

## 论英美合同法之违约获益赔偿责任

陈凌云

**内容提要:** 违约获益赔偿责任是英美合同法中的新型违约赔偿责任, 其以违约人的获益作为赔偿内容, 在守约人没有因违约受到财产损失, 而违约人却因违约获益的场合发挥重要作用。这种赔偿责任弥补了合同救济的软弱性, 遏制效率违约, 促进合作, 强化信任, 尤其在瑕疵履行合同、违反特定物买卖合同、违反忠实义务的合同及禁止性义务合同中, 可以使守约人免受无法获得充分救济的风险。违约获益赔偿责任具有威慑性, 是期待利益损害赔偿责任的有益补充。

**关键词:** 违约获益赔偿责任 违约人获益 违约赔偿体系

陈凌云, 西北政法大学民商法学院。

英美法系返还法是调整各种以不当得利原则为基础的请求权的法律体系, 其基本规则之一: “任何人不能从自己的错误行为中获益”<sup>[1]</sup>; 而合同法的基本规则之一: “违约损害赔偿应当根据受损方所丧失的期待利益而定”<sup>[2]</sup>。当守约人丧失的期待利益等于甚至大于违约人的违约获益时, 两者并不冲突。然而当守约人没有财产损失或者财产损失无法计算时, 无法适用期待利益损害赔偿规则, 必然使守约人处于无法获得充分救济的风险中, 而违约人却因违约获得利益, 这又与返还法基本规则相悖。然合同法并未将违约行为视为不法行为, 欲化解此矛盾的方法就是扩大返还法的适用范围, 完善违约赔偿体系。在满足一定条件下, 守约人有权要求违约人吐出违约获益, 即要求违约人承担违约获益赔偿责任。

2001 年英国上议院在 *Attorney General v. Blake*<sup>[3]</sup> 案中, 正式承认了以被告的获益为赔偿内容的违约赔偿责任。<sup>[4]</sup> 本案的被告 George Blake 自 1944 年至 1961 年在英国情报局担任情报人员。自 1951 年起连续九年为前苏联政府提供情报。1961 年 Blake 的间谍行为被发现且被判处监禁 42 年。后 Blake 越狱逃往前苏联并定居, 根据自己的间谍经历完成自传体小说《别无选择》。1989 年, 其与 Jonathan Cape 有限公司签订出版合同, 并获 15 万英镑。英国情报局在 1990 年秋季, 该书出版时得知此事。原告起诉被告违反忠实义务和版权规定, 要求获得被告所获得的 15 万酬金。该案历经三审, 最终上议院肯定原告的主张, 此案为

[1] RESTATEMENT OF RESTITUTION § 3, 1937.

[2] U. C. C. § 1-106(1), 1978.

[3] [2001] 1 AC 268 (HL).

[4] 参见 John D. McCamus, *Disgorgement for Breach of Contract*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 36, 2003.

英美合同法系确立违约获益赔偿责任的标志。由此英美法系理论及实务界对违约获益赔偿责任的法理基础与逻辑结构展开了深入的研究与讨论。

## 一 违约获益赔偿责任的正当性

违约损害赔偿都以守约人的损失为出发点,更关注守约人在赔偿前后地位的变化。欲证成违约获益赔偿责任的正当性,必然需要完善的法理基础作为依托,然传统合同法理论都无法实现此目标。

### (一) 合同财产理论

#### 1. “约因”理论与“信赖”理论的局限性

古典契约理论认为,允诺是否具有法律拘束力取决于是否具有约因。<sup>[5]</sup> 英国法院为了解释约因的含义,后出现了“获益——受损规则”的公式。一个有价值的约因从法律意义而言,包括对一方当事人所产生的某种权利、利益、利润或者好处,以及另一方当事人所获得的容忍、所遭受的损害或者所承担的损失与责任。而且每个约因通常都包括承诺人的损害。因此在缺少约因的场合下,不幸的受诺人不能获得任何法律上的补救请求权。若受诺人无损失便不存在约因,无约因的合同不具有强制执行的效力。

