

# 论违约损害赔偿的范围及计算

## ——对《民法典合同编通则解释》第60条至第62条的释评

崔建远

**【摘要】**违约损害赔偿大多表现为履行利益的损害赔偿,但也允许守约方选择信赖利益的损害赔偿。于后者的形式时仅仅赔偿守约方为缔约、履约而付出的成本,个别场合可有机会获得履行利益的损害赔偿;于前者的形式时赔偿范围受当事人的约定、法律的直接规定或者因果关系、合理预见规则、与有过失规则、减轻损失规则的限制。在合同解除时的履行利益的损害赔偿,时常采取替代交易的救济方式,于此场合的履行利益的损害赔偿为市场价格与合同价格之差,并且大多要扣除成本,个别情况下才允许获赔成本、消除瑕疵所需费用,在积极的债权侵害的场合还有守约方固有利益的损害赔偿。在合同不解除的情况下,应为迟延赔偿,替代交易与之不匹配,金钱赔偿可能较为适当。在债务人恶意违约、守约方难以举证证明其履行利益的损失时,可以采取获利赔偿的方式,即将债务人因其违约而获得的利益作为向守约方赔偿的数额。

**【关键词】**违约损害赔偿;交易成本;抽象的计算方法;替代交易;获利赔偿

**【作者简介】**崔建远,清华大学文科资深教授,清华大学谭兆讲席教授。

**【原文出处】**《清华法学》(京),2024.1.62~78

**【基金项目】**本文系2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“民法典违约责任规则的体系化审视研究”(项目批准号22JJD820015)的阶段性成果。

关于违约损害赔偿的范围,《民法典》建造了四梁八柱以及若干墙壁,《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《民法典合同编通则解释》)在精雕细刻的同时也拾遗补阙。本文据此理解违约损害赔偿的范围及计算方法,作为对《民法典》第584条等条款及《民法典合同编通则解释》第63条以下的条款的解释,就教于大家。

### 一、履行利益的完全赔偿及其限制

关于违约损害赔偿的范围,《民法典》主要于第584条正文设有规定:“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。”观察其意,可知其承认了因果关系是构成违约损害赔偿的要件之一,<sup>①</sup>也确立了可得利益(也叫履

行利益,或期待利益,或预期利益,下同)的损害赔偿,但看不出其涵盖对于如下问题的解释,或使人产生疑问:①该项规则是否将信赖利益的损害赔偿排除于违约损害赔偿之外?②履行利益的损害赔偿,在理论上可有客观的计算方法与主观的计算方法两种,该项规则是允许守约方任选其一,还是相反?③《民法典》第584条但书明言合理预见规则限制履行利益的损害赔偿,未提及其他限制规则,是在排斥其他限制吗?④当事人约定的赔偿范围与此不一致时,何者处于优位?⑤法律另有直接规定时,何者被优先适用?

这些问题或疑问有些可由《民法典》自身的规定,运用体系解释、目的解释等方法加以解决,有些则需要依赖《民法典》以外的规定方能释疑。最高人

民法院《民法典合同编通则解释》能承担起这方面的部分重担,还有一些需要法教义学的助力。饶有趣味的,实则也是不可避免的,是该司法解释又引起了新的疑问和课题,需要法律人进行解释。

单就文义解释来讲,《民法典》中对履行利益的完全赔偿予以限制的,是其第584条但书确立的合理预见规则,也叫应当预见规则;<sup>②</sup>若放宽视野,着眼于体系解释,则《民法典》第592条第2款承认的与有过失规则(又叫过失相抵规则,或比较过失规则)、<sup>③</sup>第591条设置的减轻损失规则,都在限制履行利益的完全赔偿。

减轻损失规则最先是来自英国普通法上发展出来的。在美国,《合同法重述》(第2版)第350条规定了它。在英美法上,减轻损失规则虽系由合同法发展出来,然其适用并不局限于合同,对于侵权行为亦有其适用。

从合理减少损失的实际效用——受害人如不采取合理措施就额外产生(本不该产生)的损失不能获得赔偿——来看,减轻损失规则可被视为一种防止整体经济上的资源浪费的有效手段。在这个意义上说,减轻损失规则是对“效率违约”(efficient breach)的鼓励,符合发挥社会或全世界总体经济效益的要求。<sup>④</sup>减轻损失规则鼓励了受害人把浪费降至最低,从而符合经济效率原则。<sup>⑤</sup>实际上,如果违约方在依法按照合同赔偿受害人的损失后,还能从另一交易中获取比原合同履行“更大的效益”(a greater benefit),或可避免比赔偿受害人的损失更大的损失,那么,整体的经济活动等于取得了更好的效益。这是事物的一方面,另一方面则是,由于受害人应当合理减轻损失这一对损害赔偿的限制,商业社会的实务中不必太墨守合同严守的信条,为获得更大的利益,在可行的情况下违约也无妨。<sup>⑥</sup>

关于减轻损失及其规则的界定,见解不一,其中有一派认为:如果原告因被告违约而获得了利益,那么,在计算违约所致损失时必须将该项利益考虑在内,要减轻被告的损害赔偿数额。因为作为被告违约的结果,原告的债务已不再履行,这样,便节约了

履行费用。由于被告违约,原告能够取得另外的利益。这种意义上的减轻损失,并非原告是否有义务减轻其损失,而是他在事实上是否减轻了损失。<sup>⑦</sup>这在中国现行法及其理论上,是作为损益相抵规则看待的。鉴于中国的司法实践[《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10条]和民法学说同时承认减轻损失规则和损益相抵规则,我们不宜接受这派意见。

减轻损失义务,大多源于法律的直接规定,有的可能基于当事人的约定。属于后者的,也可能是对法定的减轻损失义务进一步明确其限度、范围。例如,某《经销协议》第18.2条约定:“对不可抗力事件的救济,须以在合理范围可行为限度,在合理范围内尽快恢复义务的履行。不得要求一方违反其意愿解决任何劳动争议,不得要求其检验或不让其检验任何法律、命令、规则或义务的效力。”

减轻损失义务包含两方面的内容:第一,原告有义务采取积极措施(positive steps)将被告违约所致损失降至最低范围;第二,在被告适当履行合同的情况下,原告为某些行为是适当的,但在被告已经违约的场合,原告倘若再实施这些行为,就会不正当地扩大违约造成的损失(unjustifiably augment the loss)。有鉴于此,在被告违约的情况下,原告有义务不为这些行为。<sup>⑧</sup>可见,减轻损失义务包含着作为义务和不作为义务两大类。

减轻损失规则要求减轻损失的措施要适当,《民法典》第591条第1款的用语是“采取适当措施”。何谓适当措施?可以借鉴英美法的经验,细化和丰富中国法的规则及理论。

首先,对这种适当的要求不宜太高,毕竟始作俑者是违约方,其违约行为已使债权人处于不同程度的困难境地。因此,针对受害人所作出的救济行为,法院或仲裁庭通常会以非常宽松的态度对待。有人说,债权人无需做任何特别的事情减少损失,除非这是他平时也会做的。对减轻损失的选择不要求花费太多的时间和精力,不得以事后诸葛亮的眼光来认

定。只要债权人采取了一些看来适当与否可解释得过去的救济行动,不要求采取向第三人起诉或申请仲裁的方式,不要求对第三人放弃权利,不要求损害他人的名誉或影响商业关系,就可获得全部赔偿。虽然如此,但在个案中还会有很多变数,适当与否本身就是个非常不确定的概念。每个人(包括法官和仲裁员)对适当的看法是有差异的。<sup>⑨</sup>

其次,债权人应当采取什么样的减轻损失的措施,要取决于周围情事,<sup>⑩</sup>包括受害人将获得的给付以及提供给付的时间和地点是否类似。<sup>⑪</sup>如果就这些方面而言,两个交易的差异点可以用金钱赔偿来弥补,那么,这个替代性的交易可被视为一个部分的替代,差异部分可以通过判给赔偿金来弥补。<sup>⑫</sup>

