非违约方也有权在履行期届满前主张违约责任，其中既包括采取补救措施或者赔偿损失等其他救济方式，也覆盖继续履行这类旨在实现原给付义务（民法典第577条）的救济。相对于当下研究和实践偏重于以解除为前提的损害赔偿（替代给付利益），继续履行受到的关注明显不足。但若从保护合同约定内容的角度出发，出租人主张剩余租金请求权则是最为常规的救济手段。司法解释之释义也承认，在构成根本违约的情况下，如果合同适宜、能够继续履行，非违约方可要求继续履行，而非解除合同。^{〔33〕}租赁合同的继续履行显得尤为重要，因为所谓即时终止合同的假设很可能掏空出租人对剩余租金的可得利益，动摇长期租赁合同的拘束力。继续履行恰好体现了契约严守原则，强调保护交易及信赖，赋予合同以将来效力。在承租人违反金钱给付义务时，继续履行的现实意义在于使出租人得以避免对损害数额的计算及证明困难、避免各种损害赔偿限制规则，较为确定地获得特定金额、实现合同已锁定的利益。^{〔34〕}

继续履行以维持合同效力为前提，而替代给付的损害赔偿以合同终止为前提，故两种救济只能择一行使。由此，探明不同救济是否会对当事人利益产生不同影响，在定期合同的承租人预期违约案型中尤为重要。尤其在审理结束后尚有相当长剩余租期的情形，出租人的租金支付请求权和损害赔偿请求权能否完全获得支持，是否受制于减损义务，对其可得利益能否获得充分保护更具决定意义。此外，由于租金支付期限尚未届至，出租人的上述两个请求权是否均受履行期限限制，以及其根据预期违约可否提前获得全部赔偿乃至忽略时间因素的影响，也需斟酌。考虑到原给付义务的实现更符合约定内容，也是损害赔偿计算的基准，下文首先围绕租金支付请求权的继续履行展开讨论。

二、租金支付请求权的限制

（一）租金支付请求权的减损义务限制

在常见的租赁合同“僵局”中，一些出租人并未采取任何补救措施，仍要求承租人按约支付租金。有法院认为出租人违反减损义务，不得就未尝试重新出租的租赁期间主张租金。^{〔35〕}对此，首先产生的概念上的疑惑是，租金请求权作为原给付请求权能否适用减损义务。质疑理由在于：守约方享有原给付请求权，而非损害赔偿请求权，在此情形并无损失，何谈减损一说。^{〔36〕}理论上，预期违约后拒绝接受预期违约，以及实际违约后的继续履行请求权，均可涵

〔32〕 参见四川省成都市中级人民法院（2017）川01民终13045号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2021）京02民终3386号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔1〕，最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书，第693页。

〔34〕 See E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2015, para. 21-002.

〔35〕 参见上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民二（民）终字第2416号民事判决书。

〔36〕 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49页。

盖在广义的继续履行概念之中。〔37〕

德国民法强调实际履行为先，一般认为减损义务不适用于履行请求权。〔38〕尽管如此，继续履行也并非绝对获得支持。例如，当履行不可能或不适于强制履行时，继续履行请求权就会受到限制（德国民法典第 275 条），或在继续性合同中允许当事人基于信赖关系被破坏等重大事由终止合同（德国民法典第 314 条）。此外，继续履行还在多个典型合同中受到间接限制。例如，定作人根据德国民法典第 648 条对承揽合同享有任意终止权。此时，承揽人的报酬需扣除因终止而省却的费用或通过其他方式使用其劳动力而获得或恶意未能获得的费用。再如，当雇用人受领迟延（如无正当理由解雇）时，受雇人基于德国民法典第 615 条的劳动报酬请求权应当扣减他省却的劳动力及恶意怠于取得的利益等。〔39〕德国联邦最高法院甚至在罕见的案例中，以诚实信用原则部分否定了出卖人的继续履行请求权。若买卖合同已无望完成，出卖人本可通过提前进行替代交易和解除现有合同来避免或减少损失，则其应承担与有过失的责任。〔40〕

普通法的违约救济以损害赔偿为主，只在必要时认可实际履行。非违约方是否负有减损义务，未必与继续履行请求权具有排斥关系。然而，颇具争议性的英国案例“怀特和卡特诉麦格雷戈案”（*White & Carter v. McGregor*）认为，非违约方享有的继续履行权利在“合法利益”的前提下足以排除减损义务。该案判决受到如下质疑：第一，非违约方应通过重新出租广告位将损失降到最低；第二，非违约方不应通过在广告牌制作上支出费用来增加损失。非违约方可以终止合同，并以损害赔偿的方式收回商定租金与由此省却的任何费用之间的差额。〔41〕因此，普通法下减损义务的核心内容在于，请求权人不能就他本应避免的损失要求赔偿。〔42〕

需要注意的是，我国现行法上的违约救济路径并未接受实际履行完全优先的理念，而是采取实际履行与损害赔偿并列的选择性路径，允许非违约方在合理情况下灵活选择。〔43〕在预期违约的情形，非违约方选择的救济措施是否合理，将在很大程度上决定其是否应采取减损措施。20 世纪下半叶美国法关于出租人减损义务的立场转变，恰好说明继续履行也受到避免资源（尤其是城市房屋）浪费的限制。

普通法传统观点认为，租赁的本质是转让一段时间的财产权。既然不动产买受人未能使用或转售标的物，出卖人不负有进行替代交易的减损义务，出租人同样不必寻找次承租人。〔44〕美国《财产法重述（第二次）》坚持了出租人不应承担减损义务的立场。〔45〕这种对减损义务的质疑，即便是在美国州法上也有一定的代表性，如宾夕法尼亚州就长期坚持商业租赁出租人

〔37〕 See G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract - A Comparative Account*, Oxford University Press, 1988, p. 43.

〔38〕 Vgl. Heinz Weidt, *Antizipierter Vertragsbruch - Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen 2008, S. 159.

〔39〕 上述履行请求权在功能上对应于损害赔偿请求权，只是请求权人无须证明损害发生和说明损害计算，相对方则必须证明，前者由于合同提前终止而获得或应当获得可得折抵的益处。参见上引 Weidt 书，第 152 页以下。

〔40〕 Vgl. BGH NJW 1997, 1231.

