

论作为违约救济的获利交出

洪国盛*

摘要 为预防与阻却违约获利行为,获利交出救济在理论上应运而生。不过,既有研究认为应适用获利交出救济的案型,均无需亦不应由此救济处理。一物二卖与节约履行的案型,由常规损害赔偿救济即可解决。对于守约方似无损失或损失难以计算的案型,则可由协商性损害赔偿处理。既有学说对获利交出救济的正当性依据、适用范围以及守约方保有得利之原因的论证都有缺陷。获利交出救济仅应适用于规则套利型违约。此类违约行为不仅损害交易稳定性,亦具有增加交易成本、减少交易的外部性而需予以预防。违约使用、履行欺诈、利用限制赔偿规则、实际履行排除规则、违约金调整规则牟利,均属于此类违约的典型情形。

关键词 获利交出 协商性损害赔偿 机会主义违约 规则套利型违约

一、问题的提出

为预防和阻却故意违约获利行为,不少学者认为需由获利交出救济(disgorgement)剥夺违约获利、去除违约动机。^{〔1〕} 获利交出救济被认为主要适用于如下情形:一物二卖;因瑕疵

* 北京大学国际法学院博士后。

〔1〕 参见孙良国:“违约责任中的所获利益赔偿研究”,《法制与社会发展》2008年第1期,第23-34页;陈凌云:“论英美合同法之违约获益赔偿责任”,《环球法律评论》2010年第3期,第82-91页;缪宇:“获利返还论——以《侵权责任法》第20条为中心”,《法商研究》2017年第4期,第81-90页;陈凌云:“论‘违约方获益’之归属”,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第4期,第137-145页;吴国喆、长文昕娉:“违约获益交出责任的正当性与独立性”,《法学研究》2021年第4期,第111-129页;see Gareth Jones, “The Recovery of Benefits Gained From a Breach of Contract,” *Law Quarter Review*, Vol. 99, No. 3, 1983, pp. 443-454; Allan Farnsworth, “Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract,” *Yale Law Journal*, Vol. 94, No. 6, 1985, pp. 1339-1393; Andrew Kull, “Restitution as a Remedy for Breach of Contract,” *Southern California Law Review*, Vol. 67, No. 6, 1994, pp. 1465-1518; Ernest Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies,” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, No. 1, 2003, pp. 55-92; Melvin A. Eisenberg, “The Disgorgement Interest in Contract Law,” *Michigan Law Review*, Vol. 105, No. 3, 2006, pp. 559-602.

给付而节约费用;违反信义义务;一方违约,而守约方似无损失或损失难以计算等情形。但《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)第577条所规定的违约救济并未包括获利交出。有学者主张可依《民法典》第980条中的不法管理予以处理。〔2〕

本文认为,既有研究主张可适用获利交出救济的案型值得商榷。对于守约方损失可以确定的案型,如一物二卖,瑕疵给付等,损害赔偿救济即可实现获利交出的效果。对于守约方损失难以认定或算定的案型,可依协商性损害赔偿(negotiating damages)予以处理。违约方交出的所谓“得利”实为损害赔偿,且违约方故意或过失违约均不影响此类赔偿责任。而违反信义义务的获利交出旨在处理“委托—代理”问题,而不适用于普通合同关系。道德说、传统预防说与预防机会主义违约说等旨在证成获利交出救济的既有学说,亦均存在缺陷。

本文认为,获利交出救济旨在预防利用合同法规则套利的行为。此种行为是独立于合同义务不履行或不完全履行的不法行为。此种行为不仅损害具体合同的交易稳定性,同时具有增加交易成本、减少交易类型与规模的外部性,需予以规制。获利交出救济适用于以下四类案型:其一,利用损害赔偿固有的不充分性牟利;其二,违约使用他人具有经济利益的资产;其三,履行欺诈;其四,其他利用各类合同法规则牟利的行为,如利用《民法典》第580条实际履行排除规则,第585条违约金调整规则等牟利的情形。守约方保有违约方获利的原因,并非其损失与违约方得利存在关联,而是为了激励其参与监督此类规则套利行为。但除违约使用、履行欺诈等侵权与违约竞合的案型外,应谨慎认定违约方恶意运用规则套利。〔3〕

二、守约方的损失可以确定:无需引入获利交出

获利交出救济常被认为适用于如下三类典型案例:其一为特定物一物二卖,违约得利为第二买受人与第一买受人合同价款之差;其二为瑕疵履行,违约得利为违约方所节约的支出;其三为违反信义义务而获利。这三类案件的共同特点是守约方的损失可以确定,以下将就三类案型分别检讨。

(一)因违约而获得利润:一“物”二卖

一物二卖,常见的情形是出卖人将特定物出售给第一买受人后又与第二买受人缔结更有利可图的合同,然后向第二买受人履行,而对第一买受人违约。有观点主张应以获利交出救济剥夺违约方得利,以维护重约守信的道德观念。〔4〕但司法实务中多采取将转售利益认定为可得利益或机会损失的方式,对守约方进行赔偿。笔者在“北大法宝”数据库以“一房二卖”与“差额/价差/差价/市价”等为关键字,检索自2010年1月1日至2022年8月1日的最高人民法院、高级人民法院与中级人民法院相关案件817件,排除一手商品房买卖、重复或无关案件

〔2〕 参见缪宇,见前注〔1〕,第89页。

〔3〕 参见洪国盛:“论权益侵害与获利交出”,《环球法律评论》2022年第2期,第100—115页。

〔4〕 参见许德风:“不动产一物二卖问题研究”,《法学研究》2012年第3期,第93页。

后,〔5〕相关案件共计 32 件,皆持此立场。〔6〕对于此类实践,有观点认为这是由于我国法不存在获利交出救济,因而法院只能以损害赔偿之名行获利交出之实。〔7〕

就此类违约救济诉诸获利交出既无必要,反而有害。一物二卖时,转售合同的约定价格仅是认定守约方所遭受损失的证据。〔8〕若标的物在市场上可寻得替代物,守约方的损失以违约时的市价,及违约时点之后合理减损时点之前市价之差额部分为依据。市价完全可不同于出卖人转售所得利益。转售所得因而仅仅只是损害算定的证据。若标的物为特定物,具有不可替代性,情况亦相同。如甲将古董以 50 万元出售给乙后又以 60 万元出售给丙,在审理日前,丙又将其以 70 万元出售给丁。此时,应当以 70 万元来认定物之价值,有人欲以更高价购买该物即为该物价值的证据。此并非法律拟制或为避免计算困难的权宜之策,实为供需变化之结果,乃市场机制所致。此时,看似要求出卖人交出得利,实为损害赔偿。但此种转售得利与守约方损失亦不能等同,因为违约方转售所得并非总是能反映标的物的实际价值。如买受人亦与他人签订转售合同,且高于出卖人违约转售之价格,或交易三方均错估标的物的价值。长期合同下给付价值与约定价格的背离更为常见。这些情形中,守约方的损害赔偿均不限于违约方的违约所得。此外,获利交出救济通常被认为仅适用于违约方故意违约的情形,〔9〕但依损害赔偿救济,违约方无论有无故意都不影响标的物的价值认定,守约方都可获前述赔偿。司法实践将转售利益认定为可得利益损失的证据而予以损害赔偿并无不当。获利交出救济既无必要,反就损害认定具有误导性。