在英国普通法上,一方面违约方不负担因债权人没做作为理性人本应做的事情而造成的额外的费用,另一方面,债权人亦没有任何义务去做任何在正常经营过程之外的事情。如果因违约而身陷困境并本身负有某种义务的当事人在采取补救措施上已合理地作为,这即已合法,他不会仅仅因为违约方能指出本应采取对他而言省钱的其他措施而被认为无权就此措施的费用获取赔偿。依据普通法,原告没有任何义务拿他自己的金钱去冒险,或是采取会危害其自身商誉的措施,或是对第三人提起一项既复杂又困难的诉讼,即使原告可能从中受有某种赔偿;原告也不能被要求为减轻损失而牺牲自己的财产或权利。<sup>⑬</sup>况且,在发生违约时,债权人往往是无法看到全局的市场情况的,即使事后看,债权人可能找到比较便宜的替代物,但并非表示债权人不合理。所以,他不会被视为是没有合理地减轻损失。<sup>⑭</sup>

在美国,《合同法重述》(第2版)总结道:债权人应当采取什么样的措施取决于周围的情事。债权人本可以在不承担风险、负担或屈辱的情况下避免的损失,不能获得赔偿(第350条第1款)。有判例确立“受害人并不被要求去避免不可预见的风险,也不必采取那些会使其承受不适当的负担、风险或屈辱的措施”。<sup>⑮</sup>此外,如果当事人采取的措施在当时看来具有合理性,那就不能以事后诸葛亮的方式来判定

其不具有合理性。<sup>⑯</sup>常识告诉我们,如果债权人进行了合理的(但是在某种程度上不成功的)努力来避免损失,那么,他不应受到惩罚——假如他采取的措施更为成功,那么,本来可以避免的损失,不应被排除在损害赔偿的范围之外。<sup>⑰</sup>

债权人由于穷困而没有采取减轻损失的措施,由此带来的额外损失,应否由违约方或侵权行为人负责赔偿,见仁见智,且视角不同。有的判例从因果关系的角度入手,对遥远的损失不准予赔偿;有的判例从合理预见规则的视角着眼,对违约方于缔约时不能合理预见的损失,不准予赔偿;有的判例从减轻损失规则的方面分析,如果因穷困而无力采取减轻损失的措施,这相较于违约或侵权的严重程度,可以有所宽宥,那么,违约方或侵权行为人应予赔偿,否则,不予赔偿;有的判例依据公共政策来衡量,再下结论。<sup>⑱</sup>

在先期违约(预期违约或期前违约,下同)的情况下,如果债权人立即接受债务人违约之意并追究其违约责任,则减轻损失的措施适当与否的判断没有特别之处;但在债权人拒绝接受债务人的违约之意并请求债务人应当实际履行的场合,判断有无减轻损失的义务,就变得困难。有判例及观点认为,事情演进至债务人真正违约时,债权人才开始负有减轻损失的义务。在此之前,法律认为合同如常,不产生债权人减轻损失的问题。<sup>⑲</sup>这种理念及观点有些优惠于债权人,也有些严格要求于债务人。怀特和卡特(市政)有限公司诉麦格雷戈案[White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor]<sup>⑳</sup>先例对债权人自由选择是否接受先期违约、终止合同加了两个限制:第一个限制是债权人若再也没有“重大与合法利益”(substantial and legitimate interest),就不得再坚持拒绝接受先期违约。第二个限制是债权人可以单方面履行合同,而非需要违约方的合作才可以坚持履行,并且把先期违约本该带来的损失计算变为在履行后“债务”(debt)的索赔,进而避开了减轻损失的“责任”。但这种做法在很多需要双方合作才能履行的合同中是不可行的。<sup>㉑</sup>所谓重大与合法利益,要看损害赔偿

作为救济方法是否足够,与债权人不接受先期违约是否完全不合理。极端的例子是,损害赔偿是足够的救济,而选择让合同继续有效是完全不合理的。如果是这样,则债权人不接受先期违约就没有做到减轻损失。<sup>②</sup>

美国法虽然也有先期违约需要合理减轻损失之论,但却不区分债权人有没有接受先期违约,反正之前与之后都应该合理地减轻损失。<sup>③</sup>

至于是否需要将选择措施之事预先通知违约方,主流观点主张,虽然通知并非“坏事”,但这充其量只是看整个行为是否合理的其中一个因素,而且不一定是重要因素。但也有先例认为,债权人在采取减轻损失的措施时不预先通知违约方,是一种不合理的做法。<sup>④</sup>在事实上,自债务人先期违约被债权人拒绝至债务人实际违约这段期间,即使债权人有另订合同以获取较佳的期待利益的机会,他也不敢或不该订立该合同。因为债权人这样做十分危险,他会夹在两个合同中间,极有可能无力履行这两个合同,酿成违约,得不偿失。<sup>⑤</sup>

减轻损失的措施可以类型化为停止履行(stop to perform)、替代安排(make the substitute contract)、守约方与违约方再协商(renegotiation)和继续履行(continuing with performance)。

违约方若认为债权人未采取适当的减轻损失措施,应负举证证明责任。<sup>⑥</sup>《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》即采此种观点(第11条)。可是,如果存在着一个常规的市场,则证明市场价格的责任要由受害人承担。<sup>⑦</sup>鉴于该条的措辞是“违约方一般应当承担……”表明它承认这种例外。

采取减轻损失的措施会产生费用,只要支出是合理的,债权人就可以请求违约方予以赔偿。甚至在减轻损失的过程中发生了额外的损失、无意地扩大了损失,仍不让有过错的违约方逃避赔偿责任。<sup>⑧</sup>

若将视野再放远些,依立法目的和民法的基本原则,履行利益的完全赔偿原则还要受到当事人约定、法律直接规定的限制。

所谓履行利益的完全赔偿原则受到当事人约定的限制,其一表现为违约金规则,《民法典》第585条等条款对此设有规定;其二表现为限责条款规则,于此场合,当事人通过约定,直接限定违约损害赔偿的数额。

在法律规定的层面,《民法典》第496条等条款对此有所涉及;在实务的领域,有些合同对此有所约定。例如,某《服务协议》第12.3条约定:“在本协议的实施阶段,乙方未出现任何违约行为的前提下,甲方可以书面通知提出解除本协议,则甲方要补偿乙方在解除日期前乙方已经提供服务或产品所发生的合理费用,但该补偿应为甲方在此情况下对乙方的唯一补偿。”第12.4条约定:“任何一方无需就任何间接损失、附带损失、偶然损失承担赔偿责任,包括但不限于,预期利润的损失和商业机会的损失,但因侵权行为、故意或重大过失造成的损失除外。甲方在本协议项下的最大责任不超过本协议的总价。”

以履行利益(期待利益、可得利益)为赔偿范围的违约损害赔偿,依通说,也是事理,不包括成本支出(直接损失),但如果当事人明确约定违约损害赔偿的范围包括直接损失和间接损失,即支出的成本加上预期利益,如何对待?笔者认为,只要此类约定不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗,不属于《民法典》第497条第2项、第3项规定的情形,按照意思自治原则,应有效。再者,这涉及与惩罚性违约金之间的关系。审判和仲裁的实务把握惩罚性违约金的尺度是:凡是当事人各方在合同中明确约定“违约方除了向守约方支付xx元人民币的违约金外,还要赔偿违约行为给守约方造成的实际损失”的,就予以支持;凡是当事人各方没有如此约定的,就仅仅允许守约方主张一种责任,多为违约金责任。

所谓履行利益的完全赔偿原则受到法律直接规定的限制,例如,《民法典》第803条规定:“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的,承包人可以顺延工程日期,并有权请求赔偿停工、窝工等损失。”第804条规定:“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的,发包人应当