〔41〕 参见前引〔34〕，Peel 书，第 21-013 段。

〔42〕 同上书，第 20-114 段。

〔43〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 774 页。反对意见，参见李承亮：《以赔偿损失代替履行的条件和后果》，《法学》2021 年第 10 期，第 112 页以下。

〔44〕 See John E. Cribbet, *Property: Case and Materials*, Foundation Press, 1996, p. 504; Dawn R. Barker, *Commercial Landlords' Duty Upon Tenants' Abandonment - To Mitigate*, 20 J. Corp. L. 627, 629, 632 (1995); 前引〔21〕，斯普兰克林书，第 284 页。

〔45〕 Restatement (Second) of Property § 12. 1, Comment i.

没有减损义务的传统规则。〔46〕然而，批评者认为传统财产法规则已经过时，现代租赁更像是持续的合同义务，需要适用合同法的减损措施。〔47〕越来越多的州法院为避免资源浪费，在住宅租赁和商业租赁领域均要求出租人寻找合适的承租人来减轻损害。〔48〕美国 20 世纪 70 年代起草的《统一住宅出租人与承租人法案》（Uniform Residential Landlord and Tenant Act）更是对违反减损义务的出租人施加额外的惩罚。出租人在承租人放弃房屋的情况下必须以公平的租金价格重新出租房屋。否则，自出租人收到弃租通知之日起视为其终止租赁。〔49〕

出租人承担减损义务的主要理由在于避免租赁不动产空置而引起的资源浪费。〔50〕在出租人和出卖人都面临相对人预期违约的情形，出租人违反减损义务的后果可能更严重。若买受人预期违约，出卖人未采取减损措施，损失扩大一般体现为标的物市价下跌；但如果出租人未重新出租，则房屋被完全空置，本仅负担租金差额的承租人需负担全部租金。依德国民法典第 615 条、第 648 条，受雇者和承揽人需将省却的劳动力投入其他工作。〔51〕租赁合同与此类劳务型合同的差别在于，后者的劳动力支配完全由劳务提供者决定，但租赁物在履行开始时就已移转于承租人使用，出租人难以干预，哪怕承租人闲置不用，也是其自由。只有当承租人放弃租赁物时，出租人才有能力恢复对租赁物的占有并采取防止浪费的减损措施。

这种避免浪费的需求在农业社会与工商业社会的对比中显得尤其明显。古代租赁法是在农地租赁的背景下发展起来的。租赁通常从一个种植季节延续到另一个种植季节。如果承租人在种植期过后离开，期望地主找到新的承租人来租赁基本无用的土地是不现实的。〔52〕传统的租赁法规则不要求出租人减损，其历史根源也在于农地租赁的特殊性。在农业背景下，土地在承租人缺席时并非总是无价值或浪费，而是可能构成有效率的土地利用方式。例如，土地可能需要休耕以恢复地力，或者用于轮作不同的作物。〔53〕但自工业革命以来，越来越多的人口从农村转移至城市。城市房屋租赁的重要性远远超过农地租赁，尤以满足“持续居住”的城市住宅租赁最为明显。因此，承租人抛弃房屋后，若出租人听任房屋空置，将导致稀缺的城市房屋资源无法提供给更需要的人居住。商业租赁虽未达到住宅租赁的供求失衡程度，但长期空置同

〔46〕 See David Crump, *Should the Commercial Landlord Have a Duty to Mitigate Damages after the Tenant Abandons*, *A Legal and Economic Analysis*, 49 Wake Forest L. Rev. 187, 191-192 (2014).

〔47〕 See S. G. Flynn, *Duty to Mitigate Damages Upon a Tenant's Abandonment*, 34 Real Property, Probate and Trust Journal 721, 729 (2000); 张金海：《减轻损失规则的帕累托效率解读与展开》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2021 年第 8 期，第 83 页。

〔48〕 See *Austin Hill Country Realty, Inc. v. Palisades Plaza, Inc.*, 948 S. W. 2d 293, 295-300 (Tex. 1997); *Schneiker v. Gordon*, 732 P. 2d 603, 610-612 (Colo. 1987); *Sommer v. Kridel*, 378 A. 2d 767, 769 (N. J. 1977); 前引〔31〕，Smith 文，第 557 页以下；上引 Flynn 文，第 731 页以下，第 736 页；前引〔21〕，斯普兰克林书，第 285 页以下；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 901 页以下。

〔49〕 这种对租赁合同终止日期的有意修改有悖于普通法原理。由于只有利用和保护重要住房资源的政策才能证明更严格的减损规则是合理的，更高标准的减损措施被适用于商业租赁值得商榷。参见前引〔12〕，Love 文，第 556 页以下；前引〔21〕，斯普兰克林书，第 224 页以下。

〔50〕 参见前引〔31〕，Smith 文，第 561 页；前引〔44〕，Barker 文，第 645 页以下；前引〔21〕，斯普兰克林书，第 287 页。

〔51〕 美国普通法对受雇人也有同样的减损要求。若被非法解雇的受雇人没有采取合理努力寻找替代工作，他对雇主的损害赔偿请求也将减去他本应利用这段闲暇时间可以获得的收入。参见前引〔12〕，Love 文，第 553 页。

〔52〕 See *Reid v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, 776 P. 2d 896, 905 (Utah 1989).

〔53〕 See Thomas J. Miceli, C. F. Sirmans & Geoffrey K. Turnbull, *Lease Defaults and the Efficient Mitigation of Damages*, 49 Journal of Regional Science 915, 928-929 (2009).

样会浪费稀缺的城市空间。正如学者指出的,只要债权人怠于利用标的物的行为是背信的浪费行为,该行为的后果就不因其主张的违约救济具体方式不同而有本质差异。〔54〕即便出租人主张继续履行请求权,其也负有重新出租的减损义务。

在一般违约情形,普通法认为非违约方最早应自知道违约行为发生时负有减损义务。〔55〕由此,当出租人知悉承租人放弃租赁物占有时,应作出合理努力避免租赁房屋空置。出租人的减损义务产生于承租人放弃租赁房屋以及出租人实际或推定知晓该放弃行为之时。当承租人停止支付租赁合同规定的租金,并实际腾空房屋且无意返回时,即构成抛弃租赁物。抛弃的要素是放弃房屋占有的意图和为实现该意图的外部行为或一系列行为。〔56〕由于意图是首要考量因素,出租人和承租人之间的沟通可能有助于确定承租人的意图,并确定抛弃实际发生的时间。即便拖欠租金的承租人不辞而别,只要双方仍就合同履行等问题继续交涉,出租人便不会立即负有减损义务。