富勒(L. L. Fuller)教授虽然以“信赖”取代“约因”,揭示了无约因但却应当具有强制执行力的合同,其扩大了具有强制力的合同范围,也扩大了违约损害赔偿责任的范围——将合同责任扩大到缔约阶段。然而“信赖利益”的内容依然为财产的损失和机会利益的损失<sup>[6]</sup>,以原告的损失为出发点,目的是使原告处于合同订立之初的状态。对信赖利益的救济包括期待利益损害赔偿和信赖利益损害赔偿两种。且富勒(L. L. Fuller)教授认为,信赖利益的赔偿不得超过期待利益,目的在于限制原告将其从事的亏本交易所遭到的损失转嫁给被告,并避免使原告处于一种比假定合同得到了完全的履行他所会处的状况更好的状况。<sup>[7]</sup>

因此上述两个理论指导下的违约损害赔偿都是以原告的财产损失为前提条件,弥补财产损失为目的,合同权利为具有相对性的对人权。

#### 2. “转让”理论下的合同财产权

转让理论在财产法领域历史悠久,将其引入合同法却为晚近之事。转让理论最基本的观点是受诺人拥有履行的权利,合同使最初属于允诺人的权利转让给了受诺人。转让理论与“约因”和“信赖”理论相比,最大的优势在于允诺人在作出允诺之前已经对允诺事项拥有所有权。

按照康德的观点,一个人与另一个人建立关系,将另一个人视为自己的自决代理人。其行为只能受到其自决代理人自由的限制。因此,一个人与拥有一系列权利的自决代理人不同,代理人会在外部客体上实施自决能力,变成选择的主体,康德将允诺界定为外部选择的客体。康德同时强调,选择外部客体的权利从法的角度必须是可能的,因为这些权利能够与每个人的自由并存。在自决代理人和外部客体区别一系列观点中,对外部客体的利用并非

[5] 参见[美]格兰特·吉尔莫:《契约的死亡》,曹士兵等译,载于梁慧星主编《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版,第66页。

[6] 参见马新彦:《信赖与信赖利益考》,载《法律科学》2000年第3期。

[7] 参见[美]L·L·富勒:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,载于梁慧星主编《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版,第538-539页。

对独立于外部客体之上的权利的利用。

受诺人从合同中获得的并不是外部性的东西,而是允诺人的契约,受诺人通过合同获得的并不是对某物的权利,而是要求特定人履行要求事项的权利。允诺人的违约行为剥夺了受诺人有权获得履行的权利。允诺事物的价值仅仅是衡量允诺本身的方式。因为权利的价值反映为事物的价值,所以如康德所言,受诺人并没有直接要求允诺的事物,该事物只是间接的代表了受诺人的权利。<sup>[8]</sup> 因此转化理论下的合同权利就不仅仅是一个对人权,而成为具有对世性的财产权。

学者们认为期待利益的赔偿就是使原告获得没有实际获得的东西,它的基础是分配正义且具有惩罚性,与合同法补偿性功能不符。若根据转让理论,就可以疏通两者的关系。如果受诺人已经获得了允诺人履行的权利,那么合同的标的物就不是在合同履行后才成为原告的财产,而是在签订合同之时财产的所有权已经发生现实的转移。<sup>[9]</sup> 因此不履行合同就是侵犯原告的财产权,期待利益损害赔偿的只是将本属于原告的财产,是矫正正义而非分配正义的结果。违约获益赔偿责任同理可证。

## (二) 强化合同法的道德基础

### 1. 遏制效率违约

霍姆斯大法官是效率违约最早的提出者,其认为被告可以在履行与违约且承担赔偿责任之间自由选择,这也因此被称为“选择模式”,选择权利赋予给被告(违约方)。“救济是权利的完美替代品”<sup>[10]</sup>,期待利益损害赔偿责任就成为效率违约的激励机制<sup>[11]</sup>。效率违约理论排除了合同法的其它价值而突出效率的价值,仅从经济状况的变动出发,论证行为的正当性。这种微观经济学理论更关注某一次交易的得失,显然忽视了行为的宏观效应。