采取措施弥补或者减少损失,赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。”第833条规定:“货物的毁损、灭失的赔偿额,当事人有约定的,按照其约定;没有约定或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的,依照其规定。”《铁路法》第17条第1款规定:“铁路运输企业应当对承运的货物、包裹、行李自接受承运时起到交付时止发生的灭失、短少、变质、污染或者损坏,承担赔偿责任:(一)托运人或者旅客根据自愿申请办理保价运输的,按照实际损失赔偿,但最高不超过保价额。(二)未按保价运输承运的,按照实际损失赔偿,但最高不超过国务院铁路主管部门规定的赔偿限额;如果损失是由于铁路运输企业的故意或者重大过失造成的,不适用赔偿限额的规定,按照实际损失赔偿。”

## 二、成本可否获赔受制于损害赔偿的类型与成本的种类

据笔者所知,在理解和把握《民法典》第584条正文规定的履行利益的完全赔偿上,认识并不统一。

一种观点及其逻辑是:违约造成的损失,至少包括当事人为履行合同而支出的合理费用,如为履行付款义务而向他人借贷,因此支付利息;以及合同正常履行时可取得的利益,因合同不履行而得不到,遭受损失。后一种损失,即“合同正常履行时可取得的利益,因合同不履行而得不到”的损失,就是《民法典》第584条所说的“合同履行后可以获得的利益”。既然违约损害赔偿的“损失”“包括合同履行后可以获得的利益”,违约损害赔偿的范围也就是守约方为缔约、准备履约而支出的合理费用与履行利益的损失之和。这可简称为不扣除成本说,或者说毛利润赔偿说。

另一种观点则与之不同,借鉴了境外的下述理念及意见:履行利益,不包括当事人付出的成本,因为即使相对人不违约,交易被正常地履行,该成本也是要付出的。<sup>②</sup>由于法律的目的是使原告处于如同

合同被双方全部履行时所可能获得的地位,因而,需要保护的“期待”乃是原告的“净”期待——被告允诺提供的履行价值,减去原告的履行成本,这一成本是原告允诺回报被告的履行行为的“价格”。<sup>③</sup>这可简称为扣除成本说,或者说净利润赔偿说。《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》第10条关于“人民法院在计算和认定可得利益损失时,应当”“从非违约方主张的可得利益赔偿总额中扣除”“必要的交易成本”的规定,采纳了这种观点。

我们应当何去何从?《民法典合同编通则解释》给出了回答,其第60条第1款规定:“人民法院依据民法典第五百八十四条的规定确定合同履行后可以获得的利益时,可以在扣除非违约方为订立、履行合同支出的费用等合理成本后,按照非违约方能够获得的生产利润、经营利润或者转售利润等计算。”这贯彻了扣除成本说。同时须注意,履行利益的损害赔偿并非在任何案型中都不包括成本。对于成本,宜根据不同情形而决定赔偿与否。法律人绝不可把所有形式的成本都纳入准予赔偿的范围,不然就否定了扣除成本说,走向错误。例如,在买受人违约,出卖人已经或本可以安排替代性的交易(转卖标的物),并且不存在营业额减少的问题,那么,损害赔偿的范围就是市场价格下跌的数额,加上安排第二个买卖时所发生的费用。<sup>④</sup>此处所谓“安排第二个买卖时所发生的费用”,就是成本。笔者遇到下面的实例:某《车辆运输物流服务项目》第12.1条约定了范围广泛的损害赔偿数额,甚至包括第三人的有关损失:“乙方应当承担全部责任,于其责任范围内,对于甲方遭受的任何损失索赔、损害、责任、成本及费用(包括合理的律师费及诉讼费),乙方应当为甲方、甲方的母公司、子公司、分支机构、关联公司、继受人、受让人及其管理人员、董事、雇员、代理人及代表人进行抗辩,使其免受损害,并对其进行全额赔偿。该赔偿应当包括任何第三方(包括公共机关)向甲方、甲方的母公司、子公司、分支机构、关联公司、继受人、受让人及其管理人员、董事、雇员、代理人及代表人

提起法律索赔或诉讼,从而导致甲方遭受的任何损害赔偿金或责任。”该约定显然把成本纳入违约损害赔偿的范围之中了。此类例证还有一些,例如,迟延交货导致买受人在业务上脱节,由此产生了额外费用,如增加了额外的运费、保险费、劳务费、仓储费、重建费、高额利息、医药费、赔偿第三人的损失等,这些费用可与买受人的净利润一并获赔。<sup>③</sup>还如,在英国的斯米德诉福尔德(Smeed v. Foord)先例<sup>④</sup>中,出卖人迟延交付脱粒机,致使买受人必须将其谷物堆放起来,产生费用;不仅如此,堆放的谷物部分受雨淋,除湿又支出费用。这些成本都被判予损害赔偿。在英国的沃森诉格雷(Watson v. Gray)先例<sup>⑤</sup>中,出卖人迟延交付钢板,致使拟用案涉钢板制造驳船的买受人增加成本/费用,这些成本应与履行利益的损失一并获得赔偿。

在这方面,再举一例予以探讨。甲公司作为出租人和乙公司作为承租人于2014年订立《A商场租赁合同》,租赁期限为2015年1月5日至2025年1月5日。承租人为装修A商场支出500万元人民币的费用。《A商场租赁合同》因出租人违约而被承租人于2020年1月5日依约、依法解除。承租人请求出租人赔偿其直接损失和期待利益的损失。此处所谓直接损失,即承租人支出的相应装修费,计算公式为(500万元人民币÷10年=50万元人民币/年)×5年=250万元人民币。此处所谓承租人的期待利益的损失,指向的是承租人从《A商场租赁合同》被解除至2025年1月5日期间失去的年平均利润×(10年-5年=5年)所得。

在笔者看来,如果承租人仅仅请求出租人赔偿直接损失,不主张期待利益的损害赔偿,那么,250万元人民币的成本支出(信赖利益)应获支持。但是,承租人请求出租人赔偿其期待利益同时请求赔偿250万元人民币的成本支出,则不应获得完全的支持。分解开来说,承租人负有减轻损失的义务,不应至少不宜坐等至2025年1月5日无所事事,而应自《A商场租赁合同》解除时甚至自解除权产生之时就寻觅其他出租人,缔结新的商场租赁合同,再行经营,获

取利润。若果真如此,则应适用损益相抵规则,从“年平均利润×(10年-5年=5年)所得”的损害赔偿数额中扣除这些利润。简言之,不应支持承租人关于“年平均利润×(10年-5年=5年)所得”的期待利益的损害赔偿。此其一。在适用减轻损失规则和损益相抵规则的前提下,可以支持承租人关于年平均利润×(10年-5年-X年=Y年)所得的损害赔偿的请求。其中的X年是承租人寻觅新的出租人所需要的期限,Y年是承租人尚未寻觅到新的出租人的期限。此其二。如果“其二”所述是正确的,承租人仅可获得“年平均利润×(10年-5年-X年=Y年)所得的损害赔偿”,那么,仍然支持承租人关于250万元人民币的成本支出的损害赔偿,就使承租人“双重获利”了——不负担成本,获得“毛利润”。换言之,承租人缔结新的商场租赁合同并取得利润的年限,这些年限的装修费折旧不应予以赔偿。此其三。如果承租人在获赔期待利益之时尚未与他人订立商场租赁合同,出租人又未能举证证明承租人违反减轻损失的义务,则可获得“年平均利润×(10年-5年=5年)所得”的损害赔偿。但此后承租人与他人订立商场租赁合同,获得了利润,于此场合应当适用损益相抵规则,操作方式是适用不当得利规则,令承租人返还此处所谓“利润”的不当得利。此其四。

