

论作为减损义务措施的替代交易

兼评《民法典合同编通则解释》第 61 条

孙良国^{*}

摘要 替代交易是《民法典合同编通则解释》首次确立的重要概念。作为减损义务措施的替代交易具有多元正当性,合乎道德、效率、经验、自治等价值。无论是否导致更好的状况,由替代交易产生的成本都是可赔偿的。在替代交易实际发生时,替代交易的合理期限及其对应的价格或者租金通常可参照原合同计算。在替代交易假设发生时,寻找替代交易的合理期限及其对应的价格或者租金具体可参照特定交易市场解决,并进行个案判断。然而《民法典合同编通则解释》第 61 条第 1 款似乎只是肯定了寻找替代交易之合理期限对应价格的赔偿,未肯定替代交易价格与原合同价格之间的差额赔偿,虽有简单便捷之优点,但并没有贯彻替代交易的理念,尤其在继续性合同语境下会产生不适当的后果,且不为既有的诸多司法判决所认同,值得反思。为防止投机行为,法律应当将替代交易不合理的证明责任分配给违约方。

关键词 替代交易 减损义务 损害赔偿 违约 差额赔偿

《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》(以下简称《民法典合同编通则解释》)第 60 条第 2 款前段规定,“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”。第 61 条第 1 款规定:“在以持续履行的债务为内容的定期合同中,一方不履行支付价款、租金等金钱债务,对方请求解除合同,人民法院经审理认为合同应当依法解除的,可以根据当事人的主张,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,并按照该期限对应的价款、租金等扣除非违约方应

^{*} 大连海事大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“基于类型化的违约损害赔偿计算的公式化研究”(项目编号:22AFX014)阶段性研究成果。

当支付的相应履约成本确定合同履行后可以获得的利益。”这是“替代交易”的概念第一次在我国现行法律规范层面得到确认。此概念的确立是我国民事法律制度中的一个重要变革。目前,替代交易尚没有得到学术界的普遍理解和恰当关注。^{〔1〕}“替代交易”的概念在我国既有的权威教科书、权威作品中很少出现,^{〔2〕}在既有的民法典评注中尚未得到适当的阐释。^{〔3〕}在违约损害赔偿制度的语境中,这一概念有丰富的含义,既可以指替代交易的行为,^{〔4〕}也可以指救济(remedies)。^{〔5〕}作为救济的替代交易也有两个独立的含义,一是指作为违约损害赔偿计算方法的替代交易,《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款中的替代交易即是此含义;^{〔6〕}二是指减损义务的措施。减损规则的法律意义在于,非违约方无权要求违约方赔偿未能实施替代交易而本应减轻的损失。《民法典合同编通则解释》第 61 条中的替代交易即体现此含义。《民法典合同编通则解释》第 61 条是《民法典》第 591 条第 1 款的具体化。本文仅就替代交易作为减损义务措施的情况展开研究。整体来看,法学界对此问题的研究相对较少,^{〔7〕}关于替代交易作为减损义务措施的专门深入研究尚未见到,仅仅从这个意义上说,立法走在了学术的前面。

替代交易可作为减损义务的措施并非新的发现。减损义务是更一般性的救助义务的一个特例,^{〔8〕}在合同法领域中被普遍接受。它要求每一方当事人都要做出合理努力使违约行为给合同当事人造成的损失最小化。^{〔9〕}崔建远认为减损义务的措施主要有四个:继续履行,替代安排,变更合同,停止安排。从以下两个方面分析,这里的“替代安排”即替代交易:一方面,

〔1〕 参见孙良国:“期望损害赔偿的实现:替代交易的研究”,《当代法学》2009 年第 6 期,第 86—94 页;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 133—144 页;王怡聪、孙良国:“作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究”,《中国人民大学学报》2021 年第 2 期,第 135—144 页;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 37—58 页。

〔2〕 参见崔建远主编:《合同法》(第七版),法律出版社 2021 年版,第 242—254 页;王利明主编:《民法学(上册)》(第二版),高等教育出版社 2022 年版,第 466—468 页。

〔3〕 参见徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》,中国人民大学出版社 2022 年版,第 647—648 页;杨代雄主编:《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社 2022 年版,第 542—543 页。

〔4〕 最高人民法院采纳了作者提出的替代交易的描述性定义,即:“替代交易是指在特定条件下,当事人一方违约时,对方可以通过另一交易取代原合同的交易。替代交易包括替代购买(亦称补进)和替代销售。”参见《民法典合同编通则解释》起草工作组:“《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》重点问题解读”,《法律适用》2024 年第 1 期,第 22 页。

〔5〕 参见(美)梅尔文·A. 艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社 2023 年版,第 221—224 页。

〔6〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室:《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 670 页。

〔7〕 参见王利明:《合同法研究(第二卷)》(第三版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 675—677 页;韩世远:《合同法总则》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 812—813 页;崔建远:“论减轻损失规则”,《云南社会科学》2024 年第 1 期,第 2—12 页。

〔8〕 参见艾森伯格,见前注〔5〕,第 189 页。

〔9〕 See Charles J. Goetz and Robert E. Scott, “The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation,” *Virginia Law Review*, Vol. 69, No. 6, 1983, p. 967.

从形式上看,替代交易的英文表达是“substitute transaction”,而“transaction”最典型的就是“contract”。另一方面,崔建远继续论述道,“这通过非违约方与第三人之间的交易行为来实现……应当采取合理的积极措施来安排适当的替代性交易以避免损失”。〔10〕王利明、韩世远也持同样观点。〔11〕学界和实务界也逐渐认识到此点。〔12〕这与比较法上的理解也是一致的:“通常,原告被要求订立替代合同。然而,在货物卖方未能交货的场合,买方必须在相关时间进入市场购买替代货物。”〔13〕“(债权人)应当采取诸如订立替代合同等合理的积极措施减少损失。”〔14〕综上,替代交易是减损义务的主要措施。〔15〕

笔者将从如下方面对作为减损义务措施的替代交易进行分析与阐释,使替代交易得到更充分的理解,使法官更合理地适用作为减损义务措施的替代交易的相关规则。本文共分为五个部分,第一部分深入全面阐释作为减损义务措施的替代交易的正当性,阐释其复杂多元的理论根基。第二部分通过与作为违约损害赔偿计算方法的替代交易的对比,释明作为减损义务措施的替代交易的特征。第三和第四部分将替代交易类型化为“实际发生的替代交易”和“假设发生的替代交易”,并逐一分析。第五部分论述替代交易运用过程中为避免投机行为而做出的举证责任分配。

一、作为减损义务措施的替代交易的正当性

减损规则是违约损害赔偿中重要的限制性规则。减损规则的核心是减损义务。因此,我们需要全面认识减损义务措施中替代交易的正当性。有学者可能认为,法律既已规定减损义务,正当性的讨论已无必要。此种认识误解了合法性与正当性的关系。合法性是指替代交易由法律规则支撑,然法律规则只能直接证明合法性。而正当性意在阐明该规则的实质理由。两者不同且不能互为替代。借鉴梅尔文·艾森伯格(Melvin Eisenberg)的以道德、政策(如效率等)与经验为基础的正当性论证框架,〔16〕作为减损义务措施的替代交易具有多元正当性:

第一,替代交易合乎道德。一种道德观认为,尽管违约方应受道德否定性评价,然而道德并未给非违约方施加减损义务。基于允诺规范(promissory norms),允诺人通常不会预期受允诺人接受履行的替代。即使替代交易不可避免,允诺规范通常会寻找和提供替代品的负

〔10〕 参见崔建远,见前注〔7〕,第6页。

〔11〕 参见王利明,见前注〔7〕,第648页;韩世远,见前注〔7〕,第812页。

〔12〕 参见张梓萱,见前注〔1〕,第47页;最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注〔6〕,第690页。

〔13〕 Edwin Peel, *The Law of Contract*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 2020, pp. 1181-1182.