事实上,无论标的物是否特定,原告实际获得的赔偿都与期待利益赔偿所欲实现的目标相距甚远。这也体现了“合同救济的软弱性”。<sup>[12]</sup> 在无法获得实际履行的情况下,剥夺效率违约人的违约获益就是最佳选择。经济分析法学派的代表人物波斯纳(Posner)教授认为,允诺人为了获利而违约,我们应当通过使允诺人从其行为中无法获益而威慑这种行为。我们所能做的就是将其从违约中所获得的收益返还给受诺人。除此之外,没有更轻的处罚会起到这样的作用。<sup>[13]</sup> 承认违约获益赔偿责任是遏制效率违约的最佳选择。

### 2. 强调合同法的诚信原则

当代英国合同法存在诚信原则,例如对合同条款的解释上,强调当事人的信息披露义务;在保险、保证等合同中明确使用诚信来表述义务;对合同义务的绝对性进行限制等等。<sup>[14]</sup> 然英国的法官和学者对诚信原则的地位依然存在争议。

违约获益赔偿责任起源于衡平法的不法获益赔偿责任,沿袭了衡平法“公平”、“正义”

[8] 参见[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1997年版,第91页。

[9] 参见[美]理查德·克拉斯威尔:《质疑富勒和帕迪尤》,载于梁慧星主编《民商法论丛》(第31卷),法律出版社2004年版,第230页。

[10] 参见 Nili Cohen, Ewan Mckendrick, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, p. 4.

[11] 参见[美]罗伯特·D.考特、托马斯·S.尤伦:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002版,第166页。

[12] 本文将英国著名法学家阿狄亚教授的所言“合同制裁的软弱性”用作“合同救济的软弱性”,意在突出合同责任的填补性功能。参见[英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》(第五版),赵旭东、何帅领等译,法律出版社2002年版,第443页。

[13] 参见 Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 105, 2006.

[14] 参见[德]赖因哈德·齐默曼、[英]西蒙·惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇等译,法律出版社2005年版,第35-37页。

的因子,英国 Blake 案将其上升为普通法的救济,推动违约救济追求公平的步伐。防止被告通过违约而不当得利为目标,重新强调信用对合同效率的作用,也将公平、正义等价值再次导入合同法体系。

当现代契约超越了古典契约的形式性时,合同所具有的社会学意义就会影响到合同的订立和履行。违约获益赔偿责任比期待利益更接近实际履行,其跳出英美合同法的“选择模式”,重在以剥夺违约获益而威慑可能存在的违约行为。正如托马斯·尤伦教授认为,在长期交易的当事人之间,容易出现模糊的承诺。合同的正常履行需要依赖交易双方之间的默契和信任。<sup>[15]</sup> 违约获益赔偿责任不仅避免原告处于无法获得充分救济的风险之中,更重要的是使无法为机会违约行为的违约方选择其它合法方式获益,例如变更合同或解除合同。以此改变双方长久以来形成的利益对立关系,促成利益分享格局的形成。

## 二 违约获益赔偿责任的适用条件

违约获益赔偿责任的特殊性决定了其适用的严格性。根据已经获得判例认可的,可以适用违约获益赔偿责任的合同,归纳具体的适用条件。

### (一) 违约获益赔偿责任适用的合同类型

违约获益赔偿责任的核心适用条件即期待利益损害赔偿救济的不充分性。这种不充分性主要体现在四类合同当中,且为判例所认可。

#### 1. 可以主张实际履行的合同

当原告可以主张实际履行但却无法获得时,期待利益损害赔偿又受到众多限制规则的影响,缩减了原告可以获得赔偿的范围。违约获益赔偿责任直接以被告的违约获益为内容,因此比特森(Beatson)教授也将其称之为“金钱型实际履行”<sup>[16]</sup>。作为衡平法救济的实际履行多出现在标的物特定的合同中,以不动产合同居多。按照英美法系的观点,“假设,物品是独特的或者因为某些其它缘由,法院会授予合同的实际履行。在这种情况下,法院会判予违约获益赔偿责任。”<sup>[17]</sup>有学者也认为,为了维护合同法的完整性,必须保护原告要求被告吐出违约获益的权利:否则允诺人在受允诺人起诉之前会简单地通过完成不可逆的违约,而破坏实际履行。<sup>[18]</sup>