总之,在这里似乎存在一个规律:支出的成本与净利润不处于同一个因果关系之中时,两者可被一并赔偿,当然这需要满足合理预见规则的要求。

《民法典》及《民法典合同编通则解释》关于违约损害赔偿的规定,就其字面意思观察,容易得出违约损害赔偿只有履行利益的损害赔偿这种单一形式的结论。其实,违约损害赔偿并不局限于履行利益的损害赔偿,只要守约方愿意,他可以请求违约方赔偿信赖利益(reliance interest)或曰消极利益(negative interest)的损失,其道理在于:作为理性人,在常态下,缔约之际他(们)同时信赖合同有效、期待(或曰预期)合同被适当履行。着眼于利益的视角,便表现为法律认可和保护的信赖利益与期待利益(或曰预期利益)。就是说,在合同有效的场合,同时存在着信赖

利益和期待利益。<sup>⑤</sup>守约方希望并要求其信赖利益受法律保护,也符合其缔约所愿和违约损害赔偿制度的功能。<sup>⑥</sup>只不过在个案中,债权人不得双重请求违约方赔偿期待利益和信赖利益,以防其双重获利罢了。

依传统理论,信赖利益的损害赔偿的设计目的及功能定位——以信赖利益为基础进行损害赔偿,不是推进债权人处于合同得到履行时一样的地位,而是寻求将债权人恢复到缔约前的状态。<sup>⑦</sup>这种地位、状态决定了信赖利益的损害赔偿不会是履行利益的损害赔偿,而是缔约、履约所付成本的损害赔偿;这些成本获赔了,守约方于缔约前的状态便得到了恢复,于是,在逻辑上不会另有履行利益的损害赔偿,不会另有机会利益的损害赔偿。在为因信赖某合同而发生的损失寻求赔偿的诉讼中,我们不会故意使原告处于一种比假定合同得到了完全履行时他所处的状况更好的状况。<sup>⑧</sup>结论是,依传统理论,在信赖利益的损害赔偿的架构下,仅仅赔偿守约方为缔约、履约而支出的成本,而不赔偿履行利益,当然,在极个别的情况下也有例外。《民法典》及《民法典合同编通则解释》均未顾及于此,考虑问题不太周全,应当对此作出表态。

对于违约损害赔偿,究竟何时根据履行利益计算,何时根据信赖利益计算,是个有价值但困难不小的问题。美国法的下述操作方法值得我们重视:①允诺人欠缺诚信将会促使法院适用更为慷慨大方的履行利益衡量标准,而不是比较受限制的信赖利益。<sup>⑨</sup>②如果履行利益的价值较大,而信赖利益的价值较小,二者之间有较大的差距,那么,法院会倾向于采用后者。③根据一种方法计算赔偿额有困难时,法院会倾向于使用另一种方法。因此,如果根据履行利益计算赔偿额时,由于允诺的不确定而导致计算复杂化,那么,赔偿额就可能被限制在信赖利益。<sup>⑩</sup>如果受损一方当事人落空期待的价值具有投机性或难以计算,则损害赔偿就仅限于因信赖合同而产生的费用。如果强制执行允许的基础非常脆弱但没有脆弱到不能提供救济的地步,也应将损害赔偿

限于信赖利益。<sup>⑪</sup>相反,如果根据信赖利益计算赔偿额时,衡量损害的价值难度使得计算复杂化,那么,赔偿额可能按照履行利益计算。<sup>⑫</sup>

其实,笔者反思传统理论关于信赖利益的损害赔偿的设计目的及功能定位,认为其以偏概全,主张有条件地承认机会利益的损害赔偿。<sup>⑬</sup>如果这种愿景变成现实,则违约领域的信赖利益的损害赔偿便不再是仅仅赔偿成本这种单一的形式,也可有机会利益的损害赔偿的形式,只不过从限制重复赔偿、对履行利益的损害赔偿要扣除成本这些理念出发,只允许债权人在成本赔偿与机会利益的损害赔偿之中选择其一而主张罢了。

### 三、示例抽象的计算方法

《民法典合同编通则解释》第60条第2款前段关于“非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易,主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的,人民法院依法予以支持”的规定,略去了合同标的物在不同人之手、用在不同场合的不同利益增或减,忽略了不同的当事人利用合同及其履行结果时会因其能力、利用手段的差异、外界环境的不同而导致不尽相同的利益结果,而是千篇一律地对比替代交易价格与合同价格之差,来确定履行利益的损害赔偿。这符合抽象的计算方法(abstract method of quantifying the loss,也叫客观的计算方法)的构成、特征,因为抽象的计算方法在计算损失数额时,仅仅斟酌普通因素(客观因素),忽略特别因素(主观因素),即忽略受害人的个人环境因素。该方法并不注重受害人的实实在在的客观损失,而是按照法律认可的、符合公平理念确定的计算损失的公式演算出损失数额,法律准予合理的赔偿。<sup>⑭</sup>在债权人不愿意公开其内部核算情况与特殊业务联系,而是据其事务中可能发生的设想过程(Abläufe)计算因债务人违约所致损失数额的场合,<sup>⑮</sup>在缺乏充分、确凿的证据证明债权人期待利益的数额低于信赖利益的数额等情况下,需要采取抽象的计算方法。通过对照、比较,可以说《民法典合同编通则解释》第60条第2款前段、第61条都在违约

损害赔偿额的确定方面采取了抽象的计算方法。

采取抽象的计算方法,时常采取替代交易的措施。替代交易,可以是守约方已经实际实施的,也可以是守约方于未来合适期间应该实施的。《民法典合同编通则解释》第61条涵盖了这些案型。

替代交易的价格,意味着存在市场交易,就此可知,采取抽象的计算方法以合同标的物存在市场价格为前提。没有市场,没有替代交易,也就谈不上代替交易价格,从而,抽象的计算方法无用武之地。

市场,应当是“可供买卖的市场”(available market)。早期对此的看法是,市场必须在一些地方,如交易所对有关的商品进行买卖。现代的看法比较有弹性,可以是指在某一个有关的地方有足够数量的交易;另一个定义是指一些商品/货物有足够的需求可以吸收所有的供应;<sup>⑩</sup>再一个定义是指有关商品/货物的价格根据供求关系浮动,这表示不包括一些商品/货物以固定零售价格或“管制价格”(controlled price)出售;<sup>⑪</sup>还有一个定义是指有足够的贸易商互相接触和进行买卖。

替代交易价格如何确定?美国《统一商法典》第2-713条设计了替代交易规则的计算公式:买受人或出卖人基于全部违约可以请求损害赔偿的范围,是合同价格与受害人应当安排替代性交易(出售或购买类似的货物)时的市场价格之间的差额。1980年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)第76条第1款也规定了与之相对应的规则。实际上,市场价格规则的要义是,假如债权人如同被要求的那样安排了替代交易,那么他会遭受的损失,就是这里要赔偿的范围。<sup>⑫</sup>

替代交易的价格须合理,若偏高,则违约方的负担过重,违背公平正义。此处合理与否的判断标准是理性人的认知水平,而非当事人任何一方的说辞。就是说,《民法典合同编通则解释》第62条所谓难以根据本解释第60条、第61条的规定确定守约方在合同履行后可以获得的利益,主要是守约方实际为替代交易时的利益损失,在判断标准上应该是客观的,而非主观的,换言之,不应以守约方的认识及

据此实施救济方式所计算的损失为判断标准,而应以《民法典合同编通则解释》第60条第2款前段确定的市场价格与合同价格之差,或者综合合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素这些客观标准为判断标准。

替代交易的价格总和,换个角度说,就是准予赔偿的数额,在继续性合同中带有弹性甚至拟制的色彩。在这方面,《民法典合同编通则解释》第61条确立了几个要点:①人民法院将判决解除合同;②把剩余履行期限的一部分期限,而非全部期限,乘以租金、报酬或价款所得总和;③此处所谓租金、报酬、价款,原则上不采取系争合同约定的标准,而是部分剩余期限所对应的租金、报酬或价款,但在剩余履行期限少于寻找替代交易的合理期限的情况下,可以按照合同约定的租金、报酬或价款的标准确定;④依据上述办法计算的总和,再扣除成本,即为违约方负责赔偿的数额。