〔14〕 Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers and Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3rd ed., Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 1082.

〔15〕 See Reiner Schulze and Fryderyk Zoll, *European Contract Law*, 3rd ed., Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 283.

〔16〕 See Melvin A. Eisenberg, *Legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 31, 41-59.

担置于违约方而不是置于非违约方。^{〔17〕} 上述对道德的认知与真正的商业道德并不一致。基于自己责任以及诚实信用原则,非违约方应当积极采取措施主动降低自己的损失,避免使他人承担本可避免的损失。宾厄姆勋爵(Lord Bingham)在一个判决中明确认为“受害方不应当因自身不合理的和不合乎商业道德的行为而使自己的损失扩大,而且还让加害方承担这一扩大的损失”。^{〔18〕} 当然不仅仅如此,凯蒂·巴内特(Katy Barnett)教授也明确认为,因为非违约方已经参与到市场中来,对交易有更好的了解和控制,他比法院和违约方处于更能治愈违约的地位。^{〔19〕}

第二,替代交易合乎效率。效率是私法最主要的价值之一,^{〔20〕}也是当事人之间达成共识的价值。我们不能假定,当事人之间会同意或者追求一种不合乎效率的安排。^{〔21〕} 参照无知之幕(veil of ignorance)的原理,^{〔22〕}如果合同任何一方当事人都不知道它是否会遭受损失以及会遭受多大的损失,它们在缔约之前就就该问题进行协商,此时基于当事人的地位互换性以及最佳利益考量,要求另一方当事人减损符合任何一方当事人的利益。合理的推论是,他们会同意此种交易安排。英国最高法院大法官安德鲁·巴洛斯(Andrew Burrows)认为,“用经济学的术语讲,支撑减损的政策之一是效率,不能将全部损失都强加给被告”。^{〔23〕} 同时,避免个人资源和社会资源的浪费也是效率的要求。个人资源的浪费在某种程度上也是社会资源的浪费,两者具有一致性。^{〔24〕}

第三,替代交易合乎经验。无论在商事实践中还是在消费者交易实践中,如果一方当事人拒绝履行合同,或者因货物瑕疵履行、迟延履行而被拒收,另一方当事人通常不会坐以待毙而会及时进行替代性购买或者替代性销售,通常也不会任性主张继续履行的权利而等待合同履行期届满。换言之,非违约方不会为了等待一个不确定的将来或者为了得到完全赔偿的救济

〔17〕 See Seana Valentine Shiffrin, “The Divergence of Contract and Promise,” *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 3, 2006, pp. 724-725.

〔18〕 *Golden Strait Corp v. Nippon Yusen Kubishika Kaisha (The Golden Victory)*, [2007] 2 AC 353 (HL).

〔19〕 See Katy Barnett, “Substitutive Damages and Mitigation in Contract Law,” *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 28, No. Special Issue, 2016, p. 807.

〔20〕 See Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6th ed., Boston: Addison-Wesley, 2012, pp. 7-9.

〔21〕 See Allan Schwartz and Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law,” *Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3, 2003, pp. 550-556.

〔22〕 无知之幕是设计公正社会中制度和结构的一种方式。无知之幕剥夺了群体成员所有对他们自身以及他人生活的事实的知识,此时群体成员作为平等主体会同意的原则就是公平的。See Fred D’Agostino, “Original Position,” <https://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/original-position/>, last visited on 15 December 2024.

〔23〕 Andrew Burrows, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, 4th ed, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 127.

〔24〕 参见(美)达龙·阿西莫格鲁、戴维·莱布森、约翰·A. 李斯特:《微观经济学》(第二版),温义飞译,崔传刚校译,中信出版集团 2021 年版,第 245 页。

而选择观望。

第四,替代交易合乎自治。安德鲁·戴森(Andrew Dyson)和亚当·克莱默(Adam Kramer)认为,自治也会促使法院采取减损的进路。问题不在于进入市场是否是唯一合理的行动,而在于不进入市场是否被适当地认为原告做出了自愿选择,该自愿选择的后果无论是好是坏都不能算到被告的头上。^[25]因此,在原告没有减损的场合,其应当承受有利或者不利的结果。当然,对该问题也有不同的分析路径,在英国法以及澳大利亚法上,该义务的原理基础是因果关系,“减损义务只是使原告获赔因被告违约而导致的损失”。^[26]

替代交易作为减损义务措施的正当性以及减损义务是不真正义务意味着两点:第一,减损义务“要求”而不“强迫”非违约方实施替代交易;第二,非违约方没有实施替代交易,损害赔偿的数额需按照假设发生的替代交易为基础进行扣减。^[27]事实上,违约方是否会实施替代交易,取决于自利的考虑。如果其认为不采取措施更有利,如他预期价格会下行,市场价格赔偿会使其获得更多赔偿,此时理性的选择是不实施替代交易。然而非违约方可能会面临一些额外风险,即如果判断失误,其可能要承受额外的不利。综上,《民法典合同编通则解释》第61条中的“替代交易”可以分为以下两种情形讨论:一是替代交易实际发生的场合,二是替代交易假设发生的场合。

非违约方实施了作为减损义务措施的替代交易,即是本文第三部分要探讨的情形和问题;非违约方并没有实施作为减损义务措施的替代交易,即是本文第四部分要解决的情形和问题。如后文所示,之所以做如此区分,是因为两种情况遇到的难题及其解决方案不完全相同。

二、作为减损义务措施的替代交易的特征

作为减损义务措施的替代交易与作为违约损害赔偿计算方法的替代交易有何共同点?又有何重要区别?在共性方面,两者均需合乎替代交易的一般特征:替代性、合理性、交易决策的善意性。^[28]在差异性方面,两者主要有以下四点区别:

第一,是否以减损义务的存在为前提。作为违约损害赔偿计算方法的替代交易仅是计算预期利益的一种方法,不直接与合同义务相关,自然也不以减损义务的存在为前提。作为减损义务措施的替代交易则是一项义务,以减损义务的存在为前提。减损义务是一项不真正义务,法律不强迫被告实施替代交易来减轻损失。违反此种不真正义务的后果不是承担损害赔偿责

[25] See Andrew Dyson and Adam Kramer, “There is no ‘Breach Date Rule’: Mitigation, Difference in Value and Date of Assessment,” *Law Quarterly Review*, Vol. 130, No. 2, 2014, p. 265.

[26] Stephen Graw, *An Introduction to the Law of Contract*, 10th ed., Pyrmont, NSW: Lawbook Co., 2021, p. 582.

[27] See Dyson and Kramer, *supra* note 25, p. 263.