此类案件中,诉诸于阻却故意违约以正当化获利交出救济亦不可取。其一,由于转售利益已经需依常规损害赔偿支付给守约方,那么违约方就没有动力进行此类违约行为。获利交出救济不具有额外的阻却效果。其二,若获利交出救济旨在阻却故意违约,则将其适用范围不应限定于对特定物买卖的买受人的救济。给付义务皆可视为一种具有财产价值的“物”,而将原本向守约方进行的给付提供给他人均可属于广义上的一“物”二卖。如买受人先后与两位出卖人签订房屋买卖合同,而后对第一出卖人违约,其从第二出卖人处所购房产增值远超第一出卖人的房产。过往研究均未见支持出卖人可要求买受人交出得利。又如贷款人将出借款项投资给另一家公司而获利,英国上议院拒绝了借款人针对贷款人投资收益的获利交出请求。〔10〕

〔5〕 由于商品房一物二卖曾适用《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》(2003)第 8 条,要求出卖人承担不超过为所付购房款一倍的赔偿责任,并非适用一般规则,遂予以排除。

〔6〕 将转售利益认定为可得利益而以损害赔偿完全予以支持者,参见吴庭大、何升辽房屋买卖合同纠纷案,广东省湛江市中级人民法院二审民事判决书,(2019)粤 08 民终 1997 号;认定为机会丧失赔偿者,参见徐芬与刘国胜等房屋买卖合同纠纷案,北京市第二中级人民法院二审民事判决书,(2013)二中民终字第 06171 号;但部分法院会在转售利益的基础上进行酌定赔偿,参见高占领、高战举房屋买卖合同纠纷案,河北省邯郸市中级人民法院二审民事判决书,(2018)冀 04 民终 4501 号。又如《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第 40 条亦支持将转售利益作为可得利益损失。

〔7〕 参见吴国喆等,见前注〔1〕,第 119 页。

〔8〕 See Michael Bridge (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell, 2014, p. 1125.

〔9〕 参见缪宇,见前注〔1〕,第 89 页;吴国喆等,见前注〔1〕,第 114 页。

〔10〕 See *Teacher v Calder* [1899] UKHL 1.

类似的,获利交出支持者亦不认为种类物买卖可适用获利交出救济。种类物买卖也可因买受人缺乏替代资金而无法减损,或因为时间紧迫而便替代交易没有意义。这些情形中,故意违约行为的主观恶性与特定物买卖并无区别,仅对特定物买卖中的买受人施以优待并无正当性。

在一物二卖案件中,基于违约方的努力或者专属于其个人的原因,而致转售价格高于在先合同的约定价格时,就转售利润如何分配亦是获利交出救济的适用难点。^[11]一方面,在损害赔偿框架下,可将违约方的努力理解为寻找交易机会的搜寻成本或中介费用,在赔偿范围上予以扣除。另一方面,对于经由违约方努力寻得新的需求而使得标的物价格额外发生的上升,这部分增值仍应归属于买受人。这是由于交易双方基于买卖合同将缔约后标的物价价格上涨的利益与下跌的风险均分配给了买受人。此时,在计算损害赔偿时,虽以第二买受人所缔结的合同价款作为损害赔偿的依据,但需将此类中介费用作为守约方取得该增值收益的成本予以扣除。但若守约方也极易寻得此种需求,则守约方本无需通过中介或能以低于出卖人的成本取得交易机会,则无需承担或仅以较低价格承担信息成本。

综上所述,对特定物一物二卖案件中的买受人给与获利交出救济的特别保护,存在诸多逻辑不自洽之处。损害赔偿可更合理而自洽地实现救济目标。

(二)因违约而节约成本:节约履行

违约方因故意瑕疵履行而节约履行成本,是违约获利交出救济适用的第二类情形。^[12]违约方往往主张守约方并未因为履行瑕疵而遭受任何损失,以逃避违约责任。如擅自更换建筑材料品牌或施工不符合图纸约定,但未影响建筑物的使用与安全性;^[13]未按照约定标准履行物业服务合同,但未致损害。^[14]

此类案件依损害赔偿同样可处理。此类合同购买的是给付本身,而非给付所产出的经济价值。^[15]需要比较的是该给付与瑕疵给付之间价格的差额。至于节约的成本,则仅是损害赔偿的证据。违约方节约的成本,或因其自身原因,如经济效率低下,而低于前述价差。试图以节约成本作为赔偿依据,是错误地将偶然相等的数字相关联。此外,获利交出救济难以解释违约方节约费用与守约方的履行利益显然无关的案件中,得利与损失的关联何在。^[16]如私人游泳池的建造深度不符合约定,虽不影响泳池的使用,但不符合消费者对泳池深度的期待,^[17]违约方节约的成本与消费者的履行利益之间并无逻辑上的关联。

上开问题,即便不以损害赔偿处理,我国法上亦可依《民法典》第582条的减价权解决。若

[11] See Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment (2010), § 51 cmt.g.

[12] 参见孙良国,见前注[1],第31页;Farnsworth, supra note 1, p. 1382; Eisenberg, supra note 1, p. 592.

[13] 参见何稳立、刘涛产品责任纠纷案,湖北省武汉市中级人民法院二审民事判决书,(2021)鄂01民终102号。

[14] 参见张芳与沈阳城实物业管理有限公司物业服务合同纠纷案,辽宁省沈阳市中级人民法院二审民事判决书,(2015)沈中民二终字第1162号。

[15] See Attorney General v Blake [2001] 1 AC 268 at [286].

[16] See Allan Farnsworth, "Legal Remedies for Breach of Contract," *Columbia Law Review*, Vol. 70, No. 7, 1970, p. 1175.

[17] See Ruxley Electronics & Constructions Ltd v Forsyth [1996] AC 344.

接受给付的一方尚未支付价款,其可以行使减价权部分消灭自己的给付义务。而若已经支付了价款,也可以通过行使减价权,要求返还差额,并可同时主张损害赔偿。此外,重作与修理费用在特定情形下也可作为损害赔偿的依据。二者均可高于违约方所节约的成本。

获利交出救济亦无法阻却此类故意违约,因为此类违约行为不会创造任何价值,属零和或负和博弈。获利交出能够给与的救济数额、适用范围,均小于或等于损害赔偿,其不能够提供额外的守约激励。损害赔偿与减价权足以处理此类案件,且违约方故意与否均不影响这两类救济。

(三) 信义义务违反与获利交出

有观点认为违反信义义务可适用获利交出,进而普通违约亦可获相应救济。^[18] 但是,信义义务的主要功能是降低“委托—代理”成本。^[19] 信义义务相关的诸多原理并不适用于一般交易关系。^[20] 试图把信义义务适用于所有合同关系,既不符合常识,也不符合法理。如在不动产一物二卖中,美国法上部分州采用衡平转换(equitable conversion),使出卖人作为买受人的受托人而负有信义义务。^[21] 若真存在信义义务,那么买受人违约时,出卖人作为信义义务人依然应为买受人利益服务,而不应解除合同。^[22] 前述观点亦无法解释为何仅出卖人对买受人负有信义义务,反之则否。此救济还会导致买受人获得优先受偿权和别除权,而使得买受人的利益优渥于债务人的其他债权人,亦优渥于对交易价款仅享有债权请求权的出卖人,此种优待难以正当化。试图将信义义务纳入普通合同关系的做法并不可取,英联邦诸司法区均对此持否定态度。^[23] 在市场交易(arm's length)的合同之中,交易双方通常都只需为自己的利益行事,而信义义务与此背道而驰,对合同法的根基造成严重动摇。即便基于诚实信用原则,需要对合同相对人的利益予以考量,其义务强度也远低于信义义务。将信义义务违反与一般违约类比并无说服力。

三、损失难以认定:引入协商性损害赔偿而非获利交出

守约方损失难以认定,被认为是适用获利交出救济的又一核心案型。^[24] 损失难以认定包括损失并非经济利益、损害内容难以认定而被认为没有损失以及损害数额难以计算三类情

[18] 参见吴国喆等,见前注[1],第114页。

[19] 许德风:“道德与合同之间的信义义务——基于法教义学与社科法学的观察”,《中国法律评论》2021年第5期,第140—153页。

[20] See Robert Cooter and Bradley J. Freedman, “The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences,” *New York University Law Review*, Vol. 66, No. 4, 1991, pp. 1045—1075.

