

争议解决法律

重新发现继续履行（二）：为何优于损害赔偿？

作者：金立宇 | 刘央 | 赵宇先

作者按：在本文的上半部分（见[重新发现继续履行（一）：法理、例外和裁判思路](#)），我们从法理和实践的层面分析了继续履行的例外情形。我们进一步认为，是否继续履行这一问题的另一面在于违约方是否可以用损害赔偿的方式来代替实际履行，其根本焦点实际在于继续履行和损害赔偿两者的定位问题。因此，本文下述部分将试图分析这一问题。厘清这一问题有助于我们恰当地理解继续履行的价值和功能。

五、继续履行与损害赔偿的区别

比较继续履行与损害赔偿看似是个很怪异的问题，好比比较苹果和梨子。但我们要考察的问题是继续履行与损害赔偿在价值和功能上有何区别。继续履行与损害赔偿同属违约责任。违约责任作为法律施加于违约方的后果，兼有对违约的补救和对履约的督促的双重功能¹。根据王泽鉴教授的总结，违约责任经历了“由人的责任至物的责任”的变迁²。在罗马法上，债务人系以人身对履行债务负责，一旦不履行债务，债权人可以直接将债务人贩卖为奴隶。但随着社会进步，合同义务履行的伦理性因素不断加强，对债务人人身直接强制逐渐放松，最终成为了一种财产性的责任³。这可谓是一种从“身份到利益”的演化过程，这种演变是历史必然。然而，如单纯从利益的视角看待合同，认为违约责任已经百分之百成为财产性责任，也是有失偏颇的。违约责任中的继续履行仍保留着某些道德性的属性，因为其要求行为人必须严格依照合同做出或不做某种行为。从理论的角度而言，继续履行与合同拘束力的根本源泉息息相关。根据传统的合同法理论，合同是当事人自由意志的体现，也正是因为如此，合同才应当被遵守。如 Morris Cohen 教授所言：“The law of contract gives expression to and protects the will of the parties, for the will is something inherently worthy of respect”⁴。当事人有自愿地将自己置于合同约束之下的自由，这恰恰是自由意志的最佳体现。

¹ 王利明、崔建远，《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 317 页。

² 王泽鉴，《债法原理》（第二版），北京：北京大学出版社 2013 年版，第 74 页。

³ 同上。

⁴ Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 Harvard Law Review, 553, 575 (1933)。

从履约督促的角度看，继续履行是合同必须严守原则（*Pacta Sunt Servanda*）的充分体现，而后者是各国公认的合同法的最基本准则，并且构成国际法渊源中的“一般法律原则”⁵。为各国广泛接受的《维也纳条约法公约》的第26条也明确规定了 *Pacta Sunt Servanda* 原则⁶，进一步体现了国际社会对这一原则的认可。继续履行是合同道义力量的化身。并非全部的违约后果都可以量化⁷，但即便可以量化，损害赔偿最多只能以补救合同利益，但无法补救合同关系。

从弥补损失的角度看，继续履行仍具有优势。崔建远教授认为，在不存在继续履行的除外情形时，继续履行应当优先于损害赔偿适用，因为是否继续履行合同会影响守约方的损失数额⁸。具体而言，“违约方尚未继续履行时，守约方的损失正好是违约行为给他造成的损失。违约方若继续履行完毕，守约方的损失数额就会随之降低，甚至完全消失”⁹。崔教授将继续履行的程度视为损失的度量，有较明显的道理。合同权利和义务是双方当事人通过谈判协商达成的，继续履行意味着维持双方协商的成果，显然是最直截了当的弥补守约方损失的方法。相反，损害赔偿要求裁判者主动介入合同关系，从第三方的角度来事后判断多少金钱赔偿才能恢复双方在合同中约定的权利义务平衡，显然在一定程度上具有臆测性。

在揭示继续履行和损害赔偿区别的基础之上，本文第六节进一步揭示，损害赔偿在一些特定的情形下难以弥补守约方的损失，如果强行适用，将会对守约方产生不公。相反，继续履行才是更好的救济手段。