[28] See Ingeborg Schwenzer and Ulrich G. Schroeter (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 5th ed, Oxford: Oxford University Press, 2022, pp. 1325-1329; 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124—139页。

任,而是权利的丧失,^[29]即原告无权要求被告赔偿其本应采取行动减轻的损失。正如查尔斯·戈茨(Charles Goetz)和罗伯特·斯科特(Robert Scott)教授所言,减损义务中的“义务”一词具有误导性,因为该义务并非针对合同他方当事人,所以非违约方违反该义务,并不会导致违约方对非违约方的损害赔偿请求权。^[30]

第二,是否要求实际发生。基于第一点,法律并不要求作为减损义务措施的替代交易实际发生;而作为违约损害赔偿的计算方法,替代交易的实际发生是替代交易规则适用的前提条件。^[31]替代交易作为违约损害赔偿计算方法的核心优势是,只有实际发生的替代交易的价格才是完全具体的、确定的,非违约方的主观偏好才体现于该替代交易的价格中,进而能够更好地实现完全赔偿原则。^[32]而作为减损义务的主要措施,替代交易则不是必须发生的。如果替代交易实际发生了,则应按照实际发生的损失数额来计算本可避免的损失数额;如果没有实际发生,则应假设其发生,并按照可证明的假设的替代交易的价格来计算本可避免的损失数额。从司法经验看,部分法院对此已有明确认知,如“即使天裕公司的行为造成房屋空置,作为非违约方的贲磊,亦应采取适当措施,积极将房屋另行出租,以免房屋空置损失扩大”。^[33]法院认同,作为替代交易的“另行出租”的租金数额是计算本可避免的损失数额的基础。

第三,适用要件不同。作为违约损害赔偿计算方法的替代交易在逻辑上可区分为两个程序:经过合理的搜寻以及做出的决定须合乎善意。^[34]基于《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款以及民法学原理,替代交易的适用要件有四个:合同解除、替代性、合理性与决策的善意性。^[35]作为减损义务措施的替代交易的适用不要求合同解除。如果作为减损义务措施的替代交易实际发生,其与作为违约损害赔偿计算方法的替代交易在很大程度上是重叠的;如果替代交易并未实际发生,如需从预期损害赔偿中扣除相应数额,违约方就需要证明假设发生的替代交易的价格。

第四,法律后果不同。替代交易作为违约损害赔偿计算方法的语境下,如果替代交易实际发生了,计算公式主要体现为替代交易价格与合同价格的差额。如果当事人未实施替代交易或替代交易不合格,非违约方就不能主张替代交易价格与合同价格之间的差额,但仍可请求市场价格损害赔偿。替代交易作为减损义务措施的语境下,如果替代交易实际发生且合格,替代交易价格可作为计算本应避免损失数额的基础;如果没有发生,违约方可以证明假设的替代交易的价格,并将其作为计算本应避免损失数额的基础。

[29] See Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I*, 22. Aufl., 2021, S. 47, 344 f.

[30] See Goetz and Scott, *supra* note 9, p. 967, note 1.

[31] See Roy Ryden Anderson, “A Look Back at the Future of UCC Damages Remedies,” *SMU Law Review*, Vol. 71, No. 1, 2018, p. 188.

[32] 参见艾森伯格,见前注[5],第 276—277 页。

[33] 贲磊、长春吉粮天裕生物工程有限公司房屋租赁合同纠纷案,长春市中级人民法院民事判决书,(2021)吉 01 民初 1757 号。

[34] 参见艾森伯格,见前注[5],第 277—278 页。

[35] 参见孙良国,见前注[28]。

当作为违约损害赔偿计算方法的替代交易以及作为减损义务措施的替代交易重叠时,如果替代交易实际发生且适格,无论是适用损害赔偿规则还是减损规则,法律后果均相同。但是在计算上前者更直接也更便捷,理应得到且实际上也得到了优先采用,非违约方也会基于自利考虑而选择前者;如果替代交易没有发生,就无法适用替代交易规则而只能适用市场价格损害赔偿规则和其他规则。“《民法典合同编通则解释》第 61 条实际上是基于持续性定期合同的特殊性,依据持续性合同中非违约方寻找替代交易的合理期限计算可得利益,在一定意义上也是替代交易法在持续性定期合同中的具体适用。”^[36]只有区分替代交易的两个不同含义,才能真正理解此命题并做出深入分析和评判。

三、实际发生的替代交易

(一) 替代交易发生的两种结果

如果当事人实施了替代交易,由于替代交易与违约行为之间往往有一定的时间差,该段时间差内确实会发生一些情事变化,如相应商品市场或者服务市场存在较大变动。通常情况下替代交易会呈现更好的状况,但也不排除出现更差的状况。

1. 更好的状况

实施替代交易通常会比不实施替代交易产生更好的状况。非违约方为减轻其损失而从其他生产商处进行补进或自行再卖通常会减少损失,进而降低社会损失。但如果替代交易使非违约方获得相较原合同履行之外的额外利益,违约方是否可以要求从损失中扣减此收益?对此,我们需要考虑预期损害赔偿的原则——无差异原则,即预期损害赔偿与特定履行之间没有差异。^[37]基于无差异原则,我们可以推出以下两个结论:第一,如果此种收益使非违约方的损失减少到零,那么此时非违约方就没有损失,也就不能主张损害赔偿。第二,如果非违约方不仅没有损失,而且还“因”违约行为获得利益,该利益就与违约行为不存在法律上的因果关系,非违约方自然也无权请求获得该利益。这一立场得到了法院的支持。^[38]

2. 更差的状况

基于市场的复杂性以及当事人决策的局限性,实施替代交易也可能比不实施替代交易产生更差的状况。减损规则的正当性表明,即使采取替代交易比未采取任何措施造成的损失大,非违约方依然有权获赔采取合理减损义务措施产生的成本。因为采取减损义务措施的行为是值得鼓励的,该制度能够在整体上实现效率和道德等目标。换言之,减损制度无法保证而且事实上也不可能保证,每个减损措施都实现减轻损失的目标。并且,导致非违约方采取减损义务

[36] 最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注[6],第 690 页。

[37] See Melvin Eisenberg, “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law,” *California Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2005, p. 979.

[38] 参见淮安拾分味道食品有限公司与江苏逅厨供应链管理有限公司、南京拾分味道食品有限公司买卖合同纠纷案,无锡市中级人民法院民事判决书,(2021)苏 02 民终 2399 号。

措施的是违约行为,法律也应当使违约方承受由此产生的不利负担。^[39] 一个典型的场景是预期违约。卖方明示其将预期违约,买方就有义务进行补进。此时的补进价格(P2)可能高于合同价格(P1),合同价格还可能高于原合同履行时的价格(P3),即 $P2 > P1 > P3$,此时买方依然有权获得替代交易差额赔偿($P2 - P1$)。^[40] 不能因为实施替代交易后市场价格下跌而以上帝视角垂看发现情况糟糕了,法律就否定基于替代交易的损害赔偿请求。

更差的状况也可能发生于已不可能获得履行时,非违约方为避免违约导致更大损失而实施替代交易。典型案例是布里特维克软饮有限公司诉梅瑟英国有限公司案。^[41] 在该案中,梅瑟英国有限公司为布里特维克软饮有限公司的饮品提供二氧化碳原料,该原料被具有致癌性的苯污染,且已经供应到下游软饮销售商。布里特维克软饮有限公司只能通过收回产品以减少间接损失。上诉法院裁决认为,布里特维克软饮有限公司收回包含这些原料产品的替代交易,是保护商誉的唯一合理方式,供应商应对收回产品的成本承担责任。^[42]