#### 2. 可以主张禁令的合同

因禁令与实际履行一同被称为一枚硬币的两面的<sup>[19]</sup>,其成为该项赔偿责任的另一风向标。违约案件授予禁令的前提条件是义务人不作为义务,且更大的损害结果。而不作为义务又表现为禁止性义务,且多有公共利益指向。以英国 British Motor Trade Association v. Gilbert<sup>[20]</sup> 案为例,为防止二战后因新车短缺所造成的新车价格波动,原告英国交易委员会

[15] 参见[美]罗伯特·D.考特、[美]托马斯·S.尤伦著:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,第166页。

[16] 转引自 Caprice L. Roberts, A Commonwealth on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract, <http://ssrn.com/abstract=1154746>, p. 30.

[17] 参见 E. Allan Farnsworth, Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract, *Yale L. J.*, Vol. 94, 1985.

[18] 参见 Edward Yorio, In Defense of Money Damages for Breach of Contract, *Columbia Law Review*, Vol. 82, (1982), p. 1402.

[19] 参见 James Edelman, *Gain-based Damages-Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002, p. 156.

[20] [1951] 2 All E. R. 641 (Ch.) (Eng.).

(the British Trade Association)制定计划并要求新车买受人与英国交易委员会签订一份合同。自购车之日起2年内,买受人出让该车时只能将车卖给交易委员会,价格是原购买价格减去损耗部分。买受人吉尔伯特(Gilbert)为获得更大利润,在禁止交易期内将车卖于黑市。委员会起诉要求吐出违约所获利益,获得法院支持。<sup>[21]</sup>

### 3. 包含忠实义务的合同

实际履行和禁令救济适用的前提是原告拥有履行的法定权利,然而在普通法中,一般不承认原告拥有履行的权利。因此为了给原告提供充分的救济,英美法系的法官会利用推定信托:合同关系视为忠实关系;合同义务视为忠实义务;违约责任视为违反忠实义务的说明利润的责任,守约方享有的合同权利具有归入权的属性。<sup>[22]</sup>因合同中的善意义务与忠实义务具有相同的目的,都是为了限制一方的自由裁量权,或者一方凌驾于另一方上的权利或优势,所以也有很多涉及忠实义务的合同。美国的Snepp案就是典型一例,然推定信托需要借助法官的解释,容易导致裁量权的滥用,而英国的Blake案没有借助推定信托而直接要求被告吐出违约获益。

### 4. 瑕疵履行的合同

在有些案件中,被告修复瑕疵的成本远高于修复后原告财产的增值部分,英美合同法此时会适用“经济获益原则”,不判予修复成本的赔偿,而是在两者之间寻求中间值,例如英国Ruxley Exelectronics and Construction Ltd v. Forsyth<sup>[23]</sup>案。这种情形多见于瑕疵履行合同:被告不履行合同义务或降低履行标准。表现为修复成本过高,或者已经没有修复的必要——合同存在的环境发生变化。在美国的Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.<sup>[24]</sup>案中,高等法院认定赔偿内容是土地修复后的增值部分。

这四种合同在英联邦国家已经开始得到认可,例如加拿大、爱尔兰、澳大利亚等国的法院都曾经做出过有关违约获益赔偿责任的判决。

## (二)《美国返还法重述》(第三次)第39条的适用条件

在Blake案中,上议院的尼古拉斯(Nicholas)法官认为适用条件有二:补偿的不充分性,以及原告必须拥有履行的法定权利。<sup>[25]</sup>而英国上诉法院认为,违约获益赔偿责任适用的唯一条件就是普通法为原告提供的补偿性损害赔偿不充分。<sup>[26]</sup>尽以“补偿的不充分”作为条件,显然为违约获益赔偿责任的发展拓宽了道路。然美国《返还法重述》(第三次)第39条虽然也在遵从补偿不充分的精神,但采用了故意的、获利的、不充分的作为违约获益赔偿责任的适用条件,缩小了适用的可能性。

### 1. 强调被告的主观状态

传统合同法并不关注被告的主观状态,第39条以故意作为适用要件,实质上就在审查违约行为的可责性,而此恰为传统合同法所极力避免的。Blake案将被告定义为“声名狼藉的、自认的叛徒”,这是受到背后案件刑事属性的影响:Blake的行为应当被谴责和威慑。第

[21] 参见 Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 105, (2006), p. 588.