六、损害赔偿在何种情况下对守约方不公平

（一）难以计算赔偿

如果损失无法被准确地计算，损害赔偿就无法充分弥补守约方的损失。在这种情况下，继续履行应当被支持，以使得守约方获得充分的救济¹⁰。否则，守约方对损失的估算和证明难度可能会被违约方用作肆无忌惮违约的筹码。损失难以计算的情形主要包括合同标的具有高度的独特性。根据江平教授的观点，合同标的的独特性意味着标的在市场上是难以获得的，因为该标的属于特定的无法替代的物或者不能以金钱计价的物¹¹。关于标的的独特性，人们通常自然会想到珍贵的艺术作品或稀世古董的交易，这些物品本身是独一无二的无价之宝，难以计算其市场价值，无论裁判者判定赔偿多少钱，都难以充分弥补守约方的损失。

我们认为，在特定的事实背景下，有更多的合同标的可能是独特的，从而使得继续履行成为对守约方最佳的救济方式。在此试举三例：

1. 独家商业合作。例如，食品供应商 B 企业与某发展迅速的餐饮企业 A 进行长期的独家战略合作，约定 A 将仅从 B 采购 A 所需的某种食材原料，A 在全国的上千家门店中通过促销、广告展示等方

⁵ Anthony Aust, *Pacta Sunt Servanda*, in Max Planck Encyclopedias of International Law, available at <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449>.

根据《国际法院规约》第38条第1款第c项对一般法律原则的表述为“the general principles of law recognized by civilized nations”，体现了一般法律原则必须具有公认性。

⁶ 《维也纳条约法公约》第26条规定：“Pacta sunt servanda Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

⁷ 参见后文第七部分对效率违约的讨论。

⁸ 崔建远，《合同法》（第六版），北京：法律出版社2016年版，第258页。

⁹ 同上。

¹⁰ 崔建远，《合同法》（第六版），北京：法律出版社2016年版，第258页。

¹¹ 江平主编，《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第92页。

式推广 B 的品牌。合同履行过半，A 公司撕毁了合作协议，擅自将其食材供应商变更为 B 的竞争对手 C，并停止了对 B 品牌的推广，转而推广 C 品牌。鉴于 A 的门店增速在国内位居前列，并且在今后几年有极大的发展潜力，B 企业在市场上难以找到有同等食材需求和品牌推广力度的合作方。从这个意义上说，B 和 A 企业之间的合作构成了具有独特性的合同标的。这种独特性意味着 A 企业的根本违约给 B 企业造成的损失难以准确计算，只有继续履行合作协议方可充分弥补 B 企业的损失。

2. 商业租赁。例如，某零售企业 H 与某市黄金商圈内的大型商场 A 签订长达十几年的租赁合同，由 H 企业租赁商场中 2,000 平米的商铺以供零售经营。租赁合同约定了商场应满足一系列的条件，包括必须拥有特定的国际知名品牌在商场内经营。租赁合同执行几年后，A 商场发现市场上有愿意出更高租金的商户，于是擅自解除租赁合同，在收到 H 企业的异议后，强行拆毁了商铺的装修和设备并驱逐了 H 企业。H 企业发现在该商圈内没有如此大面积的替代商铺可供出租，也没有任何商场能够达到 A 商场中的租户品牌组合的要求。在这种情况下，案涉商铺具有高度的独特性（甚至是唯一性），在市场上无法找到替代商铺。弥补 H 企业损失的最佳方式就是继续履行租赁合同。
3. 包含难以被复制的经济模式的交易。一项交易难以被市场主体广泛复制可能有多种原因，例如国家对部分行业的管制或专营，或者某些领域的进入门槛过高使得其难以被复制。前者如电信行业，如需要从事相关的业务，任何人可选择的服务商只限于中国移动、中国联通和中国电信三家；后者如随着科技的进步而催生的新经济模式，如云计算、电商平台业务、网络游戏开发等。由于经营这些领域需要极高的技术和资金投入，所以必然导致其无法被轻易复制，可供选择的交易对象是极为有限的。基于以上特性，此类交易的合同标的在事实上具有很高的独特性，继续履行是对投资者的公平救济。

以上例子的共同点在于，合同的标的由于置于特定的事实背景中，从而变得具有特定性，使得继续履行成为最佳的救济手段。当然，合同标的独特性的判断没有普遍适用的方法，而需要根据合同的具体情况加以分析。此外，损害赔偿制度的不够发达更凸显了实际履行的重要性。