(二) 法律效果分析的典型语境

如果替代交易实际发生且适格,因替代交易而避免的损失数额应从损害赔偿中扣减。假设 A 与 B 之间订立合同,A 声明不会交付货物,此时 B 通常更可能选择补进。因实施替代交易而避免的损失应从损害赔偿额中扣减。假设损害赔偿的数额是 10 元,但是替代交易为非违约方减少了损失 5 元,非违约方只能获得 5 元的赔偿(10 元 - 5 元)。替代交易行为,从救济角度看是违约损害赔偿的计算方法;从减损规则的角度看是减损义务的措施,其法律后果是减去此种本可避免的损失。例如,A 与 B 订立货物买卖合同,合同价格为 20 万元,约定 5 月 1 日 A 向 B 交货。3 月 20 日 A 明确告诉 B 绝对不会履行。B 与 C 进行谈判并在 3 月 25 日以 23 万元的价格订立了内容相同的买卖合同,即替代交易实际发生了,预期利益的数额为 3 万元(23 万 - 20 万)。此时替代交易也是减损措施,无需从预期利益的数额 3 万元中减去。但是如果 B 没有及时实施替代交易,直到 4 月 25 日才订立替代交易合同,此时替代合同价格已上升到 24 万。与适格的替代交易相比,不适格的替代交易导致扩大损失 1 万元(24 万 - 23 万),该扩大的损失数额原告只能自己承受而无权要求被告赔偿。由此可见,如果非违约方实施了适格的替代交易,只需按照替代交易损害赔偿计算自己的预期利益即可,其没有必要主张替代交易作为减损义务措施的抗辩。

(三) 简化的空置期损失作为可得利益损失

合理期限和合理价格的确定向来都是难题。《民法典合同编通则解释》第 61 条明确规定:“……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,并按照该期限对应的价款、租金等扣除非违约方应当支付的相应履约成本确定

[39] See Barnett, *supra* note 19, p. 808.

[40] See Peel, *supra* note 13, pp. 1184-1185.

[41] See *Britvic Soft Drinks Ltd. v. Messer U. K. Ltd.*, [2002]1 Lloyd's Rep. 20.

[42] See George Letsas and Prince Sapraï, "Mitigation, Fairness, and Contract Law," in Gregory Klass, George Letsas and Prince Sapraï (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 333-334.

合同履行后可以获得的利益。”以租赁合同为例,该条规定的计算方法实质是将空置期损失作为可得利益损失。合理期限考虑合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素,只要寻找替代交易的期限是合理的,就按照该合理期限相应的价款确定损失。实际发生的替代交易日期是否合理,完全可以按照替代交易合理期限进行判断,即替代交易实际发生的日期须在合理期限内。由于该日期是具体、特定的,合理期限的判断相对容易。如“被告支付的第一次租金承租期满日……至原告另行转租约定的租赁期始日……之间的空置期损失,此空置期间适当,该段期间损失应予保护”。〔43〕

但该合理期限对应的价格应如何确定?法院通常不会选择租金鉴定的方式,因为这种方式没有效率而且很难产生确定性。更好的做法是参照原租赁合同来确定这个期限的租金。“双方当事人均未举证证明房屋空置期间的租金市场价,故二审法院参照合同约定的租金标准计算损失并无不当。”〔44〕“该(空置期损失)损失应以原、被告约定的租金基准计算。”〔45〕这种方式简单清楚,符合当事人合意,在租赁市场没有激烈波动的时候是合理的,且得到了最高人民法院的支持。〔46〕

《民法典合同编通则解释》第61条第1款确定了此种计算方法的合法性,但仍需正当性论证。按照权威解释,此种方法的内在正当性有三点:第一,可预见规则和减损规则的必然要求。在持续性定期合同中,合同解除后剩余履行期限可能长达数年或者数十年,按照剩余期限计算损失不符合可预见规则。非违约方在合同解除后不及时采取替代交易措施,任由损失扩大,不能获得赔偿。第二,目前方案比按照剩余期限计算可得利益要更加公平,也符合诚信原则。第三,本条实际上基于持续性定期合同的特殊性,依据合同中非违约方寻找替代交易的合理期限计算可得利益,在一定意义上也是替代交易在持续性定期合同中的具体适用。〔47〕在“寻找替代交易合理期限对应的价格或者租金作为可得利益”以及“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作为可得利益”两种计算方法中,上述论证证明了前者更符合《民法典》规定,且更具有正当性。然而需要深入讨论的是,该方法是否是最优或者次优的。

如果“本条在一定意义上是替代交易法在持续性定期合同中的具体适用”,则“替代交易的价格”是计算本应避免损失数额的基础。但本条却以“寻找替代交易”的合理期限及其对应价格作为可避免损失数额的基础,而非经合理期限后寻找到的替代交易价格作为可避免损失数额的基础。可见第61条并未体现“替代交易计算方法”。

〔43〕 郑茹丹诉王航凯房屋租赁合同纠纷案,宁波市海曙区人民法院民事判决书,(2017)浙0203民初2907号。

〔44〕 廖大生与赵拴紧合同纠纷案,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院民事裁定书,(2022)兵民申53号。

〔45〕 参见宁波市海曙区人民法院民事判决书,见前注〔43〕。

〔46〕 参见山西美隆房地产开发集团有限公司与太原茂业百货有限公司租赁合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民再28号。

〔47〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注〔6〕,第689—690页。需要说明的是,上述部分观点缺乏更细致的分析和论证。

(四) 作为减损义务措施的替代交易在继续性合同中的复杂适用

实际发生的替代交易,既可能是完全取代也可能是部分取代原合同的交易;既可以体现为一次交易,也可以体现为多次交易。在淮安拾分味道食品有限公司(以下简称“淮安公司”)与江苏逅厨供应链管理有限公司(以下简称“江苏公司”)、南京拾分味道食品有限公司买卖合同纠纷案中,^[48]双方签订的合同有效期一年,内容为淮安公司在收到订单后需按照所订品种、数量在约定时间内将货物运抵江苏公司指定地点。由于该原合同为框架合同和继续性合同,需要多次履行完成。当违约行为发生,非违约方就进行了两次补进,法院认同了此种做法。本案特殊之处在于:第一,虽然只有一年期,但该合同要求一方在一年内持续供应货物,应被认定是继续性合同;^[49]第二,江苏公司持续进行了两次替代交易;第三,无论是法院还是当事人都没有认同寻找替代交易合理期限的对应价格作为计算可得利益的基准。

如果实际发生的替代交易与原合同有很大差别应如何处理?在长期租赁合同中,这一情况更为复杂:如果损失数额太高,该数额是否应当受到因果关系或者可预见规则的进一步限制?典型案例是洪客隆百货投资(景德镇)有限公司(以下简称“洪客隆公司”)与乐平华润置业有限公司(以下简称“乐平公司”)租赁合同纠纷案。^[50]在该案中,出租人乐平公司与承租人洪客隆公司于2015年5月6日订立了租赁合同,洪客隆公司租赁乐平公司的部分物业,租期20年。2016年11月14日,洪客隆公司通过邮件向乐平公司发送了合同终止通知。双方在确认不能履行合后,乐平公司将该物业租给了英伦公司,替代性租赁合同与原租赁合同的租金差额为25994115元。一审法院将该差额认定为损失。但是二审法院以租金差价与洪客隆公司没有因果关系以及可预见规则为由,将赔偿数额降低为违约金500万元。^[51]整体而言,这一判决的结果可资商榷但思路是可取的,与《民法典合同编通则解释》第61条第2款体现的精神一致。如果实际发生的替代交易价格与原合同价格差额过大,尤其是在长期合同或者继续性合同的情况下,该数额可能会受到因果关系或者可预见规则的进一步限制,这实质上符合《民法典》第584条的精神。参照艾森伯格教授的理解,可预见规则的核心理念是,损害赔偿的数额不能不合乎比例地大。^[52]