[21] See Dan Dobbs and Caprice Roberts, *The law of Remedies* (3rd.), Minnesota: West Academic Publishing, 2017, pp. 429—432.

[22] See Farnsworth, *supra* note 1, pp. 1354—1360.

[23] See *Re Beatty* [1990] 1 WLR 1530 at [1506]; *Galambos v Perez* [2009] 3 SCR 247 at [71]; *Youyang Pty Ltd v Minter Ellison Morris Fletcher* (2003) 212 CLR 484 at [40].

[24] See Lionel D. Smith, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and ‘Efficient Breach’,” *Canadian Business Law Journal*, Vol. 24, No. 1, 1994, p. 122.

形。尤其是违约方违反不作为义务时,最易涉及前述情形。

就损失并非经济利益的案件,应当诉诸精神性履行利益赔偿,而非获利交出。而守约方所遭受损害难以认定而被认为没有损失或损害数额难以计算的案型,依然可在损害赔偿救济的框架内依“协商性损害赔偿”予以解决。守约方保有此类赔偿的原因与正当性皆源自其所遭受的损失,无需诉诸违约方获利行为的可责性。违约方是否故意违约或其是否因违约得利,皆不影响此类损害赔偿。

(一)守约方“没有损失”:作为损害赔偿计算方法的协商性损害赔偿

英国最高法院在 *Morris Garner v One Step (Support) Limited* [25] 案处理了这一问题:若守约方并未因违约遭受损失,或所遭受损失难以确定、难以证明,守约方是否可主张以双方事前协商免除或变更违约方的合同义务的情形下,违约方所需要支付的价款作为损害赔偿。 [26] 此损害赔偿的计算方式被称为“协商性损害赔偿”。若这一赔偿适用于所有的违约案件,则意味着违约损害赔偿存在新的赔偿类型:其既非履行利益,也非信赖利益,而是以若违约方想不再受被其违反义务的拘束,其本应向守约方所支付的释放费用(release fee)为依据的损害赔偿。释放费用是指希望达成交易的合理而诚实行事的守约方愿意免除违约方所负之合同义务而会要求的价格。如该案中,被告违反竞业禁止协议,但原告难以证明其遭受的商业与利润损失。原告遂主张其所遭受的损失可依若被告并非径自违约,而是与其协商免除竞业禁止限制,其本可要求被告支付的价格进行计算。这一价格即为释放费用。这一释放费用的计算方式就是模拟双方在被告违约前与其经由协商,而双方都理性地愿意达成交易的价格。此被称为依协商性损害赔偿计算损失。

Morris 案中,英国最高法院首先回顾了此类损害赔偿原本适用于侵权或者侵害知识产权的案件。 [27] 这些案件中,侵权人未经权利人许可而使用了权利人的财产,但是权利人本无使用财产的计划,或不能使用财产获利。里德勋爵(Lord Reed)指出此类侵权行为侵害产权人控制系争财产获取经济利益的权利;而对于物之排他控制本身即具有经济价值。 [28] 这一经济价值体现为使用他人权益需得到产权人的许可。 [29] 因而损害赔偿的内容是产权排他性的经济价值,对此类损失的计算方法是协商性损害赔偿。在合同领域,只有当原告基于合同享有的权利能保护或创造有价值的资产,而被告的违约行为侵害了这一权利使得其保护或者创造的资产之价值遭受贬损时,即当原告因违约行为被剥夺了一项有价值的资产时,此类损失才与前述排他性权益具有相似性,方可依资产的经济价值获得协商性损害赔偿,包括违反土地使用限制协议,知识产权协议或保密协议等。 [30] 此处的赔偿是因违约方基于违约行为从守约方处

[25] See *Morris Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20.

[26] See *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 WLR 798.

[27] See *Morris Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [25]—[30].

[28] See Charles Mitchell and Paul Mitchell (eds.), *Goff & Jones The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 4—5, 192; *The Mediana* [1900] AC 113 at [117].

[29] See *Meters Ltd v Metropolitan Gas Meters Ltd* (1911) 28 RPC 157.

[30] See *Morris Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [93].

取得了有价值的资产的利益,而其并未对此支付对价。〔31〕

前述对协商性损害赔偿的阐述,对于一些不易解释或被认为原告“没有损失”的案件,提供了给与损害赔偿的法理依据,而无需诉诸获利交出。如承租人违约转租并因此获利,出租人对于此部分获利有何种请求权?德国通说认为依权益侵害不当得利处理。〔32〕国内实践如北京高院对此持否定意见,〔33〕而王泽鉴亦认为应依违约而非不当得利处理。〔34〕其认为原因有二:其一,出租人与承租人有租赁契约关系存在,出租人对租赁物已无使用收益的权能,故承租人因违法转租而受利益,并未致出租人受损害。其二,违法转租所涉及的,并非权益归属而是租赁契约的纠纷,出租人可终止合同、请求损害赔偿。但此处难点在于若认为出租人并未因承租人转租遭受损害,那么为何给与损害赔偿?协商性损害赔偿则可处理此问题。不得转租义务旨在维护出租人对于租赁物自由流转的控制,这一控制本身具有经济价值,而转租这一义务违反行为剥夺了出租人的这项经济利益。拥有转租权和没有转租权的租赁合同在价格上的差异,此即转租权的经济价值。转租权的经济价值并不等同于承租人转租获得的收益。因为此处是由取得转租权的承租人来承受无法转租获利的风险。若二者相等,则根本没有人会购买此类权利。易言之,转租收益依赖于租赁物的收益权能,但转租权则独立于收益权能。依协商性损害赔偿,此处的赔偿数额是出租人允许转租时会要求承租人支付的价格。在赔偿转租权经济价值后,承租人违约获利的处理,则在本文第五部分展开讨论。这一分析亦与我国司法实践相契合。笔者在“北大法宝”数据库以“违约转租/违法转租/非法转租”与“转租租金/转租获利”为关键字,检索自2010年1月1日至2022年8月1日的所有层级法院案件,排除重复案件共277件,其中89件涉及租赁合同未被解除前转租租金能否获利交出的争议,其中仅3例支持获利交出。〔35〕

依协商性损害赔偿予以救济,并不取决于违约方是否故意违约。因无论是否故意违约,违约方都取得了守约方的排他性产权的经济价值。违约方是否确实获利,亦不重要。协商性损害赔偿是对资产的经济价值进行赔偿,而不是对于这一资产的利用结果进行赔偿。如承租人无力经营而违约转租,次承租人所支付的租金低于原租赁合同。违约方并未因违约获利,但这并不影响出租人就转租权本身的经济价值获得赔偿。正因市场的不确定性,无论租赁市场上行或下跌,转租权都具有经济价值。

(二) 损失难以计算:作为损害赔偿算定证据的协商性损害赔偿

当守约方的损失内容是清晰的,但损失的具体数额难以确定或不易计算时,被认为可适用获利交出。然而,此类案件同样可以由协商性损害赔偿处理。Morris案指出,依协商性损害赔偿方法计算的释放费用,在上述的特定案型中是损害内容本身,但并非所有类型的违约案件

〔31〕 Ibid., at [95].