反对减损义务的主张认为,要求非违约方的出租人承担减损义务,实际是由守约方承担不必要的重担或使其面临不必要的风险。〔57〕然而,减损措施并不要求非违约方作出任何会使其面临更大风险的事情,更不要求其接受不能令人满意的替代者。出租人不必接受有财务风险或原租约所禁止业务类型的承租人,也无须为实施减损措施而改建其房屋。〔58〕同理,出租人也无必要以低于当时公平市价的价格重新出租房屋。若非如此,就会迫使出租人为迁就违约的承租人而贬低其房产的价值。在“福吉亚诉迪克斯案”案中,出租人无法以初始租赁合同约定的租金重新出租一家牙科诊所,但承租人声称出租人有义务以低于公平租金的价格重新出租并用作牙科诊所以外的用途。美国法院否定了承租人的观点:“为了减轻承租人违反租约造成的损害,不应要求出租人大幅改变其在原有租约中规定的义务。因此,本案原告不需要将房屋出租给不在牙科或相关领域工作的人,因为这些办公室是另外两名牙医占用的牙科诊所的一部分,并且是为这种特殊用途而设计的。原告也不应被要求以低于公平租金的价值出租其房屋。”〔59〕

法律只要求出租人在当时情况下作出合理努力,而不是竭尽全力以减轻损害,出租人通常只需利用常识而无须不遗余力地寻找新承租人。而且,出租人履行减损义务产生的合理费用也将由作为违约方的承租人承担,如因重新出租而发生的广告费、中介费等。出租人是否已为合理努力,需根据具体情况而定。美国法院可能会对其他因素进行审查,例如出租人是否亲自或通过房产经纪人向任何潜在承租人提供或展示房屋,或在当地报纸上刊登广告。〔60〕尽管没有任何方法可确保减轻损害,但若出租人仅使用有限的资源或方法,如仅在当地报纸上刊登一则广告或在橱窗上张贴招租告示,其充分尝试减轻损害的主张未必能获得法院支持。反之,若出

〔54〕 参见前引〔25〕,武腾文,第96页。

〔55〕 参见前引〔34〕,Peel书,第20-115段。

〔56〕 See Alvan M. Joffe, *Remedies of California Landlord upon Abandonment by Lessee*, 35 S. Cal. L. Rev. 34, 35 (1961); 前引〔47〕, Flynn文,第742页。

〔57〕 参见前引〔44〕, Barker文,第633页。

〔58〕 参见前引〔31〕, Smith文,第560页; Ian Davis, *Better Late than Never: Texas Landlords Owe a Duty to Mitigate Damages When a Tenant Abandons Leased Property*; *Austin Hill Country Realty, Inc. v. Palisades Plaza, Inc.*, 40 Tex. Sup. Ct. J. 228 (Jan. 10, 1997), 28 Tex. Tech. L. Rev. 1281, 1300-1301 (1997)。

〔59〕 *Foggia v. Dix*, 265 Or. at 321, 509 P.2d 412 (1973)。

〔60〕 See *Sommer v. Kridel*, 74 N.J. 446, 458-459 (1977); 前引〔21〕, 斯普兰克林书,第288页。

租人采用多种途径吸引潜在承租人，即使失败，其已履行减损义务的主张也会获得支持。毕竟减轻损害只需出租人作出合理努力，而非无限制的。〔61〕

（二）基于重新出租的并存租赁及其效果

如前所述，承租人期前抛弃租赁房屋时，尽管美国财产法不认为出租人负有减损义务，但出租人为挽回承租人拒付租金的损失，多数情况下还是会重新出租被抛弃的房屋。德国法同样不支持出租人的减损义务，但不少出租人还是选择重新出租，以降低租金损失。无论重新出租是作为出租人的权利还是其负担的不真正义务，只要其将承租人抛弃的房屋再次出租给第三人，就会导致同一房屋被同时租给承租人和第三人，继而导致这两个合同的履行可能存在冲突。国内有观点就此主张，出租人在重新出租之前有必要终止初始租赁合同，〔62〕因为一旦违约方撤回预期违约，守约方就须继续履行租赁合同。〔63〕然而，出租人重新出租并不以终止租赁合同为前提，也并非为实现损害赔偿的替代交易。因为出租人并未终止租赁合同，而是以自己的名义为承租人重新出租。

有观点认为，既然承租人已放弃占有房屋，出租人又将它出租给第三人，应推定其终止了初始租赁合同。在出租人为承租人重新出租的救济得到认可之前，美国普通法的多数规则认为，只有当出租人向承租人发出通知，说明其将为后者利益出租同一不动产，并将收到的租金折抵约定租金时，才能推翻终止初始租赁的推定。〔64〕美国《财产法重述（第二次）》第12.1（3）（b）条也要求出租人重新出租时，应通知承租人。这主要是确认双方是否达成返还地产权的默示合意。根据财产法原理，承租人向出租人返还地产权虽以双方合意为前提，但合意既可明示达成（express surrender），也能默示实现（surrender by operation of law）。若承租人抛弃租赁房屋被解释为其向出租人发出返还地产权的默示要约，出租人收回该房屋并出租的行为能否被解释为接受返还的默示承诺？在判例法中，默示返还地产权的决定因素是确定出租人意图恢复对承租人房屋的所有权和控制权。但当规则因个案事实反常而不能适用时，就无法预测案件结果。〔65〕

上述租赁终止的推定始终面临着意思表示解释的疑问。租赁合同不能由一方任意变更，而只能通过合意变更。出租人是否通知承租人，以及承租人是否及如何回应，并不影响初始租赁合同的效力。〔66〕当缺少证据推知出租人意思时，多数出租人并不希望终止租赁合同；相反，若无替代的承租人，他们更希望让承租人继续负担租金支付义务。而且，在不终止初始租赁合同的前提下，出租人若成功重新出租，还能将所得租金折抵其对承租人的剩余租金请求权，以减轻承租人负担的租金支付义务。因此，出租人终止初始租赁合同的推定并不符合租赁双方的利益。提前抛弃的承租人理应预见到出租人会选择重新出租，出租人并无必要特地通知承租人。此处的通知至多证明了出租人不接受终止租赁合同的意思。〔67〕

〔61〕 See *Lindsley v. Forum Restaurants, Inc.*, 596 P.2d 1250 (Kan. Ct. App. 1979). 该案中，出租人收到承租人的弃租信后，即与一家房产中介签订合同，并敦促其寻找新承租人。他还联系其他房产中介，寻求当地银行的帮助，配制额外钥匙以便检查房屋，并对房屋进行广告宣传。不同的潜在租户参观了房屋。尽管最终无人租用该房产，但法院认为出租人已完成减损的合理努力。

〔62〕 参见前引〔48〕，程坦文，第893页。

〔63〕 Vgl. Staudinger/Schubert, 2005, § 254 Rn. 24; MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 254 Rn. 22.