[22] 参见何宝玉:《英国信托法原理及其判例》,法律出版社2001年版,第422-423页。

[23] [1994] 3 All ER 801 (CA), [1995] 3 All ER 268 (HL). 参见韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版,第432-433页。

[24] 382 P. 2d 109 (Okla. 1962).

[25] 参见注[3],第285页。

[26] *Attorney General v. Blake* 1998 Ch 439 (CA) 458, 1998.

39 条遵循 Blake 案的思路,但是问题在于如何界定违约行为的应受谴责性,达到什么程度的故意才能适用违约获益赔偿责任。

## 2. 被告因违约获益

被告因违约获益似乎成为原告追求违约获益赔偿责任的动力,尽管 Kull 教授认为,违约获益如效率违约一样,更大程度属于理论问题。与如果违约导致有过错的允诺人通过违约获得的利润超过允诺人履行合同所实现的利润,那么违约是营利性的。违约利润包括节省的支出不和违约就无法获得的结果性利润。证明被告的利润必须查阅被告的财务状况,而被告的财产并非完全源于违约获益。查阅的困难与合法性有待于进一步讨论。同时要求原告证明此条件有失公平,易于使违约获益赔偿责任流于形式。

## 3. 期待利益损害赔偿责任的充分性

期待利益损害赔偿属于普通法救济方式,违约获益赔偿责任属于衡平法救济方式,在适用顺序上前者先于后者。第 39 条判断期待利益赔偿充分的标准是原告能够在市场上获得与允诺履行完全相同的等价物。若有上述条款或可能,即不能适用违约获益赔偿责任。

第 39 条列举三个要素来描述机会违约,试图在机会违约和违约获益赔偿责任之间建立必然的联系。而主观精神状态和客观获益都并非机会违约的应有之义,以此为条件直接将违约获益赔偿责任束之高阁。实际上以被告的获益作为赔偿的内容就是为了弥补原告无损失或损失无法计算的情况,只要原告无法通过期待利益赔偿获得充分救济,就有其适用的空间。

### (三) 违约获益赔偿责任适用的例外

并非任何故意违约情况下,都会适用违约获益赔偿责任。若合同规定允诺人可以选择履行合同或者支付违约金作为替代的救济方式;若违约获益赔偿会导致受诺人不当获益,或者导致具体案件的不公平。违约金属于约定的违约责任,违约获益赔偿责任属于法定违约责任,有约定的情况下,违约金优先适用于违约获益赔偿责任。违约获益赔偿责任相当于将违约获益在合同双方当事人之间分配,在效果上更接近于实际履行。因此,原告通过违约获益赔偿责任所获得的赔偿,不得超过实际履行救济下可以获得的利益,否则就属于不当得利。

## 三 违约获益赔偿责任范围的确定

### (一) 违约获益赔偿责任范围的确定规则

#### 1. 直接结果理论

违约获益赔偿责任建立的理论基础是原告的权利具有财产属性,因此被告的违约行为就是侵犯原告财产权的侵权行为。在计算关于违约获益的计算,英美法系法院倾向于采用侵权法的思路,根据“直接结果理论”确定获益的范围,即“结果的直接性”。<sup>[27]</sup>与“可预见规则”相比,结果直接性理论对被告苛以的责任更为严格,其不再适用损益相抵、减损规则等限制规则,根据违约所产生的直接损害结果确定赔偿的范围。

虽然采用了直接结果的检验标准,但是无限制的计算违约获益必然造成诉讼上的不便,

[27] 英国的 James Edelman 博士认为,在故意或恶意违约的条件下适用侵权法中的“直接结果理论”。参见 James Edelman, *Gain-Based Damages—Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, p. 160.