〔32〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社2016年版,第978页。

〔33〕 参见《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》第21条问答。

〔34〕 参见王泽鉴:《不当得利》(第2版),北京大学出版社2015年版,第170页。

〔35〕 参见韦艳柳与韦方波租赁合同纠纷案,广西壮族自治区河池市(地区)中级人民法院二审民事判决书,(2015)河市民四终字第64号;伍小兵与陈建林租赁合同纠纷案,江苏省苏州市中级人民法院二审民事判决书,(2020)苏05民终5909号。两案均仅支持交出一半获利。还有一案较为特殊,见下文。

中守约方的损失内容都是此类释放费用;尽管如此,释放费仍可以在所有违约案件中作为损失数额认定的证据。^[36] Morris 案本身涉及违反竞业禁止协议的损害赔偿。违反竞业禁止协议导致守约方的损害内容是商誉与利润损失等,此类损失存在不易确定与难以计算的问题。虽然前述损失并不等于免除竞业禁止义务本可要求违约方支付的价格,但违约方支付的免除此类义务的价格可以作为认定损失数额的一个证据。这是由于模拟双方就免除这一义务协商谈判时,守约方会考虑自己可能的商誉与利润损失,即履行利益,而对这一义务免除进行计价;而违约方则会考虑自己如果被免除这一义务的可能收益,以衡量自己愿意支付的价格;最终双方基于各自估算达成一个交易价格。易言之,释放费用可以反映双方各自所预期的履行利益,但其依然并非真实的履行利益。即守约方在义务违反发生之前愿意免除该义务的价格不同于守约方在义务违反发生后补偿其损失的价格。因而释放费用只是守约方可能损失的证据之一。因此,在个案中应当根据具体事实判断以模拟的释放费用作为损失数额的证据时,其与损失的相关性以及对损失的证明力;并考虑此类证据与其他计算方式、其他证据相较,何者更接近于守约方真实的损失数额。此外,如果交易双方在违约前已对此类释放费用进行过协商,那么在随后违约方确实违反了该释放费用所指向的义务时,这一释放费用可以用做支持或者限制守约方损害赔偿的证据。我国在知识产权侵权领域有少量类似实践。^[37] 至于违约后协商,则属和解协议的范畴。除竞业禁止合同外,演艺经纪合同、直播平台主播协议等损失不易计算的案型也可考虑依协商性损害赔偿计算的释放费用作为损失认定的证据。

综上所述,协商性损害赔偿所确定的释放费用在特定案型指向损害内容;亦在其他违约案件中可作为损害赔偿数额认定的证据。这就为过往认为不存在损害或损害难以计算的案件提供了新的处理路径。在上述案型中,获利交出救济并非必需品。此类赔偿亦不限于故意违约的情形。此外,若交易双方事前已就协商性损害赔偿所意图处理的违约事项约定了违约金,而违约金条款旨在就该违约事项所致损害予以预定,则应优先适用违约金,因其正是交易双方在事前对于可能的损害所拟定的协商性损害赔偿。这一违约金条款不应被调整。但若违约金条款的目的除损害预定外,尚包括阻却违约、督促履行,其约定的数额则不等同于协商性损害赔偿。因为协商性损害赔偿旨在确定实际损失,而非履约增信。

四、获利交出救济证成:既有理论的不足

过往研究为支持获利交出救济对于上述案型的处理,提出了道德说、传统预防说、预防机会主义违约说等理论。但如下文所述,各说论证均有缺陷,难以证成获利交出救济的正当性。

(一)道德说、预防说及其不足

道德说主张守约具有道德效用,即便损害赔偿足以救济守约方损失,也应剥夺违约得利。在此基础上又有三类细分。第一类道德说主张信守承诺属于社会珍视的价值,违约是不道德

[36] See *Morris Garner v One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 at [93], [94], [100].

[37] 参见曹新明:“我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计”,《现代法学》2019年第1期,第110—124页。

的,故意尤其是恶意违约具有道德上的可责性。〔38〕这一可责性源自违约方有意无视守约方权益,滥用守约方对于允诺的信赖。〔39〕第二类道德说主张履约的道德价值对社会成员具有非经济性的效用。需使违约方在违约时将此种社会效用作为成本内部化。〔40〕第三类道德说主张违约会导致社会成员对于合同机制不信赖,而道德旨在保护此种信赖。〔41〕这三类的道德说都面临同样的问题:无论获利与否,故意违约均会产生前述不利后果,获利交出仅能偶然地阻却部分恶意违约。

传统预防说的关注点在于增强合同履行的可能性。该说认为获利交出是一种确保合同履行的机制。〔42〕因合同法常规救济不足以保护守约方的履行利益,未能阻却违约获利行为,使违约方存在违约的道德风险。通过获利交出可以削弱违约方的违约激励,〔43〕阻却潜在的意图违约者及重复违约者,增强守约方的履行利益得以实现的可能性。〔44〕但该说未解释,在故意违约未有获利或守约方履行利益可实现的情形下,为何无需采取措施鼓励合同的履行。这是否意味着预防说认为这两类情形下,故意违约无需预防?若是如此,那么违约获利案型具有不同于前述情形的独特性,但该说并未言明独特性何在。传统预防说或会主张民法的目的并非惩罚,而损害赔偿通常足以发挥预防违约的功能。针对过失违约者,损害赔偿之所以发挥预防功效,在于违约者无意于违约,且因担心要承担赔偿责任而会谨慎履约。故意违约者则不然。若其是理性的违约者,当其违约不能获利时,其的确不会违约,而缺乏预防的必要。但理性不等于全知,违约能否获利受到多种因素的影响,因而存在故意违约而未能获利,而损害赔偿又不足以阻却此种违约的情形。而若其是非理性的违约者,则意味着其根本不考虑违约后果,损害赔偿不具有预防效果。传统预防说同样未能解释为何只有故意违约且确实获利者才

〔38〕 See Peter Birks, “Restitutory Damages for Breach of Contract: Snep and the Fusion of Law and Equity,” *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol. 4, No. 3, 1987, p. 421.

〔39〕 See Bruce Chapman and Michael Trebilcock, “Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale,” *Alabama Law Review*, Vol. 4, No. 3, 1989, pp. 780—783.

〔40〕 See Charles Fried, *Contract As Promise—A Theory of Contractual Obligation*, Minnesota: Harvard University Press, 1981, pp. 14—17; Richard O’Dair, “Restitutory Damages for Breach of Contract and the Theory of Efficient Breach: Some Reflections,” *Current Legal Problems*, Vol. 46, No. 2, 1993, p. 121.

〔41〕 See Joseph Raz, “Promises in Morality and Law,” *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 4, 1982, p. 933.