〔64〕 参见前引〔12〕，Love文，第546页。

〔65〕 同上文，第544页以下。

〔66〕 Vgl. BGH NJW 1993, 1645, 1646.

〔67〕 参见前引〔12〕，Love文，第547页以下。

根据德国联邦最高法院 1993 年的判例,如出租人不确定承租人是否已永久搬出,或者不确定承租人是否有合理理由认为租赁关系已经终止,此时若出租人通知承租人其将尝试为双方利益重新出租,其将有权主张可能产生的租金差额。如果承租人未回应这种通知,则通常无权主张其并非永久放弃租用的房产而只是暂时不使用它。〔68〕由此可知,通知的意义更多只是防止承租人再度向出租人主张履行请求权,而非维持初始租赁合同的前提。

即便将同一标的物在相同时段租给不同承租人,也至多并存两个彼此矛盾的租赁合同,可能因为其中之一发生给付不能而使出租人承担违约责任。为此,德国联邦最高法院借助诚信原则阻断承租人的继续履行请求权。其认为,如果承租人通过自己的行为(如放弃租赁物占有)导致出租人为减少损失而将不动产租给第三人,其不得以出租人不能提供租赁物使用为由(德国民法典第 537 条第 2 款),拒绝支付租金差额,这类抗辩会因违反诚实信用原则而被视为滥用权利。〔69〕同理,若出租人在承租人放弃房屋占有之后重新出租,承租人嗣后向出租人主张违约责任的,也同样因违反诚实信用原则而构成权利滥用。

美国财产法更倾向于将出租人重新出租理解为其将承租人之财产权转让给第三人,是为他人利益的救济措施(the tenant's account remedies)。其特殊之处在于,出租人作为承租人的代理人实现重新出租。〔70〕然而,即便普通法系的代理允许非显名主义,出租人的代理权来源也有虚构之嫌,〔71〕这一解释路径更多是出于利益衡量的务实之举。《美国财产法重述(第二次)》只是指出“将出租人的转让视为转租通常符合承租人的利益”,却未提供任何理由。〔72〕重新出租被视为承租人的转租,由此产生的相关收益和风险都归属于承租人。出租人从重新出租中收取的租金可用于折抵出租人的约定租金。〔73〕若转租所得高于约定租金,则出租人不应享有差额,而应返还超额租金。但这种情况较为罕见,因为出租人更有可能终止租赁合同,再以自己的名义重新出租,以保留更高的租金收入。如果第三人由于破产而无力支付租金,那么该转租的风险仍由承租人承担,出租人仍能向承租人主张因第三人破产而无力支付的租金。换言之,这部分租金因未能实际收取而不能用于折抵原租金。〔74〕

大陆法系的租赁只发生债法关系,出租人以自己名义重新出租并无必要拟制代理以转让产权。此外,代理的解释路径欠缺代理权来源,而且有悖于代理的显名原则。出租人以自己名义订立的房屋租赁合同仅约束他和第三人。其更多是为维护合同目的和对方利益,基于附随义务(或不真正义务)管理承租人租赁的房屋。原租期内的房屋出租所得归承租人所有,出租人只是代其管理这项收入,并负有义务向其返还。由此,出租人对本应返还的重新租赁所得,有权扣除原租赁合同约定的租金数额。德国民法典第 537 条第 1 款第 2 句也规定:“但使用出租人因此所减省之费用及其依他种方式利用租赁物所得之利益,应由租金中扣除之。”因此,出租人的剩余租金请求权需要扣除由此所获的利益。扣除的数额只是从第三人实际获得的租

〔68〕 Vgl. BGH NJW 1993, 1645, 1647.

〔69〕 Vgl. BGH NJW 2000, 1105, 1106; BGH NJW 1993, 1645; BGH NJW 2008, 1148.

〔70〕 参见前引〔12〕, Love 文,第 536 页; Bradley C. Guin, *Mitigation Evasion: A Lessor's Duty to Mitigate Damages under Louisiana Law*, 96 Tul. L. Rev. 293, 298 (2021); 前引〔21〕, 斯普兰克林书,第 285 页。

〔71〕 参见前引〔12〕, Love 文,第 536 页。

〔72〕 Restatement (Second) of Property § 12.1, Comment i.

〔73〕 同上。

〔74〕 See United States National Bank of Oregon v. Homeland, Inc., 631 P.2d 761, 765 (1981); Reid v. Mutual of Omaha Insurance Co., 776 P.2d 896, 902 (Utah 1989).

金，其结果与美国财产法并无二致。若第三人未支付任何租金或支付的租金低于约定数额，出租人无须扣除或仅扣除第三人实际支付的较低数额租金。^[75] 如果由于第三人的信誉或其他原因致此请求权的实现存在障碍，如该租金支付请求权因第三人破产而在经济上毫无价值，则这部分租金也不必扣除。^[76]

或许有人认为，若出租人终止合同后要求损害赔偿，而赔偿额足以填补损害，则与以金钱给付为内容的租金请求权并无差异。然而，该观点忽略的因素在于，一旦出租人终止租赁合同，他同时也承担了第三人履行合同的_{经济}风险。当第三人陷入无资力或破产时，尽管出租人对其享有租金请求权，但因该请求权沦为破产债权而无经济价值，他只能承担第三人的经济风险。反之，出租人不终止原租赁合同而重新出租，则第三人履行合同的_{经济}风险仍由承租人承担。因此，当第三人也发生期前抛弃占有时，承租人仍负有义务支付剩余租金。

（三）租金支付请求权的履行期限限制

若承租人的租金支付义务已到期，出租人可诉请对方支付租金。这通常发生在拒绝履行时租赁期已所剩无几，庭审时租期已届满（通常为短期租赁）的情形。若承租人违约发生在长期租赁合同开始履行后不久，即便诉讼周期拖延一年半载甚至更长，合同期限仍未届满，则出租人难以提前主张未到期的租金。更准确的说法是，债务人的履行期限不得迟于法庭言词辩论终结时。^[77]

尽管出租人只能等待租金履行期到来时主张其权利，^[78] 但域外法也承认一些例外。德国民事诉讼法允许债权人提起将来给付之诉（第 257-259 条），以便为将来债权提前获取给付判决。但该诉的判决必须等到履行期间届满时，才能向法院申请强制执行。将来给付之诉作为例外，被限定适用于债务人将来有不能及时给付之虞的情形（德国民事诉讼法第 259 条）。例如，债务人对请求权或给付义务提出严重质疑，或者债务人声明其不愿给付。如果债权人仅忧虑债务人将来给付不能或将来丧失支付能力，则根据主流观点不足以支持将来给付之诉。^[79] 我国民事诉讼法虽无将来给付之诉的明文，^[80] 但实践中确有判决认可将来给付之诉，尤其是在预期违约的情形。^[81] 若预期违约时租期所剩无几，或庭审时租期已经结束，将来给付之诉恐怕并无用武之地。但若是庭审结束时剩余租期尚有十数年，将来给付的租金数额若不考虑出租人的减损可能性，也难以确定令人信服的数额。就此而言，纯以将来给付之诉保障出租人剩余租金之实现，未免忽视承租人的利益保护。

也有来自司法实践的观点主张，债权人有权提前请求债务人履行债务。根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40 号）第 17 条，当一方的给付义务已经履行完毕时，他方的价款给付义务可因预期违约而加速到期。这一

[75] Vgl. Staudinger/Emmerich, 2014, § 537 Rn. 36; BGH NJW 1993, 1645, 1646.