（二）无法满足守约方的主观期望

损害赔偿或许可以从一定程度上补偿守约方的损失，但其往往无法弥补因违约而给守约方造成的不便，或者谓主观价值的损失。阿狄亚教授曾举这样一个例子加以说明：保险公司拒绝依照保险合同支付保险金属于严重的违约行为，除了损失之外，还可能给受害人造成极大的不便。然而，在英国法下，保险公司除了支付一定的费用和利息之外，并不会受到其它制裁¹²。显然，这种“极大的不便”并没有得到弥补。我们也可以举出类似的其它例子。例如，商铺租赁合同的出租人单方解除合同，并强行从商铺中驱赶承租人并拆除店内设施设备。如仅仅判令出租人向承租人支付一些赔偿金，对于承租人来说并无多少意义，因为没有了商铺，承租人也就失去了任何继续经营其商业活动的可能性。而进行经营恰恰是承租人租赁商铺的最主要目的。继续履行可以有效地实现合同对守约方的意义，使得守约方“能够按照其期望从合同中获得的利益来提出自己的主观价值要求，而不是接受法官依照法律评估损失所确定的客观价值”¹³。

我们可以另举一例进一步说明继续履行对主观价值损失的满足。甲乙双方订立买卖合同，约定由甲

¹² P.S.阿狄亚著，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，《合同法导论》（第五版），北京：法律出版社 2002 年版，第 444 页。

¹³ P.S.阿狄亚著，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，《合同法导论》（第五版），北京：法律出版社 2002 年版，第 457 页。

方以人民币 100 万元向乙方购买一辆限量款豪华轿车¹⁴，但乙方未能交付轿车。假设通过证据认定，该轿车当前的合理市场价格为人民币 120 万元，则意味着如果甲方请求损害赔偿，其可以向乙方主张 20 万元的差价。但事实是，甲方出于对该限量款轿车的喜爱，其对轿车的心理估价也许远远高于 120 万元，例如可能是 150 万元。这意味着如果甲方之后再将该轿车在市场上出售，其出价不会低于 150 万元。损害赔偿无论如何无法弥补甲方这 30 万元的主观价值落差，但继续履行可以很轻易地解决这一问题，因为一旦轿车得到交付，甲方也就获得了其对轿车的主观价值。当然，上述几个例子体现出的对违约方的制裁力度较弱是合同法的一个结构性问题，其根本原因在于并非生活中的所有事情都可以得到量化。本文并不意在彻底解决这一问题。

七、对效率违约理论的批判分析

如前所述，继续履行与合同解除是两个相互冲突的概念，继续履行的前提是合同没有被解除。问题是，如守约方要求继续履行，违约方是否有可能对抗这种请求，从而不再履行合同。普通法域中的效率违约理论试图为违约方的不履行原合同提供解释。效率违约理论认为，合同当事人的义务为履行合同或者提供损害赔偿，当事人可以自由选择其中之一¹⁵。根据波斯纳的论述，“在有些情况下，一方当事人可能会仅仅由于他违约的收益将超出他方履约的预期收益而去冒违约的风险。如果他的违约收益也将超过他方履约的预期收益，并且对预期收益损失的损害赔偿是有限的，那就有违约的激励了。但存在这种激励是应该的”¹⁶。按照效率违约的理论，如果违约方的违约行为带来的收益大于其违约的成本（即更有效率的），则应该允许违约，而不应要求其继续履行合同。

效率违约理论自提出以来受到了不同的批判。例如，美国第二次合同法重述中指出，效率违约存在两大问题：其一，效率违约理论仅仅关注违约的金钱属性，忽视了合同的神圣性及应当履约的道德义务；其二，效率违约理论假定违约可以用金钱加以确定地衡量，但在现实中未必可以做到，同时该理论也忽视了纠纷解决过程中的交易成本问题¹⁷。这些观点均具有较强的说服力。

本文更为关注的是这种理论与中国法的兼容性问题。效率违约理论传入中国已达三十余年¹⁸，但从未为正式立法所认可，有其原因所在。首先，合同法第八条明确规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同”。该条系契约必须严守原则在中国法上的体现。从根本上说，不履行合同是一种违法的行为，应当受到制约，中国法从制度上并没有任何鼓励效率违约的价值取向。其次，合同法第一百零七条对继续履行的规定进一步否定了效率违约的存在空间。要求继续履行是守约方的当然权利，其当然地排除了违约方因为所谓的“效率”而违约的权利。