〔42〕 See James Edelman, *Gain-Based Damages—Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 83—86; James Edelman, “Gain Based Damages and Compensation,” in Andrew Burrows and Lord Rodger of Earls ferry (eds.), *Mapping the Law—Essays in Honour of Peter Birks*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 149; Steve Thel and Peter Siegelman, “You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies,” *Willim & Mary Law Review*, Vol. 52, No. 4, 2011, pp. 1227—1230.

〔43〕 See Katy Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*, Oxford: Hart Publishing, 2012, pp. 87—118.

〔44〕 See Jeff Berryman, “The Case For Restitutory Damages Over Punitive Damages: Teaching the Wrongdoer that Tort does not Pay,” *Canadian Bar Review*, Vol. 73, No. 4, 1994, p. 322.

需特别预防。

上开学说亦均无法解释为何守约方应取得得利。无论是旨在维护社会道德、对合同制度的信赖,还是预防故意违约,将违约所得罚没归属于社会整体而非交由个人同样能实现这一效果。^[45]

(二)预防机会主义违约说及其不足

美国《返还与不当得利法重述·第三版》(以下简称“《重述》”)第39条意识到前述缺陷,而提出预防机会主义违约说。此说亦属预防说,但其指明了故意违约获利的行为具有单独预防必要的可能原因。《重述》认为,损害赔偿在特定情况下存在救济不足的可能性,使守约方处于易受侵害的境地。仅因存在此种可能,就会削弱交易的稳定性。^[46] 违约方意识到损害赔偿不足,并试图利用此种不足牟利,就构成了“机会主义违约”。若违约方故意违约但未能获利,则不属于利用赔偿不足获利。若守约方的履行利益可获得保护,那么其并未因救济不足而处于更易受侵害的地位,交易的稳定性没有受到影响。因而违约获利交出仅适用于故意违约获得利益,且损害赔偿救济不充分的情形。若止步于此,该观点极具启发性。但其继续就违约方如何实现获利展开了论述,却产生了问题。

《重述》认为合同利益是一种类似于财产的权益(legal entitlement),此类违约行为类似于侵权法上未经许可使用他人财产而获利。区别仅在于,违约方的得利并非使用他人财产,而是节约了原本应向守约方支付的免除或变更合同义务的费用,即前文所说的释放费用。由于损害赔偿救济的不充分,违约方支付给守约方的赔偿金低于其寻求免除或变更合同的释放费用。为了防止违约方经由违约比经由协商获得更多的利益,因而以获利交出阻却此类违约行为。易言之,机会主义违约说的核心是获利交出旨在预防违约方因违约而节约释放费用。

Morris案为理解该论证的缺陷提供了指引。其一,《重述》认为合同法救济不足体现为守约方受限于损害赔偿规则,可证明的损害小于违约方本该支付的释放费用。但《重述》所说的释放费用本就属协商性损害赔偿可处理的情形。因而损害赔偿救济并无不足,无需诉诸获利交出。其二,《重述》将获利返还的基础建立在对损失的赔偿救济不足的前提下。其将守约方的损失替换为并不等效的释放费用。本文第三部分已阐明释放费用并不等同于守约方损失。以释放费用作为获利交出的范围,对于守约方可能保护过度,亦可能保护不足。其三,《重述》认为只有违约方故意违约才需要获利交出。Morris案正确地指出,无论违约方是否故意,释放费用都可以是损害赔偿计算的方式或者证据。最后,《重述》所列举适用获利交出的案例,基本落入本文第二、三部分的案型。这些案型中所谓得利,本就是守约方的损失,因而就损失的赔偿既与违约方是否故意违约无关,亦无需获利交出救济就可处理。

综上所述,道德说着眼于道德效用的社会与经济价值;传统预防说着眼于督促当事人履行合同;机会主义违约说着眼于鼓励当事人以协商而非违约的方式摆脱合同义务。此等学说虽具解释力,但亦有所不足。而本文提出第三种预防说:预防规则套利型违约说。

[45] See Chapman, *supra* note 38, pp. 780—782.

[46] See Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment (2010), § 39 cmt.b, rn.b.

五、获利交出救济的证成：预防“规则套利型违约”

本文认为获利交出救济真正的功能在于阻却如下违约行为：在特定案型下，合同法规则对守约方保护并不充分，违约方故意利用规则而牟利。此种行为是独立于合同义务不履行或不完全履行的不法行为。下文将此类违约行为称为“规则套利型违约”，并就其类型及阻却此类违约的正当性予以论证。

（一）利用损害赔偿不充分而牟利

第一种类型即《重述》所说的利用损害赔偿救济不充分而牟利。但其核心却不在于《重述》所说的防止违约方避免支付释放费用。无论故意或过失违约行为，都可使得守约方的履行利益因为损害赔偿规则的各种限制而无法获得保护，而影响具体交易关系的稳定性。但损害赔偿救济之所以经由确定性与可预见性限制损害赔偿，并在大多数违约案型中排除精神损害赔偿，是旨在处理合同不完备、过度信赖合同，或因难以预见损失赔偿范围而削弱缔约意愿、过度投入预防违约成本等等问题，这是合同法在符合效率的签约、履约与毁约之间寻求平衡的结果。^[47] 基于此种平衡，合同法减少了交易成本、促进了交易意愿。易言之，合同法选择了对部分情形不予以保护或不予以完全保护。过失违约者，虽会导致守约方损失未受完全填平，但这是合同法已经决定的均衡状态下——即为了实现整体交易规模的扩大和交易成本的降低，部分损失被排除出救济范围而导致救济不充分——参与交易各方的固有风险。在规则套利型违约中，违约方意识到自己无需承担违约所造成的所有损失，却可保有违约获得的所有利益，而利用规则牟利。此处牟利的根源在于合同法规则对于损害赔偿的限制。违约方利用这一赔偿限制规则，反而破坏了该规则旨在促进交易的目的。此种违约行为的负面影响，在个案中体现为道德风险导致交易关系丧失稳定。在整体层面，此类违约行为会系统性地导致人们不愿意进入合同法规则不易救济的合同类型，或者在缔结此类合同时要求更高的溢价、更复杂的条款、更多的履行担保或投入更多的监督履行成本，进而影响交易活动的规模和效率，产生超越单个合同的外部性。提升交易效率、减少交易成本、促进资源配置是合同法的核心功能与目标之一。^[48] 因而，在个案层面为维护交易关系稳定，在整体层面为防止负外部性，均有针对此类违约行为的预防必要。基于此得以将故意违约与恶意违约进行区分。若违约方并非试图利用赔偿不充分而牟利，仅因故意或过失违约而恰好致使守约方遭受损失难以获得充分救济，则并不存在需要额外预防的不法行为。

[47] See David D. Friedman, *Law's Order What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, New Jersey: Princeton University Press, 2001, pp. 165—167; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Minnesota: Harvard University Press, 2004, pp. 342—362; (德)汉斯·贝恩德·舍费尔、(德)克劳斯·奥特：《民法的经济分析》，江清云、杜涛等译，法律出版社2009年版，第443—446页。

[48] See Robert Hillman, *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, New York: Springer, 1997, p. 214.