因此提出以时间为限制条件。即从获利之时计算,不得超过一定的时间。在 *Warman International Ltd v. Dwyer*<sup>[28]</sup> 案中,澳大利亚高等法院该期限为两年,两年内产生的获益均为违约获益。

## 2. 减损规则是否适用

减损规则是在确定违约损害赔偿范围时的限制规则之一,那么在适用违约获益赔偿责任时,减损规则能否继续存在?英美法系对此尚无判例说明,但理论界认为,两者矛盾,剥夺被告违约获益时,不适用减损规则。理由如下:(1)适用的条件不同。减损规则要求原告停止继续履行合同,或者积极地寻找合理的替代履行。这说明适用减损规则的合同的标的并非独一无二。而违约获益赔偿责任属于衡平法救济,为了给无法获得实际履行救济的原告提供较期待利益更为充分的救济。因此可以适用违约获益赔偿责任的合同都是可以主张获得实际履行的合同,而只有合同标的具有独一无二特征时,原告才能在违约的情况下主张实际履行。(2)价值理念不同。减损规则更偏爱被告,其确立的基础就是尽量地避免经济上的浪费,其以效率为价值理念。减损规则要求原告在得知被告违约或即将违约时,应当采取措施尽量避免损失的扩大:停止履行合同;在合理的时间内寻找合理的替代履行。违约获益赔偿责任虽以被告的损失为赔偿基础,但以公平为价值理念,防止被告通过机会违约行为获益。(3)减损规则本身适用的局限性。并非在任何赔偿期待利益或信赖利益的案件中,都有减损规则适用的空间。减损规则的目的就是避免出现重大的损害结果,但在合同没有明示的情况下,很难确定原告可以避免的结果是什么。因此,减损规则本身也很难判断。<sup>[29]</sup>

## (二) 违约获益赔偿责任的计算

### 1. 主观计算法

当违反不作为义务时,积极获益是违约获益扣除和合同利益。在 *Adras v. Harlow & Jones GmbH*<sup>[30]</sup> 案中,Adras 与 Harlow 签订钢铁买卖合同,约定以每吨 570DM 购买钢铁,在部分履行后爆发战争,钢铁价格飞涨至每吨 900DM,被告将剩余钢铁以每吨 804.70DM 的价格转卖给了第三人。以色列高等法院最终根据被告转卖价格与合同价格之间的差额,剥夺了被告的违约获益,认定违约获益赔偿责任为每吨 234.70DM。

当违反作为义务时,消极获益为应当支付的履行成本扣除实际支付的履行成本。以美国新泽西州 *Samon & Samon Ltd. v. Proctor*<sup>[31]</sup> 案为例,房屋的所有人反诉建筑商修建行为存在瑕疵,主要体现为建筑物的钢强化度不够。而所有人占有建筑物几个月后,将房屋按照没有瑕疵的价格转卖。法院认为,所有人有权要求获得因为建筑商没有完全履行合同而没有支出的履行成本。

在违约获益的计算中,还需解决间接获益的问题。间接获益的计算是一个一因多果的问题,而获益分割是多因一果问题。其中被告是否可以根据自己付出的技能和努力分割违约获益,应视情况而定。

有时被告的技能和努力是违约获益唯一原因。如果允许被告因自己的技能而要求分割

[28] *Warman International Ltd. v. Dwyer* 182 CLR 544, 558, 1995.

[29] Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, <http://ssrn.com/abstract=1152303>, p. 22.

[30] 参见 Daniel Friedmann, *Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract*, *Law Q. Rev.*, Vol. 104, (1988).

[31] [1974] 1 N. Z. L. R. 655 (S. C.).