此处所谓部分剩余期限,科学地讲,应为继续性合同解除至替代交易确定之时的期间。但替代交易何时、能否确定,在裁判案件时“亦未可知”,基本上是裁判者自由心证的结果。当然,作为合格的裁判者,不得随心所欲,而应参考交易惯例、裁判惯例,结合个案案情确定部分剩余期限。例如,在承租人违反房屋租赁合同案件中,如果剩余租期较长,则一般把部分剩余租期确定为3-6个月,裁判承租人自房屋租赁合同解除之日起,再向出租人支付3-6个月的租金。

此处所谓部分剩余期限所对应的租金、报酬或价款,大多是裁判者基于交易惯例自由裁量的租金、报酬或价款。租金、报酬或价款的计算标准,有时按照系争当事人所在地的平均市场价格予以确定,有时把较为广泛的地区乃至全国的平均市场价格作为基准。例如,作为承租人的甲公司在6个市区经营超市,每个市区的经营利润不一,出租人乙公司撕毁了其与甲公司在A市的商场租赁合同,应向承租人甲公司赔偿的数额,可以是系争商场租赁合同的部分剩余租期即6个月的甲公司的净利润之和,该净利润

的确定标准是甲公司在6个市区的平均净利润。

替代交易应在合理期限内进行,这已经得到《民法典合同编通则解释》第60条第3款的确认:“非违约方……未实施替代交易,主张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的,人民法院应予支持。”第61条第1款关注到特殊情况,也确认了合理期限之论:“……根据当事人的主张,参考合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素确定非违约方寻找替代交易的合理期限。”

这里的合理期限如何确定?可有违约之日、交付之日与得知违约时、合同解除时等选项。英国法基本上采取违约之日说。在多德地产(肯特)有限公司诉坎特伯雷市议会案[Dodd Properties(Kent)Ltd v. Canterbury City Council]<sup>⑧</sup>先例中,坎特利(Cantley)大法官主张,无论是贬值还是修复的救济,损失计算或估计都是以违约之日的损失为准。如遇财产/货物的毁灭,通常的损失计算是在毁灭时的市场价值,只有在通货膨胀率更高时,在什么日期(侵权造成损失之日或开庭审理之日)厘定市场价格才变得十分重要,因为开庭审理之日的市场价格由于通货膨胀会大幅度超出侵权之日。<sup>⑨</sup>

以违约之日的市场价格为准计算损失虽然相对简单和快捷,但难以符合不同的案件涉及的千变万化的不同事实,故其引发了不少争论。比较常见的争议如下:①“一般违约”(ordinary breach)和“先期违约”(anticipatory breach)在计算损失上的区别。②受害人能否通过不接受先期违约(这导致有关的买卖或其他类别的合同依然有效)而延后计算市场损失之日?③受害人若向法院或仲裁庭申请作出“强制履行”(specific performance)的裁判会带来什么影响?④违约/侵权之日和地点到底有没有一个可供买卖的市场?⑤如果受害人是在稍后才真正在市场买进或转售,价格比违约/侵权之日的市场价格高或低,这额外的损失(或节省)应否也由违约方承担(或享有)?⑥虽然是在市场,但由于供不应求或供过于求而令受害的买受人或出卖人在尽全力的情况下,也

无法在违约之日买进或转售的损失计算。<sup>⑩</sup>

以违约之日的市场价格为准计算损失的规则,只是表面的或作为起点的计算损失的规则,这一点在英国1979年《货物买卖法》中十分明确,已经有很多权威先例说明该项规则具有很大的弹性(flexibility)。为了配合不同案件的事实,为了达到公平正义的结果,也不偏离违约损害赔偿的基本原则,法院和仲裁庭可以灵活适用该项规则。只是为了法律的确定性,偏离时需要具备法律认可的原因。其中一个主要的偏离是以自违约之日起再过一两个星期后的市场价格,作为计算损失的基准,或是用一段期间的平均市场价格。<sup>⑪</sup>

一般性违约场合的损失计算,以违约之日的市场价格为准。但也有判例确定为稍晚于违约之日的市场价格。先期违约场合的损失计算,以合同应被履行之日为准。以违约之日的市场价格计算损失,不会因为先期违约被或迟或早地接受并解除合同而有所改变,否则,损失的金额就会在一定程度上被受害人操纵。但也不尽然,有观点认为,受害人接受先期违约并就此解除合同,他就有义务去市场转售或买入有关的货物,因此,损失的计算标准就是受害人接受先期违约的那一天的市场价格。在受害人请求法院强制履行的情况下,损失的计算以在强制执行指令“无效”(abortive)之日的市场价格为准。<sup>⑫</sup>

新西兰的希基诉布伦斯案(Hickey v. Bruhns)<sup>⑬</sup>判例判予:原告因为怠慢申请强制履行而被拒绝,金钱损害赔偿的计算日期以如果原告合理尽快地作出申请(并且有机会可以取得)之日为准,而不是在强制履行实际被拒绝之日。<sup>⑭</sup>

鉴于以上所述的分歧,为避免或减少昂贵的诉讼,有些合同径直约定计算违约损害赔偿的计算时点,最著名的是在粮油买卖领域经常使用的GAFTA或是FOSFA的格式合同。<sup>⑮</sup>

值得提及的是,如果以债权人的实际损失为损害赔偿追求的目标,则不能以违约之日为准作出计算,因为债权人需要时间善后,如受害的出卖人把买受人错误交付的货物处理掉,才会知道实际损失的

数额。<sup>⑦</sup>

美国《统一商法典》第2-708条、第2-713条分别规定了买方违约和卖方违约场合的合理期限。买方违约时,卖方实施替代交易的合理期限为交付之日(time for tender),卖方违约时,买方进行替代交易的合理期限为其得知违约(learn of the breach)时。

《民法典合同编通则解释》第60条第3款“按照违约行为发生后合理期间内……”、第61条第2款但书“剩余履行期限少于寻找替代交易的合理期限”的表述,显然没有采纳“违约之日”“得知违约时”的意见,但因“知道或者应当知道违约行为发生后合理期间内……”“剩余履行期限少于寻找替代交易的合理期限”的措辞都模糊、不确定,仍需探讨。在一时性合同的领域,笔者更赞同合同解除之日说:①合同不解除,盲目替代交易,既有债务依然存在且被请求实际履行,这增加了债权人的负担,特别是在债权人需求有限的场合,其双重受领无疑会形成浪费或被迫贬值转售。②合同尚未解除,仍有继续履行的可能,此时为替代交易,有先期违约(或曰预期违约或期前违约)之嫌。③合同解除,债权人开始负有减轻损失的义务,把此时确定为替代交易的合理期限,与减轻损失规则相契合。④合同不解除,此时的损失赔偿不应是填补赔偿,而是迟延赔偿。在本为迟延赔偿的背景下,替代交易不匹配,增添了计算损害赔偿额的困难。⑤“合同解除时”比“得知违约时”确定。

此处所谓合同解除,通常为合同实际被解除,在先期违约、适用《民法典》第580条2款等个别情况下也应包括预定且确定的合同解除,或者说预估的替代交易之实施,不然,消极地坐等合同实际解除,方采取替代交易的措施就太晚了,甚至无法采取了。《民法典合同编通则解释》考虑到了此等情形,于第61条第1款规定“根据当事人的主张,参考合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素确定非违约方寻找替代交易的合理期限”。这符合实际,考虑得较为周全,值得肯定。