过往学说均认为只要守约方履行利益得以完全实现,违约行为就不会影响合同的稳定性。^[49]但如下两类规则套利型违约则说明,即便守约方履行利益可以完全实现,某些违约行为依然会影响交易并产生负外部性。

(二) 违约使用

故意违约使用守约方财产是规则套利型违约的第二种案型。这里的财产不限于有体物,而包括任何具有经济价值的资产,如知识产权、虚拟财产、个人信息等。违反合同约定的使用行为,构成未经许可的使用,属违约与侵权的竞合。虽然解除合同、实际履行等救济结合损害赔偿可使得守约方的履行利益受到充分保护,但是只要违约方在赔偿后仍有获利,其就有违约动机。此类规则套利型违约利用了合同法规则无法有效评价此类不问自取的行为而获利。且若违约方可先经由缔约取得守约方财产,而后又违反使用限制约定而保有得利,亦会削弱守约方缔结此类合同的意愿。^[50]守约方为预防违约使用行为,也需投入额外的监督成本。针对违约使用的获利交出,正旨在督促违约方通过缔约而非违约使用他人财产而获利,借此增强守约方的缔约意愿并减少履行监督成本。

此类案件中,守约方的履行利益可以完全实现,但违约行为却无法被有效评价。如质押合同旨在担保主债权以实现融资目的。质权人是否违约使用质押物,均不影响质押人的履行利益。对于质权人擅自使用质押物,而质权人主张以租金计算其损失的,实践就是否支持赔偿存在分歧。^[51]《民法典》第895条中擅自使用保管物盈利也涉及同样的问题。^[52]首先,在质押或保管期间,权利人无法使用标的物获利,但其并未遭受损失。进一步,违约方虽需承担协商性损害赔偿,即物的租赁价值,但若无论违约方是否经过许可,最终赔偿的仅是原本就应该支付的价格,那么其就没有动力事前征询权利人的同意。禁止擅自使用的约定失去意义。因而此类违约行为未受到合同法的有效评价。违约转租也是如此。出租人虽能就转租权的经济价值主张损害赔偿,但不足以使承租人遵守合同。唯有使得违约方承担超过其本应支付的赔偿才能阻却违约。上开检索一例支持交出转租获利的案件,正是承租人在取得租赁物前已经与第三人签订了转租合同,而其与出租人的合同中明确约定禁止转租。^[53]获利交出救济督促人们经由协商取得许可,将交易导向其所属的市场。

(三) 履行欺诈

第三类案型是履行欺诈。履行欺诈是指合同履行过程中债务人以作为或不作为的方式掩

[49] See Ian Jackman, "Restitution for Wrongs," *The Cambridge Law Journal*, Vol. 48, No. 2, 1989, p. 302.

[50] See Ralph Cunnington, "The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract," in Ralph Cunnington and Djakhongir Saidov (eds.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 240.

[51] 参见金楼岭、柳文琴返还原物纠纷案,江苏省高级人民法院再民事裁定书,(2020)苏民申7872号;徐军华与吴息庚、徐莉华合同纠纷案,江苏省常州市中级人民法院二审民事判决书,(2021)苏04民终876号。

[52] See *Watson, Laidlaw & Co Ltd v Pott, Cassels and Williamson* (1914) 31 RPC 104.

[53] 参见徐兵诉彭小艳房屋租赁合同纠纷案,江苏省昆山市人民法院一审判决书,(2013)昆千民初字第0156号。

盖其履行不符合约定或者不履行的行为。^[54] 履行欺诈者采取行动降低了守约方发现违约的几率,从而削弱合同法遏制违约的效果。这类案件中,若守约方发现欺诈,其履行利益即可通过实际履行或损害赔偿获得充分救济。但是常规救济并未评价违约方的履行欺诈行为,仅就瑕疵给付部分进行了救济。易言之,履行欺诈被发现并无法律后果,而未被发现却有收益,则必然存在道德风险。此即利用合同法规则无法有效评价履行欺诈行为而导致规则套利型违约。履行欺诈亦常与违约使用行为相结合实现获利。如手机应用隐秘收集消费者其他个人信息,经由对收集的信息处理而获利。

《消费者保护法》第 55 条虽对履行欺诈施以惩罚性赔偿,但其不适用于消费者保护外的情形。且该条仅能赔偿消费者所购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍,这存在适用与预防的双重缺陷。适用范围的缺陷体现为,如前述以欺诈方式收集消费者个人信息的,消费者并未支付价款,从而不存在惩罚性赔偿的基数。预防功能的缺陷体现为,对前述欺诈收集个人信息牟利的情形,消费者的损失可远低于违约方因此获得的利益。因为个人信息本身经由处理,可以产生的利益并不等于个人信息本身的经济价值。因而,《中华人民共和国个人信息保护法》第 69 条规定了获利交出救济。此外,履行欺诈并不限于消费者被欺诈的情形。当无惩罚性赔偿时,获利交出发挥阻却履行欺诈之功能。

(四) 利用合同法规则牟利

利用合同法规则而违约牟利作为兜底性的类型涵盖数种情形。

其一,利用救济排除规则牟利。实际履行、强制令等救济在特定案件中本可弥补损害赔偿救济对履行利益保护不足的缺点。但针对这些救济又存在排除事由,而违约方可能利用救济排除规则牟利。如开采矿藏后,土地修复费用极高,出于经济效率考虑法院不支持修复土地的实际履行救济,而仅以土地价值的市价差额进行损害赔偿。^[55] 若违约方在开采前已经知悉土地填平费用极高,但依然允诺会填平土地以换取开采权,而后又以实际履行费用过高拒绝填平,违约方即属有意识地利用旨在避免经济浪费的救济限制规则牟利。若违约方在开采后才意识到土地填平成本超出原本的合理预期,而拒绝填平,此时拒绝履行亦属故意违约,但非利用救济规则牟利。

其二,利用损害赔偿限制规则牟利。如建造人在建造过程中意识到自己买错材料或建造半程意识到自己建造不符合约定。但是考虑到更换材料或返工重做会使得自己利润减少甚至亏损,因而继续进行不符合约定的建造。事后则以所用材料价格、品质与约定材料无异或不符合约定的建造并未对守约方造成损害等原因进行抗辩,亦属于利用合同法规则而违约牟利的行为。合理的损害赔偿规则反而激励违约方在履行过程中对于已发现的履行瑕疵不进行补救。^[56] 又如开发商就公共部分使用的材质、电梯品牌、公共配套措施不符合约定而以单个业

[54] 参见洪国盛:“论消费者保护法上的履行欺诈”,《南大法学》2020 年第 3 期,第 37 页。

[55] See *Tito v Waddell* (No.2) [1977] Ch. 106.

[56] See Alan Schwartz and Scott Robert, “Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy,” *Columbia Law Review*, Vol. 108, No. 7, 2008, pp. 1648—1661.