违约获益,无异于让被告独占图书的版税,违约获益赔偿责任无适用的意义。有时除被告的技能和努力创造了违约获益,还包括客观因素,如市场、广告。以美国 *EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.* [32] 案为例,双方签订一系列合同,原告负责开发水文学和气象学的 CD-ROM 以及软件,被告负责准备 CD-ROM 使用者手册、包装、市场发行及手册,同时按小时支付给原告固定的经费和新产品的版税。后被告违约。法院认定,被告故意违约,但其为原告公司的产品宣传作出了实质的贡献,因此有权要求获得其为原告生产线的发展和上市所支出的费用,因为即使正常履行合同,原告 Hydrosphere 公司也要为被告 EarthInfo 公司的履行行为支付费用。

## 2. 客观计算法

在无法直接计算违约获益时,英美法系法院还会寻找其他合理的替代方法来计算违约获益,这种方法被称为客观计算法。

### (1) 解除合同的对价——*Wrotham Park v. Parkside Home* [33] 案

*Wrotham Park* 和 *Parkside Home* 房地产开发公司签订存在限制内容的土地买卖合同,即禁止土地用于住宅开发。[34] 原告在土地开发之初,就已告知被告此限制的存在。[35] 然被告依然违规修建,原告向法院申请禁令以及要求拆毁已经修建的房屋。布莱特曼 (Brightman) 法官认为拆除房屋实属浪费而拒绝授予禁令。但其采用“假设磋商的方法”作为赔偿的标准。其认为,被告本可以通过与原告协商解除合同的方式获益,进而避免违约,因此根据“解除合同的对价”来计算违约获益比较合理。布莱特曼法官假设,土地的所有人会要求开发商说明其从开发项目中所获得的利润,且以一定比例的利润作为解除合同的对价,实际利润可以作为预期利润的替代物,解除合同的合理价格是利润的 5%,因此判予 2,500 英镑的违约赔偿金。

### (2) 获得其他合理方法的对价

被告本可以合法方式获得利润,因此违约获益可以根据获得其他合理方法的对价进行计算。*WWF—World Wide Fund for Nature v. World Wrestling Federation Entertainment Inc.* [36] 案中,原被告双方就谁是“WWF”签名的使用人问题产生争议,1994 年双方就此达成协议,被告也明确被限制使用该签名。本案的彼得·史密斯 (Peter Smith) 法官没有采用 *Wrotham* 案的标准,没有采用使用费用 5% 作为解除合同的对价,而倾向于采用通过合法方式获益的成本来计算净获益。

### 3. 违约获益赔偿责任的最低限制——市场价格

并非所有的机会违约行为都会产生丰厚的利润,不排除毫无获益的机会违约行为。此时既无财产失损,也无违约获益,期待利益赔偿责任和违约获益赔偿责任都无法适用,原告处于无法获得救济的风险之中。因此美国《返还法重述》(第三次)草案中第 51 节第 2 条规定,错误行为人的不当得利不得低于获得利益的市场价格。当获益远低于获益的市场价格时,违约获益赔偿责任按照市场价格与合同价格之差计算。

[32] 900 P.2d 113 (Colo. 1995).

[33] [1974] 1WLR 798.

[34] [1974] 1WLR 802.

[35] [1974] 1WLR 804.

[36] *World Wide Fund for Nature (Formerly World Wild life Fund) and World Wild life Fund Incorporated v. World Wrestling Federation Entertainment Inc* [2007] EWCACiv 286 at [59] (Chadwick LJ).



## 四 对我国合同法违约赔偿责任体系的启示

1995年12月27日最高人民法院《关于审理房地产管理法实施前房地产开发经营案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)中规定违反不动产买卖合同可以适用违约获益赔偿责任。后为《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条规定的双倍赔偿所取代。随着社会分工的深入和专业化群体的增多,有必要重新讨论违约获益赔偿责任的积极意义。

### (一) 我国合同法违约赔偿责任体系的缺欠

#### 1. 仅赔偿原告的财产损失

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第113条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,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,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”。我国合同法违约损害赔偿责任的的前提依然是原告的损失,同时赔偿的内容为实际损失和可得利益。虽然《合同法》第59条规定:“当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”然该条是合同无效后的法律效果,对无第三人恶意串通的,对仅发生于当事人之间的机会违约行为,无适用余地。