整体来看,法院对上述差价损失存在两种不同的立场,理由也不尽相同。

一种立场是支持差价损失。支持差价损失的理由是此种立场合乎减损规则。在郑茹丹与

[48] 参见无锡市中级人民法院民事判决书,见前注[38]。

[49] 需要说明的是,此种情况符合继续性合同的传统界定,不应被拟制为“框架合同联立多个独立的子合同”,因为这本身是一个合同而不能拟制为数个合同或者母子合同的集合。《民法典合同编通则解释》第61条“以持续履行的债务为内容的定期合同”是否应当解释为或者等同于继续性合同,值得深入思考,然而从该条文所针对的问题以及司法裁判经验看,继续性合同确实是该条文所针对的主要对象。

[50] 参见洪客隆百货投资(景德镇)有限公司、乐平华润置业有限公司租赁合同纠纷案,江西省高级人民法院民事判决书,(2018)赣民终579号。

[51] 本案的判决结果是否妥当以及本案的规则适用是否准确尚有进一步讨论空间。基于本文的主题所限,笔者不做进一步的论述。

[52] 参见艾森伯格,见前注[5],第316—318页。

王航凯房屋租赁合同纠纷案中，^[53]法院认为，原告将涉案租赁物业另行转租，其措施符合减损规则，而另行转租的租金低于原、被告合同约定的租金，客观上给原告造成了差价损失，该差价损失应予以保护。当然还存在以下几种部分支持差价损失的情况：第一，排除差价损失计算中偶然因素的作用。在合同订立后，一些因素可能影响合同是否履行的决定以及随后的违约损害赔偿数额的计算。有法院基于排除“事后因素”的考量避免了数额过大的问题，^[54]值得赞同。第二，将差价损失作为考量因素。有法院综合考虑租赁合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价等因素，酌定了房屋空置期损失的补偿。^[55]

另一种立场是否定差价损失。从既有案例看，否定差价损失的理由也不尽相同。有法院以合同成立后的事后因素为由，例如，认为房屋出租系经营性行为，空置期损失及租金差价损失与房屋租赁市场风险、缔约双方议价能力等因素有关，难以认定均系承租人提前退租所致。^[56]有法院以损失不可预见为由，例如认为“本案房屋租赁合同解除后与他人协商的结果，卞家明在案涉合同签订时无法预见的”。^[57]有法院以损失不确定为由，例如认为由于当事人约定的租金标准受市场因素等多方面影响，并非违约的必然损失。^[58]有法院甚至认为，赔偿租金差价损失没有法律依据。^[59]显然，以无法律依据等理由否定替代交易的意义，无论在理论上还是经验上都缺乏合理基础。

(五) 寻找替代交易合理期限范围内的损失与差价损失是否可以兼得

对此问题，司法实践有不同的认识。部分法院认为寻找替代交易期限范围内的损失与差价损失可以兼得。一种采纳理由是完全赔偿原则的要求。如果合同得以履行，空置期损失以及差价损失都不会发生，由此空置期损失与差价都是预期利益的组成部分。例如大连市中级

^[53] 参见宁波市海曙区人民法院民事判决书，见前注[43]。

^[54] 参见许孝东、江连明房屋租赁合同纠纷案，大连市中级人民法院民事判决书，(2022)辽02民终2703号。

^[55] 参见邬娜等与大族环球科技股份有限公司房屋租赁合同纠纷，北京市第二中级人民法院民事判决书，(2019)京02民终13506号；类似判决参见黄成与顾雪梅租赁合同纠纷案，武汉市洪山区人民法院民事判决书，(2019)鄂0111民初10564号。

^[56] 参见严倩如与毛雅珍房屋租赁合同纠纷案，上海市普陀区人民法院民事判决书，(2021)沪0107民初8915号。

^[57] 冯锐、卞家明房屋租赁合同纠纷案，安徽省滁州市中级人民法院民事判决书，(2019)皖11民终2246号；类似判决参见金牛区常相思保健用品经营部、锦江区谊康大药房买卖合同纠纷案，成都市中级人民法院民事裁定书，(2019)川01民终16242号；谢冬芳与深圳市美容行业协会租赁合同纠纷案，深圳市福田区人民法院民事判决书，(2020)粤0304民初8335号。

^[58] 参见柳某因房屋租赁合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书，(2011)沪一中民二(民)终字第1222号；类似判决参见叶增翔、张春玲等与上海兆莘企业管理咨询合伙企业房屋租赁合同纠纷案，上海市徐汇区人民法院民事判决书，(2020)沪0104民初4620号。

^[59] 参见喻胜春、陈梅军租赁合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书，(2015)沪一中民二(民)终字第3270号。

人民法院、^{〔60〕}宁波市海曙区人民法院、^{〔61〕}上海地区部分法院^{〔62〕}以及南京市鼓楼区人民法院。^{〔63〕}另外一个采纳理由是,基于减损规则,寻找替代交易的合理期限范围内的损失与差价损失都应当获得赔偿。其内在的逻辑是,减损义务措施是合法的,因此采取减损义务措施而付出的成本也应当是可赔的。例如在一个房屋租赁合同纠纷案中,^{〔64〕}法院认同双方之间租赁合同约定租金的租金差价损失可以赔偿,因为出租人将涉案厂房另行出租构成减损措施。

笔者认为,以完全赔偿原则作为兼得理由的观点更为恰当。然而完全赔偿仅仅是一个基础框架,基于将损失予以最小化以及可预见等限制性规则等体系性的实质考量,如果损害赔偿额过大,那么该数额应当受制于避免过大赔偿额等比例原则的限制。《民法典合同编通则解释》第 61 条的未来发展需妥当地解决这一棘手的问题。

(六)实际发生的替代交易日期不合理时的处理

如果实际发生的替代交易日期不合理,就应当参照下文的假设发生的替代交易来确定可得利益损失。有的法院明确赞同此种意见,如韶关市浈江区恩新市场服务管理有限公司(以下简称“恩新公司”)与黄建全房屋租赁合同纠纷案。^{〔65〕}在该案中,承租房屋共空置六个月,法院认为恩新公司无权要求黄建全赔偿后三个月空置期的租金损失。依照《民法典合同编通则解释》的规定,第一,由于该实际发生的替代交易不合理,应按照《民法典合同编通则解释》第 60 条第 3 款的规定——市场价格损害赔偿来处理;第二,基于《民法典合同编通则解释》第 61 条的特别规定,非违约方未能及时采取减损措施,应按照假设非违约方及时采取减损措施的合理期限来确定,即只支持其三个月合理待租期的损失。

四、假设发生的替代交易

作为减损义务措施的替代交易未实际发生,但在损害赔偿的计算上,法律也必须假设替代交易发生进而以之作为计算本可避免的损失的基础。《民法典合同编通则解释》第 61 条的表述就是“按照……对应的价款、租金等……确定合同履行后可以获益的利益”。“假设发生的替代交易”的确定就是必须要解决的问题。这是《民法典合同编通则解释》第 61 条适用的难点,也是关键的理论争议点。“假设发生的替代交易”有两个主要法律难题:寻找替代交易之合理

〔60〕 参见大连市中级人民法院民事判决书,见前注〔54〕;温州市玖玖旅馆管理有限公司与大连瑞恩科技发展有限公司房屋租赁合同纠纷案,大连市中级人民法院民事判决书,(2017)辽 02 民终 5756 号。

〔61〕 参见宁波市海曙区人民法院民事判决书,见前注〔43〕。

〔62〕 参见聂某与刘某房屋租赁合同纠纷案,上海市闵行区人民法院民事判决书,(2022)沪 0112 民初 11214 号。

〔63〕 参见原告魏能煌与被告尹友剑房屋租赁合同纠纷案,南京市鼓楼区人民法院民事判决书,(2019)苏 0106 民初 14015 号。

〔64〕 参见温州宝隆五金有限公司、温州市揽秀服饰有限公司房屋租赁合同纠纷案,温州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙 03 民终 2922 号。