主没有因此违约遭受损害予以抗辩的,就属此类案型。〔57〕

其三,利用违约金规则牟利。有观点认为倘若交易双方已就特定义务违反达成违约金条款,则无需适用获利交出救济。〔58〕此种观点值得商榷。违约金条款原本可对难以计算的损害,以事前约定的方式确定损害赔偿数额,并起督促履行的功能。〔59〕但双方约定了违约金,有时反而使得守约方利益无法获得保护。这主要源自违约金的酌减规则。由于履行利益难以计算意味着守约方的损失不易确定,而存在违约金因为损失难以证明而被调低的风险。〔60〕广州恒大在2015赛季亚洲冠军联赛决赛中替换东风日产的广告而获利,就属于此类案件。〔61〕因而,约定违约金并不一定排除获利交出的适用。

其四,利用合同无效规则牟利。一方主张合同违法无效而需返还可落入此类型。如宅基地合建纠纷中,宅基地使用权人一方因房价上涨,而主张合同无效的情形极为常见。合建方只能获得小部分赔偿,而宅基地使用权人却会保有大部分得利。〔62〕小产权房买卖的实务处理也存在类似困难。〔63〕又如转包方诉请次承包人支付约定的抽成,次承包方以违法转包为由拒绝支付抽成,而保有全部收益。〔64〕这些案件中违法事由存在于双方,若一概允许一方利用违法无效的返还规则保有得利,未能在维护管制目的与社会基础诚信之间寻求平衡。〔65〕

六、获利交出救济的具体适用

规则套利型违约的认定,核心在于判断违约方是否恶意运用规则及牟利存在的认定。此外,守约方保有得利的原因及此救济的清偿顺位亦均与获利交出救济的适用密切相关,一并予以讨论。而由于我国现行法上并无此类救济,如何在既有救济体系内实现获利交出救济之效果,也是本部分需要处理的问题。

〔57〕 参见李学杨与成都市元亨一品置业有限公司商品房预售合同纠纷案,四川省成都市中级人民法院二审民事判决书,(2014)成民终字第4462号;肖世全等与重庆盘鑫实业有限公司商品房预售合同纠纷案,重庆市第二中级人民法院二审民事判决书,(2014)渝二中法民终字第01802号;中国电建地产集团贵阳有限公司、龙显含商品房预售合同纠纷案,贵州省贵阳市中级人民法院二审民事判决书,(2020)黔01民终8393号。

〔58〕 参见陈凌云,见前注〔1〕,第144页;吴国喆等,见前注〔1〕,第116页。

〔59〕 参见邓辉、王浩然:“《民法典》违约金制度的功能化”,《财经法学》2021年第2期,第46—59页。

〔60〕 参见洪国盛,见前注〔54〕,第38页;海明太投资发展有限公司、黄帆与叶跃群股权转让纠纷案,上海市高级人民法院二审民事判决书,(2012)沪高民二(商)终字第5号。

〔61〕 参见东风日产汽车销售有限公司与广州恒大淘宝足球俱乐部股份有限公司广告合同纠纷案,广州市花都区人民法院一审判决书,(2015)穗花法民二初字第2034号。

〔62〕 参见孟凡龙等人与代云峰不当得利纠纷案,最高人民法院再审判决书,(2012)民申字第1255号。

〔63〕 参见王卫国、朱庆育:“宅基地如何进入市场?——以画家村房屋买卖案为切入点”,《政法论坛》2014年第3期,第92—99页。

〔64〕 参见范叔燕、四川省锦辉建设工程有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2021)最高法民申3613号。

〔65〕 参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制”,《清华法学》2016年第2期,第74—93页;吴至诚:“违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心”,《中外法学》2021年第3期,第606—625页。

(一) 违约方恶意的认定及其限制

规则套利型违约中,违约方的故意需区别于拒绝履行的故意,本文称此种特别的故意为恶意。对于恶意的认定,需综合考虑违约行为的性质、与合同缔结或履行的相关信息、守约方所遭受损害的救济充分性。在故意违约使用与履行欺诈的案件中,这两类行为本身就构成了故意侵权,因而存在这类行为本身就满足了恶意的要求。在明知或应知合同无效,而后主张合同无效而逃脱合同约定的利益分配的情形,恶意也得以满足。而在其他案型中,故意违约且伴有获利,而守约方的损失未受有效救济,则此时形成恶意利用规则牟利之推定。这一推定在个案中可因具体证据而被强化或推翻。如种子提供商先后缔结数个期货合同,后因自身原因导致不能履行所有合同,而选择对其最有利的合同予以履行。^{〔66〕} 此处,违约方并不构成恶意违约。买受人丧失的种植利润,由于损害确定性的限制未必能获充分救济,但这属被合同法所认可的救济固有风险。违约方并没有使得守约方处于更不利的地位。

与违约使用、履行欺诈等构成侵权的案型不同,就损害赔偿救济不充分以及兜底型案件适用获利交出可能存在如下反对意见:法律既然设置了相关规则,违约方为自身利益充分运用规则,不应受否定性评价。本文认为,法律规则有其规范意旨及意图处理的案型,超出规范意旨运用规则并非不受法律限制。正如哈特所言,人类在做选择时会面临两个障碍:事实的相对不可知和目标的相对不确定。^{〔67〕} 只有当涉及具体案件时,才在相互竞争的利益之间权衡和选择,从而使法的具体目标得以确定。这正是司法的功能之一。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第29条认为就违约金酌减需考虑违约方的过错程度,即体现了司法实务注意到违约金酌减规则存在被不恰当使用的情形。如“假一赔十”者不能主张违约金酌减,否则酌减规则被用于鼓励虚假允诺。类似的,受欺诈方的撤销权经过除斥期间后,其可主张欺诈属故意违背善良风俗的侵权行为得依恢复原状救济废弃契约。^{〔68〕} 此时欺诈方受除斥期间“保护”的合同,经由侵权法的兜底条款予以规制。如前所述,各类救济限制规则都旨在实现促进交易,减少交易成本,保护信赖的综合平衡;但此种平衡并非为了保护故意运用规则牟利。此外,《民法典》第7条规定了诚信原则、第132条规定禁止权利滥用,即便行使自身权利亦受诚信原则的限制。可见,运用规则即便属于违约方的合法权利,亦非完全不受规制。

但除违约使用、履行欺诈等故意侵权与违约竞合的案型外,就违约方恶意运用规则套利的认定应持谨慎态度。违约方在合理范围内运用规则,受到可预见性规则等诸多规则的保护,才是合同法的常态。正如英国最高法院与《重述》所强调的,正因为合同法的常规规则是有效的,违约获利交出应属极端例外。^{〔69〕} 本文旨在指出,获利交出救济在极其有限的情形下有其适用的恰当案型,但绝非主张,这类案型时常发生或需将获利交出救济适用于所有的故意违约案件。

〔66〕 See *Peace River Seed Co-Operative, Ltd. v. Proseeds Marketing, Inc.*, 293 P.3d 1058 (Ore. Ct. App. 2012).

〔67〕 See H. L. A. Hart, "Discretion," *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013, pp. 661—663.

〔68〕 参见王泽鉴:《侵权行为》第3版,北京大学出版社2016年版,第328页。

〔69〕 See *Morris Garner v One Step (Support) Limited* [2018] UKSC 20 at [82]; *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment* (2010), § 39 cmt.a.