[76] Vgl. BGH NJW 2000, 1105, 1106.

[77] 参见赵钢、冯勋胜：《将来给付之诉论要》，《法制与社会发展》2002 年第 2 期，第 69 页；林剑锋：《既判力视角下定期金判决变更之诉的_{解释}论展开》，《现代法学》2017 年第 6 期，第 133 页。

[78] 《美国财产法重述（第二次）》认为，未重新出租的出租人可在租金到期时提起诉讼。See Restatement (Second) of Property § 12.1, Comment i, Illustration 11.

[79] MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 259 Rn. 13.

[80] 有观点认为，我国实证法也存在将来给付之诉的具体规定，其举例以定期给付为主。参见张梓萱：《预期违约与继续履行请求权》，《法学家》2024 年第 4 期，第 165 页以下。

[81] 参见上海市徐汇区人民法院（2021）沪 0104 民初 4015 号民事判决书。

普遍性的加速到期或许只能在特定时期作为权宜之计,其正当性不免受到质疑。因为履行期限决定了合同的风险分配,已有文献就价格、标的物使用利益等进行专门阐述,^[82]在此不赘。因此,债权人通常无权请求预期违约的债务人立即支付未到期的租金,除非当事人另有约定或者法律有特殊规定。

民法典第408、634、673、752条设有法定加速到期条款,尤其是第752条包含融资租赁的租金加速到期条款:承租人经催告在合理期限内仍不支付租金,出租人有权请求支付全部租金。既然融资租赁合同存在租金债务加速到期的可能性,普通的出租人能否提前主张租金债权?考虑到多数融资租赁合同的实质为融资交易,其发生的租金并非承租人使用租赁物的对价,而是获取租赁物投资的借贷成本。因此,当融资租赁出租人主张租金加速到期时,其提前主张的租金中需扣除相当于未到期利息的那部分金额,以避免债权人获得超额利益。因此,即便租赁合同已约定租金请求权加速到期的条款,也必须扣减未到期的租赁物使用价值。否则,出租人所主张的加速到期部分租金很有可能构成对承租人违约而施加的惩罚。由此,该条款将构成惩罚性违约金条款,触发适用违约金酌减规则。^[83]

1978年美国“五十州管理公司诉先锋汽车公园公司案”涉及承租人迟延支付租金,剩余20年的租金加速条款是否有效的问题。纽约州上诉法院基于契约自由原则,支持原告要求被告预付全部20年租金的请求。^[84]对此,批评意见指出,法院没有对租金进行贴现。由于金钱具有时间价值,承租人对金钱所失去的时间价值需要得到补偿。此外,该判决也未考虑到租赁合同和金钱债务的根本区别。^[85]早在1953年“里克诉伦巴夫案”中,加利福尼亚州最高法院拒绝加速到期条款在租赁合同与借款合同的类比。因为承租人为占有和使用租赁财产支付租金,但借款人为占有和使用贷款支付利息。加速条款只规定了贷款本金的加速支付,而未规定利息的加速支付。由此,不考虑扣减的租金加速条款因被视为惩罚性条款而无效。^[86]

即便租金加速到期条款获得支持,出租人通常也不应获得全额剩余租金,因为除了扣除未到期的租赁物使用价值之外,还须扣减出租人因实施减损措施而获得的租金。如果租金加速到期条款完全排斥减损义务,便会过于优待出租人,可能被认为构成惩罚性违约金条款。但在审理终结距离租期结束尚有很长时间的情况下,这部分数额需根据租赁物在剩余租期的租金价格才能确定,仍存在较大的不确定性。

三、预期违约的损害赔偿范围

(一) 可得利益的计算基准: 剩余租金

违约损害赔偿应使债权人达到如同合同正常履行所实现的利益状态。民法典第584条沿袭

[82] 参见前引[80],张梓萱文,第162页以下。

[83] 参见李建星:《加速到期条款之内容规制》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第9期,第131页;上海海事法院(2013)沪海法商初字第1468号民事判决书。

[84] See *Fifty States Management Corp. v. Pioneer Auto Parks, Inc.*, 46 N. Y. 2d 573, 389 N. E. 2d 113, 415 N. Y. S. 2d 800 (1979).

[85] See Michael J. Shelly, *Fifty States Management Corp. v. Pioneer Auto Parks Inc. : The Validity of Lease Acceleration Clauses under a Contractual Approach to the Landlord-Tenant Relationship*, 10 Cap. U. L. Rev. 159, 166-167 (1980).

[86] See *Ricker v. Rombough*, 261 P. 2d 328, 332 (1953). 普通法的法官并不享有酌减违约金的权利,一旦合同的违约金条款被定性为惩罚性违约金,该条款即完全失去效力。

原合同法第 113 条,“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益”。据此,“合同履行后可以获得的利益”作为可得利益,文义上也应包括出租人根据合同约定租期所能获得的租金。然而,既有研究表明,我国法院通常只支持非违约方所受实际损失的赔偿,很少认可其关于可得利益损失的请求,其理由常为缺乏确定性。^[87]“合同编通则解释”第 60 条第 2 款、第 3 款分别确立具体的和抽象的损害赔偿计算方式,可能希望为非违约方可得利益计算提供明确的依据。如将上述计算方式适用于租赁合同,就会发现租赁合同作为继续性合同,其损害总额根据给付时间总额决定,即最早从预期违约发生,直至租赁期间届满。因此,出租人所受的损害不是仅取决于某个时点的替代交易价格或市场价格,而是整个剩余租期的替代交易价格或市场价格与合同价格的差额。