《民法典合同编通则解释》除了规定抽象的计算方法以外,并无条款提及具体的计算方法(concrete

method of quantifying the loss)。如何认识这个现象?一方面,随着商业范围的日益扩大,交易当事人彼此认识的比例减少,当事人缔约交易时不得不忽略其相对人的主观特别环境,各当事人对其相对人大多如此,所以各当事人所负的合同上义务应不因主观特别环境而有异。唯有如此,相互之间所负的合同上义务方可处于平衡状态。缔约之时各当事人的主观特别环境既不计入,则违约时损害的计算自不应受其影响。如此,当事人所负责任始完整处于平衡状态。该原则被称为“责任平衡原则”。此原则足以解释一切违约案件的客观计算。<sup>⑧</sup>就此说来,《民法典合同编通则解释》关注较为普遍化的抽象的计算方法,抓住主要问题,有其道理。另一方面,倘若独尊抽象的计算方法,排斥其他的计算方法,一是在无市场的情况下,无法寻觅、确定出替代交易的价格,抽象的计算方法派不上用场;二是这会使擅长利用合同取得最大化交易利益的当事人减少本可取得的利益,这是对知识、技能、智慧的不尊重,这不符合当今的价值取向;三是虽然存在市场,但因种种原因,尤其是因债务人的过错(如制造双方可以谈判成功的假象,使债权人误以为双方可以达成替代方案),失去替代交易的机会,导致无法采取抽象的计算方法。全面地看待以上两方面的情形,宜如此认识:《民法典合同编通则解释》只是示例抽象的计算方法,并不排除债权人选择具体的计算方法,只不过债权人若想胜诉,必须有充分、确凿的证据予以支持。

违约损害赔偿以损害的存在前提,损害存在与否、数额多少原则上由债权人举证证明。在证明产品设计缺陷、技术研发的路径及方法不当、仓储的温度和湿度把握得不适当、施工耗费的数量如何等方面是十分困难的。一旦举证证明不成功,就承担举证不能的不利后果,损害赔偿的请求得不到支持,或仅仅被判赔偿部分损失。单就这方面来说,与其采取具体的计算方法,莫不如运用抽象的计算方法,举证证明合同约定价格与市场价格之差,即可获得违约损害赔偿。

值得注意的是,实务中出现了当事人各方通过

约定排除该项举证证明责任的情形。例如,某《合作协议》第3.4条中段约定:“乙方或其关联公司违反约定,甲方有权要求乙方支付赔偿金114,000万元人民币……双方认可,该等赔偿金系已经考虑了商誉、机会成本、市场影响等综合因素,虽难以具体衡量,但在商业交易中确实存在,收取赔偿金的一方,无需举证具体损失。”该约定不违反法律、行政法规的强制性规定,不悖逆公序良俗,应承认其法律效力。

所谓具体的计算方法,又叫主观的计算方法,适用于同时斟酌普通因素(客观因素)和特别因素(主观因素)来确定损害赔偿数额的场合。该方法旨在恢复守约方实际遭受的全部损失,它着眼于具体的实际情况,在合同法的领域,就是以合同未违反情况下债权人所应得到的全部利益作为予以赔偿的损害数额。<sup>⑨</sup>

具体的计算方法既可用于存在市场价格的场合,也可以用于不存在市场的领域,其实际运用受制于债权人的请求和拥有的证据情况;既可以用于履行利益的损害赔偿,也可以用于信赖利益的损害赔偿。债权人若已掌握充分、确凿的证据能够证明自己因违约行为遭受的实实在在的全部损失,那么,其采取主观的计算方法计算损失,并予以请求,就会获得数额较高的赔偿。反之,若证据不充分,则难获支持,本该获得的赔偿却得不到。例如,甲服装店租赁位于保定市郊的乙所有的商场经营高档服装,该商场因可归责于乙的原因而漏雨,高档服装被淋湿,因冬季突然停止供热,夏季时有冷气输送中断,顾客觉得不适而纷纷离场。甲因此主张解除商场租赁合同并请求期待利益的损害赔偿。就高档服装淋雨导致的损失,甲出具专家的鉴定意见,被主审法官采信。就因商场过热、过冷而致顾客流失,营业额大幅下降,甲出具位于北京市的赛特商场近三年的利润额,以证明自己的营业收入的损失数额,未能说服主审法官,原因是前往保定市郊的消费群体和消费水准与前往位于北京市的赛特商场的消费群体和消费水准不具有可比性。如果甲举证自己最近3年的正常经营利润,或较大区域内与其相类似的经营者的平

均利润,那么,被主审法官采信的可能性会大大提升。

具体的计算方法可用于如下案型:①“违约导致了有瑕疵的或者未完成的建设工程,并且价值损失没有被证明到了合理的程度”,而且可以根据“完成给付或者补救瑕疵的合理费用来计算,只要它并非显然过分高于他可能的价值损失”(美国《合同法重述》(第2版)第348条第2款)。<sup>⑩</sup>②“独一无二”(unique)之物难有市场,计算此类物被损害的损失应当计算它被侵害之时的“实际价值”(actual value)。<sup>⑪</sup>③如果违约的出卖人拒绝交付货物过迟,导致可供买卖的市场欠缺,根本找不到符合要求的替代货物,那么,此种违约损害赔偿也要按买受人的实际损失确定。<sup>⑫</sup>④货不对版,后来才发现,此时到市场购入替代物的时机已经消失。如果买受人对此没有过错(如已经及时验收货物),则按实际损失确定赔偿数额。<sup>⑬</sup>⑤特定物或买受人的分销/转售合同与被违反的合同约定的交货日期相一致,导致没有可供买卖的市场的货物,应按实际损失确定损害赔偿。<sup>⑭</sup>⑥在单航次的程租合同(或是在个别短期的航次期租)的案型中,每一个合同所针对的货物品种、质量、装卸港、航线或其他方面都独特,因此很难按照客观的计算法比较原租赁合同的运费以找出客观的推断损失——它们之间的差价。因为在违约时通常不会有市场可以找到同类船舶行走同一航次的运费,可以与原租赁合同的运费作出比较,以计算损失。由此决定,计算租赁合同被违反的损失,要看受害人真正蒙受的损失。<sup>⑮</sup>

在合同不解除,仅为迟延赔偿的案型中,替代交易与之不匹配,金钱赔偿可能较为适当。其道理在于,在迟延履行情况下,债权并未消灭,债权人在请求迟延赔偿的同时,也可以请求债务人履行原来的给付。如此一来,债权的内容既包括原来的给付,又增加了迟延赔偿,从而得以扩大。<sup>⑯</sup>换个角度说,在履行迟延这样的一时的违约场合,对履行请求权附加上了赔偿请求权。这种损害赔偿额,只要能够弥补守约方因违约方给付的瑕疵而导致的损失即

可。<sup>⑥</sup>如此,《民法典合同编通则解释》所设条款显示的是替代交易,未言及其他方式,似乎为其不足。但解释法律重在发扬光大法律的适当性,据此理念,宣称《民法典合同编通则解释》只是在示例替代交易的救济方式,并不排斥包括迟延赔偿在内的其他合适的救济方式。

#### 四、获利赔偿、金钱债务迟延履行赔偿

获利赔偿与金钱债务迟延履行时的赔偿责任存在实质差异,非属同一种责任,笔者将它们置于本文的一个部分讨论,纯粹是出于全文各个部分的文字宜相对均衡这样的考虑。

##### (一) 获利赔偿

获利赔偿(disgorgement),也叫剥夺性赔偿(disgorge or strip the gain),在合同法领域,是指以违约方因其违约而获得的利益来确定向守约方赔偿的数额。究其实质,英文“disgorgement/strip the gain”就明白无误地昭示:这不是本来意义上的“损害赔偿”,而是“获利返还”。既然是“获利返还”,就未遵循典型的损害赔偿的规则却名之曰“赔偿”,这就颠覆了民法的传统理念及其制度体现。

依民法的传统理念及其制度体现,违约损害赔偿制度的目的及功能在于填补守约方因对方违约所遭受的损失,仅此而已,既不让守约方借助于违约责任制度获得超出履行利益的补偿,<sup>⑦</sup>也不关心违约方在这个事件中有无“损失”还是“获利”。不当得利制度旨在使得利人返还其无法律上原因的所得,至于受损人获得返还后是否仍有损失,则非不当得利制度所关心和解决的问题,同时亦无让受损人获得超出其损失的返还利益。两种制度各司其职,依其本分地调整损益变动。