〔65〕 参见韶关市浈江区恩新市场服务管理有限公司、黄建全房屋租赁合同纠纷案,广东省高级人民法院民事裁定书,(2019)粤民申 9453 号。

期限及相应价格或者租金的确定;替代交易之价格或租金以及合理期限的确定。

(一)寻找替代交易之合理期限的确定

1.合理期限的确定

《民法典合同编通则解释》第61条列举了合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素来确定寻找替代交易的期限。合同主体是指民事主体和商事主体,商人寻找替代交易的能力和效率会更高,期限则相应缩短;交易类型主要包括不同合同法律关系、同一合同的不同交易模式,即使是房屋租赁合同,旅游城市季节性的候鸟式房屋租赁与普通的长期房屋租赁应不相同;市场价格稳定,寻找的合理期限长,市场价格波动大,合理期限则应相对缩短;剩余履行期限也是确定合理期限的一个因素。^{〔66〕}这些因素不能或者很难形成一个确定的日期或者日期范围。法官有权根据案件情况参照上述因素确定合理日期或日期范围,但不能简单否定空置期损失的赔偿。^{〔67〕}

另外一个策略是基于成熟经验为合理期限设定合理范围,并以此合理范围限制法官裁量。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》第24条规定:“承租人拒绝履行租赁合同给出租人造成损失的,应当承担赔偿损失的违约责任,出租人作为守约方也负有减少损失扩大的义务,具体损失数额由法院根据合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价,承租人的过错程度等因素予以酌定,一般以合同约定的三至六个月的租金为宜。”这里的“三至六个月”事实上可以视为“等待替代交易发生的合理期限”,法官习惯将其称为“空置期”或“待租期”。但该范围也只是作为基础性参照,法院可以合理行使自由裁量权而认定其他合理期限,有的是6个月,^{〔68〕}有的是10个月,^{〔69〕}有的是12个月,^{〔70〕}较长的是3年,^{〔71〕}最长的为7年。^{〔72〕}事实上,就买卖合同而言,大部分合理期限远低于三个月,只有少数复杂的长期合同或者涉及专用性资产等合同会将合理期限进行延伸,但是延伸的界限确实不宜或者也不能直接限定。纯粹的个案判断会引起司法裁判尺度不

〔66〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注〔6〕,第690—691页。

〔67〕 参见李建国与郭凤鹃房屋租赁合同纠纷案,北京市房山区人民法院民事判决书,(2021)京0111民初7225号。法院判决认为,郭凤鹃已经搬出涉案房屋,李建国要求支付空置期损失、差价损失等诉讼请求没有事实和法律依据。

〔68〕 参见郑丹威与北京同仁堂福建药业连锁有限公司房屋租赁合同纠纷案,福建省高级人民法院民事判决书,(2014)闽民终字第899号;持相同立场的还有上海驿居酒店管理有限公司诉宜昌晶品物业管理有限公司租赁合同纠纷案,湖北省高级人民法院民事判决书,(2017)鄂民再391号。

〔69〕 参见郑州创业者企业管理咨询有限公司、纪改新房屋租赁合同纠纷案,河南省高级人民法院民事裁定书,(2017)豫民申4027号。

〔70〕 参见德州中泰国际大酒店有限公司与格林豪泰酒店(中国)有限公司房屋租赁合同纠纷案,山东省高级人民法院民事判决书,(2016)鲁民终1445号。

〔71〕 参见王晓东与格林豪泰酒店(上海)有限公司、格林豪泰酒店(中国)有限公司房屋租赁合同纠纷案,江苏省高级人民法院民事判决书,(2015)苏民终字第00401号。

〔72〕 参见林砭、上海瑞纳酒店管理有限公司租赁合同纠纷案,福州市中级人民法院民事判决书,(2021)闽01民终9126号。

一致的问题。

待租期损失的计算起点一般是违约行为发生时或者非违约方知道违约行为时,但并不以此为限。从合理期限的角度看,此起点还取决于违约方是否有一些行为影响了替代交易的起算,如对租赁物是否恢复了原状。更准确的观点是,在违约行为后果消除时开始起算替代交易的期限是合理的。这一点得到了部分法院判决的支持。^{〔73〕}

2. 确定合理期限的意义

此处寻找替代交易的合理期限是一种推定。当事人不得以在该期间内没有发生替代交易为由提出增加损失赔偿的抗辩。例如,非违约方提出抗辩,认为由于市场低迷,从合同解除到诉讼进行时仍未能出租,因此一审法院将空置期损失确定为一年期的租金损失,是错误的。法院认为,合同已经解除,租赁物交接完毕,守约方由于自身原因未能另行出租导致损失扩大。因此,该院酌定给予非违约方寻找新的租户所可能产生的必要的一年的空置期损失,是适当的。^{〔74〕}尽管法院判决没有言明,此判决得以合理化的实质理由是,合理期限是法律推定的,不需将合理期限确定为合同解除到替代交易实际发生时的期限。在替代交易未实施时,为了实现法律的确定性,这个做法有相当合理性。

(二)寻找替代交易之合理期限对应的价格和租金

寻找替代交易的合理期限确定后,我们尚须确定该合同期限对应的价格或租金。如果替代交易实际发生了,法院需要判断的是,现实的、具体的替代交易的价格和租金是否合理。如果替代交易没有实际发生,法院则需要基于本条所规定的“合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素”来确定假设的替代交易的内容。

可以确定的是,在合理期限内发生的交易原则上需要与原合同交易类型相同,且据此确定价格和租金,即,如果原合同是长期供应合同,那么替代交易也应当是长期供应合同在合理期限内的价格;如果原合同是长期租赁合同,那么替代交易也应当是长期租赁合同在此合同期限内的租金。价格或者租金的确定具体有两种方式:第一,如果原告能够证明交易期间的相关交易类型的价格和租金,这自然是最优选择,然而这种证明非常困难也非常耗时,并不经常出现。第二,按照市场接近以及时间接近原则,原合同的价格或者租金可以作为准确的参照。这一参照具有合理性,是当事人能够普遍接受的,也成为法院通常的做法。有的法院判决认为,“酌情认定空置期为六个月较为合理。根据双方当事人约定的 2016 年度年租金 226.5 万元/年,空置期损失应为 113.25 万元”。^{〔75〕}

《民法典合同编通则解释》第 61 条是“按照该期限对应的价款、租金等扣除非违约方应当支付的相应履约成本确定合同履行后可以获得的利益”。权威解释认为,“本条采用的方案是根据当事人的主张,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

〔73〕 参见李国权与谢雨康房屋租赁合同纠纷案,广东省江门市中级人民法院民事判决书,(2021)粤 07 民终 4481 号。

〔74〕 参见江苏省高级人民法院民事判决书,见前注〔71〕。

〔75〕 参见湖北省高级人民法院民事判决书,见前注〔68〕。

方寻找替代交易的合理期限,进而根据该寻找替代交易的期限计算可得利益”。〔76〕这一点也得到了部分学者的支持。〔77〕然而这一结论与“本条……在一定意义上也是替代交易法在持续性定期合同中的具体适用”〔78〕的立场存在矛盾。如果“本条在一定意义上是替代交易法在持续性定期合同中的具体适用”,那么“替代交易的价格”必然是计算本应避免损失的基础。然而本条的侧重点是将“寻找替代交易”的合理期限及其对应的租金或者价格作为基础,而非将“合理期限”后寻找到的“替代交易”价格作为可避免损失的基础。由此可见,第61条并非“替代交易计算方法”的真正表达方式。