“合同编通则解释”第 61 条第 1 款却偏离了违约损害赔偿的通常基准,而以“非违约方寻找替代交易的合理期限”作为计算基准。该条第 2 款更是原则上明确不支持“非违约方按照合同解除后剩余履行期限相应的价款、租金等扣除履约成本确定合同履行后可以获得的利益”,即不保护出租人以剩余租金为基础的可得利益,除非租赁合同的剩余租期少于寻找替代交易的合理期限(“合同编通则解释”第 61 条第 2 款第 2 句)。司法解释起草者认为,在继续性合同中,合同终止后剩余履行期限可能长达数年甚至数十年,按照剩余期限对应的租金等计算可得利益不合常理,也超出当事人的可预见范围。^[88]这一理由或许可以追溯至司法实践以缺乏确定性为由否定将来损失的一贯立场。

诚然,损害预测确实具有不确定性。尤其在预期违约救济尚未获得美国司法普遍承认的 20 世纪 30 年代,这样的反对论调更是可以理解。然而,在所有的预期违约案件,只要法院判决时间早于合同履行期,就不可避免地存在预测将来损害的问题。这一难题在 1853 年最早发生预期违约的“霍彻斯特诉德·拉·图尔案”中就已显露,并被认为是可以克服:“在评估损失时应考虑到所有可能发生的情况”。^[89]历史经验表明,预期违约制度的成长和发展恰恰是以法院保护将来损害为前提。无论是买卖等一时性合同,还是租赁等继续性合同,两者面临的困难并无本质区别。“合同编通则解释”厚此薄彼的立场显然缺乏坚实的理论基础。

按照剩余租金计算也符合当事人的合理预期。根据合同约定,出租人所能获得的可得利益正是剩余租期所对应的租金。如果承租人按照租期正常履约,出租人就可获得约定的全部租金。剩余租金请求权属于现有债权,而非将来债权(如某火锅店将来一年的营业收入)。^[90]因为履行期尚未届至的租金债权以已成立的租赁合同为基础,租赁双方当事人和租金数额也是确定的。租赁合同一经成立,租金请求权就已发生,只是每期租金义务尚未到期,出租人尚无权请求承租人支付未到期租金。未到期的租金债权完全可以作为债权让与的客体,出租人也对其享有处分权,这仍是现有债权的让与。在信贷经济相对发达的情况下,出租人很

[87] 参见刘承勋:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013 年第 2 期,第 85 页。

[88] 参见前引[1],最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第 689 页。

[89] See Hochster v. De la Tour [1853] 2 E & B 678, 687.

[90] Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987 München, S. 584 ff.; MüKoBGB/Kieninger, 9. Aufl. 2022, BGB § 398 Rn. 78; 朱晓喆:《资产证券化中的权利转让与“将来债权”让与——评“平安凯迪资产支持专项计划”执行异议案》,《财经法学》2019 年第 4 期,第 152 页。

可能已将未到期的租金债权转让给第三人，^{〔91〕}甚至通过“资产证券化”的方式将其转让给公众投资者。^{〔92〕}我国近年来蓬勃发展的不动产投资信托基金（REITs），其基础资产如产业园、保障性租赁住房涉及的不动产租金收益甚至最长可达 20 年。若出租人以剩余租金为基础的可得利益不能获得保护，将对资本市场带来海啸般的冲击，后果不堪设想。

司法解释起草者反对将剩余租金数额作为计算基准的另一理由在于，守约方在相对人违约时负有减损义务，应在合理期限内寻找替代交易，否则无权就扩大的损失要求赔偿。^{〔93〕}但这一理由只能支持剩余租金数额应当减去其未能重新出租而可获得的租金收入，并不能当然推知“非违约方寻找替代交易的合理期限”应作为计算基准。此处，不合常理的计算结果仅是未予扣减出租人重新出租所获的租金，而非否定出租人以剩余租金为基准的可得利益赔偿。即便裁判者认定出租人未尽到减损义务，也应以约定租金数额为基础减去出租人未尽减损义务而应得的租金，而不是直接跳跃至寻找替代交易的合理期限内的不动产闲置损失。以笔者所见的裁判文书而言，认定出租人违反减损义务，未实施替代租赁的观点比比皆是，却少见如何计算出出租人未尽减损义务而应扣减的租金数额。从 2013 年“双龙公司与民生银行房屋租赁合同纠纷案”，^{〔94〕}到前文引用的“最高人民法院（2019）最高法民再 313 号民事判决书”，审理法院都未计算过因违反减损义务而应扣减的租金数额。

其实，司法解释提出“非违约方寻找替代交易的合理期限”基准，乃沿袭之前的司法实践。国内法院惯常以酌定数月租金作为非违约方寻找替代承租人的不动产闲置期损失。例如，《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）第 26 条认为：“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六个月。”再如，2015 年最高人民法院在一起案件中认为：“考虑到天力公司早在 2014 年 7 月即已知道同至人公司撤离案涉商场而任由商场闲置至今，未采取任何措施防止损失扩大，本院酌定以双方《房屋租赁合同》约定的 2015 年租金的 6 个月作为调减后的违约金数额”。^{〔95〕}

这种酌定方法并非完全没有可取之处。但它只能建立在这样的假设下，即重新出租的租金数额和租赁期限不低于初始合同的租金数额和租期，而且新的承租人始终具有支付能力，或者说剩余租期内的租赁物的市价始终大于或等于初始租赁合同的租金。只有这样，出租人所遭受的损害才仅来自于租赁不动产的空置损失。^{〔96〕}这样的假设在经济持续繁荣时代或有可能存在。但若经济发展受挫或者持续下行，市场租金不断下降，其所依赖的社会背景便不再存在。而且，出租人未必能找到新承租人，即便找到新承租人，其租金数额也往往低于初始合同的租金数额，遑论替代合同的租赁期限往往短于初始合同。当初始租期约定十数年时，后续租约很难覆盖剩余租期。

〔91〕 参见周江洪：《买卖不破租赁规则的法律效果》，《法学研究》2014 年第 5 期，第 120 页。

〔92〕 See Kenneth C. Kettering, *Securitization and Its Discontents: The Dynamics of Financial Product Development*, 29 Cardozo L. Rev. 1553, 1657 (2008).