如果无视这种制度设计,在确定违约损害赔偿时完全以违约方因其违约而获得的利益作为损害赔偿额,那么,就难以避免如下负面的结果:①违约方借助于合同关系取得的利益,不单纯是守约方适当履行合同的結果,也时常有违约方利用合同标的而取得利益的贡献在其中。在违约方的因此获益大于守约方的损失时,以获益确定违约损害赔偿额,就剥

夺了违约方的这种贡献。如果违约方恶意违约,施加这种剥夺尚有一定的正当性可言,但在违约方没有过错或者其过错十分轻微时,如此剥夺就缺乏正当性了。②在违约方的因此获益大于守约方因债务人违约而导致的损失时,以违约方的获益确定违约损害赔偿额,就使守约方“不当得利”,这与民法的传统理念不合。③从《合同法》到《民法典》对违约责任的成立都采取无过错责任原则,而获利赔偿却将恶意作为责任的要件之一,在体系上未尽契合。

不过,民法的传统理念及其制度体现也受到了挑战,其中之一是有些案件难以确定守约方的履行利益,反过来说,无法确定守约方因对方违约所遭受的损失。于此场合,同样依民法的传统理念及制度体现,守约方请求违约方赔偿其履行利益的损失,需其举证证明该种损失及其数额,若举证证明失败,则承担举证证明不能的不利后果。此处所谓不利后果,恐怕就是不能获得损害赔偿。这显然也不符合公平正义。当然,民法的传统理念会说:守约方难以举证证明履行利益的损失,就不要守株待兔,转而请求信赖利益的损害赔偿,由违约方赔偿守约方为缔约、履约所付成本,不就可以了吗?这种理念、逻辑及说辞固然不可说其错,但如此处理案件对守约方来说终究不够理想。民法的传统理念及其制度体现受到的另一个挑战是,债务人唯利是图地恶意违约,以达其利益最大化。其实,债权人也可能是利用合同取利的行家里手,其获给付后能够成功地转化成可观的利益,却因债务人恶意违约变成泡影。于此场合,不以违约方的获益作为违约损害赔偿的数额,就是对恶意的违约方及其行为的放纵,同时是剥夺了守约方的部分履行利益,在一定意义上说,这意味着变相地“惩罚”了守约方,社会影响也不好。退一步说,即使是守约方属于平庸之辈,对受领给付的利用效果远低于恶意违约之人的利用效果,那么,抹杀恶意违约之人的增值贡献,也无可厚非。相反,以违约方的获益来确定违约损害赔偿的数额,恰好能解决前述问题。诚然,传统理念的拥护者会说:既然守约方能力非凡,能将给付结果做大做强,他举证证明

其履行利益不少于违约方的获益,不就把问题解决了吗?完全用不着通过颠覆既有的违约损害赔偿和不当得利两种制度这种高昂的代价达到目的。其实,此种辩护和反驳在理论上没有问题,在实务操作的层面,大多难以举证证明如此巨大的履行利益。

随着社会的发展及事物、理念的演变,越来越多的学说、判例、立法有条件地承认了以行为人的获益作为损害赔偿额的观点,这种类型的赔偿被简称为获利赔偿。此处所谓条件,在《民法典合同编通则解释》第62条确定为四大项:一是难以根据《民法典合同编通则解释》第60条、第61条的规定确定守约方在合同履行后可以获得的利益,分解开来说就是,难以按照实际为替代交易、市场价格与合同价格之差确定违反一时性合同产生的履行利益的损害赔偿,或者难以基于当事人约定、LPR的途径确定金钱债务迟延履行时产生的损害赔偿,或者难以通过参考合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素确定违反继续性定期合同时产生的损害赔偿。二是违约方的过错程度。对于此项条件,至少应把握如下几点:①违约方有过错地实施违约行为时方可支持获利赔偿的请求,体现的是过错责任原则。这对于一直提倡过错责任原则的笔者而言,有可不予严重抵触的情愫。②不可无视的是,《民法典》在违约责任领域奉行的是无过错责任原则,于获利赔偿规则之处却强调违约方的过错,似有不自洽之嫌。虑及于此,宜尽可能地降低违约责任制度分裂的强度,缩小获利赔偿规则的适用范围。由此决定,违约方对其违约行为无过错或仅有一般过错时,不宜甚至不应适用获利赔偿规则。③如此把握,暗含如下之意:在违约方主观恶性较轻的情况下,继续贯彻“违约损害赔偿的成立应由非违约方举证证明其因对方违约导致的损失,否则,非违约方承担举证证明不能的不利后果”的规则;在违约方主观恶性重的场合,就不再硬性贯彻该项规则,以较为优惠地保护非违约方。三是其他违约情节。所谓“其他违约情节”,既包括轻微违约,也包括严重违约,如“套路贷”等;既包括简单交易模式下债务人不履行合同,

也包括由数个合同及单独行为构成的复杂交易安排中的违约;等等。债务人违约轻微且非故意所为的,可不予获利赔偿;债务人严重违约的,可准予获利赔偿。四是“等因素”。所谓“等因素”,例如,非违约方因违约受到的损失是潜在的,或是持续的,特别是时断时续的;或者非违约方遭受精神损害;等等。其中,第一项条件和第二项条件中违约方故意或重大过失都必须具备,第三项条件和第四项条件作为权衡中的参考。最后,并非不重要,是成立和执行获利赔偿不得违背公平原则和诚信原则。总之,获利赔偿规则是价值选择的体现,其被确立,意味着法律不再苛求守约方借助信赖利益的通道,获得成本的损害赔偿。

获利赔偿制度的确立并不彻底否定传统理念及制度体现的成本赔偿,换言之,守约方请求违约方承担违约责任时,可以选择获利赔偿的方式,也可以选择成本赔偿的方式。这在违约方因其违约的获利低于守约方为缔约、履约所付成本的情况下,具有积极意义。

## (二)金钱债务迟延履行场合的损害赔偿

金钱债务多种多样,借款合同项下的金钱债务,其履行利益的确定标准在无当事人约定的情况下已被行业化、制度化,无须详论。需要辨析的是,在民间借贷合同未约定利息时,依《民法典》第680条第2款的规定,视为无利息。于此产生的疑问是,逾期偿付本金时,是否也不产生逾期利息?笔者持产生逾期利息说,因为民间借贷合同订立之时双方认可无利息有其原因,或是在平衡另外法律关系中的对价关系,或是给借款人于一定期限的关照,或是为了下一阶段的交易等。当这些免息的因素在逾期偿付本金时不复存在时,借款人不付逾期利息就缺乏理由了。此其一。逾期利息,系违约责任之一种,而违约责任的成立所奉行的原则是,当事人有约定时依其约定,无约定时按照法律的规定予以确定。因此,只要民间借贷合同未约定免除借款人责任,借款人逾期偿付本金,就应当适用《民法典》第577条以下的规定,以及其他法律、法规及司法解释的相关规定,借

款人须支付逾期利息。此其二。

除此而外的金钱债务,不同的债权人在利用资金时可能八仙过海,如此,履行利益也会形形色色,在当事人就此未予约定时,难以精确地确定出来。有鉴于此,人们通常都求助于法律、法规、规章、司法解释。例如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2020]17号)第18条第4款关于“买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法,出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失,违约行为发生在2019年8月19日之前的,人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础,参照逾期罚息利率标准计算;违约行为发生在2019年8月20日之后的,人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率(LPR)标准为基础,加计30%-50%计算逾期付款损失”的规定,即为确定金钱债务迟延履行时的赔偿数额的依据。

#### 注释:

①关于因果关系的理论梳理和认识,参见崔建远:《因果关系在违约责任中的地位及其学说演变》,载《江海学刊》2022年第5期,第155-165页。

②对其解说,参见崔建远:《合理预见规则的解释论》,载《东方法学》2022年第4期,第171-180页。

③对其解说,参见崔建远:《论与有过失规则》,载《荆楚法学》2022年第5期,第16-23页。

④参见杨良宜:《损失赔偿与救济》,法律出版社2013年版,第352页。

⑤ See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Obligation, 69 Virginia Law Review 967, 967-1024(1983).