如借用经济分析，可以进一步突显在继续履行优先适用的情况下效率违约理论的不合理之处。由于守约方有权请求继续履行，违约方在签订合同时，已经将继续履行从而丧失与第三方缔结更优合同的潜在风险考虑在内，并将该等风险反映在了价格上。如果现在不支持继续履行而认可效率违约，则相当于守约方白给了这部分价格。例如：A 打算将货物以 100 元卖给 B，但 A 觉得以后有 10% 的机会，会有第三方 C 愿意以 120

¹⁴ 限量款也可以从标的的独特性角度来理解，以作为支持继续履行的论点。但此处我们讨论的是对继续履行的另一个支持性论点。

¹⁵ 参见美国著名的霍姆斯大法官的论述：“The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it,—and nothing else”，in Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, Harvard Law Review, 1897(10), at 462.

¹⁶ 理查德·A·波斯纳著，蒋兆康译，林毅夫校，《法律的经济分析》，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版，第 152 页。

¹⁷ Gregory Klass, *Efficient Breach*, in Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press (2014), pp. 366-367.

¹⁸ 国内对效率违约的介绍最早可见于张文显，《当代西方法学思潮》，沈阳：辽宁人民出版社 1988 年版，第 124 至 125 页。

元的价格去买这个货物。如果 A 必须继续履行原合同，A 会丧失这 20 元的利益。A 为了避免丧失这一利益，重新将价格定为 102 元（ $100 + 120 \times 10\%$ ）。这多出的 2 块钱就是脱离合同从而获得更优价格（或创造更大经济效益）的机会成本。B 通过支付这 2 块钱已经将这个机会买断了，如再允许 A 效率违约，则 A 将获得双重的非法利益。

本文并未试图提出对效率违约理论的完整性批判，但上述例子表明，即便从效率违约理论的内部视角来看，效率违约理论也并不能成功反驳继续履行的合理性。因此，我们有理由对效率违约理论保持一定的警醒，当下并不宜以之作为指导法律实践的价值取向。不可否认的是，我国合同法的态度是倾向继续履行，当事人在没有法律基础的情况下不得撕毁合同。

八、余论：裁判实际履行与后续案件

行文至此，本文试图揭示继续履行作为违约救济手段的重要性，以期改变其在实务中不受重视的现状。从价值上而言，继续履行符合合同严守原则，具有天然的正当性。从功能上而言，相对于损害赔偿，继续履行避免了损失难以准确计算的缺陷，同时有助于守约方非量化损失的补偿，具有明显的优越性。我们认为，在继续履行被视为首要违约救济手段的我国，继续履行的理应在实践中有更大的适用空间。本文对合同法第一百一十条的履行的分析也表明，继续履行的例外情形应当严守其“例外性”，一要举证查明相关例外适用的事实，二要从法律上不任意扩大其适用范围。

本文对继续履行的支持态度并不意在贬损其它的违约救济方式。相反，我们认为，鉴于合同法第一百零七条规定了继续履行、采取补救措施、赔偿损失等违约责任承担方式，当事人自然有权选择其中的一种或多种方式进行救济。一个现实的问题是，当事人满怀信心地获得支持继续履行的判决或裁决后，如果由于各种原因未能得到执行（例如，义务人拒不履行或执行出现事实上的障碍），该当事人能否寻求其它违约救济？根据民诉法司法解释第二百四十八条，“裁判发生法律效力后，发生新的事实，当事人再次提起诉讼的，人民法院应当依法受理”。这意味着在判决或裁决生效之后发生的事实，在既判力基准时之后，不受一事不再理的限制。仅以一例略加注解。如在某买卖合同中，合同约定卖方要在 9 月 1 日前交付货物，以便买方开展国庆促销活动。卖方未按时交货，买方获得继续履行判决，但卖方直到 10 月 7 日仍未交付货物。此时活动时限已过，继续履行对买方已无意义，买方应当有权就判决之后的不履行行为提出损害赔偿。当事人完全可以通过“组合拳”的诉讼、仲裁请求方式寻求救济，更好地保护自身利益。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com