〔93〕 参见前引〔1〕，最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书，第 686 页。

〔94〕 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。

〔95〕 最高人民法院（2015）民一终字第 340 号民事判决书。

〔96〕 相同观点，参见张家勇：《可得利益计算规则的协调与完善——以〈民法典合同编通则司法解释〉第 60—62 条为中心》，《法学杂志》2024 年第 6 期，第 47 页以下。

只有当合同约定的可得利益难以确定时，司法者才可以寻找其他较易计算的替代基准。例如，可得利益数额就其性质难以获得证明，而且原告穷尽举证手段也依然无法证明，法院方可酌定相当数额的损害赔偿。^[97]然而，租金数额根据剩余租期很容易确定，不确定者仅来自于将来的市场租金波动，即出租人采取减损措施所能避免的损害。下文将结合抽象的计算方式和具体的计算方式分别展开探讨。

（二）抽象的计算方式和具体的计算方式

鉴于租赁与买卖并无实质性差异，既然抽象的计算方式可以适用于买卖等一时性合同，那么其同样也能适用于租赁等继续性合同。若出租人未实施或未合理实施替代交易，“合同编通则解释”第60条第3款规定的抽象的计算方式便可适用，“按照违约行为发生后合理期间内合同履行地的市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益”，即将合同约定的租金数额与市场租金的差额作为赔偿数额。

美国法院面对承租人提前放弃租赁房屋的案型时，损害赔偿的衡量标准是租约约定的租金与剩余租期内房屋公平租值之间差额的现值。由于出租人无法向法院证明租赁物在剩余租期内的公平租值，其赔偿请求经常无法得到法院的支持。^[98]确定房屋公平租值的最佳方法是将其重新投放到租赁市场，未能采取这种行动的出租人有可能因未提供充分证据证明公平租值而无法获得赔偿。另一方面，如果出租人尽一切合理努力重新出租房屋但未能成功，法院可能因该房屋没有市场价值而支持出租人获得与约定租金相等的金额，外加任何其他间接损失。若出租人因无需履约而避免支出费用，其应得的赔偿数额应扣除该费用，以使其处于与实际履行时相同的状态。^[99]

不动产租赁合同可能约定较多的个别磋商条款，使其难以找到条款完全相同的租赁合同，由此难以确定租赁物的市场价格。同时，如果合同终止时仍有很长的租期，对将来市价的预估往往极为困难。此时，考虑到具体的计算方式主要取决于非违约方实际遭受的损害数额，它在计算租金差额损失时能够发挥更大的作用。根据“合同编通则解释”第60条第2款认可的具体的计算方式，非违约方依法行使合同解除权并实施替代交易，后续交易的价格低于合同价格的，两者的差额即作为损失。此外，出租人遭受的附带或间接损害也应一并考虑，包括合理的装修费用、经纪佣金和广告费等。

实践中，出租人订立的替代租赁合同在租金和租期等方面都可能少于初始租赁合同。因此，其遭受的损害不仅来自于租金差额，而且还需考虑替代交易的合同届满后能否继续找到下一个承租人。换言之，出租人在初始合同的剩余租期内能否一直重新出租，将决定其在剩余租期的损害总额，也存在一定的不确定性。当替代租赁期间短于初始租期时，裁判者往往要等到初始租赁合同期满后，才能确定最终的损害赔偿数额。为此，主张损害赔偿的出租人将不得不与主张继续履行的救济方式相同，无奈地等待租期届满。

尽管我国未如比较法那样规定替代交易应以合理的方式实施，但民法典第591条规定，违

[97] 参见严立：《可得利益赔偿中的证明标准：从确定性规则回归优势证据规则》，《中外法学》2024年第3期，第836页。

[98] See Roberta Rosenthal Kwall, *Retained Jurisdiction in Damage Actions Based on Anticipatory Breach: A Missing Link in Landlord-Tenant Law*, 37 Case W. Res. L. Rev. 273, 284 (1986).

[99] See *Schneiker v. Gordon*, 732 P. 2d 603, 612 (1987).

约的相对方应采取适当措施防止损害的扩大。因此,作为减损措施的替代交易自然应以合理的方式实施。根据“合同编通则解释”第60条第2款后半句,若后续租赁合同的约定租金显著低于当地市场租金,则后者价格作为市价取代前者,以市价与原始租金价格计算差额,适用抽象的损害赔偿计算方式。较有代表性的观点认为,替代交易的核心特征在于,其必须在事实上是原合同的替代。^[100]但替代租赁合同有可能在很多方面不同于初始租赁合同。如果不合理的是标的物质量、履行期间等,通常调整价格会有较为坚实的根据。若出租人在终止后另行寻找新承租人,订立了用途相近的新租赁合同,但因租期短很多导致租金较高,即应将租金替换为租期相同情况下较低的租金,然后再计算其与初始合同的差额。若无法进行可靠的调整,应根据市场价格规则计算损失。^[101]

无论法官在评估损失赔偿数额时采用抽象的计算方式还是具体的计算方式,允许出租人预先获得全额赔偿,均将使承租人丧失租金的期限利益,因为支付租金的义务可能尚未届至。考虑到未来租金差额损失源于承租人未来的租金支付义务,承租人对此仍有期限利益。在损失赔偿立即支付的背景下,应当将未来差额折为现值,才是可救济的租金差额损失,从而维护违约方期限利益的金钱价值,避免受损方获得过度救济。

(三) 预测将来损失的补救程序

即便法院考虑到剩余租期内约定租金和现实租金的差额,也会不可避免地面临预测难题。合同的剩余履行期越长,缔约方和法院就越难预料到可能影响履行的各种意外事件及未来租金市价的变化。例如,当剩余租期还有15年时,因为很难证明未来很长一段时间内的公平市场价格,出租人获准的赔偿数额可能被限制在较短的时间内。^[102]更为重要的原因在于,这一价格总是随着经济周期波动而变化,尤其在经济下行时,剩余租期的租金市价通常也会不断下降。由此,出租人在起诉时获得的损害赔偿数额可能远低于现实中遭受的损失,所以法院必须预测未来的公平市场租赁价格以及出租人减轻损害的成功率。^[103]就此,部分美国学者和判例尝试引入多重诉因规则(the multiple-cause-of-action method)和保留管辖权规则(the retained jurisdiction approach)。

多重诉因规则认为,租赁合同的每个履行期之间相互独立,法院可仅就“一个或几个”履行期的损失判决赔偿,而不处理未来损失。也就是说,法院仅就履行期已届至的损害作出判决,但不处理履行期尚未届至的损害。如果当事人希望寻求庭审后履行期届至的损害赔偿,需再次提起诉讼。后续诉讼因履行期不同不构成重复诉讼,不受既判力限制。该规则旨在更准确地确定出租人减损措施的合理性和实际损害,避免对未来市价变化、重新出租何时成功和免责事由是否发生及发生时间的预测。但其缺点也十分明显:(1)当事人若要获得充分救济,就必须周期性地提起诉讼,这无疑会加重法院和当事人的负担;(2)一旦违约方的经常居住地发生变化,当事人不得不去新的法院起诉;(3)在等待履行期到来的漫长期间内,违约方可能