#### 2. 被告主观状态不影响承担责任的范围

《合同法》第113条仅认定了违约行为所造成的客观结果,但对违约方的主观状态并未考虑,被告主观状态与其承担的责任并无必然联系。《法国民法典》第1150条规定:“在债务不履行完全不是由于债务人有欺诈行为时,债务人仅对订立契约时已经预见到的或可预见到的损害与利益负赔偿责任。”第1151条规定:“即使债务不履行是由于债务人欺诈所引起的情况下,对债权人所受到的损失以及被剥夺的可得利益给予的损害赔偿,仅以契约不履行立即发生的直接结果为限。”<sup>[37]</sup>法国区分故意违约和一般违约所承担的赔偿责任,可预见规则不适用于故意违约。<sup>[38]</sup>与法国相比,机会违约行为被视为商业风险,无法主张超过可得利益的赔偿内容。

### (二) 我国合同法违约赔偿责任体系的完善

我国曾经针对房地产双重买卖问题规定了违约获益赔偿责任,虽然双重买卖现象渐少,但是在房地产等专业领域存在大量瑕疵履行的情况,例如为满足合同约定的房屋举架高度,将地面铲薄,降低楼层间隔板的厚度;违反土地使用规划,为加盖楼房而减小楼间距,不仅影响采光,而且导致业主迟迟无法办理产权登记。再如,专业美容师擅自更换美容材料,虽未影响消费者的身体健康,但降低了自己的服务成本。此类确立违约获益赔偿责任在合同法中的合理地位,有其必要性。

结合客观环境,我国合同法应当建立一套以赔偿守约方财产损失为主的补偿性损害赔偿,以剥夺违约方的违约获益为辅的威慑性损害赔偿体系。虽然我国合同法中规

[37] 参见《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第290页。

[38] 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100页。

定了典型合同的种类,但是违约获益赔偿责任为责任类型并非合同类型,所以将其置于《合同法》总则中更为合适,位置应当处于第 113 条之后,强调主观状态不同所应承担的法律责任。表明违约获益赔偿责任的补充性地位,也便于当事人选择适用。与《法国民法典》第 1150 条和第 1151 条格局相同。

在该责任的具体构造上,宜直接规定构成要件及免责事由,这更符合大陆法系法典的体例。英美合同法认为期待利益赔偿的不充分性是核心条件,我国在具体设计上应当将其分割,包括当事人的主观状态以及此状态下的违约行为所产生的结果,并在其间建立因果关系,确定归责原则以及举证责任的分担。因被告主观状态难于体察,且被告的获益状况难于计算,因此应当让被告负责举证:自己并未从违约行为中获益。

## 五 结 语

合同法对违约获益赔偿责任视而不见的原因有二。首先,有时违约获益会小于期待利益,期待利益损害赔偿足以为原告提供充分的救济。有时违约获益和期待利益数额相等,被告赔偿了期待利益后便无利可吐。其次,违约获益赔偿责任的威慑性功能。违约获益赔偿责任是与实际履行目的相同的衡平法救济方式,旨在弥补普通法救济不充分的缺陷,具有强烈的伦理和道德属性。其异于私法的补偿性功能,也不同于侵权法中的惩罚性损害赔偿责任。因此,违约获益赔偿责任在违约赔偿体系内处于很尴尬的地位。

事实上,赔偿违约获益与赔偿信赖利益一样,都是为了弥补期待规则的不足,并没有否定期待规则在违约赔偿体系中的核心地位。正如美国著名合同法学家艾林伯格(Eisenberg)教授指出,违约获益赔偿责任是最佳的预防和提高履行动力,或防止不当得利的方式。<sup>[39]</sup> 将其引入违约赔偿体系,才能使稳中求变的合同法更具有生命力!

---

[Abstract] The disgorgement damage for breach of contract is a new type of damages for breach of contract in Anglo - American contract law. It applies in situation in which the promisee sustains no losses because of the breach of contract but the promisor gains benefits from the breach of contract. This new damages can remedy the insufficient contractual relief, restrain efficient breach, promote cooperation and enhance trust between parties concerned. In particular, it can prevent the promisee from the risk of inadequate compensation in contract of defect performance, violation of sale contract relating to specific object, violation of contract of fiduciary duty and contract of prohibitive obligations. The disgorgement damage for breach of contract does deter the opportunistic behaviors, and serves as a useful supplement of damages for interest in expectancy.

---

(责任编辑:姚 佳)

[39] 参见 Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 105, (2006)。