(二) 违约方牟利的认定

在认定规则套利型违约中的牟利时,应当考察假若合同按照约定履行,违约方所处的经济状况与违约方因故意违约所处的经济状况之差异。即相应救济应当使得违约方处于没有违约时的状态,构成损害赔偿救济的镜像,而使交易双方处于合同履行一般的状态。^[70]以利用违约金调整规则套利为例。假设双方约定违约金为50元,违约方履行合同,其可收取合同价款200元,而其提供给付成本为180元。合同正常履行时,违约方获得履行利益为20元。而经由违约,假设违约方支付违约金后依然获得净利60元。该净利与原本可获得的履行利益的差额(40元),即为违约牟利。由于此时考虑的是违约方的履行利益和履行差额,避免了守约方损失难以计算导致违约方牟利难以认定的问题。在违约使用的案件中,违约方经由违约使用获得的利润扣除其所投入的其他生产要素的利润贡献度,即为其牟利。^[71]此外,就牟利的认定依然需要考虑是否满足因果关系。^[72]

获利交出救济是否与效率违约理论冲突受到广泛讨论。^[73]依据效率违约,或会认为若违约方得利大于守约方损失,则赔偿守约方损失后应允许违约。因而前述牟利的情形应被允许。但效率违约的前提是违约方可以充分补偿守约方的损失,而规则套利型违约正是利用合同法规则可能无法补偿守约方损失的行为牟利。此外,利用规则套利本身就会影响交易与资源配置效率,效率违约理论亦需将这些负外部性纳入违约成本考量。因而对规则套利型违约的规制并不与效率违约理论冲突。

(三) 守约方保有得利的原因及获利交出的清偿顺位

即便为了阻却此类违约,依然不能证成守约方应当取得违约方的得利。而由于规则套利型违约具有超出单个合同的负外部性,反而削弱了守约方保有得利的正当性。本文认为守约方保有得利的原因在于其承担并节约了司法阻却此类规则套利型违约的成本,而法律对其进行激励与补偿。守约方虽是为自身利益提起诉讼,但是这一行为亦同时使得司法发现并阻却了规则套利型违约,进而减少了此类违约行为导致的外部性。倘若法律没有此类激励措施,守约方因常规救济无法对其进行有效保护,或诉讼成本高于可能的赔偿数额而放弃司法救济,从而激励违约方利用规则套利。此外,若此类不法行为外部性足够大,则需配置执法资源监督和阻却这类不法行为,如合同诈骗罪就由公诉机关提起。但对于尚未达到此种程度的不法行为,则可由私人提起而节约相应的社会成本。由于守约方是此类不法行为的直接受害者,相较于执法者,其能够以更低的成本发现此类不法行为,亦有动力收集相关证据进入诉讼。守约方保有得利是对其节约社会资源,承担执法成本,削弱规则套利型违约的负外部性,而给与的

[70] See Cooter, *supra* note 20, p. 1051.

[71] See *Dart Industries Inc v Decor Corp Pty Ltd* (1993) 179 CLR 101 at [125].

[72] See *Warman International Ltd v Dwyer* (1995) 182 CLR 544 at [561]; *Murad v Al-Saraj* [2005] EWCACiv 959 at [97].

[73] See Caprice Roberts, "Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages," *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2008, pp. 138—139; David Campbell, "A Relational Critique of the Third Restatement of Restitution § 39," *Washington and Lee Law Review*, Vol. 68, No. 3, 2011, pp. 1069—1071.

激励措施。

最后仍需强调,不应将守约方的损失与违约方的得利混淆。当违约方缺乏清偿能力时,这一区分最为重要。就守约方损失的赔偿与一般债权居于同一清偿顺位,而旨在阻却规则套利的获利交出则应劣后于一般债权。^[74] 尤其当法律要求违约方交出其因违约所获总收益而非净利润时,则导致对违约方其他债权人的利益剥夺而有分配不公之嫌。^[75] 而如上所述,此类救济的功能旨在预防规则套利型违约,不应使得违约方的其他债权人来承担这一预防成本。

(四) 现行法上实现获利交出救济的路径

我国法上虽不存在违约获利交出请求权,为预防规则套利型违约可根据具体案型基于如下途径实现类似功能。其一,案件涉及履行利益难以计算的情形,法院可较为宽松地认定、判断与损害相关的证据,并对于原告主张的损失的可预见性与确定性采用较宽松的标准。以此加大违约方承担的损害赔偿赔偿责任,对此类行为予以否定性评价。其二,案件涉及损害赔偿可依市价差或重做费用进行计算时,法院可不考虑守约方的实际损失均支持重做费用赔偿。其三,案件涉及精神性履行利益的,参考《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(2020 修正)第 5 条的规定,考虑违约行为的目的、方式以及违约人的获利情况予以认定。其四,案件涉及双方已事先拟定了违约金条款的,法院在适用违约金调整规则时,可考虑违约方的过错程度而拒绝调整。如指导性案例第 166 号就指出恶意违约情形下,法院可否定违约金调整。^[76] 其五,案件涉及违约方意图规避实际履行救济,而法院又不愿支持实际履行救济时,对于实际履行的替代损害赔偿予以较为宽松的处理。如新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案法院判决的超过市价的赔偿就属此类情形。^[77] 其六,案件涉及合同不成立、无效、被撤销的,可依《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 32 条避免不诚信的当事人获益。

有观点认为可用不法管理制度处理获利交出问题。^[78] 违约使用虽恰好符合不法管理的形式构成要件,但履行欺诈、利用损害赔偿救济不充分等其他类型,均无法落入不法管理。这是由于合同制度旨在保障一方通过对方履行而取得未拥有的权益。无因管理制度的范式则源自罗马法的一般情况下的财产管理和信托,以及源自近代自然法的紧急情况下的互助行为。^[79] 二者制度功能大相径庭,仅偶然重合。若以无因管理处理规则套利型违约,仅是形式上运用了无因管理的法效果,却遮蔽了违约方交出得利的理由。此外,不法管理不能处理无形得利,如精神性效用、商誉等。

[74] See Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment (2010), § 61 cmt.a.

[75] See Stephen Daniels and Joanne Martin, "Myth and Reality in Punitive Damages," *Minnesota Law Review*, Vol. 75, No. 1, 1990, pp. 7-8.

[76] 参见北京隆昌伟业贸易有限公司诉北京城建重工有限公司合同纠纷案,北京市第二中级人民法院二审判决书,(2017)京 02 民终 8676 号。

[77] 参见“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2006 年第 6 期。

[78] 参见缪宇,见前注[1],第 89 页。

[79] 参见吴训祥:“论无因管理本人的偿还义务——兼论《民法总则》第 183 条第 2 句的适用问题”,《法学家》2019 年第 2 期,第 84-96 页。

七、结 语

过往研究认为需要引入获利交出救济处理的大部分案型,均可基于常规损害赔偿或协商性损害赔偿予以处理。而正当化获利交出救济的既有学说亦各有不足。获利交出救济应适用于规则套利型违约,此类违约不仅损害具体交易的稳定性,亦具有增加交易成本、减少交易规模之负外部性而需要特别规制。违约使用、履行欺诈、利用损害赔偿限制规则、实际履行排除规则、违约金调整规则等合同法规则牟利是其典型情形。但就此类违约行为的恶意与牟利的认定应持审慎态度,避免获利交出救济的不当泛化。我国法上并未规定违约获利交出请求权,但可经由法院考虑违约方的过错程度就损害赔偿的认定予以宽松化处理,而实现获利交出的效果。

Abstract: In order to prevent breach of contract for profit, many scholars advocated the remedy of disgorgement. Existing studies believe that the case types that should be applied to the disgorgement do not need and should not be dealt with by this remedy. The case of one thing for two sales and skimmed performance can be solved by conventional damage compensation. For cases in which the non-breaching party seems to suffer no loss or the loss is difficult to calculate, it can be handled by negotiating damages. Existing theories cannot justify disgorgement remedy. Disgorgement shall only apply to rule arbitrage breach. Such breach of contract not only damages transaction stability, but also increases transaction costs and reduces transaction externalities, which need to be prevented. Unauthorized use, fraud in performance, the use of limited compensation rules, specific performance exclusion rules and liquidated damage adjustment rules for profit are typical cases of such breach.

Key Words: Disgorgement; Negotiating Damages; Opportunistic Breach; Rule Arbitrage Breach

(责任编辑:贺 剑)