[100] 参见孙良国:《论替代交易规则的适用要件》,《法学》2024年第4期,第130页。

[101] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,《法学》2017年第9期,第144页。

[102] See *Hawkinson v. Johnston*, 122 F.2d 724, 730 (8th Cir.). 该案的承租人违反为期99年的空地租约,剩余租期为67年。出租人诉请赔偿损失,数额为30年的约定租金与该期间租赁物的合理租赁价值之间的差额。初审法院将出租人的未来损害赔偿期仅定为10年,并得到第八巡回法院的确认。

[103] 参见前引〔47〕, Flynn文,第771页以下。

破产或下落不明，非违约方需要承担赔偿责任请求权落空的风险。^[104]

相较于前者，保留管辖权规则使得审理前诉的法院可在损害累积时确定新的损害赔偿，通过对后续程序的设计避免不断提起新诉给当事人和法院带来的负担。出租人不仅有权立即获得截至审判前累积的损害赔偿，而且还能通过简短的补充诉讼程序获得审判后累积的损害赔偿。法院在后续程序中不审理违约方是否违约等事实，而是仅判断额外损害的数额，例如受损方是否履行减损义务、转租合同订立后未来损害的计算等。由此，损害预测不确定的难题得到化解。此外，即便被告经常居住地发生变更，仍可由原审法院就损害的变化问题进行审理。美国已有案例在租赁合同纠纷中适用此规则。^[105]然而，面对未来损害计算的难题时，保留管辖权规则似乎又回归承租人定期支付租金的理论惯性。即便设立简化的后续程序，出租人本质上还是获得类似于继续履行的损害赔偿请求权，这就不得不放弃预期违约一次性解决纠纷的优势。

多重诉因规则和保留管辖权规则的核心内容都是使法院避免预测充满不确定性的未知事件，仅在事实发生后再行确定损害的数额。我国既有制度和实践中，这样的理念也能找到支持依据。其一，人身损害的医药费赔偿便反映了类似的理念。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2022〕14号）第6条，医疗费赔偿数额，按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。对于康复费、整容费和后续治疗费，权利人可待实际发生后另行起诉，但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用，可与已发生的医疗费一并予以赔偿。其二，离婚财产分割中，对期权等价值尚不确定的财产，法院可以等待期权行权而价值确定后再支持当事人的分割请求。^[106]其三，在资管产品纠纷中，当受托人因违反适当性义务、勤勉义务等需承担赔偿责任时，如果资管产品未经清算，委托人损害一般难以确定。此时，司法实践通常不会直接认定损害，而是要求资管产品清算、损害最终确定后，委托人再另行主张权利。^[107]

尽管上述制度和实践与普通法的相关规则仍有较大差距，但对于构建将来到期租金的救济程序也具有一定的参考价值：当法院缺少足够信息预测未来损害时，至少应保留当事人就未来损害另行起诉的可能性，或者适用先行判决制度，以便在稍晚的时点再行确定损害数额。

结 语

在定期不动产租赁合同租期届满前，承租人可能因各种原因表示无力支付租金，但这并不足以成立“合同僵局”，使其借助终止合同摆脱剩余租金支付义务。此时仅发生金钱债务的预期违约，出租人享有请求继续履行或者损害赔偿（包括终止合同）的选择权。即便出租人主张继续履行请求权，其也负有重新出租的减损义务，且继续履行请求权仍受制于履行期限。若出租人终止合同并主张违约损害赔偿，应以出租人剩余租金作为可得利益的计算基准，而非根

[104] 参见前引〔47〕，Flynn文，第771页；Reid v. Mutual of Omaha Insurance Co., 776 P.2d 896, 908 (Utah 1989)。

[105] See Reid v. Mutual of Omaha Insurance Co., 776 P.2d 896, 909 (Utah 1989)；Kersten v. H. C. Prange Co., 520 N. W. 2d 99, 106 (Ct. App. 1994)。

[106] 参见北京市第二中级人民法院（2021）京02民终9945号民事判决书。

[107] 参见最高人民法院（2019）最高法民终1594号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民终173号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2021）京02民终5569号民事判决书。

据“合同编通则解释”第 61 条以寻找替代交易的合理期间为准。由于预测未来的市场租金或出租人减轻损害的成功率具有较大的不确定性,法院审理时可先计算当前的损害数额,并保留后续诉讼的可能性。继续履行和损害赔偿的性质虽有不同,但若忽略时间因素对救济实现的影响,则两者的实际效果不存在明显差别。

从历史角度考察,法律规则本就来自个案经验的归纳和总结。中国特色的国情完全有可能产生修正自域外继受之学理的需求,使中国法学自信地走上本土化的发展道路。但局部的司法经验如何被提炼和升华为普遍规律,往往需要经历较为漫长的时间考验,甚至经过多次的立场反转。无论“合同僵局”还是“合同编通则解释”第 61 条,都是明显偏离一般学理的司法创制,创设者必须承担额外的论证负担才能使其具备正当化理由。否则,司法实践若以推翻一般学理为代价解决某些特殊类型的案件,将迫使理论和实务都不得不吞下得不偿失的长期震荡性后果。中国民法理论如何消化和吸收局部的司法经验,并将其升华至一般规则,是域外理论本土化过程中急需直面的重要课题之一。

Abstract: If the lessee of a fixed-term lease of immovable property indicates his/her inability to pay the undue rent, the lessee has no right to arbitrarily terminate the contract, and the lessor may still have the right to claim the remaining rent. In such a case, if the lessee subleases the leased real estate to a third party, the lessor may not refuse the sublease without justifiable reasons. When faced with the lessee's anticipatory breach of contract, the lessor has the option to continue to perform the contract or terminate the contract and claim damages. When the lessor chooses the former, he/she has the obligation to mitigate the loss by subletting the property within reasonable limits and the right to claim from the lessee the difference between the agreed rent and the proceeds of subletting. However, this right to claim rent is still subject to the agreed period of performance and may not, in principle, be asserted in advance. If the lessor opts for damages for anticipatory breach of contract, the available benefits shall be calculated based on the remaining rent, and the amount of damages shall be determined according to a concrete or abstract calculation, taking into consideration the possibility of mitigation through the lessor's substitute lease. When the period of performance is far from the end of the trial or the judgment, the court may retain the possibility of subsequent litigation to avoid a large gap between the projected amount of future rent and the actual amount.

Key Words: continuing contracts, fixed-term lease, contractual impasse, anticipatory breach, mitigation obligation