⑥参见同前注④,杨良宜书,第352页。

⑦ See Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved), in Mary Ann Glendon ed., International Encyclopedia of Comparative Law (Volume

7), Mouton, 1976, pp. 75, 79-80.

⑧参见同上注,第76页。

⑨参见同前注④,杨良宜书,第313页、第317-326页。

⑩参见美国《合同法重述》(第2版)第350条第1款;1980年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)第77条;[美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第801页。

⑪参见同上注,[美]E. 艾伦·范斯沃思书,第807页。

⑫ See Neumiller Farms, Incv. Cornett, 368 So. 2d 272(Ala. 1979).

⑬参见同前注⑦, Guenter H. Treitel 书,第77页。

⑭参见同前注④,杨良宜书,第318页。

⑮ See Bank One, Texas N. A. v. Taylor, 970 F. 2d 16(5th Cir. 1992).

⑯参见同前注⑩,[美]E. 艾伦·范斯沃思书,第802页。

⑰参见美国《合同法重述》(第2版)第350条第2款;同上注,第809页。

⑱参见同前注④,杨良宜书,第343-348页。

⑲参见 Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd., [1960]2 All E. R. 239;同上注,第350-351页。

⑳ See White and Carter(Councils)Ltd. v. McGregor,[1962]A. C. 413.

㉑参见同前注④,杨良宜书,第351页。

㉒参见 Gator Shipping Corporation v. Trans- Asiatic Oil Ltd, The Odenfeld, [1978]2 Lloyds Reports 357;同上注,第356页。

㉓参见同前注④,杨良宜书,第361页。

㉔参见 The "Asia Star", [2010]2 Lloyds Reports 121;同上注,第327页。

㉕参见同前注④,杨良宜书,第351页。

㉖参见同上注,第341-342页; Cates v. Morgan Portable Building Corp., 780 F. 2d 683(7th Cir. 1985);同前注⑩,[美]E. 艾伦·范斯沃思书,第801页。

㉗ See Lewis v. Nine Mile Mines, 886 P. 2d 912(Mont. 1994).

㉘参见同前注④,杨良宜书,第310页、第341-342页。

㉙参见同上注,第74-75页。

㉚ See Charles L. Knapp & Nathan M. Crystal, Problems in Contract Law: Cases and Materials, 3rd Edition, Little Brown & Co Law & Business, 1993, p. 893.

㉛参见同前注⑩,[美]E. 艾伦·范斯沃思书,第819页。

③参见 *Borries v. Hutchinson*, [1865]18 CB(NS)445; *Watson v. Gray*, [1900]16 TLR 308; *Henderson v. Meyer*, [1941]46 Com Cas 209; *Hardow & Jones v. Panex International*, [1967]2 Lloyd's Rep. 509; *Smith v. Johnson*, [1899]15 TLR 179; Harbutt's "Plasticine" v. *Wayne Tank & Pump Co.*, [1970]1 QB 447 CA; *Bacon v. Cooper*, [1982]1 ALL ER 397; *The Salvage Association v. CAP Financial Services Ltd.*, [1995]22 FSR 654; *Square v. Model Dairies*, [1939]2 KB 365; 同前注④, 杨良宜书, 第126-129页。

③See *Smeed v. Foord*, [1859]1 Ellis and Ellis 602.

③See *Watson v. Gray*, [1900]16 TLR 308.

⑤参见[美]杰弗里·费里尔、[美]迈克尔·纳文:《美国合同法精解》(第4版), 陈彦明译, 北京大学出版社2009年版, 第580页。

⑥王利明赞同在违约损害赔偿的案件中, 受害人可以选取信赖利益的损害赔偿。参见王利明:《违约中的信赖利益赔偿》, 载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第6期, 第121页。

⑦参见[美]L.L. 富勒、[美]小威廉·R. 帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》, 韩世远译, 中国法制出版社2004年版, 第6页; 参见同前注⑦, Guenter H. Treitel 书, 第16-60页; Basil S. Markesinis, Hannes Unberath & Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd Edition, Hart Publishing, 2006, pp. 461, 469.

⑧参见同前注, [美]L.L. 富勒、[美]小威廉·R. 帕杜书, 第51页。

⑨参见美国《合同法重述》(第2版)第90条之实例解说第8条、第9条。转引自同前注⑩, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第99页。

⑩See *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, 748 F. 2d 827(3d Cir. 1984); 参见美国《合同法重述》(第2版)第90条之实例解说第11条。转引自同前注, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第99页。

⑪参见同前注⑤, [美]杰弗里·费里尔、[美]迈克尔·纳文书, 第526页。

⑫See *Goldstick v. ICM Realty*, 788 F. 2d 456(7th Cir. 1986). 转引自同前注⑩, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第99页。

⑬系统的论证, 参见崔建远:《论机会利益的损害赔偿》, 载《法学家》2023年第1期, 第27-41页。

⑭参见同前注⑦, Guenter H. Treitel 书, 第16-71页。

⑮Vgl. H. P. Westermann, in: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, §281 Rn. 30.

⑯参见同前注④, 杨良宜书, 第843页。

⑰See *British Motor Trade Association v. Gilbert*, [1951]2 ALL ER 641; *Mouat v. Betts Motors*, [1959]A. C. 71 PC.

⑱参见同前注⑩, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第805页。

⑲See *Dodd Properties(Kent)Ltd v. Canterbury City Councils*, [1980]1 WLR 433.

⑳参见同前注④, 杨良宜书, 第833-834页。

㉑参见同前注, 第835页。

㉒See *Petrotrade Inc. v. Stinnes*, [1995]1 Lloyd's Reports 142. 转引自同前注, 第863-864页。

㉓参见同前注④, 杨良宜书, 第838-859页、第659页。

㉔See *Hickey v. Bruhns*, [1977]2 NZLR 71.

㉕参见同前注④, 杨良宜书, 第660-661页。

㉖参见同前注, 第859-862页。

㉗参见同前注, 第863页。

㉘参见曾世雄:《损害赔偿法原理》, 中国政法大学出版社2001年版, 第184页。

㉙参见同前注⑦, Guenter H. Treitel 书, 第16-69页。

㉚参见同前注⑩, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第812页。

㉛参见 *Times Newspapers Ltd v. George Weidenfeld & Nicolson Ltd.*, [2002]FSR 463; 同前注④, 杨良宜书, 第865页。

㉜参见 *Contigroup Companies, Inc. v. Glencore A.G.*, [2005]1 Lloyd's Reports 241; *Coastal(Bermuda)v. VTT*, [1994]2 Lloyd's Reports 629; *The "Ile Aux Moines"*, [1974]2 Lloyd's Reports 502; 同前注, 杨良宜书, 第865-869页。

㉝参见 *Bence Graphics International Ltd v. Fasson U. K. Ltd.*, [1998]QB 87; *The "Ocean Dynamic"*, [1982]2 Lloyd's Reports 88; *Britvic Soft Drinks Ltd v. Messer U.K. Ltd.*, [2002]1 Lloyd's Reports 20; 同前注, 杨良宜书, 第869-872页。

㉞参见同前注, 杨良宜书, 第872-873页。

㉟参见同前注, 第886-899页。

㊱参见[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》, 庄胜荣校订, (台湾地区)五南图书出版公司1998年版, 第95页。

㊲参见同前注⑩, [美]E. 艾伦·范斯沃思书, 第785页。

㊳参见同前注⑦, Guenter H. Treitel 书, 第16-45页。