然而,第61条在约束条件下是可以符合减损规则的,约束条件就是替代交易(无论是实际发生的还是假设发生的)的价格与剩余期限的原合同的价格是相同的。有观点就提到,“持续性定期合同的市场价格较为平稳,非违约方能寻找到的替代交易价格与原合同价格较为接近的可能性大”。〔79〕然而,这一经验描述往往不符合市场经济的客观实际,甚或可能与市场经济的客观事实大相径庭。例如,如果市场活力不足,一旦房屋买受人违约,房屋卖受人再行销售的可能性会大大降低;在房屋租赁合同中,如果房屋承租人拒绝履行,出租人再行出租的概率就很低,或者租金价格会有很大甚或断崖式降低。此种状况是否应当影响违约损害赔偿的计算则需进一步讨论。

(三)假设发生的替代交易内容的确定

既有的对合理价格、合理期限作出探讨的学术文献都针对作为违约损害赔偿计算方法的替代交易,〔80〕这些成果对判断寻找替代交易的合理期限有一定借鉴意义,但是对假设发生的替代交易本身的合理价格、合理期限的判断很难有明显价值。假设发生的替代交易的内容确定是难题,因为既然是“假设的”,就不可避免地是反事实的。“合理价格”以及“合理期限”自然就成为假设的替代交易内容确定的两个核心难题。笔者只能依据比较法文献以及经验进行初步分析,为进一步的讨论提供基础。

1. 合理价格的确定

替代交易如不实际发生,交易价格的确定取决于市场和交易语境。在大多数交易中,原合同的标的物存在市场,市场价格可资参照;原合同的当事人或者潜在的当事人也可能已经进行了谈判,此类谈判价格也可资参考。梅耶斯特诉圣克鲁兹案就是采取上述后一方法的案件。〔81〕原告梅耶斯特与被告圣克鲁兹以10万美元价格订立了有约束力购买协议。圣克鲁兹无适当理由终止合同,构成违约。违约几天后,圣克鲁兹发出要约真诚想以10万美元恢复交易。梅耶斯特予以拒绝,并选择将询问价格提高但均没有达成交易。法院认为,圣克鲁兹提

〔76〕 最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注〔6〕,第690页。

〔77〕 参见谢鸿飞、蔡睿、刘平、萧鑫、詹诗渊、欧达婧:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》(社科院版),中国法制出版社2023年版,第485页。

〔78〕 最高人民法院民事审判第二庭、研究室,见前注〔6〕,第690页。

〔79〕 谢鸿飞等,见前注〔77〕,第485—486页。

〔80〕 参见张金海,见前注〔1〕;王怡聪等,见前注〔1〕。

〔81〕 See *Mayster v. Santacruz*, 2020 IL App (2d) 190840, 163 N. E. 3d 246.

出的替代交易的合理价格可确定为 10 万美元。

2. 合理期限的确定

一个共识是,假设替代交易之合理期限要进行个案判断。^[82]于此,应尽可能依照生活经验或者司法经验做出一些假设或者推理。如出租人 A 与承租人 B 订立一个 8 年期的房屋租赁合同,租赁期限是 2013 年 3 月 1 日至 2021 年 2 月 28 日。在租赁合同履行到 2016 年 2 月 25 日时,B 通知 A 不再租赁房屋,并恢复房屋原状。5 月 1 日,A 提起诉讼要求 B 继续履行租赁合同并要求 B 损害赔偿,5 月 8 日起起诉状副本送达给 B。法院拒绝 A 继续履行的请求。问题在于损害赔偿应当如何计算。根据《民法典合同编通则解释》第 59 条的规定,法院判决合同于 2016 年 5 月 8 日解除。再假设,法院认为寻找替代性租赁的合理日期为 4 个月。那么从 2016 年到 5 月 9 日到 2016 年 9 月 8 日为待租期。那么假设的替代租赁合同应当是什么呢?最理想的状况是 2016 年 9 月 8 日到 2021 年 2 月 28 日。然而很难有如此巧合或者说是完美的替代交易,法律对此也不能吹毛求疵。

对此问题,既有的司法实践往往并不采取此种做法,大都选择赔偿 3—6 个月待租期损失。如果合同未恢复原状且恢复原状并不会产生太大成本或者困扰,法院一般直接遵从上述实践;如果产生太大成本或者困扰,法院则可能通过延后合同解除时间来处理。如承租人 B 公司在 2 月 1 日搬出租赁的厂房,但是留下了大量的不易移动的设备,拆除并处理好这些设备需要 3 个月,那么合同解除时间延后到 5 月 1 日(拆除费用由违约方负担),再加上 3 到 6 个月的待租期损失。实践中也有法院把恢复原状的期限包括在空置期之内。^[83]《民法典合同编通则解释》第 61 条即体现这样一种司法裁判经验,此经验因简单便捷而获得广泛适用。最高人民法院也认同此种做法,典型案例是武汉武商量贩连锁有限公司(以下简称“武商量贩公司”)与宜昌馨安泰商贸有限公司(以下简称“馨安泰公司”)房屋租赁合同纠纷案。在该案中,武商量贩公司自 2015 年 6 月起即腾空房屋,房屋至本案起诉时已经空置三年,馨安泰公司并未及时采取积极措施避免损失扩大,对损失扩大负有一定责任。而且馨安泰公司对案涉房屋再行出租的租金可能低于出租给武商量贩公司的租金。最高人民法院判决认为,武商量贩公司应向馨安泰公司支付 6 个月的租金以赔偿馨安泰公司的损失。^[84]

(四)非违约方接受违约方新要约的义务

实践中存在的一种情况是,在一方当事人违约后,违约方提出了新的要约或者发出了替代履行的要约,如果接受该要约会降低损失,那么拒绝该要约通常就是不合理的。^[85]一个应用场景是,旅游合同中,度假宾馆不能使用或者条件太糟糕而不可接受,度假者可能被要求接受

[82] See Andrew Robertson and Jeannie Paterson, *Principles of Contract Law*, 6th ed., Pyrmont, NSW: Lawbook Co., 2020, p. 575.

[83] 参见广发银行股份有限公司南通分行、林菊平等房屋租赁合同纠纷案,南通市中级人民法院民事判决书,(2021)苏 06 民终 2932 号。

[84] 参见武汉武商量贩连锁有限公司、宜昌馨安泰商贸有限公司房屋租赁合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民再 313 号。

[85] See Burrows, *supra* note 23, p. 128.

旅游公司的替代要约。这一情况符合《德国民法典》第 254 条第 2 款的规定适用的场景。^[86]对此,减损义务仅仅是要求当事人进行合理行为。在佩祖有限公司诉桑德斯案中,^[87]当事人订立了以分期付款为支付方式的丝绸买卖合同。双方约定,丝绸交付后的一个月内付款的,享受 2.5% 的折扣。在卖方交付第一批货物后,买方未及时支付第一期款项。卖方拒绝交货,并且提出每期交付都需要根据合同价格来支付现金,买方予以拒绝。买方遂解除合同并从其他地方以更高价格购买了丝绸。法院判决认为,买方本应接受卖方以现金付款的修正的要约与支付条款,但买方没有这样做而是以更高价格从市场购买货物。由于卖方提供给买方一个合理的选择,是买方自己的实际替代交易行为导致了更高的损失,无权获得实际上的高额赔偿。斯克鲁顿勋爵(Lord Scrutton)说:“在商事合同中,从违约方处接受要约通常是合理的。”^[88]

我国也有类似的要求非违约方接受违约方提出合理新要约的案例,如李桂玉与广州嘉强投资有限公司(以下简称“嘉强公司”)房屋拆迁补偿合同纠纷案。^[89]在该案中,广州市中级人民法院认为,因规划变更,回迁楼第七层变为架空转换层,并非住宅,事实上无法完全按照《房屋拆迁安置协议》的约定安置李桂玉回迁第七层住宅。为此,嘉强公司已先后提出多种变更履行方案供李桂玉选择,尤其是 2507 房,面积、使用性质及产权性质均符合约定……李桂玉……亦有义务尽快选择其他合理的回迁方案以避免损失的进一步扩大……在原合同约定的回迁楼层事实上无法履行的情况下,李桂玉拒绝嘉强公司提出的合理回迁方案,造成损失进一步扩大。从该判决推论,法院也认为非违约方有义务接受嘉强公司的新要约,不接受该新要约就是不合理的。因此,根据《民法典》第 591 条的规定,拒绝接受新要约而产生或者扩大的损失则需要由非违约方自己承担。

五、作为减损义务措施的替代交易中举证责任的分配

完全赔偿原则决定了,替代交易要关注并抑制非违约方可能出现的投机行为。替代交易的内在要求是适当性,而实现此种要求的重要技术是举证责任的分配。举证责任的分配至少包括以下三点:

第一,无论是实际发生的替代交易还是假设发生的替代交易,它们都必须合乎替代交易的构成要件:替代性、合理性、决策的善意性。如果替代交易不符合其中的任何一个适用要件,当事人进行的交易就可能被认为没有尽到减损义务。以梅耶斯特诉圣克鲁兹案为例来分析决策的善意性。法院判决写道,一个常识是,降低销售价格会将东西更容易卖出去。而原告拒绝了与原合同相同的合理新要约,将要价提高到 13 万美元,这就使其拒绝此新要约成为不合理的

[86] See Beale et al., *supra* note 14, p. 1085.

[87] See *Payzu Ltd v. Saunders*, [1912] 2 KB 581.

[88] *Ibid.*, at 589.

[89] 参见李桂玉、广州嘉强投资有限公司房屋拆迁安置合同纠纷案,广州市中级人民法院民事判决书,(2021)粤 01 民终 29413 号。

决策,^[90]即拒绝该新要约是不合乎善意的。

第二,由被告来证明原告没有采取合理措施减轻违约方的损失。请求损害赔偿的一方当事人是否放弃了一个合理的减轻损失的机会,是一个事实问题。寻求损害赔偿的人不需要证明其采取了所有的合理措施。在卡拉吉安尼斯诉大乡村开发私人有限公司案中,^[91]举证责任规则得到了精致的阐释:原告不需要证明,他已经完成了他所谓的义务,而应当由被告来证明,他没有完成该义务及其程度。由于被告是不当行为人,在确定原告是否合理行为时,法律不需要更高的行为标准,如果原告的行为是合理的,那么不会仅因为被告建议其他更有利的行为而认为原告的行为是不合理的。换言之,法官假定非违约方实际的行为是合理的。^[92]基于举证责任的分配逻辑,应当由否定替代交易合理性的一方当事人来证明替代交易不合理。

第三,被告证明的限度。对合理行为的判断往往是存在共识的,存在可用市场时(available market)尤其如此。例如,如果房屋买卖合同被作为被告的买方不当地拒绝履行,作为原告的卖方就被预期尽可能早将房子放回到市场。^[93]单纯由被告证明存在其他更可接受的措施是不充分的,被告必须证明,原告的所为是不合理的。这一点得到了麦克米伦勋爵(Lord Macmillan)的支持,在葡萄牙央行诉沃特洛案中,^[94]他提出:如果由于违约而处于困境中的当事人……合理地采取了救济措施,他就不会仅仅因为违约方能够找到其他可采取的负担更轻的救济措施,而被认为是无权获赔这些救济措施的成本。这一立场得到了最新案例的支撑。^[95]

六、结 语

替代交易是减损义务的主要措施,无论是实际发生的替代交易还是假设发生的替代交易,都需要合乎替代性、合理性以及决定的善意性。正如在奥里卡投资私人有限公司诉麦卡特尼案中迈克尔·鲍尔法官(Judge Michael Ball)所言,“最终,问题并非是否存在更好的做事情的方式,而是原告的所为是否合理”。^[96]替代交易产生好的结果自然更好,即使产生更差的结果或者不成功,相应的成本也应当是可赔偿的。基于替代交易的整体价值考量,非违约方也需要在有限范围内接受部分不利的要约,但不能对非违约方在财务不能时施加替代交易之要求。举证责任应当分配给违约方,由其证明替代交易不合理,只有这样才能实现更好的合同秩序。

[90] See *Mayster v. Santacruz*, 2020 IL App (2d) 190840, 163 N. E. 3d 246.

[91] See *Karacominakis v. Big Country Developments Pty Ltd*, (2000) 10 BPR 18, 235; [2000] NSWCA 313 [187].

[92] See *Dyson and Kramer*, *supra* note 25, p. 264.

[93] See *Dyson and Kramer*, *supra* note 25, p. 264.

[94] See *Banco de Portugal v. Waterlow*, [1932] AC 452, 506.

[95] See *Portbury Development Co Pty Ltd v. Ottedin Investments Pty Ltd*, [2014] VSC 57; see also *Millington v. Waste Wise Environmental Pty Ltd*, (2015) 295 FLR 301.

[96] *Orica Investments Pty Ltd v. McCartney*, [2010] NSWSC 488.

《民法典合同编通则解释》第 61 条吸收了司法实践的经验,有相当的合理性基础,但是其表达方式并没有贯彻替代交易的理念,在部分场景下会产生不适当的后果。继续性合同(长期合同)的违约损害赔偿计算问题,不仅仅是实务界的难题,也是学术界的难题,不仅仅是我国的难题,也是世界的难题。本文只是为该难题提出了一些问题,并努力进行了初步探索。我们需要做的就是继续使实践与理论相互哺育,逐步充实交易场景,探索出更好的问题解决之道。

Abstract: The concept of substitute transaction was established for the first time in the Interpretation of the General Provisions of the Contract Part of the Civil Code. As a mitigation measure, substitute transactions carry multiple justifications, including values such as morality, efficiency, experience, and autonomy. Regardless of whether they lead to a better outcome, the costs arising from substitute transactions are compensable. When a substitute transaction actually occurs, its reasonable period and corresponding price or rent can typically be calculated with reference to the original contract. In hypothetical substitute transactions, the reasonable period and corresponding price or rent can be determined by referencing specific market conditions and assessed on a case-by-case basis. However, Article 61, Paragraph 1 of the Interpretation of the General Provisions of the Contract Part of the Civil Code appears to affirm only the compensation for the price corresponding to the reasonable period for seeking a substitute transaction, without recognizing the compensation for the price difference between the substitute transaction and the original contract. While this simplifies the resolution process, it fails to fully embody the concept of substitute transaction. This is particularly problematic in the context of continuous contracts, leading to inappropriate outcomes that diverge from numerous judicial precedents, warranting further reflection. To prevent speculative behaviors, the law should assign the burden of proving the unreasonableness of a substitute transaction to the breaching party.

Key Words: Substitute Transaction; Mitigation Obligation; Damages; Breach of Contract; Difference Compensation

(责任编辑:贺 剑)